



Soft law

Aspectos teóricos y problemas prácticos

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)



f SéNeCa⁽⁺⁾

Agencia de Ciencia y Tecnología
Región de Murcia



Marcial
Pons

SOFT LAW:
ASPECTOS TEÓRICOS Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

JUAN JOSÉ INIESTA DELGADO
ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO
(EDS.)

SOFT LAW:
**ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS**

Fundación Séneca

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Los autores
© FUNDACIÓN SÉNECA
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
San Sotero, 6. 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es
Licencia internacional Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0.
ISBN: 978-84-1381-930-3
Depósito legal: M-10028-2025
Diseño de cubierta y Fotocomposición: ENE ESTUDIO
Impresión: ÉLECE, INDUSTRIAS GRÁFICAS, S. L.
Madrid, 2025

ÍNDICE

	pág.
INTRODUCCIÓN	13
PARTE I RECONSTRUCCIONES DEL <i>SOFT LAW</i>	
<i>SOFT LAW</i>, TÉRMINO Y REALIDAD: EXPLORANDO LA DEFINICIÓN Y LA REFERENCIA DE UNA NOCIÓN EN EVOLUCIÓN , por <i>Juan José Iniesta Delgado</i>	19
1. Introducción.....	19
2. Dificultades de una expresión en crecimiento.....	22
2.1. El problema de la expresión.....	22
2.2. El problema de la referencia	24
2.3. El problema de la caracterización	25
3. Identificación del <i>soft law</i>	26
3.1. Identificación ontológica.....	26
3.2. Identificación funcional	27
4. Sobre la normatividad del <i>soft law</i>	28
4.1. ¿ <i>El soft law</i> está integrado por normas?	30
4.1.1. ¿ <i>Qué son normas?</i>	30
4.1.2. <i>Normas de soft law</i>	32
4.1.3. <i>Características de las normas de soft law</i>	33
4.2. ¿ <i>El soft law</i> regula conductas?	38
5. Sobre la fuerza vinculante del <i>soft law</i>	40

	pág.
5.1. Si carece de fuerza vinculante, ¿de qué carece el <i>soft law</i> ?	40
5.2. ¿Por qué el <i>soft law</i> no tiene fuerza vinculante?.....	41
5.3. ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?	44
6. Sobre los efectos jurídicos del <i>soft law</i>	46
6.1. Posibles efectos del <i>soft law</i>	46
6.2. Explicación de los efectos del <i>soft law</i>	48
7. Algunas respuestas «blandas» a preguntas «duras»	53
Bibliografía.....	56
BREVES NOTAS SOBRE EL <i>SOFT LAW</i>, SU PAPEL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA RACIONALIDAD DE SU EXPANSIÓN , por <i>Diego M. Papayannis</i>	
	61
1. Una primera aproximación a las notas distintivas del <i>soft law</i>	61
2. <i>Soft law</i> y la fuerza latente del derecho no respaldado por sanciones	69
3. Recomendaciones jurídicas y <i>soft law</i>	73
4. Normas jurídicas no vinculantes, regla de reconocimiento y <i>soft law</i>	77
5. La incorporación y la recepción del <i>soft law</i> en el razonamiento jurídico	83
6. La proliferación del <i>soft law</i> y su racionalidad legislativa.....	89
7. Conclusiones.....	96
Bibliografía.....	97
REGULACIÓN DEL COMPORTAMIENTO MEDIANTE NORMAS DE <i>SOFT LAW</i>. APUNTES PARA UNA CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL , por <i>Víctor García Yzaguirre</i>	
	101
1. Introducción.....	101
2. <i>Soft law</i>	102
2.1. Propuesta de reconstrucción del modelo compartido	103
2.1.1. Creación de instrumentos de <i>soft law</i>	105
2.1.2. Identificación de normas de <i>soft law</i>	107
2.1.3. Medios no coercitivos	111
2.2. Funciones de las normas de <i>soft law</i>	114
2.2.1. Función experimental	114
2.2.2. Función constitutiva	116
2.2.3. Función prescriptiva.....	120
3. Normas de <i>soft law</i> y seguridad jurídica.....	121
3.1. Previsibilidad.....	121

	pág.
3.2. Controlabilidad	124
4. Conclusiones.....	126
Bibliografía.....	127

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

REVISITANDO EL <i>SOFT LAW</i>: ¿ES TAN <i>SOFT</i> COMO PRETENDE? , por <i>Rafael Escudero Alday</i>	133
1. Introducción.....	133
2. El <i>soft law</i> revisitado	135
2.1. La crisis de 2008 y la retirada de lo público	135
2.2. Otras perspectivas de análisis: su afectación a la regulación del mercado	139
2.3. A vueltas con el debate conceptual	141
3. La autorregulación como fórmula de <i>soft law</i> : perfil y efectos	144
3.1. El caso de la autorregulación de la publicidad en España..	144
3.2. Los efectos de los códigos de autorregulación.....	148
3.3. Pero aún hay más.....	150
4. Un último apunte: el coste reputacional de la regulación	151
Bibliografía.....	152

<i>SOFT LAW</i> Y PRECEDENTE JUDICIAL EN EL <i>CIVIL LAW</i> , por <i>Lorena Ramírez-Ludeña</i>	155
1. Introducción.....	155
2. Los precedentes interpretativos en el <i>civil law</i> . Tres cuestiones	156
2.1. La actividad creativa.....	157
2.2. El carácter vinculante	160
2.3. El carácter de fuente de derecho	164
3. Precedentes, <i>soft law</i> y deliberación	165
4. Consideraciones finales.....	168
Bibliografía.....	169

EL ASPECTO INSTITUCIONAL DEL <i>SOFT LAW</i> , por <i>Álvaro Núñez Vaquero</i>	171
1. Introducción.....	171
2. El <i>HARD LAW</i> como conjunto normativo institucionalizado.....	173
2.1. Kelsen, Hart y Raz sobre la institucionalización del derecho	175

	pág.
2.2. Formas posteriores de institucionalización del derecho	177
2.2.1. <i>Mecanismos de resolución heterónoma de conflictos</i>	178
2.2.2. <i>Profesionalización de la jurisdicción</i>	179
2.2.3. <i>Asesores jurídicos profesionales</i>	180
2.2.4. <i>Estudios jurídicos reglados</i>	182
3. La institucionalización como rasgo característico del <i>SOFT LAW</i>	183
3.1. Profesionalización de los sujetos que dictan <i>soft law</i>	184
3.1.1. <i>Temporalidad del órgano que emana el soft law</i> .	184
3.1.2. <i>Representatividad y dedicación exclusiva de miembros de órganos de soft law</i>	185
3.2. Estudios específicos sobre <i>soft law</i>	185
3.3. Competencia normativa para la creación del <i>soft law</i>	186
3.4. Contenido de la competencia para dictar <i>soft law</i>	189
3.4.1. <i>Competencia para dictar directivos individuales</i>	189
3.4.2. <i>Competencia para dictar directivos generales</i>	190
3.5. Meta-directivos de competencias de <i>soft law</i> y su controlabilidad judicial.....	191
3.5.1. <i>Las normas y directivos sobre competencias de soft law</i>	191
3.5.2. <i>Controlabilidad de la corrección del soft law</i>	193
3.6. Aplicabilidad del <i>soft law</i>	195
3.6.1. <i>Aplicabilidad del soft law por creación de un precedente jurisdiccional</i>	195
3.6.2. <i>Aplicabilidad del soft law por reenvío</i>	195
3.7. <i>Soft law</i> transpuesto como <i>hard law</i>	196
4. Breve conclusión	197
Bibliografía.....	197

PARTE III *SOFT LAW* POSITIVO

EL <i>SOFT LAW</i> EN LA UNIÓN EUROPEA , por Juan Jorge Piernas López.....	203
1. Introducción: definición, clasificación y relevancia	203
2. El <i>soft law</i> y la definición de ayuda de estado	206
3. El <i>soft law</i> y la compatibilidad de las ayudas de estado	210

	pág.
3.1. El <i>soft law</i> como instrumento normativo ante la reticencia de los Estados.....	210
3.2. El <i>soft law</i> como instrumento de integración positiva	212
3.3. El <i>soft law</i> como respuesta en tiempos de crisis	214
3.3.1. El <i>soft law</i> y la crisis financiera	214
3.3.2. La pandemia covid-19	217
3.3.3. La crisis de Ucrania	218
4. El <i>soft law</i> y la aplicación de las normas de ayudas estatales por los tribunales españoles	220
5. conclusiones	223
Bibliografía.....	225

CUANDO LAS FUENTES TRADICIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL NO SON SUFICIENTES: LAS NORMAS NO VINCULANTES, por *María José Cervell Hortal* 227

1. Introducción.....	227
2. El <i>soft law</i> para el derecho internacional	229
3. Las normas que <i>no quieren</i> ser vinculantes: una herramienta cada vez más recurrente.....	233
3.1. Configuración	233
3.2. Su empleo en ámbitos determinados (el ciberespacio).....	234
4. Reflexiones finales	238
Bibliografía.....	239

¿SOFT LAW EN DERECHO TRIBUTARIO? EL CASO DE LOS COMENTARIOS DEL MODELO DE DOBLE TRIBUTACIÓN, por *Hugo Osorio Morales*..... 243

1. Introducción.....	243
2. Comentarios y Derecho tributario internacional	247
2.1. Los desafíos de un sistema descentralizado de tributación internacional: competencia y cooperación.....	247
2.2. Potestad para imponer tributación y doble tributación internacional.....	248
2.3. La OCDE	250
2.4. Convenios de Doble Imposición	252
2.5. Modelos y comentarios	254
2.6. CDI-OCDE, doble tributación, evasión y elusión	256
3. Vacilaciones dogmáticas y jurisprudenciales	257

	pág.
3.1. Los comentarios como herramientas interpretativas	257
3.2. Vacilaciones y perplejidad	259
3.3. Experiencia en Colombia y España.....	261
3.3.1. <i>Colombia</i>	262
3.3.2. <i>España</i>	263
4. Algunas conclusiones preliminares: Comentarios y <i>soft law</i>	265
4.1. <i>Soft Law</i>	265
4.2. Comentarios y <i>soft law</i>	266
Bibliografía.....	268

INTRODUCCIÓN

RECONSTRUCCIONES DEL *SOFT LAW*

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

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

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

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

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

MIRANDO EL *SOFT LAW* A TRAVÉS DEL ESPEJO

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

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

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

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

SOFT LAW POSITIVO

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

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

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

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

PARTE I
RECONSTRUCCIONES
DEL *SOFT LAW*

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 19-59

DOI: 10.37417/soft-law/01

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

SOFT LAW, TÉRMINO Y REALIDAD: EXPLORANDO LA DEFINICIÓN Y LA REFERENCIA DE UNA NOCIÓN EN EVOLUCIÓN

Juan José INIESTA DELGADO
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. DIFICULTADES DE UNA EXPRESIÓN EN CRECIMIENTO: 2.1. El problema de la expresión; 2.2. El problema de la referencia; 2.3. El problema de la caracterización— 3. IDENTIFICACIÓN DEL *SOFT LAW*: 3.1. Identificación ontológica; 3.2. Identificación funcional.— 4. SOBRE LA NORMATIVIDAD DEL *SOFT LAW*: 4.1 ¿El *soft law* está integrado por normas?: 4.1.1 ¿Qué son normas?; 4.1.2 Normas de *soft law*; 4.1.3 Características de las normas de *soft law*. 4.2 ¿El *soft law* regula conductas?.— 5. SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DEL *SOFT LAW*: 5.1 Si carece de fuerza vinculante, ¿de qué carece el *soft law*?; 5.2 ¿Por qué el *soft law* no tiene fuerza vinculante?; 5.3 ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?.— 6. SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL *SOFT LAW*: 6.1 Posibles efectos del *soft law*; 6.2 Explicación de los efectos del *soft law*.— 7. ALGUNAS RESPUESTAS «BLANDAS» A PREGUNTAS «DURAS».— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la irrefutable necesidad del derecho en cualquier sociedad humana mínimamente civilizada, inveteradamente reflejada en el aforismo «*ubi societas ibi ius*»¹, no deja de resultar una necesidad incómoda, puesto que supone un apremio indeclinable al obrar huma-

¹ Sobre la falta de exactitud de este aforismo y la ausencia de sincronía entre el origen de la sociedad y el origen de las formas jurídicas y políticas, CAPELLA, 1997: 18-21.

no que parece incompatible con unas aspiraciones de libre actuación a las que no estamos dispuestos a renunciar alegremente. No es de extrañar, pues, la recurrente aparición de tesis y actitudes anarquistas o cercanas a anarquismo que se rebelan contra esa coacción a la libertad humana que consideran inasumible. Como tampoco es de extrañar el poco éxito cosechado por dichas tesis y actitudes, al chocar sus pretensiones con una necesidad de organización que no se deja sortear con facilidad. La persistencia de la presencia y fuerza del derecho en todo tiempo y lugar es una manifestación del inevitable sometimiento de la mera conveniencia a la implacable necesidad.

En nuestros días la controversia entre necesidad e incomodidad del derecho adquiere los tonos y los perfiles propios de los problemas específicos que apremian a nuestra sociedad. Confluyen, de este modo, nuevas exigencias, nuevas relaciones, nuevos conflictos y todas las dificultades del mundo para procurar una organización adecuada a unas realidades que, por su novedad, son experimentadas a la par que exigen ser reguladas. Si nada garantiza que el derecho largamente reflexionado sobre viejas cuestiones acierte con las soluciones que propone, cuanto más podrá ser falible, ineficiente, inoportuno, contraproducente incluso, un derecho que se formula sin más método que el ofrecido por la dinámica ensayo-error, desarrollada con la celeridad que reclama una realidad que evoluciona a ritmo de vértigo².

En este contexto, cabe apreciar que nuestras aspiraciones de organización social, por lo que se refiere al derecho, se debaten entre lo que puede calificarse como fenómenos de *hiperregulación* y fenómenos de *desregulación*.

Por lo que a la hiperregulación se refiere, sus causas se han tratado de encontrar en diversos factores, como el incremento de las funciones del Estado (LÓPEZ DE OÑATE, 2007: 39), el sometimiento del poder a derecho (TORRES RUIZ, 1992: 370), el incremento de la producción normativa por la Administración pública, pasando de una administración de gestión a una administración de regulación (INMORDINO y MODICA, 2002: 287), la aparición de nuevos centros de poder normativo (CASTILLO BLANCO, 2002: 22-23), la utilización de la legislación como propaganda (DESDENTADO BONETE, 2009: 8-9), etc. Son muchos los aspectos de la realidad en los que se aprecia la necesidad de orden, en los que se advierte la posibilidad del conflicto y cada vez más los detalles que hay que tener en cuenta, desencadenando la proliferación de una regulación particularizada, que baja al detalle de cada situación concreta.

² De «Legislación motorizada» hablaba C. SCHMIDT, si bien referida a la producción de decretos del gobierno (SCHMITT, 1950: 20). Sobre la alusión al «legislador motorizado» como denuncia de este proceso de legislación irreflexiva, véase MENÉNDEZ, 1999: 21.

Por otro lado, un fenómeno aparentemente opuesto, como es el de la desregulación (MARCILLA, 2005: 240), también es apreciable en la aparición y expansión de ámbitos de la realidad social que rehúyen el corsé impuesto por las normas jurídicas, a veces por pura y simple aversión a los límites impuestos externamente³, reflejado en exigencias de autonomía que se aprecian especialmente vibrantes en el ámbito económico, dando lugar al conocido fenómeno de la *desregulación financiera* que desde el último tercio del siglo pasado ha ido progresivamente eliminado las restricciones a las actividades bancarias, sobre todo en los países más desarrollados (SWARY y TOPF, 1993). Otras veces deriva de la desconfianza hacia las normas provenientes del aparato del Estado que se perciben insatisfactorias frente a realidades socialmente complejas o muy tecnificadas (SARMIENTO, 2008: 66), dando lugar a lo que se ha llamado «externalización» (*outsourcing*) de la producción de reglas, fenómeno por medio del cual, los órganos de creación normativa del estado se descargan de su la tarea de regular el detalle, limitándose a disponer las metas a alcanzar (WESTERMAN, 2018b: 8 ss.). En otros casos, lo que se desprecia es la ineficacia de las fuentes de derecho, cuando no existe un poder suficiente para imponerlas, como paradigmáticamente se viene apreciando en el ámbito del derecho internacional⁴.

Esta dialéctica entre las acuciantes necesidades de regulación y la ineficacia e insuficiencia de los instrumentos jurídicos para satisfacerlas es el terreno fértil en el que se ha sembrado y desarrollado la irregular semilla del *soft law*: un «derecho» que no impone, una regla que no oprime, orientación amable frente a imposición violenta, reglas cuyo cumplimiento se solicita «por favor» y no «porque sí».

Hay muchas preguntas interesantes planteadas sobre este curioso fenómeno que parece habitar en las fronteras del derecho: ¿por qué surge?, ¿para qué sirve?, ¿quién lo promueve? ¿A qué tipo de instrumentos, actos o hechos se puede aplicar este término? Tanto la dogmática jurídica como la teoría del derecho se enfrentan a estas cuestiones, a veces inquietas a causa de la duda acerca de si realmente se trata de asuntos de su incumbencia. Tal vez porque, subyacente a todas esas preguntas, se oculta la fundamental demanda ontológica: «¿qué es el *soft law*?». Y, sobre todo, por el temor a que la respuesta pueda exiliarse fuera de su ámbito de competencia.

³ CAPELLA señala que esta aversión a los límites puede provenir de los mismos aparatos estatales y de su deseo de intervenir en ciertos ámbitos por *medios extrajurídicos*, sin quedar vinculados por normas (CAPELLA, 1997: 49).

⁴ Sobre estas aproximaciones críticas a la eficacia del derecho internacional se pueden consultar las aportaciones de diversos autores en *Proceedings of the ASIL Annual Meeting 2009*, bajo el epígrafe *In What Sense is International Law Law?* También, en el mismo sentido se apunta que el habitual empleo de instrumentos de *soft law* en el seno de las instituciones europeas es una manifestación de la debilidad de la Unión Europea derivada de los problemas que presenta la integración entre sus miembros (ESCUADERO, 2012: 145).

En cualquier caso, a la par que las dudas teóricas, los juristas de toda índole se enfrentan a la ineludible cuestión práctica planteada por la habitual presencia de las diversas realidades englobadas bajo la noción genérica de *soft law* en todo tipo situaciones en las que está en juego la ordenación de la vida social, tanto en su vertiente pública como en la privada, en colaboración o, incluso, en competencia, con el derecho «de toda la vida», ese al que la contraposición con la nueva noción ha forzado a denominar *hard law*. Desde el valor de las disposiciones no vinculantes de la Unión Europea (dictámenes y recomendaciones, así como otra variedad de instrumentos como programas de acción, reglas administrativas, códigos de conducta, instrumentos interpretativos, etc.) hasta los códigos de buen gobierno empresarial, pasando por las proclamaciones no legislativas de los parlamentos, instrucciones, circulares, cartas de servicio, etc., de la administración pública, la repercusión de estas tipologías regulatorias al margen del sistema de fuentes tipificado se deja sentir en los más diversos sectores de la práctica judicial y extrajudicial, con una relevancia que pocos dudan en calificar como *jurídica*. Y es que, más allá de la cuestión de si el *soft law* es o no es derecho, parece claro que sus efectos son *jurídicos*⁵. Pero ¿lo son en realidad?

2. DIFICULTADES DE UNA EXPRESIÓN EN CRECIMIENTO

2.1. El problema de la expresión

En los cada vez más frecuentes estudios de teoría del derecho que se le han dedicado⁶, la cuestión de la naturaleza del *soft law* cobra un particular protagonismo, resumiéndose esta preocupación en dos preguntas: 1) ¿Qué tiene de *derecho* el *soft law*?; 2) ¿En qué consiste la propiedad de la *blandura* del derecho blando?

Al aproximarnos de este modo al estudio del fenómeno del que nos ocupamos, corremos el riesgo de dejarnos llevar, casi intuitivamente, por la estructura gramatical de nuestra expresión: al sustantivo (*law/derecho*) le acompaña el adjetivo (*soft/blando*). Mientras que con el sustantivo se designa el objeto, con el adjetivo se designa la propiedad.

⁵ Una exposición del tipo de efectos jurídicos generados por el *soft law*, en particular, del producido por las instituciones de la Unión Europea, tanto a nivel comunitario como a nivel nacional, puede encontrarse en las distintas aportaciones del volumen colectivo *EU Soft Law in the Member States* (ELIANTONIO, KORKEA-AHO, STEFAN, 2021).

⁶ En este ámbito pueden destacarse: ESCUDERO ALDAY, 2012; WESTERMAN, HAGE, KIRSTE, MACKOR (eds.), 2018; GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984; GALIANA SAURA, 2016; PASTORE, 2014; POSNER, GERSEN J, 2008; DE MELO CARTAXO, 2016; CARBONNIER, 1994; LAPORTA, 2014.

Este tratamiento gramatical del término conduce a una aproximación ontológica al tema que condiciona los espacios de análisis. El más importante de ellos gira en torno al debate sobre si el *soft law* es derecho o no es derecho. La tesis subyacente a los diversos posicionamientos en este debate parece ser que la denominación *soft law* está comprometida de algún modo con la asunción de que el derecho blando debe ser *algún tipo de derecho*. De otro modo, o bien deberíamos llamarlo de forma diferente, o bien estaríamos usando mal el término (SHELTON, 2008: 3).

Sin embargo, no toda combinación de sustantivo y adjetivo alude a una catalogación de género y especie. Por supuesto, un león grande o un león de circo son tipos de león, pero un león marino no lo es, de la misma forma que un lobo de mar no es un tipo de lobo. Las expresiones del español «león marino» y «lobo de mar» son locuciones nominales que actúan conjuntamente como un sustantivo con significación propia independiente de la que tienen las palabras que se combinan para formarla⁷.

No sería de extrañar que «*soft law*» fuese una expresión, en este caso inglesa, que se corresponde a la categoría gramatical de las locuciones nominales. A la hora de identificar locuciones nominales hay que tener cuidado, puesto que no toda secuencia de palabras empleada habitualmente para designar objetos son auténticas locuciones nominales. Por este motivo resulta útil fijarse en ciertas características de tales expresiones que nos puede servir de guía: 1) el orden de las palabras es fijo y no admite combinaciones libres; 2) no se pueden insertar otras palabras que no formen parte de la locución; 3) no se pueden separar ni modificar el género y número; 4) son difícilmente traducibles.

Precisamente este último rasgo resulta bastante llamativo en el caso que estamos examinando, puesto que la locución inglesa ha devenido expresión habitual, incluso cuando nos expresamos en castellano, mientras que la alternativa traducida, «derecho blando», ya no parece tan apropiada, puesto que pierde algo de su significado y, a la vez, adquiere algo distinto, como puede ser un vago, aunque no por ello menos reconocible, matiz de burla.

Si, tal y como presumo, nuestra expresión es una locución nominal, resulta que el *soft law* no tiene necesariamente que ser derecho. El empleo del término *law* no sería usado en la locución con su significado propio. En todo caso, aludiría alegórica o metafóricamente a algún elemento o propiedad del derecho que, de algún modo, vemos reflejada

⁷ CASARES define la locución como «combinación estable de dos o más términos, que funcione como elemento oracional y cuyo sentido unitario consabido no se justifique, sin más, como una suma del significado normal de sus componentes»; el término «consabido» es empleado por el autor para expresar que el sentido de que se trata es familiar a la comunidad lingüística (CASARES, 1992: 170).

en la realidad referida por la locución nominal⁸. En consecuencia, su empleo no debe condicionarnos irremediablemente a tener que asumir compromiso conceptual alguno respecto a la caracterización del *soft law* como derecho.

2.2. El problema de la referencia

En cualquier caso, el problema conceptual sigue generando una genuina preocupación, al menos para el teórico que se interesa por indagar en la realidad designada por esta curiosa locución. ¿Cómo saber a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de *soft law*?

Es el uso extendido (*consabido*) de la locución misma lo que nos va a indicar su sentido y su referencia. Sin embargo, aquí nos topamos con el primer obstáculo: es difícil saber hasta qué punto hay un uso consolidado de la expresión *soft law*. El *Diccionario panhispánico del español jurídico* da dos definiciones distintas:

1. Conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral.

2. Actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa.

En *Oxford Reference* se dice lo siguiente: «(En derecho internacional) Guías de comportamiento, tales como aquella que encontramos en los tratados todavía no en vigor, resoluciones de las Naciones Unidas, o conferencias internacionales, que no son vinculantes por sí mismas, pero que son más que meras declaraciones de aspiraciones políticas (se encuentra en un limbo político/jurídico entre estas dos situaciones). El *soft law* contrasta con el *hard law*, esto es, aquellas obligaciones jurídicas que encontramos en los tratados o en el derecho consuetudinario internacional que son vinculantes en y por sí mismas».

Dos cuestiones aparecen claramente perfiladas en estas definiciones y en otras que se han venido apuntando: la primera es la que corresponde a la identificación del tipo de objetos a los que se le aplica la denominación *soft law*, esto es, el aspecto extensional de la definición. La otra se refiere a los rasgos que caracterizan a los fenómenos de *soft*

⁸ Tampoco debería descartarse el «significado emotivo favorable» que acompaña al término «derecho», al que aludía NINO, como factor determinante para aplicar tal etiqueta a fenómenos valorados positivamente (NINO, 1987: 16).

law y, por lo tanto, responden a una definición intensional del mismo. La constatación de la primera corresponde a un examen empírico, la constatación de la segunda, de uno analítico.

Las definiciones de diccionario nos dan una primera aproximación a qué tipo de objetos se puede referir esta expresión: recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, tratados todavía no en vigor, resoluciones de organizaciones o conferencias internacionales, estándares de calidad, leyes modelo, pautas de actuación, etc. Sin embargo, estas enumeraciones no ayudan demasiado, puesto que, por un lado, son enumeraciones abiertas y, por otro, la mayor parte de las expresiones que las integran son, asimismo, de alcance indeterminado. Desde luego, llama la atención la cantidad y variedad de objetos a los que se aplica la expresión que nos ocupa, así como lo diversas que son sus características (GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 44). Otra cosa que llama la atención, desde una perspectiva diacrónica, es que se trata de una expresión cuyo alcance se ha ido extendiendo exponencialmente, sin que pueda afirmarse en la actualidad que haya quedado definitivamente fijado. Podría decirse que el número de entidades de *soft law* crece constantemente tanto por la elaboración de nuevas instancias de tipos de *soft law* ya consolidados, como por la nueva aplicación del término a tipos de instrumentos ya existentes, pero no incluidos previamente en el término (SENDEN, 2004: 23-25). Una manifestación de la fortuna de una nueva expresión es que su crecimiento en el número de instancias se ve acompañada de su expansión en cuanto a los tipos que abarca.

2.3. El problema de la caracterización

Al formular una definición de la expresión *soft law* que armonice con el ámbito de referencia al que se aplica, un aspecto importante para tener en cuenta es que la expresión *soft law* ha sido generada en el seno de una comunidad especializada (PASTORE, 2014: 76) y no se ha expandido tanto su uso fuera de dicha comunidad para considerar que se haya vulgarizado (ESCUADERO, 2012: 130). El significado de la expresión *soft law* habrá que rastrearlo en el más restringido ámbito de la comunidad académica. Esto, por un lado, hace la búsqueda más accesible, por supuesto. Pero también supone que las discordancias de uso tengan una incidencia mayor como obstáculos a la consolidación de una definición. Que un individuo tenga una particular manera de entender la palabra «elefante» no revela más que una rareza en su idiolecto; que un académico difiera en cuanto a los caracteres definidores de la expresión *soft law* respecto a varios otros, genera una duda genuina en cuanto a su posible significado.

Otro detalle que merece la pena destacar respecto a los intentos de delimitación conceptual que tratan de ofrecer las definiciones o

caracterizaciones del *soft law* es que suelen tomar como punto de referencia las características que se predicen de su tocayo duro, el *hard law* (GALIANA SAURA, 2010: 42). Este método genera pistas sugerentes y, en cierto modo, puede parecer incluso inevitable, pero no deja de tener sus peligros, si consideramos que esa semejanza terminológica oculta más diferencias de fondo de las que aparenta. Tampoco ayuda mucho que las características que operan como factor de comparación entre *hard law* y *soft law* no estén siempre bien identificadas puesto que se expresan en términos confusos, vagos, ambiguos, lo que dificulta la comprensión de aquello que verdaderamente acerca o separa ambos fenómenos.

En definitiva, al carácter fluido de la extensión de la expresión *soft law*, presentada como vasta, heterogénea y expansiva, se suma la ausencia de una definición asentada, aceptada y utilizada comúnmente por la comunidad de interesados (en principio, reducida) que la emplea habitualmente en sus discursos. Esto tiene como consecuencia semántica natural una ineludible vaguedad que dificulta la identificación concreta de los ítems integrados en su ámbito de referencia⁹.

¿Cómo podemos enfrentarnos a esta dificultad? Yo pretendo ofrecer dos observaciones muy generales tendentes a la identificación de la referencia de la expresión *soft law*: una referida a la función del *soft law* y la otra referida a su naturaleza ontológica. A partir de ahí, podremos reflexionar con una base más sólida sobre tres notas características que protagonizan debates y dudas respecto a su proximidad o lejanía respecto al derecho: normatividad, ausencia de fuerza vinculante y producción de ciertos efectos jurídicos (SENDEN, 2004: 112).

3. IDENTIFICACIÓN DEL *SOFT LAW*

3.1. Identificación ontológica

Cuando buscamos instancias concretas de aquello que llamamos *soft law* nos encontramos siempre con una modalidad de textos documentados con autores ciertos y con cierto grado de publicidad. Declaraciones, instrucciones, circulares, directivas, recomendaciones, estándares, códigos... todas estas denominaciones hacen referencia a productos documentales integrados por enunciados que pretenden tener cierta influencia en sus ámbitos de interés, aunque no precisamente la que deriva de su pertenencia a un sistema jurídico. Podría describirse, entonces, el *soft law* como conjunto de enunciados.

Estos documentos son elaborados por una amplia variedad de sujetos públicos y privados a los que se reconduce la intención reguladora

⁹ Sobre las dudas relativas a la extensión del término *soft law*, véase ESCUDERO, 2012: 131.

de los enunciados que lo integran¹⁰. El reconocimiento del carácter de *soft law* que tiene el contenido de esos documentos está basado en gran parte en la adopción de ciertos criterios de identificación que no siempre están unánimemente reconocidos, lo que no ayuda a deshacer la vaguedad patológica de nuestra expresión¹¹.

3.2. Identificación funcional

Funcionalmente, el *soft law* es una respuesta regulativa a situaciones intersubjetivas en las que no se puede o no se quiere imponer una regulación. Parece inevitable, por tanto, que tenga que venir delimitado por referencia al derecho, al menos por lo que se refiere a su función. El *soft law* vendría a ocupar aquellos ámbitos de la realidad social que el derecho, a través de sus fuentes, no alcanza a regular¹². Se trata de casos en los que las soluciones que aporta el derecho resultan insuficientes para cubrir las necesidades de regulación existentes. En concreto:

a) Situaciones para las que se necesitan criterios de actuación que orienten la conducta, pero no se requiere que dicha conducta sea impuesta. Hay una necesidad de orientación, pero no de ordenación. Así, ciertas manifestaciones del *soft law* se presentan como alternativas a la contratación entre particulares, como es el caso de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional que establecen una regulación para las obligaciones, costes y riesgos de la entrega de mercancías cuya efectividad depende de que sean incorporados a un negocio jurídico por acuerdos de voluntades. Estas reglas de comercio internacional suponen una orientación a la conducta comercial puesto que ofrecen una regulación abierta a la disposición de los interesados. En el ámbito público, las necesidades de orientación sin imposición se evidencian en el recurso cada vez más frecuente de las Administraciones públicas a instrumentos regulatorios no vinculantes que ofrezcan a los órganos de la administración pautas de actuación dentro de los márgenes de discrecionalidad que dejan abiertos las normas jurídicas (SARMIENTO, 2008: 42, 50, 68; ALONSO GARCÍA, 2001: 79).

b) Situaciones en las que se percibe la necesidad de imponer una ordenación de las relaciones sociales, pero en la que dicha ordenación es difícil de alcanzar, bien por ausencia de competencia jurídica (las

¹⁰ Esa intención reguladora es la que permitiría, según algunos autores diferenciar el *soft law* de otras cosas como, por ejemplo, los meros acuerdos políticos en el ámbito internacional (SENDEN, 2004: 112; MEYER, 2008: 906)

¹¹ Así, por ejemplo, hay quien considera que la expresión *soft law* no puede ser aplicada a reglas elaboradas por cualquier tipo de sujeto, sino solamente por aquellos que disponen de algún tipo de poder normativo (CERONE, 2016: 23).

¹² «La proliferación del *soft law* refleja una cierta estrechez e inadecuación del *hard law*. El *soft law* debe hacer algunos trabajos en los que el *hard law* falla» (BÓDIG, 2018: 223).

entidades con competencia técnica para elaborar una ordenación de la materia no tienen atribuida la potestad para crear normas jurídicas¹³), bien por carencia de competencia técnica (las autoridades con competencia jurídica no se ven capaces de regular una materia de excesiva complejidad técnica¹⁴), bien por falta de voluntad política (como es el caso de los acuerdos internacionales que no llegan a ser tratados por no tener suficientes ratificaciones¹⁵).

4. SOBRE LA NORMATIVIDAD DEL *SOFT LAW*

Si algo tiene propiamente de *law* el *soft law*, parece encontrarse en su normatividad. Podríamos decir que derecho duro y derecho blando comparten una misma raíz ontológica en cuanto que ambos son fenómenos normativos (SENDEN, 2004: 112).

Sin embargo, la literatura que se ha ocupado del tema se muestra en este punto, al menos nominalmente, contradictoria. Y no se discute sobre esta contradicción, sino que tanto los que consideran que el *soft law* es un fenómeno normativo, como los que consideran que no lo es, lo dan por supuesto.

A los componentes del *soft law* se les llama «enunciados normativos» (CALDERÓN MARENCO, 2018: 51)¹⁶. También se dice de ellos que tienen «naturaleza normativa» (GARRIDO, 2018: 56) o que los instrumentos de *soft law* tienen «estatus normativo» (BÓDIG, 2018: 234), o que son una «fórmula de producción normativa» (ESCUDERO, 2012: 128). Por otro lado, hay quien afirma que el *soft law* está formado por «enunciados no normativos» (KIRSTE, 2018: 49)¹⁷, y se habla del *soft*

¹³ En los casos en los que la ausencia de competencia jurídica se debe a un reparto de competencias normativas entre órganos diversos, es discutible que los órganos que no tienen competencia para regular una determinada materia puedan intervenir en ella vía *soft law*. Particularmente, en derecho español se ha negado que el Estado pueda intentar regular con estos instrumentos materias que son competencia exclusiva de las autonomías (ARROYO, RODRÍGUEZ, 2021: 245).

¹⁴ WESTERMAN (2018b: 10) menciona esta falta de competencia técnica como una de las principales causas de la «externalización» (*outsourcing*) de la función legislativa del Estado.

¹⁵ Por la vía del *soft law* los Estados pueden pretender también evitar los engorrosos procesos internos de ratificación, así como los controles a los que puedan ser sometidos por órganos judiciales y constitucionales (CERDA DUEÑAS 2017: 166). Sobre la ausencia de formalismos en la elaboración del *soft law* como causa de proliferación de instrumentos de este tipo (SHELTON 2008: 15; BRUS, 2018: 249; POSNER, GERSEN, 2008: 41). En el ámbito internacional, el *soft law* se presenta también como un mecanismo para flexibilizar los acuerdos internacionales de modo que facilite a los Estados coyunturalmente interesados en alcanzar un compromiso apartarse del mismo cuando cambien las circunstancias sin mayores complicaciones o sin onerosas consecuencias (MEYER, 2008: 910-912).

¹⁶ Sin embargo, poco más adelante dice que los actos que generan *soft law* «carecen de eficacia normativa» (CALDERÓN MARENCO, 2018: 51).

¹⁷ Aunque más adelante dice que también se llama *soft law* a ciertas «regulaciones normativas» (KIRSTE, 2018: 50).

law como «no normativo» (HAGE, 2018: 40-42). Y para rizar el rizo, el oxímoron absoluto, cuando se lo define como «normas que no son normas» (SARMIENTO, 2008: 28).

Esta aparente diversidad de opiniones evidencia, más que una discrepancia acerca de la naturaleza del *soft law*, un uso divergente de las expresiones «norma» o «normativo». Todo parece indicar que cuando se afirma o se niega la normatividad del *soft law* se está hablando de cosas distintas. Yo creo atisbar los siguientes significados de «normativo» referido al *soft law*:

- 1) Jurídico o jurídicamente válido
- 2) Integrado por normas
- 3) Obligatorio o vinculante
- 4) Causa de reglas o pautas de comportamiento

Me da la impresión de que cuando se dice que no es normativo lo que se quiere decir es que no es jurídicamente válido (significado 1), o que no es vinculante (significado 3). En cambio, cuando se afirma que es un fenómeno normativo se está aludiendo o bien a que el *soft law* está compuesto de normas (significado 2) o, sobre todo, al hecho de que genera reglas o pautas de conducta (significado 4).

Ya he señalado como el mero hecho de incluir el término «*law*» en la expresión que analizamos no es una prueba suficiente para considerar que estamos ante un tipo de derecho y que habrá que profundizar más en las propiedades esenciales de los elementos de derecho y de *soft law* para comprobar si sus semejanzas los convierten en elementos del mismo género a pesar de sus diferencias o no es el caso¹⁸. Por lo que se refiere al significado 3, que es uno de los que más consenso suscita y donde se hace descansar gran parte de las diferencias entre una y otra categoría, me ocuparé de él en el siguiente apartado. En este me ocuparé de las otras dos cuestiones y que son donde parece que se materializan de manera más evidente las semejanzas con el derecho (obviamente, junto con la cuestión de la eficacia jurídica de la que me ocuparé en el apartado quinto).

Estas dos cuestiones se resumen en dos preguntas: a) ¿El *soft law* está integrado por normas?; b) ¿El *soft law* regula comportamientos?

¹⁸ Una exposición del debate acerca del carácter jurídico del *soft law* en GALIANA SAURA, 2016: 314

4.1. ¿El *soft law* está integrado por normas?

4.1.1. ¿Qué son normas?

Cuando decimos que el derecho es un fenómeno normativo no hay duda de que una de las cosas que queremos decir (aunque no sea la única) es que está integrado por una serie de entidades a las que llamamos «normas». Pues bien, si consideramos que la afirmación «el *soft law* es un fenómeno normativo» tiene un significado análogo, lo que quiere decir es que el *soft law* está integrado por normas.

Una norma es una entidad proposicional o una regularidad de comportamiento¹⁹. Entendida como entidad proposicional, una norma es un elemento del lenguaje, normalmente asociado a un tipo de discurso prescriptivo. En cuanto elemento del lenguaje una norma puede ser entendida como una formulación normativa con tipo de discurso prescriptivo, esto es un enunciado prescriptivo, o bien como una entidad semántica, esto es, el significado o sentido de una formulación normativa. Entendida como regularidad de comportamiento, una norma es una conducta reiterada en un grupo social respecto a la cual la mayoría de los miembros de ese grupo tienen la convicción de que resulta debida. Las normas, entendidas como regularidades de comportamiento, son descritas por formulaciones normativas asertivas que afirman la existencia de dicha regularidad junto con la convicción compartida de su obligatoriedad.

Es un lugar común para cualquier doctrina del derecho considerar que todas las normas jurídicas, sean del tipo que sean, son entidades jurídicas, esto es, entidades que forman parte del derecho²⁰. Sin embargo, hay doctrinas del derecho para las cuales no todas las entidades jurídicas son normas jurídicas, esto es, no todas las entidades que integran el derecho son entidades proposicionales jurídicas o regularidades jurídicas de comportamiento, sino otro tipo de entidades como valores, derechos subjetivos, obligaciones, voluntades, espíritus (de la norma, de la ley, ...), órganos, organizaciones, relaciones, instituciones, actos, y un largo etcétera²¹.

Las normas jurídicas pueden ser entendidas de manera diferente según el compromiso ontológico asumido por cada teoría sobre la naturaleza del derecho²². Entendidas como regularidades de compor-

¹⁹ Sobre estas clasificaciones y terminología, véase HERNÁNDEZ MARÍN, 1989: 37 y ss.

²⁰ Por lo que resultan especialmente llamativas afirmaciones como la que hace GARDNER, al señalar que las resoluciones judiciales son normas jurídicas que no forman parte del derecho (GARDNER, 2022: 79).

²¹ Este tipo de doctrinas son calificadas como «no normativistas» por HERNÁNDEZ MARÍN (1998: 61).

²² La expresión «compromiso ontológico» tiene su origen en la obra de W. V. O. QUINE, para quien todo lenguaje o teoría debe describir el tipo de entidades o cosas que constituyen sus referentes (QUINE 1962: 25-47).

tamiento, no cabe duda de que se trata de hechos observables y constatables a través de métodos empíricos. Otra cosa cabe decir de las normas jurídicas entendidas como entidades proposicionales jurídicas. En este caso, resulta habitual la opinión de que las normas jurídicas son objetos abstractos.

Aunque la filosofía jurídica se encuentre cómoda con este planteamiento y no acostumbre a profundizar sobre este tipo de problemas ontológicos, lo cierto es que la existencia de objetos abstractos, y particularmente de objetos lingüísticos abstractos (como sentidos, significaciones o conceptos) es objeto de una amplia discusión en la filosofía del lenguaje de los últimos decenios, sobre todo a partir de la obra de los grandes filósofos analíticos nominalistas como QUINE, GOODMAN o SELLARS. Por lo tanto, no es que considere que la existencia de objetos abstractos sea un disparate y no se pueda sostener seriamente, sino que me parece sorprendente que, desde nuestro campo, lo que se considere disparate sea la discusión y llegar a plantearse, si quiera sea por asomo, que tales entidades ideales puedan no existir.

Desde los postulados de una filosofía estrictamente factualista, que no pretende comprometerse con entidades de dudoso pedigrí ontológico, no hay más entidad proposicional existente que los enunciados inscripción²³, las entidades lingüísticas factuales orales o escritas ocasionalmente recogidas en soportes de diversa naturaleza.

Según este parsimonioso compromiso ontológico, normas jurídicas son enunciados inscripción formulados por ciertos sujetos y, a menudo, recogidos en ciertos tipos de documentos. Cabe advertir que este compromiso ontológico no necesariamente reduce los mecanismos de construcción del derecho (lo que según algunos podría provocar una desconexión entre los criterios teóricos de identificación del derecho y la práctica comunitaria de reconocimiento de este). Es importante no confundir la naturaleza ontológica del derecho con el problema de sus fuentes. El compromiso ontológico asumido puede mantenerse con una gran diversidad de prácticas de reconocimiento de fuentes simplemente adaptando la explicación correspondiente²⁴.

²³ La explicación ofrecida por LEONARD y GOODMAN sobre la suficiencia del cálculo de individuales para la explicación de la mayor parte de las situaciones en que habitualmente empleamos la referencia a clases resulta especialmente interesante en este caso pues ejemplifica a la perfección como se pueden abordar estos temas sin necesidad de adoptar un compromiso ontológico carente de fundamento (LEONARD, H., GOODMAN, N., 1940: 45-55).

²⁴ Por ejemplo, si bien se ha considerado que el papel de los intérpretes del derecho justifica la laxitud ontológica con que se ha de tratar la identificación del derecho, puesto que es improbable que los enunciados de la ley tengan relevancia jurídica alguna sin pasar por el tamiz de la interpretación de los operadores jurídicos, no existe dificultad para entender esta función del intérprete dentro de los márgenes de un compromiso ontológico estrecho. Simplemente deberemos reconsiderar nuestras afirmaciones sobre el sistema de fuentes del derecho del que partimos: el derecho son los enunciados formulados por ciertos (o todos) los intérpretes

La expresión «norma jurídica» no solo genera debate respecto a su naturaleza ontológica. Como he mencionado, cuando se entiende como entidad proposicional, es una expresión que es empleada con frecuencia como indicativo del tipo de discurso de dicha entidad: las normas son entidades proposicionales directivas. Como ha puesto de relieve HERNÁNDEZ MARÍN, este debate acerca del significado de las entidades jurídicas está atravesado por una confusión que, partiendo de la teoría pura kelseniana, recorre buena parte de la teoría jurídica de los últimos cien años: la confusión entre semántica y ontología, entre tipo de discurso y naturaleza del derecho, entre mandato y existencia (HERNÁNDEZ MARÍN, 1989: 117 ss.). De esta cuestión me ocuparé al referirme a la noción normativa de *soft law* como instancia de regulación de conductas.

4.1.2. Normas de *soft law*

Si el *soft law* comparte con el derecho su naturaleza normativa parece sensato suponer que está, al igual que el derecho, formado por normas (exclusivamente o no). ¿Nos permite esto afirmar que el derecho y el *soft law* son dos especies del mismo género? Tal vez, pero este género común no consiste en que ambos fenómenos sean manifestaciones de lo jurídico, como parecería indiciar el término común compartido. Lo que derecho y *soft law* tendrían en común sería su carácter normativo, entendido en el sentido de que ambos fenómenos estarían integrados por normas.

Esto nos deja dos posibilidades respecto a la naturaleza de los elementos que integran el *soft law*: o bien son entidades proposicionales o bien son regularidades de comportamiento.

La identificación de las normas de *soft law* con entidades proposicionales, no implica un compromiso ontológico determinado con algún tipo de realidad. Serán las concretas descripciones de *soft law* las que nos proporcionen el compromiso ontológico expreso o implícito, las que nos den una idea acerca de la naturaleza de las realidades a las que se refieren. En cambio, cuando se piensa en las normas de *soft law* como regularidades de comportamiento, resulta poco dudoso que nos estamos refiriendo a hechos.

Cualquiera que sea la naturaleza ontológica de las entidades proposicionales jurídicas, parece sensato admitir que las que componen el *soft law*, si efectivamente son entidades proposicionales, deberían

del derecho cuando pretenden interpretar determinados textos legales (u otras entidades reales o ficticias). Si el intérprete es fuente del derecho sus enunciados interpretativos son enunciados jurídicos. Otra cosa es que no nos sintamos cómodos con este tipo de reconocimiento expreso, sobre todo por cuanto puede dejar en evidencia nuestras carencias respecto a otros compromisos de los que nos satisface alardear, particularmente el *compromiso democrático*.

tener su misma naturaleza. Esto es, si las normas del derecho son entidades abstractas, lo lógico es considerar que las normas del *soft law* también lo son, y si el derecho no es más que un conjunto de oraciones inscripción, pues entonces las normas de *soft law* también lo serían. Las dificultades, anteriormente aludidas, que conlleva admitir un compromiso ontológico demasiado permisivo, nos conducen a identificar las entidades proposicionales normativas de *soft law* como enunciados inscripción. Como se verá más adelante, aquí resulta más cómodo limitarse a este estricto compromiso ontológico, por cuanto que no entra en conflicto con criterios identificativos fuertemente arraigados reveladores de compromisos ontológicos más abiertos. Fundamentalmente porque, en el caso del *soft law*, no existen tales criterios fuertemente arraigados dado que, como se ha advertido, nos encontramos ante un concepto en vías de desarrollo. Además, los criterios que están estableciéndose incipientemente parecen perfectamente compatibles con una apreciación factualista de la realidad analizada.

Si mantenemos que las normas de *soft law* son entidades proposicionales, igualmente se plantea la cuestión de su tipo de discurso. De este modo, cuando se afirma que el *soft law* está integrado por normas parece que se está expresando la creencia de que las entidades proposicionales que lo componen son prescripciones, al igual que lo serían las normas del derecho. No parece dudoso que también en nuestro ámbito la radical restricción del *soft law* al discurso prescriptivo resulta exagerada. Aún más, parece incluso inadecuada, puesto que la atribución de contenido imperativo a los enunciados de *soft law* es uno de los aspectos más debatidos en los estudios teóricos que analizan el fenómeno (ESCUDERO, 2012: 128).

4.1.3. Características de las normas de *soft law*

Yo diría que no existe todavía una teoría uniforme respecto a las normas de *soft law*. Y que se trata de una tarea pendiente. Todo lo que tenemos es una conjunción de afirmaciones generales extraídas de la observación de ciertos supuestos que se toman como paradigmáticos (que varían de un estudio a otro) y una serie de esporádicas afirmaciones comparativas con las normas jurídicas.

Sin embargo, puesto que es perfectamente defendible la tesis de que el *soft law* está compuesto de normas, en un sentido semejante a la tesis que sostiene que el derecho está compuesto de normas, y dado que también es perfectamente defendible que el *soft law*, y por tanto sus normas, es algo distinto del derecho, parece razonable admitir que una teoría acerca de las normas del *soft law* pueda proporcionar una considerable utilidad.

En mi opinión, una teoría de las normas del *soft law* ha de desarrollar y justificar las siguientes afirmaciones:

4.1.3.1. Las normas de *soft law* son entidades proposicionales

Si bien con el término «norma» se alude en ocasiones a regularidades de comportamiento, no es en este sentido en el que se emplea cuando hacemos referencia a los componentes de *soft law*. No conozco ningún uso de la expresión *soft law* que identifique su referente con regularidades de comportamiento, aunque sí es frecuente aludir a tales regularidades como efecto (BRUS, 2018: 250) o como fundamento del *soft law* (GARRIDO, 2018: 206).

En cambio, todas las alusiones al *soft law* están referidas a entidades proposicionales. Las opiniones sobre la naturaleza ontológica de estos enunciados proposicionales dependen del compromiso ontológico sostenido (normalmente coherente con el compromiso ontológico que sostiene respecto a las normas jurídicas); aunque rara vez se hace explícito.

4.1.3.2. Las normas de *soft law* son positivas

Desconozco si algún comentarista ha argumentado la posibilidad de la existencia de un *soft law natural* a la manera en que se postula un derecho natural. Todos, en cambio parecen apuntar claramente a la idea de que el *soft law* es un producto normativo humano, elaborado por grupos de personas en algún momento determinado²⁵.

Creo, además, que tiene poco sentido plantearse en serio la posibilidad de un *soft law natural*. La creencia en la existencia de un derecho natural se basa en el presupuesto ontológico de que existen exigencias universales de conducta en nuestra relación con los demás que implican la existencia necesaria de ciertas normas insoslayables. El derecho natural se presenta como un derecho universal y eterno en virtud de su misma necesidad. El *soft law* se nos presenta, más bien, como un fruto de la contingencia. Muchas veces se justifica el *soft law* por la insuficiencia de las previsiones del *hard law* dadas las concretas situaciones en las que este tiene que ser aplicado. Parece, por tanto, que su aparición responde a algo distinto a una necesidad que venga exigida por la naturaleza, como una solución inexcusable; más bien, las soluciones que ofrece el *soft law* parecen consistir en una propuesta entre otras muchas posibles. Un *soft law natural* sería algo así como una contingencia necesaria o una necesidad contingente, una pura contradicción.

²⁵ CABALLERO HELLIÓN, 2021: 68; CALDERÓN MARENCO, 2018: 49; MACKOR, 2018: 134.

4.1.3.3. Las normas de *soft law* son enunciados escritos

La concepción estándar de las fuentes del derecho²⁶ se basa en la admisión de una trinidad de fuentes: derecho legislado, derecho consuetudinario y principios del derecho. Por su parte, el derecho legislado es, al menos en la actualidad, derecho escrito. Empleo aquí la expresión «derecho legislado» en un sentido amplio, esto es, como derecho emitido por cualquier órgano autorizado institucionalmente para crear derecho.

¿Podría formularse una teoría de las fuentes del *soft law* en la que se encontrara un paralelismo con la teoría estándar de las fuentes del derecho? Tal y como se le presenta por la doctrina que se ha ocupado del tema, el *soft law* tiene que haber sido formulado de algún modo, principalmente a través de la escritura²⁷. Entiendo, efectivamente, que hay varias razones por las que no tiene sentido hablar de un *soft law* consuetudinario, así como tampoco de principios de *soft law*:

a) El derecho consuetudinario se define como el derecho originado por regularidades de comportamiento respaldadas por una convicción jurídica acerca de su obligatoriedad. Pero, sin entrar a polemizar sobre las implicaciones ontológicas y epistemológicas de esta definición, ¿cómo podríamos definir un presunto *soft law* consuetudinario? Tal vez cómo una pauta originada en comportamientos sociales que no llegan a generar convicción de obligatoriedad. Sin embargo, esta definición abarcaría demasiadas cosas, puesto que daría pie a considerar que los meros hábitos generan *soft law* consuetudinario. Acaso podría decirse que ciertas regularidades de comportamiento generan la convicción de que dicha conducta es debida, pero sin alcanzar la condición de deber jurídico. No se explica, entonces, cómo este *soft law* pueda ser diferenciado de las reglas de la moral o de los usos sociales. ¿O tal vez sea que esa convicción jurídica sí existe, pero lo que está ausente son las consecuencias por la vulneración del deber generado? El problema, entonces, sería como diferenciar las costumbres jurídicas de las costumbres de *soft law*, puesto que las consecuencias o efectos jurídicos de la costumbre suelen considerarse, en los sistemas jurídicos fundados en el principio de legalidad, una consecuencia de normas constitucionales o legales que reconocen tales efectos (en el caso español, el art. 1.3 del Código Civil; en el ámbito internacional, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Si los efectos dependen del reconocimiento de una costumbre como jurídica, se requiere un criterio previo,

²⁶ Esta expresión es utilizada por R. HERNÁNDEZ MARÍN para referirse a la concepción sobre la naturaleza del derecho que es compartida por casi todos los juristas y se enseña de manera uniforme a los alumnos de las facultades de derecho (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 44).

²⁷ CÁRDENAS CASTAÑEDA, 2013: 394; GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 48.

distinto al de sus efectos jurídicos, para distinguir costumbres jurídicas de costumbres que no son jurídicas; la diferencia no puede estar basada en que unas tengan efectos jurídicos y otras no, puesto que esta sería la consecuencia de una distinción previa.

b) Por lo que se refiere a los principios jurídicos, resulta bastante más frecuente la observación de que el *soft law* está integrado, al menos, parcialmente por principios (SARMIENTO, 2008: 98). Sin embargo, cuando hablamos de principios como integrantes del derecho es posible que se produzca un equívoco entre dos cuestiones, una de carácter ontológico y otra de tipo lingüístico. Desde el punto de vista ontológico, los principios se contraponen al derecho expresamente formulado. Los principios son derecho implícito o derecho presupuesto, no formulado expresamente. Se trata de entidades abstractas no dependientes de formulaciones escritas u orales de las mismas²⁸. Desde el punto de vista del lenguaje, los principios se contraponen a las reglas por cuanto las segundas son un tipo de normas que enlazan un supuesto con una consecuencia determinada, mientras que los primeros no disponen una consecuencia determinada para los supuestos a los que se refieren, estableciendo una orientación a la conducta, o bien se refieren a las situaciones reguladas de forma abierta²⁹.

Si entendemos que el *soft law* está integrado por principios, entendidos en sentido ontológico, es decir, entidades proposicionales no formuladas que expresan criterios de orientación implícitos o presupuestos, no sé cómo podríamos hacer para distinguir estos principios de aquellos que reconocemos propiamente como principios jurídicos. La propia naturaleza informal de los principios (entendidos en este sentido) excluye la utilización de criterios formales para su identificación. Y en cuanto a los criterios materiales, tendríamos que recurrir a hipotetizar una específica materia objeto de regulación del *soft law*, distinta de la que corresponde al *hard law*. ¿Existen ámbitos de la realidad en los que no entra el derecho y sólo son susceptibles de una regulación «blanda»? Sinceramente, no soy capaz de atisbar una diferencia en cuanto a la materia regulada entre el *soft law* y el *hard law*. En la práctica, el *soft law* incide en las mismas materias y los mismos asuntos que el *hard law*. No se puede dar cuenta de la diferencia entre uno y otro por el distinto ámbito de los asuntos de que se ocupan (ABBOTT *et al.*, 2000: 402).

Por otro lado, si entendemos la diferencia entre principios y reglas como una cuestión lingüística, una cuestión relacionada, fundamentalmente, con la mayor o menor determinación de la consecuencia, debemos tener en cuenta las siguientes observaciones:

²⁸ Un tipo de entidades que HERNÁNDEZ MARÍN (1989: 54) ha calificado como *cuasiproposiciones* o *cuasiconceptos*.

²⁹ Téngase en cuenta, en este sentido, la distinción entre *directrices* y *principios en sentido estricto* en ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 8-11.

i) Los enunciados jurídicos pueden pertenecer a cualquiera de las dos categorías, en función de la mayor o menor determinación con la que esté formulada su consecuencia. No hay obstáculo para considerar que lo mismo puede ocurrir con los enunciados de *soft law*, que también pueden estar formulados con mayor o menor amplitud en su consecuencia.

ii) La tesis de que, precisamente, son los principios los más habituales integrantes del *soft law* está motivada por la consideración de que el *soft law* tiene un carácter abierto, indeterminado o poco concluyente, que son las características que parecen acomodarse mejor a este tipo de enunciados (ESCUADERO, 2012: 135). Me temo que este juicio se sustenta en una confusión entre las características lingüísticas de los principios y el tópico de la fuerza vinculante de los mismos.

iii) En cualquier caso, un examen empírico del tipo de enunciados que integran el *soft law* arroja como resultado que las llamadas reglas no son tan poco habituales como la tesis anteriormente mencionada quiere hacernos creer (ESCUADERO, 2012: 136). Es más, una de las funciones que habitualmente se atribuyen al *soft law* es la de concretar las consecuencias que quedan indeterminadas en los principios de derecho (ABBOTT *et al.*, 2000: 414). Esta idea parece bastante incompatible con la de que el *soft law* está integrado, en su mayor parte, por principios.

La tesis de que todo el *soft law* es escrito puede descomponerse en las siguientes subtesis:

- 1) El *soft law* está compuesto de enunciados,
- 2) Estos enunciados se encuentran integrados en documentos elaborados por sujetos, públicos o privados, a los que se reconduce la creación de tales enunciados.
- 3) Tenemos criterios de identificación para calificar esos documentos como instrumentos de *soft law*³⁰, lo cual nos permite, a su vez, identificar los enunciados incluidos en esos documentos como *soft law* (BÓDIG, 2018: 234).

El caso es que cuando buscamos instancias concretas de aquello que llamamos *soft law* nos encontramos siempre con una modalidad de textos documentados con autores ciertos y con cierto grado de publicidad. Declaraciones, instrucciones, circulares, directivas, recomendaciones, estándares, códigos..., todas estas denominaciones hacen referencia a productos documentales integrados por enunciados que pretenden tener cierta influencia en sus ámbitos de interés, aunque no precisamente la que deriva de su pertenencia a un sistema jurídico.

³⁰ Sobre la caracterización de los instrumentos de *soft law*, véase CERONE, 2016: 22-23.

4.2. ¿El *soft law* regula conductas?

Más que una pretendida caracterización ontológica, decir que el *soft law* es fenómeno normativo pone el acento en la función directiva para la que ha sido creado. Mediante el *soft law*, se intenta regular determinados ámbitos de la vida social (tal vez de un modo más amigable, menos amenazante, en cuanto apela a la fuerza de la persuasión, más que a la de la coacción). En este aspecto, su normatividad resulta muy similar a la del derecho: una creación humana, con intención reguladora (y también es, como el derecho, una realidad instrumental).

Curiosamente, es en el ámbito de esta aparente similitud funcional, donde se pretenden encontrar algunas de las más importantes diferencias entre *hard* y *soft law*. Así, frente a la imposición del derecho, el *soft law* trata de dirigir la conducta por medio de la recomendación o del consejo. Estas recomendaciones o consejos serían distintos de las normas propiamente dichas. Esta circunstancia explica en parte la antítesis, casual o intencionada, con la que se describe el fenómeno («normas que no son normas»). El *soft law* sugiere, orienta en un sentido determinado, pero no regula³¹.

Resulta misteriosa la afirmación de que el *soft law* orienta, pero no regula. Si de lo que estamos hablando es de una diferencia gramatical, una diferencia en cuanto al modo verbal empleado para modalizar la conducta indicada (condicional o subjuntivo, frente a imperativo, «debería hacer» frente a «haga»), un no demasiado exhaustivo repaso a los documentos habitualmente considerados como *soft law* nos permite comprobar que no siempre sus enunciados aparecen redactados en los modos verbales característicos de la sugerencia. Más bien el lenguaje imperativo es bastante común³². No hay un modo verbal específico del *soft law*, puesto en que en él se dice tanto lo que «debería hacerse» como lo que «debe hacerse». Otra cosa es que sus destinatarios tomen ese imperativo como una mera recomendación por carecer de la autoridad del derecho, e incluso de sus consecuencias. Pero una cosa es su función pragmática y otra su tipo semántico.

Si no es una diferencia gramatical o semántica, sino básicamente pragmática, es decir, si de lo que se trata es de que los destinatarios y usuarios del *soft law* toman sus formulaciones directivas como meros consejos o recomendaciones (con independencia del modo verbal en el que estén formuladas), es porque cuentan con una caracterización previa de la formulación en cuestión. No es *soft law* porque sea un consejo, sino que se toma como un consejo porque es *soft law*.

³¹ ESCUDERO, 2012: 128; KIRSTE, 2018: 49; GARRIDO, 2018: 60.

³² Véase el análisis de las pautas emitidas por la Autoridad Europea de Valores y Mercados para la regulación de los mercados financieros, en ELIANTONIO, 2021: 288.

Si la diferencia es pragmática, en cuanto que depende del modo en que las formulaciones de *soft law* son entendidas por sus destinatarios y usuarios, ¿esto nos permite excluir su carácter directivo? Me parece que no, o al menos no necesariamente. Una característica primordial en la elaboración del *soft law* creo que tiene que ver con que su formulación intencional por los sujetos emisores está marcada por la ausencia de la intención de crear derecho (o más bien diríamos por la intención positiva de no crear derecho), pero esto no tiene por qué excluir la intención directiva a la que antes aludíamos. De este modo son perfectamente compatibles la afirmación de que el *soft law* es un fenómeno normativo con la afirmación de que tiene una función pragmática orientadora o de consejo.

La apelación a la función orientativa o de consejo como rasgo identificador del *soft law* produce una curiosa confusión a la hora de caracterizar ciertos elementos indiscutiblemente jurídicos. En este sentido, la clasificación *soft law* jurídico (*soft law material*) y *soft law* no jurídico es una manifestación bastante singular de este tipo de confusiones. Un *soft law* no jurídico parece aproximarnos a la idea de una normatividad que se parece al derecho pero que no es derecho, el *soft law* jurídico lo que parece hablarnos es de una normatividad que se parece al derecho, pero que sí es derecho. Entonces, ¿por qué no hablar sin más de derecho en este caso?

La expresión *soft law material* se emplea para referirse a los tratados internacionales que contienen cláusulas con un alto grado de indeterminación como, por ejemplo, los convenios-marco en materia de medio ambiente³³. Se dice, en estos casos que existe una norma jurídica formalmente vinculante pero que se formula tan ampliamente que no es posible determinar a qué obliga y, por lo tanto, no es posible constatar cuando se ha incumplido o cuando procede imponer una sanción (GARRIDO 2018: 68; GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 46). También en el derecho interno se dan este tipo de circunstancias, por ejemplo, las normas secundarias que establecen la obligación del juez de tomar una decisión, pero que no le indican cual tiene que ser el contenido de dicha decisión (HERNÁNDEZ MARÍN 2012: 404-405), o en los pronunciamientos exhortativos que instan, más que ordenan a la consecución de ciertos objetivos (POSNER, GERSEN, 2008: 10-11). Tampoco en estos casos es posible constatar si el juez ha cumplido o no con la obligación impuesta por la norma.

El *soft law material* equivaldría, pues, al derecho válido en cuanto que tiene su origen en las fuentes formales, aunque se asemeja al *soft law* en la dificultad para imponerlo. Sin embargo, mientras que la dificultad en el *soft law* deriva de que no resulta formalmente exigible, en

³³ A veces esto recibe la denominación *soft hard law* (BRUS, 2018: 263).

el llamado *soft law material*, la dificultad consiste en que, aunque sea formalmente exigible, no se dan las condiciones materiales para hacerlo exigible, puesto que no se sabe exactamente qué es lo que exige. Dicho de otro modo, el *soft law* puede ser aplicado pero su aplicación no contaría como aplicación del derecho, mientras que el *soft law material* no puede ser aplicado, aunque si pudiera serlo su aplicación sí contaría como aplicación del derecho.

5. SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DEL *SOFT LAW*

Aunque esta caracterización del *soft law* parece captar por entero el fenómeno del que se trata, no está del todo claro si permite describir suficientemente su referencia y, sobre todo, si es útil para delimitar la noción de *soft law* respecto a la noción de derecho. Creo que puede dar lugar a una explicación iluminadora el planteamiento de tres cuestiones al respecto: 1) ¿Qué es lo que no tiene el *soft law* al no tener fuerza vinculante?; 2) ¿Por qué no tiene fuerza vinculante el *soft law*?; 3) ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?

5.1. Si carece de fuerza vinculante, ¿de qué carece el *soft law*?

Parece ser, pues, que el *soft law* carece de algo que sí tiene el derecho «de verdad» (el llamado *hard law*). Lo primero que habría que preguntarse, entonces, es si tal fuerza vinculante es una propiedad autónoma del derecho (HAGE, 2018: 21):

a) El término «vinculante» puede ser entendido en el sentido de que influye en el comportamiento humano, en cuanto *fuerza causal* que determina una conducta u otra. Decir que el derecho es vinculante o tiene fuerza vinculante equivaldría a decir que el derecho es la causa, o una de las causas, de ciertos comportamientos. Hay dos maneras de entender la fuerza vinculante del derecho en sentido causal:

i) Como causa física del comportamiento. De este modo, decir que el derecho es vinculante equivaldría a afirmar que la realización de la conducta ordenada por el derecho es una *consecuencia directa* del derecho que la ordena.

ii) Como causa psíquica del comportamiento. Decir que el derecho es vinculante equivaldría a decir que el comportamiento ordenado *está motivado* por el derecho que lo impone.

b) El término «vinculante» puede ser entendido en el sentido de que impone obligaciones. Este último sentido, a su vez podría entenderse de dos maneras, que podríamos llamar externa e interna:

i) El modo externo supone considerar que la fuerza vinculante es una relación entre norma y comportamiento, pero de naturaleza distinta a la causal/material; esto es, una relación de naturaleza espiritual/inmaterial (la norma vinculante genera la situación de sujeto obligado respecto a la conducta objeto de regulación como un estado especial).

ii) Conforme al modo interno, la fuerza vinculante no designa ninguna relación entre la norma y el comportamiento (o un tipo de comportamiento), sino que designa una característica autónoma de la norma que la tiene con independencia de los efectos (materiales o espirituales) que pueda generar en las conductas reguladas.

El sentido causal de fuerza vinculante parece colapsar con la noción de eficacia. Si una norma es vinculante cuando causa el comportamiento ordenado, entonces es vinculante si se cumple. Por su parte, el modo interno de la noción obligacional de fuerza vinculante conecta de algún modo con la noción de validez: el derecho es válido porque es vinculante y es vinculante porque es válido. Cuando decimos que ser vinculante significa que obliga, tomamos el término «obligación» como primitivo, pero esto no es posible porque el significado del término «obligación» es siempre dependiente de un sistema de normas válido.

Parece que cualquier posible sentido que le atribuyamos a la expresión «fuerza vinculante» termina identificándola con otras propiedades como la validez o la eficacia. A no ser que la entendamos conforme a la crítica realista (OLIVECRONA, 1980: 212), como una fuerza mística sólo explicable en el plano espiritual y, por lo tanto, sin significación propia en el ámbito real, esto es, al modo externo de la noción obligacional de la fuerza vinculante. Pero en este caso hablar del carácter vinculante del derecho es más que nada una cuestión de fe, esto es, exige asumir una creencia que no puede ser verificada.

5.2. ¿Por qué el *soft law* no tiene fuerza vinculante?

Conforme al análisis anterior, que el *soft law* carezca de fuerza vinculante puede significar:

- a) Que no es eficaz.
- b) Que no es válido.
- c) Que carece de una fuerza mística sustancialmente independiente de la validez.

Voy a prescindir del examen de la tercera posibilidad, puesto que me aleja de una explicación analítica que permita distinguir el *soft law* respecto del derecho con fundamentos mínimamente sólidos. Por lo que se refiere a la primera posibilidad, aparte de que la adopción de un sentido causal de vinculación nos aleja del plano normativo en el que se

mueven habitualmente los juristas cuando emplean esta noción (HAGE, 2018: 28), tiene la desventaja de que, al ser la eficacia de la norma susceptible de comprobación empírica, esta puede arrojar resultados muy dispares independientemente de su caracterización como *soft law*. Es más, es un hecho ampliamente reconocido por los especialistas que algunos ejemplos de estas llamadas «normas no vinculantes» tienen un alto grado de eficacia³⁴. Podría decirse que esta eficacia de la *soft law* no se corresponde a ninguna fuerza vinculante puesto que en muchas ocasiones la actuación conforme no está motivada (ni, por supuesto, causada físicamente) por la norma de *soft law* que se refiere a la conducta en cuestión, y que la norma sólo es vinculante si causa efectivamente el comportamiento conforme. Pero, aun así, no cabe asegurar, como principio, que nunca las normas de *soft law* tienen esa eficacia causal. Nuevamente, tendríamos que recurrir a una comprobación empírica que resulta incompatible con la caracterización en abstracto de tales normas como normas no vinculantes.

La segunda alternativa parece la más prometedora: el *soft law* no tiene fuerza vinculante porque no es derecho válido. Pero esta respuesta es engañosamente obvia, puesto que adolece no sólo de falta de concreción respecto al sentido en que hablamos de fuerza vinculante, sino también de la indeterminación que acompaña a la noción de validez³⁵. Por lo tanto, si la noción de validez puede ser clave, necesitaremos un poco de precisión.

Podemos distinguir tres sentidos de validez referida a las normas jurídicas (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 195): Según uno de estos sentidos, validez sería perfectamente equiparable a la noción de fuerza vinculante. Otro sentido de validez expresa la noción de corrección de modo que, en ese sentido, una norma válida es aquella que cumple todos los criterios de corrección tanto en su procedimiento de elaboración como por lo que se refiere a su contenido. Por último, podemos hablar de validez en el sentido de «juridicidad» o pertenencia de la norma a un determinado ordenamiento jurídico. De este modo, podemos hablar de validez como fuerza vinculante, validez como corrección y validez como pertenencia³⁶.

³⁴ En el temprano estudio de WELLENS y BORCHARDT (1989: 268) sobre el *soft law* de la UE ya se mencionan los efectos jurídicos de estas normas «no vinculantes». Sobre la amplia eficacia en la práctica de disposiciones de *soft law*, con particular referencia a los principios sobre buen gobierno corporativo de la OCDE, véase CABALLERO HELLIÓN, 2021: 62-66. Sobre la lata eficacia del *soft law* administrativo, vid. SARMIENTO, 2008: 28. Sobre la eficacia del *soft law* de la UE, véase SENDEN, 2004: 241. Una explicación de las causas que dan lugar a la eficacia del *soft law* en POSNER y GERSEN, 2008: 24.

³⁵ En el volumen colectivo *Legal Validity and Soft Law*, (WESTERMAN, HAGE, KIRSTE, MACKOR, 2018) se pueden encontrar diversas visiones de como la noción de validez entra en relación con el fenómeno del *soft law*.

³⁶ Estos tres sentidos están presentes en las referencias a la noción de validez en la teoría pura kelseniana como «significado de validez», «fundamento de validez» y «existencia específica

En su primera acepción, si lo que intentamos es explicar la fuerza vinculante precisamente como consecuencia de su validez³⁷, no obtendremos más que una inútil tautología, incapaz de explicar nada sobre la noción de fuerza vinculante ni sobre la noción de validez.

En el tercer sentido indicado, la validez de una norma se puede referir a su pertenencia a un determinado ordenamiento jurídico³⁸. En este sentido, una norma es válida si pertenece al derecho o es derecho. Este sentido de validez supone otra denominación para la recurrente pregunta ontológica por la naturaleza del *soft law*, cuya respuesta (el *soft law* no es válido porque no es derecho) parece más propia de un punto de llegada que un punto de partida explicativo de su relevancia.

El segundo sentido es el que equipara la noción de validez a la de corrección tanto en la producción de la norma como en su contenido (KELSEN 1983: 202). Esta noción de validez entendida como corrección a menudo se emplea como explicación de la carencia de fuerza vinculante que caracteriza al *soft law*. El *soft law* no es derecho válido porque no ha sido producido correctamente, ya sea porque no ha sido elaborado por sujetos que tengan capacidad o competencia para producir derecho (ESCUADERO, 2012: 139), ya sea porque no se han seguido las normas de procedimiento oportunas para elaborarlo.

Sin embargo, esta negación de validez en el *soft law*, en cuanto ausencia de corrección, esconde cierta confusión. Por un lado, la negación de que el *soft law* sea derecho válido, esto es, derecho correctamente producido, no parece ser equivalente a la afirmación de que se trata de derecho inválido, esto es, derecho incorrectamente producido. Si así fuera tendríamos dificultades para distinguir el *soft law* de las leyes inconstitucionales (POSNER, GERSEN, 2008: 11-12).

Al afirmar que la diferencia entre *soft law* y *hard law* estriba en la ausencia de normas secundarias sobre la creación del primero, se supone que, en realidad, no existe un criterio de corrección acerca de la elaboración del *soft law*. Por ello, no tendría sentido hablar de *soft law* válido, pero tampoco tendría sentido hablar del *soft law* como derecho inválido o incorrecto, puesto que no es derecho mal producido o con un contenido inadecuado. No puede haber producción irregular de normas si no hay reglas que regulen la producción de esas normas. En realidad, al elaborar el *soft law*, los sujetos productores nunca pretendieron crear derecho. Ese, y no la ausencia de intención directiva, es el aspecto pragmático del *soft law* que lo identifica y lo define frente al derecho.

de la norma» (KELSEN, 1983: 23 ss; 200 ss).

³⁷ HAGE equipara la pretensión sobre la fuerza vinculante de una norma a una pretensión interna de validez (HAGE, 2018:24).

³⁸ BULYGIN reconoce esta noción de validez en la definición kelseniana de la validez como «existencia específica» de las normas, entendiendo que las normas se presentan como miembros de complejos sistemas normativos (BULYGIN, 2006: 60).

Por otra parte, en ocasiones sí parece tener sentido hablar de validez o invalidez del *soft law*. Por ejemplo, una recomendación formulada por un órgano competente de la Unión Europea frente a una recomendación emitida por otro órgano que no tiene atribuidas competencias para elaborar dichos documentos. Esto es así porque, en realidad, resulta falso que no existan criterios de corrección en la elaboración del *soft law*. Es posible que existan normas de competencia y de procedimiento específicas para determinadas producciones de *soft law*, que, sin perjuicio de las consecuencias que deriven de la sujeción o no a tales normas, determinan su corrección o incorrección y, por lo tanto, inciden en su reconocimiento como auténtico *soft law*, tenga este el valor que tenga³⁹. Pero además de ello, aun contando con la ausencia de disposiciones reguladoras de la creación de *soft law*, cabe hablar de un *soft law* inválido cuando sus contenidos entran en conflicto con la ley, o incluso la Constitución. Y es que, con independencia de la eficacia que se atribuya a estas producciones normativas, no pueden quedar al margen del sometimiento al derecho que regula toda actividad pública o privada (GALIANA SAURA, 2016: 315)⁴⁰.

5.3. ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?

Otro problema en la caracterización del *soft law* por la ausencia en el mismo de fuerza vinculante es el de la identificación de las consecuencias que de ahí derivan. En este sentido se pueden dar respuestas con mayor o menor grado de finura.

Una respuesta poco refinada consistiría en apuntar que no tener fuerza vinculante tiene como consecuencia que el *soft law* carece de efectos jurídicos. De este modo, el *soft law* sería jurídicamente irrelevante puesto que no incidiría en la realidad por él regulada, estableciendo sobre la misma una determinada organización jurídica. Dicho de otro modo, nadie adquiriría derechos, estaría jurídicamente obligado, y ninguna situación asumiría una determinada calificación jurídica como efecto de las normas de *soft law*.

La tosquedad de esta respuesta se aprecia en que deja sin explicar ciertas influencias evidentes de las formulaciones de *soft law* en los ámbitos en los que incide. Pero, sobre todo, resulta evidente su contra-

³⁹ A veces puede suceder que el legislador obligue a ciertos sujetos a crear pautas reguladoras de sus propias conductas (MACKOR, 2018: 134-135).

⁴⁰ Por lo que se refiere a los actos de *soft law* de la UE, estos no pueden prevalecer sobre el derecho comunitario cuando sean incompatibles con este (SENDEN, 2004: 245). Con carácter general, para los acuerdos internacionales, se ha indicado que los Estados no pueden celebrar un acuerdo que sea contrario al *ius cogens* con la excusa de que se trata de un acuerdo no vinculante (BARBERIS, 1984: 258).

dicción con la tercera de las notas características que se atribuyen al *soft law*: es capaz de desplegar ciertos efectos jurídicos.

Una posible réplica frente a esta crítica consiste en señalar que los efectos jurídicos no los tiene el *soft law* por sí mismo, sino que son debidos a la intervención de otros factores y, en última instancia, pueden reconducirse a efectos jurídicos del derecho propiamente dicho (*hard law*). Esta respuesta es discutible por lo que veremos en el apartado siguiente.

En un intento de ganar precisión en la identificación de las consecuencias derivadas de la ausencia de fuerza vinculante, se llega a la consideración de que el *soft law* no está respaldado por el ejercicio de una coacción institucionalizada. No se trata de que el *soft law* carezca de cualquier efecto jurídico, sino de que entre sus posibles efectos jurídicos no cabe la imposición de sanciones, así como tampoco cabe la imposición forzosa de su cumplimiento (GARRIDO, 2018: 56).

No obstante, esta explicación tampoco resulta totalmente satisfactoria⁴¹. Desde el mismo momento en que se reconoce la posibilidad de ciertos efectos jurídicos, si en realidad son tales (y no meros compromisos morales o manifestaciones de buena voluntad), se abre la puerta para el ejercicio jurídicamente ordenado de la coacción⁴². Evidentemente, hay ejemplos de normas de *soft law* cuyos posibles efectos jurídicos no son susceptibles en modo alguno de coacción, sobre todo cuando estas adoptan formas características de los principios (SARMIENTO, 2008: 208-209). Pero esto no deja de ocurrir también en el ámbito del *hard law*, lo que nos llevaría a meter en el mismo saco de la regulación blanda a toda disposición que carezca de condiciones para determinar un efecto jurídico cierto. Precisamente, un intento de ser coherente con esta explicación puede conducir a admitir la confusa noción de «*soft law material*» a la que anteriormente he aludido.

Como última tentativa de presentar las consecuencias de la ausencia de fuerza vinculante del *soft law* me referiré a sus condiciones de utilización. La explicación sería la siguiente: para que el *soft law* pueda ser empleado para justificar una pretensión o una decisión es necesario que dicho empleo pueda, a su vez, ser justificado. Los enunciados acerca del *soft law* no pueden formar parte, por sí solos, de un argumento justificatorio de una pretensión jurídica y, mucho menos, de una decisión jurídica. Dicho de otro modo, para que la alusión a un enunciado de *soft law* pueda ser utilizada como premisa normativa del argumento justificatorio es necesario que dicha premisa sea la consecuencia de

⁴¹ Y no solo por la posibilidad de sanciones difusas, no institucionalizadas (ESCUDERO, 2012: 7; GALIANA SAURA, 2016: 317).

⁴² Sobre la generación de efectos lesivos en la esfera de los particulares a través de instrumentos de *soft law*, véase SARMIENTO, 2008: 194-195.

otro argumento previo que sirva para justificar su empleo⁴³. Y este argumento ha de tener una base jurídica.

El auténtico sentido de la ausencia de carácter vinculante del *soft law* no estaría, pues, ligada a la ausencia de efectos jurídicos, sino a la incapacidad para justificar efectos por sí solo y, por lo tanto, a la necesidad de reconducir dichos efectos al derecho.

Sin embargo, al menos aparentemente, no siempre la eficacia reconocida al *soft law*, manifestada en su empleo como justificación de decisiones y pretensiones, deriva de su conexión con el derecho (BÓDIG, 2018: 239). En algunas ocasiones el recurso argumentativo al *soft law* tiene tanto respaldo que no parece exigir justificación propia. Es más, en algunas ocasiones se ha aludido al llamado efecto «*comply or explain*» del *soft law*, precisamente aludiendo a que es el empleo de otras premisas distintas a las proporcionadas por el *soft law* relevante para un caso lo que tiene que ser justificado para que la pretensión o la decisión se considere jurídicamente fundada.

6. SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL *SOFT LAW*

La tercera característica destacada en las descripciones del *soft law* vuelve a incidir en su aspecto *law*. El *soft law* se parece al derecho porque tiene los mismos efectos que el derecho, esto es, tiene efectos jurídicos⁴⁴.

Son dos las cuestiones que quiero abordar en este apartado. La primera tiene que ver con la identificación de esos efectos jurídicos: ¿a qué efectos nos referimos exactamente cuando decimos que el *soft law* tiene efectos jurídicos? La segunda cuestión se refiere a las causas de tales efectos, teniendo en cuenta la ausencia de fuerza vinculante que también se predica de las normas de *soft law*.

6.1. Posibles efectos del *soft law*

Cuando se habla de los efectos propios de las normas jurídicas frecuentemente se hace alusión a que las mismas atribuyen derechos, imponen deberes y califican jurídicamente situaciones. Estos efectos se manifiestan por medio de la determinación del sentido de decisiones

⁴³ Esta forma de presentar la motivación de las decisiones jurídicas se corresponde al modelo de cadena de razonamientos, o mejor, *árbol de razonamientos*, según el cual la conclusión del razonamiento principal de la motivación, consistente en la afirmación de la conformidad al derecho de la decisión jurídica, es una consecuencia de premisas que, a su vez, son la conclusión de otros razonamientos (HERNÁNDEZ MARÍN, 2013: 124 ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, 2021: 329 ss.).

⁴⁴ «Fuentes del derecho *extra ordinem*» las llama PASTORE (2014: 86) precisamente por considerar que la producción de efectos jurídicos las califica como parte del derecho.

judiciales, administrativas y arbitrales (decisiones jurídicas), la fundamentación de pretensiones amparadas en derecho y la formación de nuevo derecho (autorizado como efecto de normas jurídicas anteriores).

Pues bien, al analizar los posibles efectos jurídicos del *soft law*, consideraré su capacidad para determinar el sentido de decisiones jurídicas, para fundar pretensiones amparadas en derecho o para autorizar el contenido de derecho propiamente dicho o *hard law*.

Respecto al primero de los efectos mencionados, supone admitir que la corrección de ciertas decisiones tomadas por los operadores jurídicos depende de su acomodo a normas de *soft law*. Dicho de otro modo, el que una decisión jurídica sea conforme a derecho puede depender de que aplique *soft law*.

El segundo de los efectos consiste en fundar jurídicamente la pertinencia de una pretensión. Que tal pretensión esté amparada por el derecho puede depender de su adecuación al *soft law*. Una pretensión está amparada por el derecho cuando la decisión jurídica que estima tal pretensión es conforme a derecho. Si la conformidad al derecho de la decisión jurídica depende de la conformidad al *soft law*, entonces podemos decir que la pertinencia jurídica de la pretensión depende de que esté amparada por el *soft law*. Que una pretensión esté fundada de esta manera puede ser determinante para su estimación oficial, aunque no necesariamente. Y no sólo porque la pretensión puede ser todavía desestimada por razones procesales, sino porque el órgano decisor puede considerar que la alegación del *soft law* como fundamento de la petición no está suficientemente justificada.

El tercero de los efectos, la anticipación del contenido del *hard law*, solo puede considerarse efecto jurídico en un sentido muy laxo. Efectivamente, se ha destacado que la regulación del *soft law* resulta en muchas ocasiones una avanzadilla de lo que las normas jurídicas propiamente dichas desarrollarán posteriormente, de tal manera que el *soft law* sería una especie de derecho embrionario a la espera de su maduración completa al transformarse en alguna de las fuentes del derecho formalmente admitidas⁴⁵. En sentido estricto, no puede considerarse que este sea un efecto jurídico del *soft law*. En todo caso, podría decirse que las normas jurídicas legisladas son el efecto jurídico de las normas de competencia y procedimiento que regulan su creación, en las que se subsumen los actos de producción normativa encaminadas a crearlas. Los enunciados de *soft law*, junto con otros materiales diversos, pueden ser tenidos en cuenta por los integrantes de los órganos

⁴⁵ Siguiendo esta metáfora biológica, se ha destacado el paralelismo entre el proceso de mutación de las normas de *soft law* en derecho válido y los procesos de *selección natural*, en los que diversas regulaciones de *soft law* compiten hasta que la más apta para convertirse en derecho oficial se consolida (WESTERMAN, 2018a: 177-178).

legislativos para establecer el contenido de las disposiciones jurídicas, puesto que pueden servir como justificación para adoptar una determinada norma u otra. Pero esto no quiere decir que las normas jurídicas producidas sean un efecto jurídico del *soft law* que se haya tenido en cuenta de este modo. En cierto sentido, el *soft law* (así como otros datos y consideraciones) puede justificar la adopción de una determinada medida legislativa, pero esta justificación no es de tipo jurídico, sino más bien político, no influye en que la norma aprobada sea jurídicamente correcta (que es lo que se trata de probar con una justificación jurídica), aunque puede ser relevante para su aceptabilidad política. En este sentido se puede apreciar una notable diferencia con los efectos anteriores, puesto que en ellos sí que se trata de determinar si el *soft law* es apto para justificar jurídicamente una decisión o una pretensión.

6.2. Explicación de los efectos del *soft law*

Por lo que se refiere a las causas explicativas de los efectos jurídicos del *soft law*, cabe plantear una explicación *reduccionista* o una explicación *antirreduccionista*. De acuerdo con el primer tipo de explicación, el *soft law* no tiene relevancia jurídica por sí mismo y cualquier valor para justificar pretensiones o decisiones jurídicas que pueda tener se lo debe a su vinculación con el *hard law*. Por su parte, las explicaciones del segundo tipo proponen una relevancia jurídica autónoma del *soft law*. Si entendemos la ausencia de fuerza vinculante en el *soft law* como necesidad de que sus efectos estén siempre vinculados al derecho, estamos proponiendo un tipo de explicación reduccionista⁴⁶. En este apartado pretendo mostrar como esta explicación reduccionista no siempre es suficiente para dar cuenta completa de los efectos atribuidos al *soft law*⁴⁷.

Entre las explicaciones reduccionistas podemos citar las siguientes:

- i) El *soft law* tiene efectos jurídicos porque es objeto de remisión de normas de *hard law*.
- ii) El *soft law* tiene efectos jurídicos porque proporciona una interpretación adecuada del *hard law*.
- iii) El *soft law* tiene efectos jurídicos porque proporciona pruebas de la existencia y contenido del *hard law*.
- iv) El *soft law* tiene efectos jurídicos porque especifica el contenido del *hard law*.

⁴⁶ Ejemplos de explicaciones reduccionistas en el ámbito del derecho internacional podemos encontrarlo en SORENSEN 1998: 154, o en MEYER, 2008: 906-907.

⁴⁷ Una explicación antirreduccionista de los efectos del *soft law* se puede encontrar en BÓDIG, 2018: 239.

Estas explicaciones hacen depender los efectos jurídicos que pueda tener el *soft law* de su conexión con las fuentes jurídicas. Al considerar que el *soft law* es una interpretación autorizada de la ley (VAQUER ALOY, 2013: 112; POSNER, GERSEN, 2008: 29-33), que constituye una prueba de la existencia y contenido de la costumbre (CALDERÓN MARENCO, 2018: 64; SHELTON, 2008: 9-10) o que especifica el contenido de principios jurídicos (ALONSO GARCÍA, 2001: 84), se está proponiendo una explicación de tipo reduccionista: los efectos justificatorios del *soft law* dependen de su conexión con las fuentes jurídicas admitidas, respecto a las cuales desempeña una función auxiliar.

La explicación reduccionista parece suficiente cuando el derecho otorga expresamente efectos al *soft law*, esto es, cuando hay una remisión a disposiciones de *soft law* a la hora de integrar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de disposiciones de derecho legislado o de tratados internacionales⁴⁸. En estos casos, el *soft law* se integra en las fuentes del derecho pasando a formar parte del contenido de estas últimas. De este modo, no cabe duda de que cualquier efecto jurídico que pueda derivar de dicha remisión se reconduce indudablemente al valor jurídico de la fuente de remisión.

Sin embargo, en el resto de los casos, el valor que se atribuye al *soft law* con relación al *hard law* (interpretativo, probatorio o de especificación) no se encuentra ni explícita ni implícitamente reconocido en el propio derecho (ALBERTI, ELIANTONIO, 2021: 196). Depende, pues, de un cierto reconocimiento externo del *soft law* en cuanto instancia de determinación, prueba o especificación del *hard law*. Y esto parece reconducirnos a una fundamentación antirreduccionista de la conexión defendida, lo que llevaría aparejada la necesidad de explicar las causas del valor mismo de las fuentes de *soft law*.

Esta fundamentación externa del *soft law* podría basarse en el valor de origen o en su valor de contenido. El primer tipo tiene en cuenta el reconocimiento del sujeto creador del *soft law* como alguna clase de autoridad. El segundo, en cambio se fundamenta en la adecuación del contenido del *soft law* respecto a la determinación, prueba o especificación del *hard law*⁴⁹.

⁴⁸ Por ejemplo, la remisión que encontramos en la legislación relativa al control de la contaminación a las «mejores técnicas disponibles» supone la atribución de eficacia jurídica a las llamadas BREF (*Best Available Technique Reference Document*), o guías sectoriales que especifican cuales son tales técnicas mejores (SARMIENTO, 2008: 140-141).

⁴⁹ La referencia al valor de origen o de contenido corresponde a una explicación justificativa para los efectos jurídicos del *soft law*. No se trata, por tanto, de una descripción de las causas de su eficacia. Una descripción de este tipo, sobre el argumento del «efecto de red» o «bola de nieve» al provocar la eficacia de las disposiciones de *soft law*, puede encontrarse en DRUZIN, 2016: 1-18.

a) Por lo que se refiere a los creadores del *soft law*, podemos hablar de dos tipos de autoridad: *epistémica* y *formal*⁵⁰.

La autoridad epistémica se atribuye a quien, por su competencia e imparcialidad, se le presume la veracidad de sus informes sobre la realidad de la que habla. Es esta una presunción que se basa en la capacidad que reconocemos en tal autoridad para comprender la realidad de la que informa y en su voluntad de informar acerca de esa realidad tal como es, puesto que la imparcialidad implica la ausencia de motivos para ocultar la verdad⁵¹.

La autoridad epistémica, como explicación del reconocimiento del *soft law*, puede ser jurídica o científico-técnica. En algunos casos, la eficacia jurídica del *soft law* parece descansar sobre la aceptación de que el autor de *soft law* es una especie de autoridad que se pronuncia acerca del contenido del *hard law*. Así, cuando se presenta el *soft law* como una interpretación del *hard law*, o cuando se pretende identificar en él las reglas que derivan de principios jurídicos, integrantes a su vez del *hard law*. Como elaboración de una autoridad epistémica jurídica, el *soft law* ofrecería una propuesta de interpretación, prueba o especificación del derecho. Una autoridad interpretativa, en este sentido, es alguien en quien podemos confiar que sus interpretaciones son correctas, esto es, que las expresiones significadas que usa se corresponden realmente con las expresiones significantes que pretendemos comprender. Este es el caso de ciertas instituciones académicas o investigadoras cuyas indicaciones sobre determinada materia son tenidas por especialmente relevantes al interpretar o especificar los contenidos del derecho. Así, por ejemplo, los criterios que el *American Law Institute* establece sobre la protección del derecho de propiedad intelectual en el ámbito transnacional (CABALLERO HELLIÓN, 2021: 63), o las propuestas de unificación de derecho europeo de contratos elaboradas por algunas instituciones académicas⁵². Este tipo de autoridad también se reconoce en el ámbito internacional a órganos que desempeñan un papel relevante en la formación de tratados como singularmente ocurre con la Comisión de Derecho Internacional (BAYLIS, 2019: 1014).

⁵⁰ POSNER y GERSEN parecen aludir a estos dos tipos de autoridad cuando explican la influencia del *soft law* en el comportamiento: guía epistémica o aviso creíble sobre juicios políticos e intenciones (POSNER y GERSEN, 2008: 4, 12).

⁵¹ El reconocimiento al que aquí se alude como fundamento de la autoridad epistémica se corresponde es el tipo de reconocimiento objetivo que está basado en las condiciones de fiabilidad del proceso de adquisición de conocimiento por comunicación de dicha autoridad. Para la identificación de tales condiciones tomo como referencia la teoría epistémica de GOLDMAN. 1979: 1-23. Sobre las razones por las que una determinada autoridad puede resultar más fiable en términos de coste de su toma de posición, véase POSNER y GERSEN, 2008: 13-15).

⁵² VAQUER ALOY pone como ejemplo de la función interpretativa del *soft law* el uso que el Tribunal Supremo hace del derecho europeo de contratos como argumento de autoridad para consolidar ciertas interpretaciones de preceptos del Código Civil, con referencia específica al criterio de la «realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma» (VAQUER ALOY, 2013: 112).

Esta explicación del *soft law* plantea varias dudas sobre su naturaleza que ponen en entredicho la caracterización que típicamente se hace del mismo. Por supuesto, la más evidente es que no parece que se pueda seguir manteniendo el carácter normativo del *soft law*. Este no estaría compuesto de normas sino de afirmaciones sobre normas, afirmaciones emitidas por una autoridad particularmente confiable (por razón de su conocimiento e imparcialidad) susceptible de generar una presunción de veracidad en sus afirmaciones sobre el derecho.

La autoridad científico-técnica, por su parte, confiere relevancia a las normas técnicas, sistemas de acreditación o certificación y otros productos de entidades o agencias que son el resultado del análisis científico de un determinado ámbito de la realidad (SARMIENTO, 2008: 140) y que se ofrecen como guía de actuación cuando se pretende conseguir una determinada finalidad. Tampoco en este caso habría una propuesta normativa propiamente dicha. Las reglas técnicas no dirigen la conducta en sí, sino en la medida en que se presupone la deseabilidad de la finalidad perseguida por la regla; simplemente, se afirma cuál es el camino más adecuado para alcanzarla. De este modo, el empleo de la regla depende de la aceptación de la norma que impone la finalidad. La explicación más adecuada del papel desempeñado por la regla técnica sería la de criterio de calificación de las conductas a fin de determinar su subsunción en los supuestos de hecho normativos.

La autoridad formal se reconoce en quienes, por el cargo o la función que desempeñan, pueden tomar decisiones vinculantes sobre la realidad a la que se refieren. Una autoridad formal es aquella cuyas formulaciones son relevantes a la hora de tomar una determinada decisión, con independencia de si esas formulaciones son enunciados verdaderos o no. La confianza en una autoridad formal que no sea autoridad epistémica no se fundamenta en la creencia de que sus intervenciones serán verdaderas, sino en la creencia de que serán *decisivas* en un determinado ámbito de actuación⁵³. Por lo tanto, se trata de una confianza que resulta independiente de la competencia o de la imparcialidad que se le pueda reconocer a la autoridad.

El reconocimiento de autoridad formal en el emisor del *soft law* puede estar basado en la posición institucional del emisor, reflejada en ciertas características que denotan dicha posición (como la permanencia, la profesionalización, modalidades de acceso al órgano emisor, grado de formación requerida). Esta posición institucional adquiere especial relevancia como fundamento del reconocimiento del *soft law* cuando el sujeto emisor es una entidad pública con competencia para producir derecho, pero que por razones políticas (conveniencia, oportu-

⁵³ Para una exposición de cómo esta posición institucional fundamenta el valor del *soft law* a través de la generación de expectativas de cumplimiento, véase GRNCHALLA-WESIERSKI, 1984: 46 ss.

tunidad, etc.) o jurídicas (fundamentalmente, por no tener atribuida la competencia en la materia que pretende regular), opta por instrumentos de *soft law* (ESCUADERO, 2012: 141 ss.).

Otro tipo de explicación del reconocimiento de autoridad formal al sujeto emisor del *soft law* deriva del tratamiento de las remisiones dinámicas. No siempre la remisión al *soft law* ofrece una explicación puramente reduccionista de la eficacia jurídica del mismo. En este punto, la distinción entre remisión estática y remisión dinámica cobra relevancia⁵⁴. Cuando la remisión es estática, si bien es cierto que la autoridad (epistémica o formal) del emisor del *soft law* puede explicar la remisión en sí, esta explicación no resulta necesaria para justificar los efectos jurídicos que se le atribuyen. Probablemente el legislador remitió al *soft law* motivado por la autoridad que reconoce a su autor, pero una vez realizada la remisión, los efectos jurídicos derivados de ella no dependen de que los usuarios y destinatarios de la norma reconozcan dicha autoridad. En estos casos, para explicar los efectos jurídicos del *soft law* no es necesario explicar la autoridad del emisor del *soft law*.

En cambio, cuando las disposiciones de leyes o tratados internacionales realizan una remisión dinámica a instrumentos de *soft law*, vinculan los efectos jurídicos correspondientes a las modificaciones que pudiera sufrir dichos instrumentos con posterioridad. En estos casos, más que incorporar el contenido del *soft law* se produce una suerte de delegación normativa por la que se confiere autoridad, eminentemente formal, jurídica incluso, al sujeto emisor del instrumento de *soft law* aludido. Quedaría en este caso por dilucidar si esa remisión dinámica es suficiente para explicar la autoridad formal del emisor del *soft law* (entendida dicha remisión como una especie de atribución de competencia) o bien si dicha autoridad tiene que ser explicada independientemente con el fin de justificar la propia remisión.

También podemos considerar un tipo de autoridad formal, en cuanto que el valor de sus elaboraciones no descansa en presunción de veracidad alguna, la que corresponde a los casos de autorregulación. A veces, los efectos jurídicos de las reglas producidas por determinadas entidades se derivan de que aquellas tienen su origen en los mismos sujetos que serán sus destinatarios, al ser elaboradas por medio de instrumentos representativos de sus intereses. El fundamento de estos efectos se encuentra en la aceptación implícita por los destinatarios de la regla en cuanto que es emitida por ellos mismos. Este sería el caso de los códigos de conducta que ciertas entidades elaboran como guías de su actividad, tales como los códigos deontológicos de los colegios profesionales o los «códigos de buenas prácticas» empresariales (ESCUADERO, 2012: 139; GALIANA SAURA, 2010: 56).

⁵⁴ Sobre la distinción entre remisión estática y remisión dinámica, véase HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 82 ss.

b) El segundo tipo de explicación antirreduccionista estaría basado en el reconocimiento del valor del contenido de las formulaciones de *soft law* y no tanto de la autoridad que las emite. Este valor puede ser jurídico, moral o pragmático.

El reconocimiento de valor jurídico se produce cuando quienes tratan de justificar una decisión o una pretensión entienden que el contenido del *soft law* ofrece la interpretación correcta, o bien cuando quien se basa en principios jurídicos, entiende que el *soft law* permite identificar las reglas en las que se concretan tales principios. Este valor sería independiente del reconocimiento de autoridad epistémica al emisor del *soft law*⁵⁵.

El reconocimiento de valor moral deriva de que quienes tratan de justificar una decisión o una pretensión consideran que el valor del *soft law* está fundado en el respeto de ciertas reglas morales. Este fundamento autónomo puede ser entendido de dos maneras: 1º el valor de las normas de *soft law* deriva de la adecuación moral de su contenido, de su correspondencia con normas morales que confieren a las reglas de *soft law* un respaldo material suficiente para que sus efectos sean reconocidos; 2º el valor de las normas de *soft law* deriva del reconocimiento del sujeto emisor como autoridad moral. La autoridad moral se concibe como una especie de autoridad epistémica con competencia específica en el campo moral para identificar las normas morales que rigen en un determinado ámbito social.

Por último, la aceptación del *soft law* como argumento justificatorio podría deberse a un reconocimiento de su valor pragmático, en cuanto que encuentra en las normas de *soft law* un fundamento adecuado para sus fines, relativos a la justificación de decisiones o pretensiones. Este criterio parece exacerbar el subjetivismo a la hora de fundamentar el valor del *soft law*, de modo que serviría para explicar su empleo, pero no tanto para explicar su valor justificatorio.

7. ALGUNAS RESPUESTAS «BLANDAS» A PREGUNTAS «DURAS»

a) El debate acerca de la juridicidad del *soft law* es relativamente importante. Ante la pregunta *dura*, «¿Es derecho el *soft law*?», o su

⁵⁵ Aunque podría mencionarse también el reconocimiento de un valor de contenido científico-técnico en las formulaciones de *soft law* con independencia de la autoridad de un emisor, parece difícil que esta justificación pueda operar de manera efectiva. Los argumentos jurídicos se encuentran, en teoría, al alcance de cualquier jurista, que es el que habitualmente debe argumentar para justificar decisiones o pretensiones jurídicas, por lo tanto, la justificación del uso argumental del *soft law* puede estar basada tanto en la autoridad del emisor como en el valor jurídico de lo emitido. En cambio, no es habitual que el jurista disponga de conocimientos científico-técnicos especializados y, por lo tanto, su aceptación de este tipo de *soft law* se basará principalmente en la credibilidad del emisor, más que en la aceptabilidad de los contenidos.

corolario no menos correoso, «¿Hay dos tipos de derecho: el duro y el blando?», procede una respuesta blanda, o tibia, o flexible (póngase el adjetivo que se prefiera): no tiene por qué serlo⁵⁶.

Ni la vinculación con el derecho, ni la ausencia o presencia de formas institucionalizadas de creación, ni sus efectos, y ni mucho menos los mismos términos empleados, confirman o desmienten nada al respecto. Sí que es cierto que su ámbito de incidencia funcional es mucho más similar al del derecho que cualquier otro presunto orden normativo. *Soft law* y *hard law* pueden incidir en las mismas materias y pueden coincidir en la pretensión de regular esos ámbitos de realidad. Solo si partimos de una delimitación clara y precisa de lo que es derecho podríamos empezar a identificar los fenómenos referidos por la noción de *soft law*. Pero solo empezar porque para acabar de hacerlo sería necesario definir más fronteras, aquellas que precisamente delimitan el *soft law* respecto de otras realidades normativas no jurídicas.

b) Precisamente, tales problemas de falta de delimitación son una de las razones por las que nos encontramos ante un concepto bastante indeterminado. Creo que aún no existe una noción totalmente consolidada de *soft law*. Tal vez sea todavía una noción demasiado joven. Es cierto que pueden distinguirse tres elementos en su descripción, normatividad, ausencia de vinculatoriedad y eficacia jurídica, que parecen dotarla de contenido. Falta, sin embargo, la determinación definitiva del sentido en que esos tres elementos se combinan para conformar esta peculiar categoría.

Quizá lo más evidente que puede decirse del *soft law* es que son enunciados que cumplen diversas funciones, algunas de las cuales son auxiliares del derecho: función de ordenación de ámbitos no regulados jurídicamente; función de determinación de los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de normas jurídicas; función de anticipación de una nueva regulación. Estos enunciados han sido formulados por sujetos que no tienen competencia para crear derecho o bien, si la tienen, no la han ejercido al no seguir el procedimiento o adoptar la fórmula documental institucionalmente requerida para que sus producciones cuenten como derecho.

Este atisbo de esquemática descripción, no obstante, no lleva aparejada una convención clara sobre qué sea *soft law*: norma o aserción sobre normas, orden o consejo... Cuando pensamos que lo hemos atrapado en un ejemplo, se nos escapa en el siguiente. *Soft law* es una expresión vaga y todo apunta a que seguirá siéndolo durante bastante tiempo.

c) La pregunta *dura* realmente importante, a mi juicio es la que se refiere a la explicación de la eficacia atribuida al *soft law*. La pugna

⁵⁶ Una respuesta similar ofrece ABI-SAAB en su definición de *soft law*: un derecho en el que la juridicidad es ambigua o cuestionada (ABI-SAAB, 1987: 206).

entre las tesis reduccionistas y antirreduccionistas a la hora de justificar los efectos atribuidos al *soft law* quedaría en una mera disputa teórica si no fuera por las consecuencias prácticas que trae la adopción de una u otra. Una de esas posibles consecuencias tiene que ver con la impugnabilidad: si el *soft law* no tiene efectos jurídicos propios, sino que estos corresponden a las normas jurídicas respecto de las que cumplen una función instrumental, no sería posible someterlos autónomamente a procesos institucionalizados de revisión, quedando estos únicamente reservados a las normas con eficacia jurídica directa⁵⁷.

También parece depender de estas consideraciones el alcance que el *iura nobis curia* tiene respecto al *soft law* y la medida en que los jueces pueden recurrir *motu proprio* a estos instrumentos, sin necesidad de alegación de las partes litigantes. También resulta cuestionable su utilización para resolver asuntos que tuvieron lugar antes de la emisión de los instrumentos de *soft law*, esto es, acerca de su posible retroactividad (ALBERTI, ELIANTONIO, 2021: 196).

Otra consecuencia del reduccionismo podría ser la justificación de la ausencia de publicación exhaustiva de los instrumentos de *soft law*⁵⁸. Por supuesto, esta distinción también resulta relevante, a la hora de determinar la incidencia que pueda tener el *soft law* en aquellos ámbitos en los que el principio de legalidad tiene una trascendencia singular⁵⁹.

d) Todavía una última, e inquietante, *hard question*: ¿por qué la teoría del derecho se tiene que ocupar del *soft law*? Si el *soft law* es una realidad no jurídica, aunque se asemeje al derecho, tal vez quede fuera del ámbito de la teoría jurídica. Me temo que aquí la respuesta también será un tanto blanda: 1) no encuentro fácilmente quien debería ocuparse de analizar estas realidades (tanto la ética como la sociología no me parecen adecuadas, la primera por inoportuna, la segunda por insuficiente); 2) existen unos lazos evidentes con el derecho, no solo funcionales, sino también teóricos, que necesitan ser explicados desde el punto de vista del jurista (WESTERMAN, 2018b: 13). Por ejemplo: a) ¿Puede realmente valer el *soft law* como interpretación autorizada del derecho?; b) ¿Puede ser considerado como una formulación de fuentes jurídicas no escritas?; c) ¿Supone esto una manera distinta de abordar los aspectos ontológicos y epistémicos de las fuentes jurídicas

⁵⁷ Sobre la impugnabilidad de los instrumentos de *soft law*, ALONSO GARCÍA, 2001: 87. Por lo que se refiere al control judicial del *soft law* de la Unión Europea, ELIANTONIO, 2021: 283 ss.

⁵⁸ Sobre la necesidad de que los instrumentos de *soft law* estén publicados para que puedan ser utilizados en la interpretación del derecho y la informalidad de tal publicación, SARMIENTO, 2008: 178; BEIJEN, 2021: 216, 217.

⁵⁹ SARMIENTO advierte que la incidencia del *soft law* como complemento de la legislación sancionadora solo puede tener lugar por medio de remisiones expresas y precisas, descartando, incluso, remisiones abiertas como puede ser la inclusión de una referencia a «las normas técnicas de reconocimiento general» a la hora de configurar el tipo de la infracción (SARMIENTO, 2008: 184).

no formales (costumbre o principios jurídicos)?; d) ¿Cómo afecta la existencia de estas reglas a la aplicación del derecho?

Tal vez, y sólo tal vez (otra conclusión blanda), esa existencia material intrínseca en la que el *soft law* aventaja al *hard law* de las concepciones dominantes, su necesaria plasmación documental y, por lo tanto, escrita, sea la explicación de por qué cumple ciertas funciones de aseguramiento y certeza de las que resulta imposible dar cuenta por medio de la tesis tradicional⁶⁰. Hasta qué punto se corresponde con la realidad esa sensación de certeza es otro de los temas sobre los que, a mi entender, conviene seguir reflexionando.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, K.W., KEOHANE, R.O., MORAVCSIK, A., SLAUGHTER, A., SNIDAL, D., 2000: «The Concept of Legalization», *International Organization*, vol. 54, Issue 3, Summer: 401-419.
- ABI-SAAB, G., 1987: «Cours général de droit international public», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 207: 9-464.
- ALBERTI, J., ELIANTONIO, M., 2021: «Judges, Public Authorities and EU Soft Law in Italy. How You Cannot Tell a Book by its Cover», *EU Soft Law in the Member States*, Eliantonio, M., Kokea-Aho, E., Stefan, O (eds.), Oxford: Hart Publishing, pp. 185-199.
- ALONSO GARCÍA, R., 2001: «El *soft law* comunitario», *Revista de administración pública*, núm. 154: 63-94.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., 2021: «In Search of Symmetry Lost. European and Spanish Soft Law before the Spanish Authorities», *EU Soft Law in the Member States*, Eliantonio, M., Kokea-Aho, E., Stefan, O. (eds.), Oxford: Hart Publishing, pp. 233-246.
- ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- BARBERIS, J., 1984: «Le concept de traité international et ses limites», *Annuaire français de droit international*, núm. 30: 239-270.
- BAYLIS, E., 2019: «The International Law Commission's Soft Law Influence», *13 FIU Law Review*: 1007-1025.
- BEIJEN, B., 2021: «Soft Law and Guidance in the Netherlands. At Odds with Legal Principles?», *EU Soft Law in the Member States*, ELIANTONIO, M., KOKEA-AHO, E., STEFAN, O. (eds.), Oxford: Hart Publishing, pp. 201-217.
- BÓDIG, M., 2018: «Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law», *Legal Validity and Soft Law*, Westerman *et al.* (eds.), Springer, pp. 221-242.
- BRUS, M., 2018: «Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer, pp. 243-266.
- BULYGIN, E., 2007: *Il positivismo giuridico*, Milano: Giuffrè editore.

⁶⁰ Sobre la función de clarificación de reglas como explicación de la gran eficacia del *soft law*, véase DRUZIN, 2016: 7.

- CABALLERO HELLIÓN, K.L., 2021: «Incidencia del *soft law* para la aplicación de normas», *Revista jurídica: Investigación en ciencias jurídicas y sociales*, vol. 2, núm. 11: 59-73.
- CALDERÓN MARENCO, E., 2018: «Los incoterms como instrumento de derecho suave (*soft law*)», *Revista e-mercatoria*, vol. 17, núm. 1: 47-85.
- CAPELLA, J.R., 1997: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid: Ed. Trotta.
- CARBONNIER, J., 1994: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, trad. L.M. Díez Picazo, Madrid: Tecnos.
- CÁRDENAS CASTAÑEDA, F., 2013: «A call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, v. XIII: 355-403.
- CASARES, J., 1992: *Introducción a la lexicografía moderna*, Madrid: CSIC.
- CASTILLO BLANCO, F.A., 2002: «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, mayo-diciembre: 21-72.
- CERDA DUEÑAS, C., 2017: «La nota diplomática en el contexto del soft law y de las fuentes de derecho internacional», *Revista de Derecho. Valdivia*, Vol. XXX núm. 2: 159-179.
- CERONE, J., 2016: «A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition», *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Lagoutte, Gammeltoft-Hansen, Cerone (eds.), Oxford University Press: 15-24.
- DE MELO CARTAXO, T., 2016: «Theories of Legal Sources and *Soft Law*: or the unbearable lightness of ought», en *Essay on Methodologies of Legal Analysis*.
- DESDENTADO BONETE, A., 2009: «La legislación como propaganda», *Diario La Ley*, núm. 7090.
- DRUZIN, B.H., 2016: «Why does Soft Law Have any Power Anyway?», en *Asian Journal of International Law*: 1-18.
- ELIANTONIO, M., 2021: «Judicial Review of Soft Law before the European and the National Courts. A Wind of Change Blowing from de Member States?», *EU Soft Law in the Member States*, ELIANTONIO, M., KOKEA-AHO, E., STEFAN, O. (eds.), Hart Publishing, Oxford: pp. 283-301.
- ESCUADERO ALDAY, R., 2012: «El concepto de *soft law*», J.J. MORESO Y J.L. MARTÍ (ed.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho*. Imperia en Barcelona 2010, Madrid: Marcial Pons, pp. 127-148.
- GALIANA SAURA, A., 2010: «Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 21: 36-61.
- 2016: «La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII: 297-322.
- GARDNER, J., 2022: *El derecho como un salto de fe*, trad. Alberto Pino y Edgar Aguilera, Marcial Pons.
- GARRIDO GÓMEZ, M^a I., 2018: *El Soft Law como fuente del derecho extranacional*, Madrid: Dykinson.
- GOLDMAN, A. I., 1979: «What is Justified Belief?», en *Justification and Knowledge*, G.S. Pappas (ed.), Philosophical Studies Series in Philosophy, vol. 17: 1-23.
- GRNCHALLA-WESIERSKI, T., 1984: «A Framework for Understanding *Soft law*», *McGill Law Journal*, vol. 30: 37-88.

- HAGE, J., 2018: «What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer: 19-45.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1989: *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid: Tecnos.
- 2012: *Compendio de filosofía del derecho*, Marcial Pons.
- 2013: *Razonamientos en la sentencia judicial*, Marcial Pons.
- 2021: *Teoría general de las decisiones judiciales*, Marcial Pons.
- IMMORDINO, M., MODICA, C., 2002: «El principio de seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico italiano», *Documentación Administrativa*, 263-264, mayo-diciembre: 281-327.
- KELSEN, H., 1983: *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto. J. Vernengo, México: UNAM.
- KIRSTE, S., 2018: «Concept and Validity of Law», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer: 47-73.
- LAPORTA, F.J., 2014: «Gobernanza y *soft law*: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta.
- LEONARD, H.S., GOODMAN, N., 1940: «The Calculus of Individuals and its Uses», *The Journal of Symbolic Logic*, Junio, vol. 5, núm. 2: 45-55.
- LÓPEZ DE OÑATE, F., 2007: *La certeza del Derecho*, Granada: Comares.
- MACKOR, A.R., 2018: «What Is Legal Validity and Is It Important? Some Critical Remarks About the Legal Status of Soft Law», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer: 125-144.
- MARCILLA CÓRDOBA, G., 2005: *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MEYER, T., 2008: «Soft law as delegation», *Fordham International Law Journal*, vol. 32, Issue 3: 888-942.
- MENÉNDEZ, A., 1999: «La Comisión General de Codificación y la elaboración de las leyes», *Seguridad jurídica y Codificación*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- NINO, C.S., 1987: *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ed. Ariel.
- Oxford Reference*. Retrieved 26 Mar. 2024, from <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100516251>.
- OLIVECRONA, K., 1980: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. Luis López Guerra, Barcelona: Editorial Labor.
- PASTORE, B., 2014: «Soft law y la teoría de las fuentes del derecho», *Soft Power*, vol. 1, núm. 1: 75-89.
- POSNER, E.A., GERSEN, J., 2008: «Soft Law», *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, núm. 213: 1-46.
- QUINE, W.V.O., 1962: «Acerca de lo que hay», *Desde un punto de vista lógico*, trad. Manuel Sacristán, Barcelona: Ediciones Ariel.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. <https://dpej.rae.es/> [Fecha de la consulta: 26/03/2024].
- SARMIENTO, D., 2008: *El soft law administrativo*, Madrid: Thomson-Civitas.
- SCHMITT, C., 1950: *Die Lage Der Europäischen Rechts-Wissenschaft*, Tübingen: Internationaler Universitäts-Verlag.
- SENDEN, L., 2004: *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing.
- SHELTON, D.L., 2008: «Soft Law», en *Handbook of International Law*, Routledge Press (https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications).

- SORENSEN, M., 1998: *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica.
- SWARY, I., TOPF, B., 1993: *La desregulación financiera global: La banca comercial en la encrucijada*, trad. Eduardo L. Suárez, México: Fondo de Cultura Económica.
- TORRES RUIZ, J.R., 1992: «Seguridad, certeza e informática jurídicas», *Funciones y fines del Derecho (Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Universidad de Murcia: 361-372.
- VAQUER ALOY, A., 2013: «El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos», *Ars Iuris Salmanticensis Estudios* vol. 1, junio: 93-115.
- WELLENS, K.C., BORCHARDT, G.M., 1989: «Soft law in European Community law», *European Law Review*, 14: 267-321.
- WESTERMAN, HAGE, KIRSTE, MACKOR (eds.), 2018, *Legal Validity and Soft Law*, Springer.
- WESTERMAN, P., 2018 (a): «Validity: The Reputation of Rules», *Legal Validity and Soft Law*, WESTERMAN *et al.* (eds.), Springer: 165-182.
- 2018 (b): *Outsourcing the Law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Edward Elgar Publishing.

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 ¿insoportable? 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 transformarse, 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 Noemi 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 emitir las?

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.

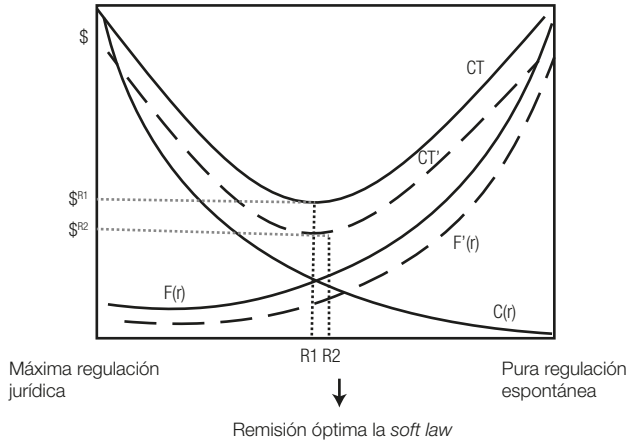
El derecho fomenta el *soft law* directa o indirectamente a fin de reducir los costes de la guía de conducta eficaz y eficiente. El fomento directo se produce cuando el derecho insta a ciertos agentes, públicos o privados, a crear normas que regulen su propia actividad. Esto ocurre, como se verá luego,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

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 101-130

DOI: 10.37417/soft-law/03

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

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

Víctor García Yzaguirre*
Universidad de Tarapacá

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

2. *SOFT LAW*

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Propuesta de reconstrucción del modelo compartido

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

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

⁵ CHINKIN, 2000: 26-27.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.1. Creación de instrumentos de *soft law*

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

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

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

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

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

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

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

¹³ CHINKIN, 1989: 852ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.2. *Identificación de normas de soft law*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) No son normativamente vinculantes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷ GUASTINI, 2014: 175-80.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³³ BAXTER, 1980: 556.

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

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

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

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

2.1.3. Medios no coercitivos

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

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

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

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

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

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

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

³⁵ Véase HIERRO, 2003.

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

³⁷ Véase por todos, GOLDMANN, 2008: 1889.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Funciones de las normas de *soft law*

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

2.2.1. Función experimental

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.2. *Función constitutiva*

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

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

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

⁴⁹ CASSELL, 2000: 400.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.3. *Función prescriptiva*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. NORMAS DE *SOFT LAW* Y SEGURIDAD JURÍDICA

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

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

3.1. Previsibilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶³ ROSENBERG, 1992: 60, 68-70.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁶ ABBOTT y SNIDAL, 2000: 435.

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

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

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

3.2. Controlabilidad

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

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

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

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

⁶⁹ HABERMAS, 1998: 169 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. CONCLUSIONES

Con el presente artículo he llegado a las siguientes conclusiones:

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

Pons.

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

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

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

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 133-153

DOI: 10.37417/soft-law/04

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

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

Rafael ESCUDERO ALDAY*
Universidad Carlos III de Madrid

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

1. INTRODUCCIÓN

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

* Profesor titular de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Esta publicación es parte del proyecto I+D+i «Construcción de derechos emergentes. Debates para la fundamentación de nuevos parámetros de constitucionalidad». Ref.: PID2019-106904RB-100 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033.

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

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

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

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

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

2. EL *SOFT LAW* REVISITADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ BOE 8-VII-2022.

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

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

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

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

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

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

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

2.3. A vueltas con el debate conceptual

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

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

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

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

¹¹ BOE 12-II-2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Los efectos de los códigos de autorregulación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Pero aún hay más...

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

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

¹⁹ BOE 11-I-1991.

²⁰ BOE 6-VII-2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 155-170

DOI: 10.37417/soft-law/05

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

SOFT LAW Y PRECEDENTE JUDICIAL EN EL CIVIL LAW

Lorena RAMÍREZ-LUDEÑA
Universidad Pompeu Fabra

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. La actividad creativa

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

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

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

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

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

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

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

² ESCUDERO ALDAY, 2012:141 y ss.

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

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

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

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

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

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

2.2. El carácter vinculante

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. El carácter de fuente de derecho

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

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

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

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

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

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

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

3. PRECEDENTES, *SOFT LAW* Y DELIBERACIÓN

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

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

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

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

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

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

²⁰ MARTÍ, 2006.

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

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

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

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

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

²² Sobre estas cuestiones, RAMÍREZ-LUDEÑA, 2024.

4. CONSIDERACIONES FINALES

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 171-200

DOI: 10.37417/soft-law/03

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL ASPECTO INSTITUCIONAL DEL *SOFT LAW*

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO*
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL *HARD LAW* COMO CONJUNTO NORMATIVO INSTITUCIONALIZADO: 2.1. Kelsen, Hart y Raz sobre la institucionalización del derecho; 2.2. Formas ulteriores de institucionalización del derecho; 2.2.1. *Mecanismos de resolución heterónoma de conflictos*; 2.2.2. *Profesionalización de la jurisdicción*; 2.2.3. *Asesores jurídicos profesionales*; 2.2.4. *Estudios jurídicos reglados*.— 3. LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO RASGO CARACTERÍSTICO DEL *SOFT LAW*: 3.1. Profesionalización de los sujetos que dictan *soft law*: 3.1.1. *Temporalidad del órgano que emana el soft law*; 3.1.2. *Representatividad y dedicación exclusiva de miembros de órganos de soft law*; 3.2. Estudios específicos sobre *soft law*; 3.3. Competencia normativa para la creación del *soft law*; 3.4. Contenido de la competencia para dictar *soft law*; 3.4.1. *Competencia para dictar directivos individuales*; 3.4.2. *Competencia para dictar directivos generales*; 3.5. Meta-directivos de competencias de *soft law* y su controlabilidad judicial; 3.5.1. *Las normas y directivos sobre competencias de soft law*; 3.5.2. *Controlabilidad de la corrección del soft law*; 3.6. Aplicabilidad del *soft law*; 3.6.1. *Aplicabilidad del soft law por creación de un precedente jurisdiccional*; 3.6.2. *Aplicabilidad del soft law por reenvío*; 3.7. *Soft law* transpuesto como *hard law*.— 4. BREVE CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La expresión *soft law* (de ahora en adelante, SL) nace, como es bien sabido, en el ámbito del derecho internacional¹ para dar cuenta de

¹ La expresión fue acuñada por Lord McNair, quien, sin embargo, lo formuló para dar cuenta de las propuestas de *lege ferenda* en el ámbito internacional. Para un análisis del SL

una serie de normas, principios y directrices que carecerían de fuerza normativa o, al menos, no de la misma que el derecho internacional convencional. Dicho de otro modo, se trataría —aparentemente— de un conjunto de normas que no serían vinculantes. Sin embargo, al menos desde el punto de vista teórico-jurídico, la expresión «normas no vinculantes» o «normas no normativas»² parecería una contradicción en los términos (BRUNET, 2019: 337). Cabría, en tal sentido, preguntarse si una norma que no es normativa es en realidad una norma, y no otro tipo de entidad³.

Aceptando la anterior tesis, no sería demasiado arriesgado concluir que, si el SL está compuesto por un conjunto de «normas no vinculantes», estando por tanto dicha expresión mal formada, también lo estaría la propia expresión «SL». En efecto, si el término *soft* hace referencia a que los elementos que lo constituyen carecen de fuerza normativa, cabría concluir que el SL no tiene nada de *law* (Inieta, 2025, p. 23), precisamente porque el Derecho se caracteriza por ser un conjunto de normas acerca del uso institucionalizado de sanciones (y/o su amenaza) (KELSEN, 2005: 39) y, por tanto, vinculantes⁴.

El objetivo principal de este trabajo es mostrar que la expresión SL no está mal formada. Para ello se pueden seguir dos estrategias⁵. La primera de ellas consiste en afirmar que, también dentro de aquello que identificamos como *hard law* (de ahora en adelante, HL), hay algunos directivos⁶ que pretenden dirigir el comportamiento de los ciudadanos, pero que no pueden ser considerados vinculantes. La segunda estrategia consiste en mostrar un rasgo que sería distintivo del HL, pero que tam-

a la luz de las transformaciones del poder político internacional, véase LAPORTA, 2014: 62 ss.

² No son pocos los autores que no ven problemáticas afirmaciones como estas: «[El *soft law*] son normas que no son normas»; «Normas sin carácter obligatorio». Cfr. SARMIENTO, 2008: 28, 50. También Galiana Saura, quien afirma que «la norma de *soft law*, sin ser obligatoria y aplicable directamente, produce ciertos efectos jurídicos inmediatos, de tipo colateral, indirecto o de rebote» (GALIANA SAURA, 2016: 307). En términos similares («*non vincolanti e privi di sanzione*») se pronuncia ZACCARIA, 2022: 27.

³ Para un exhaustivo análisis de qué puede querer decir esta falta de obligatoriedad del *soft law*, véase ESCUDERO ALDAY, 2012: 132.

⁴ Por «vinculante» estoy entendiendo todos aquellos directivos —el significado de enunciados que pretenden orientar el comportamiento— cuya no aplicación judicial genera —como condición suficiente— la nulidad de sus decisiones. Ello, claro está, siempre que el directivo tenga como supuesto de hecho el comportamiento llevado a cabo.

⁵ Para una reconstrucción de los diferentes sentidos del término *soft law* en la literatura internacionalista, véase LAPORTA, 2014: 41-44.

⁶ Por «directivos» estoy entendiendo aquellos enunciados que expresan una idea de acción considerada como modelo de comportamiento (ROSS, 1978: 87 ss.). Ello incluye una gran cantidad de tipos actos lingüísticos que comprende las normas, pero también los consejos, recomendaciones, guías técnicas, invitaciones, órdenes, etcétera. Para una síntesis de los tipos de directivos, véanse ROSS, 1978: 117-118 y BOBBIO, 2070. Laporta menciona de pasada la idea de que sean actos lingüísticos (más bien su resultado) que pretenden orientar el comportamiento, pero posteriormente parece descartar este aspecto, afirmando que el SL es «un vehículo de deberes». (LAPORTA, 2014: 66-67, 74).

bién estaría presente en este —supuestamente— derecho blando o suave: su carácter altamente institucionalizado. En tal sentido, propondré ejemplos de —lo que no parece que haya demasiada discusión acerca de que son— SL. No partiré entonces de una definición intensional en la que encuadrar cada ejemplo de SL, sino que procederé en sentido inverso: señalaré diferentes ejemplos de SL para mostrar una característica importante del SL que lo acerca significativamente al HL, esto es, su institucionalización. En este trabajo abordaré solo esta segunda estrategia, reservando la primera para futuras investigaciones.

2. EL *HARD LAW* COMO CONJUNTO NORMATIVO INSTITUCIONALIZADO

La tarea de definir el concepto de Derecho ha sido, y sigue siendo, uno de los ejes fundamentales de la filosofía del Derecho, cuando no su principal objeto de estudio⁷. Sin embargo, la filosofía del derecho contemporánea, especialmente aquella de corte anglosajón, ha insistido —a partir de la obra de Raz— en una empresa ligeramente diferente: la búsqueda de la naturaleza del concepto de derecho (RAZ, J., BULYGIN, E., ALEXY, R., 2007: 49 ss.). Aquí no voy a entrar a discutir esta tesis que, en cualquier caso, no (me) resulta muy persuasiva (RAPETTI, 2015). Por el contrario, adoptaré la tesis según la cual una parte importante de la tarea de la teoría del Derecho es dar cuenta de algunos de los rasgos distintivos (aunque no sean necesarios) de nuestros ordenamientos jurídicos (SCHAUER, 2015: 242-243; RAPETTI, 2015: 18 ss.). Pues bien, uno de los rasgos que en mayor medida caracterizan a los ordenamientos jurídicos contemporáneos es su institucionalización.

Desde luego, el término «institucionalización» es polisémico y se le pueden atribuir diferentes significados. Para Luhmann, la institucionalización de un (sub-)sistema implica la estabilización de las expectativas de quienes interactúan con o en tal sistema⁸. Sin embargo, además de que parece tener sentido decir que dicha estabilización de expectativas constituiría más bien el resultado de un proceso (o un estado de cosas) al que sensatamente podemos llamar «institucionalización», este no ha sido el significado que se ha adoptado predominantemente en el ámbito jurídico. Por el contrario, la teoría analítica del derecho ha empleado el término, sobre todo, para hacer referencia al modo en que se ejecutan sanciones previstas por el ordenamiento, así como quién tiene

⁷ Es generalmente aceptado que la teoría del derecho tiene, como objeto principal de estudio, el análisis del concepto de derecho. Véase, en este sentido, BOBBIO, 1990: 81, RAZ (RAZ, BULYGIN y ALEXY, 2007: 48). Sin embargo, han existido voces disidentes: TARELLO: 116 ss. (y el estudio introductorio al mismo de CHIASSONI: esp. pp. 23 ss.); COHEN, 1961: 93.

⁸ El término «institucionalización», tal y como aquí lo estoy empleando, parece asimilarse en mayor medida a la complejización de los sistemas (LUHMANN, 2002: 180).

que ejecutarlas⁹, como veremos enseguida en referencia a Kelsen. No obstante, al analizar la obra de sus críticos (Hart y Raz en este caso), surge otro significado del término institucionalización, más cercano a las primeras teorías institucionalistas del derecho, como la de Santi Romano o Hariuou.

Aquí adoptaré un concepto de institucionalización complejo¹⁰. Por un lado, parece que no tiene sentido afirmar que un conjunto de directivos está institucionalizado si carece de órganos encargados de determinar cuándo estos han sido violados o si carece completamente de órganos de creación de nuevos directivos. Por el otro, una vez satisfecho, alternativamente, alguno de los dos elementos previos, parece que podemos identificar diferentes grados de institucionalización, dependiendo de si se cumplen ambos requisitos, pero también algunos ulteriores. Sin embargo, en esta segunda fase, el concepto de «institucionalización» se vuelve combinatoria y gradualmente vago.

En primer lugar, no estamos seguros de cuántas características ulteriores, más allá de aquellas que constituyen la institucionalización (órganos de creación y/o aplicación del Derecho), debe cumplir un conjunto de directivos para poder afirmar que un ordenamiento se encuentra más o menos institucionalizado. Aunque el cumplimiento de un mayor número de características puede indicar un mayor grado de institucionalización, no es claro que todas estas características estén situadas en el mismo plano, pudiendo haber características contribuyentes y suficientes. En segundo lugar, varias de las características que veremos parecen ser graduables. Es más, incluso las características que he considerado como constitutivas pueden presentarse de maneras más o menos sofisticadas. No es lo mismo, en tal sentido, tener un consejo de ancianos con poderes legislativos y judiciales, que órganos diferenciados con procedimientos diversos compuestos por diferentes sujetos.

Ahora bien, no parece posible dar cuenta del concepto de institucionalización sin adoptar una aproximación mínimamente funcionalista a su estudio. En tal sentido, resulta plausible afirmar que la institucionalización es el proceso (y su producto) por el que se construyen, dentro

⁹ Uno de los criterios de institucionalización de un ordenamiento jurídico es que aquel goce del monopolio de la violencia. Aquí no me detendré a analizar este requisito, en alguna medida presupuesto por la presencia de sanciones institucionalizadas.

¹⁰ Mi análisis respecto de la institucionalización difiere en varios aspectos del presentado por GOLDSTEIN *et al.* (2000) respecto a la legalización. Para estos autores, la legalización de una parte de la realidad internacional viene dada por tres factores: la obligatoriedad de las normas que rigen su desarrollo, el grado de precisión de aquellas y la delegación a terceros de la competencia para interpretar, establecer incumplimientos y forzar el cumplimiento coactivo. Mi análisis se limitará exclusivamente al último de los factores, pero me centraré en aspectos diferentes a los presentados por ABBOTT *et al.*, 2000.

de un ordenamiento jurídico¹¹, una serie de órganos y procedimientos¹² que aumentan su complejidad, para —al menos, eso se supone— ofrecer mejores respuestas a los problemas sociales¹³. De este modo, parece que la multiplicación de órganos y la diferenciación de sus procedimientos son —como ya indicaba Hart en relación con las normas secundarias— respuestas de conjuntos de directivos para afrontar un mundo más complejo y dar mejores respuestas a las necesidades sociales (HART, 2004: 116).

Procederé, entonces, del siguiente modo. En primer lugar (2.1), daré cuenta de en qué sentido consideraba Kelsen la institucionalización como un rasgo definitorio del Derecho, con relación a las sanciones. A continuación, presentaré brevemente lo que Hart consideraba el paso a los ordenamientos jurídicos modernos mediante la introducción de reglas secundarias. Por último, se mencionará el sentido que podemos atribuir a Raz la tesis según la cual la institucionalización es un rasgo característico del derecho. En el segundo apartado de este epígrafe (3.2), repasaré brevemente cuatro criterios que pueden ser empleados para medir ulteriores grados de institucionalización de un ordenamiento jurídico. Para todo ello convendrá no perder de vista que la institucionalización de un conjunto de directivos es un proceso que podemos observar cuando dicho conjunto evoluciona para dar solución a las necesidades sociales que intenta satisfacer.

2.1. Kelsen, Hart y Raz sobre la institucionalización del derecho

Es de sobra conocida la tesis kelseniana según la cual el derecho es un conjunto de normas acerca del uso (o amenaza de) la violencia. De hecho, para Kelsen (2005: 47), todas y cada una de las normas jurídicas se caracterizaban por ser normas acerca del uso de la violencia, al menos indirectamente. Sin embargo, más allá de esta controvertida tesis, lo que me interesa subrayar aquí es que no se trata de cualquier tipo de violencia, sino de violencia institucionalizada. A saber: la for-

¹¹ De este modo, no voy a aceptar aquí la tesis institucionalista fuerte tal y como fue planteada por Romano y sus correligionarios según la cual el derecho, antes que norma, es un conjunto de instituciones (órganos). Mantendré, por el contrario, una visión normativista según la cual órganos, procedimiento, instituciones y conceptos son producto de normas constitutivas. Para una versión normativista del institucionalismo puede verse MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., 1985; MACCORMICK, 2010; BENOETXEA; 2015: 207-223.

¹² Se trata, en última instancia, de normas, aunque no de carácter prescriptivo, sino constitutivo. Aquí no defenderé una tesis al modo de los institucionalistas clásicos, según los cuales el derecho no podía ser reducido a un conjunto de normas.

¹³ Esta institucionalización no ha de ser confundida con el mayor o menor índice de adhesión o cumplimiento de los directivos de SL. En efecto, un sistema directivo puede estar altamente institucionalizado, pero gozar de un bajo grado de eficacia. No obstante, si un sistema es altamente ineficaz, terminarán por decaer sus instituciones, no cumpliendo ya ningún papel social. RAZ, 1985: 136.

ma de distinguir el derecho de otros órdenes normativos que prevean sanciones es que las sanciones jurídicas están institucionalizadas en un doble sentido (KELSEN, 1949: 21). Por un lado, el Derecho es un orden coactivo institucionalizado porque prevé, a través de sus normas, sanciones. Por el otro lado, el Derecho es un orden coactivo institucionalizado también porque prevé quién ejecutará la sanción, no dejando su ejecución a la espontaneidad social.

Este punto de vista, según el cual el derecho es un conjunto de normas sobre sanciones institucionalizadas, tiene una importancia fundamental porque nos permite diferenciar al Derecho de otros conjuntos normativos como, por ejemplo, la moral social. En efecto, es posible que la moral social se vea reforzada por sanciones violentas, como cuando un ladrón es atrapado infraganti, y la comunidad reacciona de manera violenta. El criterio de la institucionalización de las sanciones no sirve, con todo, como criterio para distinguirlo de algunas formaciones de tipo mafioso o terrorista, que también prevén (o pueden prever) sanciones violentas y los sujetos que deben ejecutarlas en nombre de la organización¹⁴.

También es bien conocida la crítica de Hart a Kelsen acerca de que el Derecho es un conjunto de normas acerca del uso institucionalizado de la fuerza (HART, 2004: 44 ss.). En este sentido, para Hart existían múltiples normas en nuestros ordenamientos que no tenían nada que ver con la fuerza o las sanciones. Por el contrario, aquello que Hart consideraba como definitorio del Derecho —o, al menos, del Derecho moderno— es que junto a las normas (primarias) dirigidas a los ciudadanos, existía otro conjunto de normas —llamadas por él «secundarias»— que establecían poderes para crear, modificar y aplicar, o servían para identificar, el resto de normas. Aquí no es necesario extenderse en una literatura bien conocida, pero sí señalar que la crítica hartiana se dirigía frente a la coactividad como rasgo generalizable a todas y cada una de las normas jurídicas, pero no respecto de su institucionalización.

En efecto, cuando Hart identifica los problemas de las sociedades jurídicas premodernas señala tres tipos de normas que vienen a solucionarlos: las normas de cambio, las normas adjudicación (o de juzgar) y la regla de reconocimiento. En lugar de explicar cada uno de estos tipos de normas, me interesa señalar que la tesis hartiana viene a reforzar, precisamente, la tesis según la cual el aspecto institucional del Derecho es uno de sus rasgos cruciales. Ello se debe no únicamente a que las

¹⁴ Entre de los autores clásicos del institucionalismo jurídico, como Romano o Hauriou, se aceptaba que coexistían diferentes ordenamientos jurídicos en un mismo territorio, considerando a la propia mafia como uno de ellos debido a su carácter altamente institucionalizado. Véase BENGOTXEA, 2015: 212. Lo que parecería distinguir estos órdenes normativos respecto del derecho sería la eficacia de las sanciones jurídicas.

normas de cambio y de adjudicación vienen a establecer órganos, sino —y sobre todo— porque aquellas, junto con la regla de reconocimiento, vienen a establecer procedimientos para la creación, aplicación e identificación del derecho.

Es más, la posterior crítica de Raz a la concepción hartiana del Derecho como conjunto de normas primarias y secundarias viene precisamente a insistir en la importancia de los órganos primarios (RAZ, 1985: 136). En efecto, según Raz, antes que órganos de creación de nuevas normas, lo decisivo son los órganos primarios, esto es, los órganos que tienen encargada la tarea de aplicar (coactivamente) el derecho.

No es, con todo, el único rasgo de la teoría raziana que puede ser calificada como institucionalizante. En efecto, la teoría del derecho de Raz es, sobre todo, una teoría acerca de la autoridad normativa. Como es bien sabido, para Raz el derecho es un fenómeno autoritativo y ello, en extrema síntesis, quiere decir que tenemos un sujeto (individual o colectivo que sea) que pretende que sus normas incorporen razones excluyentes, es decir, que cuenten en función de su origen y paralicen el balance con el resto de razones en juego (RAZ, 1985: 31 ss.)¹⁵.

2.2. Formas ulteriores de institucionalización del derecho

No ha sido únicamente desde la teoría jurídica, especialmente la normativista y la institucionalista, desde donde se ha señalado la importancia de las instituciones a la hora de explicar el fenómeno jurídico. Por el contrario, desde otras disciplinas —especialmente la sociología¹⁶ y el derecho comparado¹⁷— se han señalado otros criterios que permiten predicar mayores o menores grados de institucionalización de un conjunto normativo. Desde luego, y como veremos enseguida, alguno de dichos elementos coincide con los que ya hemos identificado, pero no todos. Se trata de criterios, algunos dependientes de otros, aunque no todos ellos, que nos permiten predicar la institucionalización como una propiedad gradual.

¹⁵ Para un análisis en términos institucionales del concepto de autoridad de Raz, véase MARMOR, 2011.

¹⁶ Por ejemplo, CARBONNIER identificaba con la justiciabilidad con aquello distintivo del Derecho. Y parece, al menos en alguna medida, identificar aquella con la presencia de un tercero que decida acerca de las controversias (CARBONNIER, 1992: 111).

¹⁷ Aunque no habla en términos de institucionalización ni de mayor desarrollo, René David —al identificar los orígenes históricos de tradición jurídica romano-germánica— analiza los sucesivos pasos en la conformación del *civil law* a partir de los siglos XII y XIII que permitirían hablar de un mayor grado de desarrollo (DAVID, 2010: 23-51). También partes del libro de John Henry MERRYMAN, (1980), puede ser leídas como un análisis de las formas en las que un ordenamiento jurídico se va institucionalizando o complejizando.

2.2.1. *Mecanismos de resolución heterónoma de conflictos*

El primer criterio hace referencia a los mecanismos de resolución de las controversias acerca del cumplimiento de las normas. En efecto, aunque estamos habituados a que los ordenamientos jurídicos tengan sistemas de resolución de conflictos en los que un tercero *inter partes* decide la controversia (CARBONNIER, 1992: 111), lo cierto es que no siempre fue así. Junto a los mecanismos hetero-compositivos de resolución de conflictos, la historia del derecho muestra que antaño la resolución jurídica de controversias podía no incluir a terceros. El caso más llamativo es sin duda el del duelo, en el que dos o más sujetos se batían para dirimir una controversia (OLIVA MANSO, 2020: 117-139). Sin embargo, también el ámbito internacional brinda algún ejemplo: tal es el caso de las evaluaciones cruzadas en el ámbito del Grupo de Acción Financiera, órgano no dependiente de la ONU que de facto ha asumido competencias acerca de la financiación del terrorismo¹⁸.

No obstante, hoy en día disponemos de instancias de negociación y mediación que, si bien prevén la presencia de un tercero, aquel no posee de poderes para decidir autónomamente el caso. En efecto, frente a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos como el arbitraje, en el que las partes se someten voluntariamente a lo que decida un tercero, el mediador no dispone de poderes vinculantes para resolver la controversia más allá de la voluntad de las partes¹⁹.

Ahora bien, es importante distinguir la falta de capacidad de un mediador para decidir de manera autoritativa, por un lado, de la posible vinculatoriedad del acuerdo, por el otro. En efecto, las decisiones arbitrales tienen, en nuestros ordenamientos, carácter vinculante para las partes que previamente han decidido participar en dichos procesos. No es este el caso de la mediación, en el que el mediador no tiene competencia para imponer su voluntad a las partes.

Cuestión diferente es aquella de la exclusividad de la jurisdicción para el control y, en su caso, cumplimiento forzoso de las normas. En efecto, en tiempos del antiguo régimen era frecuente la presencia de diferentes poderes —no solo de creación de normas, sino también— jurisdiccionales, cuyos ámbitos competenciales no estaban bien delimitados y que, por tanto, en muchas ocasiones se superponían (LÓPEZ DÍAZ,

¹⁸ Informe de la Relatora Especial sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la lucha contra el terrorismo (p. 15). Disponible online: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/soft-law-and-informal-lawmaking-global-counter-terrorism-architecture-report>

¹⁹ No está claro que la presencia de estos mecanismos de resolución no heterónoma de controversias implique un menor grado de institucionalización cuando aquellos funcionan como un mecanismo previo o alternativo a la resolución autoritativa de controversias.

2006: 558 ss.). En tal sentido, un sistema que establece claramente que son solo sus jueces quienes pueden juzgar los casos de incumplimiento parece gozar de un mayor grado de institucionalización²⁰.

Parece, en este sentido, que un ordenamiento jurídico tiene un mayor grado de institucionalización si contempla mecanismos exclusivos y no solo voluntarios de resolución de conflictos, y muy bajo cuando tales mecanismos son meramente voluntarios y/o no exclusivos. Sin embargo, podemos encontrar un grado intermedio cuando el mecanismo es voluntario, pero sus resoluciones son vinculantes. Existe, además, la posibilidad de encontrar modelos mixtos en los que conviven varias o todas estas formas, alcanzándose así un mayor grado de institucionalización²¹.

2.2.2. *Profesionalización de la jurisdicción*

El anterior indicador coincide, al menos parcialmente, con lo que Hart identificó con los órganos autorizados a decidir las controversias, facultados por las normas de adjudicación. Sin embargo, hay una cuestión fundamental que Hart olvida, o tal vez presuponga: habiendo órganos encargados de determinar si se han infringido las normas, ¿se dedican aquellos en exclusiva a dicha tarea?

No se trata, en absoluto, de una cuestión menor. De hecho, algunas de las más importantes transformaciones jurídicas se han producido precisamente por la incorporación de jueces con dedicación exclusiva a la tarea de juzgar²². En efecto, no es lo mismo que tengamos jueces que solo ejercen funciones jurisdiccionales de manera puntual —piénsese, por ejemplo, en los consejos de ancianos o en los jueces de paz— a que aquellos se dediquen profesionalmente a ello. Jueces y juezas con dedicación exclusiva disponen normalmente de más

²⁰ No obstante, es preciso manifestar que este factor de institucionalización no es tan evidente como pudiera parecer en todos los ordenamientos jurídicos. En primer lugar, porque han renacido con nueva fuerza los sistemas alternativos para la resolución de conflictos. En segundo lugar, porque, al menos para algunas materias, es habitual el *forum-shopping*, es decir, la posibilidad de las partes (en realidad, normalmente, solo de una) de elegir la jurisdicción donde más le convenga litigar. Y, en tercer lugar, porque con los procesos que han llevado a reconocer mayores derechos a las comunidades originarias de determinados territorios, aquellos han implicado no solo la capacidad de dictar normas, sino que sus miembros sean juzgados en jurisdiccionales propias o especiales.

²¹ Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que la mediación resulta necesaria como paso previo para acceder a una jurisdicción no voluntaria. Véase la reciente Ley Orgánica de 3 de enero de 2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia

²² Piénsese, por ejemplo, en la formación del *common law*, y cómo la transformación de los tres tribunales reales ingleses (*Common Pleas*, *King's Bench* y *Exchequer*) en el siglo XIV, con jueces profesionales, fue lo que consolidó el sistema del *common law* (ITURRALDE, 1993: 20). Pero otro tanto se podría decir respecto de la creación de la jurisdicción de *equity*, mediante la que se introdujo una apelación directa al rey, que era administrada por un cuerpo profesional de juristas formados, precisamente, en el derecho canónico propio de la tradición del *civil law*.

tiempo para analizar las normas que tienen que aplicar y adquieren necesariamente una mayor experiencia con el transcurso de los años (especialización), lo que normalmente se traduce en una mejor técnica en su desempeño. Y encontramos un mayor grado de especialización cuando disponemos de profesionales de la adjudicación especializados en determinadas materias.

A los anteriores criterios es posible añadir el hecho de que el desempeño de funciones judiciales requiera algún tipo de examen o control previo. En algunos ordenamientos jurídicos, como el español, resulta necesario superar un examen —por desgracia, muy criticable desde el punto de vista de su idoneidad como método de selección de los jueces (MALEM, 2008: 245-246; ANDRÉS IBÁÑEZ, 2009: 133 ss.)— cuya preparación requiere, salvo raras excepciones, años de estudios. Esto implica, por su parte, que los aspirantes se convierten normalmente en profesionales del estudio del derecho incluso antes de acceder a puestos jurisdiccionales. Además, algunos ordenamientos prevén el necesario paso por alguna forma de escuela judicial, formación ulterior a aquella desarrollada en las universidades (*infra* 2.2.4). Otros, en cambio, requieren de una dilatada carrera profesional como litigante.

Parece, de este modo, plausible, afirmar que cuantos mayores requisitos formativos sean necesarios para acceder al ejercicio de la jurisdicción, mayor es el grado de institucionalización. Esta tesis resulta más atendible aún si no perdemos de vista que la institucionalización de un ordenamiento tiene como función ofrecer mejores respuestas para resolver los problemas prácticos para los que fue originalmente creado. Y la especialización funcional es un instrumento fundamental para abordar problemas de mayor complejidad.

2.2.3. *Asesores jurídicos profesionales*

En tercer lugar, debemos recordar que, aunque de vieja data (REINOSO BARRERO, 2015: 104 ss.), no todos los ordenamientos en todos sus periodos históricos han mantenido un grupo de sujetos especializado en asistir a los partes de los procesos jurídicos. De hecho, la presencia de asesores jurídicos profesionales es uno de los rasgos que nos permite identificar en el derecho romano, y no con anterioridad, los orígenes de los ordenamientos jurídicos occidentales (MESSNER, 2016: 46, 63.). En el derecho español ya aparece definida la figura del abogado a partir de las Partidas de Alfonso X el Sabio²³.

²³ «Bozero es nome que razona por otro en Juycio, o el suyo mesmo, en demandando o en respondiendo. E así nome, porque con boze e con palabra usa de su oficio [...] ellos aperciben a los juzgadores y les dan luces para el acierto y sostienen a los litigantes, de manera, que por mengua, o por miedo o por venganza o por no ser usados de los pleitos no pierden su derecho,

Ahora bien, es importante tener en cuenta que puede haber asesores jurídicos (lo que ya constituye otro paso en la institucionalización de un ordenamiento jurídico), pero cuestión distinta es que aquellos puedan participar directamente en los procesos²⁴. Aunque la visión actual que tenemos de la abogacía está íntimamente ligada a la idea de su participación en los procesos judiciales, lo cierto es que ya desde la práctica romana del derecho se establecía una neta diferencia entre quien podía representar en un proceso —lo que no requería de conocimientos jurídicos específicos— y los juriconsultos versados en derecho.

Del mismo modo que con los jueces, también es un dato sobre la institucionalización de un ordenamiento que los asesores jurídicos pasen a tener dedicación exclusiva. No es lo mismo que la labor de la abogacía sea llevada a cabo de manera puntual ante el surgimiento de un específico conflicto, que desarrollar dicha tarea de manera permanente. La capacidad técnica que se adquiere con una práctica diaria del asesoramiento legal repercute, al menos normalmente, en una mayor sofisticación de la propia práctica del derecho y mejor desempeño.

También es necesario señalar que, en muchos de nuestros ordenamientos, la práctica del asesoramiento legal requiere la superación de pruebas específicas para poder ejercer la profesión, estando incluso prohibida si no se han superado los exámenes. En otros ordenamientos, como el español, actualmente se requiere incluso un postgrado específico habilitante para el ejercicio de la abogacía. A ello hay que añadir que algunos ordenamientos exigen la entrada en la respectiva asociación o colegio de abogados, estando en algunos casos el examen de acceso (y, por tanto, la oferta) a la profesión en manos de dichos colegios profesionales, como en Italia.

Otro factor importante es la ulterior especialización dentro del asesoramiento legal. No se trata únicamente de que tengamos abogados especializados en determinadas materias. Además de ello, es posible que existan separaciones funcionales dentro de los sujetos encargados del asesoramiento legal: desde la existencia de procuradores como diferente a aquella de los abogados, hasta que haya determinados puestos públicos de asesoramiento legal para el propio estado (fiscales, abogados del Estado, registradores, notarios, letrados de cortes, etcétera) o abogados dedicados a asesorar a personas que por algún tipo de condición (normalmente socio-económica) no pueden acceder a dicho asesoramiento por sus propios medios.

y porque la ciencia de las leyes, es la ciencia y la fuente de justicia, y aprovechándose de ella el mundo más que de otras ciencias». Véase, en cualquier caso, SANZ, 2015: 373 ss.

²⁴ Para la diferencia entre juriconsulto y orador en Roma, véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2015: 54 ss. Para la diferencia entre *personero* y *bozero*, véase SANZ, 2015: 374 ss.

2.2.4. *Estudios jurídicos reglados*

El cuarto factor a tener en cuenta para analizar el grado de institucionalización de los ordenamientos jurídicos es la presencia de estudios reglados en derecho. Como es bien sabido, los estudios de derecho se encuentran en los orígenes mismos de la historia de las universidades, como una de las primeras materias que se enseñaron en dichas instituciones. Sin embargo, el hecho mismo de que los primeros estudios jurídicos reglados se llevaran a cabo en Bolonia a partir del año 1088 nos muestra la ausencia de formación jurídica específica con anterioridad. Esto, desde luego, no implica que no se estudiara el derecho o que no hubiera juristas, pero aquellos no pasaban por instituciones de formación especializada de manera previa.

El primer curso específico de *common law* fue impartido en Oxford por William Blackstone a partir de 1750. No obstante, la formación universitaria en derecho en Inglaterra nace ya a inicios del siglo XII²⁵, estando la práctica jurídica del *common law* ya más que consolidada en el siglo XV (ITURRALDE, 1993: 19 ss.). Pues bien, si los estudios de *common law* llegaron a las universidades inglesas solo dos siglos después de su afianzamiento, y que inicialmente los procesos de *common law* eran esencialmente orales, entonces sale a luz el hecho de que la única manera de formarse como abogado en dicho contexto era presenciando los procesos judiciales, y/o siendo ayudado por algún abogado.

De hecho, aunque los estudios jurídicos reglados son la forma preponderante de acceder a la abogacía, en tiempos no tan remotos la formación para el desempeño del asesoramiento legal se llevaba a cabo por parte de los propios abogados, cooptando a nuevos sujetos. En Estados Unidos, la formación jurídica comenzó no de manera académica, sino que los abogados litigantes eran quienes se encargaban de formar a sus pasantes (PÉREZ LLEDÓ, 2006: 79 ss.). Los estudios jurídicos comienzan a formalizarse únicamente con la creación, en 1817, de la Facultad de Derecho de Harvard (PÉREZ PERDOMO, 2018: 313-358), liderada en sus primeros años por Ch. C. Langdell. Además de la inexistencia de estudios reglados en derecho previos, el examen de admisión constituyó, en muchos de los estados de la federación estadounidense, un mero trámite formal.

Sostener que nuestros ordenamientos jurídicos tienen la propiedad de ser institucionalizados porque las sanciones estén previstas, así como quienes las ejecuta, y/o porque tenemos órganos de creación y aplica-

²⁵ Este dato hace preguntarse por cuál era el derecho que se estudiaba en las universidades inglesas de manera previa y en todas sus colonias. La respuesta es que se estudiaban los principios generales del *civil law*, así como derecho canónico y el escaso derecho de formación legislativa.

ción del derecho, no refleja el grado de institucionalización actual de nuestros ordenamientos. Desde luego, se podrían haber añadido más criterios que muestren mayores grados de institucionalización como, por ejemplo, la presencia de agencias gubernamentales o administrativas especializadas en la gestión de determinados bienes (energía, telecomunicaciones, mercado financiero); que —además de la represiva y la preventiva— el ordenamiento cumpla también con funciones premiales y promocionales; o la presencia de órganos de carácter meramente consultivo. Creo, no obstante, que las aquí mostradas pueden servir para construir categorías para dar cuenta de la institucionalización del SL.

3. LA INSTITUCIONALIZACIÓN COMO RASGO CARACTERÍSTICO DEL *SOFT LAW*

Si alguna característica parece que tiene en común todo el SL es que, salvo que haya una norma jurídica o una decisión jurisdiccional que así lo establezca, está compuesto por directivos no vinculantes. Y por «directivos no vinculantes» podemos entender el conjunto de directivos cuya falta de aplicación —siempre, claro está, que el supuesto de hecho del directivo coincida con los hechos del caso— hace que una decisión de tipo jurisdiccional²⁶ sea susceptible de ser anulada por dicha razón. Es decir, un directivo será vinculante si su no uso implica la posible nulidad de la decisión jurisdiccional, justamente, por no haber sido aplicado; dicha anulabilidad viene dada por alguna norma de HL que convierta en aplicable al SL. Esto, sin embargo, no implica que en ausencia de una meta-norma de aplicación de HL aquellas del SL no sean, de hecho, aplicadas²⁷.

Es preciso subrayar que el SL no debe ser asimilado a otros fenómenos normativos diferentes del HL, como la moral social o la costumbre. Por el contrario, aquí nos encontramos frente a documentos directivos, creados a través de un procedimiento previo establecido y cuya corrección formal o material puede incluso ser impugnada mediante procedimientos frente a órganos con funciones jurisdiccionales²⁸. Es

²⁶ Por «decisión jurisdiccional» entiendo toda aquella resolución tomada por parte de algún órgano competente para decidir la calificación jurídica de un caso (individual o genérico). De este modo, no limito su uso a los órganos judiciales, sino que lo amplío a todos aquellos sujetos competentes para establecer la calificación jurídica de un caso, con base no exclusivamente en normas procedimentales, y más allá del valor que se le atribuya a dicha resolución.

²⁷ Por el contrario, no siempre que un tribunal afirma que hay determinadas directivas de SL que considera vinculantes, lo hace porque considere que hay una norma de cobertura cuya falta de seguimiento provoque la invalidez de su decisión. Antes bien, lo hacen porque reconocen en el SL ciertos rasgos comunes con el HL lo que provoca que, pese a no ser vinculante, terminen aplicándolo.

²⁸ A los anteriores grados de institucionalización se le podrían añadir aquellos que Fuller consideraba los valores morales internos al derecho (FULLER, 2019: cap. 2). Entre ellos, juega

precisamente su altísimo grado de institucionalización lo que hace que estos documentos directivos sean especialmente tomados en cuenta, a diferencia de otros, por los operadores jurídicos, pese a no tratarse de HL²⁹. A partir de los criterios establecidos anteriormente (*supra*, 2.2) es posible comenzar a preguntarse sobre si SL y HL tienen en común suficientes elementos que permitan afirmar que se trata de dos conjuntos institucionalizados de directivos.

3.1. Profesionalización de los sujetos que dictan *soft law*

Una primera pareja de factores viene dada por la permanencia de los órganos que dictan SL, y la profesionalización y especialización de los sujetos que se dedican a ello.

3.1.1. *Temporalidad del órgano que emana el soft law*

Es importante preguntarse, antes que sobre los particulares sujetos que lo formulan, si los órganos que crean SL tienen carácter permanente o si se trata de órganos que únicamente tienen como única función establecer específicos directivos y, cumplido su cometido, se disuelven. Un SL proveniente de órganos de carácter permanente, dado que implica una mayor especialización funcional, parece que implica un mayor grado de institucionalización. Encontramos ejemplos de ambos tipos.

Primer ejemplo: las cartas de servicio de los órganos administrativos en el derecho español tienen como finalidad establecer cuáles, y de qué tipo, son los servicios que un determinado órgano administrativo ofrece a los ciudadanos. Aquí nos encontramos con casos en los que el SL no es más que un instrumento más entre los varios que emplea un órgano con vocación de permanencia.

Segundo ejemplo: el Protocolo de Estambul sobre la tortura estuvo compuesto por 75 expertos en derecho, derechos humanos y salud, provenientes de 40 organizaciones diferentes. Con todo, una vez cumplido su cometido (formulación del Protocolo contra la tortura), el comité se disolvió³⁰. Desde este punto de vista, un órgano de SL que dispone de

un especial papel aquel de la publicidad de las normas. Ello se debe a que dicho rasgo parece ser un rasgo fundamental del SL, considerándose aquel como uno de los elementos necesarios para poder considerar a un directivo como parte del SL, y no de la moral o de las reglas sociales. Con todo, dejaré para otra ocasión el desarrollo de este rasgo.

²⁹ Desde luego, derecho implica institucionalización, pero institucionalización no implica derecho. La institucionalización no convierte al SL en HL, pero sí permite distinguirlo de otros conjuntos de directivos.

³⁰ Es preciso mencionar que el Protocolo fue adoptado posteriormente por diferentes órganos, incluida la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2001, aunque posteriormente ha sido modificado, pero directamente por la ONU.

competencias permanentes pareciera que implica un mayor grado de institucionalización.

3.1.2. *Representatividad y dedicación exclusiva de miembros de órganos de soft law*

En primer lugar, es importante distinguir entre los órganos que están compuestos por sujetos bajo mandato representativo de aquellos en los que los sujetos lo hacen de manera independiente. Ejemplo del primer tipo de instrumentos de SL serían todos aquellos en los que son los propios Estados los que promueven su creación; mientras que sería ejemplo del segundo tipo las directrices de la Comisión Europea, ya que los comisarios no tienen un mandato representativo. Y lo mismo se podría decir de todos los órganos de carácter independiente, cuando los estados tienen la competencia para nombrar a uno de los miembros, pero no tiene la competencia para removerlo del cargo. Cuando los sujetos que forman parte del órgano que dicta el SL no están en representación de nadie, siendo así independientes, parecería que estamos frente a un nivel más institucionalizado de SL.

En segundo lugar, también es posible predicar un mayor o menor grado de institucionalidad dependiendo no únicamente del carácter permanente del órgano, sino de la dedicación al mismo de los sujetos que elaboran (y/o aplican) los directivos de SL. En efecto, es posible que la actividad del órgano que emana o aplica SL requiera de personas con dedicación exclusiva o, incluso, con una formación específica; aún más, que se exijan pruebas de carácter técnico para poder ingresar al órgano. Esto es especialmente relevante cuando, como veremos (*infra*, 3.4), estamos frente a órganos que dictan directivos individuales con base en textos de SL o, incluso, de HL³¹.

3.2. Estudios específicos sobre *soft law*

Un segundo factor a tener en cuenta a la hora de medir el grado de institucionalización de instrumentos de SL es que aquellos hayan sido objeto de estudios sistemáticos. Sin embargo, aquí es preciso distinguir entre el estudio del fenómeno del SL entendido de manera general respecto de específicos instrumentos de SL. En tal sentido, los

³¹ Podría darse el caso de que tengamos incluso abogados litigantes especializados en SL, cuando la actividad de los órganos jurisdiccionales (en sentido amplísimo) dictan y/o aplican normas de SL. Por ejemplo: abogados especializados en asesorar en procedimientos que suponen la dictación de una norma de SL de carácter individual. Tal podría ser el caso, entre otros, de todos aquellos casos en los que se emanan informes de cumplimiento sobre una determinada materia.

estudios generales de SL no son demasiado abundantes y, salvo algunas excepciones, poco frecuentes en el ámbito de la teoría general del derecho³². Tampoco, al menos en español, se encuentran cursos de pos-título específicamente dirigidos al estudio del SL; ni tampoco existen optativas en los planes de estudios universitarios sobre este fenómeno.

Las cosas cambian bastante cuando pasamos del estudio del fenómeno general a los concretos ámbitos normativos, es decir, a aquello que tradicionalmente había sido objeto de la ciencia jurídica (NÚÑEZ VAQUERO, 2015). En este sentido, sí se han publicado multitud de estudios, tanto a nivel nacional como internacional, en ámbitos específicos, como, por ejemplo, aquel del *compliance* penal³³. Aunque en parte haya sido por la novedad de la herramienta, se han publicado multitud de estudios sobre el tema en los últimos años. Y lo mismo sucede a nivel de formación, limitándonos a España y a los dedicados al *compliance* corporativo, donde nos encontramos al menos una treintena. No obstante, la inmensa mayoría de ellos no son ofertados por entidades universitarias, ni siquiera privadas.

Sin embargo, el nivel de institucionalización de otras ramas del SL es mucho menor como, por ejemplo, en el ámbito de la autoregulación en la industria alimentaria española. Ahora bien, conviene tener en cuenta que, aunque no aparezcan bajo la denominación de SL (ni de ninguna otra equivalente), lo cierto es que hay amplios sectores propios del HL en los que la presencia del SL es sumamente importante. Uno de los ejemplos más representativos es aquel del derecho tributario internacional, en el que, junto a un grupo de tratados, existen múltiples documentos de SL de carácter, sobre todo, interpretativo, como los comentarios al modelo de tratado de doble imposición de la OCDE, así como el programa BEPS a nivel europeo³⁴.

3.3. Competencia normativa para la creación del *soft law*

Un tercer elemento que debemos analizar en relación con la institucionalización del SL es si sus directivos están respaldados, para su emanación, por algún tipo de norma de competencia³⁵; aunque, desde luego,

³² Además de los trabajos ya mencionados de Laporta, Escudero, Galiana Saura y Brunet, no suelen encontrarse en español textos que, desde la perspectiva de la teoría general del derecho, traten de reconstruir la noción de SL. También es necesario mencionar el volumen *Legal validity and soft law* (WESTERMAN, 2018), pero la mayoría de los trabajos allí incluidos se preocupan más por el concepto de validez que por aquel de SL.

³³ Una simple búsqueda por internet de los términos «*compliance* penal libros» arroja una cifra inmanejable de bibliografía en español.

³⁴ EGEA NAVARRO, M., «Questioni attuali della fiscalità internazionale e dell'UE: un nuovo scenario da costruire», manuscrito.

³⁵ Sobre este punto, ESCUDERO ALDAY afirmó en su momento que el SL se caracteriza por carecer de normas secundarias (ESCUDERO ALDAY, 2012: 138).

también es posible que se dicte SL sin norma de cobertura alguna. En efecto, es posible que un órgano tenga atribuida la competencia para dictar SL, pero también es posible que un conjunto de sujetos que, sin competencia normativa previa, produzcan SL. Ejemplo de este último tipo serían las normas ISO, dictadas por la Organización Internacional de Normalización, entidad independiente no gubernamental. Otro buen ejemplo lo encontramos en la asociación Autocontrol, un organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España fundada en 1995 como entidad sin ánimo de lucro. O, finalmente, en las así llamadas normas técnicas ambientales a nivel europeo, producto de la autorregulación por parte de los diferentes agentes de los sectores industriales (ESTEVE PARDO, 2022: 143 y ss.).

Sin embargo, resulta más frecuente que los órganos que establecen directivos de SL sí gocen de algún tipo de competencia otorgada por un estado o por varios³⁶. Ejemplo de SL cuya creación ha sido autorizada por un estado lo podemos encontrar incluso en la Constitución española, que en su Título X prevé la posibilidad de que la Cámara emane proposiciones no de ley, documentos que contienen tanto declaraciones de hechos e intenciones, así como algunos directivos³⁷. Por ejemplo: en la Proposición no de Ley relativa al fortalecimiento del sistema sanitario público. (161/002288) se insta al Gobierno a «[a]vanzar en el blindaje de nuestro sistema público de salud, estableciendo medidas de no regresividad y apostando por una sanidad que se base en la gestión pública directa». Un caso de SL autorizado de manera internacional lo encontramos en las recomendaciones de las OIT, como la Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206) que afirma, para el caso de violencia y acoso:

³⁶ Otro ejemplo lo podemos encontrar en los múltiples organismos independientes de la Unión Europea. De los cuarenta organismos existentes, veinte de ellos tienen competencia específica —otorgada mediante norma de competencia explícita— para emanar documento de SL. Hasta el propio TJUE dicta recomendaciones de *soft law* (ALONSO GARCÍA y SÁENZ DE SANTAMARÍA, 2022: 117).

³⁷ Rafael Escudero prefiere excluir los acuerdos meramente políticos del ámbito del SL, así como los acuerdos entre privados (ESCUDERO ALDAY, 2012: 140). Sin embargo, parece que hay buenos contra-ejemplos para incluirlos. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue emanada inicialmente por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, es decir, que no era vinculante, aunque después se haya convertido en derecho consuetudinario (BOU FRANCHI y CASTILLO DAUDÍ, 2010: 55 ss.). En segundo lugar, parece que el estado ha dejado amplios márgenes en algunos sectores muy específicos y altamente técnicos a la autorregulación, como las normas técnicas ambientales. Ello no parece motivo para eliminarlas del ámbito del SL. Por su parte, Laporta introduce la idea de alcance normativo o jurídico, a partir de Villey, para diferenciar el SL del HL. Sin embargo, la distinción —formulada originariamente como una categoría residual para hacer referencia a todo aquello que no fueran tratados— se basa en las expectativas de cumplimiento por parte de quien formula el SL. Ahora bien, establecer cuáles son las expectativas que se genera, o pretende generar su autor, un texto directivo es altamente indeterminado, más aún cuando estamos hablando de una heterogénea pluralidad de sujetos; y tampoco parece —como propone Laporta— que podamos confiar en la literalidad del compromiso sobre el cumplimiento (LAPORTA, 2014: 78).

4. Las vías de recurso y reparación mencionadas en el artículo 10, b), del Convenio podrían comprender:

- a) el derecho a dimitir y percibir una indemnización;
- b) la readmisión del trabajador;
- c) una indemnización apropiada por los daños resultantes;
- d) la imposición de órdenes de aplicación inmediata para velar por que se ponga fin a determinados comportamientos o se exija la modificación de las políticas o las prácticas, y
- e) el pago de los honorarios de asistencia letrada y costas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

Un caso intermedio, en la medida en que el órgano tiene atribuida la competencia para dictar normas vinculantes, pero tiene la posibilidad de emanar otra clase de directivos propios del SL, lo encontramos en los directivos (consejos y recomendaciones) establecidas por la Comisión Europea en materias que no son de su competencia. Por ejemplo: ya el título de la *Non-binding guidance on biological agents* establece claramente que no tiene valor vinculante³⁸, aunque no únicamente establezca directivos no normativos, sino enunciados que parecen expresar normas³⁹. Con todo, es preciso subrayar que el hecho de que estemos frente a una norma no hace que aquella sea inmediatamente vinculante: podemos reconocer una entidad como una norma —como una de un derecho extranjero no aplicable— sin que aquella resulte vinculante.

Un SL que sea dictado al amparo de una norma de competencia gozará de un mayor grado de institucionalización. Pero, además del SL dictado más allá de cualquier tipo de norma de cobertura, encontramos casos intermedios, como aquel en el que el órgano no tiene dicha competencia, pero sí otras normativas; o bien el caso en que no se tiene competencia normativa para un específico tema, pero se dictan directivos no reducibles a normas, como frecuentemente hace la Comisión Europea en materias que no son de su competencia incluso mediante actos atípicos (cartas, comunicaciones, marcos, directrices, códigos, etcétera).

³⁸ Sin embargo, no conviene ser formalista respecto del nombre o título formal de los instrumentos de *soft law*. De hecho, el TJUE ha repetido en diferentes ocasiones que lo relevante es su contenido, no la nomenclatura (ALONSO GARCÍA: 64, n. 2).

³⁹ Orientaciones no vinculantes sobre agentes biológicos de la Comisión Europea, de 24 de octubre de 2022: «Debe disponerse de una evaluación de riesgos escrita que aborde las actividades en las que el trabajador está expuesto a agentes biológicos. La evaluación de riesgos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las tareas, actividades o equipos presentes en el lugar de trabajo que puedan afectar a la exposición de los trabajadores a agentes biológicos. Debe indicar las posibles fuentes de riesgo, las principales vías de exposición, los trabajadores que puedan estar expuestos y las medidas de control adecuadas» (p. 18).

3.4. Contenido de la competencia para dictar *soft law*

Otro aspecto importante es qué tipo de competencia tiene el órgano que dicta el SL. Retomando la distinción entre competencias normativas —en nuestro caso, para dictar directivos— y competencias jurisdiccionales (en sentido amplio), podemos ver que nos encontramos frente a diferentes tipos de SL. No obstante, como bien sabemos desde Kelsen (KELSEN, 2005: 354), creación y aplicación del derecho son dos caras de la misma moneda, salvo en los actos de pura aplicación y los actos de creación originaria. Así las cosas, debemos redirigir dicha distinción a aquella entre directivos generales y abstractos, por un lado, y directivos concretos y particulares, por el otro.

3.4.1. Competencia para dictar directivos individuales

Dentro de las competencias para emanar directivos individuales, es necesario distinguir entre dos supuestos diferentes. En efecto, existen multitud de órganos que emanan SL individual que se pronuncian acerca del cumplimiento o incumplimiento del SL, pero también de HL. Un par de ejemplos resultan suficientes para ilustrar la diferencia: por un lado, el Consejo de Estado español emana sus dictámenes que, aunque sí es obligatorio solicitarlos en determinados casos, su contenido no es vinculante; por el otro, la Comisión Interamericana hace recomendaciones específicas a los países para que ajusten su comportamiento al Pacto de San José. Dicho de otro modo: se dicta SL sobre el cumplimiento de HL.

No obstante, también es posible, y frecuente, que órganos que cumplen funciones de adjudicación lo hagan con base en SL⁴⁰. En ocasiones, dichos órganos son instituidos por el propio documento de SL, aunque no sucede siempre así. Buen ejemplo de este tipo de competencia, que decide de conformidad al SL general, y que genera a su vez SL individual, es aquella de los informes GRECO del Grupo de Estados contra la Corrupción⁴¹. Aunque el GRECO *Bureau* también utiliza algunos documentos que expresan normas vinculantes (como el

⁴⁰ Laporta descarta, en mi opinión demasiado rápidamente, la idea de que no puede haber un tercero que tenga asignada la competencia para determinar la interpretación y/o la violación de directivos de SL (LAPORTA, 2014: 76). Del hecho de que un enunciado no sea vinculante no se sigue que no quepan interpretaciones auténticas del mismo, o que se pueda controlar su cumplimiento. Cuestión diferente es el valor que le otorguemos a los directivos individuales de este modo formulados.

⁴¹ Es importante distinguir entre, por un lado, que no existan mecanismos de control del SL y, por el otro, que tales mecanismos de control no generen normas vinculantes para ningún sujeto. De este modo, puede haber mecanismos de control que no impliquen la exigibilidad de los directivos individuales que generan (GARRIDO GÓMEZ, 2017: 56).

Tratado penal sobre la corrupción) para evaluar el cumplimiento de los países, en sus informes sobre el cumplimiento nacional también recurre a otros documentos, como los veinte principios informadores sobre la lucha contra la corrupción, instrumento aprobado el 6 de noviembre de 1997, que no reviste carácter vinculante.

3.4.2. *Competencia para dictar directivos generales*

Retomando ahora la distinción propia del derecho administrativo entre reglamentos independientes y reglamentos de desarrollo, podemos diferenciar entre una competencia para desarrollar documentos previos, por un lado, de una competencia independiente, no vinculada al desarrollo o especificación de ningún documento directivo previo, por el otro⁴². Buen ejemplo de una competencia de desarrollo la encontramos en las Directrices Generales de la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030 del Gobierno de España que, a su vez, constituyen el desarrollo del Acuerdo sobre Desarrollo Sostenible firmado por 193 estados en 2015. Ejemplo de competencia independiente lo encontramos en aquellos casos en los que las administraciones públicas dejan un determinado sector a la autorregulación, como la normativa de autorregulación en materia de publicidad en España.

También es necesario distinguir, dentro de las competencias directivas, si nos estamos refiriendo a normas de carácter técnico⁴³ —como el SL ambiental acerca de las formas de medir la contaminación o las normas internacionales de contabilidad— o bien a normas que no revisten este carácter. En efecto, parece que podemos hacer una distinción por la materia regulada, dependiendo del nivel de complejidad técnica del mismo. En algunos casos, nos encontraremos con normas técnicas en sentido estricto, formuladas para obtener determinados resultados a partir de enunciados (anankásticos) descriptivos. Sin embargo, no es este el caso más común, existiendo un continuo en el grado de tecnicidad⁴⁴. De este modo, aunque nos encontremos con algunos casos intermedios, parece posible diferenciar entre los objetivos del milenio,

⁴² Una distinción similar es aquella trazada por Linda Senden (2004: 118) entre SL interpretativo, decisional y aquel no conectado con HL.

⁴³ Aquí estoy usando un concepto mucho más amplio que aquel de elaborado por VON WRIGHT (1970, p. 29) para referirme a aquellas normas que revisten un alto grado de especialización técnica o científica. Véase también, GONZÁLEZ LAGIER, 1995: 264 ss. Para un análisis completo de las normas técnicas, véase ALARCÓN CABRERA, 2001; GOMETZ, 2008.

⁴⁴ Si, como parece, no todas las normas técnicas presuponen enunciados anakásticos verdaderos que expresan relaciones de necesidad entre dos eventos, entonces es posible establecer una cierta relación gradual en relación con la probabilidad de que sucede un evento B al producirse otro evento A. No hay que olvidar, en este contexto, que algunos autores aceptan la posibilidad de enunciados anakástico constitutivos que establecerían una relación de imputación entre el evento A y otro evento B.

en el menor grado de complejidad técnica o científica (y mayor genericidad), respecto de los directivos acerca del intercambio de información entre administraciones tributarias (proyecto BEPS), muy precisos y que normalmente requieren de conocimientos técnicos (jurídicos y no) para su comprensión, o las normas técnicas para la evaluación del impacto ambiental.

Parece plausible afirmar que los directivos de SL individual tienen un mayor grado de institucionalidad que los directivos generales. Ello se debe a que aquello que permite hablar del cambio de un ordenamiento menos desarrollado a otro más desarrollado es justamente la presencia de órganos de aplicación. A su vez, podremos hablar de un SL más institucionalizado en la medida en que los directivos individuales sean dictados en aplicación de directivos generales de SL, teniendo así carácter independiente y diferenciado respecto del HL⁴⁵.

3.5. Meta-directivos de competencias de *soft law* y su controlabilidad judicial

Toda competencia, sea normativa o no, parece sujeta a determinados límites: personal, material, procedimental y territorial (ARRIAGADA CÁCERES, 2017: 107 ss.); y límites aquí no puede querer decir otra cosa más que normas. Las competencias, sean del tipo que sean, pueden estar reguladas tanto por normas prescriptivas —que establecen obligaciones, prohibiciones y permisos— como por normas constitutivas —que establecen las condiciones bajo las cuales un acto va a ser válido o inválido. Sin embargo, y pese a tratarse de competencias —no normativas, pero sí— directivas, se ha prestado escasa atención a las normas de competencia para dictar SL.

3.5.1. Las normas y directivos sobre competencias de soft law

Se podría discutir que existan algo así como normas de competencia sobre el SL. De hecho, es frecuente que se afirme que el SL es un instrumento especialmente útil para la elaboración de guías de conducta en aquellos ámbitos en los que los estados no quieren llegar a tratados internacionales, donde las reglas de formación son más rígidas (SHELTON, 2000: 12). En un sentido similar, se afirma que el SL es un instrumento útil para llegar a acuerdos con privados porque facilita la

⁴⁵ ABBOTT (*et al.*, 2000: 409) afirma que, cuando una institución está legalizada, al menos a partir de un determinado nivel, el discurso del auto interés o del mero poder queda vedado. De este modo, se ha producido un SL derivado de carácter individual en el contexto de un discurso que se ciñe a la discusión sobre el posible significado de los textos directivos. Para una distinción entre argumentar y negociar, véase AGUILÓ, 2015.

negociación y porque permite llegar a acuerdos que se adapten mejor a las especificidades de cada sector (SARMIENTO, 2008: 42). Dicho de otro modo: el SL se caracterizaría, según esta reconstrucción, por su menor grado de rigidez en los mecanismos de su formulación, es decir, procedimientos menos rigurosos para su elaboración⁴⁶.

Ahora bien, afirmar que los mecanismos para la formación de SL suelen ser más flexibles que en otros instrumentos para establecer directivos no implica que no existan normas sobre la competencia. Por muy flexible que sea el procedimiento para la formación del SL siempre, y necesariamente, deben existir algunas normas que fijen las condiciones mínimas para la formación del SL⁴⁷. En muchos casos, puede tratarse de normas implícitas que no son formuladas ni siquiera en el proceso de elaboración del SL, pero esto no significa que no haya normas. Desde luego, además de estas normas de competencia, es posible que haya otros directivos que no establezcan normas sino, por ejemplo, que aconsejen determinados medios.

Con todo, una representación del SL como la anterior puede dar lugar a una falacia de generalización. Es cierto que buena parte de los documentos de SL son elaborados bajo directivos muy amplios, pero también de unas pocas reglas. Existen no pocos casos en los que evidentemente hay normas, cuyo valor no es puesto en entredicho por nadie, acerca de la formulación de SL.

Por ejemplo: las resoluciones generales de la Asamblea de las Naciones Unidas no son vinculantes, pero esto no implica que la aprobación de dichas resoluciones no esté sometida a un estricto régimen normativo procedimental. De hecho, el propio documento normativo acerca de los procedimientos en la Asamblea General de la ONU se llama *Rules of Procedure of the General Assembly*⁴⁸ y ha sido recientemente reformado por motivos técnicos (15 de septiembre de 2022). Por si fuera poco, existe un documento de SL de comentarios⁴⁹ a estas *Rules*, de 411 páginas (las *Rule* ocupan 148 páginas).

⁴⁶ Es posible afirmar que mientras que algunas formas de crear SL no tienen demasiados requisitos procedimentales de carácter formal (la formulación de recomendaciones en la UE) otros directivos son más rígidos para su formulación o reforma (las resoluciones de la Asamblea de la ONU).

⁴⁷ Cuestión diferente es que dichas normas tengan un contenido muy genérico (se deberá favorecer la cooperación como método de formación del documento de SL), que aquellas sean derrotables, en el sentido de que puedan ser obviadas (desplazadas) en pos de la emanación de un directivo o que prevean cláusulas de escape.

⁴⁸ Disponible on-line: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/592/76/PDF/N2259276.pdf?OpenElement>

⁴⁹ Disponibles on-line: https://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf

3.5.2. *Controlabilidad de la corrección del soft law*

Una ulterior forma institucionalización del SL consiste en su posible revisión o control de su corrección (BRUNET, 2019: 342). Ahora bien, alguien podría preguntarse, y no sin razón, qué sentido tendría controlar documentos de SL que, por definición, no son vinculantes (BRUNET, 2019: 336). Sin embargo, en la medida en que existan normas de competencia acerca tanto del procedimiento (corrección formal) como del contenido (corrección material) del SL, nada impide, desde un punto de vista de lógico, que la corrección de dichos documentos sea enjuiciada tanto en abstracto como en concreto. Contra lo que pudiera parecer, no se trata de una categoría vacía.

Antes de analizar este tipo de SL, resulta necesario dilucidar qué tipo de órgano es el que podría tener competencia para sindicar la corrección de los directivos de SL (BRUNET, 2019: 336). En primer lugar, es posible que se produzca un control por parte del propio órgano que va a emitir el directivo en el que se examinen tanto cuestiones de corrección material como formal. Por ejemplo, la Mesa del Congreso de los Diputados viene a jugar un papel fundamental, aunque bastante opaco, a la hora de admitir a trámite las proposiciones no de ley.

En segundo lugar, también es posible que sea otro órgano, diferente del que emana el SL, quien tenga la competencia para controlar la corrección de aquél. Al tratarse de órgano diferente, normalmente dicho control de corrección será llevado a cabo a posteriori, aunque nada impediría que otro órgano controlase a priori la corrección de determinados actos de SL. Sería ejemplo de este último tipo de control, y solo en cierto sentido, el que realiza el Consejo de Estado español frente a algunos proyectos de normas con valor de ley, donde curiosamente tenemos un acto de SL (el informe del Consejo de Estado) que controla un documento normativo que pretende ser HL (el proyecto de ley). Con todo, este ejemplo sirve para dar cuenta de que una cosa es que se produzca un control sobre la corrección de los actos de SL (pero también de HL) y otra cosa diferente es que aquel produzca como resultado un directivo vinculante o no.

El caso más claro de control judicial de textos y directivos de SL en relación con su corrección formal⁵⁰ y material lo encontramos en el derecho comunitario europeo (ELIANTONIO, 2021). En efecto, en la sen-

⁵⁰ Tal fue el caso en los asuntos *Avernier v. Comisión* (211/80) y *Andersen v. Parlamento* (262/80), decididos conjuntamente, y que impugnaban directivos de SL por incumplimiento de directivos procedimentales. Es más, en *Comisión v. Consejo* (19 de marzo de 1996) el Tribunal anuló una decisión del Consejo por vulneración del *Arreglo (soft law) entre la Comisión y el Consejo sobre la preparación de las reuniones, declaraciones y votaciones en el seno de la FAO*. Véase ALONSO GARCÍA, R. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, 2022: 68.

tencia de 13 de diciembre de 1989 (asunto C-322/88, caso Grimaldi), la sala segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció su propia competencia (ex antiguo art. 177) para analizar, vía cuestión prejudicial, todos los actos provenientes de órganos de la «Comunidad sin excepción alguna» (considerandos 8 y 9). De este modo, el TJUE consideró que todos los actos eran controlables vía judicial, incluidas las directrices y los dictámenes.

No es, con todo, la única razón por la que Grimaldi constituyó un hito. En su considerando 18 establece que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de tener en cuenta las recomendaciones, tanto si tienen carácter interpretativo como si tienen carácter supletorio para colmar lagunas. Si bien es cierto que la primera de las cuestiones decididas en Grimaldi —aquella de la controlabilidad judicial de los actos de SL— parece haber caído en desuetudo, no lo ha hecho la segunda cuestión acerca de la obligatoriedad de los órganos jurisdiccionales de tener en cuenta las recomendaciones⁵¹. Es más, en varias ocasiones el TJUE ha afirmado que las recomendaciones son vinculantes para los órganos que las emanan, no pudiendo ser abandonado el criterio formulado mediante directivos de SL sin una justificación expresa⁵².

Este último punto es más importante de lo que podría parecer porque nos remite a dos cuestiones. En primer lugar, si los órganos jurisdiccionales nacionales son, por un lado, competentes para formular cuestiones prejudiciales al TJUE y, por el otro, tienen la obligación de tenerlos en cuenta, entonces resulta evidente que hay una vía procesal para cuestionar la corrección de los directivos de SL⁵³. En segundo lugar, en la medida en que los órganos de la Unión Europea hayan emanado directivos (dictámenes y recomendaciones, pero también otros documentos atípicos), pero en actos posteriores hayan cambiado de criterio injustificadamente, el TJUE tiene la competencia (aunque de nuevo indirecta) para controlar la corrección de tales directivos de SL. Es decir, el control jurisdiccional de la corrección del SL, o de su cumplimiento por parte de determinados órganos, puede generar HL individual.

⁵¹ Véanse las sentencias 3 de septiembre de 2014, Baltlanta, C-410/13, ECLI:EU:C:2014:2134, apartado 64, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi, C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, apartado 18; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2014, Mediaset, C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71, apartado 31. Agradezco a Jorge Piernas por señalarme estas sentencias.

⁵² Véase, entre otras, la sentencia de 26 de septiembre, *España/Comisión* (C-351/98).

⁵³ De hecho, el TJUE, en el asunto *BT* (2021) declaró inválida una Recomendación de la Autoridad Bancaria Europea; es más, aceptando que se trataba de un documento de *soft law*, encontró el motivo de su invalidez en su declaración de motivos. Pocos meses después, en el asunto *FBF* (2021) volvió a pronunciarse vía cuestión prejudicial sobre una Directriz sobre los procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos de banca minorista. Véase ALONSO GARCÍA y SÁENZ DE SANTAMARÍA, 2022: 110 ss.; ELIANTONIO, 2021.

3.6. Aplicabilidad del *soft law*

Como ya hemos visto, el SL suele ser caracterizado como un conjunto de directivos que carecen de fuerza vinculante. Ahora bien, en la medida en que dentro del SL podemos encontrar directivos de carácter normativo⁵⁴ (incluso imperativos), nada impide que tengan plena fuerza vinculante dentro de un ordenamiento jurídico que los haga aplicables. Son dos las vías principales mediante las que un ordenamiento jurídico puede pasar a considerar como aplicables directivos de SL.

3.6.1. *Aplicabilidad del soft law por creación de un precedente jurisdiccional*

En primer lugar, cuando un órgano jurisdiccional aplica un directivo de SL puede surgir para dicho órgano la «obligación» de mantener su criterio cuando se le presenten casos que mantengan las mismas propiedades relevantes (NÚÑEZ VAQUERO, 2022: 141 ss.). Por supuesto, ello va a depender de las normas de cada ordenamiento al respecto. Con todo, es perfectamente posible que sea un órgano jurisdiccional de vértice (una Corte Suprema, un Tribunal Constitucional o un Tribunal internacional de última instancia) quien dicte una decisión jurisdiccional cuya *ratio decidendi* sea que un determinado directivo o conjunto de directivos de SL es aplicable⁵⁵. Y lo que quiere decir esto es que, entonces, la validez de las decisiones de los órganos jurisdiccionales que se encuentren un caso similar se verá condicionada por la aplicación de ese mismo directivo o directivos de SL. Es preciso subrayar que esto no es una forma de incorporar el SL al HL, puesto que ambos siguen manteniendo su identidad. Ahora bien, si tenemos un precedente en materia de SL —como lo fue, en su momento, la sentencia Grimaldi— no cabe duda de que se ha alcanzado un altísimo grado de institucionalización.

3.6.2. *Aplicabilidad del soft law por reenvío*

Cabe, en segundo lugar, un mayor grado de institucionalización del SL: cuando es el legislador quien, sin incorporarlo al propio ordenamiento, realiza un reenvío al SL. Sin embargo, aquí es necesario

⁵⁴ Véase, por ejemplo, la ya mencionada *Non-binding guidance on biological agents*, de la Comisión Europea.

⁵⁵ Buen ejemplo lo encontramos en la posición del Tribunal Supremo español sobre los Comentarios a los tratados de doble imposición. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo del 3 de marzo y 25 de septiembre de 2020, recursos 5448/2018 y 1996/2019, pone en cuestión la dinamicidad de dichos comentarios, pero no su valor vinculante a la hora de interpretar dichos convenios.

distinguir entre tres casos diferentes: las remisiones estáticas, las remisiones dinámicas y las remisiones genéricas. Estamos frente a una remisión estática toda vez que una norma reenvía, haciéndolo aplicable a un dispositivo identificado formalmente a través del instrumento que lo establece. Caso distinto es aquel de las remisiones dinámicas, en las que el HL indica un concreto documento de SL, aunque se señala que se trata de la versión actual de dicho documento, pero también las posteriores. Finalmente, estamos frente a una remisión genérica cuando una norma reenvía a una serie de conocimientos no determinados, pero sí determinables, como la mejor técnica disponible. Ejemplo del primer tipo sería una ley haga un reenvío a la Convención sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes (reenvío estático); del segundo, las remisiones a los comentarios al modelo de tratado de doble imposición de la OCDE, que se actualizan de manera constante (reenvío dinámico) (CABRERA CARRETERO, 2022: 110 ss.); del tercer tipo, cuando en el derecho ambiental se refiere al estado de la técnica o al mejor conocimiento científico disponible (reenvío genérico) (ESTEVE PARDO, 2022: 146-148.).

3.7. *Soft law* transpuesto como *hard law*

Una de las funciones que, en la literatura acerca del SL, se le atribuye a aquel lo concibe como una forma inacabada, o en vías de ser acabada en, HL⁵⁶. Si nos fijamos especialmente en el plano del derecho internacional, no han sido pocas las ocasiones en las que órganos sin competencia para crear tratados internacionales han emitido directivos de SL que han terminado siendo transpuestos en HL mediante tratados internacionales.

Respecto de esta posibilidad es necesario señalar dos cuestiones. La primera de ellas es que esta forma de institucionalización del SL implica, en cierto sentido, su muerte por éxito. No es que todas las veces que se formula SL se haga con la intención de que aquel se convierta en HL. Ahora bien, en la medida en que se pretenda orientar el comportamiento, parece que el instrumento más poderoso es aquel del HL. Sin embargo, es preciso no concluir apresuradamente que el SL sea así un derecho imperfecto (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 3). Por el contrario, en no pocas ocasiones se ha mostrado que directivos no vinculantes de SL pueden ser mucho más eficaces a la hora de guiar el comportamiento para que determinados agentes adapten su comportamiento (REINICKE y WITTE, 2000).

⁵⁶ Resulta extraño pensar que todo el SL es un derecho verde, en el sentido de documentos previos a la creación de HL. Tal propiedad sí se puede predicar de, precisamente, los libros blancos y los libros verdes.

La segunda cuestión que conviene tener presente es que, si instrumentos de SL pueden ser transpuestos en HL, ello debe hacernos sospechar del hecho de que el SL esté compuesto únicamente por directivos no normativos. Por el contrario, son múltiples los instrumentos de SL que contienen formulaciones normativas. Ahora bien, aquí conviene reiterar que una cosa es que exista una norma, y otra diferente que vincule a determinados sujetos. En los dos apartados anteriores ya hemos visto que un aspecto crucial es que haya una norma de reenvío que haga aplicable el SL y/o que los jueces hayan dictado precedentes sobre el SL (*supra*, 3.6). Pero una cosa es que tengamos un reenvío o el seguimiento judicial, y otra distinta es que las normas entren a formar parte, bien del ordenamiento nacional, bien del internacional.

4. BREVE CONCLUSIÓN

El derecho tiene algunos rasgos que lo diferencian del SL, destacando sobre todo su coercibilidad. Ahora bien, resulta reductivo pensar que aquel de la coercibilidad es el único rasgo relevante de nuestros ordenamientos jurídicos. De hecho, su institucionalización es otro de los rasgos que diferencian al derecho de otros órdenes normativos. Sin embargo, la teoría del derecho no le ha prestado suficiente atención a este rasgo, habiendo atendido únicamente al hecho de que las sanciones estuvieran previstas (y sus ejecutores) y a que hubiera órganos legislativos y judiciales.

Sin embargo, es posible elaborar un discurso más elaborado acerca de la institucionalización del derecho, mostrando nuevas dimensiones de su complejidad en cuanto fenómeno social. Ello permite observar dicho rasgo como una propiedad gradual que puede darse en mayor o menor medida. Ser conscientes de esta gradualidad nos permite un mejor acercamiento al SL en la medida en que nos permite fijarnos no únicamente en lo que diferencia al HL del SL, sino apreciar sus similitudes. Sin despreciar las evidentes diferencias, una aproximación de este tipo permite comprender mejor su funcionamiento y el papel que juegan en nuestros ordenamientos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, K., KEOHANE, R., MORAVCSIK, A., SLAUGHTER A.M. y SNIDAL, D., 2000: «The Concept of Legalization», en *International Organization*, 54: 3.
- AGUILÓ, J., 2015: *El arte de la mediación*, Madrid: Trotta.
- ALARCÓN CABRERA, C., 2001: *Causalidad y normatividad*, Madrid.
- ALONSO GARCÍA, R., 2001: «El soft law comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril, CEPC.
- ALONSO GARCÍA, R. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.A., 2022: *El sistema europeo de fuentes*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2009: «Selección y formación inicial del juez», en Malem, J., Ezquiaga, F. y Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- ARRIAGADA CÁCERES, M^a B., 2017: «Normas de competencia y normas acerca de la competencia. eludiendo las reglas constitutivas», *Doxa*, 40.
- BENGOETXEA, J., 2015: «Teoría institucional del derecho», en FABRA ZAMORA, J., y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (dirs.), *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, México: UNAM.
- BOBBIO, N., 1990: *Contribución a la teoría Derecho*, Madrid: Debate.
- BOU FRANCHI, V. y CASTILLO DAUDÍ, M., 2010: *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BRUNET, P., 2019: *Para un análisis del discurso jurídico*, Bogotá: Universidad del Externado, p. 337.
- CABRERA CARRETERO, C., 2022: «Remisiones a los comentarios al modelo de la OCDE en los convenios españoles», en RAMOS PRIETO, J., MACARRO OSUNA, J.M. y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (eds.), *Desafíos fiscales en un mundo post-covid*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CARBONNIER, J., 1992: *Sociología del derecho*, Madrid: Tecnos.
- COHEN, F., 1961: *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ELIANTONIO, M., 2021: «Judicial Review of Soft Law before the European and National Courts», en ELIANTONIO, M., KORKEA-AHO, E. y STEFAN, O., *EU Soft Law in the Member States Theoretical Findings and Empirical Evidence*, London: Bloomsbury Publishing.
- ESCUADERO ALDAY, R., 2021: «El concepto de *soft law*», en MORESO J.J. y MARTÍ J.L., *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, J., 2022: *Derecho del medioambiente*, Madrid: Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., 2015: «El abogado en Roma», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Historia de la abogacía española*, Madrid: Aranzadi.
- FULLER, L., 2019: *La moral del derecho*, Santiago de Chile: Olejnik.
- GALIANA SAURA, Á., 2016: *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*, AFD (XXXII).
- GARRIDO GÓMEZ, M^a I., 2017: *El soft law como fuente del derecho extranacional*, Madrid: Dykinson.
- GOLDSTEIN, J., KAHLER, M., KEOHANE, R. y SLAUGHTER, A.M., 2000: «Introduction: Legalization and Worlds Politics», en *International Organization*, 54: 3.
- GOMETZ, G., 2008: *Regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa: Edizioni ETS.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 1995: *Acción y norma en en G.H.Von Wright*, Madrid: CEPC.
- HART, H.L.A., 2004: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- INIESTA DELGADO, J.J., 2025: «*Soft law*, término y realidad: explorando la definición y la referencia de una noción en evolución», en INIESTA DELGADO, J.J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á., *Soft law: aspectos teóricos y problemas prácticos*, Madrid: Marcial Pons.
- ITURRALDE SESMA, M., 1993: *El precedente en el common law*, Madrid: Civitas.
- KELSEN, H., 1949: *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: Editorial Universitaria.
- 2005: *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa.

- LAPORTA, F.J., 2014: «Gobernanza y *soft law*», en Ruiz Miguel, A. (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta.
- LÓPEZ DÍAZ, M., 2006: «La administración de la justicia señorial en el antiguo régimen», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXVI.
- LUHMANN, N., 2002: *Introducción a la teoría de sistemas*, México D.F.: Universidad Iberoamericana.
- MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., 1985: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Kluwer.
- MACCORMICK, N., 2010: *Instituciones del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- MALEM, J., 2008: *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona: Gedisa.
- MARMOR, A., 2011: «An Institutional Conception of Authority», *Philosophy & Public Affairs*, USC Legal Studies Research Paper No. 11-10.
- MAZUELOS BELLIDO, Á., 2004: «Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004, p. 3 (disponible on-line en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces>).
- MERRYMAN, J.H., 1980: *La tradición jurídica romano-germánica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- MESSNER, C., 2016: *Orientamenti del diritto*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- NÚÑEZ VAQUERO, Á., 2015: «Ciencia jurídica», en FABRA, J. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (eds.) *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. I, UNAM.
- 2022: *Precedentes: una aproximación analítica*, Madrid: Marcial Pons.
- OLIVA MANSO, G., 2020: «La excepcionalidad del duelo judicial. Apuntes sobre su práctica en los fueros locales de Castilla-León (ss. XI-XIII)», *Anuario de Historia del Derecho*, Tomo XC.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A., 2006: *La enseñanza del derecho*, Lima: Palestra.
- PÉREZ PERDOMO, R., 2018: «De Harvard a Stanford. Sobre la historia de la educación jurídica en los Estados Unidos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L, núm. 151, enero-abril de 2018.
- PINTORE, A., 2023: *Coerzione e diritto*, Milano: Mimesis.
- RAPETTI, P., 2015: «Ángeles a punta de pistola», en SCHAUER, F., *Fuerza de ley*, Lima: Palestra.
- RAZ, J., 1985: *La autoridad del Derecho*, México: UNAM, México.
- RAZ, J., BULYGIN, E. y ALEXY, R., 2007: *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- REINICKE, W.H. y WITTE, J.M., 2000: «Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords», en SHELTON, D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press.
- REINOSO BARRERO, F., 2015: «El abogado romano *specimen iuridicum inaugurale*», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Historia de la abogacía española*, Madrid: Aranzadi.
- ROSS, A., 1978: *Direttive e norme*, Milano: Comunità.
- SANZ, O., 2015: «La voz del defensor en la literatura medieval española», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Historia de la abogacía española*, Madrid: Aranzadi.
- SARMIENTO, D., 2008: *El soft law administrativo*, Madrid: Civitas.

- SCHAUER, F., 2015: *Fuerza de ley*, Lima: Palestra.
- SENDEN, L., 2004: *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hart Publishing.
- SHELTON, D., 2000: «Introduction: Law, Non-Law and the Problem of Soft Law», en SHELTON, D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press.
- TARELLO, G., *El realismo jurídico norteamericano*, Lima: Palestra.
- WESTERMAN, P. *et alii*, 2018: *Legal validity and soft law*, Dordrecht: Springer .
- ZACCARIA, G., 2022: *Postdiritto*, Bologna: Il Mulino.

PARTE III
***SOFT LAW* POSITIVO**

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 203-226

DOI: 10.37417/soft-law/07

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL *SOFT LAW* EN LA UNIÓN EUROPEA

Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ*
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN, CLASIFICACIÓN Y RELEVANCIA.— 2. EL *SOFT LAW* Y LA DEFINICIÓN DE AYUDA DE ESTADO.— 3. EL *SOFT LAW* Y LA COMPATIBILIDAD DE LAS AYUDAS DE ESTADO: 3.1. El *soft law* como instrumento normativo ante la reticencia de los Estados; 3.2. El *soft law* como instrumento de integración positiva; 3.3. El *soft law* como respuesta en tiempos de crisis: 3.3.1. *El soft law y la crisis financiera*; 3.3.2. *La pandemia covid-19*; 3.3.3. *La crisis de Ucrania*.— 4. EL *SOFT LAW* Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE AYUDAS ESTATALES POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.— 5. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN, CLASIFICACIÓN Y RELEVANCIA

En la Unión Europea (UE) los actos de *soft law* o derecho indicativo fueron definidos en los años noventa por SNYDER con una fórmula que se sigue citando con frecuencia. Según este académico, estos actos son «normas de conducta que en principio no tienen fuerza jurídica vinculante pero que sin embargo pueden tener efectos prácticos» (traducción del autor) (1994:198). No obstante, como se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), los actos de *soft law* de la UE no solo tienen efectos prácticos, sino que también despliegan efectos jurídicos. En efecto, con otra formulación no menos conocida, el Tribunal de Justicia concluyó que estos actos «no pueden ser considerados como carentes en absoluto

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y titular de la Cátedra Jean Monnet (TEULP), Universidad de Murcia (España).

de efectos jurídicos»¹. El Abogado General Bobek se ha referido más recientemente a ellos como «una clase de normas imperfectas: por un lado, tienen el claro objetivo normativo de inducir a su cumplimiento a sus destinatarios. Por otro, no llevan aparejado ningún mecanismo de coerción directa»².

Los actos de derecho indicativo de la Unión Europea suelen clasificarse en típicos y atípicos, los primeros son los que figuran en los Tratados expresamente, y los segundos los que no aparecen citados en los mismos. Entre los actos típicos destacan los previstos en el art. 288, apartado 5, TFUE, esto es, las recomendaciones y los dictámenes. El Tratado los define como actos jurídicos mediante los que se ejercen las competencias de la Unión por parte de las instituciones europeas, junto con los reglamentos, las directivas y las decisiones, en el primer apartado del art. 288 TFUE. Este artículo añade en su quinto apartado que «[l]as recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes». Siendo las recomendaciones y dictámenes los actos de derecho indicativo típico más relevantes no son, como ha señalado SARMIENTO, los únicos, habida cuenta de que los Tratados prevén otros actos de *soft law* como la «declaración» que puede adoptar el Tribunal de Cuentas con arreglo al art. 287 TFUE (2022: 307). Por su parte, entre los actos de *soft law* atípicos se pueden destacar los «códigos de conducta» o las «directrices», actos que, a pesar de su carácter atípico, tienen efectos jurídicos y prácticos notables, como se expone más adelante.

En la doctrina pueden encontrarse otras clasificaciones. Por ejemplo, CHALMERS, DAVIES y MONTI dividen los actos de derecho indicativo en función de su finalidad como sigue: (i) Elaboración de normas (*Lawmaking*), siendo un ejemplo de este grupo el Método abierto de coordinación; (ii) la organización de la cooperación entre instituciones, un ejemplo sería el Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación de 2016³; (iii) instrumentos que incluyen compromisos sobre la conducta de una institución (por ejemplo, la Declaración común de 2007 sobre las modalidades prácticas del procedimiento de codecisión); e (iv) instrumentos que programan la legislación (por ejemplo, planes de acción para políticas europeas) (2019: 116-117).

Entre nosotros, el profesor ALONSO GARCÍA distinguió, de un lado, entre el *soft law ad intra* y el *soft law ad extra*. El primero se refiere a la cooperación entre instituciones de la Unión mientras que el segundo

¹ C-322/88, Salvatore Grimaldi contra Fonds des maladies professionnelles, EU:C:1989:646, apartado 18.

² Conclusiones del AG Bobek en el asunto C-16/16 P, Reino de Bélgica c. Comisión Europea, EU:C:2017:959, apartado 86.

³ Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación, DO L 123 de 12.5.2016, p. 1/14.

tiene sus destinatarios fuera de la arquitectura institucional de la Unión. De esta forma, dentro del *soft law ad extra*, el profesor Alonso distingue, por sus funciones, entre (i) el *soft law* en cuanto avance del *hard law*, (ii) el *soft law* en cuanto alternativa al *hard law*, (iii) el *soft law* en cuanto complemento del *hard law*, y (iv) el *soft law* en cuanto parámetro de interpretación del *hard law* (2001: 63-94).

Con independencia de las distintas clasificaciones, los autores coinciden en la relevancia del *soft law*. ŞTEFAN *et al.* fijan los orígenes del *soft law* en dos comunicaciones relativas al derecho de la competencia de 1962 y señalan que el derecho indicativo supone más del 10 por 100 de todo el derecho de la UE (2019: 3). No obstante, como ha señalado DE WITTE, no todo acto atípico publicado por las instituciones, como estrategias, agendas, o informes de alto nivel, puede ser considerado como un acto de *soft law*, habida cuenta de que este tipo de actos constituyen documentos políticos más que instrumentos normativos destinados a orientar el comportamiento de las instituciones o de terceros. Como señala el profesor DE WITTE: «*Using the term soft law for those documents would be a misnomer, as they do not display any legal characteristics, whether hard or soft. They often announce or foreshadow legal developments, but are not sources of law themselves*» (2018: 211).

En todo caso, la creciente utilización del *soft law* por parte de las instituciones europeas resulta controvertido. Algunos autores, como PETROPOULOU, IONESCU y ELIANTONIO han expresado dudas sobre su legitimidad democrática (2021: 43), y se suele subrayar a este respecto su discutida compatibilidad con, entre otros, los principios de atribución de competencias y de lealtad institucional (*e.g.* FAJARDO, 2024).

En este marco, el presente capítulo analiza las funciones y efectos del derecho indicativo a través del estudio de su aplicación a una disciplina concreta del derecho de la Unión; en particular, la política de ayudas de estado, una disciplina en la que el *soft law*, como se expone, es particularmente importante. El capítulo persigue de esta forma complementar la literatura que ha analizado la naturaleza y efectos del *soft law* de la UE en otros ámbitos como la política social (DAWSON, 2018), el de los derechos de las personas con discapacidad (FERRI, 2022) o el Estado de Derecho (ŞTEFAN, 2024).

En relación con lo anterior, el sistema de control de las ayudas estatales de la UE previsto en los Tratados se basa en una (i) una prohibición general de las ayudas, incluida en el actual art. 107(1) TFUE; (ii) una serie de excepciones a esta prohibición, consagradas principalmente en los arts. 107.2 y 107.3 del TFUE; (iii) y un control previo por parte de la Comisión Europea. Esto significa que, como regla general, los Estados miembros deben notificar a la Comisión, para su aprobación, cualquier proyecto de concesión de nuevas ayudas o de modificación de ayudas existentes con arreglo al art. 108 (3) TFUE.

Las siguientes secciones analizan el impacto del *soft law* en cada una de las principales áreas de esta política, a saber, la definición de ayuda y su compatibilidad, así como en la implementación de las normas de ayudas por los jueces nacionales.

2. EL *SOFT LAW* Y LA DEFINICIÓN DE AYUDA DE ESTADO

El art. 107(1) TFUE estipula que «Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Este artículo declara por tanto «las ayudas» (o ayudas estatales o ayudas públicas como se conocen generalmente) *a priori* incompatibles con el mercado interior.

Según el TJUE, la noción de ayuda de estado prevista por el art. 107, apartado 1, del TFUE incluye los siguientes elementos: «en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia»⁴. Además, el TJUE ha precisado también que la ventaja económica a la que hace referencia el art. 107(1) TFUE debe ser selectiva en el sentido de favorecer «a determinadas empresas o producciones»⁵. El requisito de selectividad es considerado en la práctica como autónomo del requisito de ventaja económica⁶. Corresponde a la Comisión acreditar la existencia de una ayuda estatal⁷.

Además, las normas sobre ayudas estatales solo se aplicarán si los beneficiarios potenciales de las ventajas financieras en cuestión son empresas, es decir, si los beneficiarios son entidades que ejercen una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico y de su modo de financiación⁸. Por consiguiente, entidades como cooperativas, asociaciones, ONGs y fundaciones pueden definirse como «empresas», aunque ofrezcan bienes o servicios sin ánimo de lucro⁹.

⁴ Véase, e.g., C-280/00 Altmark EU:C:2003:415, párr. 75.

⁵ C-88/03, Portugal/Comisión EU:C:2006:511 apartado 54.

⁶ Véase a este respecto, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C-393/04 y C-41/05, Air Liquide Industries Belgium EU:C:2006:403 apartado 28.

⁷ C-159/01, Países Bajos/Comisión EU:C:2004:246, apartado 43.

⁸ Véase, entre otros, el asunto C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze, EU:C:2006:8, apartados 107-109.

⁹ *Id.*, apartados 122 y 123.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «el concepto de ayuda de Estado, tal y como se define en el Tratado, tiene carácter jurídico y debe interpretarse partiendo de elementos objetivos»¹⁰. La Comisión ha sostenido en relación con este precepto «*The concept of aid is an objective concept that leaves the Commission no margin of discretion*»¹¹. Además, con arreglo a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia «el artículo 92 [hoy 107 TFUE] no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones a que se refiere, sino que las define en función de sus efectos»¹².

En este contexto, la Comisión Europea publicó en 2016 la Comunicación sobre el concepto de ayuda estatal con arreglo al art. 107(1) TFUE¹³, un documento de *soft law* que proporciona orientaciones claras y detalladas sobre la noción de ayuda. Sin embargo, esta comunicación supuso también un ejercicio arriesgado por parte de la Comisión habida cuenta de que, contrariamente a lo que sucede en el ámbito de la evaluación de la compatibilidad de las ayudas estatales, en el que la Comisión goza de un amplio margen de apreciación, la Comisión solo dispone, como se ha expuesto, de un margen de apreciación limitado a la hora de aplicar el concepto de ayuda, como reconoce la propia Comunicación, con referencia a la jurisprudencia de los tribunales de la UE¹⁴.

Sin embargo, la Comisión Europea no se limitó a reflejar la jurisprudencia de los tribunales europeos, sino que también introdujo sus propios puntos de vista sobre cuestiones aún no resueltas por el TJUE; en particular, en relación con las ayudas fiscales, como ya criticaron Biondi y Stefan tras la publicación de la Comunicación, pues esto era susceptible de socavar el objetivo de promover la claridad que perseguía (BIONDI y ESTEFAN: 2017). El tratamiento de las resoluciones fiscales o *tax rulings* en el marco de la Comunicación fue uno de los mejores ejemplos de esta práctica.

La Comisión inició en 2014 una serie de investigaciones de oficio sobre las resoluciones fiscales concedidas por las autoridades fiscales de Irlanda, los Países Bajos y Luxemburgo en relación con el pago del impuesto de sociedades por determinadas empresas multinacionales, originalmente Apple, Starbucks, FIAT y Amazon, a raíz de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación según las cuales

¹⁰ C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, ECLI:EU:C:2000:248, apartado 25.

¹¹ Commission Report on the implementation of the Commission notice on the application of state aid rules to measures relating to direct business taxation, 9 February 2004, C(200)434, at p. 6.

¹² Case 173/73, *Italia c. Comisión*, EU:C:1974:71, apartado 13.

¹³ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO 2016, C 262/1-50.

¹⁴ *Id.* apartado 4.

las empresas multinacionales pagaban muchos menos impuestos de los que deberían en esas jurisdicciones¹⁵.

La Comisión subrayó que las resoluciones fiscales no eran problemáticas en sí mismas. Sin embargo, podrían implicar ayuda estatal si proporcionan ventajas selectivas a una empresa o grupo de empresas. Para determinar si se habían concedido ventajas indebidas, la Comisión utilizó el denominado «principio de plena competencia» previsto en el art. 9 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE. Según este principio, las relaciones comerciales y financieras entre empresas vinculadas no deben diferir de las relaciones entre empresas independientes. En particular, la Comisión se remitió en sus decisiones a un instrumento de *soft law*, las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia¹⁶, que establecen cinco métodos para aproximar los precios de transferencia y la asignación de beneficios entre empresas del grupo en condiciones de plena competencia. La Comisión argumentó además que la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Forum 187* respaldaba estas investigaciones¹⁷.

Aunque el Tribunal General anuló algunas de las decisiones de la Comisión relativas a las resoluciones fiscales, en particular en los asuntos *Apple*, *Amazon* y *Starbucks*,¹⁸ este tribunal validó el enfoque adoptado por la Comisión y, en particular, el uso del principio de plena competencia para identificar ventajas selectivas en este contexto¹⁹. El Tribunal General aceptó la utilización del principio de plena competencia aun cuando no estuviera reconocido en el sistema fiscal nacional²⁰, y otorgó un peso significativo a las Directrices de la OCDE, actos de *soft law*, a efectos de la definición del sistema de referencia²¹.

¹⁵ Véanse el comunicado de prensa IP/14/663, de 11 de junio de 2014, y la Decisión (UE) 2016/2326 de la Comisión, de 22 de diciembre de 2016, relativa a la ayuda estatal que Luxemburgo concedió a Fiat, DO 2016, L 351/1; la Decisión (UE) 2017/502 de la Comisión, de 29 de marzo de 2017, relativa a la ayuda estatal ejecutada por los Países Bajos en favor de Starbucks, DO.J. 2017, L 83/38; Decisión (UE) 2017/1283 de la Comisión, de 19 de julio de 2017, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Irlanda en favor de Apple, O. J. 2017, L 187/1; y Decisión (UE) 2017/6740 de la Comisión, de 15 de junio de 2018, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Luxemburgo en favor de Amazon, O. J. 2018, L 153/1.

¹⁶ Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias (2010).

¹⁷ Asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, *Bélgica y Forum 187 c. Comisión*, EU:C:2006:416, apartado 95.

¹⁸ Asuntos T-778/16 & T-892/16, *Irlanda c. Comisión*, EU:T:2020:338 (*Apple*); Asuntos T-760/15 & T-636/16, *Países Bajos c. Comisión*, EU:T:2019:669; Asunto T-816/17, *Luxemburgo c. Comisión*, y Asunto T-318/18, *Amazon EU y Amazon.com c. Comisión*, EU:T:2021:252 (*Amazon*).

¹⁹ Véanse también a este respecto los asuntos T-755/15 & T-759/15, *Luxemburgo y Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión*, EU:T:2019:670 (*FIAT*); asuntos acumulados T-516/18 & T-525/18, *Luxemburgo/Comisión*, EU:T:2021:25 (*Engie*).

²⁰ Asuntos T-778/16 y T-892/16, *Irlanda c. Comisión*.

²¹ Asunto T-816/17, *Luxemburgo c. Comisión*, y asunto T-318/18, *Amazon EU y Amazon.com c. Comisión (Amazon)*, asuntos T-755/15 & T-759/15, *Luxemburgo y Fiat Chrysler Finance*

Sin embargo, en la posterior sentencia *FIAT*, relativa a una resolución fiscal adoptada por Luxemburgo a favor de Fiat Chrysler Finance (FIAT), la Gran Sala del Tribunal de Justicia, siguiendo las conclusiones del Abogado General Pikamäe, anuló la Decisión de la Comisión y una sentencia del Tribunal General por haber definido incorrectamente el marco de referencia para aplicar el denominado principio de plena competencia a las sociedades integradas en Luxemburgo. En particular, el Tribunal de Justicia declaró que la Comisión y el Tribunal General deberían haber aplicado el principio de plena competencia tal como está previsto exclusivamente en la legislación nacional al definir el sistema de referencia a efectos de la aplicación del criterio de selectividad con arreglo al art. 107, apartado 1, del TFUE²².

El TJUE subrayó la competencia de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa para determinar el sistema de referencia o el régimen fiscal «normal», y recordó que, a falta de armonización en el derecho de la UE, las normas de aplicación del principio de plena competencia están definidas por el derecho nacional y deben tenerse en cuenta para identificar el marco de referencia a efectos de determinar la existencia de una ventaja selectiva²³. En particular, el Tribunal de Justicia declaró que el Tribunal General, al aceptar que la Comisión pueda basarse en normas que no forman parte del derecho luxemburgués infringió las disposiciones del TFUE relativas a la adopción por la Unión Europea de medidas de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa, en particular los arts. 114 TFUE, apartado 2, y 115 TFUE²⁴. Además, en relación con la utilización por las autoridades nacionales de las directrices de la OCDE, el Tribunal concluyó que tales parámetros externos al sistema fiscal nacional no pueden tenerse en cuenta en el examen de la existencia de una ventaja fiscal selectiva en el sentido del art. 107 TFUE, apartado 1, a la luz del principio de legalidad tributaria²⁵.

En este contexto, como se ha expuesto, la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de ayuda afirmaba que el principio de plena competencia formaba parte necesariamente de la evaluación de la Comisión de las medidas fiscales concedidas a empresas del grupo independientemente de si un Estado miembro ha incorporado este principio a su ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, la Comunicación, en el caso de la evaluación de las resoluciones fiscales con arreglo al art. 107, apartado 1 del TFUE, no ha aportado claridad

Europe c. Comisión.

²² Asuntos acumulados C-885/19 P y C-898/19 P, *Fiat Chrysler Finance Europe c. Comisión*, EU:C:2022:859, apartado 73.

²³ *Id.*, apartado 93.

²⁴ *Id.*, apartado 94.

²⁵ *Id.*, apartados 96-97.

y coherencia al marco jurídico de las ayudas estatales, sino más bien inseguridad jurídica.

3. EL *SOFT LAW* Y LA COMPATIBILIDAD DE LAS AYUDAS DE ESTADO

3.1. El *soft law* como instrumento normativo ante la reticencia de los Estados

La aplicación de las normas de ayudas estatales por la Comisión Europea no ha sido fácil. Estas normas ponen límites a las decisiones de los Estados miembros, que consideran legítimas y adoptadas en el interés general. Prueba de esta dificultad es que el Consejo de la Unión permitió la adopción de un reglamento de procedimiento, una pieza clave para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales, solo en 1999, más de cuarenta años después de la entrada en vigor de los Tratados de Roma²⁶. La adopción tan tardía de este reglamento es reveladora de la dificultad que la Comisión Europea afrontó para poder aplicar las normas sobre ayudas estatales, y contribuye a explicar una de las principales características del *soft law* en este ámbito.

En efecto, a diferencia de lo que ocurrió en relación con las normas de competencia aplicables a las empresas, en concreto los hoy arts. 101 TFUE y 102 TFUE, respecto de los cuales el Consejo adoptó un reglamento de procedimiento en 1962²⁷, el reglamento de procedimiento en materia de ayudas estatales no se aprobó hasta finales de los años noventa. El retraso en la aprobación de este reglamento no se debió a la Comisión Europea, que propuso su adopción en 1966 y de nuevo en 1972, sino al Consejo, a los Estados miembros, que rechazaron la misma en ambas ocasiones²⁸. La actitud del Consejo respecto de las ayudas estatales durante las primeras décadas de aplicación de los Tratados de Roma se puede calificar de muy pasiva, e incluso de cierta resistencia. De hecho, la Comisión Europea llegó a afirmar en 1980 que los Estados miembros ignoraban deliberadamente las reglas sobre ayudas de Estado²⁹.

²⁶ Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, DO L 83 de 27.3.1999, pp. 1-9.

²⁷ El célebre Reglamento núm. 17: Primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado, DO 13 de 21/02/1962, p. 204/211.

²⁸ Véase COM (66) 95, de 30 de marzo de 1966, comunicada al Consejo el 18 de abril de 1966 y modificada por COM (66) 457, de 10 de noviembre de 1966 y COM (72) 1523 de 04 de diciembre 1972.

²⁹ Véase la Notificación o la Comisión de las ayudas concedidas por los Estados miembros, con arreglo al apartado 3 del art. 93 del Tratado CEE: incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados miembros (DO 1980 Núm. C 252 / 2).

En este contexto, marcado por la renuencia de los Estados miembros para dotar a la Comisión de las necesarias normas vinculantes para la aplicación de las ayudas estatales, el *soft law* cobraría una importancia particular. De esta forma, la Comisión anunció en 1978 que iba a ser más estricta, aunque todavía flexible a la vista de la situación económica posterior a la crisis del petróleo de 1973. La Comisión también tuvo que ser flexible porque en aquel momento carecía de suficiente influencia sobre los Estados miembros en una cuestión tan delicada desde el punto de vista político.

El aumento gradual de la rigidez de la Comisión en materia de ayudas estatales se hizo más evidente bajo el mandato del Comisario de Competencia Frans Andriessen (1981-1985). Durante su mandato, la Comisión insistió en la obligación de notificar las nuevas ayudas, aumentó el número de casos de recuperación y publicó un acto de *soft law*, una comunicación sobre la acumulación de ayudas para distintos fines, en la que se subrayaba la obligación de notificar³⁰.

Los instrumentos de derecho indicativo, como los marcos o las directrices, eran de hecho los únicos instrumentos posibles que podía adoptar la Comisión, habida cuenta de que el Consejo se negaba a adoptar un reglamento de procedimiento. Sin embargo, como han señalado autores como SMITH (1998), CINI (2001) o BLAUBERGER (2009), los actos de *soft law* resultaron ser instrumentos muy útiles para aislar a la Comisión de presiones externas a la hora de decidir sobre asuntos de ayudas estatales, habida cuenta de que la Comisión podía remitirse a esos instrumentos para adoptar una decisión en un sentido determinado, por ejemplo negándose a que un Estado miembro como Alemania o Francia rescatara a una empresa en crisis, y ello porque la Comisión tiene que atenerse a sus propias normas publicadas, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (SMITH: 1998, 62).

En efecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que este tipo de comunicaciones y directrices, aunque no vinculan a terceros, sí que vinculan al órgano que las emite, especialmente a la Comisión Europea (véase, entre otras muchas la sentencia de 26 de septiembre de 2002, *España/Comisión*, C-351/98). En concreto, el Tribunal de Justicia ha afirmado:

si bien las Directrices no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la Administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato [...] Al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los

³⁰ Comunicación de la Comisión sobre la acumulación de ayudas con fines diferentes, DO C 3 de 05/01/1985 P. 2 - 3.

casos contemplados en ellas, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima (sentencia de 21 de septiembre de 2006, JCB, C 167/04 P, apartados 207-208).

En suma, como ha señalado FAJARDO recientemente «en este campo de las ayudas de estado, los códigos de conducta, las directrices y orientaciones, han sido catalogados como *soft law* y actos administrativos, que se adoptan en virtud del poder discrecional de la Comisión para autolimitarse». (2024: 203-204). Esta autolimitación ha sido, sin embargo, creativa pues permitía a la Comisión establecer criterios sobre lo que se considera aceptable en ámbitos materiales muy variados, como el medioambiente, la innovación o el sector textil, criterios que una vez publicados se convertían en obligatorios para la Comisión, y por tanto de facto también para los Estados miembros pues, si no seguían esos criterios, en principio la Comisión no podía aceptar las ayudas como compatibles.

3.2. El *soft law* como instrumento de integración positiva

A finales de los años noventa, una vez alcanzado el objetivo del Mercado Interior en 1992 con el Tratado de Maastricht, y especialmente tras la adopción en 1999 de las normas de procedimiento que permitían la aplicación de las reglas de ayudas de Estado, la Comisión comenzó a desarrollar una verdadera política de ayudas de Estado. Esta política consistió principalmente en una reorientación de las ayudas estatales hacia «objetivos horizontales» como el medio ambiente o la investigación (BLAUBERGER, 2009: 732), es decir, la Comisión trató de canalizar las ayudas otorgadas por los Estados hacia ciertos objetivos, que serían considerados compatibles con el Mercado interior.

De esta forma la política de ayudas dejó de ser exclusivamente un instrumento de integración negativa, es decir, de eliminación de obstáculos al Mercado interior y a la libre competencia, y comenzó a convertirse también en un instrumento de integración positiva, esto es, de consecución de objetivos supranacionales (BLAUBERGER, 2009; PIERNAS, 2023). Esta transformación ha sido realizada a través esencialmente de instrumentos de *soft law*, como marcos y directrices.

Los tribunales europeos han reconocido a la Comisión un notable margen de discrecionalidad en la apreciación de la compatibilidad de las ayudas estatales, que puede ser definido además a través de instrumentos de *soft law*. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, «Según jurisprudencia reiterada, el apartado 3 del artículo [107] confiere a la Comisión una facultad discrecional cuyo ejercicio requiere apreciación

nes de carácter económico y social que deben efectuarse en un contexto comunitario [...] La Comisión ha comunicado en varias ocasiones a los Estados miembros las orientaciones que, con arreglo a las facultades que le confieren los artículos [107] y siguientes del Tratado, tenía intención de aplicar a los regímenes de ayudas [...]. Este es, en particular, el objetivo de su Comunicación de 1988[...]»³¹.

No obstante, y de manera relevante para nuestros efectos, los tribunales de la Unión han subrayado que la vinculación de la Comisión a sus directrices está limitada, de un lado, por el carácter objetivo de la noción de ayuda estatal y, por otro, por las propias normas de los Tratados.

Respecto del carácter objetivo de la noción de ayudas, los tribunales de la Unión han concluido que la práctica administrativa de la Comisión, aunque las decisiones adoptadas por la misma sean *hard law* ex art. 288 TFUE, no constituye un precedente vinculante para la propia Comisión. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia de los tribunales europeos «el concepto de ayuda de Estado reviste carácter jurídico y se interpreta a la luz de elementos objetivos [...]. La calificación de una medida como ayuda de Estado no puede depender, por lo tanto, de una apreciación subjetiva de la Comisión y debe determinarse con independencia de cualquier práctica administrativa anterior de la Comisión, suponiendo que dicha práctica haya quedado probada»³².

Asimismo, respecto de los instrumentos de *soft law* adoptados por la Comisión para declarar como compatibles las ayudas estatales, en el reciente asunto *Hinkley Point*, la Gran Sala del Tribunal de Justicia ha concluido que el principal criterio seguido por la Comisión Europea para declarar las ayudas de Estado compatibles con arreglo al art. 107(3)(c) TFUE desde los años ochenta, en particular desde el asunto *Philip Morris* de 1980³³, no figura en los Tratados y por tanto la Comisión Europea no lo puede exigir legalmente.

En efecto, el TJUE concluyó que un criterio observado durante más de treinta años, reflejado en numerosas directrices³⁴, en el Reglamento General de Exención por Categorías,³⁵ e incluso en algunas sentencias

³¹ Asunto C-169/95 - España/Comisión, EU:C:1997:10, apartados 18 y 19.

³² T-319/12 y T-321/12, *España c. Comisión* (Ciudad de la Luz), EU:T:2014:604, apartado 46.

³³ Asunto 730/79, *Philip Morris Holland BV* contra *Comisión de las Comunidades Europeas*, EU:C:1980:209.

³⁴ Véanse las Directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional para el período 2014-2020, DO 2013, C 209/1-45, p. 26, o las Directrices de la Unión Europea sobre ayudas estatales a los sectores agrario y forestal y a las zonas rurales 2014-2020, DO 2014, C 204/1, p. 39.

³⁵ Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del TFUE, DO 2014, L 187/1 (RGEC), en Preámbulo, punto 5.

del Tribunal General³⁶, no era aceptable, habida cuenta de que «mediante esos instrumentos [como marcos o comunicaciones, la Comisión Europea] no puede reducir indebidamente el alcance del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra c)»³⁷.

Esta sentencia puede tener un efecto notable en la capacidad de la Comisión de promover objetivos de integración positiva a través de las normas de ayudas estatales pues el Tribunal recuerda, en esencia, que la necesidad de perseguir un objetivo de interés común definido por la Comisión, en el que se ha basado la integración positiva, como tal no es un criterio para declarar las ayudas concedidas por los Estados compatibles con el Tratado.

3.3. El *soft law* como respuesta en tiempos de crisis

3.3.1. *El soft law y la crisis financiera*

Cuando la crisis financiera global golpeó Europa por primera vez en 2007-2008, no estaba claro si las normas existentes en materia de ayudas eran adecuadas para situaciones de crisis, y si los Estados miembros las respetarían, habida cuenta de la enorme presión a la que estaban sometidos para apoyar a sus instituciones financieras. Esto no era solo una posibilidad teórica habida cuenta de que el art. 108.2 del TFUE permite al Consejo de la UE, por unanimidad, invalidar el régimen de ayudas estatales y declarar determinadas ayudas compatibles con el Tratado. El uso de esta disposición habría socavado el papel central de la Comisión en la aplicación de las ayudas estatales, sentando un importante precedente para la futura intervención del Consejo en esta política. Finalmente no se aplicó.

La dificultad para la Comisión radicaba en que, cuando estalló la crisis financiera, la UE carecía de una normativa específica sobre el sector financiero y de normas sectoriales para la concesión de ayudas a las entidades financieras. La política de ayudas estatales de la Comisión se vio así sometida a una dura prueba. El fracaso ante este reto no solo podía afectar gravemente al sector financiero y a las economías de los Estados miembros, sino también poner en tela de juicio todo el sistema de control de las ayudas estatales y el papel de la Comisión dentro de él (CYNDECKA: 2021, 135).

En este escenario, la tarea de la Comisión Europea era sumamente difícil: tenía que aplicar las normas sobre ayudas estatales, incluida la prohibición general de las ayudas estatales consagrada en el art. 107, apartado 1, del TFUE, para controlar las intervenciones de crisis de

³⁶ Véase, por ejemplo, el asunto T-177/07, *Mediaset*, EU:T:2010:233, apartado 125.

³⁷ C-594/18 P, Austria c Comisión, EU:C:2020:742., párrafo 24.

los Estados miembros, sin ofrecerles una alternativa significativa para hacer frente a la crisis, como si pudo hacer años después con los fondos de Nueva Generación para afrontar la pandemia.

La Comisión se vio rápidamente desbordada por cientos de notificaciones y pronto concluyó que no podría aplicar el marco jurídico ordinario. Era necesario un enfoque específico, temporal y más flexible, para lo que recurrió al *soft law*. Este nuevo enfoque, adaptado al contexto de crisis, también evitaría «contaminar» el régimen de ayudas estatales ordinario u ortodoxo con una lectura excesivamente expansiva de las normas. La Comisión quiso hacer todo lo necesario para salvar esta política, al tiempo que se daba una respuesta eficaz a las crisis más graves. En efecto, esto significó la construcción, aunque solo de manera informal, de un régimen de crisis de las ayudas estatales.

En el centro del nuevo enfoque se encontraba la aplicación sin precedentes del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE (art. 87, apartado 3, letra b), del TCE en aquel momento). Su uso fue descrito como la «opción nuclear» de la legislación europea sobre ayudas estatales por altos funcionarios de la Comisión³⁸. Esta base jurídica permitía a la Comisión Europea adoptar decisiones que declarasen las medidas de ayuda estatal compatibles con el mercado interior «[...] para poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro». En el pasado solo se había aplicado en contadas ocasiones. A modo de ejemplo del carácter restrictivo, el hundimiento de la antigua economía socialista de la República Democrática Alemana en el curso de la reunificación *no* fue calificado de perturbación grave de la economía de Alemania por la Comisión Europea, interpretación que fue confirmada por los tribunales europeos.

En este contexto, la Comisión adoptó siete comunicaciones³⁹, a partir de la Comunicación Bancaria de 2008, en los que esbozaba los

³⁸ Véase a este respecto el discurso de Herbert Ungerer, Director General Adjunto responsable de Ayudas Estatales, Comisión Europea, Dirección General de Competencia, «After the State aid Action Plan: the EU's new State aid framework», EU State Aid Summit - State Aid Policy, Procedure and Enforcement through the Economic Crisis and Beyond, 23-24 de junio de 2009, 13.

³⁹ Comisión Europea, «Comunicación sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial» [2008] DO C270/8, (Bruselas, 25 de octubre de 2008); Comisión Europea, «Comunicación sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia» [2009] DO C10/2, 15 de enero de 2009; Comisión Europea, «Comunicación sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector financiero comunitario» («Comunicación sobre activos cuyo valor ha sufrido un deterioro») [2009] DO C72/1, 26 de marzo de 2009; Comisión Europea, «Comunicación sobre el restablecimiento de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales» [2009] DO C195/9, 19 de agosto de 2009; Comisión Europea, «Comunicación sobre la aplicación de las

principios con arreglo a los cuales evaluaría las ayudas concedidas en el contexto de la crisis financiera en virtud del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE. La política de la Comisión Europea en materia de ayudas estatales durante este periodo evolucionó desde un enfoque muy laxo, motivado por la elevada tensión económica y política de los primeros días de la crisis durante los cuales se aprobaban todas las decisiones, en particular tras la quiebra de *Lehman Brothers*, hacia un enfoque más estricto a medida que el contexto financiero y económico se estabilizaba. El método de la Comisión para aumentar progresivamente la severidad del control de las ayudas estatales se basó en la publicación de instrumentos de *soft law* que indicaban cómo pensaba enfocar la compatibilidad de las ayudas a los bancos en los distintos periodos de la crisis (DOLEYS, 2012).

Junto a la Comunicación Bancaria, la Comisión adoptó el Marco Temporal destinado a permitir la concesión de ayudas estatales a instituciones no financieras, es decir, a la «economía real»⁴⁰. Se trataba de otro instrumento de *soft law*. El Marco se diseñó para limitar el riesgo de subvenciones masivas entre los Estados miembros de la UE. Comprendía lo que se denominaron «medidas adicionales temporales», señalando el hecho de que las normas existentes sobre ayudas estatales también podían adaptarse para su uso como instrumentos de crisis. El Marco abarcaba una serie de medidas de ayuda que se desviaban temporalmente de las normas ortodoxas. El uso de este instrumento fue posible gracias a la flexibilidad con la que estaban redactadas las normas sobre ayudas, lo que permitió a la Comisión afirmar que estas medidas eran poco más que una reinterpretación [pero no modificación] de las normas, una justificación también pertinente para otras formas de derecho indicativo no relacionadas con la crisis (PIERNAS Y CINI: 2024).

La aplicación del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE permitió a la Comisión, y en general a la Unión, responder con rapidez y eficacia ante la crisis, pero a costa de una gran flexibilidad en la aplicación de las normas. De hecho, el marco condujo a la aprobación de prácticamente todos los regímenes de ayuda destinados a las entidades financieras que fueron notificados por los Estados miembros en relación con la crisis, siempre que las notificaciones aceptaran una lógica de rescate y reestructuración y una futura supresión progresiva del apoyo financiero.

normas sobre ayudas estatales para respaldar las medidas en favor de las instituciones financieras en el contexto de la crisis financiera» [2010] DO C329/7; Comisión Europea, «Comunicación sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales para respaldar las medidas en favor de las instituciones financieras en el contexto de la crisis financiera» [2011] DO C356/7, 6 de diciembre de 2011; Comisión Europea, «Comunicación sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera» [2013] DO C216/1, 30 de julio de 2013.

⁴⁰ Marco temporal de la Unión aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (2011/C 6/05).

A este respecto, como subraya NICOLAIDES, entre 2008 y 2011 la Comisión solo prohibió las ayudas estatales en un caso (NICOLAIDES, 2022).

3.3.2. *La pandemia covid-19*

Además del devastador impacto sobre las vidas individuales y la salud pública, el brote de covid-19 generó efectos económicos nefastos. La Comisión Europea no tardó en reconocer que la reacción de los Estados miembros de la UE ante la crisis mediante la inyección de una importante cantidad de recursos públicos en la economía, y en particular en algunos sectores, podía provocar considerables distorsiones de la competencia en el mercado único, que deberían gestionarse a escala de la Unión.

La Comisión recurrió de nuevo al art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE, como en la crisis financiera de 2008. En un comunicado de prensa de principios de marzo de 2020, la Comisión subrayó que los Estados miembros podían conceder ayudas para poner remedio a una grave perturbación de su economía en virtud del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE en caso de situaciones económicas especialmente graves «como la que atraviesa actualmente Italia»⁴¹. Poco después, el 20 de marzo de 2020, la Comisión Europea adoptó un marco temporal para hacer frente a los efectos de la pandemia covid-19 desde la perspectiva de las ayudas estatales⁴².

El marco temporal, aun siendo un instrumento de *soft law*, tenía una doble base jurídica. En primer lugar, se basaba principalmente en el art. 107, apartado 2, letra b), del TFUE, que obliga *de iure* a la Comisión Europea a declarar compatibles con el derecho de la UE las ayudas «destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional». En segundo lugar, se basaba en el art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE, que permite (no exige) como se ha expuesto, a la Comisión autorizar ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro.

La versión inicial del Marco temporal permitía la concesión de ayudas nacionales para garantizar la liquidez de las empresas con el fin de mantenerlas a flote durante la pandemia y poco después, lo que en aquel momento era incierto, lo que dio lugar a varias prórrogas del Marco.

⁴¹ Comisión Europea, «Ayuda estatal: Commission approves €12 million Danish scheme to compensate damages caused by cancellations of large public events due to COVID-19 outbreak», Comunicado de prensa de 12 de marzo de 2020.

⁴² European Commission, «Communication of 19 March 2020 - Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak», C2020:0911; TOC Official Journal Of the European Union C 0911 20 March 2020.

Sin embargo, el Marco temporal se modificó seis veces en el transcurso de la pandemia, en particular cuatro veces en 2020 (abril, mayo, junio y octubre) y dos veces en 2021 (enero y noviembre). En cada ocasión se aclararon y ampliaron las normas. En particular, se incluyeron nuevas exenciones, flexibilizando la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al permitir más tipos de ayudas aceptables y límites máximos de ayuda más elevados. La mayor flexibilidad, tanto en términos de cambio en la naturaleza como en la escala de las exenciones, debe subrayarse, ya que también planteó cada vez más problemas de competencia y cohesión relacionados con la concesión de más ayudas nacionales.

El Marco temporal no modificaba el marco jurídico existente ni introducía normas directamente aplicables; «sólo» enunciaba los criterios con arreglo a los cuales la Comisión considera aceptable la adopción de medidas de ayuda estatal por parte de los Estados miembros para contrarrestar los efectos de la pandemia⁴³. De hecho, el Marco temporal toma como punto de partida las normas vigentes sobre ayudas estatales. Formalmente, la Comisión no adoptó *nuevas* normas en el ámbito de las ayudas estatales. Se limitó a aplicar las normas *existentes*, y en particular el art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE, de manera flexible y temporal a través de un instrumento de *soft law*.

El Marco temporal covid-19 reconoció el carácter excepcional del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE, señalando que esta disposición solo se aplicaba cuando toda la economía de un Estado miembro, o «una parte importante», estaba en peligro⁴⁴. Sin embargo, la sentencia a la que se remite el Marco temporal para apoyar esta afirmación no incluye una referencia a una «parte importante» de la economía, sino a la economía de un Estado miembro en su conjunto. En efecto, la fórmula acuñada originalmente por el Tribunal General en el asunto *Freistaat Sachsen* en 1999, y citada posteriormente tanto por el Tribunal General como por el Tribunal de Justicia en este contexto, pone de relieve que la totalidad de la economía de un determinado Estado miembro debe verse afectada para aplicar esta disposición, y no una parte de la misma, aunque sea importante. De esta forma, la Comisión podría haber instrumentalizado el *soft law* para promover el desarrollo del *hard law*, incluido el derecho primario de la UE en este ámbito.

3.3.3. La crisis de Ucrania

Tras la invasión rusa de Ucrania a finales de febrero de 2022, la Comisión respondió de nuevo activando el art. 107, apartado 3, letra

⁴³ Véase Comisión Europea, «Marco temporal - COVID-19», párrafo 10. 10.

⁴⁴ Véase Comisión Europea, «Marco temporal - COVID-19», *cit.* párrafo 17. 17.

b), del TFUE a través de un nuevo Marco temporal. La Comisión se basó en la interpretación de esta disposición desarrollada durante la crisis financiera y la crisis del covid-19 y aceptó su aplicación tanto a los regímenes de ayuda como a las ayudas individuales. La Comisión justificó el recurso al art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE porque la agresión rusa y las sanciones y contramedidas internacionales y de la UE provocaron una perturbación de los flujos comerciales y de las cadenas de suministro, lo que se tradujo en un aumento de los precios (especialmente de la energía, pero también de las materias primas y los bienes primarios).

La guerra en Ucrania constituyó una grave perturbación en la economía de todos los Estados miembros⁴⁵. Como en casos anteriores, las ayudas aprobadas con arreglo al marco deben durar un periodo limitado, ser necesarias, apropiadas y proporcionadas, y estar destinadas a mitigar los efectos de la crisis en las empresas.

El nuevo marco temporal ha aumentado las preocupaciones relacionadas con los efectos duraderos de los marcos temporales. El marco, adoptado en un contexto de evolución geopolítica favorable a la concesión de subvenciones para fomentar medidas ecológicas, en particular en Estados Unidos, agrava este riesgo. Como se ha sostenido, «aunque no cabe duda de que la crisis climática es de carácter urgente, no tiene carácter temporal» (traducción del autor) (LEMMONIER, 2023: 130). La utilización *sui generis* de un marco temporal para un objetivo tan amplio puede acarrear en efecto consecuencias negativas para la cohesión y la competencia en el Mercado interior de la Unión.

Cabe mencionar también que la experiencia adquirida durante la crisis financiera y la crisis de covid-19 ha tenido una traducción legislativa reciente en el Reglamento sobre Subvenciones Extranjeras, que entró en vigor en enero de 2023⁴⁶. En particular, el Reglamento ha identificado una serie de posibles remedios o medidas correctoras que se basan en la experiencia adquirida por la Comisión tanto en la crisis financiera como en la crisis covid-19. Este reglamento constituye otro ejemplo de cómo el *soft law* en este ámbito tiene una gran relevancia normativa, convirtiéndose incluso en *hard law* posteriormente. Como señaló la evaluación de impacto del nuevo reglamento, el enfoque adoptado «está en consonancia con el control de las ayudas estatales, por ejemplo, con las medidas correctoras previstas en las Directrices de

⁴⁵ Comisión Europea, «Communication from the Commission Temporary Crisis Framework for State Aid measures to support the aggression against Ukraine by Russia», 2022/C 131 I/o1, 24 de marzo de 2022 (en lo sucesivo, Comisión Europea, «Marco temporal de crisis - Ucrania»).

⁴⁶ Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, DO L 330 de 23.12.2022, p. 1/45.

salvamento y reestructuración, en las directrices sectoriales financieras o en el Marco temporal covid-19» (traducción del autor)⁴⁷.

4. EL *SOFT LAW* Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE AYUDAS ESTATALES POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

La Comisión Europea también ha adoptado instrumentos de *soft law* en este ámbito para fomentar y facilitar la aplicación de las normas de ayudas estatales por parte de los jueces nacionales, en especial porque el Tribunal de Justicia ha reconocido que la obligación de notificación de las ayudas prevista en el art. 108.3 TFUE tiene efecto directo, que corresponde a los jueces nacionales observar⁴⁸.

En este contexto, los tribunales españoles han citado la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la legislación sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales⁴⁹, en unos treinta asuntos desde su adopción en 2009⁵⁰. Un número significativo de esos asuntos se refería a una saga relacionada con la concesión de ayudas estatales por España para financiar la transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre en zonas remotas. Algunos de los casos relativos a esta saga suscitaron un interesante debate entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo español que resulta especialmente ilustrativo a los efectos de este capítulo.

En esencia, SES ASTRA, proveedor de servicios de comunicación y transmisión por satélite con sede en Luxemburgo, interpuso un recurso ante la Audiencia Nacional contra una resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones de 20 de enero de 2009, por la que se publicaba un Convenio Marco de Colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y una Comunidad Autónoma (Asturias) relativo a la ejecución del Plan Nacional de Transición a la TDT (en adelante, «el Convenio»), al que se destinaban recursos públicos.

⁴⁷ Comisión Europea, Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market (SWD/2021/99 final), en p. 48.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, el asunto C-349/17, *Eesti Pagar*, ECLI:EU:C:2019:172, apartados 88 a 89.

⁴⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales, DO C 85 de 9.4.2009, p. 1-22. Esta comunicación ha sido sustituida en 2021 por la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales 2021/C 305/01, DO C 305 de 30.7.2021, pp. 1-28.

⁵⁰ Según la búsqueda realizada por el autor en *Westlaw* y CENDOJ (Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España). La última búsqueda se realizó el 27 de mayo de 2024.

El demandante solicitó una medida cautelar, a saber, la suspensión del Acuerdo en cuestión ante la apertura por la Comisión Europea de una investigación relacionada con la posible concesión de ayudas ilegales e incompatibles para el despliegue de la TDT en España. La Audiencia Nacional desestimó el recurso en dos ocasiones⁵¹, subrayando que los fondos del Acuerdo ya habían sido desembolsados, por lo que la suspensión de la ejecución del Acuerdo no podía adoptarse en ese momento, siendo «imposible». La Audiencia Nacional se refirió a este respecto a dos sentencias anteriores del Tribunal Supremo que habían llegado a una conclusión similar, y señaló que los fondos habían tenido que ser desembolsados, y los proyectos financiados por ellos ejecutados, incluso antes de que la Comisión hubiera notificado a España su intención de incoar el procedimiento de investigación formal⁵².

El Tribunal Supremo rechazó esta interpretación y anuló los autos de la Audiencia Nacional en varias sentencias⁵³. El Tribunal Supremo señaló que, en virtud del art. 108, apartado 3, del TFUE, España no puede poner en práctica las medidas de ayuda que propone hasta que el procedimiento de investigación formal incoado por la Comisión Europea haya dado lugar a una decisión definitiva, y añadió que esta obligación también es aplicable a los órganos jurisdiccionales nacionales que deben pronunciarse sobre las solicitudes de medidas provisionales.

A este respecto, el Tribunal Supremo concluyó que si bien era comprensible que el tribunal de instancia se negara a ordenar la suspensión de medidas que ya estaban ejecutadas, el Tribunal Supremo criticó al tribunal inferior por no proteger de forma más activa los intereses del demandante derivados del art. 108.3 TFUE mediante la adopción de otras medidas cautelares más allá de la mera suspensión. En particular, según el Tribunal, el deber de los tribunales nacionales de velar por la aplicación efectiva del art. 108.3 TFUE ha de traducirse, en materia de medidas cautelares, en una actuación más proactiva para evitar los efectos perniciosos de lo que había sido considerado por la Comisión Europea como una ayuda de Estado ya concedida.

Es en este contexto en el que el Tribunal Supremo citó la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales de 2009, y en particular su apartado 2.2.6., dedicado a las medidas cautelares. El Tribunal lo hizo *de oficio*, ya que no había sido planteado por la parte demandante, y subrayó que, aunque la Comunicación de la Comisión no era jurídicamente vinculante, las consideraciones que contenía sobre las medidas cautelares constituían sin duda un criterio autorizado sobre

⁵¹ Mediante autos de 29 de abril de 2011 y 26 de julio de 2011.

⁵² Véase, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 2011 (4309/2010).

⁵³ Sentencias de 16 de julio de 2012 (6539/2011), 23 de noviembre de 2012 (818/2012), 30 de enero de 2014 (RC 1962/2012) y 17 de julio de 2014 (2815/2013).

los efectos jurídicos derivados del art. 108.3 TFUE. En efecto, tras analizar el apartado relativo a las medidas cautelares de la Comunicación de la Comisión, el Tribunal Supremo observó que el caso examinado se encuadraba en el supuesto previsto en el apartado 62 de la Comunicación, es decir, en los supuestos en los que un procedimiento judicial nacional discurre en paralelo a una investigación de la Comisión.

En este supuesto, el tribunal subrayó que la Comunicación recuerda que una investigación en curso de la Comisión «no exime al órgano jurisdiccional nacional de su obligación de proteger los derechos individuales en virtud del artículo [108, apartado 3] del Tratado. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional nacional no puede limitarse a suspender su propio procedimiento hasta que la Comisión se pronuncie y dejar entretanto desprotegidos los derechos del demandante en virtud del artículo [108, apartado 3] del Tratado. Cuando el órgano jurisdiccional nacional desee esperar el resultado de la evaluación de compatibilidad de la Comisión antes de adoptar una orden de ingreso definitiva e irreversible, deberá, por tanto, adoptar las medidas cautelares apropiadas. También en este caso, ordenar la colocación de los fondos en una cuenta bloqueada parece una medida adecuada».

En este marco, el Tribunal desestimó la petición de la demandante de recuperar provisionalmente la ayuda de Estado ya concedida, y lo hizo comprensiblemente ya que la Comisión Europea no lo había considerado necesario, pues no lo había exigido al amparo del actual art. 13.2 del Reglamento 2015/1589 del Consejo (antes art. 11.2 del Reglamento 659/1999). Sin embargo, el Tribunal concluyó que el tribunal inferior debería haber concedido las medidas cautelares solicitadas por los demandantes en forma de ordenar la colocación de los fondos impugnados en una cuenta bloqueada de conformidad con el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea.

A estos efectos, el Tribunal Supremo devolvió el asunto a la Audiencia Nacional para que esta identificara a los presuntos beneficiarios de la ayuda que debían depositar los fondos en la cuenta bloqueada. El Tribunal Supremo reconoció que la identificación de los beneficiarios y la colocación de los fondos en una cuenta bloqueada sería muy exigente, tanto en términos prácticos como procesales, aunque insistió en que se trataba de una obligación derivada del derecho de la Unión Europea que los tribunales nacionales debían observar.

La decisión del Tribunal Supremo, siguiendo de *oficio* la Comunicación de la Comisión y exigiendo a los tribunales nacionales que sean más proactivos en la protección de los derechos de las partes afectadas, como los competidores del beneficiario, en virtud del art. 108.3 TFUE, es en nuestra opinión positiva. Más aun teniendo en cuenta que la decisión se dictó en un caso difícil, relativo a supuestas medidas de ayuda que ya se habían ejecutado, y a la luz únicamente de una decisión

de incoación de la Comisión Europea, que podría haber concluido en última instancia que las medidas eran compatibles.

Finalmente, en relación con el mismo litigio relativo a la transición a la televisión digital en España, resulta a nuestro juicio interesante señalar que el Tribunal Supremo concluyó en 2018 que, aunque una reciente sentencia del TJUE había anulado la decisión de la Comisión por la que se declaraban ayudas de Estado las medidas impugnadas, el TJUE, así lo consideró el Tribunal Supremo, lo hizo sobre la base de una razón formal y la Comisión adoptaría una nueva decisión para abordarla. En consecuencia, el Tribunal Supremo consideró que las razones que llevaron a la suspensión original del procedimiento seguían siendo válidas a pesar de la sentencia del TJUE (sentencia ECLI:ES:TS:2018:7861A (ES5)). Si bien esta forma de proceder puede evitar la adopción de decisiones por los tribunales nacionales que resulten contrarias a previsibles decisiones de la Comisión o sentencias del TJUE, la sentencia del TJUE en este caso era firme, por lo que mantener los efectos de una decisión anulada por el TJUE puede resultar controvertido. Probablemente fue determinante para la decisión del Tribunal Supremo que el demandante, algunos de los demandados y también, en cierta medida, el Abogado del Estado, hubieran sostenido que las razones que justificaban el mantenimiento de la suspensión subsistían hasta que la Comisión adoptara una nueva decisión que pusiera fin al procedimiento de investigación.

En suma, los tribunales españoles, y particularmente el Tribunal Supremo, han citado el *soft law* adoptado por la Comisión Europea para cumplir con la obligación de aplicar el derecho de la Unión y de preservar su efectividad en nuestro país, aun cuando las partes no lo habían invocado y como ejemplo de buenas prácticas.

5. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones anteriores, se pueden formular las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el *soft law* en la Unión Europea es un fenómeno muy relevante que representa más del 10 por 100 de toda la actividad normativa de la Unión. El *soft law* aparece parcialmente previsto en los Tratados, en especial en el art. 288 TFUE con las recomendaciones y dictámenes. Sin embargo, la importancia del *soft law* va mucho más allá de esos instrumentos, y como se describe en este capítulo, otros actos de *soft law* como las directrices, las comunicaciones o los marcos han tenido una importancia capital para la evolución del derecho de la Unión, como pone de relieve su aplicación a la política y el derecho de ayudas de Estado en la Unión Europea.

En segundo lugar, en el ámbito de la definición de ayuda estatal con arreglo al art. 107(1) TFUE, a pesar del carácter objetivo de esta definición según la jurisprudencia, y del limitado margen de discrecionalidad de la Comisión, la Comisión Europea publicó en 2016 una Comunicación sobre el concepto de ayuda estatal en la que la Comisión no se limitó a reflejar la jurisprudencia de los tribunales europeos sino que también introdujo sus propios puntos de vista sobre cuestiones aún no resueltas por el TJUE, lo que finalmente ha sido sancionado por el Tribunal de Justicia en sentencias recientes, socavando el objetivo de promover la seguridad jurídica que la comunicación perseguía.

En tercer lugar, resulta asimismo interesante constatar que el carácter objetivo de la noción de ayuda explica que, si bien la jurisprudencia de los tribunales europeos obliga a la Comisión a seguir las orientaciones que ha hecho públicas mediante actos de *soft law*, la Comisión no está obligada por su propia práctica en lo relativo a la noción de ayuda estatal, aunque su práctica administrativa se base en decisiones adoptadas con arreglo al art. 288 TFUE y sean, en consecuencia, actos jurídicos vinculantes.

En cuarto lugar, en el ámbito de la compatibilidad de las ayudas estatales, los actos de *soft law* permitieron a la Comisión desarrollar la disciplina de ayudas estatales a pesar de la resistencia de los Estados miembros que se tradujo en su negativa a adoptar un reglamento de procedimiento. Los actos de *soft law*, y especialmente la jurisprudencia que obliga a la Comisión a seguir sus orientaciones, se convirtieron además en un instrumento ideal para resistir la presión de los Estados miembros para que se aprobaran determinadas ayudas.

En quinto lugar, los actos de *soft law* han permitido a la Comisión reorientar la disciplina de ayudas estatales desde una perspectiva clásica de integración negativa, que proviene ciertamente de la literalidad de los Tratados, a una también de integración positiva, de consecución de objetivos supranacionales a través de las medidas adoptadas por los Estados miembros en este ámbito. No obstante, la reciente sentencia de Gran Sala en el asunto Hinkley plantea ciertas dudas sobre la continuidad de este enfoque.

En sexto lugar, el *soft law*, y en particular los marcos temporales adoptados para hacer frente a las crisis financiera, sanitaria y de Ucrania, han permitido a la Comisión reaccionar con rapidez y flexibilidad evitando respuestas nacionales que habrían sido, sin duda, más lesivas para el Mercado interior. De este modo, la Comisión se ha erigido *de facto* como una autoridad para la gestión de crisis a escala de la Unión, aunque la flexibilidad aceptada por la Unión ha generado serias dudas sobre el impacto de estas medidas en la cohesión y la competencia en el Mercado Interior. Además, como se ha expuesto, los marcos temporales acaban teniendo unos efectos muy duraderos y en algunos casos

han servido para promover interpretaciones del derecho primario que se apartan *a priori* de la jurisprudencia de los tribunales europeos.

Por último, el *soft law* también ha servido para favorecer la aplicación de las normas de ayudas estatales por parte de los jueces nacionales, y en España los tribunales las han citado con relativa frecuencia, y hasta han servido de criterio para la adopción de medidas cautelares concretas por parte del Tribunal Supremo.

En suma, el análisis del *soft law* en el ámbito de las ayudas estatales permite, a nuestro juicio, observar con claridad la relevancia de este fenómeno en el derecho de la Unión y analizar alguna de sus funciones, especialmente normativas. El análisis también refleja la versatilidad del *soft law* como un instrumento clave para la evolución de la disciplina de ayudas, pero también para el equilibrio institucional, para la gobernanza en tiempos de crisis en ausencia de normativa específica, y para el progresivo desarrollo del derecho de la Unión, así como para la definición de los efectos del *soft law* de otras organizaciones nacionales, en particular de la OCDE, en los ordenamientos jurídicos nacionales, remitiéndose el TJUE en último término a la decisión del legislador nacional al respecto, en contra de lo que había concluido la Comisión y aceptado el Tribunal General.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., 2001: «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*: 154, 63-94.
- BIONDI, A. y STEFAN, O. 2017: «The Notice on the Notion of State Aid: Every Light has its Shadow», in Nascimbene, B. and Di Pascale, A. (eds), *The Modernisation of EU State Aid Control: Evolution and Perspectives of the EU Rules on State Aids and Services of General Economic Interest*: 43-61.
- BLAUBERGER, M., 2009: «Of «Good» and «Bad» Subsidies: European State Aid Control through *Soft* and *Hard Law*», *West European Politics*, 32 (4): 719-737.
- CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G: *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CINI, M., 2001: «The *soft law* approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime» *Journal of European Public Policy*, 8(2): 192-207.
- CYNDECKA, M.A., 2021: «State aid and the financial sector: the crisis and beyond» en Hancher, L. y Piernas López, J.J. (eds.), *Research handbook on EU state aid law*, Reino Unido: Edward Elgar.
- DE WITTE, B., 2018: «The Place of the OMC in the System of EU Competences and Sources of Law» *European papers*: 207-213.
- DOLEYS, T., 2012: «Managing state aid in a time of crisis: Commission crisis communications and the financial sector bailout», *Journal of European Integration*, 34: 549-565.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T., 2024: *El soft law en el derecho internacional y europeo: Su capacidad para dar respuesta a los desafíos normativos actuales*, Valencia: Tirant.

- FERRI, D., 2022: «The role of *soft law* in advancing the rights of persons with disabilities in the EU: A ‘hybridity’ approach to EU disability *law*», *European Law Journal*, 28: 134–153.
- LEMONNIER, V., 2023: «The EU Green Deal Industrial Plan: Did the EU Just Avert a Revolution in State Aid *Law*?», *European State Aid Law Quarterly*, 22: 123-132.
- NICOLAIDES, P., 2022: «The Evolving Interpretation of Article 107(3)(b)», *European State Aid Law Quarterly*, 21: 31-42.
- PETROPOULOU IONESCU, D., ELIANTONIO, M., 2021: «Democratic Legitimacy and *Soft Law* in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective», *Journal of Contemporary European Research*, 17 (1): 43-65.
- PIERNAS LÓPEZ, J.J. 2023: «The transformation of EU State aid *law* ... and its discontents», *Common Market Law Review*, 60 (6): 1623- 1654.
- FOR AN ANALYSIS OF THE RECENT ROLE OF THE COMMISSION AS A CRISIS MANAGER IN THE STATE AID
- PIERNAS LÓPEZ, J.J. y CINI, M., 2024, «EU rule-making and rule-change in crises: The case of State aid control», EN WEISMANN, P., FROMAGE, D. y HERITIER, A. (Eds.), *EU regulatory responses to crises. Adaptation or transformation?* (Oxford University Press, en prensa).
- SARMIENTO, D., 2022: El Derecho de la Unión Europea, Madrid: Marcial Pons.
- SMITH, MP., 1998: «Autonomy by the Rules: The European Commission and the Development of State Aid Policy», *Journal of Common Market Studies*, 36: 55-78.
- SNYDER, F., 1993: «The Effectiveness of European Community *Law*: Institutions, Processes, Tools and Techniques», *The Modern Law Review*, 56: 19-54.
- STEFAN, O. 2024: «Preserving the Rule of *Law* Through Transnational *Soft Law*: The Cooperation and Verification Mechanism», 1-22.

Soft law: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 227-242

DOI: 10.37417/soft-law/08

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

CUANDO LAS FUENTES TRADICIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL NO SON SUFICIENTES: LAS NORMAS NO VINCULANTES

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL*

Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL *Soft law* PARA EL DERECHO INTERNACIONAL.— 3. LAS NORMAS QUE *NO QUIEREN* SER VINCULANTES: UNA HERRAMIENTA CADA VEZ MÁS RECURRENTE: 3.1. Configuración; 3.2. Su empleo en ámbitos determinados (el ciberespacio).— 4. REFLEXIONES FINALES.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional es un hábitat natural para categorías normativas que escapan de las fuentes tradicionales y que pueden englobarse bajo la etiqueta de ese amplio término conocido como *soft law*. Seguramente lo mismo podría predicarse en la actualidad de muchas otras disciplinas jurídicas, pero lo que parece relativamente aceptado es que el concepto, como tal, nació en el marco de las normas inter-

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Murcia, cervell@um.es. Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los programas estatales de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad, convocatoria 2020, Proyecto PID2020-112577RB-I00 (*La búsqueda de una regulación internacional para las actividades cibernéticas ¿una ineludible necesidad?*), financiado por MCIN/AEI. Reproduce en parte y complementa uno anterior, ya publicado: «¿Un *soft law* para el ciberespacio? (De las normas no vinculantes y otras iniciativas)», en CERVELL HORTAL, M. J. y PIERNAS LÓPEZ, J. J. (dirs.), *Hacia una regulación internacional del ciberespacio*, Aranzadi, 2023, pp. 123-158.

nacionales. Ya es tradicional, de hecho, atribuir el término a Lord McNair, juez del Tribunal Internacional de Justicia y también primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹, quien lo empleó, en realidad, para referirse a declaraciones normativas definidas como principios acuñados a través de la interpretación judicial, con el fin de generar una distinción entre las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*.

La peculiar naturaleza del derecho internacional lo convertía en el sustrato natural en el que el *soft law* podía desarrollarse: la ausencia de un poder legislativo y el hecho de que sus normas sean elaboradas por sus propios destinatarios (Estados, fundamentalmente, pero también organizaciones internacionales), que las normas internacionales obliguen solo a quienes las acepten expresamente y la peculiar forma de actuar en el mundo jurídico de sus sujetos son notas características que lo explican. A estas ideas había que añadir otro factor importante: la rápida evolución de la sociedad internacional después de la Segunda Guerra Mundial, que exigía mecanismos que permitieran acomodarse a la nueva realidad de una manera mucho más flexible. En un mundo en constante cambio, en el que la costumbre había pasado a un segundo plano y el tratado, pese a ganar peso, era un instrumento de creación normativa lento, resultaba relativamente lógico que surgieran alternativas, que implicaran un cierto grado de compromiso de los Estados, pero que no tuvieran la formalidad de la norma escrita tradicional.

El *soft law* ha sido, así, fundamental para el desarrollo de los derechos humanos (fue determinante en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y sigue siendo esencial para avanzar hoy en día en este campo²), del Derecho Internacional del Medio ambiente (la Declaración de Río de 1992 es el ejemplo paradigmático al respecto, al que se uniría años después el Acuerdo de París de 2015)³, el Derecho del Espacio Ultraterrestre (que tras los convenios que configuran el *Corpus Iuris Spacialis* de la década de los sesenta y los setenta ha tenido que conformarse con sobrevivir a base de Declaraciones de la Asamblea General y otra serie de instrumentos no vinculantes⁴), el derecho económico, el derecho de las inversiones...⁵.

¹ Véase, al respecto, DUPUY, 1977: 252.

² Por ejemplo, para la relación entre derechos humanos y responsabilidad empresarial, y cómo el *soft law* ha ido intentando regular la cuestión, véase MÁRQUEZ CARRASCO, 2018: 707-728.

³ Véase al respecto, GUTIÉRREZ ESPADA, 1998: 113-200 y SZÉKELY, 1997: 173-199.

⁴ Sobre la conveniencia de completar la regulación del espacio ultraterrestre con mecanismos de *soft law*, KAPUSTIN, 2020: 433-449, p. 445 y ss. Acaso no esté de más recordar que durante años los dos grandes gigantes espaciales no quisieron aceptar normas obligatorias para el espacio ultraterrestre, convencidos de que así limitaban sus actividades el espacio. Al respecto, MAČÁK, 2017: 877-899, p. 887. El derecho del espacio parece encaminarse claramente a técnicas que rehúyen del tratado internacional: los acuerdos Artemisa (2020), impulsados por Estados Unidos, se han elaborado al margen de los cauces tradicionales en el espacio y no tiene

[Nota 5 en página siguiente]

La tendencia se ha incrementado notablemente en los últimos años, azuzada por varios elementos. En primer lugar, por diferentes factores externos de cambio, como el avance de la ciencia y la tecnología, que han erosionando los límites tradicionales entre lo interno y lo internacional, la expansión de la economía de mercado, el creciente auge de las instituciones económicas internacionales o la consolidación de actores no estatales⁶. Por otro lado, la huida de los Estados de los métodos tradicionales de hacer normas es cada vez más evidente⁷. Como bien se ha dicho, cuando los procesos de formación de normas se ven frustrados, el *soft law* emerge como «premio de consolación»⁸. Basta un vistazo a la lista de proyectos de la Comisión de Derecho Internacional, muy exigua ahora en comparación con sus mejores tiempos y en la que a veces ni siquiera figuran borradores de proyectos de *tratado* (solo directrices y documentos similares⁹), a los limitados trabajos de la Sexta Comisión de la Asamblea General o, incluso, a sus resoluciones, en las que el consenso ya no reina, sino que se impone, más que nunca, la votación. Todo ello se alimenta, además, de la convicción de que en ámbitos novedosos en los que las reglas internacionales aún no están claras (cibespacio o migración¹⁰, por citar algunas) el *soft law* puede convertirse en el mejor aliado para garantizar cierto orden.

2. EL *SOFT LAW* PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

Quizás la pregunta tradicional pero también obligada cuando se aborda la cuestión del *soft law* es la de si estamos ante una fuente con entidad propia en el Derecho internacional. No aparece, claro está, en el listado formal que consta en el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, aunque el argumento para excluirla por esa razón como fuente sería insuficiente, pues tampoco en él aparecen

naturaleza de tratado internacional (al respecto, DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, 2023: 521-541 y MOVILLA PATEIRO, 2021: 285-310).

⁵ Una muy reciente y completa obra en donde se aborda el *soft law* en esos ámbitos («regímenes autónomos» en los que «el *soft law* desempeña un papel relevante», dice su autora) es la de la profesora FAJARDO DEL CASTILLO, 2023: 131-182.

⁶ OLSSON, 2013: 178-196, p. 179.

⁷ Sobre la crisis de los métodos tradicionales para construir las normas en derecho internacional (una obra muy completa y con datos específicos que acompañan los argumentos), puede consultarse GINSBURG, 2020: 221-260. Véase también, sobre la crisis del multilateralismo, BUTLER, 2022. También HILLGENBERG, 1999: 499-515. Para una evolución del término, JIMÉNEZ GARCÍA, 2018: 1- 69, pp. 23-24. También sobre el *soft law* y cómo se manifiesta: BAXTER, 1980: 549-566 y PRONTO, 2015: 950-955. Sobre las ventajas que aporta el *soft law*, SZÉKELY, 1997: 191-192.

⁸ FAJARDO DEL CASTILLO, 2023a: 97-116 (p. 105).

⁹ Por ejemplo, el borrador de Directrices sobre protección de la atmósfera, el borrador de Principios sobre protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados de 2022, la Guía sobre aplicación provisional de los tratados de 2021,

¹⁰ Véase FAJARDO DEL CASTILLO, 2019: 1-34.

otras que ya sí lo son, como es el caso de determinadas resoluciones de algunas organizaciones internacionales o de los actos unilaterales (es más, algunas de las incluidas, como la costumbre, han dejado de tener la relevancia de antaño). Tampoco la Corte Internacional de Justicia se ha prestado, en su jurisprudencia, a dar una definición precisa: por más que haya hecho referencia a normas de *soft law* en sus razonamientos, nunca ha explicado de manera clara y concisa qué son y para qué sirven (algo, por otro lado, comprensible, si se me permite)¹¹. Una primera definición, a sabiendas de que subjetiva, excesivamente general y probablemente discutible, podría ser que el *soft law* lo conforman reglas (en este caso, aplicables en el ámbito internacional) que no son vinculantes y, por tanto, no provocan reacción alguna en caso de incumplimiento¹², pero que se visten con ciertas formalidades propias del derecho.

Definiciones de *soft law* hay «tantas como escritores sobre él», se ha afirmado no sin razón¹³, así que la cuestión ha sido objeto de grandes debates en la doctrina¹⁴. Díficil resulta dar un concepto unívoco o que no resulte demasiado artificial, por lo que a veces se ha optado por establecer categorías dentro del *soft law*, en un intento de explicar así su peculiar naturaleza. Algunos han preferido, incluso, partir expresamente de la distinción entre *soft law* y *hard law*¹⁵, para así aportar algo más de luz:

— *Hard-hard law*, empleado para referirse a un texto vinculante en su totalidad, con un lenguaje que claramente impone obligaciones a los Estados (el tratado internacional sería el ejemplo paradigmático).

¹¹ De hecho, la Corte ha mostrado cierta inclinación a acuñar conceptos, digámoslo así, totalmente ajenos al catálogo de fuentes del art. 38 de su Estatuto. Quizás el más conocido son las «consideraciones elementales de humanidad» (asunto del canal de Corfú, Reino Unido c. Albania, sentencia de 9 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 22). También los «principios intransgredibles del Derecho Internacional consuetudinario (asunto sobre la legalidad de la amenaza y el empleo de armas nucleares, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996», *ICJ Reports 1996*, p. 257) o el desarrollo sostenible como expresión de normas y estándares que deben considerarse al asesorar jurídicamente a los Estados (asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungría c. Eslovaquia*, sentencia de 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports 1997*, párr. 140.). Véase sobre este último BRUS, 2018: 243-266 (pp. 250 y ss.).

¹² Es, como también ciertamente se ha señalado, un oximoron: «*If it is soft, if it cannot hurt, it is not law. If it is law, is not soft, it can be enforced, and enforcement may hurt*» (DASSER 2019: 397-589, p. 397). Incluso se la ha etiquetado como «hijo bastardo» del Derecho (VAN BLINK y LEMBCKE, 2018: 145-164 p.145).

¹³ GOLD, 1996: 301.

¹⁴ Es ya tradicional hacer referencia a las discusiones que el artículo de Prosper Weil suscitó (WEIL, 1983: 413-422), en el que negaba el valor del *soft law* (en concreto, determinadas resoluciones de organizaciones internacionales) como fuente del derecho, por más que, aun así, debieran tenerse en cuenta como manifestación de *lege ferenda*. Sobre ese debate, DEL TORO HUERTA, 2006: 513-5490 pp. 521-525 y MAZUELOS BELLIDO, 2004: 1-40, pp. 3-4. Sobre las definiciones, véase también CHINKIN, 2000: 21-42, pp. 30-31.

¹⁵ PRONTO, 2015: 941-956.

— *Soft-soft law*, categoría en la que entraría todo el conjunto de textos bajo la denominación de recomendaciones, directrices, observaciones, códigos de conducta... que tendrían en común la no vinculatoriedad.

— *Hard-soft law*, que englobaría tratados (*a priori hard law*) pero que incluirían determinadas disposiciones que en sí serían *soft law* por no tener pretensiones de obligatoriedad¹⁶.

— *Soft-hard law*, que supondría que en un texto de *soft law* podrían encontrarse elementos que sí serían vinculantes.

Esta clasificación permite acercarnos a *soft law* amplio, en el que tendrían cabida muchos instrumentos y que, además, permitiría ajustar el concepto a las mutaciones que va experimentando. Tradicionalmente, el *soft law* se empleaba para referirse a postulados que permitían aventurar lo que en un futuro podrá ser vinculante: un derecho en ciernes, un derecho en agraz¹⁷, una suerte de quiero y no puedo (hoy), pero quizás sí (mañana). En este sentido, la costumbre como fuente del derecho internacional se convertía en su gran aliada, porque por vía consuetudinaria, lo que nacía como *soft law* podía, de encontrar una repetición constante en el tiempo y el convencimiento por parte de los sujetos jurídicos de que aquello era vinculante, terminar siendo *hard law*. El caso más obvio es el de determinadas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las más solemnes, las que incorporan declaraciones que han calado en la sociedad internacional y que nadie niega ya que, pese a su denominación, sean derecho internacional. Es lo que ocurrió con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁸, que terminó incorporándose a textos vinculantes como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o con la Declaración sobre los principios que rigen la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, incluso la Luna y otros cuerpos celestes¹⁹, que influyó directamente en el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre, incluida la luna y otros cuerpos celestes. Algo similar también ocurrió con la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 20 de noviembre de 1963, que alumbró en 1969 el Convenio sobre esa cuestión o con la Declaración de los derechos del niño de 1959, que daría lugar (en este caso con más años de diferencia) a la Convención sobre los derechos del niño en 1989. Procesos de consolidación similares pueden observarse en otros ámbitos, como en determinados proyectos de la Comisión de Derecho Internacional

¹⁶ Ejemplos sería el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas o el artículo 21 del Convenio sobre Derecho del Mar.

¹⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, y CERVELL HORTAL, 2022: 124.

¹⁸ Resolución 217 A, 10 de diciembre de 1948.

¹⁹ Resolución 1962, de 13 de diciembre de 1963.

(*ad ex*, el proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos de 2001, ya considerado en su mayor parte derecho consuetudinario).

Si el concepto de *soft law* durante un tiempo englobaba todo aquello que aún no era derecho, pero que aspiraba a serlo, hoy parece que las cosas son diferentes. Un cambio de tendencia, al que algunos incluso ponen como fecha mediados de la década de los noventa²⁰, ha provocado que es esa aspiración del *soft law* de convertirse en algo más ya no sea (no siempre, al menos) su nota característica²¹. En primer lugar, cada vez existen más instrumentos que nacen con la intención de permanecer en una especie de *statu quo* o limbo entre lo jurídico y lo no jurídico (salvo que, por diferentes razones, los Estados empiecen a considerarla como tal y se consolide por vía consuetudinaria). Serían, por tanto, como se ha afirmado, ya no un «pre-derecho», sino un «para-Derecho»²². En segundo lugar, el número de conceptos bajo la etiqueta de *soft law* ha crecido de manera considerable en los últimos años. Aun a sabiendas de que establecer clasificaciones es arriesgado en una cuestión difícil de sistematizar, son no pocos los autores que lo admiten expresamente²³. Sea como fuere, en un concepto amplio del *soft law* podría ya incluirse aquello que, por lenguaje o apariencia pudiera acercarse a lo jurídico, pero también aquello que no tienen ninguna intención de serlo: resoluciones (no vinculantes), declaraciones, principios, reglas, directrices, recomendaciones, programas de acción, acuerdos políticos, memorandos de entendimiento, normas de conducta, principios de comportamiento responsable...²⁴.

²⁰ SZÉKELY, 1997: 180: hasta esa fecha, el *soft law* era «*a step toward hard law in the short or médium term*».

²¹ Ya advertía en 1998 el profesor GUTIÉRREZ ESPADA que, en efecto, la figura del *soft law* estaba cambiando, pasando de ser un Dr. Jekyll (que buscaba convertirse en norma en el futuro) a un Dr. Hyde (que no perseguía ese fin): GUTIÉRREZ ESPADA, 1998: 184.

²² JIMÉNEZ GARCÍA, 2021: 30-48 (donde se aborda exhaustivamente la evolución y modulación de esas normas). También, del mismo autor, 2019: 133-208 (p. 140).

²³ Algunos lo intentan, aun advirtiendo la dificultad en hacerlo. OLSSON, por ejemplo, propone hablar de «*treaty soft law*», «*non-binding soft law*», «*non-state soft law*» (OLSSON, 2013: 178-196). También DEL TORO se acoge a cuatro categorías (resoluciones de las organizaciones internacionales, acuerdos interestatales no normativos, *soft law* de actores no estatales y *soft law* material (entendido como disposiciones incluidas en tratados pero que tengan mero carácter programático) (DEL TORO HUERTA, 2006: 536). H. Hillgenberg prefiere hablar, en general, de «acuerdos no convencionales», incluyendo en tal categoría declaraciones, códigos de conducta, directrices... (HILLGENBERG, 1999: 499-515).

²⁴ SHAFFER, G. y POLLACK, 2010: 706-799, p. 758

3. LAS NORMAS QUE *NO QUIEREN* SER VINCULANTES: UNA HERRAMIENTA CADA VEZ MÁS RECURRENTE

3.1. Configuración

En los últimos años, dentro de la categoría general de actos que la denominación *soft law* podría abarcar, están ganando territorio ha ganado terreno un tipo particular²⁵, que podríamos denominar en general como «normas no vinculantes» (esa es, de hecho, la etiqueta que expresamente suele emplearse), en especial en algún ámbito material concreto al que me referiré en el apartado siguiente.

Las normas no vinculantes son el claro exponente de la tendencia que apuntábamos en el apartado anterior: huyen claramente del *soft law* tradicional que pretende convertirse en derecho en algún momento, pues nacen del convencimiento de que una no obligatoriedad es lo que podría asegurar su éxito. Por otro lado, aunque es clara su intención de no identificarse con lo que resulte jurídico en extremo, no evitan directamente consideraciones de derecho internacional y, de hecho, y como veremos, es frecuente que hagan referencia a normas asentadas del derecho internacional.

Las ventajas que presentan son claras y coinciden, claro, con las del *soft law* en general: son rápidas en su elaboración, flexibles, no se sujetan a las obligaciones del artículo 102 de la Carta, tampoco a los requisitos de revisión o enmienda fijados por el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), no generan, en caso de incumplimiento, responsabilidad internacional²⁶ y, a nivel interno, no están obligadas a someterse al correspondiente filtro del control parlamentario. Son herramientas que, en definitiva, reflejan el interés de determinados Estados de *ordenar* ciertos problemas actuales, difícilmente regulables bajo normas rígidas, pero en los que un mínimo consenso es necesario. Por esa razón, negar todo efecto jurídico no se corresponde con la realidad, en tanto en cuanto generan ciertas expectativas de que serán respetadas.

Las normas no vinculantes, pese a autodenominarse como normas, no lo son, sino que se reducen a meros acuerdos políticos, compromisos sin posibilidad, por tanto, de exigir su cumplimiento llegado el

²⁵ Para Zimmermann, el *soft law* incluiría los actos que emanan de foro multilateral, mientras que estas normas no vinculantes, que él identifica más bien con los MOUs, son redactadas por los Estados en entorno bilateral o entre un Estado y una organización internacional (ZIMMERMANN, 2021: 4).

²⁶ Y, por tanto, tampoco las obligaciones de cese y reparación del daño infligido. Véase ZIMMERMANN, 2021: 2. y MAČÁK. 2021: 411-428, p. 414. También GUZMAN y MEYER, 2009: 515-535, pp. 520-524.

caso²⁷. En realidad, no difieren de otros términos más tradicionales, ya viejos conocidos, como las directrices, los códigos de conducta, las recomendaciones...²⁸. Su empleo bajo esa etiqueta concreta, como se apuntó, se ha convertido en habitual en ámbitos determinados donde las expectativas de llegar a un acuerdo sobre un tratado internacional son prácticamente inexistentes. Así ha sido en el ciberespacio, cuestión que nos permitirá conocer de cerca cómo las conciben los Estados y que ocupará el apartado siguiente.

3.2. Su empleo en ámbitos determinados (el ciberespacio)

Constatar la realidad del *soft law* llevándola a una materia específica (ciberespacio) parecía casi obligado si, como se pretende, se trata de apuntar a la importancia que determinadas no-normas están adquiriendo para sectores emergentes del Derecho internacional que, por diversas razones (fundamentalmente, por su conexión con cuestiones tecnológicas) han evolucionado de manera muy rápida y en los que los Estados encuentran especialmente complejo recurrir a fuentes tradicionales. De hecho, las normas no vinculantes propuestas para el ciberespacio son, de momento, la única vía que los Estados han encontrado de llegar a un punto en común.

Los Estados aceptan, en general, que el derecho internacional se aplica al ciberespacio, pero más allá de esa afirmación han sido incapaces de concretar cómo y si son necesarias ciertas modulaciones en aspectos concretos. Por esa razón han proliferado iniciativas que intentan imponer un poco de orden, siendo acaso la más relevante de ellas el Manual de Tallín sobre el derecho internacional aplicable a ciberoperaciones²⁹, al que ya muchos declaran formalmente como *soft law*, en tanto en cuanto se trata de una iniciativa privada, liderada por académicos y expertos, que surge en el marco del Centro de Excelencia

²⁷ Véase ZIMMERMANN y JAUER, 2021: 6 (que identifica las normas no vinculantes con los pactos entre caballeros o los Memorandos de entendimiento). SCHACHTER, 1977: 296-364), por su parte, incide en que el elemento esencial para que un instrumento sea no vinculante es la intención de las partes (pp. 296-297). También señala que el problema es que muchas veces los Estados no lo dejan claro. Como veremos, en el supuesto del ciberespacio, ya existen Estados que están haciendo declaraciones expresas de si son o no normas obligatorias. A. MAZUELOS BELLIDO es de la opinión de que el término «induce a error», por la gran contradicción que encierran sus términos y que, en todo caso, debería hablarse de acuerdos «no vinculantes jurídicamente» (2004: 20). Véase también BOTHE, 1980: 65-95. Para O. SCHACHTER lo más característico de los acuerdos no vinculantes es que no puede exigirse el cumplimiento (y, por tanto, no generan responsabilidad internacional) y que no están regidos por el derecho internacional, pese a lo cual pueden tener implicaciones jurídicas (SCHACHTER, 1977: 300-301). Véase también GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTAL, 2022: 127-129.

²⁸ SHAFFER y POLLACK, 2010: 706-799, p. 758.

²⁹ SCHMITT, 2017. Esta es la segunda versión, más amplia y completa que la primera, de 2013.

de Cooperación en Ciberdefensa de la OTAN. El propio Manual reconoce su carácter no vinculante, pero tampoco puede negarse que se ha convertido en obra de referencia en estas cuestiones y así lo declaran algunos Estados³⁰.

En ausencia de voluntad real de llegar a acuerdos sobre normas vinculantes, un conjunto de compromisos sobre cómo deben regirse los Estados en el espacio entraba en juego: en el seno de uno de los grupos que en Naciones Unidas han abordado en los últimos años cuestiones relacionadas con el ciberespacio se acordaba la redacción de un conjunto de normas no vinculantes. En concreto, el Informe de 2015 del Grupo de expertos Gubernamentales sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional incluye en el apartado III, párrafo 13, once «normas, reglas y principios de comportamiento responsable de los Estados», que pretenden «reducir los riesgos para la paz, la seguridad y la estabilidad internacionales»³¹. Sin mencionarlas aquí de manera exhaustiva para hacer la tarea de lectura menos tediosa al lector, las normas se refieren a obligaciones muy generales para los Estados en el ámbito del ciberespacio, basadas en la cooperación, el intercambio de información y transparencia, la obligación de prevenir, o la debida diligencia, todas ellas formuladas, como no podía ser menos, con un lenguaje abstracto y con un abundante empleo del condicional³². Las once normas serían respaldadas por la Asamblea General en 2018³³ y, en 2021, tanto el Grupo de Expertos Gubernamentales³⁴ como el Grupo de Trabajo de Composición Abierta las reafirmaron³⁵.

Estas normas no vinculantes para el ciberespacio, como refleja el propio Informe del Grupo de Expertos, «no tratan de limitar ni prohibir acciones que, por lo demás, son compatibles con el derecho internacional»³⁶. La ausencia de su valor obligatorio viene avalada,

³⁰ Al respecto, véase CERVELL HORTAL, 2023: 128-132.

³¹ Doc. A/70/174, 22 de julio de 2015, párr. 10.

³² Se refieren, en concreto, a la cooperación interestatal, la consideración general de la información disponible en caso de incidente, el evitar el mal uso de las TIC en el propio territorio, la cooperación para poner fin a delitos y actos de terrorismo en los que las TIC estén implicados, el respeto de los derechos humanos, el no dañar y proteger infraestructuras críticas, prestar asistencia a otros Estados, asegurar la seguridad de la cadena de suministro en productos TIC, informar de las vulnerabilidades detectadas y no dañar los sistemas de respuesta ante emergencias informáticas.

³³ Resolución A/RES/73/27, 5 de diciembre de 2018.

³⁴ Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre la Promoción del Comportamiento Responsable de los Estados en el Ciberespacio en el Contexto de la Seguridad Internacional, doc. A/76/135, 14 de julio de 2021, párrs. 15-68. Este informe incorpora además, en cada norma, un conjunto de recomendaciones y ejemplos de posibles y respuestas.

³⁵ *Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security*, doc. A/AC.290/2021/CRP.2, 10 de marzo de 2021, párrs. 7, 24-29.

³⁶ Doc. A/70/174, *óp. cit.*, en su párr. 10.

además de lo afirmado en ese párrafo, por el hecho de que las cuestiones relacionadas con la aplicación del Derecho internacional a las TIC aparezcan en un apartado distinto (en el apartado VI)³⁷.

El catálogo de normas del Informe suscita varios comentarios, de los que podrían destacarse dos, y que resultan útiles para comprobar las dificultades, ya apuntadas anteriormente, que presentan las normas de *soft law*:

— La denominación de normas, reglas y principios es confusa, en tanto en cuanto no se identifica cuáles pertenecen a cada categoría ni se aclaran las posibles diferencias entre sí. Por otro lado, aun siendo propuestas no vinculantes, el lenguaje es jurídico³⁸ y, en particular, la referencia expresa a «normas» induce a error. Emplear otra denominación (reglas/*rules* o, incluso, directrices/*guidelines*) hubiera sido más acertado.

— En algunas de esas normas no vinculantes aparecen elementos que para no pocos Estados son ya derecho internacional. Podría ponerse como ejemplo más claro el principio de debida diligencia, que aparece reflejado en el apartado c) del párrafo 13 del Informe de 2015. De hecho, los reacios a aceptar ese principio como norma consuetudinaria han usado su inclusión en ese listado de normas no vinculantes como una confirmación de sus argumentos³⁹. Afirmaciones similares podrían hacerse del principio de cooperación (norma a⁴⁰) o de soberanía (norma h) que, de un modo u otro, parecen subsumirse en algunas de esas normas no vinculantes⁴¹. ¿Estaríamos así quitando valor a esas normas (*de*

³⁷ HAATAJA, 2022: 423–443, p. 430.

³⁸ AKANDE, COCO y DE SOUZA DIAS, 2022: 3-36, p. 31. Un intento de clarificar la distinción entre normas, principios y reglas en el ciberespacio, en TSAGOURIAS, 2019: 71-75. En realidad, los primeros informes del Grupo de Expertos de 2010 y 2013 usaron el término «*norm*» de manera indistinta del de «*rules*» y «*principles*», todos ellos de carácter vinculante. Fue el de 2015 el que rompió esa línea. Se trató de una «elección pragmática», una vez que estaba claro que el consenso sería difícil (HOMBURGER, 2019: 4-5).

³⁹ El Reino Unido, por ejemplo, lo ha rechazado categóricamente en varias ocasiones: U.K. Mission to the United Nations, U.K. Statement on the Application of International Law To States' Conduct In Cyberspace, (June 3, 2021), https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/UK_application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement.pdf y *Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, submitted by participating governmental experts in the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security established pursuant to General Assembly resolution 73/266*, doc. A/76/136, 13 de julio de 2021, p. 117. Si lo aceptó el Manual de Tallín: «...los Estados no deberían permitir a sabiendas que su territorio se use para hechos ilícitos internacionales usando TIC's», *Tallinn Manual 2.0 ...*, *op. cit.*, pp. 43 y 30. Un completo estudio de la cuestión, en COCO y DE SOUZA DIAS, 2021: 771-805. La mayoría de los europeos (y alguno más, como Japón, véase *Official compendium... op. cit.*, p. 48) la consideran una norma de carácter obligatorio perfectamente aplicable al ciberespacio.

⁴⁰ Un comentario profundo sobre esta norma, en HOMBURGER, 2017, disponible en www.un.org/disarmament, pp. 9-26.

⁴¹ AKANDE, COCO y DE SOUZA DIAS, 2022: 31.

verdad) de derecho internacional, rebajándolas y considerándolas ahora como no vinculantes en el ciberespacio? El debate se ha dado entre la doctrina⁴², pero también se ha defendido que no era esa la intención del Grupo de Expertos⁴³, porque su Informe afirma expresamente que las normas no vinculantes no buscan limitar o erosionar lo que ya es Derecho Internacional⁴⁴.

Las once normas no lo son, por tanto. No, al menos, en el sentido estricto del término y, en consecuencia, no puede exigirse su cumplimiento, con independencia de que algunos de ellas puedan reflejar parcialmente el derecho internacional (en cuyo caso no desaparecería esa obligatoriedad). Pero sí pueden ser instrumentos útiles para ordenar las actividades en el ciberespacio, métodos con los que los Estados buscan, ante la falta de normas jurídicas claras, “prevenir y mitigar el peor de los *ciberincidentes*»⁴⁵. Y a la vista de que cada vez son más los que desarrollan cibercapacidades y operaciones ofensivas en el ciberespacio⁴⁶, acaso resulten aún más necesarias. Es más, podrían ser un buen complemento de las normas vinculantes, en tanto en cuanto su flexibilidad ayudaría a estructurar mejor el régimen normativo del ciberespacio. Así, por ejemplo, la *Comisión Global sobre estabilidad en el ciberespacio* identificaba un marco de *ciberestabilidad* con varios elementos, uno de los cuales era, precisamente, la adhesión al derecho internacional, sí, pero también la elaboración y aplicación de normas voluntarias⁴⁷.

¿Estamos ante un nuevo elemento de *soft law* en el ciberespacio? Hay quien opina, siguiendo la línea tradicional de lo que debe entenderse como *soft law* que las once normas no pueden considerarse como

⁴² Véase al respecto HOMBURGER, 2019: 5: «*By labeling them as voluntary and non-binding [...] they seemed to defy their own agreement that international law is generally applicable to cyberspace*». También AKANDE, COCO y DE SOUZA DIAS, 2022: 8 y ROBLES CARRILLO, 2017: 1-21, que se muestra crítica con la inclusión de normas que ya son vinculantes en el listado (p. 16).

⁴³ «[...] *the mere fact that States have decided, for whatever political or diplomatic reason, to mirror existing rules of international law in their policy recommendations cannot deprive those rules of their binding legal force*», AKANDE, COCO y DE SOUZA DIAS, 2022: 32.

⁴⁴ Informe del Grupo de 2013, párr. 16). También lo señala el Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales de 2021: «[n]orms and existing international law sit alongside each other», y «[n]orms do not seek to limit or prohibit action that is otherwise consistent with international law» (doc. A/76/135, par. 15).

⁴⁵ HOGVEEN, 2022: 123-142, p. 129. También sobre su utilidad como instrumentos de orientación útiles a los Estados, OSULA, KASPER, y KAJANDER, 2022: 89-121, p. 94.

⁴⁶ Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Holanda, Dinamarca y Suecia han confirmado que han llevado a cabo este tipo de operaciones, mientras que el silencio (oficial) persiste en otros Estados como China, Rusia e Irán (HOGVEEN, 2022: 123-142, p. 126).

⁴⁷ «Impulsar la ciberestabilidad», Informe Final de la Comisión Global sobre la estabilidad del ciberespacio, noviembre de 2019, p. 8, disponible en https://hess.nl/wp-content/uploads/2022/08/GCSC-Advancing-Cyberstability_ES.pdf. También su papel como complemento al derecho internacional es defendido por EGAN, 2017: 169-180, p. 179.

tal, porque aquel nace con el deseo de convertirse en norma en algún momento, mientras que estas nunca buscaron ese fin⁴⁸. Pero también es cierto que muchos de estos documentos no obligatorios sirven, como se ha apuntado, para preparar el terreno a futuras obligaciones, incluso vía consuetudinaria, y que todo dependerá, en última instancia, de los Estados, que llegado el caso decidirán si deben incorporar esas normas y elevar así su valor. De momento, nos conformamos con considerarlas parámetros o complementos, algo que tampoco debe ser visto con recelo porque, como ya he apuntado, nunca quisieron erosionar el derecho internacional. Sería bueno, con todo, que los Estados no dejaran escapar ocasión alguna para reafirmar que, en efecto, así es y que fueran muy claros en todo momento respecto de la naturaleza que atribuyen a estas normas. Y, puestos a pedir, que hicieran todo lo posible por cumplirlas, con independencia de su naturaleza jurídica⁴⁹, en aras de la estabilidad y el orden.

4. REFLEXIONES FINALES

El *soft law* ha consolidado su posición con el paso del tiempo, pasando de ser un recurso marginal de los Estados, solo utilizado cuando las alternativas vinculantes no eran posibles, a uno con entidad propia y que los Estados buscan de manera expresa. Ya no siempre se formula con la esperanza de que un día se convierta en norma, sino con plena conciencia de que ese instrumento, no vinculante y de limitado perfil jurídico, es lo que se quiere. La proliferación de estas normas no vinculantes se ha revelado especialmente útil en ámbitos en los que la alternativa de un tratado es inviable.

No obstante, esas normas que nacieron sin aspiraciones de vinculabilidad pueden llegar a serlo, quizás incluso por vía consuetudinaria, pero eso es algo que, en última instancia y como ha sido siempre, dependerá de los Estados. Conocer su postura al respecto no será siempre fácil, sobre todo en temas que suscitan debates enconados, como el ciberespacio, en los que evitan de manera expresa pronunciarse claramente sobre la cuestión. Quizás lo que más nos acerca a sus pareceres son las intervenciones en organizaciones u organismos que se ocupan de discutir esos temas, pero, o no todos participan o no siempre sus declaraciones son lo suficientemente claras y precisas para determinar claramente su sentir.

⁴⁸ ZIMMERMANN y JAUER, 2021: 7. El argumento es, con todo, debatible, porque los Estados pueden cambiar su intención.

⁴⁹ Algún autor ha defendido expresamente que se supone que, si un Estado participa en el *soft law*, lo respetará pese a que no sea obligatorio, o de lo contrario su reputación se verá afectada (FELER, 2015: 281-303, p. 293). Ojalá fuera siempre así, pues la práctica demuestra el poco reparo que los Estados tienen, en ocasiones, a cumplir determinadas obligaciones, incluso aunque sean tan abstractas como las que recogen las normas no vinculantes.

¿Se observa en la actualidad una mayor inclinación a mirar a esas normas voluntarias como un *poco más* vinculantes? La Unión Europea, por ejemplo, ve este tipo de compromisos como una buena vía para, al menos, intentar poner un poco de orden en ámbitos en los que aún reina algo de caos⁵⁰ y es cada vez menos extraño que los Estados, en declaraciones oficiales, hagan referencia expresa a este tipo de normas no vinculantes.

Sea como fuere, el hecho de que ese tipo de declaraciones haya ido ganando terreno en los últimos años confirma esa tendencia que ya se intuía: algo está cambiando en el sistema de fuentes y cada vez se huye más, sobre todo en temas complejos y cambiantes, de los métodos tradicionales. Las normas no vinculantes son ya, en la mayoría de casos, reglas que nacen de manera consciente sin obligatoriedad y que buscan más bien fijar unos mínimos que ordenen la conducta de los Estados. Si esa opción es preferible o presenta más riesgos que el tratado internacional es otro tema a debatir, pero quizás debamos recordar que, a veces, cuando lo óptimo resulta imposible, lo menos malo es siempre preferible. O, dicho de otro modo, un mal acuerdo es siempre mejor que ninguno.

BIBLIOGRAFÍA

- AKANDE, D., COCO, A. y DE SOUZA DIAS, T., 2022: «Drawing the cyber baseline: the applicability of existing international law to the governance of information and communication technologies», *International Law Studies*, vol. 99, pp. 3-36.
- BAXTER, R. R., 1980: «International Law in “her infinite variety”», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, 4, 1980, pp. 549-566.
- BOTHE, M., 1980: «Legal and non-legal norms- a meaningful distinction in international relations?», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 11, pp. 65-95
- BRUS, M. T. A., 2018: «Soft law in Public International Law: a pragmatic or a principled choice? Comparing the sustainable development goals and the Paris Agreement», en WESTERMAN, P., KIRSTE, J. H. S., y MACKOR, A. R. (eds.), *Legal validity and soft law*, *Law and Philosophy Library*, Springer, pp. 243-266.
- BUTLER, W., 2022: «Believing Is Seeing. Normative Consensus and the Crisis of Institutional Multilateralism», en L. GRUSZCZYNSKI, M., MENKES, V. BILKOVA, P. Farah, *The Crisis of Multilateral Legal Order. Causes, Dynamics and Implications*, Routledge.
- CERVELL HORTAL, M^a J., 2023: «¿Un soft law para el ciberespacio? (De las normas no vinculantes y otras iniciativas)», en CERVELL HORTAL, M. J. y

⁵⁰ Las conclusiones del Consejo sobre Política de la Unión Europea en ciberdefensa de 22 de mayo de 2023 (Doc. 9618/23, párr. 34) invitaban a los Estados miembros «hacer pleno uso de las recomendaciones y compromisos voluntarios no vinculantes jurídicamente para intensificar sus esfuerzos nacionales y multinacionales de ciberdefensa con el fin de maximizar el impacto a escala de la UE».

- PIERNAS LÓPEZ, J. J. (dirs.), *Hacia una regulación internacional del ciberespacio*, Aranzadi, pp. 123-158.
- CHINKIN, C., 2000: «Normative Development in the international legal system», en SHELTON, D. (ed.), *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, New York: Oxford University Press, pp. 21-42.
- COCO, A. y DE SOUZA DIAS, T., 2021: «Cyber due diligence: a patchwork of protective obligations in International Law», *EJIL*, vol. 32, 3: 771-805.
- DASSER, F., 2019: «Soft law in international Commercial Arbitration», *RCADI*, vol. 402: 397-589.
- DEL TORO HUERTA, M. I., 2006: «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI: 513-549.
- DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, C., 2023: «Los Acuerdos Artemisa ante el derecho internacional espacial», *Ordine internazionale e diritti umani*, pp. 521-541.
- DUPUY, R. J., 1977: «Declaratory Law and Programmatic Law: from revolutionary custom to *soft law*», en AKKERMAN, R. J.; VAN KRIEKEN, P. J. y PANNENBORG, CH. O.(eds), *Declarations on Principles, a quest for world peace*, Sijthoff, Leiden: Liber Röling. .
- EGAN, B., 2017: «International Law and stability in cyberspace», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 33, 1: 169-180.
- FELER, A. M., 2015: «Soft law como herramienta de adecuación del Derecho internacional a las nuevas coyunturas», *Lecciones y Ensayos*, núm. 95: 281-303.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T., 2019: «El Pacto Mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de *soft law* para una gestión de la migración que respete los derechos humanos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 38: 1-34.
- 2023: «La Unión Europea y el desafío del *soft law* en las fuentes del Derecho internacional», en GARCÍA ANDRADE, P. (ed.), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, pp. 97-116.
- 2023: *El soft law en Derecho internacional y europeo. Su capacidad para dar respuesta a los desafíos normativos actuales*, Tirant.
- GINSBURG, T., 2020: «Authoritarian International Law», *American Journal of International Law*, vol. 114: 221-260.
- GOLD, J., 1996: *Interpretation: The IMF and International Law*, Kluwer Law International: The Hague/London/Boston.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., 1998: «La contribución del Derecho internacional del medio ambiente en el desarrollo del derecho internacional contemporáneo», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 14: 113-200.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., 2022: *Derecho Internacional (corazón y funciones)*, Aranzadi.
- GUZMAN, A. T. y MEYER, T. L., 2009: «International common law: the *soft law* of international tribunals», *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2: 515-535.
- HAATAJA, S., 2022: «Cyber operations against critical infrastructure under norms of responsible state behaviour and international law», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 30: 423-443.

- HILLGENBERG, H., 1999: «A fresh look at *soft law*», *European Journal of International Law*, vol. 10, 3: 499-515.
- HOGVEEN, B., 2022: «The UN Cyber norms: how do they guide the responsible development and use of offensive cyber capabilities?», *The Cyber Defense Review*, vol. 7, 4, Fall 2022: 123-142.
- HOMBURGER, Z., 2019: «Conceptual ambiguity of international norms on state behaviour in cyberspace», *Research in focuses*, Leiden University, EU Cyber Direct.
- 2017: «Recommendation 13 (a)», *Voluntary, non-binding norms for responsible State behaviour in the use of information and communications technology. A commentary*, New York: UNODA, .
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., 2018: «El Derecho Internacional en mutación. El test civilizatorio del Estado de derecho internacional (¿soft-law de baja o alta intensidad?) y el régimen de las fuerzas de estabilización de la paz», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 35: 1- 69.
- 2019: «Superando el artículo 38 del Estatuto de la CIJ: el universo expansivo e invasivo del *soft law*. Reflexiones desde postulados democráticos», *Cursos de Derecho internacional y relacione internacionales de Vitoria Gasteiz*, pp. 133-208.
- 2021: *Derecho internacional líquido. ¿Efectividad frente a legitimidad?*, Thomson Reuters, Civitas.
- KAPUSTIN, A., 2020: «Prospects for the demilitarization of outer space: from “soft regulation” to “hard” treaty mechanisms?», *Journal of Space Law*, 42, 2: 433-449.
- MAČÁK, K., 2017: «From cyber norms to cyber rules: re-engaging States as law-makers», *Leiden Journal of International Law*, vol. 30: 877-899.
- 2021: «Unblurring the Lines: Military Cyber Operations and International Law», *Journal of Cyber Policy*: 411-428.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C., 2018: «Las relaciones entre el Derecho internacional y la práctica interna en el ámbito d ellos derechos humanos y la responsabilidad de las empresas», *Anuario Español de Derecho internacional*, vol. 34: 707-728.
- MAZUELOS BELLIDO, A., 2004: «*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 8: 1-40.
- MOVILLA PATEIRO, L., 2021: «¿Hacia un cambio paradigma en el derecho del espacio ultraterrestre? Los Acuerdos Artemisa», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2: 285-310.
- OLSSON, I. A., 2013: «Four competing approaches to International Sof Law», *Scandinavian Studies in Law*, núm. 58: 178-196.
- OSULA, A. M., KASPER, O. y KAJANDER, A., 2022: «EU Common Position on International Law and cyberspace», *Masaryk University Journal of Law and TEchnology*, vol. 16, 1: 89-121.
- PRONTO, A. N., 2015: «Understanding the hard/*soft law* distinction in International Law», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48, 4: 941-956.
- ROBLES CARRILLO, M., 2017: «Gobernanza política versus gobernanza tecnológica del ciberespacio», *Documento Opinión IEES 56/2017*, 23 de mayo de 2017: 1-21.
- SCHACHTER, O., 1977: «The twilight existence of nonbinding international agreements», *American Journal of International Law*, vol. 71, 2: 296-364.

- SCHMITT, M. (ed.), 2017: *Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SHAFFER, G. y POLLACK, M. A., 2010: «Hard vs. *Soft law*: alternatives, complements and antagonists in International Governance», *Minnesota Law Review*, vol. 94: 706-799.
- SZÉKELY, A., 1997: «Non-Binding Commitments: A Commentary on the Softening of International Law Evidenced in the Environmental Field», *International Law on the eve of the Twenty-first century: views from the International Law Commission*, New York: United Nations, pp. 173-199.
- TSAGOURIAS, N., 2019: «The slow process of normativizing cyberspace, Symposium on Dan Efrony & Yuval Shany, A rule book on the shelf? Tallinn Manual 2.0 on cyberoperations and subsequent State practice», *American Journal of International Law Unbound*, vol. 113: 71-75.
- VAN BLINK, B. y LEMBCKE, O. W., 2018: «A fuller understanding of legal validity and *soft law*», en WESTERMAN, P., KIRSTE, J. H. S., y MACKOR, A. R. (eds.), *Legal validity and soft law*, Springer: Law and Philosophy Library, pp. 145-164.
- WEIL, P., 1983: «Towards relative normativity in International Law», *American Journal of International Law*, vol 77: 413-422.
- ZIMMERMANN, A. y JAUER, N., 2021: «Possible indirect effects under international law of non-legally binding instruments», *KGF Working Paper Series*, núm. 48, May 2021.
- ZIMMERMANN, A., 2021: «Possible indirect legal effects of non-legally binding instruments», CAHDI Expert Workshop, Non-legally binding agreements in International Law, 26 de marzo de 2021.

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 243-270

DOI: 10.37417/soft-law/09

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

¿SOFT LAW EN DERECHO TRIBUTARIO? EL CASO DE LOS COMENTARIOS DEL MODELO DE DOBLE TRIBUTACIÓN

Hugo OSORIO MORALES*

Universidad Austral

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. COMENTARIOS Y DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL: 2.1. Los desafíos de un sistema descentralizado de tributación internacional: competencia y cooperación; 2.2. Potestad para imponer tributación y doble tributación internacional; 2.3. La OCDE; 2.4. Convenios de Doble Imposición; 2.5. Modelos y comentarios; 2.6. CDI-OCDE, doble tributación, evasión y elusión.— 3. VACILACIONES DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES: 3.1. Los comentarios como herramientas interpretativas; 3.2. Vacilaciones y perplejidad; 3.3. Experiencia en Colombia y España; 3.3.1. *Colombia*; 3.3.2. *España*; 4. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES: COMENTARIOS Y *SOFT LAW*: 4.1. *Soft Law*; 4.2. Comentarios y *soft law*.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, en la cultura jurídica occidental, con «legalidad» se ha apuntado a la contraposición entre el gobierno de las leyes y el de las personas¹. Bobbio identifica precedentes de la legalidad en la «isonomía» de la Grecia clásica, el *Rule of Law* anglosajón, y el *Rechtsstaat*

* Abogado, Doctor en Derecho. Juez Tributario y Aduanero de la Región de Los Ríos. Profesor de Economía y de Derecho Tributario de la Universidad Austral (Chile). E-mail: hugo.osorio.morales@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-8918-4170>. El autor desea agradecer los comentarios a una versión anterior del trabajo de los doctores Álvaro Núñez Vaquero y Victor García Yzaguirre.

¹ Que equivale a operar mediante directivas generales, o bien singulares. CELANO, 2022: 140-151.

alemán². Sin embargo, bajo la Ilustración, la legalidad pasa a entenderse, de forma predominante, como la supremacía de los Parlamentos frente al príncipe³ y el ideal de que toda acción singular del poder debe encontrarse justificada por una ley parlamentaria previa⁴. La judicatura tiene acá un rol cognitivo y deductivista⁵. El sometimiento de todos los poderes del Estado a la ley parlamentaria se justifica porque ella manifiesta la soberanía popular⁶. La ley es entendida como fuente racional y exclusiva de regulación social, garantía de un ámbito de inmunidad de todos los sujetos privados, cada uno reconocido como jurídicamente igual⁷. Este ideal se opone, especialmente, a la regulación social por medio de las costumbres y la judicatura, contrarias a los ideales de abstracción, generalidad y certeza que proporcionaría la ley formal⁸. Como observa Ferrajoli, la legalidad ilustrada supone un cambio en relación con la legitimación del derecho: ella ya no proviene de la autoridad de los expertos, o de la pertenencia al derecho natural, sino de su fuente; no de la verdad, sino de la legalidad; no de la justicia, sino de la forma de los actos normativos⁹.

Durante el siglo xx, el ideal legalista ilustrado sufrió sucesivas crisis y desafíos que, paulatinamente, lo volvieron inviable. De acuerdo a Prieto Sanchís¹⁰, estas crisis pueden resumirse en tres desplazamientos: (i) del Estado legislador al Estado administrativo, con grados crecientes de intervención en las esferas económicas y sociales antes reservadas a los privados, pero ahora regulados principalmente por reglamentos y actos administrativos; (ii) del Estado unitario como única fuente normativa, a la multiplicación de fuentes, especialmente por entes internacionales y, en ciertos casos, subnacionales; y (iii), del Estado legislativo al Estado constitucional, lo que, a su vez, supone la ruptura de la identificación del derecho y ley, el desplazamiento del razonamiento jurídico desde las reglas a los principios, de la subsunción a la ponderación, y del legislador al juez¹¹; y el desarrollo de constituciones con un amplio y creciente contenido normativo que es, además, de aplicación directa.

Podemos agregar acá un cuarto elemento más reciente, que coadyuva en la crisis de la ley formal, en particular en el ámbito tributario:

² ARICO *et al.*, 2007: 860, 861.

³ CASSAGNE, 1998: 112, 113.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2020: 477.

⁵ BAYÓN, 2010, p. 43; FERRAJOLI, 2007: 327.

⁶ RUBIO, 1993: 21.

⁷ CELANO, 2022: 165-169.

⁸ PRIETO SANCHÍS, 1998: 6 y ss.

⁹ FERRAJOLI, 2007: 325.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, 1998: 24 y ss.

¹¹ MORESO se refiere al punto señalando que existe el paso de la «jurisprudencia de reglas» a la «jurisprudencia de razones». MORESO, 2020: 164.

(iv) el surgimiento y creciente relevancia del *Soft Law* (SL). En efecto, aunque en estricto rigor el SL no constituye un fenómeno realmente novedoso, su extraordinaria relevancia sí lo es. Se trata, además, de un tipo de instrumento que parece encontrarse en tensión con la exigencia democrática y la legalidad. Las razones de su creciente relevancia se encuentran, como observa Escudero, en la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas y la globalización, fenómenos que colocan a las formas tradicionales de intervención normativa del Estado social y, en particular, a la ley formal en entredicho¹². En este contexto, el SL, por su flexibilidad y carácter no vinculante, permitiría regular de forma flexible y efectiva aspectos de sociedades cada vez más complejas.

La crisis de la ley formal resulta particularmente problemática para ciertas áreas del derecho, como el tributario y el penal, donde el sometimiento de la ley, así entendida, no solo se encuentra consagrada en disposiciones constitucionales, sino que responde a extensas tradiciones conforme a las cuales el establecimiento de los tributos, los delitos y las penas solo puedan ser realizadas por los Parlamentos¹³. El problema central no es que el Parlamento esté sometido a la ley, entendida ahora en sentido amplio e incluyendo, especialmente, la Constitución¹⁴. El problema es que la ley formal, esa tradicionalmente máxima y exclusiva fuente normativa, queda «arrinconada» por la inflación normativa del Ejecutivo, de la Constitución, de la judicatura, del SL y de las cada vez más influyentes propuestas dogmáticas sobre principios y valores constitucionales. Desde el derecho penal, Montiel observa que los valores liberales de la certeza y separación de poderes tienden a verse degradados, enaltecándose el rol de los jueces en la gestión y realización de las aspiraciones constitucionales y de justicia, en ocasiones con independencia o, incluso, preeminencia sobre la voluntad del legislador¹⁵. Desde la perspectiva tributaria, el problema se materializa por el creciente volumen y relevancia de instrumentos técnicos emanados por las administraciones tributarias y, de particular interés para este capítulo, organismos internacionales que, como se verá, regulan parcelas centrales (y crecientes) del ordenamiento impositivo internacional.

El presente capítulo analiza los Comentarios del Modelo de Convenio de Doble Imposición (CDI) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Se trata —como se verá— de un instrumento de extraordinaria relevancia práctica en la operación del sistema tributario internacional. Sobre él, sin embargo, abundan las vacilaciones o un franco desconcierto dogmático sobre su «naturaleza»

¹² ESCUDERO, 2012: 127.

¹³ Esto no significa, desde luego, que tales principios operen de la misma forma en ambas áreas del derecho.

¹⁴ RODRÍGUEZ, 2021: 519, 520.

¹⁵ MONTIEL, 2009: 58, 59.

jurídica y sus alcances, y si deben entenderse como herramientas interpretativas, SL o alguna otra categoría aún no caracterizada.

El capítulo tiene dos objetivos. El primero, y que ocupará la mayor parte del trabajo, es analizar el rol de los comentarios en el contexto del sistema de tributación internacional actual y mostrar las vacilaciones dogmáticas en relación con su rol y caracterización. Para ello, se mostrará la forma en que opera el orden tributario internacional, el rol central que en él tienen los comentarios y las vacilaciones dogmáticas sobre su rol y caracterización. El segundo objetivo es proporcionar algunas conclusiones, necesariamente preliminares, sobre si las características de estos instrumentos son o no consistentes con los criterios que generalmente se utilizan para identificar el SL. Dado que el trabajo no pretende resolver las numerosas vacilaciones sobre qué constituye SL y existe amplia dispersión en la literatura especializada sobre el punto, la sección cuarta, que aborda este objetivo, se iniciará como una breve toma de posición sobre el punto para luego utilizarla en el análisis.

El trabajo se ordena de la siguiente forma. Luego de la introducción, en la sección segunda, se examina el rol de los comentarios en el contexto del orden tributario internacional. En la tercera, se discute la recepción dogmática —vacilante y contradictoria— de los instrumentos mencionados. En la cuarta, se ofrecen algunas conclusiones preliminares sobre la caracterización de tales comentarios como SL.

Antes de comenzar, resulta pertinente una advertencia. El rol de los comentarios, de los CDI y de la OCDE presenta un elemento paradójico que los hace políticamente controversiales. Para algunos, se trata de instrumentos y de un organismo con un papel central en la entronización del orden global neoliberal¹⁶. Para otros, constituyen herramientas cruciales, precisamente, para enfrentar y controlar los desafíos y excesos de la globalización. A lo largo del análisis se proporcionarán algunos de los elementos que alimentan esta discusión. Sin embargo, su objeto no es abordarla ni, mucho menos, fijar una postura sobre ella. Lo que sí interesa observar es que, cualquiera que sea la valoración política que se adopte sobre el rol de los comentarios, los CDI y la OCDE, todos ellos se presentan en el contexto de una globalización que genera situaciones económicas, sociales y culturales que los Estados nacionales ya no parecen capaces de controlar con los medios clásicos que solían emplear para ello.

¹⁶ Se trataría, para estos autores, de una manifestación del ascenso de los «poderes salvajes» del capitalismo a que se refiere Ferrajoli: la supremacía de los poderes económicos y financieros que, en ausencia de límites jurídicos, cuentan con soberanía absoluta, impersonal y anónima. En este caso, el poder no se realizaría de forma directa por el poder económico, sino por medio de entidades internacionales y, en particular, la OCDE, entidad que estaría comprometida con la mencionada ideología económica. FERRAJOLI, 2018: 18-20.

2. COMENTARIOS Y DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

En la presente sección se proporcionan los elementos básicos del contexto general en que se inserta el objeto de estudio: la tributación (y la doble tributación) de operaciones transfronterizas, los espacios de elusión y evasión fiscal que tales operaciones originan, la coordinación por medio de los CDI para gobernar tales fenómenos, y el rol en todo ello de los comentarios.

2.1. Los desafíos de un sistema descentralizado de tributación internacional: competencia y cooperación

Hablar de «tributación internacional» resulta, hasta cierto punto, engañoso. No existe, en estricto rigor, un sistema tributario internacional. Con «tributación internacional» se alude a fenómenos regulados por normas internas pero que se relacionan con operaciones transfronterizas que pueden resultar relevantes para más de un país. Son los países particulares (no organismos internacionales), a partir de sus normas internas (no aplicando tratados internacionales), los que establecen y aplican tributos a las operaciones transfronterizas¹⁷. Intervienen, desde luego, algunas normas internacionales —por ejemplo, las que se contienen en los CDI—, pero el sistema impositivo global opera de forma descentralizada a partir del ordenamiento de cada país, y es precisamente eso lo que origina las dificultades que interesa discutir.

La relevancia de la «tributación internacional» se explica por el contexto económico en que se desarrolla: los sistemas tributarios locales se enfrentan a una creciente interdependencia económica global, a mayores y cada vez más rápidos flujos de capital, al hecho de que las personas de alto patrimonio pueden cambiar de residencia con facilidad y, sobre todo, a la existencia de entidades multinacionales (algunas de ellas, con ventas de cuantía mayor a los ingresos de un país de tamaño medio) capaces de organizarse en múltiples jurisdicciones y dedicar importantes recursos a reducir su carga tributaria.

En consecuencia, aunque el sistema tributario global opere de forma descentralizada (cada jurisdicción establece sus propias reglas), se trata, también, de un sistema altamente interdependiente, competitivo y estratégico: interdependiente porque, aunque los tributos se determinan por cada uno de los países de acuerdo con sus propios intereses, agendas y prioridades, las operaciones se desarrollan en todos ellos, y

¹⁷ ARNOLD, 2016: 3. En el mismo sentido, HURTADO, 2018: 1; OATS, MILLER y MULLIGAN, 2017: 20.

la tributación que cada uno aplica, impacta y modifica las condiciones y decisiones de los demás; competitivo, porque resulta racional, desde la perspectiva de cada uno de los países, intentar atraer inversiones y residentes de alto patrimonio y competencias técnicas, estableciendo para ello regímenes de menor tributación¹⁸; estratégico, porque si todos los países compiten en atraer capitales y residentes (de altos patrimonios), y para ello rebajan sus tributos, el resultado final tiende a ser una reducción general de recaudación, un *race to the bottom* en el que todos los países involucrados terminan (no obstante aumentos puntuales de los más agresivos), recaudando menos recursos¹⁹.

Los impuestos a la renta fueron, durante el siglo pasado, una pieza central, tanto del financiamiento de los Estados de Bienestar, como de la reducción de la desigualdad económica. Sin embargo, la competencia fiscal, la movilidad del capital, el desplazamiento de las personas de alto patrimonio, y la capacidad de las entidades multinacionales de rebajar su carga impositiva, han impactado de forma significativa en su efectividad. La existencia de un sistema económico global y de autoridades tributarias locales, han llevado a que la cooperación internacional aparezca como una necesidad apremiante para enfrentar la elusión y evasión internacionales, la competencia fiscal y la desigualdad²⁰. Puede y suele discutirse si los esfuerzos actuales en tal sentido son adecuados o suficientes. Para los efectos del presente análisis, solo interesa destacar el rol que en todo ello tiene la OCDE.

2.2. Potestad para imponer tributación y doble tributación internacional

El problema central de la tributación internacional es determinar qué país, y en qué medida, puede imponer tributación a un individuo o empresa cuando se realizan operaciones que involucran a más de un país. En efecto, para que un país pueda hacer tributar una renta, es necesario que tenga un nexo con ella. Generalmente, los países reconocen dos nexos: la residencia de las entidades que participan en las operaciones que originan las rentas y la fuente de esa renta²¹. Conforme al primer nexo, los residentes de un país (personas y corporaciones) tributan por sus rentas obtenidas tanto en ese país como en el extranjero, por sus rentas mundiales. Conforme al segundo, las personas y

¹⁸ Un revisión de la literatura relativa al fenómeno de la «competencia fiscal», en particular a partir de la década de los noventa del siglo pasado, en MIRANDA SARMIENTO, 2023: 29.

¹⁹ DAGAN, 2018: 12-15, 23-30.

²⁰ RODRÍGUEZ LOSADA, 2012: 15-18.

²¹ Algunos países utilizan otros nexos, pero estos son los más habituales. Por otra parte, existen también reglas diversas para determinar la residencia de las personas naturales y jurídicas. Véase ARNOLD, 2016: 15-16. Una revisión comparada, en OATS, MILLER Y MULLIGAN, 2017: 48-93.

corporaciones sean o no residentes en un país, tributan por sus rentas cuyo origen se encuentre allí.

Los problemas de tributación internacional se relacionan con el hecho de que, cuando se realizan operaciones transfronterizas, y bajo los criterios mencionados, más de un país puede aspirar a aplicar tributación a la misma renta. Por ejemplo, si un contribuyente, residente en Chile, compra un automóvil fabricado en el país a una empresa residente en Colombia, tanto Chile como Colombia reclamarían el derecho a aplicar tributación a las ganancias por la venta: Chile, porque el auto se construyó allí y se vendió a un residente chileno (país fuente); Colombia, porque la ganancia la obtiene un residente colombiano (país de residencia).

Suele entenderse que, en este tipo de operaciones, resulta deseable la coordinación internacional porque no hacerlo genera resultados inadecuados. Siguiendo con el ejemplo anterior, si tanto Chile como Colombia impusieran una tributación equivalente al 50 por 100 de la ganancia obtenida por la venta, la operación simplemente no se realizaría. Esto no solo reduciría el bienestar de los participantes (dueños de la empresa, trabajadores y comprador), sino que ninguno de los países obtendría recaudación alguna.

No se trata solo, ni principalmente, de evitar que dejen de efectuarse operaciones. Desde una perspectiva económica, suele entenderse que el sistema tributario debería adecuarse a un ideal normativo de neutralidad, esto es, debería lograr que no se modifiquen los incentivos económicos de los mercados, para que los agentes económicos actúen como estimen conveniente a sus intereses²². Los juristas suelen afirmar, más sencillamente, que la doble imposición obstaculiza los intercambios económicos y que, al gravar doblemente una manifestación de riqueza, resulta injusta²³. En suma, suele entenderse que un sistema tributario internacional neutral permitiría que las inversiones se realicen allí donde sea más eficiente y, de esta forma, se maximizaría la riqueza global. Por lo anterior, sería deseable evitar que la riqueza obtenida mediante operaciones transfronterizas tribute en dos jurisdicciones²⁴.

²² La neutralidad de la tributación internacional cuenta con criterios técnicos que acá solo cabe enunciar. En particular, se busca alcanzar «neutralidad en la exportación de capitales», esto es, que la decisión de un contribuyente entre invertir en el país o en el extranjero no se vea modificada por la tributación; y «neutralidad de importación de capitales», es decir, que todas las entidades operando en el mercado sean objeto de la misma tributación. El logro de ambos objetivos suele encontrarse en tensión, lo que da lugar a importantes cuestiones de política tributaria, pero fuera del ámbito del presente estudio. Al respecto, véase OATS, MILLER y MULLIGAN, 2017: 25-27.

²³ Por todos, VOGEL, 2001: 724.

²⁴ Que la existencia de un sistema neutral aumente la riqueza global, que la eliminación de la doble tributación aumente la neutralidad (en particular, considerando que, al no existir un organismo que coordine de forma global el sistema, los países usualmente presentan numerosas

Para impedir la doble tributación internacional, los países de residencia pueden adoptar diversas medidas unilaterales que la reducen o eliminan²⁵. Suele argumentarse, sin embargo, que si las medidas son unilaterales y sin coordinación internacional, se generan diversas inconsistencias y problemas (por ejemplo, es posible que los países involucrados utilizan definiciones diversas de residencia o de fuente) que llevan a resultados inadecuados. Tal sería la razón por la que, tradicionalmente se sostiene que, para evitar la doble tributación internacional de forma efectiva y armoniosa, resulta conveniente celebrar Convenios de Doble Imposición (CDI)²⁶. Dado que estos tratados son bilaterales, y lo que se busca es alcanzar una armonización general, los países acostumbran a celebrar estos tratados a partir de modelos y, en particular, de los que prepara la OCDE.

2.3. La OCDE

Antes de analizar los CDI basados en el modelo OCDE, conviene realizar algunos alcances sobre el rol de dicho organismo en el orden tributario internacional. Como se adelantó, este ha sido complejo y paradójico.

Por una parte, se trata de una entidad que cumplió un rol central en la construcción del orden tributario internacional a lo largo del siglo pasado y, en consecuencia, del orden económico dominante. Para algunos autores es precisamente tal orden el que genera los problemas de la globalización vinculados con el aumento de la desigualdad y (des)control político, entre otros. Se afirma, además, que atendida su composición, primero exclusiva, y luego mayoritaria, de países de ricos, muchas de las herramientas y políticas que promueve tienden a favorecerlos en perjuicio del resto. Esto se observa, por ejemplo, en que los CDI favorecen la aplicación de tributación del país de residencia (exportador de capital, generalmente desarrollado), sobre el de la fuente (importador de capital, generalmente, menos desarrollado). Dado que las entidades multinacionales logran eliminar o reducir su carga tributaria a partir

formas de comportamiento estratégico), y que tal aumento global coincida con los intereses de cada país en particular, puede y ha sido debatido. Tales discusiones exceden los objetivos del presente trabajo. Una discusión crítica, en DAGAN, 2018: 43-71.

²⁵ En particular, los países recurren a sistemas de crédito, exención o deducción. Chile utiliza el sistema de créditos, común a nivel global. Una explicación general de los diversos sistemas, en ARNOLD, 2016: 46 ss.; y HURTADO, 2018: 39 y ss.

²⁶ Diversos autores han observado que si bien es efectivo que la celebración de CDI reduce algunas dificultades en la eliminación de la doble tributación internacional, lo cierto es que ella puede eliminarse completamente por medio de las herramientas unilaterales. Para estos autores, la verdadera diferencia entre la estrategia unilateral y los CDI sería que estos últimos permiten favorecer los intereses de los países de residencia, generalmente exportadores de capital y de mayor desarrollo que los países fuente. Una discusión crítica de la materia, en DAGAN, 2018: 72-119.

de un orden tributario internacional en cuya construcción la OCDE ha tenido un rol prominente, muchos autores muestran desconfianza en sus intentos por enfrentar la evasión y elusión internacional. A su juicio, los planes en tal sentido de la OCDE no aspiran a eliminar los problemas derivados del sistema económico imperante, verdadero origen de los problemas de evasión y elusión fiscal sino, más bien, solo a atemperar sus peores o más nocivos efectos²⁷.

Sin embargo, por otra parte, la OCDE es un organismo de alta capacidad técnica, con reconocida capacidad de gestión en el diseño y evaluación de políticas públicas, requisitos ineludibles en cualquier esfuerzo de coordinación y control internacional. Para muchos autores, estas cualidades han quedado demostradas en las últimas décadas, con sus considerables logros recientes: preparación de herramientas de coordinación para enfrentar la elusión y evasión fiscal²⁸; reportes y recomendaciones sobre formas de mitigar la competencia fiscal entre los países²⁹, y fomento de cooperación internacional. Respecto a lo último, ha logrado que numerosos países, miembros y no miembros de dicho organismo, adopten el Estándar Común de Reporte, sistema automático de intercambio de información financiera entre autoridades tributarias que facilita de forma sustancial la fiscalización, en particular de operaciones transfronterizas³⁰.

Lo cierto es que la OCDE, ya sea propia iniciativa o como resultado de las urgencias económicas de sus miembros, paulatinamente ha ido cambiando sus prioridades: de considerar que su ocupación principal debía ser la de evitar la doble tributación internacional, a la de entender que su rol es coordinar y liderar iniciativas tendientes a evitar el abuso de los tratados internacionales de doble tributación, y a favorecer la lucha contra la evasión y elusión fiscal³¹. De hecho, y desde el año 2017, el modelo de CDI de la OCDE afirma en su título y preámbulo que su objeto ya no es solo evitar la doble tributación sino, también, prevenir

²⁷ Así, por ejemplo, SAFFIE critica la iniciativa BEPS de la OCDE, dirigida a coordinar la lucha contra la elusión internacional, porque no modifica la estructura tributaria internacional, deja amplios espacios a la ideología neoliberal, no propone un nuevo sistema que suponga la influencia democrática sobre los tributos, y no permite vincular la tributación con la solidaridad. Se busca, a su juicio, solamente corregir algunos excesos. SAFFIE, 2016: 872, 873.

²⁸ La OCDE ha liderado múltiples iniciativas de coordinación internacional contra la elusión y evasión. Destaca el Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (Plan BEPS), con diversos tipos de acciones que apuntan, entre otros objetivos, a reducir los espacios de evasión y elusión para las grandes empresas multinacionales. Una revisión general, en ALMUDI, J.M., FERRERAS, J.A., y HERNÁNDEZ, P.A., 2017.

²⁹ *Report of Harmful Tax Competition*, OCDE, 1998. Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en [revisado el 12.05.2024]

³⁰ OCDE, 2017 (segunda edición). Disponible en <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/estandar-para-el-intercambio-automatico-de-informacion-sobre-cuentas-financieras-segunda-edicion-9789264268074-es.htm> [revisado el 12.05.2024]

³¹ Por todos, GIL GARCÍA, 2022: 79-83

la evasión y la elusión fiscal, incorporando una cláusula especial para tal efecto³².

2.4. Convenios de Doble Imposición

Como se adelantó, generalmente se entiende que, para que la red de tratados dirigidos a evitar la doble imposición sea eficaz, resulta conveniente que sean similares entre sí. Esto ha llevado a su estandarización. El proceso es relativamente reciente. Si bien ya a fines del siglo XIX algunos países habían firmado CDI, es luego de la Primera Guerra Mundial del siglo pasado, cuando aumenta de forma sustancial la cuantía del impuesto a la renta³³, que tales tratados se masifican. La Liga de las Naciones preparó el primer modelo en 1928 y, luego de la Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir de la década de los años sesenta, la OCDE pasó a liderar la labor de preparar modelos que, actualizados periódicamente, permitieran homogeneidad internacional³⁴.

Es importante resaltar el extraordinario éxito de los modelos de CDI preparados por la OCDE. Chile cuenta a la fecha de esta investigación con 37 CDI y, a nivel global, existen más de 3.000. Casi todos ellos siguen los modelos de la OCDE³⁵. Generalmente se entiende que si las cláusulas de los CDI se encuentran en conflicto con normas internas de los países signatarios, se imponen a ellas y, salvo casos excepcionales (como el de Estados Unidos de América), suele entenderse también que, si un país firma uno de estos tratados, evitará en el futuro dictar reglas que entren en conflicto con él³⁶.

Como se adelantó, los CDI no establecen tributos. Cada país establece los tributos de acuerdo con su legislación interna y en la medida que lo estime conveniente. Lo que hacen los CDI es distribuir —y limitar— la potestad de los países para imponer tributación a las ope-

³² Véase OCDE, 2017. Disponible en <https://www.oecd.org/publications/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419-es.htm> [revisado el 12.05.2024]

³³ Este tipo de convenios apunta sobre todo a la coordinación de impuestos a la renta, no al consumo.

³⁴ La OCDE creó una comisión técnica para ello el año 1957. El primer modelo se presentó el año 1963. Se han presentado actualizaciones en los años 1977, 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2002, 2005, 2008, 2014 y 2017. VOGEL, 2001: 727, 728.

³⁵ FERRERASY GARDE, 2022: 32. ARNOLD, 2016: 142. Existe un modelo de Naciones Unidas, muy similar a la de la OCDE, pero que un tratamiento más favorable para los países en desarrollo (generalmente, países fuente de las rentas). Estados Unidos de América cuenta también con un modelo propio, similar también al de la OCDE.

³⁶ En el caso de Estados Unidos de América, suele entenderse que prima la norma doméstica actual y las que puedan dictarse en el futuro. La relación entre normas domésticas y de los CDI suele generar diversos problemas que no es posible analizar con detención acá. Al respecto, véase OATS, MILLER y MULLIGAN, 2017: 145-148.

raciones transnacionales que los afectan a ambos, siguiendo para ello una serie de criterios y reglas³⁷.

En particular, los CDI clasifican los diversos tipos de rentas en diversas categorías, y establecen distribuciones —y límites de tributación— particulares para cada una. Por ejemplo, el art. 11 del CDI celebrado entre Chile y España señala que, en el caso de rentas que correspondan a intereses, el país fuente (aquel de donde provienen los intereses) puede fijar un impuesto a la renta de hasta un 5 por 100 o un 10 por 100, dependiendo del tipo de instrumento que los origina.

El CDI no impone al país de la fuente la obligación de establecer y aplicar tributo alguno. Lo que hace es limitar la cuantía en que puede hacerlo. Chile o España pueden fijar esa tasa, una menor, o simplemente no aplicar ningún impuesto (de hecho, y respecto de las rentas no cubiertas por el tratado, pueden aplicar tasas mayores). Lo que el tratado impone a los contratantes es la obligación de no emplear una tasa mayor que la fijada en el tratado. Por otra parte, el CDI no impone al país de residencia límite alguno para aplicar el tributo que estime pertinente pero, en virtud del CDI, deberá reconocer (mediante las formas que se detallan en el art. 22 de los convenios), el tributo que se fijó en el país fuente. De esta manera, se distribuye entre ambos países la facultad de imponer tributación a los distintos tipos de renta³⁸.

Como se adelantó, puesto que la OCDE está integrada por países de mayor desarrollo, su modelo tiende a privilegiar la potestad de los países de residencia. Esto supone que, si un país de bajo desarrollo firma un CDI basado en el modelo de la OCDE con un país desarrollado, el primero tenderá a verse perjudicado en la distribución de potestades impositivas. Ello no ha impedido, sin embargo, que el modelo OCDE se siga utilizando de forma generalizada a nivel global³⁹.

³⁷ En términos generales, suele entenderse que las rentas activas deben tributar principalmente en el país de la fuente, mientras que las pasivas, en el de residencia. Este principio general (principio del beneficio), sumado a la idea de que cada parte de una entidad multinacional debe tributar en forma separada, ha dominado la estructura de la tributación internacional desde sus orígenes. Tal estructura ha sido objeto de severas críticas porque permite o facilita la planificación fiscal mediante la atomización negocial en estructuras societarias y el aprovechamiento de jurisdicciones con tributación reducida. Por todos, AVI-YONAH, 2019: 68 y ss.

³⁸ El Tratado se encuentra disponible en https://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/DTO_382_24_ENE_2004_Convenio_Chile_Espana_Doble_imposicion.pdf [revisado el 12.05.2024]

³⁹ Esto se explica en gran medida, porque la firma de los tratados suele originar una mayor inversión en los países importadores de capital.

2.5. Modelos y comentarios

Los CDI y los problemas que los rodean constituyen, en sí mismos, una rama del derecho tributario. Para esta investigación, interesa destacar que, si bien los convenios propiamente tales se aprueban como cualquier tratado internacional y, en tal sentido, no presentan peculiaridad alguna en relación con las fuentes tradicionales del derecho, no ocurre lo mismo con los modelos de los CDI-OCDE ni, en particular, con los comentarios que el organismo agrega a dichos modelos.

Al respecto, conviene, en primer lugar, constatar la magnitud o volumen de los Comentarios. La versión abreviada en lengua castellana del modelo de CDI-OCDE, en su versión de 2017⁴⁰, tiene 652 páginas. De ellas, 13 (pp. 13-25) corresponden a la introducción, 28 (pp. 27-54) al modelo propiamente tal, y el resto (pp. 55-640), a los comentarios —y ocasionales reservas— de cada uno de sus artículos⁴¹.

Aunque gran parte de los CDI se basa en el modelo de la OCDE, ni los modelos mismos ni, ciertamente, sus comentarios, son parte de los tratados. Sin embargo, basta observar, incluso superficialmente, las prácticas impositivas para constatar que, si bien solo los tratados —que suelen ser, como el modelo, de aproximadamente 28 páginas— son parte del derecho interno de los países; las administraciones tributarias y los tribunales, suelen aplicar, además, las 600 páginas de los comentarios⁴².

¿Cuál es el rol de estos comentarios? Su volumen sugiere que no se trata, simplemente, de explicaciones o interpretaciones del modelo. Su examen confirma el punto. Lo cierto es que, aunque algunos de los comentarios tienen carácter meramente explicativo, se trata de un extenso material que muchas veces llena de contenido a los modelos y a los CDI celebrados en conformidad a ellos. De hecho, es habitual que una modificación del articulado del modelo se vea precedida de paulatinos cambios en los comentarios. Tal cosa ocurrió, por ejemplo, con el nuevo art. 29 del modelo de CDI de la OCDE-2017. El artículo fue precedido por numerosas modificaciones en los comentarios

⁴⁰ Disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017_765324dd-es#page642 [revisado el 14.05.2024]

⁴¹ A propósito de estas reservas: una muestra adicional de la extraordinaria expansión y relevancia del modelo de CDI-OCDE es que diversos Estados que no son miembros de dicha organización son invitados a participar en la confección de los comentarios y, en caso de estimarlo pertinente, a formular reservas a ellos.

⁴² Al menos en el caso chileno, la situación es análoga a la relación entre la ley y las instrucciones e interpretaciones de la Administración tributaria: es habitual que los artículos se vinculen a decenas, incluso centenas de instrucciones y que los contribuyentes, para conocer su situación tributaria estudien, en primer lugar, dichas instrucciones.

a partir del año 2003. Lo mismo se observa con la modificación del art. 7 del modelo de CDI de la OCDE-2010, modificación fue precedida de comentarios identificables, a los menos, desde el modelo del año 2005⁴³.

Cada vez es más común que la OCDE utilice las modificaciones de los comentarios para permitir que los tratados muten, sin modificar el texto del modelo propiamente tal, ni los tratados que se basan en él⁴⁴. La razón es que los CDI son bilaterales por lo que cada país, luego del respectivo proceso de negociación, debe introducirlos en su ordenamiento jurídico conforme a sus propias reglas. Se comprende que, mientras no exista una fórmula multilateral que permita una renegociación general de los CDI, si los tratados fueran detallados, cada vez que apareciera un nuevo modelo⁴⁵, se debería renegociar, firmar, ratificar e introducir cada uno de los tratados. Ello obligaría a mantener continuos procesos bilaterales de renegociación que resultarían, en la práctica, inviables. La solución, en consecuencia, ha sido que los modelos tengan una extensión mínima y sufran solo pequeñas modificaciones, dejando para los comentarios su desarrollo y paulatina evolución.

Por otra parte, la OCDE tradicionalmente ha sostenido que los comentarios de nuevas versiones del modelo deben aplicarse, incluso, a tratados que se basan en modelos anteriores⁴⁶. Observa, además, que los tribunales usan intensamente estos comentarios y espera que tal uso aumente⁴⁷. Lo anterior supone la materialización de una especie de interpretación retrospectiva o dinámica de los CDI a partir de comentarios incorporados luego de la firma de los CDI. Es más, cuando tales comentarios modifican de forma sustancial el contenido del tratado, su aplicación retroactiva puede llevar, de hecho, a una especie de derogación y reemplazo del tratado por medio de modificaciones posteriores del modelo o de sus comentarios. Ocasionalmente, la OCDE distingue entre comentarios que deberían ser aplicados a CDI concluidos antes de la incorporación de tales comentarios al modelo respectivo, y co-

⁴³ Sobre la última evolución, véase SALASSA, 2014: 256 y ss.

⁴⁴ GARCÍA, 2009b: 121 y ss.; PISTONE, 2008: 1201.

⁴⁵ En el marco de las acciones BEPS (acción 15), se acordó la preparación de un instrumento multilateral que permitiera la inclusión en los CDI de diversas cláusulas antielusión de forma que se permitiera su implementación rápida y eficiente. El tratado, luego de una rápida negociación, se firmó el año 2017 y ha sido suscrito por numerosos países. Sin embargo, aunque el convenio permite modificar la red de CDI de forma simultánea, su campo de aplicación refiere solo a determinadas materias de interés en el marco del proyecto BEPS. En consecuencia, y salvo que se acuerde un convenio multilateral general, resulta esperable que la dinámica descrita (modelos generales y breves, comentarios detallados) se mantenga.

⁴⁶ Los contribuyentes «pueden también considerar útil la consulta de versiones posteriores de los comentarios para interpretar anteriores convenios». Comentarios 33 y ss. del modelo de CDI OECD-2017, OCDE, 2017.

⁴⁷ Párrafos 33 y ss. de la Introducción, modelo de CDI-OECD-2017.

mentarios que, por responder a la incorporación de materias o criterios nuevos, no deberían utilizarse para esta interpretación dinámica⁴⁸.

2.6. CDI-OCDE, doble tributación, evasión y elusión

Finalmente, antes de analizar la recepción dogmática de los instrumentos en análisis, interesa observar que los CDI y, en particular, los basados en el modelo de la OCDE, han sufrido una notable evolución en cuanto a sus objetivos. Originalmente, como se ha visto, buscaban facilitar y homogenizar los medios para eliminar la doble tributación internacional. En la actualidad se utilizan, además, para facilitar la lucha contra la evasión y elusión fiscal internacional⁴⁹.

Ya en 2001, Uckmar destacaba esta evolución⁵⁰ que, a partir del modelo de 2017, se explicita en su introducción⁵¹. En el año 2003 se agregó a los comentarios la declaración de que uno de sus objetivos es prevenir la evasión y elusión tributaria⁵². Desde entonces, se han incorporado numerosos comentarios interpretativos que buscan, por una parte, que los CDI no se utilicen para impedir el uso de reglas antielusión internas y, por la otra, que los propios tratados no sean usados para diseñar estrategias elusivas. Así, por ejemplo, en los comentarios al artículo 1° se incorporó una regla amplia antielusión bajo el concepto de *guiding principle*. Además, se estableció que los tratados no se oponen a las reglas domésticas que abordan la materia y, en particular, las de control de Entidades Extranjeras Controladas, aunque, al menos en principio, claramente sí las contradecían⁵³. En fin, algo similar ocurrió

⁴⁸ Así, por ejemplo, en los comentarios 3 y 4 del art. 5 del modelo 2017, la OCDE señala que los comentarios incorporados a propósito de las modificaciones del modelo como resultado del proyecto BEPS que detalla, «tienen solo intención prospectiva y, como tales, no afectan a la interpretación de las disposiciones anteriores del modelo...». Véase modelo CDI-OCDE-2017: 115.

⁴⁹ De hecho, el título del modelo de los años 1963 y 1977 era, precisamente, «Modelo para evitar la doble tributación con respecto a impuesto a las rentas y el capital». Desde 1992, reconociendo que su objetivo incluía, además, la prevención de la evasión y elusión fiscales, la OCDE modificó el título al actual «Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio». Se mantiene tradicionalmente, sin embargo, la denominación «CDI».

⁵⁰ UCKMAR, 2001: 744, 745.

⁵¹ La introducción del modelo CDI-OCDE-2017, en su punto 2, señala que:

«2. Los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos vienen reconociendo... la necesidad de mejorar la cooperación administrativa en materia tributaria, especialmente a través del intercambio de información y de la asistencia en la recaudación de impuestos, con el fin de evitar la evasión y elusión fiscales».

⁵² Párrafo 7 de los comentarios del artículo 1 del modelo de CDI de la OCDE.

⁵³ Las normas de control de Sociedades Extranjeras Controladas o CFC (*Controlled Foreign Companies*) regulan los límites bajo los cuales una entidad o grupo económico nacional, con presencia en el extranjero, puede postergar el pago de impuesto en el país, por las utilidades generadas en el extranjero. En principio, los países admiten la postergación mientras tales utilidades no sean remesadas al país. De esta forma se intenta materializar el principio de neu-

con la amplia evolución del concepto de «beneficiario efectivo» que el modelo utiliza en sus arts. 10, 11 y 12, el que, en los hechos, se transformó, por medio de los comentarios, en otra regla amplia antielusión. Todo esto se hizo, cabe reiterar, sin cambiar el articulado del modelo. Este paulatino desarrollo culminó, en el modelo del año 2017, con la inclusión, en el art. 29, de una cláusula general antielusión.

3. VACILACIONES DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES

En esta sección se discute la forma en que la dogmática tributaria ha intentado comprender el rol de los comentarios del modelo CDI-OCDE. Como se verá, las respuestas han sido dubitativas y contradictorias.

3.1. Los comentarios como herramientas interpretativas

Dado que los CDI son tratados internacionales, para su interpretación, resultan relevantes las reglas de interpretación de los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena)⁵⁴. En consecuencia, resulta natural suponer que los comentarios pueden entenderse como alguna de las herramientas interpretativas que prevén dichos artículos. Lo cierto, sin embargo, es que la abundante literatura en relación con el punto, tanto en el derecho continental como en el anglosajón, coincide en que la relevancia y alcance de los comentarios exceden el rol que se les podría dar a la luz de dicha Convención⁵⁵.

Este trabajo no pretende examinar de forma exhaustiva la forma en que se interpretan los tratados internacionales ni las reglas que sobre ello proporciona la Convención de Viena. Solo interesa observar que, si bien se trata de reglas extraordinariamente vagas, al punto de que al-

tralidad, especialmente de importación de capital, permitiendo a las entidades domiciliadas en el país competir internacionalmente y, en consecuencia, facilitando que empresas con intereses internacionales se domicilien en el país. Las normas CFC limitan esta posibilidad para evitar abusos. En términos generales, eliminan la posibilidad de aplazamiento cuando las empresas en el extranjero son controladas por las nacionales (bajo ciertos parámetros), y obtienen rentas, en forma exclusiva o predominante, de carácter pasivo, esto es —en principio— sin riesgo empresarial (como, por ejemplo, en un depósito bancario; en contraste con las activas, como, por ejemplo, una fábrica). Si no cumplen estos requisitos, las rentas de la entidad extranjera se atribuyen a la nacional controladora y tributan.

⁵⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

⁵⁵ Véase RODRÍGUEZ LOSADA, 2012: 49-65. Una discusión crítica de la postura de la Administración tributaria de Australia, sobre el rol de los comentarios que se introducen con posterioridad a la firma de los tratados, en LANG y BRUGGER, 2008: 95 y ss.

gunos autores sostienen que carecen de utilidad práctica⁵⁶, en cualquier caso no parecen explicar el rol de los comentarios.

La regla interpretativa central del Convenio de Viena se encuentra en su art. 31(1), el que señala que los tratados deberán interpretarse «de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». El resto de las disposiciones del art. 31 elabora sobre qué ha de entenderse por «contexto», los materiales que deben considerarse en adición a él y la necesidad de dar a ciertos términos un significado especial⁵⁷. El art. 32, por su parte, limita, aunque no excluye, la utilización de los «medios de interpretación suplementarios». Se podrá recurrir a ellos (en particular, a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración) pero solo para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, o cuando el resultado de tal interpretación sea ambiguo, oscuro o manifiestamente absurdo o irrazonable. El art. 33, finalmente, se refiere al caso de tratados autenticados en más de un idioma.

Atendido lo anterior, para que los comentarios pudieran ser utilizados como herramientas interpretativas, deberían ser considerados parte del «contexto» del tratado (artículo 31.1), «medio primario de interpretación» (art. 31.2), o un «medio complementario de interpretación» (en particular, como «trabajo preparatorio», art. 32). Sin embargo, ninguna de estas posibilidades parece satisfactoria.

No lo es, en primer lugar, porque, tal como se ha visto, el rol de los comentarios no es solo, ni principalmente, interpretar las cláusulas de los CDI. Su objeto central es llenarlos de contenido, permitir su evolución, mantener la extensión de los tratados en el mínimo posible para evitar continuas modificaciones y agregarles nuevas funciones, especialmente antielusión, entre otras.

Por otra parte, aunque es evidente que al menos algunos de los comentarios sí tienen un carácter puramente interpretativo y explicati-

⁵⁶ ARNOLD, 2021: 665.

⁵⁷ El art. 31.2 del mencionado tratado señala que:

«Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado».

El art. 31.3, por su parte, agrega que: «Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes».

vo, su situación, a la luz de la Convención de Viena, es problemática. Por ejemplo, los comentarios 13-16 del art. 5 del modelo, relativos al concepto de «Establecimiento Permanente», proporcionan ejemplos que ilustran diferentes casos en que puede entenderse que se presenta la hipótesis de «un lugar de negocios a través del cual una empresa desarrolla sus negocios». Estos comentarios se enmarcarían en el «contexto» de los CDI solo si las partes hubiesen acordado expresamente que ellos serán utilizados como instrumento de interpretación, situación que si bien se presenta ocasionalmente, resulta inusual. Y si no pueden considerarse parte del contexto del tratado, parece difícil estimarlos como elementos que deben juzgarse junto con dicho contexto. Por otra parte, si se considera que tales comentarios tienen el rol secundario de «medios complementarios» (tal vez bajo la idea de «trabajo preparatorio»), ello dejaría sin explicar su generalizado uso y, en particular, que por su intermedio se realice, como propugna la OCDE, una interpretación retroactiva o dinámica de los tratados.

Rodríguez Losada señala que los comentarios podrían encuadrarse dentro de los «trabajos preparatorios», incluidos en las «reglas complementarias de interpretación» del art. 32 de la Convención de Viena. Sin embargo, agrega que en tal caso debería distinguirse y considerarse si el tratado fue firmado por miembros de la OCDE y si el texto acordado es o no idéntico o similar al del modelo⁵⁸. Más recientemente, Sevilla Bernabéu, luego de revisar la literatura pertinente, concluye que resulta difícil estimar a los comentarios como parte del contexto, pero que podrían encuadrarse dentro de los medios complementarios de interpretación, aunque ello sugeriría darles una relevancia limitada, lo que sería contrario a su objetivo y a las prácticas observadas⁵⁹.

3.2. Vacilaciones y perplejidad

En términos generales, la dogmática tributaria observa con alguna perplejidad la extraordinaria relevancia práctica de los comentarios. La caracterización de su estatus legal es vacilante. Suele afirmarse que, al tratarse de recomendaciones, no vinculan a los países⁶⁰, pero al mismo tiempo se destaca su extraordinaria relevancia y hay quienes llegan a afirmar que su uso generalizado los habría transformado en *hard law*⁶¹. Conviven afirmaciones de que se trataría de un caso paradigmático de SL en el campo tributario, con dudas sobre su obligatoriedad, sobre si pueden encuadrarse en los instrumentos internacionales que regulan

⁵⁸ RODRÍGUEZ LOSADA, 2012: 56, 57.

⁵⁹ SEVILLA BERNABÉU, 2024: 333-336.

⁶⁰ *Ibid.*: 333, 334.

⁶¹ RODRÍGUEZ LOSADA, 2012: 21.

la interpretación de los tratados, y sobre si se les puede utilizar para realizar una interpretación evolutiva de los CDI⁶².

Es indudable que el impacto de los comentarios en la aplicación de los CDI es sustancial. En Chile, la Administración tributaria sostiene rutinariamente que los comentarios pueden ser utilizados como medio de interpretación complementario de los CDI⁶³. Los tribunales a nivel comparado han reconocido reiteradamente su relevancia. Ya en el año 2005, el Tribunal Supremo de España⁶⁴ señaló que la interpretación de los CDI debía basarse en los comentarios y ser dinámica. En Gran Bretaña, en 1986, una Corte señaló que: «*the views of the experts who sat on the Fiscal Committee on the Regulation of Double Taxation are entitled to very great weight*»⁶⁵. Es más, en este caso particular, la Corte dio especial relevancia a los comentarios del modelo de 1977, no obstante que el tratado aplicable a la controversia había sido firmado en 1967⁶⁶.

Pistone observa que la importancia de los comentarios es enorme, y constituyen el principal instrumento de división y trasplante de principios tributarios en el marco internacional. Agrega que si bien al ser SL, los comentarios no constituyen fuente de obligaciones, su relación con los CDI es multiforme, ya que pueden representar una alternativa a los tratados y ser parte de su proceso de formación⁶⁷.

Conviene detenerse brevemente en los principales elementos que parecen generar el desconcierto y vacilaciones dogmáticas sobre la naturaleza y rol de los comentarios. Para ello resulta de utilidad el análisis de Pistone, reconocido experto en la materia. El autor sostiene, en primer lugar, que tanto el modelo de CDI de la OCDE, como los comentarios que la acompañan, constituyen expresiones o casos de SL. Agrega que los comentarios tienen por función aclarar el marco de aplicación de cada artículo por lo que, si bien los países no están

⁶² *Ibid.*

⁶³ La circular Núm. 57 de 2009 del Servicio de Impuestos Internos señala que, dado que los CDI de Chile han seguido el modelo de la OCDE, sus comentarios pueden ser utilizados como medio de interpretación complementario en conformidad a lo dispuesto en el artículo 32 del Convenio de Viena. Circular disponible en <https://www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circu57.htm> [revisado el 13.05.224]. El Servicio, además, en diversos oficios ha dado respuesta a consultas específicas recurriendo a dichos comentarios para delimitar el sentido de conceptos utilizados en los CDI. Así, por ejemplo, en relación con «establecimiento permanente», «tener facultad para concluir contratos en nombre la empresa» y «lugar de negocios», véase respectivamente: Servicio de Impuestos Internos, 07.02.2019, oficio 476; 14.03.2011, oficio 614; 27.08.2007, oficio 2521.

⁶⁴ Sentencia de 18.5.2005, RJ 2005, 3204.

⁶⁵ Sun Life Assurance Company of Canada v Pearson [1986] BTC 282; (1986) 59 TC 250; [1986] STC 335, CA.

⁶⁶ Una revisión de la evolución de la jurisprudencia británica en la materia, en SCHWARZ, 2021, pp. 132-138.

⁶⁷ PISTONE, 2008, p. 1196.

obligados a utilizar las cláusulas propuestas en el modelo, en caso de hacerlo, «entienden el marco de aplicación de dichas cláusulas por efecto de las explicaciones técnicas contenidas en los comentarios» salvo que se hayan hecho las observaciones y reservas correspondientes⁶⁸. Sin embargo, agrega que si bien la observancia del modelo y sus comentarios es voluntaria y, en consecuencia, no constituye derecho en sentido estricto, ello no obsta a que, por su extraordinaria relevancia, se entienda que se trata del verdadero eje del derecho tributario internacional⁶⁹. Observa que la naturaleza jurídica de los comentarios, a la luz del Convención de Viena es controvertida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Agrega que suele discutirse si la utilización en los tratados de los artículos del modelo conlleva la obligación de interpretarlos conforme a las pautas técnicas de los comentarios, situación que resulta especialmente problemática —a juicio del autor— cuando uno de los contratantes no es parte de la OCDE. A su juicio, incluso en el caso de países miembros, los comentarios no serían necesariamente, y en todos los casos, obligatorios, especialmente cuando se trata de comentarios agregados al modelo con posterioridad a la firma del tratado, y tampoco lo sería cuando ello resulte contrario con otros principios y valores del ordenamiento tributario⁷⁰. En particular, y respecto a los comentarios incorporados con posterioridad a la firma del tratado, señala que se observa una amplia divergencia internacional: mientras algunos países aceptan esta interpretación dinámica, otros rechazan tal posibilidad. Observa, finalmente, que la relevancia del punto se ha visto acentuada por el hecho de que la OCDE, para asegurar la estabilidad de los modelos, ha tendido a modificar su contenido por medio de los comentarios⁷¹. En cualquier caso, destaca que la relevancia de los comentarios se deriva de que, al ser redactados por órganos técnicos independientes de los Estados, permiten el logro de estándares objetivos de interpretación «más allá del poder contratante de cada Estado»⁷².

3.3. Experiencia en Colombia y España

Para finalizar, puede resultar útil examinar la recepción de los comentarios en la jurisprudencia y dogmática colombiana y española. Como se verá, en ambos casos, presentan dudas y vacilaciones análogas a las descritas.

⁶⁸ *Ibid.*: 1197.

⁶⁹ *Ibid.*: 1195, 1196.

⁷⁰ Si los países signatarios están o no vinculados por los comentarios suele también ser objeto de discusión en la doctrina anglosajona. Una discusión crítica de la postura de la Administración tributaria de Australia, sobre el rol de los comentarios que se introducen con posterioridad a la firma de los tratados, en LANG y BRUGGER, 2008: 95 y ss.

⁷¹ PISTONE, 2008, pp. 1198-1202.

⁷² *Ibid.*: 1197.

3.3.1. Colombia

La Corte Constitucional de Colombia muestra una marcada evolución sobre el rol y valor de los Comentarios. En la sentencia dictada a propósito del control constitucional del CDI entre Chile y Colombia⁷³, señaló que los modelos de CDI de la OCDE configuran un medio de interpretación complementario, en los términos del art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Posteriormente, y a propósito del control constitucional del CDI entre Colombia y Suiza⁷⁴, señaló que los comentarios no son de cumplimiento obligatorio, ni pueden ser invocados en virtud de los medios de interpretación de los tratados contenidos en los arts. 31 y 32 de la Convención mencionada. Lo anterior, porque sería contrario al principio constitucional de legalidad aceptar que instrumentos internacionales que no son ley en Colombia, provenientes de un organismo del que Colombia no es parte, se incorporen a la interpretación general o complementaria de los CDI. Sostuvo, en consecuencia que los comentarios no eran vinculantes para el Estado colombiano, pero tampoco eran irrelevantes, pues tendrían «valor persuasivo», actuando como criterios auxiliares de interpretación⁷⁵.

La doctrina colombiana distingue tres situaciones. Primero, señala que no existe impedimento para que las recomendaciones de la OCDE sirvan como fuente u orientación en la celebración de tratados por el país, aunque ello debería concretarse siguiendo el trámite legislativo correspondiente. Tal cosa se ha materializado en la suscripción, a partir de 2011, de CDI que siguen el modelo de la OCDE. En segundo lugar, señala que la situación sería distinta cuando se pretenden aplicar las recomendaciones y comentarios de la OCDE sin mediación legal interna. Esto originaría inestabilidad e inseguridad jurídica, situación especialmente relevante en materia tributaria, donde «no se conciben otras obligaciones que las legalmente consagradas»⁷⁶. Los comentarios del modelo de CDI no podrían tampoco considerarse trabajos preparatorios en el marco de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ni son fuente de derecho internacional⁷⁷. En tercer lugar, se analiza el caso de los CDI firmados entre Colombia, por una parte, y Francia y Reino Unido, por la otra. En ambos, expresamente se ordena interpretar tales tratados conforme a los comentarios de la OCDE. Al respecto, dicha doctrina concluye que aceptar su obligatoriedad re-

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, 26.08.2009, C-577/09, sección VI, 6.2.1.

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, 16.10.2010, C-460/10, sección V, 5.3.

⁷⁵ Esta postura se ha reiterado en sentencias posteriores; por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, 10.09.2014, C-667/14.

⁷⁶ GIRÓN, 2018, pp. 97, 98.

⁷⁷ *Ibid.*: 99-105.

sultaría «excesivo y contrario a la Constitución colombiana», porque comportaría una cesión de soberanía. Sugiere que los comentarios podrían entenderse como fuente auxiliar, dejando al criterio del juez su aplicación⁷⁸.

3.3.2. España

En España, los tribunales muestran también una marcada evolución. Como se adelantó, ya en 2005 el Tribunal Supremo Español había señalado que los comentarios debían utilizarse para interpretar los tratados, incluso de forma retroactiva o dinámica. En el año 2010, agregó que si bien los comentarios no poseen fuerza normativa, «desempeñan un papel principalísimo para la delimitación de los significados de los conceptos y términos» y que, por ello, «deben considerarse como algo más que una simple prueba de que se está en la interpretación correcta para resolver alguna duda o ambigüedad». Lo anterior, porque al formar parte del contexto en el que se formulan las normas de los Convenios, «aporta seguridad jurídica acudir a ellos para delimitar el sentido de determinados conceptos o términos»⁷⁹.

La postura de que los comentarios pueden o deben ser utilizados de forma retroactiva ha generado fuertes controversias. Un caso de especial relevancia corresponde a una sentencia de 2008⁸⁰ donde, a propósito de un CDI firmado entre España y Holanda en el año 1977, el Tribunal Supremo señaló⁸¹ que era aplicable al caso una nueva cláusula y comentarios antielusión relacionados con la utilización de sociedades interpuestas y el levantamiento del velo societario en caso de artistas y deportistas⁸². En este caso no solo se estaban aplicando comentarios modificados con posterioridad a la firma del tratado sino, además, una cláusula nueva, no incluida en el modelo de CDI aplicable. El tribunal, consciente de lo anterior, advirtió que su posición podría criticarse por ir más allá del contenido del CDI, pero afirmó que su interpretación era coherente con el principio fundamental de que España dispone de soberanía fiscal para hacer tributar las rentas derivadas de

⁷⁸ *Ibid.*: 109-117.

⁷⁹ Tribunal Supremo de España, 15.10.2010, recurso 10106/2003, fundamento de derecho cuarto.

⁸⁰ Tribunal Supremo de España, 11.06.2008, recurso 7710/2002.

⁸¹ La discusión de fondo decía relación a si el caso se regulaba por el art. 7º del CDT o por el 18º. Dado que la entidad extranjera no tenía establecimiento permanente en España, el art. 7º disponía que la tributación era en residencia. El art. 18 del CDI (equivalente al 17 del modelo de CDI de la OECD) regulaba la tributación de artistas y deportistas por rentas obtenidas personalmente. El art. 17.2 del modelo de MCDI, incluido después de que firmara el tratado en la especie aplicable, precisamente se refería al caso de que las rentas no las recibiera el artista o deportista directamente sino otra persona, permitiendo así la tributación en tales casos en el país fuente.

⁸² Actual art. 17.2 del modelo de CDI de la OECD-2017.

actuaciones artísticas realizadas en su territorio. Más recientemente, sin embargo, el Tribunal Supremo ha modificado su postura, limitando —pero no excluyendo— el uso de comentarios posteriores a la firma de los tratados para su interpretación⁸³.

La doctrina española se ha mostrado generalmente crítica a la amplia utilización que los tribunales dan a los comentarios, destacando que provienen de un organismo técnico sin legitimidad o delegación democrática; que tales comentarios se refieren a un simple modelo y no a los tratados particulares que se pretende interpretar; y que ni siquiera los modelos con los que se vinculan tienen fuerza obligatoria, pues ellos, a su vez, no son más que meras recomendaciones⁸⁴. En el caso de los comentarios posteriores a la firma de los tratados, la crítica ha sido particularmente vehemente. Se afirma que resulta inaceptable pues con ella «se corre el riesgo de legislar por la puerta de atrás, utilizando simples guías interpretativas»⁸⁵, agregando que si los propios modelos de CDI no son más que recomendaciones, resulta inadmisibles que se dé un valor determinante a sus comentarios, postura que pondría en cuestión los principios constitucionales tributarios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica⁸⁶. Se agrega que, a pesar de las evidentes dificultades que supone la renegociación de los tratados, la OCDE carece de competencia para llevar un proceso de adaptación encubierta de los CDI y que, de aceptarse lo anterior, se negaría a los Parlamentos nacionales su participación en el proceso de adaptación de los tratados y se vulnerarían las exigencias constitucionales en la materia⁸⁷. En fin, se señala que, con independencia de que estos instrumentos se presenten a sí mismos como meras recomendaciones, ellos terminan adoptándose como derecho vigente por los tribunales al aplicar legislación interna de los países⁸⁸.

⁸³ Véase Tribunal Supremo de España, 3.3.2020, Resolución Núm. 308; y Tribunal Supremo de España, 23.9.2020, Resolución Núm. 1196.

⁸⁴ MERINO, 2014: 24-25.

⁸⁵ GARCÍA, 2009a: 8-10.

⁸⁶ MERINO, 2014: 25, 43. Rodríguez Losada, a diferencia de la mayor parte de los autores españoles citados, no cuestiona la interpretación progresiva o evolutiva de los CDI en sí misma, sino que ello se haga en los casos en que el comentario en cuestión no se limita a interpretar un artículo del modelo, sino que le hace cambios sustantivos. RODRÍGUEZ LOSADA, 2012: 61-65.

⁸⁷ GARCÍA, 2009b: 121.

⁸⁸ CHECA señala que este tipo de recomendaciones, por vía indirecta, se convierte en legislación interna, lo que critica por su falta de legitimidad democrática y el uso de criterios económicos. Véase CHECA, 2019. 92.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES: COMENTARIOS Y SOFT LAW

Cualquier intento de caracterizar, o no, los instrumentos objeto de análisis como SL se enfrenta al problema de que existe una amplia dispersión en la literatura especializada sobre qué es SL. Este trabajo no pretende abordar las numerosas dudas que existen en la materia. Sí es necesario, recurriendo a la literatura especializada, contar con una caracterización general que permita efectuar el análisis propuesto.

4.1. *Soft Law*

Como observaba hace casi cincuenta años Baxter —y sigue siendo cierto en la actualidad— con SL suele hacerse referencia a una gran cantidad de instrumentos normativos heterogéneos⁸⁹. De hecho, se ha llegado a afirmar que se trata de un tipo de instrumento enigmático que tiende a generar perplejidad entre sus estudiosos⁹⁰. Dado que los términos SL se crean por la doctrina para analizar e interpretar esta amplia variedad de fenómenos, no resulta extraña la amplia dispersión conceptual en la materia. Como señala García Yzaguirre en otro capítulo de este libro, el problema no es solo de la ambigüedad con que se utiliza la denominación SL, sino que las múltiples propuestas de conceptualización son llevadas a cabo con expresiones cargadas teóricamente (por ejemplo, dependen de qué se entiende por obligatoriedad, validez o relevancia jurídica, entre otros elementos) o se encuentran comprometidas con un determinado proyecto de investigación y marco teórico.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible constatar que la literatura especializada suele entender por SL textos normativos caracterizados por, al menos, tres características⁹¹: (a) carecer de obligatoriedad⁹², (b) contener términos que dan cuenta de conceptos con alto grado de vaguedad⁹³; y (c) su creación se hace mediante procesos diferentes a los habitualmente utilizados en la creación de *hard law*. En relación con la segunda característica, es importante advertir desde ya que, desde luego, la vaguedad es un elemento característico del lenguaje utilizado

⁸⁹ BAXTER, 1980: 3.

⁹⁰ LAPORTA, 2014: 60.

⁹¹ Si bien se ha presentado un amplio elenco adicional de posibles características de este tipo de instrumentos, creo que las que se enuncian son las más generalizadas y servirán para las breves conclusiones que siguen.

⁹² De acuerdo con Snyder, se trata de: «*rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects*». SNYDER, 1994: 198.

⁹³ ESCUDERO, 2012: 132-138; ABBOT y SNIDAL, 2000: 412-414. Escudero, en su texto, y García Yzaguirre, en un capítulo del presente libro, destacan que el uso de esta característica para identificar el SL resulta cuestionable.

por el derecho y se encuentra presente, en alguna medida, en cualquier tipo de norma jurídica. Sin embargo, lo que la literatura especializada suele destacar es que este tipo de instrumentos da lugar a normas de principio (no reglas), caracterizadas por su carácter abierto e indeterminado, que devienen en operativas mediante su posterior desarrollo por la ley, sentencias u otros instrumentos normativos⁹⁴.

4.2. Comentarios y *soft law*

En primer lugar, no existe discusión en cuanto a la relevancia práctica de los comentarios. Como se ha visto, se utilizan rutinariamente por los tribunales, las administraciones tributarias y los propios contribuyentes. No solo se trata de un elemento relevante del ordenamiento tributario internacional, sino que constituye una de las herramientas centrales a través de la cual dicho ordenamiento evoluciona y se adapta a la cambiante realidad que gobierna.

¿Significa esta extraordinaria relevancia que su seguimiento es obligatorio? Dado que el ordenamiento tributario internacional se constituye en torno a estos instrumentos, resulta difícil sostener que las autoridades tributarias y tribunales puedan simplemente no tomarlos en cuenta. Los tribunales, sin embargo, tal como se ha visto, sostienen que no se encuentran obligados a seguir lo indicado en ellos. El problema acá es, hasta cierto punto, pragmático: el objeto de los comentarios y del orden tributario internacional es lograr un cierto grado de armonización a nivel global en la materia. El no seguimiento de lo indicado en los comentarios impediría tal armonización y parece existir un acuerdo generalizado en la conveniencia de que ella se alcance. La OCDE solo opera mediante recomendaciones, pero su no seguimiento tiene como sanción aparecer como un miembro que no colabora con el objetivo compartido de lograr la citada armonización.

En segundo lugar, aunque los comentarios tienen un rol interpretativo (y, de hecho, los tribunales suelen sostener que esa es, precisamente, su función), resulta evidente que su utilización excede el ámbito interpretativo. No es necesario reiterar en este punto las múltiples funciones adicionales a las interpretativas que, en la práctica, y conforme se ha detallado, estos instrumentos cumplen. Esto significa que su rol no resulta explicable recurriendo solo a los instrumentos tradicionales de interpretación de tratados internacionales en general, y de la Convención de Viena, en particular. Este rol adicional parece corresponder, precisamente, a lo que se espera del SL: la generación de un ordena-

⁹⁴ ESCUDERO, 2012: 135, 136. El autor, sin embargo, señala que tal característica resulta cuestionable.

miento adecuado frente a la aparición de situaciones emergentes que interesa gobernar, en el marco de la globalización.

En tercer lugar, la dogmática tributaria parece entender que la extraordinaria relevancia de los comentarios sería incompatible con calificarlos como SL. Rodríguez Losada, por ejemplo, sostiene que tal relevancia y utilización daría lugar a una conversión del *soft law* de la OCDE en *hard law* interno⁹⁵ mientras que, en términos similares, Sevilla Bernabéu señala que, si bien las decisiones del organismo no tienen fuerza jurídica vinculante, «sus estudios han superado el estatus de *soft law*, pasando casi de forma automática a formar parte de la normativa de los Estados a través de los compromisos asumidos por estos»⁹⁶. La dogmática tributaria parece asumir que resulta incompatible que un instrumento caracterizado como SL tenga, al tiempo, un uso generalizado y una alta relevancia práctica. Los autores no suelen ofrecer las razones que justificarían esta supuesta incompatibilidad SL/relevancia/utilización generalizada. Tal postura parece explicarse, en parte, por el desconocimiento de la relevancia que este tipo de instrumentos ha alcanzado en otras áreas del derecho; pero se explica, sobre todo, por la tradición legalista/ilustrada que, como se ha visto, caracteriza al Derecho tributario. Si solo la ley formal puede regular los tributos, resulta particularmente desconcertante —para los estudiosos tributarios— que una parcela de tan alta importancia del ordenamiento global impositivo parezca dominada por instrumentos diversos. Lo cierto es que una de las características generalmente reconocidas del SL es, precisamente, que su creación se realiza fuera del sistema de fuentes tradicional del derecho. Es cierto que tal emergencia se encuentra en evidente tensión con la tradición legalista del derecho tributario, pero tal tensión no justifica rechazar la caracterización como SL de los instrumentos sino, precisamente, contar con herramientas conceptuales que permitan explicarlo.

En cuarto lugar, y sin perjuicio de lo anterior, existen razones para poner en duda que los instrumentos analizados constituyan realmente un caso de SL. Como se vio, suele entenderse que estos instrumentos se caracterizan por su falta de obligatoriedad y el uso de conceptos de alta vaguedad (aunque esto último suele ser discutido). Sobre el primer punto, esto es, la obligatoriedad, su utilización es generalizada, casi universal y rutinaria. Es cierto que, en algunos casos, puede tratarse de interpretaciones o explicaciones que los tribunales pueden acoger o dejar de lado. Y es también cierto que, como se ha visto, los tribunales y administraciones tributarias suelen entender que el seguimiento de los comentarios, aunque altamente deseable, no es obligatorio y, de hecho, ocasionalmente realizan cambios de postura relevantes. Pero, sin per-

⁹⁵ RODRÍGUEZ LOSADA, 2012: 22.

⁹⁶ SEVILLA BERNABÉU: 328.

juicio de todo lo anterior, el hecho de que el objetivo central del orden tributario internacional sea lograr una armonización en el tratamiento de las operaciones transfronterizas parece imponer, al menos en términos prácticos, un sometimiento generalizado a este tipo de instrumentos que parece encontrarse en tensión con mirarlos, simplemente, como de seguimiento voluntario. Un país en el que no se sigan los comentarios no participaría en la generación de un orden internacional armonizado, lo que, en alguna medida, supondría excluirse de la comunidad internacional impositiva. Es posible que esto no constituya, exactamente, una manifestación de obligatoriedad, pero ciertamente supone una coercitividad de baja intensidad que conviene tener presente.

En quinto lugar, se encuentra el problema de la utilización de un lenguaje con conceptos de alta vaguedad. Los comentarios se caracterizan, al contrario, por su gran nivel de detalle, la utilización de un lenguaje técnico con significado preciso, y esfuerzos evidentes por evitar espacios de indeterminación en las materias que regula. El punto no es solo que una característica considerada por muchos autores como propia del SL se encuentre ausente. El punto es la inexistencia en los comentarios del objetivo que parece justificar el uso de conceptos de alta vaguedad: entregar mayores espacios de discrecionalidad a quienes han de utilizar las normas. Esta mayor discrecionalidad parece central en la función experimental del SL, esto es, a su uso para ir generando una regulación flexible y acorde a la realidad cambiante que se pretende gobernar. Los comentarios, en cambio, no pretenden entregar discrecionalidad alguna ni a los contribuyentes, ni a las autoridades tributarias ni a los tribunales. Lo que se busca es, precisamente, lo contrario: regular con precisión las diversas materias involucradas con el objeto de que el sistema tributario internacional opere de forma armonizada. Desde luego, si se estima que el uso de un lenguaje vago no es característico del SL, el punto carece de relevancia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, K. y SNIDAL, D., 2000: «Hard and Soft Law in International Governance», *International Organization, Summer*, vol. 54, núm. 3: 421-456.
- ALMUDÍ, J.M., FERRERAS, J.A., y HERNÁNDEZ, P.A. (directores), 2017: *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPOS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- ARICO, J., PASQUINO, G., TULA, J., BOBBIO, R. y MATTEUCCI, N., 2007: *Diccionario de política* (15^o edición), Buenos Aires: Siglo XXI.
- ARNOLD, B. J., 2016: *International Tax Primer* (3^o edición), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V.
- ARNOLD, B. J., 2021: «The interpretation of Tax Treaties: looking to the future», en *Bulletin For International Taxation*, November/December: 665-672.
- AVI-YONAH, R., 2019: *Advance Introduction to International Tax Law* (2^o edición), Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

- BAXTER, R., 1980: «International Law in “Her Infinite Variety”». *The International and Comparative Law Quarterly*, 29, 4: 549-566.
- BAYÓN, J. C., 2010: «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», en *Jueces para la democracia*, Núm. 27: 41-49.
- CASSAGNE, J. C., 1998: *Derecho Administrativo, Tomo I* (7º Edición), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CELANO, B., 2022: *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el rule of law*, Madrid: Marcial Pons.
- CHECA, C., 2019: *Persiguiendo la sombra de la justicia tributaria*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- DAGAN, T., 2018: *International Tax Policy: Between Competition and Cooperation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ESCUDERO, R., 2012: «El concepto de *Soft Law*», en J. J. Moreso y J. L. Martí (editores) *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid: Marcial Pons, pp. 127-148.
- FERRAJOLI, L., 2007: «The past and the Future of the Rule of Law», en Pietro Costa y Danilo Zolo (editores), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht: Springer, pp. 323-352.
- 2018: *Constitucionalismo más allá del Estado*, (trad. P. Ibáñez), Madrid: Trotta.
- FERRERAS, J., y GARDE, M. J., 2022: «El Instrumento Multilateral: Antecedentes y Proceso de Negociación», en Almudí, J.M., Ferreras, J.A., y Hernández, P.A., (directores), *El Tratado Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con os tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios*, Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 31-45.
- GARCÍA, F., 2009a: «La interpretación jurisprudencial como mecanismo para hacer frente a la elusión tributaria», *Tribuna Fiscal*, Núm. 220.
- 2009b: «Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición», *Crónica Tributaria*, Núm. 133.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., 2020: *Curso de Derecho Administrativo* (19º edición), Cizur Menor: Aranzadi.
- GIL GARCÍA, E., 2022: «La Erosión de las Bases Imponibles y el (Principio del) Gravamen Único», en Juan Arrieta Martínez de Pisón y Félix Daniel Martínez Laguna (directores), *Abuso y planificación fiscal internacional: una perspectiva jurídica, económica y ética*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- GIRÓN, P. A., 2018: «La conversión del *soft law* de la OCDE en *hard law* en Colombia, especial referencia a los Convenios para Evitar la Doble Imposición suscritos por Colombia con Francia y Reino Unido», *Revista de Derecho Fiscal*, Núm. 12: 69-120.
- HURTADO, H., 2018: *Tributación Internacional*, Santiago: Legal Publishing.
- LAND, M. y BRUGGER, F., 2008: «The role of the OCDE Commentary in tax treaty interpretation», en *Australian Tax Forum*, vol. 23: 95-108.
- LAPORTA, F., 2014: «Gobernanza y *soft law*: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en Ruiz Miguel, A. (editor), *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta, pp. 41-81.
- MERINO, I., 2014: «Acerca del *soft law* en materia tributaria», *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, Núm. 71.
- MIRANDA SARMIENTO, J., 2023: *Taxation in Finance and Accounting. An Introduction to Theory and Practice*, Gewerbestrasse: Springer.

- MONTIEL, J. P., 2009: *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Madrid: Wolters Kluwer España.
- MORESO, J. J., 2020: *Lo normativo: variedades y variaciones*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- OATS, L., MILLER, A., y MULLIGAN, E., 2017: *Principles of International Taxation (Sixth Edition)*, Londres: Bloomsbury Professional.
- PISTONE, P., 2008: «Tratados Fiscales Internacionales y *Soft Law*», en García Novoa, C. y Hoyos Jiménez, C. (coordinadores), *El Tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI, Tomo I*, Madrid: Marcial Pons, pp. 1195-1206.
- POSNER, E. y GERSEN, J., 2008: «Soft Law: Lessons from Congressional Practice», en *Stanford Law Review*, vol. 61: 573-628.
- PRIETO SANCHÍS, L., 1998: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ, J. L., 2021: *Teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ LOSADA, S., 2012: *La Interpretación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición Suscritos por España*, Cizur Menor: Thomson Reuters.
- RUBIO, F., 1993: «El Principio de Legalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39: 9-42.
- SCHWARZ, J., 2021: *Schwarz on Tax Treaties*, (6^o Edición), AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V.
- SAFFIE, F., 2016: «An Alert from the Left: The Endangered Connection Between Taxes and Solidarity at the Local and Global Levels», *German Law Journal* 17(5).
- SEVILLA BERNABÉU, B., 2024: *La elusión fiscal*, Cizur Menor: Aranzadi.
- SNYDER, F., 1994: «Soft Law and Institutional Practice in the European Community», en Martin, S. (ed.) *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, pp. 197-225.
- UCKMAR, V., 2001: «Tratados Internacionales en Materia Tributaria», (trad. J. M. Aicega), en Andrea Amatucci (director). *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá: Temis, pp. 735-763.
- VOGEL, K., 2001: «El Derecho Tributario Internacional», (trad. B. Villaverde), en Andrea Amatucci (director). *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá: Temis, pp. 705-734.

