

ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNAS DEFINICIONES COMUNES DEL CONCEPTO DE SOFT LAW *

Critical Analysis of Some Common Definitions of the Concept of Soft Law

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO**

Fecha de recepción: 29/08/2024

Fecha de aceptación: 28/10/2024

Anales de la Cátedra Francisco Suárez

ISSN: 0008-7750, núm. 59 (2025), 377-403

<https://doi.org/10.30827/acfs.v59i.31479>

RESUMEN El objetivo del presente trabajo es analizar críticamente alguno de los conceptos de soft law más difundidos en la literatura como paso previo necesario para formular una definición que sirva para mejorar nuestra comprensión sobre el soft law. Para ello, en primer lugar, afirmaré que los intentos de definición extensional de la expresión “soft law” tienen el problema de, bien ser inmanejablemente largas, bien terminar convirtiéndose en definiciones intensionales vagas. A continuación, presentaré dos definiciones de soft law ampliamente compartidas por la literatura (Snyder y Senden). Posteriormente, dividiré dicha definición para su análisis crítico en tres partes: el soft law es un conjunto de reglas de conducta; el soft law no es jurídicamente vinculante; y el soft law puede producir efectos prácticos y jurídicos (estos últimos, solo indirectos). Concluiré sosteniendo que las propiedades identificadas por estas definiciones no sirven para caracterizar adecuadamente el soft law.

Palabras clave: Soft Law, Directivos, Normas, Vinculatoriedad, Efectos Jurídicos.

ABSTRACT The aim of this paper is to critically analyze some of the most widespread concepts of soft law in the literature as a necessary first step to formulate a definition that will serve to improve our understanding of soft law. To this end, I will first state that attempts to define the term “soft law” in a broad sense have the problem of either being unmanageably long or ending up

* Para citar/citation: Núñez Vaquero, Á. (2025). Análisis crítico de algunas definiciones comunes del concepto de soft law. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 59, pp. 377-403.

** Universidad de Murcia. Facultad de Derecho. C. Santo Cristo, 1, 30001 Murcia (España). Correo electrónico: a.nunezvaquero@um.es. El presente trabajo se enmarca en el proyecto *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. Agradezco a Víctor García Yzaguirre y a Triantafyllos Gkouvas por sus comentarios a una versión previa de este trabajo.

as vague, intentional definitions. I will then present two definitions of soft law that are widely shared in the literature (Snyder and Senden). I will then divide this definition for critical analysis into three parts: soft law is a set of rules of conduct; soft law is not legally binding; and soft law can produce practical and legal effects (the latter only indirect). I will conclude by arguing that the properties identified by these definitions do not serve to adequately characterize soft law.

Key-words: Soft Law, Directives, Norms, Bindingness, Legal Effects

1. INTRODUCCIÓN

Es ampliamente aceptado en la literatura especializada que la expresión “soft law” (SL), de carácter eminentemente académico, fue introducido por Lord McNair¹. Sin embargo, es dudoso que este juez británico emplease alguna vez esta expresión de manera explícita (Terpan, 2023, p. 43). La pretensión de MacNair era analizar los diferentes tipos de acuerdos internacionales, señalando un subgrupo de aquellos que contenían principios muy generales, normas vagas y propuestas de *lege ferenda* (McNair, 1930; Mazuelos Bellido, pp. 1-2). De hecho, el significado de la expresión es analizado en profundidad solo posteriormente por autores como Dupuy y Baxter, entre otros.

También es habitual en la literatura teórica sobre el SL encontrarse con la afirmación según la cual el SL contemplaría un conjunto tan amplio de entidades diferentes (Ellis, 2012, p. 26; Hubkova, 2021, p. 38; Rubio, 2014, p. 49; Weiß, 2023, p. 33), que resultaría imposible definirlo. Ante esta situación, para definir el significado de la expresión SL, se podría recurrir a una definición de carácter extensional². Estas definiciones enumeran los elementos que formarían parte del dominio de la expresión: del mismo modo que puedo señalar a todos los deportistas españoles del equipo olímpico para explicar el significado de la expresión “deportista olímpico español”, es posible realizar una operación similar con la expresión “SL”.

-
1. Esto no obsta para que también esté siendo empleado por parte de la jurisprudencia. Por ejemplo, en un reciente auto del Tribunal Supremo en relación con los procesos de amnistía se emplea la expresión soft law. En relación con una resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, afirma que no tiene trascendencia jurídica, pero “[n]inguna duda abriga la Sala acerca de la capacidad del legislativo para interpretar y moldear los mensajes jurídicos que se derivan de las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria y de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa” (ATS 8322/2024, de 1 de Julio de 2024).
 2. Sobre las definiciones en el ámbito jurídico, véase Iturralde (1989) y Hernández Marín (2012, pp. 63 ss).

De este modo, se puede definir el SL como recomendaciones, códigos de conducta, resoluciones, informes, notificaciones, y así sucesivamente hasta designar todos los miembros de la clase.

Ahora bien, una definición extensional³ como la anterior no enumera cuáles son las entidades de la clase que forman parte de la categoría SL, sino que únicamente señala los tipos de entidades que podrían ser identificados como SL. De hecho, si la definición extensional tuviera que señalar todos y cada uno de los instrumentos que son calificados como SL, la definición fracasaría por la imposibilidad de señalar todos y cada uno de los elementos⁴ y porque sería tan (absurdamente) larga que sería inmanejable. Parece, por tanto, que, o bien establecemos las características de cada una de las entidades incluidas en la definición, o bien intentamos definir cuáles son las características que tendrían en común todo el SL. Esta última es la senda recorrida por la mayor parte de la literatura.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar críticamente algunas de las definiciones más populares en la cultura jurídica de la expresión SL. Aunque también prestaré atención a alguna otra definición, el trabajo se centrará en el análisis de las definiciones ofrecidas por Francis Snyder y Linda Senden⁵. Si bien no son las únicas, son aquellas que mayor influencia han tenido en la literatura especializada⁶. Mi crítica no pretende desmerecer los concienzudos análisis de estos autores, sino únicamente la inadecuación de sus definiciones respecto de aquello que es identificado como SL (incluidos sus propios trabajos).

El trabajo se estructura de la siguiente manera. En el apartado 2 tomaré en consideración algunas de las definiciones acerca del SL, para centrar luego el análisis en las definiciones de SL ofrecidas por Francis Snyder y Linda Senden. Se identifican tres partes en estas definiciones que son sucesivamente analizadas. En el apartado 3 analizaré la tesis según la cual el SL es un conjunto de reglas de conducta. En el apartado 4, determinaré la plausibilidad de la tesis de que el SL no es jurídicamente vinculante. En

-
3. Por definición extensional entiendo aquellas definiciones que, en lugar de señalar el conjunto de propiedades de uso correcto de un término o expresión, indican o enumeran el conjunto de entidades designadas o que forman parte del referente del término o expresión (Tarello, 2013, p. 195).
 4. Esto no sería un problema si, a continuación, se diferenciase entre cada una de las clases de los tipos de elementos mencionados, operando mediante género y diferencia. Con todo, si así se procediese, habríamos abandonado el ámbito de las definiciones extensionales, pasando al ámbito de las definiciones intensionales, más adelante explicada.
 5. Este trabajo, por razones de espacio, no abordará el tratamiento doctrinal del SL.
 6. El impacto que ha tenido la definición de Snyder es presentado en Stefan *et alii* (2019, pp. 10-11), así como su similitud con la definición de Senden.

el apartado 5, me preguntaré en qué sentido el SL puede producir efectos prácticos y jurídicos (estos últimos, solo indirectos). En el apartado 6 concluiré afirmando que ninguna de las propiedades identificadas por Snyder y Senden sirve para caracterizar adecuadamente el SL.

2. ALGUNOS EJEMPLOS DE DEFINICIÓN DE SL

Aunque han sido muchas las definiciones de SL que se han ofrecido durante cinco décadas, según Terpan (2023, p. 45), podemos identificar dos grandes grupos de definiciones. En primer lugar, nos encontraríamos con aquellas definiciones de SL en sentido amplio que mantienen una aproximación multidimensional, atribuyendo varias características a un conjunto de normas. Según Thieberge (2003, p. 610), el SL se caracterizaría por la falta de precisión de su contenido, la falta de fuerza vinculante y la falta de mecanismos de cumplimiento. Esta definición no configura estas tres características como un conjunto de condiciones conjuntamente necesarias y suficientes, siendo posible distinguir siete tipos de SL⁷. Por tanto, el hecho de que algo cuente como SL será una cuestión de grado, dependiendo del número de características que se vean satisfechas.

Esta definición es criticable, en primer lugar, porque calificar un contenido proposicional como SL por el hecho de ser vago resulta supra-incluyente, puesto que tanto en el Derecho como entre las normas sociales podemos encontrar multitud de normas vagas. En segundo lugar, decir que una norma pertenece al SL porque no es jurídicamente vinculante es —además de ambiguo si no se aclara qué quiere decir “jurídicamente vinculante”— impreciso porque no permite distinguir, por ejemplo, entre una Resolución de la Asamblea General de la ONU y las normas de un partido de baloncesto callejero, no pareciendo ninguna jurídicamente vinculante, pero pudiendo ser identificada como SL únicamente la primera. En tercer lugar, sostener que no hay mecanismos de coerción también impide distinguir múltiples normas que claramente no pertenecen al ámbito del SL —aquellas que instituyen buena parte de los derechos constitucionales sociales, las obligaciones de los sujetos que ocupan los más altos cargos de las instituciones nacionales, etc.— de normas que sí forman parte del SL⁸. Finalmente, el hecho de que se configuren las tres propiedades como mera-

7. Ello dependiendo de si cada una de estas propiedades está presente o ausente de una norma.

8. Esto no implica que SL y Derecho sean dos categorías excluyentes. En la medida en que el artículo 288 del Tratado de la Unión Europea concede a la Comisión la competencia para formular Recomendaciones e Informes, y que aquellos son identificados como casos claros

mente contribuyentes para que un instrumento cuente como SL produce múltiples casos de vaguedad⁹.

Según Terpan, también podemos encontrar definiciones de SL en sentido estricto, las cuales tendrían la ventaja de ser unidimensionales. En efecto, estas definiciones de SL atribuirían al SL la sola propiedad: carecer de obligaciones (“law without obligation”) (Terpan, 2023, p. 46). Estas serían las definiciones que más éxito habrían tenido, por ejemplo y sobre todo, aquella de Francis Snyder y, de manera similar, la de Linda Senden¹⁰.

Según Snyder el SL está compuesto por “un conjunto de reglas de conducta, las cuales, en principio, no tienen fuerza vinculante, pero que, sin embargo, pueden tener efectos prácticos” (Snyder, 1994, p. 2). Para Senden, el SL sería un conjunto de “reglas de conducta establecidas en instrumentos que no tienen atribuida fuerza jurídica vinculante en cuanto tales, pero que pueden tener determinados efectos jurídicos (indirectos)” (Senden, 2004, p. 3). Aunque existen diferencias entre ambas definiciones, aquellas son menores, por lo que las trataré conjuntamente.

Lo primero que hay que señalar es que, lejos de contener una única dimensión, estas definiciones hacen referencia al menos a tres aspectos que deben ser tratados de manera autónoma. En primer lugar, ambas definiciones aluden a la idea según la cual el SL está compuesto por un conjunto de reglas de conducta. En segundo lugar, se alude al hecho de que aquellas no tienen fuerza vinculante (Snyder), o no la tienen por sí mismas (Senden) debido al tipo de instrumento que utilizan para plasmarse. En tercer lugar, ambas definiciones también señalan que pueden tener efectos prácticos (Snyder) y/o jurídicos (Senden), pero de manera indirecta. A continuación, analizaré cada uno de estos elementos separadamente.

de SL, puede afirmarse que hay SL que forma parte de un ordenamiento jurídico. Véase, en cualquier caso, Hage (2018).

9. De hecho, por el problema de la vaguedad combinatoria, solo serían casos claros de SL aquellos en los que se cumplen todas las propiedades señaladas; y los casos en los que no se cumple ninguna, que serían casos de no-SL. Por vaguedad estoy entendiendo el problema lingüístico según el cual la extensión de un concepto no está perfectamente definida, por lo que se producirán casos claros de aplicación del concepto, casos claros de no aplicación del concepto, y casos dudosos de aplicación. Dentro de la vaguedad, aquella combinatoria consiste en que el significado de un término está compuesto por un conjunto de propiedades, pero existen dudas sobre cuáles de tales propiedades son necesarias y/o suficientes para que una entidad forme parte de la extensión. Véase Lifante Vidal (1999, pp. 203 ss).
10. Tomaré las definiciones de estos autores meramente como ejemplos. Mi intención no es realizar un análisis exhaustivo de sus obras, sino denunciar la incoherencia de estas definiciones respecto de aquello que normalmente es identificado como SL en las convenciones lingüísticas.

3. EL SL COMO CONJUNTO DE REGLAS DE CONDUCTA

La primera parte de las definiciones de Snyder y de Senden puede resultar evidente. Sin embargo, desde la teoría analítica del derecho, es posible hacer múltiples distinciones sobre qué son las reglas de conducta. Limitándome a las cuestiones que afectan directamente a la definición de SL, es preciso hacer referencia a los diferentes tipos de normas, la distinción entre reglas y principios y, finalmente a la diferencia entre normas y directivos no normativos.

3.1. *Diferentes tipos de normas*

La obra de George von Wright *Norma y acción* (1963) es un punto fundamental para la teoría de las normas. Von Wright no establece un único concepto de norma, sino que distingue entre seis tipos de normas, de las cuales aquí son relevantes los tres primeros tipos¹¹: las normas prescriptivas, las normas determinativas (o constitutivas) y las normas técnicas (Von Wright, 1963, pp. 26 ss).

Las normas prescriptivas se caracterizarían por prescribir o permitir un tipo de acción (Von Wright, 1963, p. 87). Por ejemplo: la norma según la cual está prohibido plagiar. Las normas determinativas (o constitutivas) posibilitarían realizar nuevas acciones que antes no era posible llevar a cabo, como la norma que establece qué es un contrato. La norma que establece bajo qué condiciones un acuerdo de voluntades cuenta como contrato hace posible un comportamiento que antes era imposible de realizar (Von Wright, 1963, p. 26)¹². Finalmente, las normas técnicas son instrucciones que, a partir de un objetivo dado, pretenden indicar los pasos necesarios para la consecución de tal objetivo (Von Wright, 1963, p. 29). Por ejemplo: las instrucciones para encender el ordenador con el que estoy escribiendo. A diferencia de las normas constitutivas, que podrían ser vistas como instrucciones sobre cómo realizar un contrato válido o casarse, las normas técnicas presuponen algún enunciado anankástico, es decir, un enunciado que

11. Los otros tipos de normas hacen referencia al origen (consuetudinarias) y a su contenido o pertenencia a un conjunto (morales e ideales). Cfr. Von Wright (1963, p. 27).

12. Mientras que las normas prescriptivas tienen un caso genérico (un supuesto de hecho) al que se le asocia una calificación normativa (obligatorio, prohibido y permitido), las normas constitutivas tienen un supuesto de hecho (acuerdo libre con causa justa y objeto lícito) asociado con una propiedad institucional (ser contrato). Cfr. Moreso y Vilajosana (2003, p. 74).

describe una relación de causalidad (no de imputación, en los términos de Kelsen) entre dos eventos¹³. De este modo, si no satisfaces lo previsto por la norma constitutiva sobre qué es un contrato, el resto de sujetos considerará que lo que has firmado no es un contrato; si, por el contrario, no cumples con lo previsto por la norma técnica para encender el ordenador, no conseguirás encenderlo sin que sea necesaria la intervención de ningún sujeto.

Las anteriores consideraciones son importantes porque, en sentido estricto, las reglas de conducta mencionadas en las definiciones de Snyder y Senden parecen corresponderse únicamente con las normas prescriptivas, pero sólo de tipo permisivo¹⁴. Si la característica que uniría a ambas definiciones es que se centran en la ausencia de obligación, se produce una primera dificultad: si las reglas de conducta a las que se refieren Snyder y Senden fuesen normas prescriptivas, entonces tendríamos un problema porque se estaría excluyendo tanto a las normas de obligación como a aquellas de prohibición¹⁵, quedando únicamente las normas permisivas.

Se presentan otros dos problemas. El primero de ellos es que dentro del SL parecen encontrarse múltiples normas constitutivas. El segundo es que también parece que nos encontramos con normas técnicas. Del segundo problema me ocuparé más adelante (*infra*, 3.3).

No es difícil encontrar normas constitutivas dentro de documentos de SL. Por ejemplo: en la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE (2016/C 262/01 DOUE 19.7.2016), se define qué cuenta como “ayuda de estado”. Pues bien, lo que se hace mediante esta Comunicación es establecer qué interpretaciones de la expresión “ayuda de estado” (supuesto de hecho) van a ser consideradas como válidas (propiedad institucional).

No se trata únicamente de un fenómeno vinculado a la Unión Europea, ni tampoco limitado al ámbito internacional. Por ejemplo: la Agencia Nacional de Acreditación de España (Aneca), encargada de evaluar las competencias de los profesores universitarios, publicó un documento llamado

13. Se podría pensar, no obstante, en normas técnicas que presuponen un enunciado que no establece una relación de causalidad entre dos eventos, sino de mera probabilidad (Gometz, 2008, pp. 27 ss.).

14. Esto no significa que estos autores, a la hora de describir instrumentos de SL, no incluyan también otras entidades diferentes de reglas prescriptivas (Senden, 2004, pp. 118 ss.). Lo único que sostengo es que sus definiciones no dan cuenta de la gran variedad de instrumentos que ellos mismos iluminan.

15. Hay que recordar que prohibido y obligatorio son conceptos interdefinibles: decir que está prohibido jugar a la pelota es lo mismo que decir que es obligatorio no jugar a la pelota.

“Conversaciones con Aneca”, en el que se precisaba, para el ámbito de las ciencias jurídicas, qué se entendería por “monografía”¹⁶.

3.2. Reglas y principios

Uno de los temas más controvertidos en las últimas décadas en el ámbito de la teoría jurídica ha sido aquel de la distinción entre dos tipos de prescripciones: principios y reglas. Desde que Dworkin publicara *Los derechos en serio*, calificando a los principios como triunfos (Dworkin, 2002, pp. 37 y 493) —es decir, normas que podrían derrotar o desplazar la aplicación de cualquier otra norma— se han ido sucediendo diferentes teorizaciones acerca de la distinción. Sin embargo, aquella más acabada es la que podemos encontrar en *Las piezas del Derecho* de Atienza y Ruiz Manero (2016).

Según estos autores, la diferencia (Atienza y Ruiz Manero, 2016, pp. 29 ss.) entre estos tipos de normas prescriptivas es de carácter estructural¹⁷: mientras que las reglas son normas de condicional cerrado, los principios serían normas de condicional abierto. Decir que una norma tiene condicional cerrado significa que, si se ve satisfecho el supuesto de hecho de la norma, entonces se sigue necesariamente la consecuencia prevista. En los principios, aunque *prima facie* se dé el supuesto de hecho, es necesario argumentar ulteriormente que se ha visto satisfecho su supuesto de hecho y que, por tanto, se ha de seguir la consecuencia. Por ejemplo: nadie duda de que si tenemos una norma (regla) según la cual se debe presentar la declaración de la renta antes del 1 de julio bajo pena de multa de 100€, y alguien presenta la declaración de la renta el 28 de septiembre, entonces deberá pagar los 100€. Sin embargo, si nos encontramos la norma según la cual no se pueden realizar distinciones por razón de género bajo pena de sanción, y tenemos un colegio que solo admite varones, habrá que justificar si esta norma viola (o no) el principio según el cual no se pueden hacer distinciones por razón de género.

A su vez, podemos distinguir los principios jurídicos en dos tipos (Atienza y Ruiz Manero, 2016, p. 33). Los principios en sentido estricto son

16. Disponible en https://www.aneca.es/documents/20123/148596/D14_derecho.pdf/ae76c1e3-7118-5b3d-0705-8e536ddbd144?t=1666960174989

17. Atienza y Ruiz Manero ofrecen otros dos criterios. El primero de ellos hace referencia al tipo de razones que proporcionarían cada tipo de norma. El segundo criterio se refiere a los tipos de intereses que justifican cada tipo de norma. Atienza y Ruiz Manero, 2014, pp. 34 ss.

prescripciones que, pese a tener el condicional abierto, cuando se concluye que son aplicables, debe llevarse a cabo la acción prevista como consecuencia jurídica. En el ejemplo anterior, la consecuencia podría ser que el colegio reciba una multa o se imponga su cese. En cambio, en las directrices o mandatos de optimización, el intérprete aplicador tiene que elegir cuál es el curso de acción idóneo para conseguir el estado de cosas que prescribe la directriz. Por ejemplo: si se considera que es aplicable el principio a una vivienda digna¹⁸, el aplicador tendrá que decidir si se da dinero en efectivo para comprar casas, se ofrecen alquileres sociales, etc.

Esta discusión es relevante para entender al menos una parte del SL. En efecto, aunque resulta exagerado tratar de reducir todo el SL a principios en sentido estricto (Pastore, 2014, p. 85; Rubio, 2014, 59) y/o a mandatos de optimización, las políticas marco y los planes suelen introducir mandatos de optimización. Con todo, es importante subrayar que estos mandatos de optimización no son normas de acción en sentido estricto porque no prescriben un determinado comportamiento, sino que señalan un determinado fin o estado de cosas como deseable. Es el aplicador quien debe determinar cuáles son los medios idóneos para alcanzar dicho fin preestablecido en la norma. Esto no implica una menor obligación¹⁹, sino únicamente que las condiciones para que resulte aplicable son objeto de justificación, y que es el destinatario quien ha de elegir qué medios son los idóneos para cumplir con el fin preestablecido.

3.3. Normas y directivos no normativos

Algunos autores han llegado a sostener que el SL estaría compuesto por normas no obligatorias (y otras expresiones similares)²⁰, lo que parece una contradicción en los términos. Ahora bien, para poder entender en qué sentido serían normas no obligatorias, lo primero que tenemos que pregun-

18. Hay que tener en cuenta que, en su más reciente formulación, la distinción entre reglas y principios se hace colapsar con aquella entre normas categóricas (principios) y normas hipotéticas (reglas). De este modo, los principios, al tener un supuesto de hecho en blanco, serían aplicables en todos los casos (Ródenas, 2015, p. 18).

19. De hecho, no tiene sentido decir que una norma es más o menos obligatoria puesto que es una propiedad binaria (Hage, 2018, 46).

20. «[El soft law] son normas que no son normas»; «Normas sin carácter obligatorio». Cfr. Sarmiento, 2008, pp. 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 p. 307). En términos similares («non vincolanti e privi di sanzione») se pronuncia Zaccaria (2022, p. 27)

tarnos es en qué sentido podemos decir que una norma es obligatoria. En un primer sentido, podemos decir que tenemos una norma de obligación sencillamente cuando tenemos un contenido proposicional que asocia un determinado tipo de comportamiento al calificador deóntico “obligatorio” o “prohibido”.

Sin embargo, si solo nos quedamos en esta afirmación, no se aclaran demasiado las cosas. Cuando afirmamos que un comportamiento es obligatorio parece que hay otras dos afirmaciones implicadas²¹. La primera de ellas es que cuando nos encontramos con un comportamiento calificado como obligatorio, el emisor o el destinatario consideran que el segundo debe llevar a cabo el comportamiento, incluso en contra de su voluntad (Ross, 1978, p. 105). Por supuesto, esto no implica que realmente vaya a llevar a cabo el comportamiento en contra de su voluntad, sino únicamente que hay algún sujeto que considera que debería obrar así incluso en contra de la voluntad del destinatario. La segunda afirmación implicada es que el no cumplimiento por parte del destinatario de dicha prescripción estará sujeto a crítica, a reproche social (Hart, 2004, p. 70; Bobbio, 1978, p. 40)²².

Tanto la teoría jurídica como la ciencia del derecho de las últimas décadas han considerado que las únicas entidades cuya función es dirigir el comportamiento son las normas²³. Sin embargo, desde Ross (1978, 87 ss.) sabemos que hay una categoría más amplia, aquella de los directivos —enunciados (y/o su contenido proposicional) que orientan el comportamiento estableciendo una idea de acción como modelo de comportamiento²⁴— más amplia que aquella de las normas²⁵. En la categoría de los directivos encontramos, junto a las normas que establecen obligaciones (cuasi-mandatos), también a los consejos, recomendaciones, advertencias, avisos y un larguí-

21. Aquí estoy reduciendo la obligatoriedad, en línea con el realismo jurídico, a hechos (Hage, 2018, p. 28).

22. Sin embargo, esto no debe ser confundido con la presencia de sanciones jurídicas institucionalizadas. Por sanciones jurídicas institucionalizadas podemos entender aquellas en las que una norma prevé una consecuencia desagradable para el infractor y quien ejecutará tal consecuencia (Kelsen, 2005, pp. 123-124).

23. Buena parte de la literatura ha tratado de reconstruir la obligatoriedad del SL convirtiendo la validez en una propiedad gradual de las normas y, de paso, afirmando que el positivismo jurídico no puede dar cuenta del SL (Van Klink y Lembcke, 2018). El problema pasa por considerar que las normas son el único tipo de entidades jurídicas presentes en nuestros ordenamientos.

24. En realidad, Ross sostiene que los directivos no son el contenido de significado y que, para que un enunciado cuente como directivo, es necesario que se produzcan determinados hechos sociales (Ross, 1978, 146 ss.)

25. Bobbio señala como la cuestión estaba presente ya en la segunda escolástica (Bobbio, 1970, pp. 52 ss).

simo etcétera de tipos de actos directivos que no han sido suficientemente analizados.

Para trazar la diferencia entre normas y otros directivos no normativos podemos usar, en negativo, las dos características empleadas para definir las normas. En este sentido, podemos entender los directivos no normativos (consejos, recomendaciones, etc.) como aquellos que orientan el comportamiento, pero que— a diferencia de las prescripciones— no presentan un determinado comportamiento que el destinatario ha de cumplir incluso en contra de su voluntad²⁶. Además, el seguimiento o no seguimiento de consejos, advertencia o recomendaciones no está sometida a reproche (Bobbio, 1970, p. 60).

Ahora bien, lo que sí puede estar sometido a reproche de irracionalidad es ignorar el consejo, recomendación o advertencia, es decir, ni siquiera introducirlo en el balance de razones. Ello no se debe a que exista una obligación de tomar en cuenta el consejo, sino más sencillamente porque resulta irracional ignorarlo. Por ejemplo: nadie nos obliga a tener en cuenta la advertencia de que un líquido es venenoso; si decidimos suicidarnos, nadie reprochará que nos hayamos bebido el líquido; lo que sí será objeto de reproche es que nos bebamos el líquido sin tener en cuenta la advertencia de que es un veneno.

Pues bien, en el SL encontramos múltiples ejemplos de advertencias, consejos, recomendaciones o avisos, por mencionar solo alguno de los más importantes. Decir que el SL está compuesto de reglas de conducta resulta entonces infra-incluyente, al menos en lo que se refiere a este conjunto de directivos no normativos que no tiene mucho sentido equiparar a las normas. De hecho, si seguimos la reconstrucción de Bobbio (1970, p. 47), los consejos consistirían en mostrar un curso de acción idóneo para alcanzar un determinado fin, lo que parecería corresponderse con al menos algunas formas de entender las normas técnicas²⁷. Por ejemplo: algunas de las recomendaciones de la OMS durante la pandemia del Covid pueden ser

26. Sin embargo, se podría argumentar, esto haría a los directivos no normativos indistinguibles de los permisos. Ahora bien, en la medida en que a todo permiso corresponde una obligación de abstención por parte de terceros, la contravención por parte de un tercero sí implicaría reproche para ese tercero. Pero nada de esto sucede con los directivos no normativos.

27. Ross, por su parte, reconstruye los consejos como reducibles a puros enunciados descriptivos, salvo cuando la información es tan compleja que quien da el consejo toma elecciones que el receptor no podría tomar por sí mismo (Ross, 1978, p. 100).

fácilmente reconducibles a reglas técnicas, en la medida en que señalaban los medios idóneos para evitar contagios²⁸.

4. FALTA DE VINCULATORIEDAD (RELEVANCIA NORMATIVA Y REGLA DE RECONOCIMIENTO)

La segunda propiedad de las definiciones de Snyder y Senden es que se trataría de enunciados que no tendrían fuerza vinculante²⁹. Aunque una parte de la literatura ha tratado de explicar en qué consistirían esta falta vinculatoriedad jurídica³⁰, resulta necesario analizar detenidamente su significado, y si aquellas reflejan el funcionamiento del SL. ¿Existen instrumentos que sean reconocidos como SL que puedan ser consideradas como vinculantes? En el caso de que el SL no sea (siempre o nunca vinculante), ¿no juega ningún papel en la justificación de decisiones jurisdiccionales en sentido amplio?

Lo primero que hay que señalar es que la vinculatoriedad parece ser una propiedad diferente de la obligatoriedad y de la presencia de procedimientos de cumplimiento coactivo. En primer lugar, parece que hay múltiples normas —por ejemplo, las del Derecho romano clásico, las normas de etiqueta etc.— que, aunque establecen obligaciones, no son vinculantes. Igualmente, también podemos encontrar normas vinculantes, pero para las cuales no hay previstos mecanismos de cumplimiento coactivo. Por ejemplo: no parece haber dudas de que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es vinculante para el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, no hay mecanismos para forzar su cumplimiento.

Descartada la sinonimia entre obligatoriedad, vinculatoriedad y presencia de mecanismos de cumplimiento forzoso, podemos definir la vinculatoriedad como la propiedad de determinados directivos (normativos o no) cuya aplicación constituye condición necesaria —y, posiblemente, suficiente— de la validez de decisiones jurisdiccionales cuyo contenido está cubierto por el contenido de dichos directivos. En caso contrario, la toma de decisiones que son contrarias a estos directivos conlleva la declaración

28. Sobre el soft law emanado durante la pandemia por la UE cabe destacar Eliantonio y Stefan (2021).

29. De manera similar, Pastore (2014, p. 76)

30. La literatura es abudantísima al respecto. Para una visión panorámica, véase Escudero Alday (2012) y Rosic Fegus (2023, pp. 67 ss).

de su nulidad. No se trata, con todo, de una propiedad inherente a ningún directivo, sino que es otra norma la que señala que la falta de aplicación de otra norma implica la incorrección de la decisión que no la aplica. De este modo, una norma sería vinculante en el caso de que, resultando internamente aplicable³¹, su no aplicación en una decisión jurisdiccional en sentido amplio sea condición suficiente para la invalidez de tal decisión.

Más allá de la doctrina procesal³², podemos definir “decisión jurisdiccional en sentido amplio” como cualquier decisión institucional que califica un comportamiento —como obligatorio, permitido, válido o simplemente recomendado³³, etc.— no basándose exclusivamente en normas de carácter procedimental³⁴. En esta categoría podemos encontrar las decisiones judiciales (sentencias, pero también otros actos), decisiones administrativas, laudos arbitrales e, incluso, decisiones de órganos cuyas decisiones no pueden ser empleadas para una ejecución forzosa de dicha decisión. Por ejemplo: si el comité de Naciones Unidas para la discapacidad somete a evaluación el tratamiento dispensado por parte de un estado a una persona concreta, podrá concluir que dicho tratamiento es contrario al Derecho y/o al SL, pero tendrá que hacerlo de acuerdo con la normativa aplicable al respecto. En otro caso, su decisión podrá ser considerada materialmente incorrecta y, por tanto, inválida.

Ahora bien, es claro que la mayor parte de los directivos de SL no son vinculantes en este sentido. Esto es especialmente importante para dar cuenta de que la falta de aplicación de la mayor parte del SL no supone que las decisiones jurisdiccionales en sentido amplio sean inválidas, pero su efectiva aplicación sí puede ser relevante para justificar una decisión jurisdiccional y, por tanto, para la validez de dicha decisión.

-
31. Un directivo es internamente aplicable que cuando se ve satisfecho su supuesto de hecho en el mundo real (Moreso y Navarro, 1996, pp. 121 ss).
 32. No estoy disputando con la doctrina procesalista que es un órgano jurisdiccional, ni si deben ser independientes e imparciales. Únicamente llamo “jurisdiccional en sentido amplio” a cualquier decisión institucional que califique un comportamiento con base en normas no puramente procedimentales. Puede ser sustituida por cualquier otra expresión a preferencia de quien lea.
 33. La sentencia STL5798-2020 de la Corte Suprema de Colombia realiza una recomendación al Presidente de la Nación. No obstante, sucede lo mismo cuando órganos como el Defensor del pueblo realiza recomendaciones a los poderes públicos acerca de cómo han de comportarse.
 34. Este último inciso es necesario para poder distinguir estas decisiones de aquellas de carácter legislativo. Véase en cualquier caso Núñez Vaquero 2022, pp. 103 ss.

4.1. Vinculatoriedad formal

Para comenzar hay que preguntarse si, en algún caso, el SL es vinculante y por qué razón. En primer lugar, el SL puede ser vinculante porque una norma haga un reenvío a un instrumento de SL. En efecto, en este caso la falta de aplicación del SL podría ser reconducida a la ausencia de aplicación de la norma que reenvía al SL³⁵. Ahora bien, por mucho que una norma haga una remisión al SL, el instrumento designado no deja mágicamente de ser SL; simplemente se afirmara que hay una norma que hace una remisión a un instrumento de SL. Por ejemplo: si en un concurso público para una subvención se afirma que se tendrá en cuenta la guía de compras sociales de la Comisión Europea y, finalmente, dicha guía es no tenida en cuenta, tal decisión podrá ser calificada de inválida. Pero también puede suceder con órganos jurisdiccionales de SL —es decir, órganos que emiten decisiones no vinculantes— que apliquen tanto tratados internacionales formalmente vinculantes como SL. Por ejemplo: si el grupo Greco contra la corrupción emana un informe de cumplimiento ignorando los tratados y el SL en materia de lucha contra la corrupción, incluso aunque no podamos recurrirlo, podremos considerar dicho informe como incorrecto (o incluso ser invalidado). Ello se debe a que si es el propio Grupo Greco quien ha creado tales instrumentos de SL parece al menos irracional que no los emplee.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, pese a que haya un reenvío formal, la vinculatoriedad de cualquier directivo (sea o no SL) depende, en última instancia, de la práctica jurídica (Ross, 1997, p. 40). Todo jurista con un mínimo de experiencia sabe que en nuestros ordenamientos jurídicos podemos encontrar enunciados normativos que son sistemáticamente ignorados por la práctica y cuya falta de aplicación no provoca la invalidez de ninguna decisión que no la aplica. En tales casos, aunque podría estar justificado afirmar que *debería ser* jurídicamente vinculante, si aquél es sistemáticamente ignorado por los órganos jurisdiccionales en sentido amplio, no parece posible afirmar que es vinculante.

35. Aquí también podemos incluir los casos en los que mediante un precedente se considera que un instrumento de SL ha de ser aplicado (Núñez Vaquero, 2022, p. 140) y cuando el SL es reconducido al cumplimiento de algún principio de carácter general (Rosic Fegus, 2023, p. 70).

4.2. Vinculatoriedad de dicto

En segundo lugar, también es posible que un instrumento de SL sea empleado, sin norma de reenvío alguna, por parte de órganos jurisdiccionales, incluso con competencias para emanar normas vinculantes. Se podría discutir si órganos jurisdiccionales con competencia para emanar normas individuales vinculantes pueden (i.e. deben) alegar en su justificación instrumentos de SL. O, de manera menos ambiciosa, poner en cuestión si la razón principal (*ratio decidendi*) para justificar una decisión puede ser instrumento de SL (Rosic Fegus, 2023, pp. 63 y 70). Ahora bien, en muchas decisiones jurisdiccionales en sentido amplio, y especialmente de carácter administrativo³⁶, el SL es empleado como criterio de justificación de decisiones jurisdiccionales en sentido amplio, especialmente en los casos de discrecionalidad administrativa (Weiß, 2023, p. 50).

Para entender cómo es posible que un directivo de SL sea vinculante sin reenvío previo es necesario librarse de un poco de formalismo jurídico³⁷. En efecto, incluso si admitimos que para que un directivo sea vinculante tiene que haber una norma previa que haga un reenvío, nada impide que aquella no sea una norma explícita, sino implícita³⁸. Por ejemplo: la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión Europea sobre el funcionamiento de la red de autoridades de competencia establece que es dicha red la que asignará los casos litigiosos a alguna de las autoridades nacionales o a la Comisión Europea (y no hay ni rastro de reenvío por parte de ninguna norma jurídica a dicha declaración conjunta)³⁹. Otro ejemplo: la Comisión Europea define la noción de “caso excepcional” en relación con el artículo 2.4 de la directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente

36. Pero no solo en el ámbito administrativo. Los tribunales españoles están acogiendo el Derecho europeo de contratos para reinterpretar las disposiciones del Código Civil y para colmar lagunas. De hecho, aunque en algunos casos se emplea como argumento a mayor abundamiento, en la mayoría de los casos juega un papel central (Vaquer Aloy, 2013, pp. 112).

37. Desde luego, esta es una expresión extremadamente ambigua (Tarello, 1974, pp. 19 ss). Aquí me refiero a la tesis según la cual las únicas normas jurídicas son aquellas expresamente emanadas por autoridades con competencia para hacerlo. Para un análisis de las consecuencias del formalismo en la doctrina del derecho internacional público, puede verse Carbonell Yáñez (2021, pp. 474 ss).

38. Por normas implícita se puede entender todas aquellas normas que no son producto de la interpretación de disposiciones ni instrumentos (Guastini, 2014, pp. 165 ss).

39. No es solo que la decisión de asignación sea vinculante, sino que además es no revisable. Véase, en cualquier caso, Maher (2021, pp. 35-37).

(Hofmann, 2021, p. 48). De este modo, es posible que un directivo sin reenvío realizado por norma expresa, pese a todo, sea un directivo vinculante. Cuándo un directivo sea vinculante sin haber reenvío va a depender del consenso entre los órganos jurisdiccionales en sentido amplio, cuestión nada fácil de dilucidar en la práctica. Y, pese a ello, existen casos claros.

4.3. *Relevancia normativa*

Una vez aclarado qué quiere decir que un directivo es vinculante, y bajo qué condiciones puede serlo, es necesario introducir una ulterior categoría para explicar cómo, incluso aunque no sea jurídicamente vinculante, el SL puede ser empleado para justificar decisiones jurisdiccionales. Para mostrar esta posibilidad, es necesario introducir la noción de “relevancia normativa”, esto es, la propiedad de los directivos (normativos y no) según la cual su aplicación constituye —algún tipo de— condición (necesaria, necesaria y suficiente, solamente suficiente o, lo más importante en el contexto actual, meramente contribuyente) de la validez (o corrección) de una decisión jurisdiccional en sentido amplio. De este modo, la relevancia normativa es una propiedad más amplia que la vinculatoriedad, siendo esta última el tipo más rígido de relevancia.

Para entender en qué consiste esta relevancia jurídica es necesario volver sobre las normas constitutivas, es decir, aquellas que tienen una estructura en el que el supuesto de hecho es un tipo de acción o evento, y que la consecuencia jurídica es la atribución de una propiedad institucional (, matrimonio, parque natural, fiesta nacional, etc.). Por ejemplo: si algo es un acuerdo libre de voluntades, con objeto y causa lícita (supuesto de hecho), entonces cuenta como un contrato (propiedad institucional). Por supuesto, si uno de los tres requisitos no es satisfecho, entonces no estaremos frente a un contrato. Esta es la forma estándar en la que, desde Hart (2004, p. 38), se han entendido las normas constitutivas: como conjuntos de condiciones conjuntamente necesarias y suficientes para la atribución de una propiedad institucional.

Ahora bien, nada impide pensar en una norma constitutiva cuyo supuesto de hecho *no* sea una condición necesaria y suficiente para que se siga la propiedad institucional, sino que sea únicamente una condición suficiente. Por ejemplo, sabemos que existen diferentes formas de hacer testamento: ológrafo, notarial, en lecho de muerte, etc. Tomemos el testamento ológrafo: aquel que debe ser escrito de puño y letra del causahabiente, firmado y fechado. Si hay una disposición de última voluntad que satisface las

características de un testamento ológrafo, entonces el resultado institucional es que tal declaración de voluntad va a contar como un testamento.

La cuestión importante aquí es qué sucede si tenemos una disposición de última voluntad que *no* satisface los requisitos de un testamento ológrafo. Al establecerse únicamente que una de las formas de hacer testamento válido sea el ológrafo, ello no implica que no existan otras formas de alcanzar el mismo resultado institucional (testamento válido). Por el hecho de que algo no cuente como un testamento ológrafo, no podemos todavía concluir que no cuenta como testamento en absoluto.

Este punto es muy importante para comprender cómo funciona la relevancia normativa. En efecto, es posible que de la no aplicación de un directivo en un proceso jurisdiccional en sentido amplio no se siga la invalidez de la decisión. Sin embargo, la aplicación de ese mismo directivo en un proceso jurisdiccional sí puede ser considerada condición suficiente para la validez de la decisión jurisdiccional. En el caso del SL, al ser la aplicación de directivos de SL (supuesto de hecho) únicamente condición suficiente para la validez (propiedad institucional) de una decisión jurisdiccional, la no aplicación del directivo es indiferente, aunque su efectiva aplicación sí justificaría la decisión⁴⁰.

Pues bien, si admitimos que las normas constitutivas pueden establecer relaciones de suficiencia entre el supuesto de hecho y la propiedad institucional asociada (en este caso, validez), nada impide pensar en una norma constitutiva cuyo supuesto de hecho sea condición meramente contribuyente para la atribución de una propiedad institucional. Aunque no sea normalmente vinculante, el hecho de que un órgano jurisdiccional emplee un directivo de SL para justificar una decisión jurisdiccional puede hacer, al menos, que dicha decisión jurisdiccional se considere mejor justificada (contribuyente) o incluso que la decisión se encuentra completamente justificada únicamente empleando instrumentos de SL para resolver la controversia (suficiente). Esto es especialmente importante en aquellos casos de discrecionalidad por laguna⁴¹.

40. Esto puede resultar excesivo. Sin embargo, piénsese en el caso en que se enjuicia la validez de un acto administrativo que, tratándose de un caso de discrecionalidad por laguna, emplea directivos de SL para justificar su decisión. Pues bien, el órgano que enjuicia la validez del acto administrativo puede considerar que, en la medida en que empleó un directivo de SL, la decisión del órgano administrativo no ha incurrido en arbitrariedad y es, por tanto, válida.

41. Si la vinculatoriedad puede ser tanto por reenvío de norma expresa como por norma implícita, a mayor razón sucede lo mismo en el ámbito de la relevancia normativa. Es en última instancia la práctica jurídica la que determina si un directivo es relevante y cómo: como condición necesaria y suficiente (vinculante), solo suficiente o meramente contribuyente.

4.4. Una regla para reconocer el SL

Ahora bien, ¿cómo sabemos si un instrumento de SL va a ser considerado relevante? Resultaría ingenuo pensar que existe una específica norma para cada instrumento de SL que indique que aquél es jurídicamente relevante. Antes bien, lo que tenemos es una norma o criterio de carácter general (una regla de reconocimiento del SL) según el cual los instrumentos de SL pueden ser alegados frente a y por un órgano jurisdiccional en sentido amplio, y que aquello será tomado como condición —aunque sea solo meramente contribuyente— de justificación de una decisión jurisdiccional (o de una pretensión).

Con todo, no todos los instrumentos de SL tienen el mismo tipo de relevancia jurídica. La práctica jurisdiccional (en sentido amplio) es extremadamente fragmentaria (Gentile, 2021, pp. 78 ss): mientras que algunos instrumentos pueden ser calificados como vinculantes (formalmente o de *dícto*), otros tienen un papel muy poco importante en la justificación de las decisiones jurisdiccionales.

Cuestión diferente es cuáles son los criterios empleados para identificar un documento como SL. Algunos autores han sostenido que la relevancia de un instrumento de SL es contextual, en el sentido de dependiente del resto de directivos sobre la materia (Terpan, 2023, pp. 47-48). Frente a las aproximaciones contextualistas, se puede alegar que, tratándose del mismo contexto normativo, nadie confundiría —por poner un ejemplo— un documento proveniente de la OMS con la opinión de cualquier sujeto particular.

Este punto es importante porque muestra que los instrumentos de SL provienen de autoridades⁴² —prácticas o epistémicas⁴³— institucionalizadas⁴⁴. Un sujeto constituye una autoridad en este sentido cuando sus

En un sentido similar, Hage habla de la facilidad para introducir un directivo de SL en una argumentación jurídica (Hage, 2018, p. 48).

42. Quien mejor ha dado cuenta del papel de la autoridad en el SL ha sido Andrej Marmor (2011 y 2019), quien trata de explicar el SL como un conjunto de consejos (en sentido amplísimo) autoritativos. Para Marmor, la autoridad podría dictar normas que no incorporen razones excluyentes. Véase también MacCormick (2011, pp. 43 ss).
43. Es frecuente distinguir entre autoridades epistémicas y autoridades normativas. De nuevo dejando múltiples matices de lado, una autoridad es epistémica cuando aquella se justifica en el conocimiento que tiene el sujeto; una autoridad será práctica cuando aquella se justifica en que tiene atribuidas competencias para dictar directivos. Y, desde luego, nada impide que un mismo órgano cuente, al mismo tiempo, como autoridad epistémica y como una autoridad práctica.
44. Afirmar que una autoridad es o está institucionalizada quiere decir que aquella emana directivos mediante procedimientos regulados; o bien que toma decisiones jurisdiccionales en sentido amplio con base en directivos previos de carácter no meramente procedimental.

directivos son tenidos en cuenta no por razón de su contenido, sino por su origen. Esto no implica que su aplicación no dependa del contenido del instrumento del SL. De hecho, es posible que se reconozca un instrumento como SL, pero finalmente se descarte su aplicación por razón de su contenido. Lo que es preciso subrayar es que el contenido de dicho directivo será considerado para la justificación de una decisión jurisdiccional si proviene de una autoridad institucionalizada, aunque finalmente pueda ser descartado.

5. POSIBLES EFECTOS DEL SL

La última propiedad atribuida al SL, en la definición de Snyder, es la posibilidad de tener efectos prácticos; en la definición de Senden, la posibilidad de tener determinados efectos jurídicos (indirectos). Para establecer si dicha propiedad debe ser incluida en la definición, primero resulta necesario establecer qué podemos entender por “efectos jurídicos” y “efectos prácticos”.

5.1. *Efectos prácticos y jurídicos*

Por “efecto” podemos entender cualquier tipo de consecuencia producida por un hecho; en nuestro caso, este hecho va a ser la emanación de un instrumento de SL⁴⁵. Por “efectos prácticos”, parece que Snyder está entendiendo cualquier cambio de creencias y/o actitudes que pueda producirse por la adopción de un instrumento de SL. Es el tipo de efecto que la teoría de los actos de habla suele denominar «efecto perlocutivo». Por “efectos jurídicos” podemos entender algo más preciso: la modificación de la posición jurídica de un sujeto o de un tipo de acción. Esto quiere decir que acciones, eventos o personas que antes no tenían atribuida ninguna posición jurídica (válido, inválido, permitido, prohibido, etc.), ahora pasan a tenerla; o si previamente ya estaban calificados, pasan a tener otra calificación jurídica⁴⁶. Es el tipo de efecto que la teoría de los actos de habla suele denominar «efecto ilocutivo».

Si una autoridad no tiene este mínimo grado de institucionalización, difícilmente podrá ser reconocida como un órgano que dicta SL. Véase Núñez Vaquero, 2025.

45. Hage llama a esto fuerza vinculante (Hage, 2018, p. 23).

46. Es necesario distinguir que un directivo tenga efectos jurídicos respecto de su vinculatoriedad (supra, 4). Tal y como aquí la he reconstruido, la vinculatoriedad es una propiedad

Si lo que se está afirmando es que el SL puede tener efectos prácticos, en el sentido de que algún sujeto modifique sus creencias y/o actitudes prácticas (éticas, políticas y morales) por la emanación de un instrumento de SL, esto parece del todo evidente. Ahora bien, si lo que se pretende es distinguir el SL de otros fenómenos a partir de que tenga o pueda tener efectos prácticos, lo cierto es que no resulta demasiado útil. La razón es que son múltiples los directivos que, no pudiendo ser calificados como SL, pueden tener influencia práctica sobre otros sujetos. Si mi esposa me dice que es mejor que vayamos al cine el miércoles en lugar del sábado, probablemente la crea. Cualquier directivo puede tener consecuencias prácticas. Por lo tanto, incluir las consecuencias prácticas —como hace Snyder— como rasgo definitorio del SL es una mala idea porque resulta supra-incluyente.

5.2. *EL SL puede tener, o tiene, efectos jurídicos*

Más interesante resulta la conceptualización de Senden según la cual el SL podría tener efectos jurídicos indirectos⁴⁷. Por “efectos jurídicos directos” podemos entender aquellas modificaciones de posiciones jurídicas que se producen por el mero hecho de que se disponga un instrumento de SL; por “efectos jurídicos indirectos”, en cambio, podemos entender aquellos que no se generan por la emanación del instrumento o disposición de SL, sino que se requiere algún acto posterior para generar tales efectos jurídicos.

5.2.1. *Efectos jurídicos indirectos*

Que los instrumentos de SL pueden generar efectos jurídicos indirectos parece fuera de discusión. Por ejemplo: cuando la Dirección General de

de los directivos en relación con las decisiones jurisdiccionales en sentido amplio. Un directivo será vinculante si los órganos “deben” emplear dichos directivos para que sus decisiones sean válidas. Por el contrario, los efectos jurídicos se producen antes de que haya ninguna decisión jurisdiccional. Desde luego, si una norma genera efectos jurídicos, probablemente sea vinculante.

Ahora bien, se trata de dos propiedades independientes. En primer lugar, es posible que una norma tenga efectos jurídicos, pero no sea vinculante. Por ejemplo: el artículo 44 del Código Civil español establece que los cónyuges tienen la obligación de guardarse fidelidad, pero la no aplicación de dicha norma no implica la invalidez de ninguna decisión jurisdiccional. En segundo lugar, es posible que una norma no genere ningún efecto jurídico (cambio de posición jurídica) y, sin embargo, sí sea vinculante. Por ejemplo: una ley derogada ya no tiene efectos jurídicos, pero puede seguir siendo vinculante para los órganos que tienen que resolver casos previos a su derogación.

47. Para una clasificación de los efectos jurídicos que puede tener el SL, véase Arroyo (2023).

Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa publica la relación de normas europeas que han sido ratificadas como normas españolas, aquellas generan efectos jurídicos indirectos⁴⁸; o en muchos tratados de doble imposición firmados por España, se hace una remisión específica a los comentarios al modelo de tratado de la OCDE (Cabrera Carretero, 2022, p. 110).

Desde luego, no todos los instrumentos de SL van a tener efectos jurídicos indirectos. Por tanto, la tesis relevante es —no ya que todos los instrumentos de SL de hecho tengan efectos jurídicos indirectos, sino únicamente— que pueda tener efectos jurídicos indirectos. Ahora bien, lo que debemos preguntarnos es si esta es una característica privativa del SL. El problema es que también es posible encontrar ejemplos en los que es el legislador el que otorga efectos jurídicos indirectos a normas que no pueden ser calificadas como SL. Por ejemplo: un tratado internacional no va a surtir efectos jurídicos en España hasta que no sea ratificado; un proyecto de ley no modifica posiciones jurídicas hasta que es aprobado; y ninguno de los dos puede ser considerado como SL. La introducción en la definición de SL de la posibilidad de tener efectos jurídicos indirectos es una propiedad supra-incluyente, puesto hay múltiples directivos que no consideraríamos como SL, pero que sí pueden tener efectos jurídicos indirectos.

5.2.2. Efectos jurídicos directos

Aunque no está expresamente previsto en las definiciones de Snyder y Senden, interpretadas a contrario, podemos entender que ambas definiciones excluyen la posibilidad de efectos jurídicos directos para el SL.

Ahora bien, si seguimos las convenciones lingüísticas, a la mayor parte de la literatura y el hecho de que muchas veces los instrumentos de SL afirman no tener carácter vinculante, es posible convenir que algunos documentos, como las *Notices* de la Comisión Europea, o los Compendios publicados por la Comisión Interamericana, son instrumentos de SL. Ambos tipos de documentos orientan el comportamiento, no son obligatorios, pero en cierto sentido pueden tener efectos jurídicos. Por ejemplo, la Comisión ha empleado la *Noticie* como medio para adelantar (Arroyo y Rodríguez, 2021, p. 237) cuál será su posición en materia de ayudas de

48. Cabe resaltar que el acceso a dichas normas de contenido técnico es bajo pago como, por ejemplo, las normas sobre peajes electrónicos, que cuesta 147 y solo está disponible en inglés (BOE núm. 215, de 8 de septiembre de 2023; <https://tienda.aenor.com/norma-une-cen-iso-ts-37444-2023-n0071516>)

Estado dentro de la Unión Europea⁴⁹; por su parte, la Comisión Interamericana publica los Compendios con el objetivo de sistematizar los estándares de protección de Derechos humanos⁵⁰.

Ninguno de los dos órganos tiene competencia para declarar el sentido correcto de las disposiciones del Derecho primario ni secundario de la UE, ni del Pacto de San José. Dichas competencias corresponden, respectivamente, al TJUE y a la Corte Interamericana⁵¹. Ahora bien, lo que tenemos que preguntarnos es si es posible que *Noticias* y Compendios tengan efectos jurídicos directos. ¿Modifican estos instrumentos posiciones jurídicas sin intermediación de ningún otro acto jurídico⁵²?

Para entender la razón es preciso proceder por analogía, haciendo referencia a la potestad reglamentaria de los estados. Nadie pone en cuestión que mediante la potestad reglamentaria de los estados, se puede modificar posiciones jurídicas. Sin embargo, dichas modificaciones del estatus jurídico de un tipo de comportamiento pueden verse modificadas ulteriormente si un órgano jurisdiccional decide anular dicho reglamento. A esto hay que añadir que normalmente⁵³ los órganos jurisdiccionales no anulan reglamentos (ni tampoco instrumento de SL (Rosic Fergus, 2023, p. 61)).

Lo que sí puede hacer un tribunal es, habiéndose impugnado un acto que aplica un documento de SL que establece —por ejemplo— cómo ha de entenderse una norma jurídica sobre derechos humanos o sobre protección del medio ambiente, sostener que dicha interpretación es inválida. Ahora bien, si así están las cosas, entonces, hasta que no sea anulada por un tribunal una decisión que los aplica (o, excepcionalmente, que el instrumento de SL sea anulado), estos instrumentos de SL sí tienen efecto directo⁵⁴. Cuando adelantan cuál será su posición, o sistematizan los estándares,

49. Sobre las ayudas de Estado dentro de la Unión, véase Stefan (2024).

50. Véase, por ejemplo, el Compendio sobre la reparación integral con perspectiva de género en contextos de justicia tradicional, publicado por la Comisión Interamericana en 2023. Disponible online en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Compendio-Reparaciones-Genero-ESP.pdf>

51. Es importante subrayar que la Comisión Europea es competente para autorizar (o no) las ayudas de estado, mientras que la Comisión Interamericana tiene legitimación activa para iniciar un proceso contra un Estado por violación de Derechos Humanos.

52. Es posible afirmar que, en el primer caso, la Comisión Europea adelantó cuál es su posición, mientras que la Interamericana sistematizó. Con todo, toda actividad de sistematización implica necesariamente algún grado de creación.

53. Sobre la posibilidad de anulación directa de directivos de SL por parte del TJUE, véase Eliantonio (2021).

54. Otro ejemplo lo encontramos en las normas técnicas que, según Caraza Cristín (2016, p. 104), llegan incluso a prevalecer frente a normas estatales. No está demás señalar que estas normas no son impugnables mediante ninguna vía.

están dictando normas acerca de cómo ha de entenderse (i.e. interpretarse) el Derecho. Son normas interpretativas bajo extraños ropajes (Arroyo, 2023, p. 14; Núñez Vaquero, 2017) que después aplican al ejercer funciones administrativas o procesales.

Otro buen ejemplo lo encontramos cuando se dicta SL que fija estándares de cumplimiento de una norma⁵⁵. Al establecerse que el sujeto que cumpla con los estándares de cumplimiento (SL) satisface otra obligación (norma), se crea una presunción jurídica, absoluta o relativa⁵⁶. Por ejemplo: si se sigue la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, sobre criterios mínimos de las inspecciones medioambientales en los Estados miembros, puede considerarse que los estados cumplen con su obligación de llevar a cabo inspecciones medioambientales. Desde luego, es posible que un órgano jurisdiccional declare inválida dicha presunción. Ahora bien, cuando un instrumento de SL establece estándares de cumplimiento, dicta una norma constitutiva con efecto jurídico directo según la cual, si alguien satisface los estándares, se entenderá que se ha satisfecho la norma principal.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si se aceptan las críticas hasta aquí expuestas, la conclusión a la que cabe arribar es que ninguna de las propiedades consideradas como relevantes en las definiciones analizadas (Snyder y Senden) son útiles para distinguir el SL de otros fenómenos normativos. En primer lugar, resulta confuso decir que el SL son normas de conducta no obligatorias: hay algunas que sí establecen obligaciones, pero también encontramos otras normas y directivos de los que no tiene mucho sentido predicar su obligatoriedad. En segundo lugar, además de que sí podemos encontrarnos con SL vinculante de manera directa, hay múltiples directivos que no son SL y que pueden ser, y son, vinculantes. En tercer lugar, decir que el SL produce efectos prácticos no dice mucho; si, por el contrario, se sostiene que el SL tiene efectos

55. Tal sería el caso, por ejemplo, de las cartas de servicio en el ordenamiento jurídico español. Es posible sostener que, si un organismo público ha satisfecho lo dispuesto en su carta de servicio, no es posible reclamar por mal funcionamiento de la administración. En tal caso, opera una presunción de normal funcionamiento. Véase la STSJ Comunidad de Madrid 998/2021, 13 de diciembre de 2021.

56. Las presunciones pueden ser reconducidas a las normas constitutivas: si cumples con el estándar (supuesto de hecho), se da por satisfecha la obligación principal (propiedad institucional).

jurídicos indirectos, no nos sirve para distinguir el SL de un tratado aún no firmado, puesto que en ambos casos se requiere un acto ulterior, pero, en el caso del tratado ya ratificado, no encaja en aquello que es designado como SL. Además, parece que sí puede tener efectos jurídicos directos en determinados casos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arroyo Jiménez, L. (2023). Beyond bindingness: a typology of EU soft law legal effects (9-32). En Lancos, P. *et alii* (eds.), *The Legal Effects of Soft Law* (9-32). Cheltenham: Elgar.
- Arroyo Jiménez, L. y Rodríguez de Santiago, J.M.^a (2021). In Search of Symmetry Lost: European and Spanish Soft Law before the Spanish Authorities. En Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Ştefan, O. (eds.), *EU Soft Law in the Member States Theoretical Findings and Empirical Evidence* (pp. 233-246). London: Bloomsbury Publishing.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2016). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Pastore, B. (2014). Soft law y teoría de las fuentes del Derecho. *Soft Power*, 1 (1), pp. 74-89.
- 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* (99-124). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Caraza Cristín, A. M.^a (2016). La responsabilidad patrimonial de la administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos. Madrid: INAP.
- Carbonell Yáñez, M. H. (2021). Teorías relativas al cumplimiento del derecho internacional público. *Anuario Mexicano De Derecho Internacional*, 1(21).
- 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 Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Ştefan, O., *EU Soft Law in the Member States Theoretical Findings and Empirical Evidence* (pp. 283-302). London: Bloomsbury Publishing.
- Eliantonio, M. (2021). «Judicial Review of Soft Law before the European and National Courts». En Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Ştefan, O., *EU Soft Law in the Member States Theoretical Findings and Empirical Evidence* (pp. 283-202). London: Bloomsbury Publishing.
- Eliantonio, M. y Ştefan, O. (2021). The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU. *European Journal of Risk Regulation*. 2021;12(1):159-175. doi:10.1017/err.2020.119.

- Ellis, J. (2012). Shades of grey: Soft law and the validity of public international law. *Leiden Journal of International Law*, 25(2). Citado por https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2201817_code372702.pdf?abstractid=2201817&mirid=1
- Escudero 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*. Madrid: Marcial Pons.
- Galiana Saura, Á. (2016). La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, pp. 297-322.
- Garrido Gómez, M.^a I. (2017). *El soft law como fuente del derecho extranacional*. Madrid: Dykinson.
- Gentile, G. (2021). 'Verba Volant, Quoque (Soft Law) Scripta?': An Analysis of the Legal Effects of National Soft Law Implementing EU Soft Law in France and the UK. En Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Ştefan, O., *EU Soft Law in the Member States Theoretical Findings and Empirical Evidence* (pp. 77-98). London: Bloomsbury Publishing.
- Gomez, G. (2008). *Regole tecniche. Una guida refutabile*. Pisa: Edizioni ETS.
- Hage, J. (2018). What Is Legal Validity? Lessons from Soft Law. En Westerman, P. et alii (eds.), *Legal Validity and Soft Law* (pp. 19-46). Cham: Springer.
- Hofmann, A. (2021). Types of EU Soft Law and Their National Impact. En Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Ştefan, O. (eds.), *EU Soft Law in the Member States Theoretical Findings and Empirical Evidence* (pp. 39-56). London: Bloomsbury Publishing.
- Hubkova, P. (2021). *Courts and Soft Law: International and EU Soft Law in the Reasoning of National Courts*. Tesis Doctoral. University of Luxembourg.
- Kelsen, H. (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.
- MacCormick, N. (2011). *Instituciones del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Maher, I. (2021) *Revisiting Soft Law: Governance, Regulation and Networks*. En Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Ştefan, O. (eds.), *EU Soft Law in the Member States Theoretical Findings and Empirical Evidence* (pp. 21-38). London: Bloomsbury Publishing.
- Marmor, A. (2011). An Institutional Conception of Authority. *Philosophy & Public Affairs*, USC Legal Studies Research Paper No. 11-10.
- Marmor, A. (2019). Soft Law, Authoritative Advice and Non-binding Agreements. *Legal Theory*, 0, pp. 1-19.
- Mazuelos Bellido, A. (2004). Soft law. ¿Mucho ruido y pocas nueces? *Revista electrónica de estudios internacionales*, 8, pp. 1-40.
- McNair, A.L. (1930). The Functions and Differing Legal Character of Treaties. *Brit. Y.B. Int'l L.* 11, 100, pp. 100-118.
- Moreso J.J. y Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía*, 5, pp. 119-139.

- Moreso, J.J. y Vilajosana J. M.^a (2003). *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, Á. (2017). Regulación de la interpretación. *Eunomía*, N.º 11, pp. 163-175.
- Núñez Vaquero, Á. (2022). *Precedentes: una aproximación analítica*. Madrid: Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, Á. (2025). El aspecto institucional del soft law. En Iniesta Delgado, J.J. y Núñez Vaquero, Á. (eds.), *Soft law: aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid: Marcial Pons.
- Ródenas, Á. (2017). Principios jurídicos. En González Lagier, D. (ed.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Rosic Fegus, V. (2023). EU soft law: validity, normativity and ‘bindingness’ reviewed. En Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Mörth, U. (eds) *Research Handbook on Soft Law* (pp. 53-74). Cheltenham: Elgar.
- Ross, A. (1978). *Dirèttive e norme*. Milano: Comunità.
- Ross, A. (1997). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Rubio Castro, A. (2014). Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, pp. 37-68.
- Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo*. Madrid: Civitas.
- Senden, L. (2004). *Soft law and in European Community law*. Oxford: Hart Publishing.
- Shelton, D. (2008). Soft law. En Armstrong, D. (ed.) *Routledge Handbook of International Law* (pp. 68-80). London: Bloomsbury Press.
- Snyder, F. (1994). Soft Law and Institutional Practice in the European Community, *EUI Working Paper LAW* No. 93/5.
- Stefan, O. (2024). Soft Law in EU Competition and State aid: an Imperfect Solution to Grand Regulatory Challenges. En Colombo, C. M., Wright K., y Eliantonio, M. (eds.), *The Evolving Governance of EU Competition Law in a Time of Disruptions: A Constitutional Perspective* (pp. 213-231). Oxford: Hart.
- Stefan, O.A., Avbelj, M., Eliantonio, M., Hartlapp, M. and Korkea-aho, E. y Rubio, N. (2019). *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*. King’s College London Law School Research Paper Forthcoming. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3346629>
- Tarello, G. (1974) *Diritto, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino.
- Tarello, G. (2013) *La Interpretación de la Ley*. Lima: Palestra.
- Terpan, F. (2023). The definition of soft law. En Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Mörth, U. (eds.) *Research Handbook on Soft Law* (pp. 43-55). Cheltenham: Elgar.
- Thieberge, C. (2003). Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit. *Revue trimestrielle de droit civil*, 4, pp. 599-628.
- Van Klink, B. y Lembcke O.W. (2018). A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law. En Westerman, P. et alii (eds.). *Legal Validity and Soft Law* (pp. 145-164). Cham: Springer.

Vaquero Aloy, A. (2013). El soft law europeo en la jurisprudencia española: doce casos. *AIS*, junio, 1, pp. 93-115.

Von Wright, G. (1963) *Norma y acción*. Madrid: Debate.

Weiß, W (2023). Reconsidering the legal effect of EU soft law in national implementation: Bindingness from an individual rights perspective. En Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Mörth, U. (eds.) *Research Handbook on Soft Law* (pp. 33-42). Cheltenham: Elgar.

Zaccaria, G. (2022). *Postdiritto*. Bologna: Il Mulino.

