

# La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa

## *The expansion of flexible law and its impact on the normative production*

Por ÁNGELES GALIANA SAURA  
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

### RESUMEN

*En un contexto de «crisis del Derecho» la regulación de conductas en algunas materias prescinde de los procesos de producción legislativa que han caracterizado la concepción estatalista del Derecho, introduciendo en el ordenamiento jurídico normas de carácter flexible y/o blandas o de soft law. Para aportar cierta claridad conceptual sobre este fenómeno se ha de analizar este tipo de normas, algunas de sus manifestaciones, los efectos que puede producir su introducción en el sistema jurídico, con especial incidencia en la seguridad jurídica, en su consideración o no como fuente del Derecho, en su justiciabilidad y en su controvertido carácter normativo.*

Palabras clave: *Derecho flexible, soft law, autorregulación, fuentes del Derecho.*

### ABSTRACT

*In a context of «crisis of law» the regulation of conduct in some matters dispenses with legislative production processes that have characterized the statist concept of law, introducing flexible or soft law in the legal system. To*

*provide some conceptual clarity on this phenomenon is to analyze this type of rules, some of its manifestations, the effects that can produce its introduction into the legal system, with special emphasis on legal certainty, consideration or not as a source of law, its justiciability and its controversial normative character.*

Key words: *Flexible Law, soft law, self-regulation, sources of Law*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN UN CONTEXTO DE CRISIS DEL DERECHO.—3. REFLEXIONES SOBRE LA DIFICULTAD DE ESTABLECER UNA DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA: DERECHO FLEXIBLE Y *SOFT LAW*.—4. ALGUNOS EJEMPLOS DERECHO FLEXIBLE Y DE *SOFT LAW*.—5. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA INCLUSIÓN DE NORMAS FLEXIBLES EN EL SISTEMA JURÍDICO.—6. CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.—2. THE NORMATIVE PRODUCTION IN A CONTEXT OF CRISIS OF LAW.—3. REFLECTIONS ON THE DIFFICULTY OF ESTABLISHING A DELIMITATION TERMINOLOGY: FLEXIBLE LAW, *SOFT LAW*.—4. SOME EXAMPLES OF FLEXIBLE LAW AND *SOFT LAW*.—5. PROBLEMATIC AROUND TO FLEXIBLE RULES IN THE LEGAL SYSTEM INCLUDING.—6. CONCLUSIONS.

## 1. INTRODUCCIÓN

La realidad jurídico-social altamente cambiante ante la que nos encontramos supone una revisión constante del aparato conceptual que se emplea para describirla, especialmente cuando las clásicas clasificaciones dejan de ser apropiadas para definir la realidad que pretendían reflejar. Es lo que sucede con la potestad normativa, la capacidad regulativa ya no solo del Estado sino también de la sociedad civil, órganos supraestatales, corporaciones,... y la constatación de que, cada vez con mayor frecuencia, las instancias políticas, para abordar la regulación de conductas en determinados ámbitos, prescinden de las técnicas legislativas propias o tradicionales de nuestro sistema jurídico constitucional, lo que ha provocado un cambio tanto en el proceso de producción normativa como en los sujetos que participan en el mismo. De hecho, se califican algunas de estas prácticas como «para-reglamentarias», que se apoyan en la pretensión de los operadores económicos de conseguir rápidas soluciones en casos de vacío legal (García Álvarez: 2006, 143).

Estas normas de nueva introducción han sido denominadas de forma diversa por la doctrina, calificándolas así como Derecho

«flexible»<sup>1</sup> o «*soft law*», por ejemplo, y se insertan en un contexto regulativo calificado como de «crisis del Derecho»<sup>2</sup>, lo que provoca un cierto desconcierto sobre el sistema de fuentes del Derecho, sobre la consideración del propio Derecho vigente y la certeza jurídica, sobre su interpretación, e incluso sobre su grado de vinculatoriedad. Ante esta realidad, el objetivo de este trabajo es el de aportar cierta claridad conceptual sobre este fenómeno, analizando los rasgos definitorios de estas técnicas legislativas, algunas de sus manifestaciones, ciertos efectos que dicha flexibilización o «suavización» del Derecho están produciendo o pueden producir en los sistemas jurídicos actuales, así como algunas reflexiones sobre la misma consideración de su controvertido carácter normativo.

## 2. LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN UN CONTEXTO DE CRISIS DEL DERECHO

Hoy en día, y aunque resulte obvio indicarlo, sabemos que el Derecho se caracteriza por la mutabilidad, la rapidez, la caducidad que requiere una sociedad en permanente cambio. Es por ello que es posible afirmar que «el Derecho, tal como nosotros lo conocemos y lo practicamos, no está preparado para dirigir una sociedad moderna» (Arnaud: 1994, 1000-1004). Probablemente, como indica E. Denninger, la actual sociedad sea demasiado dinámica para una norma (el código) cuya razón de ser es petrificar para dar estabilidad. El centro de gravedad del sistema jurídico de una sociedad que no se detiene no

---

<sup>1</sup> Expresión conocida en el ámbito jurídico por la obra de J. Carbonnier (1994). Incluso se emplea, en ocasiones, la terminología «Derecho dúctil», expresión que se empleó para la traducción de la obra de G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitte. Logge, diritto, giustizia*, por M. Gascón (Zagrebelky: 1995). Como señalaba G. Peces-Barba, el término «dúctil» es próximo al de «maleable», «moldeable» o «flexible», aunque sea éste último el que se considere más apropiado para expresar, en sentido figurado, la «idea del pluralismo, de ausencia de rigidez, de principios constitucionales no organizados jerárquicamente, de superación del legalismo y del sistema cerrado con que nuestro autor –se refiere a G. Zagrebelsky– identifica al sistema jurídico». (PECES-BARBA: 1995, 158). No obstante hay que apuntar que G. Zagrebelsky utiliza el adjetivo «dúctil» en un sentido no completamente asimilable al de «flexible» empleado por J. Carbonnier, ya que lo emplea, básicamente, para calificar el carácter esencial del Derecho de los Estados constitucionales actuales, donde la coexistencia de valores y principios, sobre la que debe basarse la Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Afirma que los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional son la coexistencia y el compromiso.

<sup>2</sup> Aunque dicha expresión que no ha de resultar novedosa, pues viene empleándose ya desde antes de la primera mitad del siglo pasado, por autores como Carnelutti, Bourdeau o Ripert. Una síntesis de sus ideas puede verse en PRIETO SANCHÍS (1998, 21-24).

puede ser un código. Esta situación ha provocado que se califique esta etapa como de «descodificación» (Irti: 1992), donde la ley ya no es tanto la fuente principal y casi exclusiva del Derecho, sino que padece modificaciones sustanciales, lo cual implica una reformulación del «imperio de la ley»<sup>3</sup>. Con todo, la ley sigue siendo la categoría central del Estado Constitucional, solo que no sería juicioso considerar que se trata del mismo tipo de ley, sobre todo existiendo un concepto de soberanía tan quebradizo como el que existe hoy (Denninger: 1994, 54).

A lo anterior también cabe añadir ciertas tendencias desreguladoras y privatizadoras<sup>4</sup>, con lo cual el Estado ha dejado de controlar buena parte de la producción normativa. Por estos y otros motivos se habla no tanto de una «crisis del Derecho», como de una crisis su capacidad regulativa<sup>5</sup>, en un doble sentido (Hespanha: 1997, 230-231): en primer lugar, institucional, dada la progresiva falta de eficacia del Derecho y la aparición de zonas de «a-legalidad» y de «i-legalidad»; y, en segundo lugar, crisis de legitimidad<sup>6</sup>, por la pérdida de la capacidad simbólica del discurso jurídico para representarse, para ser reconocido como el medio idóneo y justo de organización social. Como consecuencia se produce una degradación de los niveles de calidad de la producción normativa, de tal manera que las normas que se elaboran suelen adolecer de graves defectos, tanto formales como materiales<sup>7</sup>.

Muchas de las manifestaciones de esta crisis regulativa tienen que ver con la globalización<sup>8</sup> y con la necesidad que conlleva a los juristas de pensar en nuevas formas de afrontar la realidad jurídico-

<sup>3</sup> Sobre este aspecto véase LAPORTA (2007) y (2014a, 103-121).

<sup>4</sup> La desregulación «al contrario de lo que la expresión puede sugerir, no equivale a la anomia, sino que se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras limitadas a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado» (MARCILLA: 2005b, 240).

<sup>5</sup> O, cuando menos una crisis de la razón jurídica, como afirma L. FERRAJOLI, una «pérdida de confianza en esa artificial *reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el Estado de derecho» (FERRAJOLI: 1999, 18). Una crisis en el monopolio del poder de creación del Derecho por el Estado que es irreversible (FERRAJOLI: 2004, 141).

<sup>6</sup> Como indica R. ESCUDERO, un cambio a la legitimidad de ejercicio frente a la clásica legitimidad de origen. Ello implica, por un lado, la creación de espacios que permitan una mayor participación de los ciudadanos en el proceso que rodea a la creación de las normas jurídicas y de las políticas públicas. Por el otro lado, el paso de una *governance-by-law* a una *governance-by-objectives*, es decir, de una regulación jerárquica de tipo *up-and-down* a una ordenación de las conductas basada en el acuerdo y en el compromiso voluntario (ESCUDERO: 2012, 98).

<sup>7</sup> En este sentido, consultar, entre otros, la obra de LAPORTA (2007 y 2014a), MARCILLA (2005a), PRIETO SANCHÍS (1998, especialmente el capítulo I «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional», 5-46), GALIANA (2003 y 2008), HIERRO (2003, 449-476), y ZAPATERO (2009).

<sup>8</sup> Y con el proceso de difuminar las fronteras (reales y simbólicas) que mantenían las dicotomías propias del proyecto de la modernidad: Estado/sociedad civil; público/privado; formal/informal; jurídico/no jurídico... Sobre la polarización dicotómica véase SOUSA SANTOS (1990, 13-16). Sobre la nueva función del Derecho en el proceso de globalización, véase del mismo autor (1998), o FARIA (2001), entre otros.

social actual. En este contexto, el Derecho tiende a acentuar el propio valor interactivo y comunicativo y esto lo configura como un producto abierto, capaz de reaccionar ante nuevas situaciones, que se forma en muchos ámbitos, según una lógica de la posibilidad y de la oportunidad más que no sobre la del vínculo y la de la sanción (Pastore: 2003, 9). La «estatalidad» de la ley resulta cada vez menos representativa de la realidad jurídica, y así también lo demuestran los diferentes procesos de descentralización normativa y el creciente protagonismo normativo de la sociedad civil a través de grupos y/o corporaciones, agrupaciones, en suma, con una elevada capacidad de autorregulación<sup>9</sup>. Las sociedades actuales se caracterizan además por ser sociedades amenazadas por el riesgo derivado del desarrollo tecnológico, especialmente los ambientales<sup>10</sup>. Para una adecuada gestión de estos posibles daños se requiere una intervención, en algún sentido, de quien los genera, generalmente organizaciones privadas.

En un mundo globalizado, la legislación aparece como una forma de intervención demasiado rígida e incapaz de articular la complejidad de esta realidad, resultando difícil que el Estado pueda resolver los conflictos de intereses de la sociedad sin caer en contradicciones. Es más, la necesidad de plantear al lado del Derecho interno un Derecho transfronterizo puede, entre otros elementos, suponer un cierto deterioro de los esquemas conceptuales y normativos tradicionales y una posible fragmentación de la unidad del ordenamiento jurídico (Laporta: 2014b, 41-42)<sup>11</sup>.

El aumento y la relevancia de los instrumentos jurídicos «flexibles» están estrechamente conectados con esta crisis de la capacidad regulativa de la legislación, ya que tienen mayor posibilidad de adaptarse a contextos diversos. La introducción de esta flexibilidad en el

---

<sup>9</sup> En este sentido se habla de una crisis de la «estatalidad» del Derecho provocada por los procesos de descentralización normativa y fomentada por el creciente protagonismo de grupos y corporaciones, sobre todo económicos, en los procesos de creación de normas. Incluso se puede afirmar que «el repliegue de la ley estatal merced a normas de gestación privada se ha instalado en nuestros sistemas jurídicos: el legislador presta audiencia a grupos organizados que defienden intereses y acepta que influyan en la adopción de decisiones políticas, avala normas en cuya formación el propio legislador apenas ha intervenido, reconoce altas cotas de autonomía normativa a ciertos sujetos privados para la gestión de sus asuntos...» (MARCILLA: 2005b, 240-246).

<sup>10</sup> Sobre este aspecto puede consultarse la obra de ESTEVE PARDO (1999 y 2002).

<sup>11</sup> Tal y como afirma A. Pizzorusso, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, con el desarrollo de la denominada «globalización» económica y cultural, han surgido formas de Derecho «transnacional» (denominado también de otras maneras), que han dado lugar a ordenamientos jurídicos no estatales, que no se encuentran vinculados (salvo en aspectos de carácter secundario) a ordenamientos estatales o al ordenamiento internacional, y que conforman áreas de Derecho no reductibles a una de las pirámides correspondientes a los ordenamientos jurídicos de los Estados, o a otros vinculados a estos. Pizzorusso (disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm>) [Fecha de consulta: 10/01/2014].

sistema jurídico va a suponer el debilitamiento de la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas a favor de un importante incremento de la discrecionalidad y la apertura del Derecho hacia todo tipo de presiones sociales y políticas y, en general, los criterios de oportunidad (Calvo García: 1998, 104-105). Ante esta situación se insertan en el sistema jurídico instrumentos normativos de muy distinta variedad que responden al esquema del consejo o la recomendación y no al imperativo tradicional<sup>12</sup> y que, además, en muchas ocasiones no provienen del Estado. De este modo, el Derecho se aproxima más a un Derecho negociado y directivo, querido y aceptado más que no impuesto, en sociedades democráticas cada vez más complejas y segmentadas (Amselek: 1991, 129-154)<sup>13</sup>. Un Derecho flexible que se ve constreñido a prescindir de la generalidad y abstracción porque aspira a ser el Derecho del nuevo tipo de organización socio-económica (Hespanha: 1997, 253-254).

Estos fenómenos señalan una mutación en el modelo de regulación, no tanto centrado en la norma rígida que se impone a la generalidad de ciudadanos, y a su faceta analítica, sino más atenta a la exigencia de hacer de la normativa un instrumento capaz de adaptarse a la dinámica social, económica, tecnológica, en continuo cambio; resulta idóneo para tener en cuenta los intereses en juego y orientar el comportamiento de los sujetos sin obligarles a uno específico, sino dirigiendo, en cambio, por muchos caminos, al logro de determinados objetivos. La flexibilidad de estos instrumentos jurídicos concilia la intervención normativa con las múltiples manifestaciones que caracterizan la sociedad actual, evitando que el Derecho se emplee como factor de rigidez.

El Derecho aparece como un tejido, una red de interrelación, donde regulaciones suaves, blandas, fluidas y elásticas (que juegan varios papeles, respondiendo a la solicitud de flexibilidad y adaptabilidad de contextos sociales cada vez más complejos) conviven con disciplinas plenamente obligatorias. La normatividad resulta, en este cuadro, no monolítica, sino caracterizada por una notable tasa de graduación (Pastore: 2003, 14). No obstante, como indica F. Laporta, sugerir una graduación de la normatividad tiene algunos problemas importantes. Al fin y al cabo, la idea de una «obligatoriedad voluntaria» parece una contradicción en los términos. Por ello se señala que se trata de normas obligatorias acompañadas, sin embargo, de ciertas «cláusulas de escape» o «provisiones de salida» que permiten a la parte vinculada determinar cuándo es exigible la obligación, que no son lo mismo que las normas no jurídicas, pues las normas no jurídicas no son exigibles por el Derecho (pero sí por medios políticos); sin embargo, donde hay

---

<sup>12</sup> Se trata de fórmulas que proponen y no imponen la realización de conductas, que podrían corresponderse con la función promocional del Derecho indicada por BOBBIO (1990, 371-372).

<sup>13</sup> Véase también en este sentido MORAND (1991, 181-219).

una cláusula de escape no hay justificación para la aplicación por la fuerza de la norma, e incluso la aplicación política por la fuerza estaría excluida (Laporta: 2014b, 75-76).

### 3. REFLEXIONES SOBRE LA DIFICULTAD DE ESTABLECER UNA DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA: DERECHO FLEXIBLE Y *SOFT LAW*

El uso del término «flexibilidad» en el ámbito normativo resulta frecuente y aumenta en los últimos años, si bien se emplea de manera muy diversa, lo cual provoca confusión a la hora de determinar su alcance y conceptualización. Es por ello que resulta necesario realizar alguna reflexión en torno a qué se entiende por «Derecho flexible».

La palabra «flexibilidad» implica la cualidad de ser «flexible», y partiendo de que el adjetivo «flexible» tiene varias acepciones en su sentido común (entre las que destacan «que tiene disposición para doblarse fácilmente», «que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas», o «susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades») <sup>14</sup>, el término es empleado por los juristas para describir fenómenos heterogéneos, lo cual nos deja en una situación de incertidumbre respecto a qué se quiere hacer referencia con las expresiones «flexibilidad normativa» o «Derecho flexible». A veces se emplean para describir el fenómeno de adaptabilidad de las normas al cambio social; otras, en cambio, pretenden hacer referencia a la posibilidad de modular los efectos de las normas; e incluso se utilizan en el ámbito del Derecho Internacional para hacer alusión a la capacidad de las partes en un tratado internacional para excluirse de las obligaciones jurídicas dimanantes de la norma convencional (Liñán: 2003, 13).

El término «flexibilidad normativa» está, pues, relacionado con la adaptación del Derecho a la heterogeneidad y dinamismo de la realidad social regulada; pudiendo así incluso determinar dos acepciones de la flexibilidad: la dinámica y la estática (Martín Rodríguez: 2003, 26-29). La acepción dinámica de la flexibilidad se relaciona con la modificación o cambio normativo. La flexibilidad es utilizada en este sentido para determinar la mayor o menor capacidad de renovación del contenido normativo del Derecho. La acepción estática, por su parte, hace referencia al contenido normativo, a la amplitud del precepto para albergar conductas variadas, para prescribir un imperativo no demasiado concreto sino que admita cierta variación, esto es, diversas formas de cumplimiento. Se considera que la norma es flexible porque es capaz de perfilar un contenido no rígido, sino variable. La flexibilidad estática, así entendida, determina la necesidad de analizar cuál es el

---

<sup>14</sup> Definición extraída del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. RAE. [Fecha de la consulta: 19.03.2014] <http://lema.rae.es/drae/?val=flexibilidad>

umbral de la normatividad (lo jurídico de lo no jurídico), e incluso puede cuestionar el propio concepto de norma jurídica, al distinguir grados en su fuerza imperativa (Abi-Saab: 1987, 184 y ss.).

En cualquier caso, y sea cual fuere el sentido atribuido, las propiedades del Derecho flexible siempre terminan definiéndose por oposición a las propias del Derecho clásico, del también denominado *hard law*. Frente a la lógica de la vinculación y de la sanción a la que responde éste, aquél obedece a la lógica de la oportunidad y de la persuasión (Valdés Dal-Re: 2005, 41), aunque no solo es Derecho flexible aquél que tiene un contenido no vinculante, sino también normas de *hard law* dictadas en términos vagos o ambiguos que dejan un gran margen a la interpretación. Debido a esta característica relacionada con su no vinculatoriedad (que también se predica del Derecho flexible en algunas de sus manifestaciones) en nuestro ámbito doctrinal es cada vez más frecuente el empleo de la expresión anglosajona «*soft law*»<sup>15</sup> (como contraposición al *hard law*) para referirse a la flexibilidad jurídica. En cualquier caso, considero necesario apuntar que en realidad no se trata de fenómenos idénticos, pero sí que mantienen ciertas similitudes (especialmente por su conexión con la flexibilidad estática), por lo que creo que se debe también realizar alguna precisión conceptual respecto a este último término, confuso y no unánimemente definido por la doctrina<sup>16</sup>.

La expresión «*soft law*» ha provocado discusiones doctrinales respecto a su propia forma semántica, ya que parece una contradicción en los términos. Algunos autores mantienen que si una norma es «*soft*» no puede ser «*soft*», y si es «*soft*» no puede ser «*law*». Sin embargo, como afirma Laporta (2014b, 62) «esa misma ambigüedad o mezcla de términos que parecen no casar entre sí, y que ha llevado a no pocos autores a ver en ella un oxímoron o *contradictio in terminis*, es lo que hace de la nueva acuñación algo especialmente feliz para dar cuenta de los nuevos (y no tan nuevos) fenómenos normativos del Derecho internacional. Ha sido esa conciencia de estar asistiendo a algo nuevo en ese mundo normativo lo que ha unido la nueva expresión a la nueva realidad».

Resulta usual utilizar la denominación de *soft law* en el ámbito del Derecho Internacional para referirse a todos aquellos actos que carecen de eficacia normativa y que son dictados por organismos internacionales (Snyder: 1993a, 32), ya tengan éstos poder normativo o carezcan de él, con diversa denominación, como recomendaciones,

---

<sup>15</sup> Acuñada por Lord McNAIR en su obra *The Law of Treaties* (1986). No obstante, como señala LAPORTA, se piensa que su intención era más bien la de diferenciar entre enunciados normativos de *lege lata* y enunciados normativos de *lege ferenda*. (LAPORTA: 2014b, 62).

<sup>16</sup> Precisamente uno de los mayores problemas para intentar definir el *soft law* es la heterogeneidad y pluralidad de instrumentos que pueden entrar en esta calificación (ROBILANT: 2006, 500).

resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta (Shaw: 2008, 118). Se trata de normas que carecen de eficacia directa y *erga omnes*, así como de la oponibilidad propia de las normas jurídicas del *hard law*. Sin embargo, son herramientas técnicas con las que se pretende influir en el Derecho positivo de los distintos Estados estableciendo los principios informadores de las distintas regulaciones nacionales, detallando el tratamiento posible de los distintos aspectos del tema, o realizando otra serie de consideraciones. En el ámbito del Derecho Internacional, el *soft law* se considera que se refiere aquí a reglas de conducta que se encuentran en el nivel de lo no vinculante jurídicamente (en el sentido de ser aplicable por la fuerza y sancionable mediante la responsabilidad internacional) pero que, de acuerdo con la intención de sus autores, posee un alcance jurídico (*legal scope*) que ha de ser definido ulteriormente en cada caso. Tales reglas no tienen en común un estándar de intensidad uniforme por lo que a su alcance jurídico respecta, pero sí el que están dirigidas (intención de los autores) y tienen como efecto (a través del Derecho internacional) que la conducta de los Estados, las organizaciones internacionales y los individuos sea influida por esas reglas, sin contener, sin embargo, derechos y obligaciones jurídicas internacionales (Wellens y Borchardt: 1989, 274)

El *soft law* se afirma que se caracteriza por su lenguaje vago y abstracto, aunque en realidad ésta no es una característica exclusiva de este tipo de normas, sino que también es muy habitual en normas de *hard law* de Derecho interno, las cuales podrían calificarse de «flexibles» debido a la existencia de mayores márgenes de acción que alcanzan incluso a la negociación o el acuerdo sobre los términos de aplicación de la ley (Añón: 1994, 909)<sup>17</sup>. El significado de un determinado mensaje normativo puede ser más claro o más confuso, pero también hay que tener presente que la ambigüedad del mismo puede favorecer los intereses de quien lo enuncia porque amplía, por ejemplo, los espacios de discrecionalidad operativa permitiéndole sostener que en el futuro puedan realizarse no solo una, sino más acciones diversas entre sí, sobre la base de un mismo mensaje. La ambigüedad de las normas legales es, por ello, a menudo intencionada, bien por este motivo, o bien porque quienes participan en la formulación de las normas no son capaces de llegar a un acuerdo sobre la sustancia del contenido (Ferrari: 2000, 177).

Se suele afirmar que es característico del *soft law* la ausencia de efectos vinculantes, no obstante cabe señalar que esto no implica la ausencia de efectos jurídicos, ya que como incidiré posteriormente, el *soft law* puede servir, entre otras funciones, de parámetro interpretativo del *hard law* (Alonso García: 2001, 64). La posición generalizada

---

<sup>17</sup> Las normas jurídicas vagas y genéricas pueden ser vinculantes jurídicas (como lo son, por ejemplo, los principios jurídicos), lo que sucede es que presentan muchos problemas de aplicación. (LAPORTA: 2014b, 72-73).

de la doctrina es la de considerar que el *soft law* es un instrumento de carácter jurídicamente no vinculante pero con cierta relevancia jurídica<sup>18</sup>, con una mayor expansión en la producción del Derecho Internacional pero que se va extendiendo cada vez más a los Derechos internos. En este sentido desarrolla también una función en la formación de normas generales y, más en general, en la elaboración de estándares uniformes que reflejan el interés general de la comunidad mundial (Pastore: 2003, 5-6). Se les considera «normas ligeras» por su falta de eficacia obligatoria *per se*, carencia que no impide, sin embargo, que gocen de cierta eficacia jurídica gracias a la influencia que ejercen, derivada de su capacidad de persuasión, sobre los Estados, las instituciones comunitarias y los individuos. Las normas de *soft law* pueden ser adaptadas y modificadas más rápida y flexiblemente que otras normas, como pueden ser los tratados internacionales, ya que no requieren ratificación, son más fáciles de negociar porque implican un menor nivel de compromiso, etcétera (Bodansky: 2010, 156). También se ha señalado, en el ámbito del Derecho Internacional, que en realidad su existencia debe verse como una manifestación de la intención política de un Estado de comportarse de una determinada manera (Shaw: 2008, 118)<sup>19</sup>.

Entre las razones que motivan la utilización del *soft law*, y sintetizando, se suelen citar las siguientes (Escudero: 2012, 114): la presión de los poderes fácticos ante las instituciones democráticas; la pérdida de confianza en las autoridades e instrumentos tradicionales; la demanda de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones políticas; la desafección del ciudadano hacia las instituciones y organizaciones supranacionales llamadas a cobrar un papel decisivo en un mundo globalizado; la intención de reservar determinados ámbitos de decisión a la opinión de los hipotéticos «expertos» en la materia; o el progresivo abandono de la regulación estatal en el marco de las relaciones económicas, entre otras muchas.

Debido a su flexibilidad, el *soft law* puede desplegarse donde el *hard law* no puede o no se atreve a intervenir, especialmente en el ámbito internacional, de dos maneras complementarias, pero diferentes (Abi-Saab: 1993, 64-68): en primer lugar, el *soft law* puede explorar los nuevos ámbitos de expansión de la regulación jurídica, trazar las líneas generales que debe seguir la regulación, incitar a los Estados a avanzar en la elaboración de la misma o a afinar más en su contenido y en sus instrumentos, sirviendo así de precursor en el proceso de

---

<sup>18</sup> Pueden verse entre otros, DEL TORO HUERTA (2006, 513-549), ALONSO GARCÍA (2001, 63-94), SARMIENTO (2006, 221-261), ALARCÓN GARCÍA (disponible en <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/E1%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodríguezBereijo%20%20pre-print%2017%2002%202010.pdf>) [Fecha de consulta: 15/01/2014]

<sup>19</sup> Sobre su uso en el Derecho Internacional, así como sobre la nota de la autonomía en la falta de eficacia obligatoria, véanse, entre otros, DISTEFANO (2003, 17).

desarrollo del Derecho. Y, como una etapa en la evolución del Derecho, se trata de «Derecho», con ciertos efectos jurídicos (aparte del hecho de suministrar los parámetros de las reglas en formación): establecer el interés y la competencia para regular jurídicamente una determinada materia; invalidar las reglas contrarias preexistentes en la materia; etc. De este modo, la norma de *soft law*, sin ser obligatoria y aplicable directamente, produce ciertos efectos jurídicos inmediatos, de tipo colateral, indirecto o de rebote. En este sentido se afirma que el *soft law* de hoy es o anuncia el *hard law* de mañana. No se trata de una *lex imperfecta*, de un Derecho defectuoso, sino de un Derecho en gestación, *in statu nascendi* (Abi-Saab: 1993, 66).

Los instrumentos de *soft law* pueden transformarse en *hard law* mediante decisiones judiciales, administrativas o legislativas. Es lo que sucede por ejemplo, en el ámbito del Derecho Comunitario, con los acuerdos interprofesionales o sectoriales adoptados por los interlocutores sociales que son convalidados por el Consejo en el procedimiento legislativo correspondiente, pues si bien son negociados en el seno de dicho procedimiento como fase del mismo, en una interpretación abierta significa que la negociación colectiva se convierte, por esta vía, en actos legislativos del Consejo. El resultado es una norma de *hard law*, sin embargo, su contenido muestra una evolución acorde con la tendencia hacia la regulación mediante líneas generales, que distingue estas Directivas convencionales basadas en un acuerdo marco de las tradicionales que ofrecían una regulación detallada de la materia social que tratase, estableciendo derechos y obligaciones para los particulares. Han sido Directivas que, en muchos casos, han cumplido una labor de desbloqueo legislativo a nivel comunitario sobre ciertas materias, pero cuya efectividad en los Estados miembros no está siendo amplia<sup>20</sup>.

En segundo lugar, el *soft law* puede ser un producto final, el instrumento normativo empleado, y no simplemente una etapa intermedia en el proceso de formación del Derecho. En muchas ocasiones se trata de una elección efectuada por la misma naturaleza del objeto de la regulación, por su carácter altamente cambiante o dependiente de factores imprevisibles, lo cual provoca que el contenido normativo sea muy vago para evitar tener que revisarlo constantemente. Desde el punto de vista de la finalidad de estas normas, se trata no tanto de que se cumplan estrictamente sus recomendaciones, como de que se cree un estado de opinión favorable a su cumplimiento. Incluso es posible afirmar que más que obligar pretenden convencer. Se considera que a este tipo de normas les falta la naturaleza de imperativas, pero tampoco pueden considerarse condicionales por no someterse a condición alguna su cumplimiento. También se les califica como normas

---

<sup>20</sup> En este sentido, véase PASTORE (2003, 7-8); SNYDER (1993a, 97-101); BANO (2003, 65-67), entre otros.

«indicativas»<sup>21</sup>; e incluso los autores reticentes al término «*soft law*» emplean términos tales como «Derecho programatorio», «pre-Derecho» o «*lex in statu nascendi*», que parecen más apropiados, ya que muestran en qué etapa se encuentra una norma en el proceso de formación del Derecho, y en qué medida esta norma es imperfecta respecto a su fuerza obligatoria.

En conclusión, a la hora de valorar la utilidad de la expresión «*soft law*» se ha de tener en cuenta que se trata, en definitiva, de una categoría descriptiva que engloba fenómenos heterogéneos donde concurre un mínimo denominador: la falta de obligatoriedad jurídica –que no siempre es un mínimo común, puesto que en ocasiones falta la obligatoriedad (recomendaciones de organizaciones internacionales), en otras falta la juridicidad (acuerdos no normativos, instrumentos de actores no estatales)–, y la relevancia jurídica (a su vez, manifestada de diferentes maneras). Hay que constatar, de todos modos, que el que parece ser el significado más extendido de *soft law* es el que se refiere a instrumentos no obligatorios, considerados más bien como consejos y no verdaderas reglas, consistente más en buenos deseos o declaraciones de intenciones que de pautas para ordenar el presente. No obstante, cabe indicar que mediante el *soft law* no simplemente se aconseja, sino que también formulan deberes, tal y como afirma Laporta «es un vehículo de deberes» (Laporta: 2014b, 74)<sup>22</sup>. Ahora bien, hay que volver a poner de manifiesto que no hay unanimidad acerca de la expresión y por ello resulta necesario definir previamente el término cuando se vaya a emplear (Mazuelos Bellido: 2004, 38).

El fenómeno del *soft law* fue reconocido en el año 2003 por la Unión Europea<sup>23</sup> en el Acuerdo Interinstitucional «Legislar mejor»<sup>24</sup>, donde dada la inflación de normas comunitarias, se propone recurrir a

---

<sup>21</sup> Boletines terminológicos y normativos de la UE, número 15, 1999, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/transl\\_es/plataforma/pagina/celter/bol15.htm](http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/celter/bol15.htm) [Fecha de consulta: 15/01/2014]

<sup>22</sup> No deben, pues, confundirse con los consejos, que siguiendo a BOBBIO no son jurídicamente vinculantes y las exhortaciones tampoco son *soft law*, una exhortación es una incitación persuasiva a realizar algo porque es considerado adecuado o útil tanto para quien lo realiza como para los demás.

<sup>23</sup> La configuración de la Unión Europea como comunidad jurídica tiende también hacia el empleo de actos normativos no ya de naturaleza cogente y jurídicamente exigibles, como se había realizado de forma tradicional, sino a través de un recurso cada vez mayor a las fórmulas de *soft law*. El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea refleja este cambio: «El acto normativo es solo una parte de una solución más amplia, en la que han de combinarse normas formales con otros instrumentos no vinculantes, como las recomendaciones, las orientaciones e, incluso, autorregulaciones conforme a una lógica común concordada», Libro Blanco: Gobernanza Europea, COM (2001), p. 21.

<sup>24</sup> Acuerdo Institucional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión «Legislar mejor» (2003/C 321/01, DOUE C 321, de 31 de diciembre de 2003). En este sentido, puede verse también el Informe Cot sobre el COM (97)626, «Legislar mejor» (A4-498/98); Resolución PE de 18 de diciembre de 1998.

técnicas propias del *soft law* (co-regulación y autorregulación)<sup>25</sup> cuando se considere que no es conveniente la creación de Directivas o Reglamentos. Este Acuerdo pretende, entre otras cosas, potenciar la coordinación interinstitucional y la transparencia mediante un marco estable para instrumentos de legislación «blanda» que facilite su futura utilización, con el objetivo de mejorar la calidad de la legislación mediante una serie de iniciativas y procedimientos, y al margen de las técnicas legislativas reconocidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero dejando también claro que estas técnicas normativas «alternativas» no serán aplicables para cuestiones que afecten a los derechos fundamentales, cuando se trate de opciones políticas importantes, o en situaciones en que deban aplicarse uniformemente las normas en todos los Estados miembros. Lo que se pretende es, ante una determinada realidad, realizar un análisis para determinar qué planteamiento regulador es el más adecuado, y si en el caso concreto es preferible una respuesta legislativa o cabe estudiar otras alternativas como la co-regulación o la autorregulación.

En el Derecho interno encontramos ejemplos numerosos de *soft law* tales como las cartas de servicio, los códigos de buen gobierno, las guías técnicas e incluso los códigos deontológicos (de entes públicos), los planes y programas de la administración pública, etc. (Escudero: 2012, 112). Además, cada vez más la Administración renuncia a regular una determinada cuestión –pudiendo hacerlo– y deja que sean los propios sujetos afectados quienes lo hagan, estableciendo el marco general y los límites de la misma. Se trata del conocido fenómeno de la «autorregulación»<sup>26</sup>, más en concreto de la «autorregulación regulada»<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> El Acuerdo entiende por co-regulación (punto 18.º) «el mecanismo por el que un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)». Sobre la co-regulación puede verse SENDEN (2005, 1-27).

La autorregulación, por su parte, se define en el Acuerdo como la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo, en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales (punto 22.º). Por tanto, tendría lugar, según la Unión Europea, en aquellos ámbitos no regulados por los tratados o en los que la Unión aún no ha legislado.

<sup>26</sup> Con carácter general se puede afirmar que el fenómeno de la autorregulación en un determinado sector económico suele estar ligado, además de a la complejidad normativa importante en una determinada área económica, a la existencia de una autoridad administrativa independiente con competencias en la materia, como en el caso del sector Bancario (Banco de España), los mercados de valores (Comisión Nacional del Mercado de Valores), el buen funcionamiento del mercado desde la libre competencia (Comisión Nacional de Competencia) o incluso, más allá de estos ámbitos, el de las empresas que manejan datos de carácter personal en sus relaciones con terceros (Agencia Española de Protección de Datos). (PALÁ LAGUNA: 2010, 11).

<sup>27</sup> Tal y como plantea DARNACULLETA (DARNACULLETA: 2003, 11), la autorregulación se concreta en diversos grupos de normas de origen social (autorregulación normativa) y en una batería de controles privados que avalan y/o garantizan el cumpli-

Dudosa resulta la inclusión en el ámbito del *soft law* de los instrumentos o normas que provienen de sujetos privados, que no tienen capacidad ni competencia para dictar normas de *hard law*, especialmente el caso de los códigos de autorregulación, códigos de conducta o códigos deontológicos o éticos. Se trata de una técnica normativa muy utilizada no solo por particulares sino también por organizaciones internacionales o estatales. En este sentido se afirma, por parte de la doctrina (Escudero: 2012, 109-111), que su inserción en el *soft law* podría dar lugar también a la de los contratos entre privados o particulares, ejemplo claro de forma de autorregulación de conductas, y respecto a los cuales no se predica el carácter de norma jurídica, aunque no hay discrepancia respecto a su eficacia obligacional.

#### 4. ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO FLEXIBLE Y DE *SOFT LAW*

Con la finalidad de intentar concretar su ámbito de aplicación podrían indicarse algunas manifestaciones de Derecho flexible y, especialmente, de *soft law* en el escenario jurídico actual. Así, en el ámbito internacional se podrían incluir en esta expresión las declaraciones de principios de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las resoluciones, las invitaciones, etc. También entrarían en esta categoría las normas convencionales y las recomendaciones de organizaciones o conferencias internacionales, que tienen un valor no obligatorio sino exhortativo, de indicación o programático, etc.

Aunque el empleo del *soft law* es más frecuente en el ámbito del Derecho Internacional Económico y en el Derecho Internacional Ambiental, no debe obviarse el papel importante que tiene en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más específicamente en relación con los órganos creados por los tratados sobre Derechos Humanos, donde se puede observar que las recomendaciones que emiten (Observaciones y Comunicaciones, básicamente) son de gran utilidad para exponer ante la comunidad internacional los índices de cumplimiento o incumplimiento del tratado en cuestión (Damián Colmegna: 2012, 35). De esa manera, puede decirse que las normas de *soft law* no solo pueden afectar la imagen de un Estado a nivel interna-

---

miento de tales normas (autorregulación declarativa y resolutoria, respectivamente). La autorregulación regulada aparece cuando estos fenómenos son tomados en consideración por los poderes públicos mediante la regulación pública de la actividad normativa y de control que ejercen los sujetos privados.

En el fenómeno de la autorregulación regulada Esteve Pardo distingue tres categorías: en primer lugar, pautas normativas con cierto grado de abstracción (normas técnicas, protocolos o códigos de conducta); en segundo lugar, acuerdos o decisiones singulares; y, en tercer lugar, mecanismos de resolución de conflictos (ESTEVE PARDO: 2002, 15).

cional sino que también son susceptibles de desencadenar una opinión crítica de las políticas públicas que se desarrollen en el mismo y, de esa manera, favorecer la consolidación de una sociedad civil activa que reclame el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado (Abbott, Snidal: 1998, 27).

Las normas del *soft law* resultan frecuentes, como he indicado anteriormente, en el Derecho Internacional Ambiental, ya que suelen servir como la primera aproximación a la problemática que puede contribuir a la conclusión de instrumentos de *hard law* que establezcan normas obligatorias a cargo de los Estados. Esto se debe a que el *soft law* se basa sobre un acuerdo que tiende a uniformar, por lo menos, la consideración política de un problema, no solamente entre los grupos políticos, sino también en la opinión pública, con el propósito de fijar las bases para que en un futuro sea posible el establecimiento de normas obligatorias. De esta forma, las normas del *soft law* tienden un puente entre la política internacional y el Derecho Internacional Público, para facilitar el consenso en vías al establecimiento de nuevas normas internacionales (Palmer: 1991, 269). La mayoría de la regulación ambiental internacional, especialmente la multilateral, se ha encaminado al establecimiento de compromisos más que de obligaciones, reflejándose ello en la terminología utilizada, indicando que los Estados deberán «cooperar», «informar», «consultar», «vigilar», «coordinar»,... términos éstos que no resultan ser imperativos, sino meramente declarativos, ya que se traducen en normas de conducta, directrices genéricas, encontrándose, incluso, a menudo las cuestiones más conflictivas en «anexos»<sup>28</sup>.

Este sistema normativo utilizado por el Derecho Internacional Ambiental, encuentra su justificación al radicar la suscripción, ratificación y cumplimiento de los instrumentos internacionales en la voluntad y consenso de los Estados, quienes buscan disposiciones escapatorias al establecimiento de responsabilidades, así como a la determinación de infracciones y sanciones; y al establecimiento de instituciones u órganos supraestatales dotados de poder de decisión y sanción, pues son los mismos Estados quienes ejercen dentro de su respectiva jurisdicción el control y cumplimiento de los compromisos acordados y en ciertos casos se crean comités, comisiones o grupos de trabajo *ad-hoc* destinados únicamente a la cooperación o coordinación.

Ante este sistema jurídico «blando» y de corte declarativo, y a la reacción de ciertos organismos internacionales y de organizaciones no gubernamentales, frente al agotamiento de los recursos naturales, el deterioro del ambiente y del medio humano, se hace palpable la exigencia de una regulación que introduzca pautas y mecanismos que busquen

---

<sup>28</sup> Incluso se configuraba inicialmente como un Derecho sin sanción, dotado únicamente de una responsabilidad atenuada, tal y como indicaba Kiss, consistente en dar satisfacción a las víctimas a través de mecanismos como la negociación, la indemnización sin reconocimiento de responsabilidad o, en su caso, por la adopción en el futuro de una regulación que pretenda eliminar el daño o lo reduzca (Kiss: 1981, 518).

un máximo rigor en la protección de intereses generales de la comunidad internacional, ya no solo a través de mecanismos que aseguren la prevención de riesgos, sino que una vez producidos sea factible el establecimiento de responsabilidades y responsables, más aún cuando nos encontramos frente a la existencia de recursos naturales escasos de trascendental importancia internacional, como el suelo y el agua.

En conclusión, se podría decir que así como se han configurado las características del Derecho Internacional Ambiental, debido a su marcado tinte prevencionista, normativa de carácter voluntarista y sugerente, absoluto protagonismo de los Estados y escaso margen de participación de los ciudadanos y organizaciones sociales; la actitud de los Estados frente a la presencia de posibles controversias ambientales internacionales se ha traducido en una reticencia al establecimiento de responsabilidades y responsables, y que sean los particulares quienes asuman la reclamación y reparación por los daños ocasionados o sufridos al ambiente, a las personas y/o a su patrimonio, respectivamente.

A nivel comunitario se pueden encontrar múltiples ejemplos de *soft law*, entre las que destacan las Conclusiones de la Presidencia de los Consejos Europeos, las Comunicaciones de la Comisión Europea, sus recomendaciones, los informes anuales, así como los códigos de conducta, las declaraciones, las instrucciones que guían las relaciones institucionales (Pastore: 2003, 7). Los códigos de conducta de la Unión Europea no tienen un carácter jurídicamente vinculante, y son declaradamente voluntarios. Reflejan un compromiso político que fija pautas de comportamiento en relación con una concreta materia, como pueda ser la autorización de las exportaciones de material de defensa de los Estados miembros, para ayudar a las empresas a adoptar una mayor eficiencia energética, a adquirir productos de Green IT e informar del uso energético o en materia de fiscalidad<sup>29</sup>.

## 5. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA INCLUSIÓN DE NORMAS FLEXIBLES EN EL SISTEMA JURÍDICO

Si bien es cierto que en un contexto calificado como de «crisis de la capacidad regulativa del Derecho» más que un sistema unitario y jerárquico de fuentes se necesita una amplia gama de opciones reguladoras

---

<sup>29</sup> Algunos ejemplos son el Código de Conducta de prácticas fiscales perniciosas, o el Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida a las empresas asociadas en la Unión Europea, el Código de Conducta dirigido a mejorar el funcionamiento del Convenio de Arbitraje 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990... El código de conducta comunitario sobre exportaciones de material de defensa obtuvo un gran éxito en su aplicación y en el logro del objetivo fundamental de la armonización de las políticas de exportación de estos materiales, la cual cosa ha propiciado que numerosos países se adhieran al mismo. En este sentido, véase MURO MARTÍNEZ (2005).

flexibles, capaces de adaptarse con mayor rapidez y facilidad a los cambios que se suceden, se ha de tener presente las consecuencias que puede comportar esta inclusión que puede alterar la construcción tradicional de la pirámide jurídica cuando las fuentes del Derecho se multiplican y se diversifican<sup>30</sup>, se despliegan en una gran variedad de posibilidades que, además, son mutables, tendentes a huir de un orden fijo de tipo jerárquico (Ost y Van de Kerchove: 2000, 1-9). Debido a que existe una gran heterogeneidad de formas en las que se manifiesta el Derecho flexible, con diversos niveles de efectividad y relevancia jurídica, hay quien lo considera al margen del campo de las «verdaderas» fuentes del Derecho, pues si se mantiene la idea de que la vinculatoriedad y la coercibilidad se establecen como rasgos típicos del Derecho, la regla elástica o flexible (con carácter voluntario), que insiste más sobre la persuasión que sobre la obligación, no parece una regla jurídica (Ferrerri: 1998, 299-301).

De «fuentes del Derecho», en síntesis, tenemos una noción material y una formal. Según la noción «material», la expresión hace referencia a todo acto o hecho que produzca Derecho. A la luz de esta definición, para saber si un acto o hecho es fuente del Derecho, se ha de identificar su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho). Según la noción «formal», la expresión hace referencia a todo acto o hecho, no ya efectivamente productivo de normas, pero «autorizado» a producir normas, independientemente de su contenido (si es acto) o resultado (si es hecho). De ello se sigue que para saber si un cierto acto o hecho es fuente del Derecho, basta con mirar si en el ordenamiento del que se trata existe una norma (precisamente una norma sobre la producción jurídica) que autoriza al acto o al hecho en cuestión a crear Derecho (Guastini: 1998, 57-65). Ahora bien, viendo el panorama jurídico actual configurado como una red en la cual interaccionan normas de diversa procedencia se puede decir que la distinción entre fuente en sentido material y fuente en sentido formal, resulta superada. Se asiste así a la imposibilidad de reconducir el sistema de las fuentes a un elenco sistemático, por ejemplo sobre el procedimiento de formación. Entre las fuentes, además de las normas hay variados materiales jurídicos, heterogéneos y dotados de diversa fuerza vinculante, que interaccionan entre sí.

Respecto a la inclusión del *soft law* en las fuentes del Derecho cabe afirmar que es evidente que el mismo, en sus múltiples y diversas manifestaciones, prescribe, aunque sea de forma atenuada, alguna cosa. Los actos de *soft law* recomiendan un fin, indican un comportamiento a asumir, un programa a seguir, un aspecto que debe ser tenido

---

<sup>30</sup> En este sentido, Pérez Luño ya afirmaba a principios de los años noventa del pasado siglo que «una marea transformadora ha alcanzado incluso aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían inasequibles a la innovación como es el de las fuentes del Derecho. Un jurista decimonónico transportado en el túnel del tiempo hasta el sistema de fuentes jurídicas actuales, forzosamente se sentiría confundido y desorientado» (PÉREZ LUÑO: 1993, 76).

en consideración, un valor que requiere atención..., incidiendo sobre la producción normativa. El *soft law*, por tanto, forma parte del *corpus* normativo y entra en el proceso de positivización. Es, por ello, una fuente del Derecho, en el sentido que es considerado capaz de generar en cualquier modo reglas jurídicas (Pastore: 2003, 12). No obstante, esta afirmación no es unánimemente aceptada en la doctrina. Si bien hay cierto consenso en encuadrar el Derecho débil o flexible en las fronteras del sistema jurídico, las discrepancias se manifiestan a la hora de ubicarlo en el borde exterior o interior de esos confines. En este sentido comparto la tesis de quienes sitúan el *soft law* en el interior del Derecho, en razón de su aptitud para generar algún efecto jurídico relevante, evidentemente también débil (Valdés Dal-Re: 2005, 41). Es constatable la capacidad de algunas manifestaciones de *soft law* de anticipar futuras regulaciones, de actuar como criterios de interpretación de las reglas jurídicas vinculantes, o de transformarse, a resultas de una aplicación reiterada, en normas vinculantes (Snyder: 1993, 97-101). Los códigos de conducta, las recomendaciones, los códigos de buenas prácticas, las declaraciones, las instrucciones, los programas... pueden definir reglas que, pese a no ser exigibles a través de los procedimientos típicos de la coerción jurídica (Spadaro: 2001, 259-260), pueden llegar a ser observadas, conformando comportamientos y alcanzando cierto grado de efectividad jurídica. A todo ello añadir que si se considera que el *soft law* puede constituir un parámetro interpretativo del *hard law*, parte de la doctrina defiende la calificación del *soft law* como fuente del Derecho en cuanto principio general del Derecho (Sarmiento: 2006, 223), especialmente en Derecho Internacional<sup>31</sup>.

Por otra parte, cabe también remarcar que una de las mayores críticas a la aparición de la flexibilidad en el Derecho consiste en que su inclusión puede vulnerar la certeza del Derecho, e incluso se apela a su alejamiento respecto al ideal del imperio de la ley del Estado de Derecho (Laporta: 2007, 263). No obstante, hay que tener presente que, como indica Zagrebelsky<sup>32</sup>, la fijeza –que es un aspecto de la certeza– ya no es una característica de los actuales sistemas jurídicos; además, no solo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista, sino que

---

<sup>31</sup> Un ejemplo son las Recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que cumplen con tal función en la medida en que sirven de parámetro interpretativo de la Carta de la ONU, cuando han sido adoptadas por unanimidad o consenso entre los Miembros, reflejando así su voluntad (MAZUELOS BELLIDO: 2004, 12).

<sup>32</sup> La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del Derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas. Y ello sin tener en cuenta que muchos de los nuevos interrogantes planteados al Derecho por el progreso tecnológico quizás puedan encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, que en asambleas políticas, donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista (ZAGREBELSKY: 1995, 146-147).

también es dudoso que sea deseable. La finalidad del *soft law* no es la de eludir los principios de seguridad jurídica, la imperatividad del Derecho o el imperio de la ley, sino que como afirma R. Escudero «juegan en campos diferentes», pretende jugar, precisamente, en aquellos lugares de los que la clásica regulación basada en los principios citados ya se ha retirado (Escudero: 2012, 114). Es más, la existencia de actos o instrumentos de *soft law* solo puede admitirse si se produce desde la óptica de la coherencia del sistema jurídico<sup>33</sup>, sin atentar al principio de seguridad jurídica. Todo acto o instrumento de *soft law* debe encontrar acomodo en el ordenamiento jurídico.

Otro de los argumentos comúnmente empleados para criticar las normas flexibles y, especialmente, la norma de *soft law* es el de su no vinculatoriedad ante los tribunales, la no obligatoriedad de ser tenida en cuenta por el juez a la hora de resolver un caso. Sin embargo, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia «Grimaldi» señala que «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. [En consecuencia, tales recomendaciones] no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos»<sup>34</sup>.

Asumida que la doctrina Grimaldi resulta en principio aplicable a otras variantes de *soft law*, hay que advertir la diferencia de matiz entre el alcance interpretativo de éste y el del *hard law*, que en su vertiente de directivas se traduce en que «al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado – actual 249–»<sup>35</sup>. Por lo tanto, el mismo Tribunal de Justicia de las Comu-

---

<sup>33</sup> La idea de que el derecho ha de ser coherente sugiere que se muestre como un conjunto de elementos no aislados ni independientes entre sí para que pueda ser interpretado y aplicado con sentido y corrección. Sobre este aspecto véase RUIZ SANZ (2009).

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, Caso Grimaldi/Fonds des Maladies Professionnelles (TJCE 1990, 75), C-322/88, EU: C:1989:646, apartado 18.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, «caso Marleasing», de 13 de noviembre de 1990, 106/89, Fundamento Jurídico 8. Mientras que en «Marleasing» se impone la búsqueda de una interpretación concurrente, de modo que siendo ésta posible no pueda ser descartada por el juez nacional al aplicar el Derecho interno, en «Grimaldi» se limita a imponer al juez la obligación de no obviar la existencia de la recomendación, lo que nos sitúa no en el terreno de la obligada interpretación concurrente –tanto de su búsqueda como, si encontrada, de su plena operatividad–, sino cuanto más en el de la motivación sobre su posible descarte en la aplicación del Derecho interno. En ningún caso se podría, pues, concluir sosteniendo que en «Grimaldi» se estaría equiparando en última instancia las recomendaciones con instrumentos jurídicamente vinculantes. En este sentido, tam-

nidades Europeas ha señalado que aunque el *soft law* se integre por actos o disposiciones no vinculantes esto no quiere decir que carezcan de eficacia jurídica, ya que deben tenerse en cuenta en el marco de la interpretación de otras disposiciones de Derecho comunitario y de Derecho nacional. En este sentido, el mismo Tribunal ha señalado que con arreglo a su jurisprudencia, «las recomendaciones no carecen totalmente de efectos jurídicos a pesar de que no están destinadas a producir efectos vinculantes y de que no pueden crear derechos que los particulares puedan invocar ante un juez nacional. 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 cuando tienen por objeto completar las disposiciones de la Unión Europea dotadas de fuerza vinculante»<sup>36</sup>.

Las normas de *soft law* pueden, pues, ser utilizadas por los jueces a la hora de llevar a cabo la justificación externa de sus sentencias, es

---

poco hay que olvidar que el Tribunal enfatizó en «Grimaldi» el hecho de que la recomendación ilustre acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, lo que parece acentuar su fuerza interpretativa con relación al Derecho nacional adoptado en voluntaria ejecución de la recomendación (frente a su fuerza interpretativa respecto del Derecho nacional a ella preexistente) o tenga por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante, lo que también parece acentuar su fuerza interpretativa a medida que mayor sea su ligazón con el *hard law*. Por otro lado, parece claro que la publicidad o no del *soft law* puede también desembocar en una mayor o menor intensidad de su fuerza interpretativa; y otro tanto podría decirse de la presencia o no de doctrina del Tribunal de Justicia en su respaldo, o del contexto mismo de su procedencia (así, el Tribunal suele otorgar poco valor, por no decir ninguno, a las declaraciones que acompañan en muchas ocasiones a reglamentos o directivas cuando no se reflejan de algún modo en la normativa adoptada. En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia, caso «Antonissen», de 26 de febrero de 1991, 292/89) (ALONSO GARCÍA, 2010, 81-82, nota 34).

<sup>36</sup> Véanse las sentencias de 13 de diciembre de 1989 [TJCE 1990, 75] Grimaldi C-322/88, Rec. p. 4407, apartados 7, 16 y 18, y de 11 de septiembre de 2003 [TJCE 2003, 258], Altair Chimica, C-207/01 Rec. p. I-8875, apartado 41». Caso Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA. (Sentencia de 18 marzo 2010, TJCE 2010\78).

Asimismo, en su sentencia sobre el Caso «Baltlanta», señalaba que «aunque estas Directrices no pretenden producir efectos vinculantes, los Jueces nacionales están obligados a tenerlas en cuenta 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 del Derecho de la Unión dotadas de fuerza vinculante». Sentencia sobre el Caso «Baltlanta» UAB contra Lietuvos valstybė. Sentencia de 3 septiembre 2014 (TJCE 2014\257). Véanse, por analogía, las sentencias Grimaldi/Fonds des Maladies Professionnelles (TJCE 1990, 75), C-322/88, EU: C:1989:646, apartado 18; Altair Chimica (TJCE 2003, 258), C-207/01, EU: C:2003:451, apartado 4.

También en el Caso Arcor AG and Co. KG contra Bundesrepublik Deutschland, el TJCE considera que «a pesar de que las recomendaciones no estén destinadas a producir efectos vinculantes, 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 cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante». Sentencia de 24 abril 2008, TJCE 2008\94.

decir, cuando conforman la premisa mayor del silogismo judicial. Nada obsta a que formen parte de la construcción de la decisión judicial, pero tampoco nada obsta a que el mismo juez las aparte de su decisión, ya que ninguna norma le obliga a tenerlas necesariamente en cuenta (Escudero: 2012, 104-105).

Finalmente cabe destacar el debate en torno al *soft law* relacionado con la problemática de la sanción, pues éste se caracteriza por la no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento, pues no existe una norma vinculante de la cual depende la prescripción de una sanción para el caso de su incumplimiento. Esta ausencia se presenta a veces como un problema para su extensión y su consolidación como método eficaz de regulación de conductas. De ahí que se articulen esfuerzos teóricos tendentes a relacionar el incumplimiento de las normas de *soft law* con algún tipo de sanción, aunque sea ésta más débil o difusa, tales como perjuicios económicos. En este punto es necesario poner de manifiesto que hay autores que consideran que aun cuando el incumplimiento de las disposiciones que integran el *soft law* no es sancionable mediante las formas tradicionales, existe lo que se viene denominando la *soft coercion*, la cual tiene sus propios canales de sanción<sup>37</sup>.

Respecto a esta cuestión es necesario remarcar que resulta contradictorio con la propia finalidad del *soft law* el hecho de contemplar una sanción por su incumplimiento, ya que se basa en la adhesión voluntaria, su fuerza radica, precisamente, en la voluntaria aceptación de su contenido, ya que de no pensar así sería mejor optar por otras formas jurídicas tradicionales que sí prevén expresamente estos mecanismos de garantía de su cumplimiento. Además, el mecanismo a través del cual se podrían imponer estas *soft coercion* o sanciones blandas no se podrían comparar a la forma como actúa la sanción jurídica del *hard law* (Escudero: 2012, 103-104). Es más, cuando el autor y el destinatario del *soft law* coinciden (generalmente sucede entre poderes públicos), se dan las condiciones para que genere una expectativa de cumplimiento que será efectiva.

## 6. CONCLUSIONES

Siendo cierto que las normas de *soft law* pueden ser modificadas y/o adaptadas más rápidamente que otras normas, resultan –por su

---

<sup>37</sup> «Ciertamente en el contexto actual de globalización económica cada vez con mayor frecuencia e intensidad los diferentes Estados se ven obligados a reformar su ordenamiento siguiendo el *soft law*, dado que en caso contrario pueden sufrir determinado tipo de contramedidas por parte de las organizaciones e instituciones que las han dictado, como por ejemplo, la inclusión en una «lista negra» (*blacklisting*), sanciones económicas, obstaculización de las operaciones con el país incumplidor por parte de un bloque de países que establecen legislación a tal efecto (v. gr. «contramedidas» fiscales como la propuesta por el Comité Fiscal de la OCDE en relación con los países que figuran en su *blacklisting*), o simplemente la suspensión de los pagos de un crédito internacional» (CAAMAÑO ANIDO y CALDERÓN CARRERO: 2002, 263).

propia flexibilidad— más adecuadas para regular determinados aspectos de una sociedad compleja y globalizada. Además, tal y como también se ha apuntado a lo largo de este trabajo, resultan más fáciles de negociar porque implican un menor nivel de compromiso al no existir sanción vinculada a su incumplimiento, sino que basan en su aceptación voluntaria, lo que les dota de cierta «fuerza obligatoria». No cabe olvidar que una de las funciones importantes que promueve el *soft law* es el carácter promocional de su contenido para lograr el objetivo pretendido. Por lo que respecta a su finalidad, no se trata pues tanto de obligar como de pretender convencer, de crear un estado de opinión favorable a su cumplimiento. Estos motivos y otros hacen que la opción legislativa hacia este tipo de normas vaya en aumento, bien porque se emplea como un recurso normativo para intervenir en una materia en la cual se carece competencia y/o autoridad para emplear una norma de *hard law*; o bien porque se trata de acude a este tipo de normas de forma intencionada para regular la materia en cuestión (cuando el *hard law* resulta inapropiado o incapaz de dar una respuesta adecuada).

Es por ello que es posible afirmar que el *soft law* no es simplemente un instrumento subsidiario en el ordenamiento jurídico que se limita a ayudar en la hermenéutica, sino que su repercusión e importancia va *in crescendo* y supone una opción reguladora ya no solo alternativa sino también principal en algunas materias en los sistemas jurídicos actuales, por considerar que puedan resultar más eficaces y/o efectivas, al tratarse generalmente de normas que buscan una adhesión voluntaria por parte de sus destinatarios. En este sentido la juridicidad predicable de los actos integrados bajo la noción de *soft law* tiende así a desplazar su centro de gravedad desde el plano de la coercibilidad al terreno de la efectividad, lo cual intenta justificar su empleo.

Por su parte, la opción reguladora a través de normas flexibles, muchas de las cuales sí que constituyen sin duda *hard law*, definidas a través de términos vagos y ambiguos de forma deliberada (para facilitar su adaptación e interpretación a contextos cambiantes sin necesidad de modificar para ello la misma redacción del texto normativo), se trata de una decisión legislativa voluntaria fruto muchas veces del propio consenso político por la incapacidad de llegar a un acuerdo sobre el contenido regulado.

En general, es posible afirmar que el incremento de este fenómeno regulativo supone un reflejo de la pérdida de poder del Estado, de su capacidad para adoptar determinadas decisiones y el aumento de poder de los subsistemas sociales, con lo cual se critica el hecho de provocar un cierto desplazamiento del poder desde la institución representativa y democrática por excelencia, el Parlamento, hacia el poder Ejecutivo, donde además empiezan a cobrar una preocupante relevancia los organismos y agencias descentralizados e independientes en sus criterios de actuación. Como se ha visto anteriormente, una de las notas características de algunas normas de *soft law* es la concu-

rencia en su elaboración de agentes sociales. Según F. Laporta, la participación de agentes no estatales haría del *soft law* un instrumento particularmente idóneo para las tareas de la «gobernanza» porque también en ésta se convocan a la acción política a actores de la sociedad civil, aunque apunta que éste no parece ser un rasgo especial y propio solo del *soft law*, sino más bien una tendencia general en los procesos actuales de creación de normas jurídicas de todo tipo (Laporta: 2014b, 74).

En cualquier caso, el abuso del empleo de normas flexibles, de *soft law*, de normas no vinculantes o el fenómeno de la desregulación o de la autorregulación regulada puede provocar un riesgo especialmente en términos de mecanismos de participación y representación de intereses en condiciones de igualdad de los más débiles, al no resultar fácil discernir las cuestiones que carecen de interés o trascendencia pública y que podrían ser reguladas por parte de organismos y/o sujetos privados (bajo formas de autorregulación) o no estatales (bajo la forma de *soft law*) y las que no deben quedar al margen de los procedimientos democráticos de decisión legislativa; y puede, por consiguiente, servir de excusa por parte de los poderes públicos para justificar su inacción ante determinadas materias, especialmente las de carácter social, con la consecuente vulneración de derechos fundamentales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOTT, K., SNIDAL, D., «Why States Act Through Formal International Organizations», *Journal of Conflict Resolution*, 42, 1998.
- ABI-SAAB, G., «Cour générale de droit international public», en *Revue des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 207, 1987.
- «Éloge du Droit Assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», en VV. AA., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*. Bruyillant, Bruxelles, 1993.
- ALARCÓN GARCÍA, G., «El soft law y nuestro sistema de fuentes», 2010, en <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/EI%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodriguezBereijo%20%20pre-print%2017%2002%202010.pdf>
- ALONSO GARCÍA, R., «El soft law comunitario», en *Revista de Administración Pública*, 154, 2001.
- AMSELEK, P., «L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales», en VV. AA., Ch. A. Morand (Ed.), *L'État propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*. Publisud, París, 1991.
- AÑÓN, M. J., «Notas sobre discrecionalidad y legitimación», en *DOXA*, 15-16, 1994.
- ARNAUD, A. J., «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», Trad. de I. Lifante y V. Roca, en *DOXA*, 15-16, 1994.
- BANO, F., «Diritto del Lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law», en *Lavoro e Diritto*, 1, 2003.
- BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990.

- CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 114, 2002.
- CALVO GARCÍA, M., «Paradojas regulativas: las contradicciones del Derecho en el Estado intervencionista», en M. J. AÑÓN, R. BERGALLI, M. CALVO y P. CASANOVAS et alt., *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CARBONNIER, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. Trad. de L. M. Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1994.
- DAMIÁN COLMEGNA, P., «Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año VI, 8, 2012.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. M., *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Universitat de Girona, 2003, Tesis doctoral, en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf;jsessionid=485588C628E004E377352C570892AEAD.tdx1?sequence=7>
- DEL TORO HUERTA, M. I., «El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional», *Anuario Mejicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006.
- DENNINGER, E., «El lugar de la ley», en VV. AA., A. LÓPEZ PINA (dir.), *Democracia representativa y parlamentarismo*. Secretaria General del Senado, Madrid, 1994.
- DISTEFANO, M., «Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale», en *Lavoro e Diritto*, I, 2003.
- ESCUADERO, R., «El concepto de soft law», en VV. AA., Moreso, J. J. y Martí, J. L. (Eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.
- ESTEVE PARDO, J., *Técnica, Riesgo y Derecho: Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*. Ariel, Madrid, 1999.
- *Autorregulación. Génesis y efectos*. Aranzadi, Navarra, 2002.
- FARIA, J. E., *El derecho ante la globalización económica*. Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999.
- «¿Es posible una democracia sin Estado?», en *Razones jurídicas del pacifismo*, G. Pisarello (ed.), Trotta, Madrid, 2004.
- FERRARI, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2000.
- FERRERI, S., «Tipología», en VV. AA., A. PIZZORUSSO, S. FERRERI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. I. Le fonti scritte*. Utet, Torino, 1998.
- GALIANA, A., *La legislación en el Estado de Derecho*. Dykinson, Madrid, 2003.
- *La ley: entre la razón y la experimentación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA ÁLVAREZ, V., «Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico», *Revista de Administración Pública*, 171, 2006.
- GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998.
- HESPAÑA, A. M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Publicações Europa-América, Lisboa, 1997.
- HIERRO, L., «Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley», en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 2003
- IRTI, N., *La edad de la descodificación*. Trad. de L. Rojo Bosch, Barcelona, 1992.
- KISS, A. Ch., «L'état du droit de l'environnement en 1981: Problèmes et solutions», en *Journal de Droit International*, 1981.

- LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta, Madrid, 2007.
- «¿Imperio de la ley o gobierno del capital?», *Teoría Política*, 4, 2014a.
- «Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en VV. AA., Ruiz Miguel, A. (Ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Trotta, Madrid, 2014b.
- LIÑÁN, D. J., «Prólogo», en MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Flexibilidad y tratados internacionales*. Tecnos, Madrid, 2003.
- MARCILLA, G., *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005a.
- «Desregulación, Estado Social y proceso de globalización», *DOXA*, 28, 2005b.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Flexibilidad y tratados internacionales*. Tecnos, Madrid, 2003.
- MAZUELOS BELLIDO, A., «Soft Law, ¿Mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004.
- MORAND, CH. A., «La contractualisation corporative de la formation et de la mise en oeuvre du droit», en VV. AA., Ch. A. Morand (Ed.), *L'État propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*. Publisud, París, 1991.
- MURO MARTÍNEZ, R., «El Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas. Siete años de experiencia», *Boletín Económico de ICE*, 2858, 2005.
- OST, F. y VAN DE KERCHOVE, M., «De la pirámide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 44, 2000.
- PALÁ LAGUNA, R., «Soft Law, moral suasion y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?», 2010, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=812>.
- PALMER, G., «New ways to Make International Environmental Law», en *American Journal of International Law*, vol. XXX, núm. 5, 1991.
- PASTORE, B., «Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti», en *Lavoro e Diritto*, a. XVII, 1, 2003.
- PECES-BARBA, G., «Epílogo. Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», en ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- PIZZORUSSO, A., «La producción normativa en tiempos de globalización», en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm>
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1998.
- ROBILANT, A., «Genealogies of Soft Law», en *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2006.
- RUIZ SANZ, M., *La construcción coherente del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2009.
- SARMIENTO, D., «La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law», *Cuadernos de Derecho Público*, 28, 2006.
- SENDEN, L., «Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: where do they meet?», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1 (January 2005).
- SHAW, M., *International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

- SNYDER, F., «The effectiveness of European Community law: institutions, processes, tools and techniques», *The modern Law Review*, vol. 56, n.º 1, 1993a.
- «Soft law e prassi istituzionale nella Comunità Europea», en *Sociologia del Diritto*, 20, 1993b.
- SOUSA SANTOS, B. DE, «O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 30, 1990.
- *La globalización del derecho*. Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Santa Fe de Bogotá, 1998.
- SPADARO, A., «Sulla giuridicità della carta europea dei diritti: c'è ma (per multi) ma non si vede», en VV. AA., F. G. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Niza. Il costituzionalismo del diritti*. Giuffrè, Milán, 2001.
- VALDÉS DAL-RE, F., «Derecho del trabajo y orden económico globalizado: el imparable avance del Derecho flexible», en *Modelo Social Europeo (I)*. Claridad, 2005.
- WELLENS, K. C. y BORCHARDT, G. M., «Soft law in European Community Law», *European Law Review*, octubre, 1989.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de M. Gascón, epílogo de G. PECES-BARBA, Trotta, Madrid, 1995.
- ZAPATERO, V., *El arte de legislar*. Azaranzadi, Pamplona, 2009.

Fecha de recepción: 31/03/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.