

El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación

The Hard-Law and Soft-Law system regarding the defence of fundamental rights, equality and non-discrimination

Luis Francisco Sánchez Cáceres
Universidad de Jaén

RESUMEN.

El aumento y la complejidad de las relaciones interpersonales, así como los conflictos que de ellas se derivan, precisan de soluciones que, en no pocas ocasiones, el Legislador no es capaz de afrontar al carecer de los instrumentos o la capacidad necesarios para su solución. En este sentido, el auge de las normas de *soft law* parece ser capaz de dotar de solución aunque, por otra parte, también pueden conllevar un riesgo para la protección de los derechos fundamentales y la calidad de la democracia.

PALABRAS CLAVE.

derechos fundamentales, democracia, hard law, soft law

ABSTRACT.

The increase and complexity of interpersonal relations, as well as the conflicts that derive from them, require solutions that, on many occasions, the Legislator is not able to face due to the lack of the necessary instruments or capacity for their solution. In this sense, the rise of soft law norms seems to be able to provide a solution although, on the other hand, they can also entail a risk for the protection of fundamental rights and the quality of democracy.

KEY WORDS.

fundamental rights, democracy, hard law, soft law

1. Introducción.

Ciertamente, cuando hablamos de la defensa de la Igualdad y de la No Discriminación, así como todos los derechos que son inherentes e indivisibles a la propia existencia del ser humano, además de pensar en nuestra propia Constitución, resulta inevitable pensar en un buen número de textos y acuerdos internacionales relacionados con la protección de derechos. Así, rápidamente vienen a nuestra memoria textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o, más recientemente, textos como la Convención de Derechos del Niño, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o el Convenio de Estambul sobre la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género.

En suma, resulta evidente que el compendio total de estos textos internacionales es ampliamente extenso y diverso en relación con las distintas materias así como con respecto a los diferentes derechos que vienen a reconocer en su interior. Sin embargo, a pesar de la existencia de todo este acervo internacional, no todos estos textos van a tener la misma fuerza coactiva para conseguir que los Estados den cumplimiento y otorguen la debida protección a los derechos que en ellos se reconocen. Por tanto, en este sentido, y aunque se desarrollará este punto en epígrafes siguientes, existe una primera y clara diferenciación entre todos estos textos internacionales que consiste en esa fuerza vinculante y coactiva con respecto a su obligación de cumplimiento por los Estados que son parte. Así, en el caso de que estos acuerdos internacionales tengan esa fuerza vinculante y, por tanto, sean de obligado cumplimiento, estaremos hablando de textos de *hard law* mientras que, en el otro extremo, aquellos textos que no cuenten con esa misma fuerza serán considerados como textos de *soft law*.

2. Hard Law y Soft Law: Diferencias conceptuales.

Como ya se ha apuntado, dentro del vasto compendio que supone el conjunto de todos los textos de carácter internacional, estos pueden diferenciarse en dos grupos: por un lado, nos encontramos con los textos de carácter vinculante o de *hard law* y aquellos que carecen de dicho carácter vinculante englobados dentro del grupo de *soft law*.

De entrada, ambos tipos de textos, según su contenido, y con independencia de que estén provistos o no de fuerza vinculante, pueden contar con un fuerte alcance y proyección que, según el espacio en el que deban surtir sus efectos, pueden ser de tipo regional, estatal o supranacional. Así, dentro de la primera tipología de textos de *hard law*, formarían parte de la misma todos aquellos instrumentos, ya sea en forma de Tratados, Pactos, Convenciones o Acuerdos, cuyo reconocimiento por parte de los Estados lleve aparejada una obligación de observancia y cumplimiento de los mismos. Por su parte, dentro de la segunda tipología de textos de *soft law*, y por tanto como textos desprovistos de carácter vinculante, querían recogidos aquellos materializados en forma de Declaración, Recomendaciones, Directrices o Principios en los que, si bien pueden formar parte de un marco jurídico-normativo, no existe una fuerza coactiva que, como tal, imponga su obligación de cumplimiento, sino que únicamente esa fuerza se configura como una obligación de carácter moral.

2.1 Naturaleza de las normas vinculantes de hard law de ámbito internacional.

Circunscribiéndonos únicamente a los textos de alcance internacional, y toda vez que ya se ha determinado una primera definición y diferenciación entre *hard law* y *soft law*, cuando nos referimos a los primeros debemos atender a lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹ sobre el establecimiento de aquellas normas consideradas *hard law* y entendiéndose como tales los convenios, la costumbre y los principios generales del derecho que, junto con la jurisprudencia y la doctrina, si bien estas últimas de carácter auxiliar, son reconocidas con carácter expreso por los Estados como fuentes aplicables en la resolución de controversias que puedan suscitarse en el ámbito del Derecho Internacional.² Así, teniendo en cuenta lo dispuesto en este cuerpo normativo internacional, para que las normas de *hard law* tengan ese carácter vinculante, los Estados deben reconocer y consentir de forma expresa en obligarse con respecto al cumplimiento de las mismas y de acuerdo con el procedimiento que se halle articulado dentro del propio tratado internacional.

¹ El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia forma parte de la Carta de las Naciones Unidas aprobada el 26 de Junio de 1945. (Capítulo XIV. Arts. 92 a 96). En adelante, se referirá al Estatuto como ECIJ.

² Art. 38 ECIJ: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.

Dicho lo anterior, la creación de nuevos textos internacionales de *hard law* quedó en regulada en su momento dentro de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.³ Es en el propio texto de la Convención⁴ en donde quedan recogidas las tres fases por las que debe pasar todo texto de esta naturaleza para entrar a formar parte del derecho positivo de un Estado parte. Así, el procedimiento comienza con el inicio de las negociaciones con vistas a alcanzar un texto consensuado para, posteriormente, llevar a cabo su autenticación mediante el instrumento de firma y, finalmente, proceder a su posterior ratificación de acuerdo con el ordenamiento constitucional de cada uno de los Estados intervinientes. Llegados a este punto, y con carácter general, serán los parlamentos nacionales quienes autorizarán la ratificación de documento resultante.⁵

Tras la ratificación del texto internacional, será necesario efectuar el depósito del correspondiente instrumento de ratificación, junto con una copia del texto convencional, ante el depositario que así se determine por el propio texto, de acuerdo con las funciones que le son atribuidas en su calidad, y pudiendo ser el depositario el propio Estado anfitrión en cuyo territorio se haya firmado el acuerdo, un tercer Estado o Estados, una organización internacional, en el caso de acuerdos de carácter multilateral, o el jefe principal o primer funcionario administrativo de dicha organización.⁶

Toda vez que se ha llevado a cabo la ratificación, los Estados parte reconocen de forma expresa la obligación contraída de respetar las disposiciones contenidas dentro del tratado. No obstante, aquellos Estados que no han formado parte de las negociaciones pueden, igualmente, entrar a formar parte de mismo a través de los procedimientos establecidos de adhesión o aceptación que suponen una forma simplificada de consentir en obligarse a respetar el tratado que, a efectos prácticos, tiene la misma

³ Elaborada por la Conferencia de Derecho Internacional de Naciones Unidas, y al amparo de las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/RES/2166(XXI) sobre la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios sobre el Derecho de los Tratados de 5 de diciembre de 1966 y A/RES/2287(XXII) sobre la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 6 de diciembre de 1967) fue aprobada el 23 de mayo de 1969 tras más de quince años de trabajos preparatorios quedando abierta para su firma por parte de los Estados a partir del día siguiente de ser aprobada. La Conferencia tuvo lugar en dos sesiones diferentes en el Palacio Imperial de Hofburg en la ciudad de Viena. La primera de ellas tuvo lugar del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968 y la segunda del 9 de abril al 22 de mayo de 1969. La Convención no cuenta con efectos retroactivos para acuerdos internacionales celebrados después de su entrada en vigor el 27 de enero de 1980, de acuerdo con las previsiones contempladas en el art. 84 de la Convención, tras ser depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación de la misma por parte de la República de Togo el 28 de diciembre de 1979.

⁴ En adelante CVDT69

⁵ CVDT69 Artículos 6 a 25.

⁶ CVDT69 Artículos 76 y 77.

validez jurídica que el procedimiento de ratificación y, dependiendo de cuál sea su ley nacional o el acuerdo alcanzado, no será necesaria la intervención y ratificación del Jefe del Estado.⁷

De entre todas las previsiones de carácter normativo relacionadas con el contenido y finalidad del tratado, también se encuentran aquellas otras relacionadas con los elementos técnicos para su entrada en vigor y funcionamiento. Así pues, y con carácter general, serán las propias disposiciones contenidas dentro del articulado las que concretarán cuestiones de relevancia como la fecha en la que el tratado comenzará a surtir sus efectos de acuerdo con las negociaciones de todos el Estados que han intervenido en su celebración y que han manifestado su consentimiento en obligarse. No obstante, existe un matiz diferenciador entre aquellos tratados de carácter bilateral y multilateral consistente en que, en el caso de los tratados de carácter bilateral, la fecha de entrada en vigor puede prefijarse por ambos Estados mientras que, con respecto a los acuerdos de carácter multilateral, es preciso que un número de determinado de Estados expresen su consentimiento en obligarse, a través de su ratificación, y de acuerdo con sus respectivos ordenamientos internos, para que el tratado entre en vigor. Además, pueden existir ciertas previsiones que determinen el inicio de su aplicación bajo ciertos condicionantes relacionados con las características propias de los Estados que consientan en obligarse o con el tiempo que debe transcurrir desde que se alcanza el número mínimo de Estados requerido por el propio articulado del tratado. Sin embargo, esto no supone obstáculo alguno para que en el texto del acuerdo pueda disponerse igualmente, y según determinadas condiciones que en él se reflejen, su entrada en vigor con carácter provisional.⁸

Finalmente, y como anticipo a próximos apartados, hay que tener en cuenta que uno de los aspectos que determinan esa fuerza vinculante de las normas internacionales consideradas como normas de *hard law* radica en que, con respecto a la ley nacional de los Estados, rige el principio de primacía de las normas internacionales, por lo que, en consecuencia, los Estados que han consentido en obligarse por el tratado deben adaptar sus ordenamientos internos para adecuarlos al sentido de las disposiciones

⁷ CVDT69: Arts. 2.1, apartado b), Art. 7 y Art. 14.2

⁸ CVDT69: Arts. 24 y 25.

reflejadas en el texto convencional evitando así entrar en cualquier clase de contradicción o situación de conflicto.⁹

2.2. *Naturaleza de las Normas no-vinculantes o de Soft Law de Ámbito Internacional.*

Como ya se ha adelantado, si bien es cierto que los textos de *soft law* no tienen ese carácter vinculante para los Estados propio de las normas de *hard law*, tampoco puede afirmarse que su capacidad de influencia sea totalmente inexistente sino que, más bien, tal capacidad de influencia se halla claramente materializa a modo de fuerza moral que, a posteriori, puede dejar su impronta en el ámbito de desarrollo de políticas públicas o, en su caso, dicha influencia moral puede quedar fuertemente reflejada en ulteriores modificaciones normativas dentro del propio ordenamiento jurídico interno de los Estados.

Sin perjuicio de una mayor profundización en próximos apartados, en los se desgranarán aspectos concretos relacionados con los textos de *soft law*, serían perfectos ejemplos de esta categoría las *declaraciones, recomendaciones y resoluciones* de órganos consultivos y organizaciones internacionales. Así, con respecto a las primeras, las *declaraciones* no suponen un instrumento que conlleve la imposición de obligaciones que deban seguir los Estados. En realidad, suponen el establecimiento de una fuerte obligación de carácter moral para todos aquellos Estados que firman o apoyan el contenido de esa declaración. Sin embargo, algunas de estas declaraciones presentan una fuerza moral extrema hasta el punto de ser consideradas *de facto* como instrumentos de carácter parcial o semi-vinculante o, en su caso, y en no pocas ocasiones, prácticamente vinculantes.¹⁰ Incluso, alguna de ellas ha servido de precedente para la posterior elaboración de instrumentos de carácter vinculante para los Estados.¹¹

⁹ En el caso nuestro país, así lo dejó establecido el Tribunal Supremo en su STS 5197/1996, de 1 de octubre, Fundamento de Derecho II. Pár. 1. 2º: “La primacía de las normas de Derecho Internacional Convencional [...] es clara en el caso de conflicto o contradicción con las fuentes de Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado en el Tratado o Convenio”.

¹⁰ En este sentido, el mejor ejemplo de esta clase de instrumentos se vería reflejado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (A/RES/217/III).

¹¹ A modo de ejemplo, pueden citarse la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño de 1924 surgida en el seno de la Sociedad de Naciones como antecesora de la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (A/RES/1386(XIV)) y que dio lugar, justo 30 años más tarde, a la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Igualmente, puede citarse la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer de 11 de diciembre de 1967 (A/RES/2263 (XXII)) que precedió a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer el 18 de diciembre de 1979 al amparo de la Resolución de la Asamblea General (A/RES/34/180).

Otra ejemplo de instrumentos de *soft law* son las denominadas *recomendaciones* que también carecen de fuerza vinculante pero que, sin embargo, recogen una suerte de orientaciones, emanadas dentro de un procedimiento decisorio del que surge una valoración no vinculante, es decir, sin imponer clase alguna de obligación, y que van dirigidas hacia los Estados con vistas a que estos encaminen sus políticas o normativas internas de acuerdo con el contenido de la recomendación. Así, aunque estos instrumentos carezcan de esa fuerza vinculante, la capacidad de influencia de las recomendaciones es lo suficientemente amplia como para que, en no pocas ocasiones, estas sean asumidas por los Estados al considerar que, si actúan de conformidad con el contenido de la misma, su actuaciones se enmarcarán dentro de la que es considerada como la senda correcta a la hora de proceder sobre una determinada cuestión.¹²

Un tercer ejemplo de instrumentos de *soft law* son las *resoluciones* que, con respecto a la materia que nos ocupa, son aquellas mociones surgidas desde dentro del seno de una agrupación o entidad asamblearia, por tanto reunidas con carácter público, y que recogen una opinión sobre un tema determinado que no conlleva ninguna fuerza vinculante. No obstante, al igual que sucede con las declaraciones y con recomendaciones, al considerarse la resolución como la plasmación por escrito de una opinión común de todos los Estados que participan dentro de ese organismo asambleario, su fuerza moral y, sobre todo, política también resulta de especial relevancia en relación con aquellos aspectos que sean de especial interés para el común de los Estados que la respaldan.¹³

3. Contextualización de las normas e instrumentos de Soft Law.

Con el paso de los siglos, muy especialmente en las últimas décadas, y de forma prácticamente exponencial en los últimos tiempos, las relaciones interpersonales, así como los conflictos que de ellas se derivan y que precisan de solución, han adquirido una creciente complejidad teniendo en cuenta los vertiginosos cambios que constantemente se suceden en la actualidad.

¹² Un claro ejemplo de esta clase de instrumentos son las Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea, del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea y cuya naturaleza no vinculante se refleja en el Art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea). Para mayor información, véase: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_es.

¹³ Así, el ejemplo más claro en este sentido son las Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Unión Africana, Liga Árabe o de la Conferencia General de la Unesco.

En el pasado, si bien la labor reguladora y mediadora del Estado en la resolución de conflictos era casi incuestionable, hoy en día esa labor se ha visto seriamente cuestionada por el enrevesado tejido social actual y la enorme complejidad de las controversias y conflictos de interés que de él emanan y cuya solución debe de ser asumida por el Estado evitando caer en todo momento en la contradicción y en el desagravio comparativo. En este sentido, en un mundo cada vez más globalizado, las complejas relaciones surgidas de entre los diferentes ámbitos de la política nacional e internacional, en la economía nacional y global y en todos los aspectos concernientes a la vida social, han supuesto que desde los órganos gubernamentales del Estado se haya dejado paulatinamente de lado los métodos habituales de regulación normativa y, muy especialmente, en aquellos sectores que guardan relación con la no intervención del Estado en los asuntos económicos privados y en el ámbito del libre mercado. Y es que, con el aumento de la complejidad en las relaciones interpersonales, la proliferación en el pasado de un amplio compendio normativo y actividad reguladora, lejos de suponer una ventaja, se ha mostrado excesiva e ineficaz en cuanto a su aplicación dentro de una realidad social cada vez más dinámica y cambiante.

Esta rápida y continua evolución, unida al aumento en la complejidad de las relaciones sociales, ha motivado el surgimiento del concepto de la “buena gobernanza”¹⁴ en referencia a la necesidad de una buena gestión de todos los aspectos relacionados con el ámbito público. Esta necesidad de una gestión adecuada ha tenido dos tipos de consecuencias: de un lado, la creación de nuevos espacios en donde la ciudadanía pueda incidir en la elaboración legislativa y puesta en marcha de diferentes políticas públicas con un mayor nivel de participación y, por otro lado, se ha dado pie a una regulación basada, no tanto en la jerarquía normativa, sino, más bien, en la consecución de acuerdos con el máximo consenso, compromiso y buena voluntad posibles.

¹⁴ El concepto de “gobernanza” puede entenderse como el “ejercicio de autoridad, control, administración y poder de gobierno”. Sin embargo, el concepto más extendido es aquel difundido por el Banco Mundial según el cual debe entenderse como “la manera en que se ejerce el poder en la gestión de los recursos económicos y sociales de un país en desarrollo”. Véase WORLD BANK: “Governance and Development”. 1992. Pág. 3. (A general definition of governance is the “exercise of authority, control, management, power of government.” A more relevant definition for Bank purposes is “the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development”). Ambas definiciones no nacen en ese momento sino que aparecen por primera vez en “Webster's New universal Unabridged Dictionary”. Doshier & Barber. Londres, 1979. Con respecto al concepto de “buena gobernanza” hemos de considerar la definición dada en abril de 1992 por el entonces Presidente del Banco Mundial, el Sr. Lewis T. Preston incluida en el prólogo (foreword) del texto editado por el Banco Mundial anteriormente mencionado: “La buena gobernanza es un complemento esencial para unas políticas económicas sólidas. Una gestión eficiente y responsable por parte del sector público y un marco de políticas predecible y transparente son fundamentales para la eficiencia de los mercados y los gobiernos y, por lo tanto, para el desarrollo económico”. (Good governance is an essential complement to sound economic policies. Efficient and accountable management by the public sector and a predictable and transparent policy framework are critical to the efficiency of markets and governments, and hence to economic development.).

Al hilo de lo anterior, y en lo que respecta especialmente al desarrollo, regulación e implementación de las diferentes políticas sociales, el precedente más próximo a nuestro entorno se halla en el seno de la Unión Europea. Debido a la experiencia negativa de algunos Estados miembros en la búsqueda de un mayor grado de legitimidad democrática, y dentro de todos los aspectos relacionados con el continuo proceso de integración europea, la consecuencia natural de este camino negativo ha sido la necesidad buscar nuevas alternativas que, más allá de las imposiciones normativas emanadas de las Instituciones Europeas, así como de las correspondientes sanciones derivadas de su incumplimiento, sea este deliberado o no, contribuyan al alcanzar ese ansiado nivel de legitimidad en los procesos de construcción normativa, dentro del ámbito de la inclusión de la participación ciudadana y con respecto a la asunción voluntaria de compromisos con los máximos niveles de consenso posibles. Por tanto, en cuestiones relacionadas con las políticas públicas dirigidas a la reducción del desempleo, especialmente el juvenil, o con los diferentes programas de acción e integración social, y dado que en este aspecto no cabe una intervención activa de las Instituciones Comunitarias para armonizar los ordenamientos internos de los Estados miembros, existe una apuesta por la iniciativa autorreguladora de los distintos actores y agentes sociales que operan dentro de los ámbitos que se ven afectados o para que, en su caso, la presencia de dichos actores y agentes sociales influyan en la ordenación de los asuntos públicos que les afecten acompañando, en este sentido, a la labor normativa de las administraciones y demás entidades públicas.¹⁵

Precisamente, es en el campo de la ciencia jurídica donde entran en escena los instrumentos de *soft law*. Este nuevo sistema normativo surge en contraposición a las clásicas formas de creación normativa dejando de lado el carácter impositivo en cuanto a la realización o prohibición de conductas reflejadas

¹⁵ En los últimos años, han sido especialmente numerosos los textos emanados de las Instituciones Europeas en relación con la mejora de la “gobernanza” y la práctica legislativa. A modo de ejemplo, pueden citarse los siguientes “libros blancos” de la Comisión Europea: “LIBRO BLANCO SOBRE EL FUTURO DE EUROPA Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025” de 1 de marzo de 2017; “LIBRO BLANCO Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” de 16 de febrero de 2012; “LIBRO BLANCO - Estrategia Europea sobre Problemas de Salud Relacionados con la Alimentación, el Sobrepeso y a Obesidad” de 30 de mayo de 2017; “LIBRO BLANCO de la Comisión Europea - Un nuevo impulso para la juventud Europea” de 21 de noviembre de 2001; o “La Gobernanza Europea - Un libro Blanco” de 25 de Julio de 2001. También pueden mencionarse los diferentes acuerdos interinstitucionales en materia de mejora legislativa como el Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la Mejora de la Legislación de 13 de abril de 2016; el Acuerdo Interinstitucional para un Recurso más Estructurado a la Técnica de la Refundición de los Actos Jurídicos de 28 de noviembre de 2001; el Acuerdo Interinstitucional relativo a la Directrices Comunes sobre la Calidad de la Redacción de la Legislación Comunitaria de 22 de diciembre de 1998; o el Acuerdo Interinstitucional sobre un Método de Trabajo Acelerado con vistas a la Codificación Oficial de los Textos Legislativos de 20 de diciembre de 1994. Igualmente, son útiles de mencionar la Declaración Común sobre las Modalidades Prácticas del Procedimiento de Codecisión de 13 de junio de 2007 y la Declaración Política Conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los Documentos Explicativos de 27 de octubre de 2011.

en las normas jurídicas y apostando, por el contrario, por la sugerencia, la promoción y el planteamiento de propuestas de pautas de conducta para que sean asumidas de forma voluntaria.¹⁶ Este nuevo fenómeno de elaboración de normas, debido al creciente fenómeno de la globalización y a la enorme y creciente complejidad en las relaciones jurídicas, económicas y sociales, ha aumentado su presencia en los últimos años adentrándose de forma profundamente palpable en las diferentes ramas de la ciencia jurídica, la filosofía y la ciencia política provocando, incluso, cierto nivel de confusión en cuanto a su origen y alcance.

Con todo lo dicho hasta el momento, teniendo en cuenta el fenómeno de la globalización y, muy especialmente, las enormes dificultades producto de la reciente crisis económica mundial que ha afectado a buena parte de los Estados que conforman la Comunidad Internacional, algunos de ellos viéndose también afectados por una fuerte inestabilidad política, en los últimos años, y como consecuencia de ambos factores políticos y económicos, también se ha asistido a un claro retroceso y puesta en peligro de los derechos más básicos y fundamentales de toda persona y a una clara degradación de la calidad democrática de los Estados que han supeditado el ejercicio de estos derechos, así como la calidad de su democracia, a los fuertes intereses económicos privados y a las directrices e imposiciones marcadas por aquellas instituciones internacionales controladas por esos mismos intereses privados.¹⁷ Incluso, es posible llegar afirmar, sin temor a equivocarse, que estas instituciones han impuesto un buen número de medidas que, además de ser cuestionadas por su más que dudosa idoneidad para la resolución de controversias, no han contado en numerosas ocasiones con la aprobación mayoritaria de la población pero, sin embargo, han sido refrendadas sin grandes debate por parte de los gobiernos de los diferentes Estados. En este sentido, una vez más se ha podido comprobar la manera en la que se ha desdeñado la legitimidad democrática, la voluntad y el papel de la ciudadanía en la participación de los asuntos públicos cediéndose, en consecuencia, ante las presiones de los poderes económicos y de los mercados financieros que han demostrado su fuerte capacidad de control sobre los órganos de poder y resto de instituciones democráticas de cualquier Estado.

¹⁶ En este sentido, puede profundizarse más en concepto de la “función promocional del derecho” planteado en BOBBIO, N.: “La función promocional del derecho” en “Contribución a la Teoría del Derecho”. Editorial Debate. Madrid, 1990. Págs. 371-372.

¹⁷ En este sentido, no son pocas las críticas vertidas sobre instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o las reuniones del G-7 y G-20 con respecto las decisiones tomadas en el pasado que han supuesto medidas extremadamente perjudiciales para los intereses de la población y muy especialmente en aquellos países en vías de desarrollo o con consideración de potencias económicas emergentes.

Por tanto, en relación con estos intereses económicos que ejercen esa presión y control, en no pocas ocasiones bajo la forma un poder salvaje¹⁸, resulta fácil reconocer la presión que los titulares de dichos intereses ejercen sobre los gobiernos democráticos que, para eludir un perjuicio mayor, se ven abocados a asumir sus directrices, las cuales, a pesar de que también hayan surgido como consecuencia de un procedimiento situado fuera de los cauces habituales de elaboración normativa, no pueden considerarse como instrumentos de *soft law* dado que, por un lado, tienen una fuerza coactiva que no se corresponde con una de las características de las normas de *soft law* y, por otro lado, ese mismo carácter coactivo, alejado de toda muestra de adhesión voluntaria de buena fe, es en muchos casos superior no sólo a las propias normas de *soft law* sino que, incluso, su carácter fuertemente impositivo resulta también muy superior a las propias disposiciones normativas elaboradas a instancias del propio Legislador.

4. Aspectos Conceptuales de las Normas de Soft Law desde la Doctrina.

Ciertamente, de acuerdo con todo lo reflejado hasta el momento, la creación del término *soft law* está directamente relacionado con las nuevas formas de regulación y autorregulación de las relaciones sociales en el contexto actual. Sin embargo, y como ya se ha apuntado, el aumento y extrema complejidad de estas relaciones interpersonales hace que sea relativamente complicado dar una definición aproximada del concepto de *soft law* más allá de la mera traducción del neologismo como “*derecho blando*”.

Bajo esta primera aproximación de *soft law* como “*derecho blando*”, conviene recordar la función que cumplen dichos instrumentos en cuanto a la finalidad de otorgar una línea de unificación interpretativa del resto de normas elaboradas a través de los sistemas tradicionales de construcción normativa. Igualmente, el carácter no vinculante de este tipo de instrumentos que, básicamente, sirven de guía interpretativa, hace que, en la práctica, hallar una definición clara del concepto de *soft law* sea algo realmente complejo dada su enorme magnitud de su potencial alcance y debido también a su creciente proliferación y diversidad con respecto de las materias sobre las que inciden.¹⁹ Así, deben recordarse

¹⁸ Véase FERRAJOLI, L. en: “Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional”. Editorial Trotta. Madrid, 2011. Pág. 45. También del mismo autor en “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Editorial Trotta. Madrid, 2009. Págs. 931 y ss.

¹⁹ En este sentido apunta DI ROBILANT, A.: “Genealogies of Soft Law”, en “The American Journal of Comparative Law”. Vol. 54. Nº 3. Julio de 2006. Pág. 500.

las resoluciones y recomendaciones de organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas²⁰, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos o las emanadas desde la propia Unión Europea como los acuerdos interinstitucionales, “*libros blancos*” o códigos de buenas prácticas. También deben tenerse presentes aquellos instrumentos propios del derecho interno como los planes de actuación, los acuerdos sectoriales, los códigos de buen gobierno y, finalmente, han de tenerse en cuenta instrumentos similares para el correcto funcionamiento así como en relación con las buenas prácticas empresariales y comportamientos deontológicos en lo que respecta al resto de instituciones y entidades de carácter privado.

Dicho lo anterior, no resulta una equivocación el afirmar que los instrumentos de *soft law* reúnen una enorme cantidad de ejemplos que dificultan la elaboración de una definición que cuente con la suficiente precisión. Sin embargo, después de todo lo dicho hasta ahora, y a pesar de su enorme complejidad y diversidad, la definición más adecuada sería aquella por la que se define al soft law como ese *conjunto de normas de comportamiento o códigos de conducta que se encuentran recogidas dentro de instrumentos a los que no se les ha otorgado fuerza vinculante alguna pero que, aun careciendo de ella, tienen la capacidad de crear efectos jurídicos de forma indirecta y que están enfocadas de tal manera que, en la práctica, incluso pueden generar consecuencias de carácter legal*.²¹

²⁰ Conviene recordar que las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas relacionadas con temas presupuestarios, o de funcionamiento de organismos inferiores, así como de resolver cuestiones puntuales entre Estados (ejemplo de ello es la A/RES/289 (IV) sobre la Cuestión del destino de las antiguas colonias italianas de 21 de noviembre de 1949), sí tienen carácter vinculante. No obstante, en el resto de supuestos dichas resoluciones o recomendaciones aunque no dispongan de ese carácter vinculante pueden conllevar una enorme fuerza moral a la vez que contribuyen a la creación de nuevas normas de carácter consuetudinarias. Para una mayor profundidad puede consultarse a RUDA, JOSÉ MARÍA en “La Asamblea General de las Naciones Unidas. Organización y Procedimiento”. Revista Academia. Revista sobre la Enseñanza del Derecho. Año 8. Número 16. Año 2010. Págs. 205 a 214. También puede consultarse a TOMUSCHAT, CHRISTIAN en “Uniting for Peace”. Introductory Note. United Nations Audiovisual Library of International Law. United Nations. 2008. Enlace: <http://legal.un.org/avl/ha/ufp/ufp.html>

²¹ Definición extraída de SENDEN, L. en: “Soft Law in European Community Law”. Oxford and Portland Oregon. Oxford, 2004. Pág. 112: “Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects”. Esta misma definición fue adoptada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 4 de septiembre de 2007, sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos del Derecho Indicativo (200/2028(INI)). En esta Resolución, el Parlamento Europeo de forma expresa la establece la prohibición de usar de este tipo de normas cuando las Instituciones Comunitarias tienen competencias legislativas para efectuar la regulación de determinadas materias. Así queda recogido dentro de su Apartado K: “ Considerando que, en general, cuando la Comunidad tiene una competencia legislativa, queda excluido el uso del Derecho indicativo o de los códigos de conducta inscritos en instrumentos sin fuerza jurídica vinculante que, sin embargo, pueden tener determinados efectos legales, se destinan a producir algunos efectos prácticos y se han usado tradicionalmente para suplir la falta de competencias legislativas formales o de medios de aplicación, y que, como tales, son típicos del Derecho internacional público, [...]”. El texto completo de dicha Resolución del Parlamento Europeo

Por tanto, la principal característica de estos instrumentos de *soft law* es que no cuentan con fuerza vinculante alguna dado que su finalidad consiste en erigirse en un elemento orientador de conductas que, en consecuencia, no conllevan imposición alguna de una obligación legal de cumplimiento. No obstante, los destinatarios de tales instrumentos suelen asumir dichas pautas de comportamiento ante el riesgo de que, a posteriori, el Estado, si bien es cierto que suele permitir la libre elección por ser estos textos de carácter apreciativo u orientativo, y no de tipo imperativo-normativo, pueda llegar a establecer en el futuro una regulación que les resulte mucho más restrictiva o desfavorable.²²

Siguiendo la idea anterior, y con respecto a la correcta interpretación de este tipo de normas e instrumentos englobadas bajo las diferentes denominaciones de “*derecho blando*”, “*derecho indicativo*” o, simplemente, de *soft law*, parece que se podrían estar dando cobertura, al menos en apariencia, a todos aquellos textos no vinculantes cuya forma de elaboración estaría al margen de los cauces habituales de construcción normativa. En tal caso, nos encontramos ante un conjunto de textos cuya correcta interpretación, además de no dejar siempre del todo claro cuáles son los efectos de carácter jurídico que se pretenden alcanzar, hecho tal vez motivado debido a su enorme proliferación bajo distintas formas y clases de documentos, no suele estar exenta en numerosas ocasiones de profundas dificultades de carácter interpretativo.²³

puede consultarse en este enlace: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0366+0+DOC+XML+V0//ES>

²² Véase FLÜCKIGER, A. citando a ZUFFEREY, JB. y su texto “La réglementation des systèmes sur les marchés financiers secondaires: contribution dogmatique et comparative à l’élaboration d’un droit suisse des marchés financiers”. (Fribourg, 1994. Pág. 318) en “Pourquoi respectons-nous la Soft Law?” en Revue Européenne des Sciences Sociales. Vol. XLVII. Número 2. Año 2009. Pág. 88: “[...] Esta clase de ley institucionaliza la parte del acuerdo que vincula al Estado con los individuos al garantizar legalmente que la autoridad pública no adoptará regulaciones estatales en un campo particular a cambio de la adopción “voluntaria” de una regulación privada autónoma. Los individuos no están legalmente obligados a adoptar una solución de autorregulación, pero el temor de que el Estado promulgue normas menos favorables dicta su comportamiento. [...]”/ [...] Ce type de loi institutionnalise la partie de l’accord liant l’Etat aux particuliers en garantissant juridiquement que la collectivité publique n’adoptera pas une réglementation étatique dans un domaine particulier en échange de l’adoption «volontaire» d’une régulation privée autonome. Les particuliers ne sont pas juridiquement obligés d’adopter une solution auto-réglémentée mais la peur que l’Etat édicte une réglementation, moins favorable, dicte leur comportement en fait. [...]”. También sobre el carácter apreciativo véase a FLÜCKIGER, A.: “Régulation, dérégulation, autorégulation: l’émergence des actes étatiques non obligatoires”. Société Suisse des Juristes. Rapports et Communications. Año 2004. Pág. 230: “Los actos a los (...) no son, por definición, obligatorios. Dado que no tienen el efecto de generar derechos u obligaciones, en principio no constituyen actos jurídicos. Simplemente tienen el efecto de guiar el comportamiento sin ser jurídicamente vinculantes. El comportamiento a adoptar se deja a la discreción de los destinatarios. [...]”- / “Les actes (...) sont, par définition, non obligatoires. N’ayant pas pour effet de générer des droits ou des obligations, ils ne constituent en principe pas des actes juridiques. Ils ont simplement pour effet d’orienter le comportement sans obliger juridiquement. Le comportement à adopter est laissé à l’appréciation des destinataires. [...]”.

²³ Véase en este sentido a SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: “La Autoridad del Derecho y la Naturaleza del Soft Law”. Cuadernos de Derecho Público. Instituto Nacional de Administración Pública. Número 28. Año 2006. Pág. 223: “Bajo el término soft law se engloban los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio, pero incardinados, de una forma u otra, en el sistema de fuentes. El Derecho público ha sido testigo en los últimos años de una afluencia muy notable de soft law, con unos efectos jurídicos que no resultan

Precisamente, algunas de las principales causas de esas dificultades interpretativas guardan relación con el momento exacto de creación de estos instrumentos y con los órganos de los cuales emanan. Por un lado, es preciso determinar exactamente el instrumento que debe ser considerado como tal y, en consecuencia, concretar si dicho instrumento de *soft law* es la norma surgida de un acto jurídico o, por el contrario, es el propio acto jurídico del que emana el que así debe ser considerado. Por otra parte, también existen dudas a la hora de plantear si únicamente pueden tener consideración de instrumentos de *soft law* aquellos que emanen de los órganos legislativos o, por el contrario, también pueden ser considerados de igual manera aquellos otros que surjan el seno de entidades privadas. Finalmente, existen dudas sobre si la causa que determina el carácter no vinculante de este tipo de normas estaría relacionada con la falta de concreción del contenido que recogen, lo que hace que resulte necesario un desarrollo posterior si realmente se pretende alcanzar el objetivo que plantean, o, por el contrario, ese carácter no vinculante es consecuencia lógica de la falta de los elementos necesarios que permitirían considerar a estos instrumentos como normas de derecho tradicionalmente elaborado a través de los cauces habituales de elaboración de normas.²⁴

5. El “Carácter Positivizador” de los Textos de Soft Law en los Ordenamientos Nacionales.

Con todo lo dicho hasta el momento, y a pesar de que ya ha quedado claro que las normas de *soft law* carecen de, a priori, fuerza vinculante alguna, parece innegable la influencia de estos instrumentos en los ordenamientos internos de los distintos Estados y, en consecuencia, en sus correspondiente políticas legislativas. Así, pueden diferenciarse tres maneras en las que los textos de *soft law*, a pesar de no contar con esa fuerza coactiva inicial, pero sí una enorme fuerza moral, son capaces de ejercer su influencia o de entrar directamente a formar parte del derecho positivo del Estado.

La primera de las formas, y también la menos habitual, consiste en que, de una forma directa, el texto de *soft law* pase a ser parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado. De tal manera que, aunque el texto carezca de carácter vinculante en el momento de creación, y de acuerdo con su propia

del todo claros. Instrucciones, Planes, Circulares, Normas Técnicas, Cartas de Servicios, Códigos de Buen Gobierno, Acuerdos, Convenios, y un largo etcétera de instrumentos sin regulación propia que causan importantes dificultades al intérprete del Derecho”.

²⁴ Véase a ESCUDERO ALDAY, R. en: “El Concepto de Soft Law” dentro de MORESO, JOSÉ JUAN y MARTÍ, JOSÉ LUIS (editores) Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010. Marcial Pons. Año 2012. Págs. 101-102.

naturaleza, este adquiere fuerza de ley para el Estado que lo adopta como propio dentro y de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno.²⁵

En lo que respecta la segunda las formas, son los Tribunales de Justicia quienes juegan un papel fundamental gracias a la jurisprudencia que de ellos emana y que, en ocasiones, puede suponer que, aunque el texto de *soft law* carezca de fuerza vinculante previa, sí puede alcanzar un efecto similar hasta el punto de convertir a dicho texto en un instrumento normativo vinculante para los Estados. Así, como ejemplo especialmente representativo, puede mencionarse el asunto que, en su momento, tuvo que resolver el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea conocido como el *Caso Grimaldi*.²⁶ En este caso, relacionado con un migrante italiano que padecía una patología que le afectaba a sus manos, y que no se hallaba contemplada en el listado de enfermedades laborales del país belga, pero no así en el listado de enfermedades laborales de ámbito europeo, supuso que se otorgase a un texto de *soft law* un efecto vinculante similar a los textos de *hard law* al considerar el Tribunal Justicia de la Comunidad Europea que el tribunal nacional belga no había tenido en consideración la recomendación dada por la Comisión sobre el listado de enfermedades profesionales. Y dado que el juez nacional estaba obligado a tener en cuenta tales recomendaciones, sobre todo cuando estas pueden arrojar luz sobre el sentido interpretativo de las disposiciones aplicables al caso, ya sean nacionales o comunitarias, es por lo que, finalmente, aun siendo un texto no vinculante que no crea derecho u obligación alguna, el Tribunal de Justicia otorga ese efecto vinculante a la norma debido a su carácter interpretativo y capacidad de resolución de conflictos de esa naturaleza.²⁷ Por tanto, aunque es cierto que este tipo de normas e instrumentos carecen de fuerza vinculante alguna, lo que enmascara totalmente las posibilidades reales de conocer cuáles serán sus efectos en la práctica, si es fácilmente reconocible su capacidad y facilidad resolutoria a la hora de interpretar adecuadamente las normas, en este caso de Derecho Comunitario, que puedan ser aplicables tanto por las propias instituciones comunitarias como por los órganos

²⁵ Un pequeño ejemplo pero, a su vez, profundamente significativo, lo encontramos en la Constitución del Principado de Andorra de 2 de febrero de 1993. En la Normal Fundamental del pequeño país pirenaico queda recogido lo siguiente: CPAnd. Artículo 5: La Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene vigencia en Andorra.

²⁶ STJCE Caso Grimaldi vs. Fons des Maladies Professionnelles (Asunto C-322/88) de 13 de diciembre de 1989.

²⁷ Véase la Parte Dispositiva del Caso Grimaldi (C-322/88): “A la luz del párrafo 5 del artículo 189 del Tratado CEE, las Recomendaciones de la Comisión de 23 de julio de 1962, relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales, y 66/462, de 20 de julio de 1966, relativa a las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales, no pueden, por sí mismas, crear derechos en favor de los justiciables que éstos puedan ejercitar ante los Jueces nacionales. Sin embargo, estos últimos están obligados a tener en cuenta las recomendaciones al resolver los litigios de que conocen, en especial cuando pueden aclarar la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias”.

judiciales y demás administraciones públicas de los Estados miembros. Esta ha sido la principal razón por la cual el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de su jurisprudencia, ha instado en numerosas ocasiones a todos los Estados miembros a tener en cuenta este tipo de documentos con el objeto de llevar a cabo una correcta aplicación de la normativa comunitaria por parte de los órganos judiciales nacionales.²⁸

Finalmente, con respecto a la tercera de las formas en la que el *soft law* puede llegar a tener ese efecto o fuerza vinculante, esta dependerá de la voluntad y del acuerdo de los Estados con respecto a la forma de interrelacionarse entre ellos y de la manera en la que sean enfocadas las políticas que se pongan en práctica de manera conjunta. Así, dependiendo de este acuerdo, los Estados pueden agruparse para seguir políticas comunes utilizando de forma indistinta tanto instrumentos de *hard law* como de *soft law* para conseguir implementar disposiciones legales en cada uno de los Estados y en un mismo sentido armonizado. Igualmente, mediante el uso de instrumentos de *soft law*, aunque también de *hard law*, una agrupación de Estados puede unirse para hacer frente a otro conjunto de Estados de manera que consiga el acercamiento un tercer conjunto de terceros Estados que, a través de modificaciones legislativas dentro de su ordenamiento, acercan sus posturas a un conjunto u otro de Estados dominantes, y especialmente hacia aquel que se erija como la potencia principal en ellos, con la finalidad de conseguir cierta clase ventajas o niveles de protección.²⁹

6. Conclusiones

Como ha podido comprobarse, parece clara la elevada complejidad conceptual y naturaleza de los instrumentos de *soft law* pero, sin embargo, dicha complejidad parece que no exime de su necesidad de uso para los diferentes actores jurídicos, políticos y sociales. Las razones de esta necesidad de uso, así como el contexto en el que se ubica, provoca que los instrumentos de *soft law* se erijan además como

²⁸ Véase la Sentencia del Caso Grimaldi (C-322/88), Párr. 18: “[...] Efectivamente, los Jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”. Esta misma línea ha sido seguida y confirmada posteriormente por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (anterior Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) en el Caso Altair Chimica SpA vs. ENEL Distribuzione SpA (C-207/2001) de 11 de septiembre de 2003. Párr. 41; y Caso Lodato Gennaro y C. SpA vs. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) y SCCI (C-415/2007) de 2 de abril de 2009. Párr. 23.

²⁹ Para profundizar en este sentido, véase a SHAFFER, GREGORY C. y POLLACK, MARK A. en “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonist in Internacional Governance”. Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 09-23. Law School. University of Minnesota. Págs. 765 y ss.

un instrumento válido para el desarrollo legislativo por parte del Estado. Así, el uso de los instrumentos de *soft law* es particularmente reseñable en aquellos supuestos en los que se carece de competencia o autoridad alguna o, simplemente, porque se considera que a través de un instrumento no vinculante será más probable la asimilación del contenido reflejado en ese instrumento al no establecer una obligación formal, pero sí moral, y por tanto pueden llegar a cubrir aquellas lagunas o alcanzar a resolver ciertas controversias en las que los instrumentos de *hard law* no resultan de utilidad alguna para otorgar cobertura o respuesta.³⁰

Ciertamente, los instrumentos de *soft law* no están exentos de críticas relacionadas, en la mayoría de los casos, con su falta de seguridad jurídica en cuanto a su adopción, si se compara con el resto del ordenamiento jurídico, y con sometimiento al imperio de la ley como concepto jurídico-político propio de un Estado de Derecho en la actualidad.³¹ Críticas que, mientras más se aproximan a los núcleos centrales del ordenamiento de cada Estado, se vuelven más beligerantes y contrarias a la utilización de estos instrumentos en cuanto que afectan a materias y ámbitos del Derecho especialmente relevantes dentro de la estructura del Estado como lo son la organización y funcionamiento de las diferentes Administraciones Públicas, la Administración de Justicia o el propio Régimen Tributario.³² Precisamente, una de las críticas más duras contra los textos de *soft law* es que, como consecuencia de su auge y fuerte proliferación, puede estar asumiendo buena parte de la función parlamentaria en detrimento de las instituciones democráticas y en favor de los órganos ejecutivos que, a su vez, se encuentran cada vez más influenciados por los intereses y criterios de ciertos organismos, corporaciones o agencias de carácter externo.³³

Sin embargo, ha de entenderse que estas críticas a los instrumentos de *soft law* no tienen vocación de reducir el imperio de la ley o ni poner en riesgo la seguridad jurídica. Más bien, y a pesar de carecer de fuerza vinculante, con este tipo de instrumentos se estaría otorgando cierto nivel de cobertura en aquellas parcelas de las relaciones jurídicas en las que el sistema normativo tradicional no ha surtido

³⁰ Véase BARBERIS, M.: *Europa del Diritto. Il Mulino*. Bologna, 2008. Pág. 277.

³¹ Véase LAPORTA SAN MIGUEL, F. J.: *El Imperio de la Ley. Una visión actual*. Trotta. Madrid, 2007. Pág. 263.

³² Véase ZORNOZA PÉREZ, J.: “La Problemática Expansión del Soft Law: Un Análisis desde el Derecho Tributario”. Lección de apertura del curso académico 2010/2011. Universidad Carlos III. Madrid.

³³ Véase ALONSO UREBA, A.: “El Gobierno de las Grandes Empresas (Reforma Legal versus Códigos de Conducta)”, dentro de la obra ESTEBAN VELASCO, G. (Coordinador): *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*. Marcial Pons. Madrid, 1999.

efecto alguno, o menos del deseado, donde se ha producido una clara desregulación o, en su caso, donde nunca ha existido ámbito normativo alguno, bien por su complejidad, bien por ser un espacio novedoso e inexplorado para el Derecho. En este sentido, no únicamente puede pensarse en aquellos espacios relacionados con el sector económico y productivo sino que, también, y quizá con mayor razón, habría que moverse en aquellos aspectos relacionados con la políticas públicas que guardan relación directa con el reconocimiento y con el ejercicio de los derechos sociales que, en no pocas ocasiones, y a pesar de que hubiese sido profundamente deseable, su defensa no ha sido debidamente cubierta y protegida por los principios que rigen el derecho positivo y desde los propios textos constitucionales.

Una muestra de este tipo de discordancia son aquellos recelos que han surgido desde el seno de la Unión Europea por parte de alguno de los Estados miembros que, en no pocas ocasiones, se han mostrado especialmente reticentes a la hora de llevar a cabo una cesión de soberanía en varios aspectos relacionados con el proceso de integración europea.³⁴ Igualmente, tales recelos han sido compartidos en un buen número de ocasiones por la propia población que entiende que existe una falta de protección de sus derechos e intereses por parte de las Instituciones Comunitarias que han preferido recurrir a este tipo de instrumentos, mostrando así esa debilidad tantas veces evidenciada en otras ocasiones, antes de recurrir al resto de fórmulas normativas vinculantes que, en definitiva, si conducirían al obligado cumplimiento de las mismas.³⁵

Con respecto al acervo normativo comunitario, quizá lo que pretendan los instrumentos del *soft law* sea cubrir esos niveles de integración, yendo más adelante de lo que la normativa europea logra conseguir, en cuanto a su transposición al ordenamiento interno de los Estados que conforman la Unión. Y, en este sentido, se estarían englobando tanto los procesos de armonización e integración legislativa como a los procesos de participación y creación de consenso por parte de los diferentes actores, ya sean de carácter público o privado, que intervienen en la vida pública, en la vida social y en lo que respecta al ámbito de

³⁴ A modo de perfecto ejemplo, puede citarse la reciente crisis migratoria que ha llevado a países como Austria, Hungría, Malta o Italia a cuestionar la políticas migratorias que, en el caso del Reino Unido, deseoso además de un mayor control nacional de las políticas comerciales y de huir de la burocracia comunitaria, culminaron con la activación del proceso de salida de la Unión Europea tras el referéndum llevado a cabo el 23 de junio de 2016 y que dio como resultado un 51,9% a favor de abandonar la Unión. Para una información más detallada: https://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results

³⁵ Véase SNYDER, F.: “Soft Law e prassi istituzionale nella Comunità Europea” en Rivista “Sociologia del Diritto”. Nº 1. 1993. Págs. 79 a 105.

la política y del funcionamiento de las instituciones. Sin embargo, nada de esto puede ser considerado como perjudicial o susceptible de crítica. Es decir, no puede ser criticable por parte de los poderes públicos que controlan la labor legislativa el que existan procedimientos que busquen mayores de niveles de participación en la vida política y social del Estado cuando el resto de cauces habituales no han conseguido el resultado deseado o, en su caso, hayan desistido de todo intento de realizar clase alguna de intervención. Y es que, no tiene sentido crítica alguna cuando los instrumentos de *soft law* únicamente intentan llenar el espacio y desplegar sus efectos en aquellos ámbitos no regulados por el derecho positivo, por lo que, al mismo tiempo, tampoco cabe exigir que cumplan con todos los aspectos y demás rasgos característicos de los instrumentos de *hard law*.

Sin embargo, aunque es cierto que buena parte de las críticas anteriores a los instrumentos de *soft law* puedan resultar inocuas, no es menos cierto que, dependiendo de cómo intenten introducirse a la hora de dar ese grado de cobertura ante situaciones no reguladas, resulte paradójico que su principal ventaja, es decir, su capacidad de llegar a aspectos no regulados, pueda al mismo tiempo convertirse en su mayor debilidad cuando no existe un contexto social propicio ni las condiciones adecuadas para su uso. Así, aunque exista voluntad de crear un espacio propicio para determinados procesos de elaboración de políticas públicas, o de solución de controversias propias de la vida pública y social, su efectividad puede volverse totalmente estéril o, en su caso, puede transformarse en un cheque en blanco para aquellas entidades o agrupaciones que cuentan con los medios suficientes a su alcance como para poder influenciar e, incluso, limitar el ejercicio del derecho de participación de la ciudadanía en aquellos ámbitos en los que, al menos en ese momento, únicamente quepa la posibilidad de usar instrumentos de *soft law*. E, igualmente, ante esa falta de apoyo e interés por parte de una mayoría social contraria, todo ese intento de esfuerzo dinamizador, así como de participación democrática que conllevan este tipo de instrumentos, puede resultar totalmente estéril poniendo así de manifiesto una de las grandes debilidades que supone todo el entramado de las normas de *soft law*.³⁶

Es clara la necesidad de un estrato social que sea propicio y se muestre particularmente activo y consciente de su capacidad de influencia en los distintos aspectos de la vida pública y social para que los instrumentos de *soft law* puedan desplegar sus efectos de forma eficaz aunque carezcan de fuerza

³⁶ Véase BARBERA, M.: “Introduzione. I Problemi Teorici e Pratici posti dal Metodo di Coordinamento Aperto delle Politiche Sociali” dentro de BARBERA, M (Ed.) “Nuove Forme di Regolazione: Il Metodo Aperto di Coordinamento delle Politiche Sociali”. Editorial Giuffrè. Milano, 2006. Pág. 8 y ss.

vinculante. En tal sentido, con la utilización de dichos instrumentos, debe desecharse esa idea que considera al espacio en el que se conforma la sociedad civil como aquel en donde únicamente tiene cabida el interés privado y contrarrestarla con aquella otra que defiende ese mismo espacio pero dirigido a una mayor participación de todos los sectores de la ciudadanía para así incidir en todos aquellos aspectos que tienen su influencia en la realidad y en la vida pública y social.

El hecho de que las normas de *soft law* carezcan de fuerza vinculante, supone que su asunción como un texto normativo válido dependerá de la voluntad de los Estados o, en su caso, de las distintas entidades, tanto públicas como privadas, así como de los demás sujetos a la hora de llevar a cabo sus comportamientos y relaciones interpersonales. En este sentido, puede considerarse una ventaja ese carácter de voluntariedad a la hora de buscar un amplio margen de aceptación y consenso cuando los sujetos que intervienen no son especialmente numerosos y sus respectivos intereses resultan fácilmente armonizables. Sin embargo, esto no sucede así cuando existe una amplia pluralidad de sujetos con intereses contrarios que hace muy difícil el poder lograr ese consenso, especialmente en aquellos supuestos de clara confrontación de los diferentes intereses económicos de determinados actores que se resisten a perder cualquier resquicio de cuota de poder o capacidad de influencia en el proceso de creación normativa.³⁷ Precisamente, es esa falta de consenso la principal razón por la que, en ocasiones, los poderes públicos, así como los diferentes actores y agentes jurídicos y sociales, apenas se involucran en ciertas cuestiones de profundo calado social. Por tanto, aunque es cierto que el uso de los instrumentos de *soft law* llevan aparejado una apuesta por el consenso entre todos los actores, el recurrir a ellos de forma continuada puede conllevar un abandono de las funciones legislativas de los poderes públicos, en tanto que su labor quedaría reducida únicamente a intentar buscar el máximo consenso para el desarrollo de políticas y programas sociales lo que, en consecuencia, supondría una renuncia “*de facto*” de la potestad reguladora del Estado en lo que respecta a dichas materias. Así pues, si bien es cierto que, por un lado, esta retirada del Estado podría ser muy beneficiosa para todo el sistema productivo de *soft law*, ese mismo abandono de la función reguladora del Estado podría conllevar, al mismo tiempo, que diferentes sectores de especial importancia dentro de la vida pública y social fuesen controlados por los grandes intereses económicos privados o de carácter corporativo.

³⁷ Véase FERRARESE, M. R.: “La Governance tra Politica e Diritto”. Il Mulino. Bologna, 2010. Pág. 39 y ss.

BIBLIOGRAFÍA (Sólo autores).

ALONSO UREBA, A.: “El Gobierno de las Grandes Empresas (Reforma Legal versus Códigos de Conducta)”. En ESTEBAN VELASCO, G. (Coordinador): El Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Marcial Pons. Madrid, 1999.

BARBERA, M.: Introduzione. I Problemi Teorici e Pratici posti dal Metodo di Coordinamento Aperto delle Politiche Sociali. BARBERA, M (Ed.) Nuove Forme di Regolazione: Il Metodo Aperto di Coordinamento delle Politiche Sociali. Editorial Giuffrè. Milano, 2006.

BARBERIS, M.: Europa del Diritto. Il Mulino. Bologna, 2008.

BOBBIO, N.: La Función Promocional del Derecho. Contribución a la Teoría del Derecho. Editorial Debate. Madrid, 1990.

DI ROBILANT, A.: Genealogies of Soft Law. The American Journal of Comparative Law. Vol. 54. Nº 3. Julio de 2006.

ESCUADERO ALDAY, R.: El Concepto de Soft Law. MORESO, JOSÉ JUAN y MARTÍ, JOSÉ LUIS (editores) Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010. Marcial Pons. Año 2012.

FERRAJOLI, L.: Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid, 2009.

FERRAJOLI, L.: “Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional”. Editorial Trotta. Madrid, 2011.

FERRARESE, M. R.: “La Governance tra Politica e Diritto”. Il Mulino. Bologna, 2010.

FLÜCKIGER, A.: Régulation, dérégulation, autorégulation: l’émergence des actes étatiques non obligatoires. Société Suisse des Juristes. Rapports et Communications. Año 2004.

FLÜCKIGER, A.: Pourquoi respectons-nous la Soft Law? Revue Européenne des Sciences Sociales. Vol. XLVII. Número 2. Año 2009.

LAPORTA SAN MIGUEL, F. J.: El Imperio de la Ley. Una visión actual. Trotta. Madrid, 2007.

RUDA, J. M.: La Asamblea General de las Naciones Unidas. Organización y Procedimiento. Revista Academia. Revista sobre la Enseñanza del Derecho. Año 8. Número 16. Año 2010.

SHAFFER, GREGORY C. y POLLACK, MARK A.: Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonist in Internacional Governance. Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 09-23. Law School. University of Minnesota.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: La Autoridad del Derecho y la Naturaleza del Soft Law. Cuadernos de Derecho Público. Instituto Nacional de Administración Pública. Número 28. Año 2006.

SENDEN, L.: Soft Law in European Community Law. Oxford and Portland Oregon. Oxford, 2004.

SNYDER, F.: Soft Law e prassi istituzionale nella Comunità Europea. Rivista - Sociologia del Diritto. Nº 1. Anno 1993.

TOMUSCHAT, C.: Uniting for Peace. Introductory Note. United Nations Audiovisual Library of International Law. United Nations, 2008.

ZORNOZA PÉREZ, J. : La Problemática Expansión del Soft Law: Un Análisis desde el Derecho Tributario. Lección de apertura del curso académico 2010/2011. Universidad Carlos III. Madrid.

ZUFFEREY, JB.: La réglementation des systèmes sur les marchés financiers secondaires: contribution dogmatique et comparative à l'élaboration d'un droit suisse des marchés financiers. Ed. Universitaires Fribourg, 1994.