

La relevancia jurídica del *soft law*¹

The legal relevance of soft law

Juan José Iniesta Delgado

 <https://orcid.org/0000-0002-1625-7578>

Universidad de Murcia. España
Correo electrónico: jiniesta@um.es

Recepción: 22 de agosto de 2024
Aceptación: 20 de octubre de 2024
Publicación: 6 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19489>

Resumen: Desde hace algunos años se ha adoptado el término “*soft law*” para hacer referencia a ciertas producciones normativas que, aun sin participar de la fuerza vinculante del derecho, se les atribuye una relevancia jurídica. El objetivo de esta contribución es el de discernir en qué consiste esta relevancia jurídica y cómo puede ser mejor comprendida en atención a la dimensión funcional de las producciones normativas.

Para ello, tras apuntar los distintos sentidos en los que se puede emplear la expresión “relevancia jurídica” (referencial, funcional e instrumental), se presta atención a la atribución al *soft law* de funciones jurídicas, con particular referencia a las funciones presentes en la intención de uso de las producciones jurídicas, que se clasifican en prospectivas (prácticas/deónticas y predictivas) y retrospectivas (justificativas).

Es el uso justificativo del *soft law*, como reconocimiento de que su empleo es apto para probar la corrección o conformidad al derecho de decisiones jurídicas, lo que permite explicar la particular relevancia jurídica que se le atribuye. Finalmente se argumenta cómo este tipo de uso justificativo aparece fundamentalmente en contextos en los que la decisión jurídica se ha de tomar dentro de ám-

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

bitos de discrecionalidad, tanto propia como impropia. Sin embargo, sólo cuando trata de justificar una decisión, dentro de un ámbito de discrecionalidad de este último tipo, puede hablarse de relevancia jurídica del *soft law* en sentido estricto.

Palabras clave: derecho indicativo; fuerza vinculante; relevancia jurídica; discrecionalidad; uso justificativo.

Abstract: For some years now, the term “*soft law*” has been adopted to refer to certain normative productions that, although not participating in the binding force of law, are attributed legal relevance. The objective of this contribution is to discern what this legal relevance consists of and how it can be better understood by taking into account the functional dimension of normative productions.

To this end, after pointing out the different senses in which the expression “legal relevance” can be used (referential, functional and instrumental), attention is paid to the attribution of legal functions to soft law, with particular reference to the functions present in the intended use of legal productions, which are classified as prospective (practical/deontic and predictive) and retrospective (justifying).

It is the justificatory use of soft law, as a recognition that its use is suitable to prove the correctness or conformity to the law of legal decisions, which can explain the particular legal relevance attributed to it.

Finally, it is argued that this type of justificatory use appears fundamentally in contexts in which the legal decision must be taken within areas of discretionality on, both proper and improper, although only when it tries to justify a decision within an area of discretionality of the latter type can we speak of the legal relevance of soft law in the strict sense.

Keywords: soft law; binding force; legal relevance; discretionality; justificatory use.

Sumario: I. *Introducción*. II. *La paradoja del soft law*. III. *Las funciones regulativas del soft law*. IV. *Las funciones jurídicas del soft law*. V. *El valor justificativo del soft law en cuanto criterio de corrección jurídica*. VI. *Discrecionalidad y valor justificativo del soft law*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

I. Introducción

El término “*soft law*” es utilizado para designar a una extensa nebulosa de objetos cuya función² es regular conductas que, a pe-

² El término “función” es controvertido y puede utilizarse de formas que pueden provo-

sar de su apreciable aire de familia, se sitúan fuera del ámbito de lo que habitualmente entendemos por derecho; es decir, conductas que quedan al margen o en la orilla del derecho reconocido tanto de fuentes formales (Constitución, ley, reglamento) como informales (costumbre, principios jurídicos).

Por supuesto, existen más cosas que “no son derecho” y que, de algún modo, tienen también una función reguladora: la moral, los usos sociales, las reglas de juegos, los consejos de salud, etcétera. Todas ellas son fenómenos normativos que nos rodean y orientan nuestra conducta de modo general o referidos a ámbitos determinados. Pero nada de esto es *soft law*.

Gráficamente podríamos situar el *soft law* —dentro del amplísimo conjunto de realidades con función reguladora que no son derecho— en la zona relativamente más próxima a las fronteras del conjunto de entidades jurídicas. En esta zona fronteriza encontramos a una enorme variedad de tipos de instrumentos: recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, tratados antes de entrar en vigor, resoluciones de organizaciones o conferencias internacionales, estándares de calidad, leyes modelo, pautas de actuación, etcétera.

Se trata de tipos de instrumentos que, a su vez, son instanciados por numerosas y variadas realidades. *Soft law* son los informes adoptados por organismos internacionales; en el marco de conferencias internacionales, son los textos de tratados que no han sido ratificados, declaraciones interpretativas de tratados y disposiciones programáticas. También se incluyen en esta categoría: los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio Internacional para

car confusión. Dejando al margen otros significados claramente improcedentes en este contexto, el término “función” puede entenderse como una capacidad de actuar, o bien como cometido o utilidad. Si bien el primer sentido puede ser aplicado a objetos tales como maquinaria o herramientas, respecto de las que se puede formar una analogía con el derecho y otros fenómenos normativos, creo que presenta una connotación positiva, consistente en la posibilidad de alcanzar un resultado, que prefiero evitar. Por ese motivo, en este trabajo entiendo “función” en el sentido de cometido o utilidad, en cuanto tarea atribuida a un tipo de objeto o proceso, con independencia de si las condiciones propias de una instancia de ese tipo permiten o no servir a esa tarea.

ordenar las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías; las recomendaciones de la Unión Europea; los instrumentos del American Law Institute sobre conflictos de propiedad intelectual en el ámbito internacional, o los *restatements* sobre responsabilidad por daños en el ámbito interno; los códigos de buen gobierno societario que sirven como criterio de responsabilidad empresarial; los principios de gobierno corporativo de la OCDE, que contienen recomendaciones generales sobre gobernanza; los productos de la autorregulación de actores privados, como códigos de conducta o de buenas prácticas, reglamentos de carácter profesional, etcétera; estándares técnicos, como las reglas de calidad en la producción industrial o en la construcción, así como los estándares de protección medioambiental; estándares éticos vigilados por las ONG y agentes públicos y privados; recomendaciones sobre la aplicación de programas de justicia restaurativa en el ámbito penal, etcétera.

¿A qué se debe la cercanía de todos estos instrumentos con el derecho? No cabe duda de que son varios los indicadores de proximidad que potencian ese aire de familia antes aludido. Algunos tienen que ver con el origen de los instrumentos de *soft law*, los órganos que los crean, su forma de elaboración, los problemas que motivan su aparición. Otros, en cambio, tienen que ver con sus consecuencias, con sus efectos. En cuanto a esto último, un aspecto que se suele destacar de este tipo de instrumentos regulativos es su singular relevancia jurídica. Una relevancia que los aproxima estrechamente a los márgenes del derecho hasta el punto de hacer dudar, en ocasiones, si llegan a infiltrarse a través de sus fronteras.

El objetivo de este trabajo es, precisamente, el análisis de la atribución de relevancia jurídica al *soft law*. Para ello me ocuparé, en primer lugar, de desenredar la aparente paradoja que encierra la unión de los términos “derecho” y “blando”, y que suele expresarse en la atribución combinada de valor normativo y ausencia de fuerza vinculante. A continuación examinaré las funciones que se atribuyen al *soft law*, y me detendré específicamente en aquellas que podrían ser consideradas como funciones jurídicas. Entre ellas, destacaré la función de justificación de decisiones jurí-

dicas para, finalmente, llegar al análisis del *soft law* como posible criterio de corrección jurídica que opera principalmente en ámbitos de discrecionalidad relativos a la toma de decisiones jurídicas.

II. La paradoja del *soft law*

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es una organización internacional de carácter intergubernamental cuyo propósito es dar respuesta a los retos económicos, sociales y ambientales globales. Sus diferentes comités producen informes y otros tipos de documentos, algunos de los cuales regulan la actuación de sujetos públicos y privados. Por ejemplo, los documentos sobre gobierno corporativo (OCDE, 2024), elaborados junto con el G20 en su última versión de 2023, son tenidos en cuenta por instituciones legislativas y de gobierno de todo el mundo para desarrollar y mejorar los instrumentos legales, reglamentarios e institucionales que rigen el buen gobierno de las empresas. Esto, a pesar de que, como se indica en su propia exposición introductoria, “los Principios no son vinculantes, y no tienen por objeto ofrecer un catálogo detallado de prescripciones para la legislación nacional; no sustituyen ni deben considerarse derogatorios de la legislación nacional y la normativa nacionales” (OCDE, 2024, p. 8).

El American Law Institute es una organización privada sin ánimo de lucro, integrada por profesionales del derecho y académicos, que tiene entre sus funciones clarificar y modernizar la ley, así como mejorar la administración de justicia en los Estados Unidos. Sus trabajos se publican principalmente en tres tipos de documentos: reformulaciones (*restatement*), principios (*principles*) y códigos modelo (*model codes*). Estas publicaciones son habitualmente usadas en sede judicial, legislativa y administrativa, amén de su constante referencia por la doctrina jurídica americana.

Se trata de dos ejemplos, bien diferentes, de producción normativa en los márgenes del derecho. En el primer caso, una institución internacional de carácter público, de carácter intergubernamental.

En el segundo caso, una organización privada, integrada por académicos y profesionales. Como punto en común, estas entidades elaboran documentos normativos a los que no se les atribuye la condición de derecho. Todos esos instrumentos de los que estamos hablando se encuentran fuera de las fuentes del derecho reconocidas a nivel nacional o internacional. No son ley, costumbre o principios como los que menciona el artículo 1o. del Código Civil español, ni tampoco convenciones internacionales, costumbres internacionales o principios del artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A pesar de todo ello, viven y proliferan en un ecosistema jurídico; adaptan sus esquemas y funciones a la vida del derecho, con tanta naturalidad, como si fueran productos de la misma especie. El *soft law* actúa en el derecho, con el derecho y para el derecho; así como, algunas veces, en abierta disputa con el mismo derecho. Esto genera la impresión de que se trata de ejemplares de una especie común en conflicto por el mismo territorio. De ellos se dice que, aunque no son jurídicamente vinculantes, tienen “relevancia jurídica” (Garrido Gómez, 2018, p. 14; Klink y Lembcke, 2018, p. 161).

La expresión “*soft law*” presenta, en forma de paradoja, una potente imagen que impacta en el sentido común al evocar un producto sin fuerza jurídica, que, sin embargo, repercute de un modo notable en el ámbito del derecho. ¿O acaso no es algo tan paradójico como aparenta? Para comprobarlo es necesario analizar las dos propiedades más destacadas de los productos de *soft law*: por un lado, la ausencia de juridicidad; por otro lado, su relevancia jurídica.

1. *El soft law no es derecho*

La negativa a considerar el *soft law* entre los elementos del derecho se debe a que, se considera, en estos instrumentos faltan algunas de las notas distintivas de la juridicidad.³ Podría decirse que en

³ Para una exposición del debate acerca del carácter jurídico del *soft law* véase Galiana Saura (2016, p. 314).

la expresión “*soft law*” el adjetivo “blando” actúa como privativo, más que como atributivo, lo que revela una carencia respecto a los supuestos de genuino derecho. De este modo, se ha dicho que el *soft law* carece de todos o algunos de los siguientes caracteres atribuibles al derecho.

A. Ausencia de normatividad

Una primera diferencia tiene que ver con la pretendida ausencia de normatividad del *soft law*. Esta diferencia es significativamente problemática, puesto que, mientras que para algunos la normatividad es la principal característica en común que tienen derecho y *soft law*, para otros es ahí donde se encuentra un elemento de diferenciación clave.

Las normas suelen describirse como entidades proposicionales con un tipo de discurso prescriptivo de alcance general. No se suele discutir que el *soft law* esté compuesto por entidades proposicionales de alcance general (Sarmiento, 2008, p. 92). El punto más controvertido es el que atañe a su tipo de discurso. La opinión de que el *soft law* no está integrado por normas se deriva de la consideración de que no se vale del lenguaje prescriptivo para cumplir sus funciones.⁴ De este modo, se dice que, 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. El *soft law* sugiere y orienta en un sentido determinado, pero no regula (Escudero, 2012, p. 128; Kirste, 2018, p. 49; Garrido, 2018, p. 60). En otras ocasiones se destaca que el tipo de discurso del *soft law* es descriptivo, puesto que lo que hace es informar acerca de la mejor interpretación posible de ciertos enunciados jurídicos, de los mejores medios disponibles para alcanzar un determinado fin, etcétera.

⁴ En lo que se refiere al tipo de discurso, la confusión reinante conduce, en ocasiones, hasta la misma contradicción, por lo que llega a decirse en la misma obra que el *soft law* no tiene “la función de prescribir” (Sarmiento, 2008, p. 28), y también que “se compone de proposiciones prescriptivas” (Sarmiento, 2008, p. 97).

Ninguna generalización relativa al tipo de discurso resulta plausible para trazar la distinción que buscamos. Parece exagerado entender que el tipo de discurso prescriptivo sea una condición necesaria del *soft law* (como, por otra parte, también resulta exagerado afirmar esto del derecho). Pero también es cierto que el lenguaje imperativo es bastante común en los instrumentos de *soft law*.⁵

B. Ausencia de fuerza vinculante

Existe una opinión muy extendida según la cual lo más “soft” que tiene el *soft law* es la ausencia de fuerza vinculante, hasta el punto de considerar que un sinónimo de “soft law” es la expresión “derecho no vinculante” (“non-binding law”) (Senden, 2004, p. 112).

Desde luego, esta caracterización se encuentra con el ineludible problema de la identificación de la fuerza vinculante como propiedad autónoma del derecho (Hage, 2018, p. 21). Es difícil señalar en qué puede consistir esta característica sin caer en una confusión con otras propiedades como la validez o la eficacia.

En cualquier caso, la caracterización del *soft law* como “regla privada de fuerza” no es algo tan sumamente extraño al propio derecho, en el que la idea de vinculación estricta y amenaza implacable de sanción no resulta ser tanto una propiedad no eliminable de todo componente del derecho cuanto un instrumento ocasionalmente útil para que este cumpla sus funciones. De hecho, una buena parte de nuestras reglas de derecho privado pertenecen a la categoría de las normas dispositivas, a las que no resulta del todo apropiada una caracterización estrictamente imperativista.

Por ello, no parece que la mera referencia a la “blandura”, como ausencia de fuerza obligatoria o vinculante, pueda resultar suficiente para concluir que el *soft law* queda fuera del ámbito del derecho. Es cierto, sin embargo, que cuando se pretende or-

⁵ Vid. el análisis de las pautas emitidas por la Autoridad Europea de Valores y Mercados para la regulación de los mercados financieros (Eliantonio, 2021, p. 288).

denar una materia por este tipo de medios se abandonan deliberadamente los mecanismos de imposición como garantes de eficacia tan característicos de la organización jurídica.

C. Falta de respaldo coactivo

La falta de respaldo coactivo es otra nota negativa que aparece en muchas ocasiones ligada a la anterior característica; sobre todo, desde postulados estrictamente imperativistas. En este sentido, cualquier posible efecto que pudiera tener el *soft law* no podría explicarse como consecuencia de la amenaza de la sanción, ni siquiera considerada como una imposición forzosa de su cumplimiento (Garrido Gómez, 2018, p. 56).

De este modo surge la idea de un derecho “blando” (*soft law*), que hace referencia a una normativa o reglamentación que carece de una de las características más señaladas de los instrumentos jurídicos: el rigor con el que se exige, con independencia de la voluntad o los intereses de sus destinatarios (Schauer, 2015, p. 1). Se trata de normas que no vienen impuestas por la fuerza, que carecen de la coacción necesaria para hacerlas valer y que, desde una caracterización del derecho como instancia coactiva, adolecen de auténtica juridicidad.

Esta diferencia, sin embargo, es más difusa de lo que parece. El derecho no siempre obliga; cuando lo hace, no siempre coacciona el cumplimiento. Hay fórmulas de persuasión, de condicionamiento y de finalidad que no son extrañas en nuestros sistemas jurídicos (Caballero Hellion, 2021, p. 62). Por otra parte, no es posible descartar que la misma relevancia jurídica que se atribuye en ocasiones al *soft law* pueda dar lugar al ejercicio jurídicamente ordenado de la coacción.⁶

⁶ Sobre la generación de efectos lesivos en la esfera de los particulares a través de instrumentos de *soft law*, vid. Sarmiento (2008, pp. 194-195).

D. Ausencia de órganos y procedimientos en su producción

También puede decirse que el *soft law* difiere del derecho por otras circunstancias, como el hecho de que no se elabore en el ejercicio de competencias jurídicas, o por la ausencia de procedimientos estrictamente regulados en su creación. En este sentido, suele decirse que el *soft law* no es jurídicamente válido o no está vigente, aludiendo en este caso a un criterio de corrección en la producción normativa. 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 (Escudero, 2012, p. 139); o bien, 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, por ejemplo, las leyes inconstitucionales (Posner y Gersen, 2008, pp. 11-12).

Por otra parte, en ocasiones sí parece tener sentido hablar de validez o invalidez del *soft law*, como cuando comparamos una recomendación formulada por un órgano competente de la Unión Europea con una recomendación emitida por otro órgano que no tiene atribuidas competencias para elaborar dichos documentos. Esto es así porque, en realidad, no es cierto que no existan criterios de corrección en la elaboración del *soft law*. Hay normas específicas de competencia y procedimiento 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 tenga.⁷

⁷ A veces puede suceder que el legislador obligue a ciertos sujetos a crear pautas reguladoras de sus propias conductas (Mackor, 2018, pp. 134-135).

2. El *soft law* tiene relevancia jurídica

A pesar de que las diferencias aludidas entre el derecho y el *soft law* no son suficientemente precisas como cabría esperar, voy a aceptar la común ubicación de estos fenómenos en el ámbito del no-derecho, por lo que no discutiré los argumentos ontológico-jurídicos que fundamentan esa opción.⁸ Creo que esa es la opinión más común. Y también creo que hay razones suficientes para seguir considerándolo así. A pesar de ello, también está considerablemente extendida la convicción de que el *soft law* tiene un papel importante en la regulación jurídica de la realidad a la que se refiere, y que ese papel es el que justifica el empleo de la palabra “derecho” en la expresión que nos ocupa. Esa importancia queda subrayada al atribuir a tales instrumentos, en principio no jurídicos, *relevancia jurídica*. Pero ¿qué quiere decir “relevancia jurídica” en este contexto?

El sentido de la expresión “relevancia jurídica” es difícil de precisar, puesto que depende de la realidad a la que se refiera y del tipo de característica de esa realidad que se quiera resaltar. Esto nos ofrece varias posibilidades de significado que, a mi juicio, pueden resumirse en tres:

- a) En un sentido referencial, algo tiene relevancia jurídica si el derecho le atribuye efectos jurídicos. En este sentido, cualquier evento referido por el supuesto de hecho de una norma tiene relevancia jurídica. Este tipo de eventos suelen ser denominados “hechos jurídicos”, precisamente porque a través de las normas jurídicas vienen asociados con una determinada consecuencia.
- b) En un sentido funcional, algo tiene relevancia jurídica si cumple funciones propias del derecho. Estas funciones se pueden agrupar en tres categorías: función práctica/deóntica, función predictiva y función justificativa. Por lo tanto, diríamos que el

⁸ Algunos de estos argumentos pueden encontrarse en Bódig (2018, pp. 221-242).

soft law tiene relevancia jurídica si cumple alguna de esas tres funciones, de modo similar a como lo hace el derecho.

- c) En un sentido instrumental, algo tiene relevancia jurídica si ayuda al cumplimiento de las funciones propias del derecho. Es decir, aunque entre sus funciones no estén directamente ninguna de las anteriores, colabora a que el derecho cumpla sus funciones prácticas, predictivas o justificativas.

En el primer sentido, el referencial, no cabe duda de que el *soft law* puede tener relevancia jurídica. Ciertos hechos jurídicos tienen un sentido regulativo, en cuanto que consisten en la emisión o creación de reglas de comportamiento, tales como contratos, condiciones generales de contratación, estatutos asociativos o fundacionales, reglas de régimen interno de organizaciones privadas o de comunidades de propietarios, etcétera. Este tipo de hechos tiene una evidente relevancia jurídica en el sentido indicado; en algunos casos, generalmente atribuida por normas legales o constitucionales. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 1091 del Código Civil español, que atribuye a los contratos “fuerza de ley entre las partes”.

Lo cierto es que esta relevancia jurídica no ha sido determinante, salvo señaladas excepciones,⁹ de la atribución de juridicidad a los productos de actos jurídicos que tienden a regular conductas a través de la autonomía de la voluntad. El argumento para esta exclusión ha sido tanto la condición privada de los sujetos a los que se atribuye la pretendida competencia regulativa (Carpentier, 2018, p. 94), como la falta de alcance general de dicha reglamentación (García Valdecasas, 1983, p. 81; Díez-Picazo y Gullón, 2003, p. 161).

El alcance restringido de ciertas formas de regulación privada también sirve para explicar su exclusión del ámbito de lo que cabe catalogar como *soft law*. Pero lo cierto es que las reglas generadas

⁹ El contrato, para Kelsen (2002), es una norma jurídica individual que se integra en el sistema dinámico de fuentes al ser producida en ejercicio de la competencia conferida por las leyes que permiten desplegar a la autonomía de la voluntad todos sus efectos, participando en el proceso de creación jurídica (pp. 255-256).

por la autonomía privada distan mucho de poder ser consideradas como reglas *soft*, en la medida en que el propio derecho las considera estrictamente obligatorias y, por lo tanto, susceptibles de ser impuestas coactivamente.

Por supuesto, ahora podríamos preguntarnos qué diferencia hay entre el *soft law* con relevancia jurídica referencial —como por ejemplo las reglas técnicas a las que hace referencia la normativa de calidad de determinadas actividades y productos— y los contratos y otros instrumentos negociales a los que el derecho atribuye relevancia jurídica. En cierto modo, parece que es el ámbito general del *soft law*, frente al singular de la autorregulación, el que marca la diferencia: el derecho atribuye plena eficacia obligatoria a los acuerdos en cuanto a que sus consecuencias jurídicas pueden ser justamente atribuidas a quien ha manifestado válidamente su voluntad de asumirlas. Esta justificación no se da en el *soft law*, en cuanto afecta a intereses que van más allá de los asuntos propios de sus creadores.

Entiendo que para una completa comprensión del significado de la relevancia jurídica del *soft law* no basta con este sentido referencial. Resulta necesario poner el foco más bien en las funciones propias del *soft law*. El *soft law* tiene relevancia jurídica no porque constituya la condición para que se desencadenen los efectos del derecho, sino porque cumple o ayuda a cumplir funciones que el derecho tiene atribuidas.

III. Las funciones regulativas del *soft law*

En su sentido funcional, la relevancia jurídica implica tener algunas de las funciones propias del derecho. Relevancia aquí no significa importancia “para el derecho” sino importancia “como el derecho”. Esto supone para el *soft law* tener un papel similar al que desempeña el derecho en la ordenación de las relaciones sociales.

El sentido instrumental de relevancia jurídica podría decirse que es una variante del sentido funcional. La diferencia consiste

en que el *soft law* tiene atribuida una relevancia funcional cuando actúa las funciones propias del derecho, con independencia del propio derecho; mientras que tiene una relevancia instrumental cuando colabora con el derecho para que éste realice por sí mismo sus funciones. En este caso, a diferencia de la relevancia funcional y a semejanza de la relevancia referencial, el *soft law* es “importante para el derecho”. Sin embargo, a diferencia de la relevancia referencial y a semejanza de la relevancia funcional, esa importancia no es otorgada por el propio derecho, sino que la tiene el *soft law* por sí mismo.

Las caracterizaciones funcional e instrumental de la relevancia jurídica del *soft law* no excluyen la relevancia referencial. En efecto, es posible que la razón por la que el *soft law* cumpla tales funciones sea porque el derecho remita al *soft law* y, de este modo, le atribuya eficacia jurídica. Y esta eficacia jurídica puede consistir en cumplir alguna de las funciones propias del derecho —como cuando las normas jurídicas reenvían a instrumentos de *soft law* para regular una determinada materia—; o bien, en solicitar su colaboración para facilitar o hacer posible que el derecho lleve a cabo sus propias funciones —como cuando las normas jurídicas precisan que ciertos instrumentos de *soft law* servirán como criterio de interpretación del derecho—.

En cualquier caso, la relevancia jurídica característica del *soft law* se debe a sus aspectos funcionales e instrumentales, y no al mero aspecto referencial, puesto que este último no permitiría distinguir el *soft law* de ningún otro hecho jurídico.

Simplificando la cuestión, podríamos decir que estas funciones jurídicas que el *soft law* realiza, o ayuda a realizar, están relacionadas con la regulación de tipos de conductas de conjuntos no delimitados de sujetos. De este modo, puede decirse que el *soft law* tiene funciones regulativas con las que suple o colabora con el derecho en tal regulación.

El *soft law* puede tener relevancia jurídica funcional cuando ofrece una respuesta regulativa a situaciones respecto a las cuales no se puede o no se quiere imponer una conducta coactivamente.

Se trata de casos en los que las soluciones que aporta el derecho no son adecuadas para cubrir las necesidades de regulación existentes, y el *soft law* se presenta como un sucedáneo más viable para alcanzar un mínimo de orden en ese ámbito de la realidad.

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. El *soft law*, en este caso, ofrece una guía para llevar a cabo ciertas actividades o para alcanzar ciertos resultados —resultados estos que, a su vez, pueden venir impuestos por el derecho o ser meramente voluntarios—, pero sin que dicha guía venga jurídicamente impuesta. Estas guías tratan fundamentalmente de evitar los costes de formación de decisiones respecto a los medios a emplear para alcanzar un fin. Un ejemplo de este tipo de manifestaciones del *soft law* son las reglas que 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 (Calderón Marenco, 2019, p. 70). Estas reglas de comercio internacional suponen una orientación a la conducta comercial puesto que ofrecen una regulación abierta a la disposición de los interesados.
- b) Situaciones en las que se necesita una ordenación de las relaciones sociales, cuando dicha ordenación resulta difícil de alcanzar, ya sea por ausencia de competencia jurídica —las entidades con competencia técnica para elaborar una ordenación de la materia no tienen atribuida la potestad para crear normas jurídicas— (Alonso García, 2001, p. 77.); por carencia de competencia técnica —las autoridades con competencia jurídica no se ven capaces de regular una materia de excesiva complejidad técnica— (Sarmiento, 2008, p. 66); o bien, por falta de volun-

tad política —como es el caso de los acuerdos internacionales que no llegan a ser tratados por no tener suficientes ratificaciones— (Brus, 2018, p. 249). En otras ocasiones el *soft law* no su- ple al derecho, sino que colabora con él de diversas maneras. Por ejemplo, puede servir como una vía de acceso al conoci- miento del contenido del derecho; puede divulgarlo de una ma- nera más efectiva que los mecanismos oficiales de publicación, y potenciar de ese modo su cumplimiento. También puede ser- vir para fomentar este acatamiento del derecho si constituye una buena herramienta de persuasión. Otra manera de cola- borar con el derecho es facilitando su empleo; como cuando ayuda a deshacer sus oscuridades o permite adaptar a situa- ciones actuales un derecho desfasado. También es instrumen- to de colaboración cuando es un primer paso hacia una nueva regulación (Caballero Hellion, 2021, p. 62). Aunque en este últi- mo caso también puede tener, durante los prolegómenos de la nueva regulación, una función de suplencia directamente regu- lativa ante la ausencia del derecho en el período previo.

Al destacar el hecho de que la relevancia jurídica del *soft law* deriva de las funciones jurídicas que se le atribuyen, y no tanto de los efectos jurídicos que provoca, se abre la vía a un posible re- conocimiento de valor jurídico autónomo; un valor que no es sólo el mero reflejo de su reconocimiento expreso por el derecho. Esta hipótesis trae como consecuencia el compromiso de explicar y justi- ficar ese valor jurídico autónomo que parece poner en jaque al mo- nopolio de las fuentes formales del derecho.

Al análisis de esta relevancia jurídica funcional e instrumental, aparentemente autónoma, del *soft law* me dedicaré en los próxi- mos apartados.

IV. Las funciones jurídicas del *soft law*

Las funciones del *soft law*, lo mismo que las funciones del derecho, como las de cualquier otra obra del ingenio humano, son explicables por sus potencialidades de utilización. Entendida como utilidad o cometido, referida a artefactos o procesos ideados por el ser humano, la función depende de la intención presente en los procesos de diseño y utilización. Se trata de artefactos o procesos que son diseñados para cumplir una función, y que son usados para llevar a cabo esa misma función u otras diferentes. La intención de diseño está en el plan del creador, que trata de crear un producto con las propiedades adecuadas para poder tener ciertas utilidades. Pero dicho producto puede servir también de otros modos, lo que le otorga funciones distintas de las que estaban en la intención de diseño. Estas nuevas funciones dependen de la intención de uso formada por quienes emplean o planean emplear tales artefactos o procesos.

Los sujetos productores de *soft law* planifican sus funciones en su intención de diseño.¹⁰ Estas funciones tienen que ver con el tipo de carencias percibidas en la regulación jurídica existente, de modo que se pueda proyectar un *soft law* con relevancia funcional autónoma o con relevancia instrumental. En cualquier caso, parece plausible considerar que casi siempre la intención de diseño en instrumentos de *soft law* está motivada por la creencia de que el derecho es deficitario en la regulación de ciertos tipos de situaciones (Bódig, 2018, p. 223), y la pretensión de cubrir ese déficit.¹¹

¹⁰ Teniendo en cuenta que los sujetos productores de *soft law* suelen ser entidades orgánicas compuestas por una pluralidad de individuos, a la hora de identificar la intención de diseño nos encontramos con los habituales problemas de identificación de intenciones colectivas que de manera recurrente se nos plantean cuando el objeto de estudio es la intención legislativa (Marmor, 2005, cap. 8). Puesto que hay una extensa literatura que trata ese tópico, y puesto que la atención que voy a prestar a la intención de diseño es limitada y no se ve afectada por dichos problemas, prescindiré de su análisis.

¹¹ La percepción de un déficit regulativo respecto de un tipo de situaciones y, sobre todo, la pretensión de cubrir ese déficit, puede ser un criterio que nos permita discriminar con mayor precisión los instrumentos de *soft law* de origen privado de los productos normativos de la autonomía de la voluntad. En estos últimos puede haber una percepción de un

No me detendré más en la intención de diseño. La intención de uso creo que nos permite obtener un panorama más completo de las funciones jurídicas del *soft law*. A la hora de hablar del uso o empleo de instrumentos regulativos, conviene hacer un par de advertencias. En primer lugar, en cuanto al modo de empleo, estamos hablando de un tipo de artefacto en el que no cabe un uso manipulativo, sino más bien argumentativo. El modo de emplear un instrumento regulativo es a través de un argumento en el que apoya la construcción de una premisa. En segundo lugar, el uso argumentativo de los instrumentos regulativos es susceptible de generar una confusión con la noción de “uso” de elementos del lenguaje. Por ejemplo, al emplear una norma jurídica en un argumento, no se está haciendo uso de ella como objeto lingüístico, puesto que las normas, en cuanto entidades lingüísticas, sólo son usadas por quienes las formulan. Los que formulan argumentos a partir de normas, con la finalidad que sea, lo que hacen es mencionar tales normas, citarlas en alguna de las premisas de su argumento; pero no las están usando en un sentido lingüístico. Por lo tanto, cuando hablamos del uso o empleo de instrumentos normativos, a lo que nos referimos es a su toma en consideración como referente, que hace verdadera la premisa que integra el correspondiente argumento.

Pues bien, teniendo en cuenta estas observaciones, creo que podemos destacar tres tipos de uso de los instrumentos regulativos y, entre ellos, también del *soft law*:

- a) Usos prácticos/deónticos: en los instrumentos regulativos buscamos guías para tomar decisiones sobre lo que conviene o lo que se debe hacer. Tomamos reglas como referencia para concluir cuál es el curso de acción correcto.

déficit en la regulación, aunque no es necesario —simplemente es posible que a los interesados prefieran otra regulación, sin considerar que la ofrecida por el derecho sea deficitaria—, pero lo que no habrá nunca es una pretensión de ofrecer una regulación abstracta respecto a un tipo de situaciones, puesto que lo que se pretende regular es únicamente una o varias instancias concretas de un tipo de situaciones.

- b) Usos predictivos: empleamos instrumentos regulativos para tratar de predecir eventos o resultados.
- c) Usos justificativos: construimos argumentos en el que empleamos la referencia a reglas como una justificación de los actos que realizamos (entre ellos, las decisiones que tomamos).

La función de las reglas en los usos regulativos y predictivos es prospectiva. La toma en consideración de la regla mira al futuro, ya sea a la decisión sobre la acción futura o a la predicción del evento futuro. En el caso de los usos prácticos, el argumento parte de la afirmación de la norma para llegar a un enunciado de intención. En el caso de los usos predictivos, la conclusión del argumento es un enunciado predictivo.¹² En cambio, la función de las reglas en el uso justificativo es retrospectiva, puesto que se trata de justificar una acción pasada, intentando mostrar que es una acción correcta. De este modo se pretende alcanzar la aceptación o evitar el reproche.

El valor funcional que tiene una regla en un determinado contexto consiste en la capacidad para generar certeza en las consecuencias derivadas de sus distintos usos: certeza en la corrección de los enunciados de intención, certeza sobre lo acertado de las predicciones y certeza respecto a la prueba de la corrección de la acción realizada. El valor funcional de la norma puede ser descompuesto en valor práctico, valor predictivo y valor justificativo.

Tanto el valor práctico como el valor predictivo que le otorgamos a una regla depende de varios factores, que tienen que ver con nuestra percepción de los resultados que pueden ser obtenidos por seguir la regla o cómo de probable estimamos que sea el seguimiento de la regla por otros. Entre esos factores está, aunque no en exclusiva, el valor de justificación, puesto que el reconocimiento de que la norma es apta para justificar acciones constituye un refuerzo a nuestra convicción de que las acciones justificadas pueden

¹² En relación con la clasificación de los enunciados acerca del futuro en enunciados de intención y enunciados predictivos véase Dummett (1990, p. 238).

o deben ser hechas, y a nuestra confianza en cómo actuarán los demás —por ejemplo, no impidiendo acciones justificadas—.

Puede decirse, por lo tanto, que tanto el valor práctico como el valor predictivo reposan parcialmente en el valor justificativo de la regla. Por su parte, el valor justificativo deriva de la confianza en el reconocimiento del valor de la norma por el resto de la comunidad como criterio de corrección, esto es, como criterio que suministra aceptabilidad de las acciones y exclusión de reproche.

Las normas jurídicas están respaldadas por un sistema institucional de confianza que blindo su valor justificativo —al menos dentro del ecosistema institucional—, y, por lo tanto, potencia su valor práctico y predictivo respecto de las acciones reguladas por el derecho. Los actos que pueden ser justificados por normas jurídicas se califican por un tipo especial de corrección, la corrección jurídica: son actos correctos conforme a derecho. Estos actos jurídicamente correctos reciben una plena aceptación que se expresa a través de concepto de validez del acto jurídico, o a través del concepto de licitud, en cuanto no son objeto de reproche.¹³

Normalmente no se testea el empleo de normas jurídicas en su función prospectiva. El proceso de formación de la voluntad que conduce a la realización de una acción es, habitualmente, un proceso interno en el que la toma en consideración de las reglas no necesita ser exteriorizada para que cumpla su función en la decisión de actuar de una determinada manera. Es más, la manifestación pública de la toma en consideración de reglas en un proceso de decisión no es garantía de que tales reglas hayan sido efectivamente empleadas para formar la decisión, puesto que bien podría ser que el sujeto no fuera sincero en cuanto a sus razones para actuar.

En cambio, la función retrospectiva o justificativa es eminentemente pública —salvo cuando se trata de una simple autojustificación—, puesto que con ella se trata de conseguir algo de los

¹³ De este modo se identifica la validez jurídica con una especificación de las condiciones de éxito para conjuntos normativos institucionalizados (Bódig, 2018, p 226).

demás, la aceptación o el no reproche, que en el ámbito institucional jurídico se traduce en el reconocimiento de la validez del acto o de su licitud. Por ello, si se discute la aceptación o se propone el reproche, esto es, si se cuestiona la validez o la licitud del acto, se hace necesario mostrar que el acto es correcto por su conformidad con las reglas apropiadas.

En algunas ocasiones, cuando se trata de actos que son trascendentes para la colectividad, la justificación se requiere siempre con independencia de que se cuestione o no su validez o su licitud. Este es el caso de las decisiones jurídicas, que son aquellas en las que la conformidad con las normas jurídicas constituye el criterio de corrección fundamental, como paradigmáticamente ocurre con las decisiones judiciales y administrativas. Esto no quiere decir que estas decisiones no puedan ser valoradas conforme a otros criterios de corrección (moral, técnico-científico, económico), sino que, dentro del contexto institucional en el que se incardinan los órganos judiciales y administrativos, la aceptabilidad y la no reprochabilidad que cuenta es la que deriva de la corrección jurídica. Las decisiones pueden ser antieconómicas, inmorales o científicamente inconsistentes, pero si son correctas conforme a derecho, serán válidas o lícitas.

V. El valor justificativo del *soft law* en cuanto criterio de corrección jurídica

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la cuestión acerca de si el *soft law* puede tener algún valor en los usos mencionados estará fundada, en última instancia, en su capacidad para justificar acciones. El *soft law* tendrá un valor justificativo si proporciona criterios de corrección determinantes de la aceptación del acto o de su no reproche. Pero si de lo que se trata es de comprobar si las funciones que desempeña el *soft law* le otorgan relevancia jurídica, no será suficiente con estimar su papel en la justificación de acciones en sentido amplio; será necesario comprobar, además, si esa

justificación es tal que pueda ser considerada una justificación jurídica. En particular, una justificación que sirva para mostrar que una decisión jurídica es conforme a derecho. Se trata, por tanto, de analizar si el *soft law* puede utilizarse como argumento justificativo de una decisión jurídica.¹⁴ Pero no sólo para justificar tipos genéricos de corrección (corrección moral, corrección social, de oportunidad, etcétera), sino el tipo específico de corrección jurídica, la corrección que consiste en ser una decisión conforme a derecho.

Si asumimos como punto de partida la ausencia de juridicidad del *soft law*, parece muy cuestionable que se pueda confiar en que tales reglas aporten un criterio de corrección jurídica. Precisamente la ausencia de fuerza vinculante que, según la opinión mayoritaria, caracteriza genéricamente a los instrumentos de *soft law*, puede ser entendida como un veto para integrar argumentos jurídicos con este tipo de elementos en cuanto a que los órganos encargados de tomar decisiones jurídicas no estarían autorizados para derivar el sentido normativo de su decisión de otras reglas que no sean las que proceden del propio derecho.

Sin embargo, si se reconoce en el *soft law* un instrumento útil para justificar decisiones jurídicas, decisiones cuya corrección depende de su conformidad al derecho, es porque, de algún modo, la conformidad con el *soft law* se toma como un criterio de corrección jurídica. ¿Cómo es esto posible?

Me parece que el verdadero sentido que ha de darse a la ausencia de fuerza vinculante del *soft law* no está ligada a la completa incapacidad para integrar argumentos jurídicos, lo cual supondría una absoluta negativa a aceptar efectos jurídicos que deriven de este tipo de reglas, sino en la incapacidad para justificar dichos efectos por sí mismo y, por lo tanto, a la necesidad de fundamentar esos efectos sobre la base de un respaldo ulterior. Es decir, para que el *soft law* pueda ser empleado al justificar una pretensión

¹⁴ Sobre el papel del *soft law* en la elaboración de argumentos jurídicos, véase a Hage (2018, p. 34). Sin embargo, no comparto su opinión de que este papel que puede desempeñar el *soft law* en la elaboración de argumentos jurídicos le otorgue algún tipo de "estatus jurídico".

o una decisión es necesario que dicho empleo pueda, a su vez, ser justificado.¹⁵ Para que la alusión a un enunciado de *soft law* pueda ser utilizada como premisa normativa del argumento de justificación jurídica es necesario que dicha premisa sea la consecuencia de otro argumento previo que sirva para justificar su empleo.¹⁶ Y este argumento ha de tener una base jurídica.

Por lo tanto, parece que cualquier criterio de corrección jurídica debería estar vinculado al derecho de algún modo, puesto que sólo a través de este anclaje se puede considerar que una regla aporta corrección jurídica a las decisiones que se basan en ella. El *soft law* carecería de relevancia jurídica propia, y toda la que pueda alcanzar dependería de su vinculación con el derecho en sentido estricto.

Sin embargo, al menos aparentemente, no siempre la eficacia reconocida al *soft law*, manifestada en su empleo como justificación de decisiones jurídicas, deriva de su conexión con el derecho (Bódig, 2018, p. 239).

En algunas ocasiones, el recurso argumentativo al *soft law* parece contar con un respaldo autónomo tan intenso que hace innecesaria una justificación ulterior. Es más, en algunas ocasiones se ha aludido al llamado efecto "*comply or explain*" del *soft law*, lo que indica la necesidad de justificar el empleo de otras premisas distintas a las proporcionadas por el *soft law* relevante para un caso para el que la pretensión o la decisión se considere jurídicamente fundada.

¹⁵ Respecto a la dificultad de usar el *soft law* en la construcción de argumentos jurídicos, *vid.* Hage (2018, p. 39).

¹⁶ 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, pp. 124-ss.; Hernández Marín, 2021, pp. 329-ss.).

VI. Discrecionalidad y valor justificativo del *soft law*

Si tenemos en cuenta la función de complemento o colaboración que el *soft law* desempeña respecto al derecho, parece razonable entender que aquel adquiere protagonismo en aquellas situaciones en las que el derecho sea regulativamente insuficiente. En muchas ocasiones esta insuficiencia se traduce en la formación de ámbitos de discrecionalidad que afectan a las decisiones jurídicas.¹⁷

En la toma de decisiones jurídicas tenemos un ámbito de discrecionalidad cuando no hay una decisión de la que se pueda afirmar con certeza que es la única conforme a derecho. Por lo que se refiere a los ámbitos de discrecionalidad, Hernández Marín distingue dos tipos: ámbitos de discrecionalidad en sentido propio, en los cuales encontramos varias decisiones posibles todas ellas jurídicamente correctas; y ámbitos de discrecionalidad en sentido impropio, en los que existen dudas sobre la corrección jurídica de algunas decisiones.

En un ámbito de discrecionalidad en sentido propio no hay una única decisión que sea conforme a derecho. Sin embargo, el órgano decisor sólo puede dictar una de las varias posibles, sin que el derecho le proporcione un criterio para llevar a cabo esa opción. Esto no quiere decir que esta selección carezca de puntos de referencia y, por lo tanto, no pueda realizarse una valoración de su corrección. No sería racional pensar que cualquiera de las decisiones posibles vale en el caso concreto planteado; o, mejor dicho, que no hay ninguna decisión que sea, en algún sentido relevante, mejor que otras.

La función del *soft law*, en este caso, podría ser la de proporcionar un criterio que sirva de guía en la selección de una decisión entre las varias decisiones jurídicamente posibles. No obstante, esta función difícilmente puede decirse que suponga atribución de relevancia jurídica alguna a tales instrumentos, puesto que el *soft law*

¹⁷ Sobre el papel del *soft law* como limitador de la discrecionalidad administrativa, véase a Sarmiento (2008, pp. 63-64) y Garrido Gómez (2018, p. 218).

no estaría aportando un criterio de corrección jurídica en sentido estricto.

En cambio, cuando existe un ámbito de discrecionalidad en sentido impropio se genera una duda genuina sobre cuál es la decisión jurídicamente correcta. No se trata entonces de decidir entre, sino de identificar cuál de las decisiones, dentro de un arco de incertidumbre, es la jurídicamente correcta. La función del *soft law* en estos casos puede ser la de clarificar el mensaje del derecho, disolviendo las dudas generadas en su comprensión y en la identificación de las decisiones jurídicamente correctas.

La relevancia jurídica del *soft law* puede explicarse a partir de la función que desempeña a la hora de justificar decisiones afectadas por un ámbito de discrecionalidad. Esta relevancia deriva del específico valor que se le otorga a este tipo de instrumentos en cada una de las posibilidades mencionadas. Cuando la función de selección tiene lugar en un ámbito de discrecionalidad en sentido propio puede decirse que el *soft law* opera con valor de orientación; mientras que cuando la identificación de la decisión correcta tiene lugar dentro de un ámbito de discrecionalidad en sentido impropio el *soft law* operaría con valor de ordenación.

1. *Soft law con valor de orientación*

Ninguno de los criterios que pueda utilizar el órgano decisor para seleccionar una decisión, de entre todas las que son posibles dentro de un ámbito de discrecionalidad en sentido propio, aporta una diferencia sustancial que tenga relevancia jurídica. Todas las posibles decisiones estarán jurídicamente justificadas por su conformidad con el derecho que regula la situación planteada. Por ello, cuando se acude al *soft law* para dar cuenta de la elección realizada no se busca una justificación jurídica para la concreta opción preferida. Ante la posibilidad jurídica de diversas decisiones, el *soft law* proporciona un criterio funcional objetivo para seleccionar la mejor de las decisiones posibles. No se trata de que sea jurídicamente la mejor, puesto que por hipótesis todas las decisiones jurídicamen-

te posibles tienen igual valor, sino de que se considere la mejor según el criterio funcional seleccionado por el órgano decisor. El valor que tiene aquí el *soft law* es el de proporcionar un criterio objetivo que está a disposición de cualquier otro órgano de decisión; con ello se favorece la racionalidad de la elección, y se hace posible la igualdad de trato en las distintas situaciones.

Evidentemente un ámbito de discrecionalidad en sentido propio, dentro del cual el *soft law* puede operar con valor de orientación, excluye la existencia de una función jurídicamente impuesta —por ejemplo, a través de principios constitucionales—, puesto que, en ese caso, la decisión jurídicamente correcta vendría determinada desde el propio derecho. Un ámbito de discrecionalidad en sentido propio supone un espacio de libertad para que el decisor aplique sus preferencias funcionales respecto de las que el *soft law* puede servir como criterio de racionalidad.

Este valor de orientación genera una presunción de racionalidad de la decisión conforme al *soft law*, lo cual traslada la carga de argumentación sobre el órgano decisor que pretende apartarse del mismo. Incluso podrían existir presiones sociales para imponer este tipo de *soft law*. Pero esta presión no sería un efecto jurídico institucional; no sería ejercida por medio de procedimientos regulados por normas jurídicas (Kirste, 2018, p. 50).

A. *Soft law con valor de ordenación*

En otras ocasiones el *soft law* no se limita a proporcionar un criterio para seleccionar a una de las decisiones de entre todas las jurídicamente correctas de un ámbito de discrecionalidad en sentido propio, actuando como guía orientativa, sino que se postula como índice para la identificación de la decisión jurídicamente correcta. Se trata de casos en los que el derecho es incompleto o está indeterminado, de tal modo que no cabe identificar con claridad qué decisiones son jurídicamente correctas y, por lo tanto, nos encontramos con un ámbito de discrecionalidad en sentido impropio.

Cuando el *soft law* funciona como un indicador de la respuesta jurídica correcta, opera con valor de ordenación. No es simplemente una herramienta para orientar la elección del decisor, condicionada a sus preferencias funcionales, sino que se supone que representa la instanciación de las preferencias funcionales del legislador que han quedado oscurecidas en la formulación del enunciado jurídico.

El caso paradigmático en el que el *soft law* opera con este valor de ordenación es cuando la ley contiene una remisión normativa a ese tipo de instrumentos. Una remisión normativa es un enunciado jurídico en cuyo supuesto de hecho, o en cuya consecuencia jurídica, se produce un reenvío a otros enunciados, documentos u otro tipo de entidades. La norma jurídica de remisión es una norma incompleta, cuyo contenido regulativo debe ser completado por el objeto de remisión, que adquiere valor jurídico por la integración en el derecho operada a través de la remisión. Podemos decir que la relevancia jurídica del *soft law* deriva directamente del reconocimiento por parte del derecho. No es necesaria ninguna justificación externa (funcional o de autoridad). Esa justificación externa sólo se requiere en la fase de creación de la norma de remisión, cuando es necesario justificar qué valor tiene el *soft law* para integrar el contenido de la norma.

Cuando el *soft law* es objeto de una remisión jurídica, se convierte en criterio de corrección jurídica de la decisión conforme a derecho. Ya no sirve sólo para justificar que la decisión es la mejor de las soluciones jurídicas disponibles, sino para justificar que es una decisión jurídica disponible.

B. El valor del *soft law* interpretativo

En los casos de remisión encontramos, en las mismas normas jurídicas, una especie de reconocimiento expreso de la insuficiencia del derecho, que al mismo tiempo legitima la función desempeñada por los instrumentos de *soft law* objeto de remisión. Sin embargo, no siempre que el *soft law* acude en ayuda del derecho

se debe a que ha sido solicitado por este. La mayor parte de las veces, los problemas de comprensión y especificación resultan inadvertidos para el legislador, y sólo son revelados cuando es requerido para cumplir sus distintas funciones (práctica, predictiva o justificativa).

En estos casos, el *soft law* puede ofrecerse al usuario del derecho como una interpretación o especificación adecuada del derecho. La relevancia jurídica del *soft law* está relacionada, de este modo, con su valor interpretativo, sin que medie un reconocimiento explícito o implícito por parte del propio derecho. Un ejemplo de esto es la referencia en la legislación administrativa a “las buenas prácticas”, que no siempre están definidas en la legislación, sobre todo por ser demasiado dinámicas o excesivamente técnicas. Ante esta insuficiencia semántica del término “buenas prácticas”, el intérprete puede encontrar en códigos de conducta, códigos de buenas prácticas o protocolos de actuación, la precisión de contenido que haga falta en las normas jurídicas que le ocupan.¹⁸

Cuando el *soft law* se emplea con esta función, ¿tiene valor de orientación o valor de ordenación? Se podría entender que el *soft law* ofrece una interpretación, entre muchas posibles, de la norma jurídica en cuestión. Si esto es así, el *soft law* tendría valor de orientación puesto que, ante una pluralidad de interpretaciones jurídicamente admisibles, asume un valor funcional extrajurídico (político, económico, moral) como presupuesto, y selecciona una interpretación que es la mejor posible según ese valor. Esta manera de entender la función interpretativa del *soft law* configura la elección de significado de la norma jurídica como un ámbito de discrecionalidad en sentido propio para el intérprete.

La otra alternativa consiste en considerar que la duda genuina sobre la interpretación de la norma jurídica no atribuye una discrecionalidad en sentido propio al intérprete. No se trata de que todos los significados entre los que se duda sean significados ad-

¹⁸ En el ámbito del derecho privado, Vaquer Aloy (2013, pp. 112-113) realiza una ordenada exposición de los usos del *soft law* contractual europeo por la jurisprudencia española en casos de indeterminación de la respuesta jurídica.

misibles. Por el contrario, hay una interpretación correcta que resulta inaccesible epistémicamente. Otorgar valor interpretativo al *soft law* supone confiar en que la interpretación que ofrece de las normas jurídicas es la interpretación correcta, lo que parece confluir con una consideración del *soft law* con valor de ordenación. El *soft law* operaría, en este caso, en un ámbito de discrecionalidad impropia, en cuanto que propone la interpretación correcta ante la duda que ofrece la indeterminación semántica del enunciado jurídico interpretado.

Obviamente este valor tendría una fundamentación extrajurídica que no podría ser otra que la atribución de relevancia a la autoridad emisora del *soft law* o a su contenido. Sin embargo, esta relevancia no está ligada a la aceptabilidad funcional de los criterios de *soft law*, como ocurre cuando tiene valor de orientación, sino a la confianza en que el *soft law* ofrece una interpretación correcta del derecho aplicable, esto es, depende del valor epistémico atribuible al *soft law* como interpretación del derecho. De este modo, el *soft law* tendría valor de ordenación, puesto que proporcionaría una justificación jurídica de la decisión.

VII. Conclusiones

Pese a su apariencia nominal, el *soft law* no es una subespecie del derecho ni un tipo de derecho. No es necesario entrar en una polémica terminológica estéril para analizar el papel con el que este género regulativo participa de las funciones propias del derecho. El hecho de reconocer una relevancia jurídica al *soft law* no implica necesariamente su inclusión entre los elementos del derecho. De hecho, la atribución de relevancia jurídica a algo puede tener varios significados, incluso cuando reconocemos que ese algo es un instrumento de regulación.

En el caso particular del *soft law*, la relevancia jurídica debe ser entendida en un aspecto más funcional que pretendidamente referencial. Pero tampoco esta relevancia funcional supone,

sin más, la atribución de la condición de juridicidad a los instrumentos de *soft law*.

La función de justificación de actos y, sobre todo, de decisiones jurídicas es la clave adecuada para testear la posible relevancia jurídica de los instrumentos de *soft law*. En la medida en que los argumentos contruidos a partir de premisas apoyadas en reglas de *soft law* son reconocidos como buenos argumentos para justificar que determinadas decisiones jurídicas son conformes a derecho, puede decirse que adquieren relevancia jurídica, que les habilita también para su empleo con funciones prospectivas.

Aunque este reconocimiento puede estar fundamentado suficientemente por medio de remisiones en los propios enunciados jurídicos, no resulta imprescindible que sea así. También los tribunales y otros órganos de decisión jurídica operan el reconocimiento de la relevancia jurídica del *soft law* al emplearla como ayuda al enfrentarse a ámbitos de discrecionalidad.

Este reconocimiento puede suponer una confirmación de creencias en que los criterios del *soft law* (no genéricamente, sino del concreto instrumento que resulta relevante) son criterios que aportan la respuesta funcionalmente requerida en cada caso. Estos criterios podrían ser específicamente jurídicos, como ocurre cuando el ámbito de discrecionalidad al que se enfrenta el órgano decisor lo es en sentido impropio; o podrían ser funcionales en otro orden distinto, cuando dicho órgano pone en juego sus específicas preferencias funcionales para decidir en un ámbito de discrecionalidad en sentido propio.

VIII. Referencias

Alonso García, R. (2001). El *soft law* comunitario. *Revista de Administración Pública*, (154), 63-94.

Bódig, M. (2018). Legal validity, *soft law*, and international human rights law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor

- (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 221-242). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_12
- Brus, M. 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 P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 243-266). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_13
- Caballero Helli6n, K. L. (2021). Incidencia del soft law para la aplicaci6n de normas. *Revista Jur6dica. Investigaci6n en Ciencias jur6dicas y Sociales*, 2(11), 59-73. <https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjmp/article/view/215>
- Calder6n Marengo, E. (2019). Los Incoterms como instrumento de derecho suave (soft law). *Revista e-Mercatoria*, 17(1), 47-85. <https://doi.org/10.18601/16923960.v17n1.02>
- Carpentier, M. (2018). Sources and validity. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 75-97). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_4
- D6ez-Picazo, L., y Gull6n, A. (2003). *Sistema de derecho civil. Vol. 1: Introducci6n, derecho de la persona, autonom6a privada, persona jur6dica* (11. ed.). Tecnos.
- Dummett, M. A. E. (1990). *La verdad y otros enigmas* (A. Herrera Pati6n, Trad.). Fondo de Cultura Econ6mica.
- Eliantonio, M. (2021). Judicial review of soft law before the European and the national courts; A wind of change blowing from the member states? En M. Eliantonio, E. Korkea-aho, y O. Ştefan (Eds.). (2021). *EU soft law in the member states: theoretical findings and empirical evidence* (pp. 283-302). Hart. <https://doi.org/10.5040/9781509932061>
- Escudero Alday, R. (2012). El concepto de soft law. En J. J. Moreso, y J. L. Mart6 (Eds.), *Contribuciones a la filosof6a del derecho; Imperia en Barcelona 2010* (pp. 127-148). Marcial Pons.

- Galiana Saura, A. (2016). La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (32), 297-322.
- García Valdecasas, J. G. (1983). *Parte general del derecho civil español*. Civitas.
- Garrido Gómez, M. I. (2018). *El soft law como fuente del derecho extranacional*. Dykinson.
- Hage, J. (2018). What is legal validity? Lessons from soft law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 19-45). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_2
- Hernández Marín, R. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Marcial Pons.
- Hernández Marín, R. (2021). *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons.
- Kelsen, H. (2002). *Teoría general del Estado*. Comares.
- Kirste, S. (2018). Concept and validity of law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 47-73). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_3
- Klink, B. van, y Lembcke, O. W. (2018). A Fuller understanding of legal validity and soft law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 145-164). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_7
- Mackor, A. R. (2018). What is legal validity and is it important? Some critical remarks about the legal status of soft law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 125-144). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_6
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and legal theory* (2a. ed.). Hart.
- OCDE (2024). Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 2023. <https://doi.org/10.1787/fb38c737-es>
- Posner, E. A., y Gersen, J. (2008). Soft law. *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, (213), 1-46.

- Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Thomson Civitas.
- Schauer, F. F. (2015). *The force of law*. Harvard University Press.
- Senden, L. (2004). *Soft law in European Community law*. Hart.
- Vaquer Aloy, A. (2013). El "soft law" europeo en la jurisprudencia española: doce casos. *Ars Iuris Salmanticensis*, (1), 93-115.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Iniesta Delgado, Juan José, "La relevancia jurídica del *soft law*", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19489. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19489>

APA

Iniesta Delgado, J. J. (2025). La relevancia jurídica del *soft law*. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19489. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19489>