



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El Soft Law

Presentado por:

Elvira Marcial Ercilla

Tutelado por:

Luis Carlos Amezúa Amezúa

Valladolid, 26 de junio de 2020

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS

PALABRAS CLAVE / *KEYWORDS*

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

1. DERECHO Y SOCIEDAD EN EL SIGLO XXI.....	1
2. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO: TRANSFORMACIONES DE LOS MODOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA.....	4
2.1. EL <i>SOFT LAW</i> COMO OBLIGACIÓN MORAL Y POLÍTICA.....	9
3. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO FLEXIBLE.....	12
3.1. LEGISLAR MEJOR.....	15
4. TERMINOLOGÍA. NATURALEZA DEL <i>SOFT LAW</i>	17
4.1. DIFERENCIAS ENTRE <i>HARD LAW</i> Y <i>SOFT LAW</i>	26
4.2. EJEMPLOS DE <i>SOFT LAW</i> EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	28
4.3. EL <i>SOFT LAW</i> COMO PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.....	32
4.4. LA INCORPORACIÓN DEL <i>SOFT LAW</i> EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	34
4.5. LEYES MANIFIESTO, “ <i>GENTLEMEN’S AGREEMENTS</i> ”, CONTRATOS NO VINCULANTES Y PRINCIPIOS DE <i>UNIDROIT</i>	35
4.6. TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	38
5. EFECTOS QUE GENERA EL <i>SOFT LAW</i> UNA VEZ QUE LO CALIFICAMOS COMO UN INSTRUMENTO APLICABLE.....	42
6. LAS MANIFESTACIONES DEL <i>SOFT LAW</i>	44
7. CONCLUSIONES.....	46
8. BIBLIOGRAFÍA.....	47
9. JURISPRUDENCIA CITADA.....	50

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, me gustaría agradecer a Luis Carlos Amezua Amezua, tutor del presente Trabajo de Fin de Grado, su esfuerzo y acompañamiento a lo largo de estos meses, siguiendo mi progreso, corrigiendo mis errores y atendiendo todas mis necesidades a pesar de haber sido un año complicado para él y para todos.

También agradecer a todos los profesores del Grado en Derecho de la Universidad de Valladolid, que han sido mi ejemplo a seguir a lo largo de lo que ha sido el mayor proyecto que he realizado hasta la fecha.

A mis padres, por su descomunal esfuerzo económico, físico y mental. Por haber confiado en mí desde el primer momento, apoyándome y alentándome a no rendirme nunca. A ellos que siendo enfermeros, han estado en primera línea de batalla frente a ésta terrible alerta sanitaria que nos ha tocado vivir. A ellos y a todos los sanitarios que se han dejado la piel para que hoy podamos seguir adelante juntos.

A mi pareja Mario, por su apoyo y paciencia infinita en los peores momentos, siendo el pilar donde expresar mis mejores y peores sentimientos.

Y por supuesto, a mi tío Juan Pablo que siempre ha estado presente para ayudarme en todo lo que pudiese.

GRACIAS.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS

Soft Law

Hard Law

Globalización

Derecho flexible

Fuentes del derecho

Tratado Internacional

Naturaleza jurídica

Legal Sources

Technological changes

Legal doctrine

Normative production

International Treaty

Society

Expansion of law

RESUMEN

El *Soft Law* Es una herramienta relativamente moderna, que fue creada para proporcionar la ayuda necesaria al legislador al crear actos normativos. Con la globalización, la ley ha cambiado, y con su cambio ha sido necesario crear nuevas formas de producción normativa. La característica fundamental que encontramos en *Soft Law* es su naturaleza no vinculante, no genera obligaciones para las partes y, por lo tanto, no genera sanciones para quienes deciden no cumplir con su parte.

El *Soft Law* se encuentra principalmente en los Tratados Internacionales, que contienen recomendaciones que los diferentes Estados se comprometen a cumplir bajo el poder de la moral y los tratados internacionales.

Normalmente, *Soft Law* no funciona individualmente, sino que es un complemento de *Hard Law*, principalmente ayuda a cerrar las lagunas legales, las incertidumbres al legislar y es la forma más rápida que conocemos hasta ahora para crear leyes. En resumen, el *Soft Law* es la evolución de la ley que cambiará nuestras vidas y nuestras decisiones futuras.

ABSTRACT

Soft Law is a relatively modern tool, which was created to provide the necessary help to the legislator when creating normative acts. With globalization, law has changed, and with its change it has been necessary to create new forms of normative production. The fundamental characteristic that we find in Soft Law is its non binding nature, it does not generate obligations for the parties and therefore it does not generate penalties for those who decide not to fulfill their part.

Soft Law is mainly found in International Treaties, which contain recommendations that the different States commit to comply with under the power of morals and thics. Normally Soft Law does not work individually, but is a complement to Hard Law, it mainly helps to close legal loopholes, uncertainties when legislating and it is the fastest way we know so far to create laws. In short, Soft Law is the irremediable evolution of law which will change our lives and our future decisions.

INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA.

En este trabajo hablaré sobre el *Soft Law*, también llamado derecho flexible o derecho blando, son pues, aquellas reglas de conducta que en principio no tienen fuerza vinculante aunque sí que son necesarias a la hora de poner en práctica las normas jurídicas.

Comenzaré haciendo una breve referencia al derecho y a la sociedad en la que vivimos, ya que es clave para entender el nacimiento de esta nueva materia. La globalización y la tecnología han producido un cambio mundial y con ello se han visto truncadas las antiguas formas de creación de derecho. La acelerada transformación social ha producido la necesidad de crear nuevas formas de derecho que den de forma rápida y sencilla soluciones a problemas modernos.

Es una noción doctrinal que encontramos principalmente en ámbitos como el derecho internacional, los derechos humanos o el derecho mercantil. También explicaré cómo el *soft law* trabaja a través de principios o directrices que logran un consenso entre las partes, las cuales se comprometen a cumplir con el fin de lograr beneficios futuros entre los diferentes estados.

1. DERECHO Y SOCIEDAD EN EL SIGLO XXI.

El Derecho se encuentra actualmente en crisis, teniendo como sospechoso principal el crecimiento tecnológico. Es innegable el gran cambio que éste ha supuesto en nuestras vidas, que afecta a todos los ámbitos de nuestro día a día. El avance tecnológico ha obligado a empresas a evolucionar para poder seguir en el mercado, ha modificado la publicidad y por consiguiente la forma de comprar de los individuos, ha generado muchos puestos de trabajo que anteriormente no existían, a la vez que ha hecho desaparecer oficios que tenían siglos de antigüedad. Gracias a la globalización somos capaces de saber todo lo que ocurre en cualquier parte del mundo en el momento de producirse, lo que ha provocado un grandísimo distanciamiento entre países que gozan de la tecnología y los países que fabrican la tecnología. Ahora los ricos son más ricos y los pobres son más pobres, y todo ello unido a la rapidez en que el mundo cambia, impide que los Estados puedan crear normas meditadas, sometidas a juicio y justas para todos, es justo ahí donde entra el *soft law*.

Digamos que este concepto de derecho flexible es relativamente reciente, pues antiguamente no existían grandes relaciones entre los diferentes países ni si quiera de un mismo continente, por lo que los legisladores gozaban de tiempo suficiente para crear normas enteras, sin lagunas o futuros retoques, no era necesario tener en cuenta las diferencias culturales o económicas que existían con respecto a países vecinos. Con la velocidad de cambio, de nuevos ejemplos, de nuevas posibilidades que nos proporciona el abanico de la tecnología, la unión de diversas religiones, pensamientos, ordenamientos jurídicos etcétera, surgen casos que no han podido ser tenidos en cuenta a la hora de redactar las normas jurídicas, y para eso desde mi punto de vista el *soft law*

puede ser una herramienta (siempre basada en la buena fe) beneficiosa que logre rellenar vacíos de forma justa, rápida y sencilla.

Con la codificación los autores creyeron abarcar la vida en su múltiple diversidad, creando preceptos normativos que sirvieran para “siempre jamás” como reglas que pudiesen gobernar la existencia en la tierra. Pero ese “siempre jamás” ha sido violado por la creación de un nuevo mundo, y en la evolución del ser humano. Y con esto me refiero a que hoy en día el legislador es anterior a lo que hoy en día denominamos generación Z¹, por tanto el legislador no se siente tan familiarizado con la tecnología como aquellos que nacieron ya con la posibilidad de utilizar internet y los medios sociales. Todo esto crea lo que pusimos de manifiesto al comienzo del epígrafe, el cambio y la falta de familiaridad con los nuevos cambios crea una crisis en los gobiernos de cada Estado, generando normas incompletas, abiertas a futuros cambios.

“Come la nostra valuta, anche le nostre leggi valgono meno oggi di quelle di altre volte”. Traducción: *“Lo mismo que nuestra moneda, también nuestras leyes valen hoy menos que las de otros tiempos”*. Todo este desconcierto llega tan lejos, como que el propio estudio del Derecho se ha visto modificado, pues entiendo que los profesores que he tenido yo durante mi estancia en la Facultad de Derecho, se han visto en la obligación de hacer entender a sus alumnos lo que es el Derecho de forma novedosa a como ellos en poco tiempo atrás entendían sus clases y sus estudios académicos. Exigiendo a políticos, maestros, jueces, fiscales, abogados etcétera un esfuerzo superior, tratando de crecer al mismo ritmo que lo hace la tecnología y el cambio social.

¹ Generación Z, también conocida como generación posmilénica o centúrica los demógrafos e investigadores suelen señalar desde la mitad de la década de 1990 a mediados de la década de 2000 como el comienzo de los años de nacimiento de la generación.

A pesar de todo lo anterior que es necesario tener en cuenta, desde esa perspectiva concuerdo con Arthur Kaufmann, el cual en su despedida de la facultad de Derecho de la Universidad de Múnich dijo:

“Si la imagen que tengo ante mí no me engaña, la filosofía del derecho de las generaciones venideras no tendrá rasgos postmodernos irracionales, místicos ni tampoco estará caracterizada por un creciente ascenso de la razón formal, técnica, funcionalista. Más bien deberá recordar de nuevo su tarea original, esto es, dar respuesta a los interrogantes que los hombres plantean...”

Pues efectivamente coincidiendo con el maestro, por mucho que el mundo sufra cambios abismales, siempre quedarán las mismas preguntas que el hombre se plantea desde que es hombre, siempre se buscará las respuestas más primitivas que más incertidumbre nos han creado a lo largo de los siglos, y que independientemente del lugar de nacimiento de cada individuo se han planteado sin respuesta en cualquier parte del mundo coincidiendo así, no en cultura o religión pero sí en Ser. Lo curioso que hace que nos planteemos la realidad, es saber que la tecnología ha ayudado a entender el mundo, pero no ha sido capaz (hasta ahora) de responder todas esas preguntas que el ser humano se hace desde que tiene conciencia, y quizá sea un motivo por el cual no dejar de disfrutar de las ventajas de las nuevas tecnologías y comunicaciones, pero luchando para no olvidar nunca que no fuimos siempre lo que somos hoy.

2. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO: TRANSFORMACIONES DE LOS MODOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA.

El fenómeno de la globalización a pesar de presentar grandes desventajas es un proceso irreversible, la evolución del ser humano que a mi forma de entender con el paso de los años logrará afectar a todos los ciudadanos del mundo, bien ejecutado y con mucha suerte llegará a igualar las desigualdades que hoy existen entre sexos, razas y diferencias económicas.

Innumerables autores han tratado de dar forma a un concepto relativamente moderno, con diferencias y debates algo que puede ayudar a tender el proceso pero que no se encuentra en manos de expertos sino del mundo en general. El director de orquesta en esta materia es sin lugar a duda la economía y la batuta que dirige la orquesta los avances tecnológicos.

Siguiendo con esta metáfora sencilla de entender, le daría el puesto de instrumentos de cuerda a países como Estados Unidos y China, en cambio Europa y Oceanía estarían situadas con mayor fuerza, pero detrás en el puesto de los instrumentos de viento, y finalmente a la cola proporcionando el ritmo con su percusión el Sur de América, África y gran parte de Asia. Creando así una orquesta perfecta, en la cual todos son necesarios para el buen funcionamiento del conjunto. La globalización sería el concierto bien ejecutado, muy aplaudido por el público, pero aún esa orquesta se encuentra en ensayos y le queda mucho tiempo hasta que finalmente esté preparada para coordinarse perfectamente entre los diferentes grupos. Siempre existen “cuerdas rotas” y por ello puede verse frenado el avance de la melodía, esto podrían ser todas las medidas proteccionistas que el presidente de los Estados Unidos, Donald Trump ha

llevado a cabo desde que llegó al poder el 20 de enero de 2017 con su famosa frase “*America First*”².

El origen de la globalización es un debate muy extenso donde cada autor determina en qué momento exacto comenzó el mundo a expandirse, algunos autores como Ulrich Beck³ defienden que el origen de este sistema mundial se encuentra en el siglo XVI con el colonialismo aunque no es hasta el último tercio del siglo XX cuando surge lo que él llama la “sociedad de riesgo”. Otros autores como Francesco Galgano⁴ sitúan la creación de la globalización siglos después, junto al crecimiento comercio internacional de mediados del siglo XIX y principios del siglo XX.

Es larga la lista de autores que han tratado de dar forma al concepto *globalización*, se encuentra ahora mismo inmerso en un intenso debate. A mi parecer es interesante la obra de Zygmunt Bauman⁵, en ella hace una reflexión sobre los cambios que está sufriendo la sociedad, de los procesos irreversibles que afectan a todos los ciudadanos del mundo, es decir, todos estamos sometidos a dichos avances y no podemos desvincularnos de esa nueva realidad.

Nos encontramos también con la obra de Gilles Lipovetsky⁶, autor pleno defensor de la globalización ya que afirma que no es que la globalización sea el mejor

²*America First* se refiere a una postura de política exterior en los Estados Unidos que generalmente enfatiza el nacionalismo estadounidense, el unilateralismo, el proteccionismo y el aislacionismo.

³ BECK, U. (1998). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Paidós Ibérica.
BECK, U. (2008) “*La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*”, Ed. Paidós, Barcelona, p.25

⁴ GALGANO, Francesco (2005) “*La Globalización en el espejo del Derecho*” Rubinzal-Culzoni Editores.

⁵ BAUMAN, Zygmunt (1998) “*La globalización. Consecuencias humanas*” Polity Press, asociado con *Blacwell Publishers, Ltd.*

⁶ LIPOVETSKY, Gilles (2011) “*El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*” Editorial: Anagrama.

camino sino que es el único que existe, pero como parte del debate tiene fuertes adversarios que no comparten su teoría como por ejemplo Herve Juvin⁷ quien se tacha a sí mismo de enemigo acérrimo de la globalización.

A pesar de ser confuso el debate y no existir una ciencia cierta en la que dejar claro cuándo realmente nació la globalización, considero su nacimiento a finales del siglo XX con la creación del libre comercio, la existencia de empresas transnacionales, la insistencia en la creación de homogeneizar los modelos de desarrollo, la creación del Derecho Internacional y la evolución de las fuentes del derecho de las cuales hablaré ahora.

Las fuentes de derecho han ido evolucionando paulatinamente junto al cambio socio-económico que las distintas generaciones han sufrido, los avances tecnológicos han sido clave a la hora de reestructurar el Derecho, por ello son innumerables las transformaciones que el Derecho ha tolerado, pero ahora me centraré en aquellas que considero más relevantes.

Comenzando por el primero y sin duda más importante, el desarrollo del Derecho Romano, y digo más importante porque a pesar de las modificaciones posteriores, el Derecho del que disfrutamos hoy en día está en gran medida sustentado en aquel Derecho que fue creado a lo largo del año 753 a. C hasta el Siglo V d. C, ese Derecho que rigió a los ciudadanos de la Antigua Roma ha logrado mantener su esencia a lo largo de los siglos. Sobre estas bases se creó el “*Corpus Juris*” recopilado en el

⁷ HERVÉ, Juvin (2011) “*El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*” Editorial: Anagrama.

Siglo VI por orden del emperador Justiniano e impreso por primera vez por Dionisio Godofredo en Ginebra en el año 1583.

El siguiente hito histórico quizá igual de relevante que el anterior es, la creación del denominado “*Common Law*”, este sistema jurídico nace en Inglaterra tras la conquista normanda del 1066. Se basa en normas no escritas por lo que no han sido ni promulgadas ni sancionadas. Para aquellos que no estudiamos el Derecho Anglosajón nos puede parecer confuso ya que la ley carece de reconocimiento y es la costumbre y la doctrina las que crean derecho. En contraposición a este Derecho (el cual podemos encontrar no solo en Inglaterra sino también en Estados Unidos, parte de Oceanía, India y en general todos aquellos países que un día fueron colonias inglesas) existe el “*Civil Law*” o Derecho Continental el cual ha mantenido en esencia el antiguo Derecho Romano, Germano o Canónico, que utiliza como principal fuente la Ley y sus normas son recompiladas en códigos.

Más tarde los gobiernos vieron necesario el reconocimiento de una fuerte soberanía, y de ello las monarquías crean en el 1648 el Tratado de Westfalia. La finalización de la Guerra de los Treinta Años dio paso a un nuevo orden en Europa Central. Este hecho es clave en la historia ya que se pasa del concepto feudal al nacimiento del Estado Nación, de tal manera que los territorios se encuentran ahora claramente delimitados, poseen una población constante y un gobierno el cual reconoce su poder y sus límites.

Ya en el siglo XX nace La Comisión de Derecho Internacional el cual tiene como objetivo primordial impulsar el desarrollo del Derecho Internacional y con él su codificación. La globalización produce un gran cambio en el Derecho, pues las

diferentes culturas y tradiciones complican notablemente la labor del legislador, el cual tiene la función principal de buscar las semejanzas entre países y poder así llegar a un consenso que más tarde se vea reflejado en Tratados y Acuerdos Internacionales. Es aquí cuando los diferentes juristas del momento comienzan a hablar de *Soft Law*, creando un salvoconducto para aquello que no debe ser obligatorio pero sí recomendado.

El Derecho Internacional ha logrado derribar el concepto de nacionalidad, entendido como el poder absoluto del Estado para la creación de normas jurídicas, al igual que pierde importancia la territorialidad geográfica en referencia a la vigencia de las leyes. Pérez Luño, en su obra *“El desbordamiento de las fuentes del Derecho”* dice:

*“Los ciudadanos y los juristas del siglo XXI deben ser conscientes de esa superación del marco territorial de los Estados nacionales, en lo que atañe al significado y operatividad de sus sistemas normativos. [...] Los esquemas rígidos de interpretación de las fuentes, basados en la soberanía estatal, en las fronteras nacionales y en compartimentos explicativos cerrados, son del todo inadecuados e insuficientes para captar los problemas de nuestro tiempo. Sea cual fuere la explicación que finalmente adoptemos sobre este fenómeno, cualquier deliberación que se precie de actual relativa a las fuentes jurídicas, requiere un enfoque universal...”*⁸

La conclusión que me proporciona Pérez Luño es la aceptación de un nuevo paradigma en las fuentes de Derecho, lo que conlleva a un gran distanciamiento del modelo clásico, ello hace que la creación de normas ahora deba afrontarse con nuevos métodos y mentalidades totalmente distantes a las que veníamos utilizando hasta ahora.

⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2011) *“El desbordamiento de las fuentes de Derecho”* (p.98 y ss.) Editorial: La Ley

2.1 EL *SOFT LAW* COMO OBLIGACIÓN MORAL Y POLÍTICA

La globalización y los cambios de producción normativa han provocado la creación de Acuerdos y Tratados entre Estados los cuales no generan obligaciones vinculantes, lo que se traduce en la imposibilidad de sancionar en caso de incumplimiento. Pero ello no significa que de algún modo sí consiga ser respetados por los agentes políticos, es decir se espera que los acuerdos influyan en las decisiones de los gobiernos mostrando un compromiso político llegando a aplicar medidas tanto administrativas como legislativas en el caso de producirse su incumplimiento. A su vez puede conllevar una respuesta crítica por parte del resto de Estados contratantes ya que pueden verse influidos de forma negativa y sufrir las consecuencias futuras.

Cabe hacer una breve mención a las Cumbres Internacionales⁹, en ellas los Estados llegan a acuerdos no vinculantes pero sí se espera una respuesta concordante que respete las decisiones tomadas en dichas reuniones. Las consecuencias de incumplimiento no pueden llegar a producir responsabilidad jurídica, pero sí una falta de respeto político que generen una respuesta negativa por parte de los otros Estados que dificultará la creación de futuros acuerdos. La cumbre más famosa que podemos mencionar es la del Clima, celebrada en Madrid en el 2019, su fin era hacer frente al cambio climático y acelerar la implementación del Acuerdo de París de 2015. El acuerdo prevé las llamadas “contribuciones nacionales”, que son los planes de reducción voluntarios presentados por la mayor parte de los países, como

⁹ España a pesar de no ser miembro del G-20 ha participado en la cumbre extraordinaria de noviembre de 2008 en Washington, pero no es la única ya que en el 2009 España fue invitada oficialmente para asistir a la cumbre extraordinaria de Londres, tras estas dos participaciones España consideró consolidada su posición en el G-20. España ha participado en innumerables cumbres de las cuales ha tomado nota para poner en marcha los acuerdos en el ámbito político y respetar así las medidas tomadas en ellas.

observamos no incluye obligaciones vinculantes pero sí se espera la respuesta positiva de los miembros que se comprometieron a revisar sus contribuciones para lograr el objetivo de reducir la temperatura media a niveles preindustriales.

Podemos encontrar atisbos de *soft law* en Tratados mucho más sonados como lo es el Tratado del Atlántico Norte de 1949, en su artículo 5 podemos observar cómo no se trata de obligaciones que vinculen firmemente a los Estados a mantener la paz, pero sí procura potestad al resto de Estados, en caso de que uno o varios de ellos no respeten el acuerdo permitiendo no enjuiciar, pero sí tomar la justicia por su mano respondiendo con la antiquísima Ley del Tali3n, siempre y cuando el fin sea 3nica y exclusivamente restablecer la paz perdida¹⁰. En mi opini3n la presi3n pol3tica y econ3mica muchas veces es mucho m3s eficaz que el miedo a una sanci3n judicial.

Cabe preguntarnos si los acuerdos no solo vinculan a los Estados de forma pol3tica sino tambi3n de forma moral. Digamos que es dif3cil de entender que pueda existir una relaci3n entre el Estado y la moral ya que esta 3tica por regla general es reservada 3nicamente a las personas f3sicas. Haciendo una reflexi3n de todo lo mostrado hasta ahora no puedo considerar que esa relaci3n pueda llegar a existir, mis razones son

¹⁰ Art3culo 5 del Tratado del Atl3ntico Norte: “Las partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en Am3rica del Norte, se considerar3 como un ataque dirigido contra todas ellas y, en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de leg3tima defensa individual o colectiva, reconocido por el art3culo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes as3 atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restablecer y mantener la seguridad en la regi3n del Atl3ntico Norte. Todo ataque armado de esta naturaleza y toda medida adoptada en consecuencia se pondrán, inmediatamente, en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesar3n cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales.”

las siguientes, los Estados logran la firma de acuerdos o tratados para obtener dos objetivos principales, el primero ser aplaudido por la opinión pública acto necesario para consolidar el puesto en el poder, y en segundo lugar establecer relaciones en un mundo globalizado con la intención de prosperar a un mayor nivel en el futuro. Es decir, realmente no considero que todos los firmantes de tratados, como el del cambio climático, consideren dichas medidas necesarias o siquiera afirmen que existe algún tipo de cambio climático, en cambio se aprovechan de dichas decisiones para ser aclamados por sus ciudadanos y afianzar su victoria en las elecciones futuras. Y digo esto porque considero que si realmente los gobernantes viesen más necesario evitar el cambio climático antes que mantener el capitalismo mundial no llegarían a acuerdos no vinculantes sino que afianzarían las recomendaciones a través del *hard law*¹¹.

¹¹ El concepto de *hard law* puede ser definido como antónimo del *soft law*, aquella normativa que sí posee efectos vinculantes. Estudiaremos este término en apartados posteriores y sus diferencias con el *soft law* en el apartado 7.

3. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO FLEXIBLE.

El *soft law* ha sufrido una gran expansión en las últimas décadas, existen diversos motivos para justificar dicho engrandecimiento de las leyes blandas, pero quizá el más significativo sea la consecución de escándalos financieros que se produjeron a principios del XXI en innumerables empresas. El caso más sonado fue aquel que ocurrió en el 2001, Gescartera era una sociedad gestora de carteras, desaparecieron más de 120 millones de euros por un error en las cuentas de la empresa. Hasta ese momento no existían leyes que obligasen a las empresas a cambiar de auditores cada cierto tiempo, y por ello los jueces se veían en la obligación de sancionar dichas acciones a través de la doctrina y el *soft law*. Ello provocó la creación de la Ley 22/2015 de Auditorías de Cuentas la cual obliga a todas las empresas a cambiar de auditor cada 10 años dificultando la creación de fraudes administrativos. Pero no fue el anterior el único caso que dio pie a la creación de leyes, otros como el escándalo de la Caja de Ahorros del Mediterráneo o el caso Pescanova fueron clave. Hasta la creación de dicha Ley los magistrados contaban únicamente con la costumbre y la buena fe, no pudiendo actuar bajo la influencia del Derecho Clásico o el *hard law* sino confiando en el derecho flexible y su puesta en práctica, pues los conflictos necesitaban de una rápida solución en casos de vacíos legales.

Por otro lado la complejidad cada vez mayor de las relaciones interpersonales requieren de soluciones que muchas veces no se encuentran reguladas y resultan de grave complejidad para el legislador, por ello es más frecuente cada vez la utilización de las normas *soft law* las cuales parecen tener capacidad suficiente para solucionar ciertos conflictos, aunque por otra parte, pueden llegar a verse desprotegidos los derechos fundamentales o la supervivencia de la democracia.

Un instrumento importante de coordinación que usan los Estados es el llamado MAC (Método Abierto de Coordinación), normalmente es definido como “derecho indicativo” el cual es usado por los miembros como forma de orientación ya que no obliga a los estados a introducir nuevas leyes o modificar su legislación. Se trata de un método propio del *soft law* por lo que es de carácter no vinculante, se basa principalmente en el cumplimiento de una serie de parámetros iguales para todos los Estados. Se definió en Lisboa en el año 2000, sirve principalmente para agilizar la política de empleo, la protección social, la educación, la juventud y la formación profesional. Es por tanto un mero instrumento de estrategia no vinculante ya que los estados no estaban dispuestos a ceder mayores competencias a las instituciones de la Unión Europea, consideraron suficiente la supervisión de unos a otros para cumplir los objetivos comunes.

Existen elementos comunes dentro de los instrumentos que se utilizan para la creación del *soft law*. Lo más llamativo es la búsqueda de expectativas comunes de las organizaciones internacionales y por supuesto que son creados por sujetos de derecho internacional. Es aquí y ahora donde se reconoce la clara diferencia con las fuentes del derecho, pues el *soft law* no sigue todos y cada uno de los procedimientos comunes para la creación de normas internacionales, lo que propina su carencia de fuerza obligatoria. Digamos que las normas de *soft law* tienen una capacidad de adaptación y modificación tan rápida y flexible que facilitan la labor de los Estados, pues no requieren de ratificación, negociación o compromiso, siendo cada vez más una herramienta clave para llegar a acuerdos entre ciudadanos de todo el mundo.

Cada vez hay más organismos tanto públicos como privados que hacen un mayor uso del *soft law*, es usado para interpretar normas pero sobre todo para la creación de guías de buenas prácticas, en definitiva es una forma de coacción pues quien no cumple con dichos requisitos (aunque no esté obligado a ello) verá lesionada su reputación, reflejándose finalmente en un perjuicio económico. Hay quien considera esta nueva forma de cumplimiento de la ley, un aumento innecesario de carga administrativa, de costes adicionales y pérdida de autonomía, ya que quien decida acatar las buenas prácticas no sólo deberá hacerlo sino que deberá demostrar que lo hace. A pesar de las voces en contra, surge en España el Foro de Grandes Empresas, su intención principal es aumentar la coordinación entre las empresas y la administración, en este caso la Agencia Tributaria, la cual defiende la idea ya que considera que es clave para garantizar la transparencia de las grandes empresas. Realmente no se ha podido demostrar que la existencia de este Foro reporte unos mayores beneficios a aquellas empresas suscritas que cumplan con las buenas prácticas establecidas, pero sí existe un consenso a la hora de regular las actividades empresariales evitando la sanción judicial.

Podríamos llegar a pensar que ésta nueva formulación que cada vez crece más rápido puede ser en algún caso defectuosa, ya que quizá se trata de preceptos inmaduros, pero reflexionando sobre la materia creo que el término adecuado no es digamos “derecho defectuoso” más bien debería denominarse o bien considerarse, “derecho no nacido” el derecho que se encuentra aún en gestación y con el paso del tiempo irá formándose hasta finalmente “nacer” o ratificarse en el tan riguroso *hard law*.

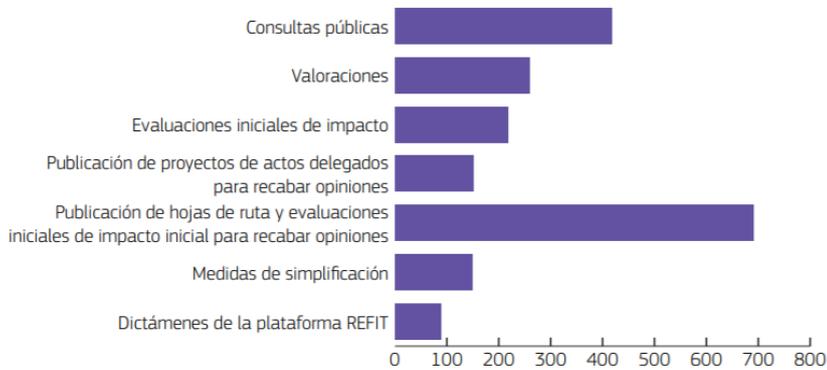
3.1 LEGISLAR MEJOR.

El presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, dijo en su discurso sobre el Estado de la Unión, el 13 de septiembre de 2017 lo siguiente: *“No debemos inmiscuirnos en la vida cotidiana de los ciudadanos europeos regulando cada aspecto.”* Con esta frase Juncker quería expresar su deseo de cambiar el concepto de crear Derecho Internacional, y que éste pasase de la adolescencia a la adultez, puesto que es un derecho que prácticamente acaba de nacer, que aún no está bien perfilado y que necesitaba de cierta madurez para alcanzar su digamos, apogeo. Para lograr el esplendor completo creó el programa de la Comisión “legislar mejor”, las características básicas son las siguientes:

- Escuchar tanto a ciudadanos como a partes interesadas con consultas públicas aprovechando la creciente utilización de grandes herramientas modernas como internet. En concreto el portal web “aligerar la carga” fue creado con la intención de recibir sugerencias, bien de forma pública o bien de forma anónima, su objetivo es hacer más eficientes las disposiciones ya existentes.
- Por otro lado se busca garantizar que las normas creadas por la Unión Europea sean adecuadas y realistas con el objetivo que tienen marcado. Esto se consigue a través de evaluaciones y controles de adecuación para comprobar que tanto las políticas como los programas de financiación consiguen los resultados deseados.
- También se establece que la Unión deberá intervenir única y exclusivamente en casos estrictamente necesarios, cuando su participación garantice claras ventajas.
- Se establece la obligatoriedad de llevar a cabo balances a final de año, identificando aquello que ha sido mejorado, para así orientar el trabajo hacia el camino correcto.

En definitiva, el programa puede ser una herramienta beneficiosa a la hora de legislar acorde a los deseos de cada Estado, la globalización ha traído consigo grandes complejidades pero a su vez fuertes herramientas para crecer y llegar a un consenso que cada vez será más fácil de visualizar. Pues el Derecho Internacional está naciendo ahora igual que nació en su momento el Derecho Romano o el *Common law*, y quizá el un futuro se estudie el *soft law* como aquel instrumento que facilitó la creación del Derecho Global.

ACTIVIDADES PARA LEGISLAR MEJOR EN EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE 2015 Y 2018



4. TERMINOLOGÍA. NATURALEZA DEL *SOFT LAW*.

Es primordial entender correctamente la diferencia que existe entre el llamado *soft law* o derecho blando, con el *hard law* o derecho vinculante. Existen casos en los que es más sencillo de diferenciar ambos derechos, pero no siempre es así pues el *hard law* suele apoyarse en el *soft law*. Será más fácil de entender aclarando primero que el ordenamiento jurídico se compone de normas, las cuales a su vez se dividen en reglas y principios. Las reglas se diferencian de los principios en que las primeras son mandatos de contenido determinado por lo que conocemos su antecedente y su consecuente, por el contrario en los principios únicamente conocemos su antecedente pero desconocemos su consecuente. Por tanto los principios buscan la optimización de los resultados sin importar su completo cumplimiento. El *soft law* se asemeja a los principios pues éste cuenta con una causa y un objeto concreto, pero su finalidad no cuenta con plenos efectos jurídicos. Pero no siempre es así, pues existen innumerables casos en los que el *soft law* utiliza instrumentos con antecedentes y consecuentes determinados. Daniel Sarmiento¹² nos proporciona un pequeño esquema, en él podemos observar cómo no siempre la regla se cumple, sino que tanto el *soft law* como el *hard law* actúan dependiendo de la circunstancia, bien como reglas o bien como principios. El esquema es el siguiente:

¹² SARMIENTO, Daniel (mayo-agosto 2006) “La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*” Universidad Complutense de Madrid. (p.230)

<i>Reglas</i>		<i>Principios</i>	
<i>De soft law:</i>	<i>Disposiciones determinadas (en su antecedente y su consecuente), cuyo cumplimiento es objeto de cumplimiento en grado por parte de sus destinatarios.</i>	<i>De soft law:</i>	<i>Disposiciones determinadas (en su antecedente y su consecuente), cuyo cumplimiento es objeto de cumplimiento binario por parte de sus destinatarios.</i>
<i>De hard law:</i>	<i>Disposiciones determinadas en su antecedente e indeterminadas en su consecuente cuyo cumplimiento es objeto de cumplimiento en grado por parte de sus destinatarios.</i>	<i>De hard law:</i>	<i>Disposiciones determinadas en su antecedente e indeterminadas en su consecuente cuyo cumplimiento es objeto de cumplimiento binario por parte de sus destinatarios.</i>

El derecho blando cuenta con pequeñas claves que nos facilita su reconocimiento, por ejemplo a la hora de su aprobación carece de procedimientos, siempre y cuando no desee su publicación, en el caso de que vaya a existir publicación posterior sí será necesario el cumplimiento de ciertos procedimientos. Por otro lado, el *soft law* no siempre cumple los mismos efectos, sino que en ocasiones se encontrará en niveles muy diferentes.

La forma más sencilla de entender lo que el Derecho Internacional denomina como “*Soft Law*” es acudir a la idea que tenía el primer presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, Arnold Duncan McNair¹³, el cual consideraba que el *soft law* era la clave para distinguir entre la ley ya existente o una futura reforma de la ley.

Con el paso del tiempo y el estudio de nuevos autores, el *soft law* paso a ser considerado como aquellos fenómenos jurídicos los cuales carecían de suficiente fuerza vinculante eso sí, con cierta relevancia jurídica.

Existen otros puntos de vista, como el del escritor Julio Barberis¹⁴, el cual amplía el concepto, considerando el *soft law*, como aquellas normas jurídicas las cuales se encuentran en proceso de formación careciendo de suficiente validez jurídica, o aquellas normas jurídicas las cuales no está claro si han sido cumplidas debidamente.

Desde mi punto de vista, el *soft law* existe y debe existir para rellenar pequeñas lagunas jurídicas ayudando a una mejor interpretación de otras normas o para la solución de conflictos entre normas ya existentes. Todo esto es posible debido a que el orden internacional se encuentra en constante crecimiento y cambio, debido a que no es un sistema cerrado con una misma cultura o idiosincrasia.

¹³ Arnold Duncan McNair, primer barón McNair (4 de marzo de 1885 - 22 de mayo de 1975), profesor universitario, juez de la Corte Internacional de Justicia y más tarde el primer presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁴ BARBERIS, Julio (1993) "*Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público*", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos.

Debido a la ambigüedad de este concepto que estamos estudiando, los diferentes grupos internacionales han detectado una práctica interesada y egoísta, por parte de aquellos que aprovechando la incertidumbre, aplican el *soft law* en lagunas jurídicas buscando un beneficio político, creando unilateralismos que buscan imponer sus propios valores e intereses. Todo esto produce un desajuste en el principio de igualdad jurídica, ya que la intención principal de los Estados es la cooperación y coordinación, con el fin de erradicar los conflictos o por ejemplo, el gran problema actual del cambio climático, el cual no entiende de fronteras.

Ya en 1982 Prosper Weil¹⁵ criticó duramente el *soft law*, pues consideraba al derecho flexible una “fuente de desorden” en el derecho internacional. Este autor mantenía que la ya instaurada práctica del *soft law*, únicamente conseguía la desnaturalización de las funciones del derecho internacional. Ésta dura crítica no gustó a sus compatriotas, ya que Alain Pellet¹⁶ defiende que el derecho internacional se desarrolla utilizando instrumentos no convencionales consiguiendo así una fuerza mayor, y es por ello por lo que cada vez las organizaciones internacionales hacen un mayor uso del *soft law*, logrando incluso que los jueces internos de cada país reconozcan la existencia legal. Considero que no es que Weil o Pellet defiendan cosas distintas, sino que Weil trata de considerar al *soft law* como algo inamovible el cual debe aplicarse una y otra vez bajo las mismas directrices, y en cambio Pellet busca una práctica más realista amoldable a cada circunstancia. Digamos que Weil da una mayor importancia a las fuentes de derecho internacional, lo que no significa que las

¹⁵ WEIL, Prosper (1983) “*Towards Relative Normativity in International Law?*” Artículo periodístico publicado por la Universidad de Cambridge.

¹⁶ PELLET, Alain “*Les raisons du développement du soft law en droit international: choix ou nécessité?*” Universidad de Paris Nanterre.

normas surgidas a través del derecho blando sean vinculantes, sino que surge de la voluntad de los Estados produciendo un compromiso que presumiblemente será ratificado y así dos veces consagrado. Sin embargo, el realismo de Weil no pretende ser radical, sino que las normas deben ir evolucionando como lo hace la sociedad.

Existen autores mucho más radicales como Jan Klabbers¹⁷ el cual escribió un artículo llamado “*The Redundancy of Soft Law*”. El simple título de su artículo ya nos da unas pistas con las que deducir cual es la postura de este autor frente al tema que nos incumbe. Klabbers se apoya en las palabras del filósofo británico David Hume para defender que en ningún caso las leyes pueden enmarcarse en el blanco o en el negro, por lo que el “carácter binario de ley” del que hablaba Hume no existe ya que las leyes en su mayoría se distinguen por su gran variedad de tonos gris. Por lo que para el holandés existen normas más importantes que otras, con más o menos lagunas, pero en ningún caso existen normas más o menos obligatorias.

Una forma sencilla de solucionar la controversia podría ser acudir a las normas que sí tenemos claras, y por tanto razonar de la siguiente manera. La regla general establece que cualquier poder público es competente para llevar a cabo disposiciones que incluyan el derecho blando, por lo que quiere decir que la regla general de atribución de competencias, establecida en los artículos 148 y 149 de la Constitución Española, sumando los Estatutos de Autonomía, resulta de aplicación igualmente que para los instrumentos del *soft law*.

¹⁷ KLABBERS, Jan, (1996) “*The redundancy of soft law*”, *Nordic Journal of International Law*.

Podríamos llegar a considerar la exclusividad del *soft law* como forma independiente de crear Derecho, matizando su carácter evasivo desvinculado de la rigidez de la ley destinado a desplegar sus plenos efectos en la *praxis*¹⁸. El Derecho Legislativo queda cada vez más erosionado y la Ley tan exclusiva en el pasado pasa a un plano menos exhaustivo.

Habiendo estudiado una gran parte de los autores, los cuales han expuesto su forma de considerar y ver el *soft law*, llegamos a una única conclusión. Pues aunque las opiniones varíen de un autor a otro, todos coinciden en determinar que existen dos formas de concebir el derecho blando. Bien mediante el modelo dicotómico, el cual es defendido por ejemplo por W. Riphagen, modelo que se caracteriza por la división de las partes y por tanto por las fuentes de derecho internacional. Y el modelo teórico, afirmado por Snidal¹⁹, que se basa en la existencia de un sistema internacional escalonado y variable, en el cual la normatividad está en continuo cambio.

Ahora bien, considero oportuno mencionar las cuatro claves que Daniel Thürer aporta para identificar y dar validez al derecho blando, las cuales son las siguientes²⁰:

- En primer lugar, el *soft law* reúne expectativas comunes de las organizaciones internacionales.
- En segundo lugar, el *soft law* es creado por sujetos del derecho internacional.

¹⁸ PASTORE, Baldassare (2003) “*Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*”, en *Lavoro e diritto*, 17, n. 1, pp. 9-11.

¹⁹ SNIDAL, Duncan, (2003, 9 de julio) “*Hard and Soft Law in International Governance*” publicado online por la Universidad de Cambridge.

²⁰ TORO HUERTA, Mauricio Iván (2006) “*El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*”, Volumen VI, pp. 513-549.

- En tercer lugar, las reglas del *soft law* no han pasado por todas las etapas de los procedimientos de elaboración del derecho internacional y por tanto carecen de fuerza legal.
- Y en cuarto y último lugar, el *soft law*, posee en cierta medida capacidad para producir efectos legales.

En resumen en palabras del propio Thürer "*Soft law is of particular importance where good faith needs to be protected*"²¹. Es decir, el “derecho blando” es de particular importancia cuando la buena fe necesita ser protegida. En definitiva para este autor, el *soft law* debe utilizarse para la interpretación de las leyes ya sean internacionales o municipales.

Vamos un poco más allá con la perspectiva que nos proporcionan Wolfgang Reinicke²² y Jan Martín Witte²³, ambos consideran que sólo los sujetos de derecho internacional son los que deben participar en la creación de instrumentos del *soft law*. Esto ayuda a que los acuerdos internacionales no normativos puedan lograr una vinculación entre instituciones públicas y entidades privadas. Digamos que al ser no normativos pueden participar sujetos en ambos sentidos buscando un beneficio tanto para la parte pública como para la parte privada.

²¹ THÜRER, Daniel (2009) "*Max Planck Encyclopedia of Public International Law*" Oxford *Public International Law* (p.11)

²² WOLFGANG H. Reinicke (2000) "*Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords*", en SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, New York, Universidad de Oxford.

²³ WITTE, Jan Martin (2000) "*Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords*", en SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, New York, Univerisdad de Oxford.

Pero como podemos comprobar hay infinidad de autores que han querido aportar su propia perspectiva, matizando a su manera su forma de ver y entender el derecho blando, queriendo cada uno de ellos tener la solución perfecta, pero no siendo nunca suficiente para considerar cada teoría cien por cien completa. Por ejemplo, Christine Chinkin²⁴ marca una serie de criterios que ayudan a identificar la existencia del *soft law*. Entre dichos criterios podemos destacar que deben ser formulados en términos no obligatorios, que sean creados por órganos que no dispongan de autoridad para crear normas internacionales, que su formulación presente términos imprecisos, o que estén principalmente dirigidos a actores no estatales para evitar así la creación de una costumbre internacional.

Daniel Sarmiento expone una serie de claves fundamentales para entender definitivamente qué es el *soft law* y cómo debemos interpretarlo. Sarmiento en su artículo "*La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*" expone lo siguiente: "*El soft law tiene una causa y objeto concretos, pero su finalidad es genérica, en la medida en que su desafectación del sistema oficial de fuentes le impide contar con plenos efectos jurídicos.*" (Sarmiento, 2006, p.226) Con esto el autor quiere determinar que el *soft law* sirve para optimizar otras normas internacionales, para salvar vacíos y aclarar dudas que puedan surgir a la hora de aplicar cualquier reglamento.

Para poder darle forma a este concepto, y poder ver el *soft law* de forma más familiar, podemos determinar que dicho derecho es muy común en las Circulares, las

²⁴ CHINKIN, Christine Mary (1989, octubre) "*The challenge of soft law: Development and change in international law*", *International and Comparative Law Quarterly*.

Instrucciones o las Cartas de Servicios²⁵. Pero podemos encontrar el *soft law* en cualquier acto atípico, actos que carezcan de normas que nos ayuden a proceder en cada caso o conocer la finalidad de estos. Nos encontramos ahora ante un *soft law ad intra*, ya que sirve para establecer normas internas de organización y procedimiento. Analizaremos más tarde en el punto 6 las diferentes formas de *soft law* que han surgido y cómo determinar cada una de ellas.

En cuanto a la función del derecho blando, sí que existe una opinión generalizada entre todos los autores anteriormente mencionados, esta idea que se repite de forma continuada en todos los autores ha sido recogida por Gloria Alarcón García²⁶. Todos coinciden en cuatro funciones fundamentales que son, en primer lugar ser el avance del *hard law*, en segundo lugar lograr una alternativa al *hard law*, en tercer lugar servir como complemento al *hard law* y finalmente lograr la creación de un parámetro interpretativo del *hard law*. Lo que nos ayuda a entender que el *hard law* no realizaría correctamente su función sin el *soft law*, y el *soft law* no llegaría a existir sin el *hard law*, lo que me lleva a la conclusión que ambos son igual de importantes y necesarios.

²⁵ El primer sistema de cartas de servicio fue presentado al Parlamento Británico en julio del 1991, con el objetivo de incrementar la calidad de los servicios públicos.

²⁶ ALARCÓN GARCÍA, Gloria (2010) “*El soft law y nuestro sistema de fuentes*” Contribución al Libro-Homenaje del profesor Alvaro Rodríguez Bereijo, Murcia (p.11)

4.1 DIFERENCIAS ENTRE EL *HARD LAW* Y *SOFT LAW*

El *hard law* lo podemos definir como aquellos instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado. Es decir, una vez adoptado el *hard law* las partes quedan vinculadas a la ley. Los estados tienen capacidad suficiente para adoptar el derecho a su antojo, dependiendo de la posición que desean tomar dentro de la comunidad internacional se decantan por mecanismos de obligado cumplimiento o bien por declaraciones o proposiciones no obligatorias pero sí beneficiosas para obtener un fin concreto.

Cabe mencionar la diferencia entre “fuerza vinculante” y “efecto vinculante”, en la primera nos encontramos ante una situación claramente regulada por el derecho sin brechas ni vacíos legales. En el segundo caso se hace referencia a aquellas situaciones en las que no existe una ley concreta que determine la situación, por tanto pueda usarse una ley por ejemplo europea.

Es decir, en caso de no existir ley nacional que regule una conducta, se puede acudir a acuerdos internacionales que sí prevén dicho caso. En el supuesto de dar solución al problema, a pesar de ser un simple acuerdo sin fuerza vinculante, se establece la necesidad de cumplir con dichos acuerdos para solucionar el conflicto. En ese momento ese acuerdo internacional, a pesar de sustentarse en el *soft law* y no tener capacidad para obligar, sí obliga a las partes interesadas a darle fuerza vinculante.

Quizá pueda entenderse mejor con un ejemplo, existe un caso muy conocido llamado *Grimaldi*, en él un inmigrante italiano con domicilio en Bélgica padecía una

enfermedad la cual no estaba incluida en el libro de enfermedades ocupacionales del país donde residía, y por tanto no tenía derecho a compensar la discapacidad.

Por otro lado, la enfermedad objetada aparecía en el libro de enfermedades ocupacionales de Europa, e incluía una recomendación instando a que se aplicara como ley nacional. La Corte Europea de Justicia decidió adoptar las recomendaciones del libro europeo para suplementar el vacío del libro belga, otorgándole así al mecanismo de *soft law* un efecto claramente vinculante, en definitiva la Corte Europea dio fuerza de *hard law* a un mecanismo propio del *soft law*.

A pesar de existir una amplísima normativa, los cambios que estamos viviendo en la actualidad superan con creces las leyes existentes. Rápidamente se quedan anticuadas o se prevén nuevos casos que no se habían tenido en cuenta anteriormente, es por ello por lo que ante todo se debe acudir en un primer momento al derecho duro o *hard law* antes que acudir a disposiciones simplemente recomendadas. Aun así es innegable el trabajo que está hoy en día cumpliendo el *soft law*, resolviendo dudas y conflictos de forma rápida y sencilla tratando de beneficiar siempre al más débil.

Desearía hacer una breve referencia a la obra de Isabel Garrido “*El soft law como fuente del derecho extranacional*”²⁷, en su texto la catedrática de Filosofía del Derecho muestra de una forma clara cómo el *soft law* consigue ser una fuente del derecho en el ámbito extranacional, a través de un análisis de las fuentes tradicionales. De tal manera que centra las bases y aporta conocimientos para lograr dejar clara la diferencia entre el *hard law* y el *soft law*.

²⁷ GARRIDO GÓMEZ, Isabel (2017) “*El soft law como fuente del derecho extranacional*”, Madrid, Dykinson.

4.2 EJEMPLOS DE *SOFT LAW* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Quizá el ejemplo más claro que podemos observar es el contenido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Ley se basa principalmente en el artículo 14 de la Constitución española el cual expone: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”* Afianzándose en el artículo 9.2 de la misma que establece: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”* Pero no solo se consagra en nuestra Constitución sino que también encontramos regulada la igualdad entre mujeres y hombres en Convenios y Tratados Internacionales como el de Ámsterdam de 1999 o el Tratado de Roma.

Esta Ley creada en el 2007 pretende reconocer la igualdad formal ante la ley, erradicar la violencia de género, la discriminación salarial, fomentar el empleo femenino, aumentar la presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad, dar solución a los problemas de conciliación familiar. En definitiva no procurar privilegio a unos a cambio de la incapacidad de otros.

Trece años después de la publicación de dicha Ley podemos observar como efectivamente cuenta con grandes preceptos de *soft law*, pues la teoría es clara pero no efectiva en la práctica. Sin dudar afirmo que la posición de la mujer hoy en día es muy superior a la condición de la que disfrutaba en años anteriores, pero acudiendo a los datos estadísticos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística en 2019 las

mujeres únicamente ocupaban el 2,9% en la presidencia de administración de las empresas del IBEX 35, y eso sin contar que aquellas que sí se encuentran efectivamente al mando de dichas grandes empresas no han sido designadas por sus capacidades o conocimientos sino más bien por relaciones familiares.

No obstante esta ley pretende que los nombramientos tanto de poderes públicos como cargos de responsabilidad procuren atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres. Y es ahí donde encontramos la clave, no obligan a procurar un cincuenta por ciento de ambos sexos sino que se trata de una recomendación de una normativa de *soft law* no vinculante. A pesar de ser una recomendación, el Gobierno se compromete a beneficiar a aquellas empresas que procuren dicha paridad, pero no se compromete en ningún momento a castigar a aquellas empresas, ya sean públicas o privadas, que no cumplan con dicho estándar.

La Catedrática de Filosofía del Derecho y Filosofía Política, Ana Rubio Castro se pregunta en su texto "*Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española*"²⁸ si en una materia tan sensible como lo es la igualdad, la existencia del *soft law* es la correcta. Como mujer que soy, reconozco la dificultad que supone la puesta en práctica de dichas medidas, pero coincido con Rubio Castro en preguntarme si es simplemente una forma de política que únicamente se basa en el populismo para la obtención de un buen resultado electoral, en vez de fomentar una

²⁸ RUBIO CASTRO, Ana (2013) "*Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española*" Universidad de Granada. (p.67)

verdadera lucha contra la desigualdad que sufren todos los países desde el más desfavorecido hasta el más favorecido.

Otro ejemplo que encontramos no es específico del ordenamiento español pero sí a nivel europeo. Es aquel que se encuentra recogido en el Fondo Monetario Internacional ya que su puesta en marcha se basa en incentivos y no en estrictas obligaciones jurídicas, en concreto en los tipos de cambio los cuales se basan en simples directrices no vinculantes. Los estímulos que reciben los Estados a la hora de seguir las directrices son fuerza suficiente para que finalmente se lleven a cabo los deseos del Fondo Monetario Internacional, y que finalmente la teoría se refleje en la práctica. Lo mismo ocurre por ejemplo con la regulación de los mercados de valores, en este caso a pesar de carecer de vinculación la expectativa que se produce a los ciudadanos es suficiente para que los gobiernos actúen en conformidad a las directrices de la Autoridad Europea de Valores y Mercados.

El Código de Conducta sobre Fiscalidad Empresarial se encuentra regulado en gran medida por directrices no vinculantes, el motivo principal es la falta de consenso entre las sociedades y los estados para crear un mercado único, en este caso ha llegado a tener tanta influencia el *soft law* que ha llegado a formar parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El principal motivo que podemos encontrar a la hora de dar respuesta a determinar por qué en el ámbito internacional se le da tantísima importancia al *soft law*, es la carencia de competencia, ya que los organismos nacionales no disponen de potestad para la creación de tratados, sino que se exige el consenso de varios países. También la facilidad que el derecho flexible proporciona a los cambios, pues los mercados se

encuentran en constante evolución y fijar normas vinculantes puede suponer un esfuerzo demasiado grande para que sea en poco tiempo inservible.

El *soft law* es habitual en la protección del medio ambiente, a la hora de establecer las pautas a seguir para promover un ecosistema sostenible es común encontrarnos con Programas, Declaraciones, Conferencias, Directrices, Proyectos, Recomendaciones pero en ningún caso con Tratados los cuales si poseen carácter vinculante y plantean un *hard law* más visible.

Para finalizar con este apartado debemos referirnos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ésta carece de carácter coercitivo la única vía que puede tomar para presentar vinculación es a través de la incorporación el derecho interno de cada Estado, digamos que es el túnel que conecta la ética o el deber moral con la política. Esta Declaración ha sido ejemplo para la posterior creación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 entre otros.

Parece que el *soft law* va cogiendo fuerza y extendiéndose a un ritmo difícil de frenar, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y los derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento posee en gran medida rasgo de derecho flexible. Al igual que el Tratado de No-Proliferación Nuclear el cual se vio rápidamente obsoleto y ha sido reforzado por directrices jurídicamente no vinculantes elaboradas por distintos comités

4.3 EL *SOFT LAW* COMO PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiaridad se define como el asunto que es resuelto por la autoridad la cual se encuentre en posición más próxima al objeto del problema, este principio es retratado en el Tratado de la Unión Europea. El *soft law* por tanto, busca la regulación de mínimos que permita margen de decisión a aquel órgano que se encuentre en una mejor posición reguladora. Es un poder que se le otorga al poder estatal, pues es el poder más cercano al ciudadano y por consiguiente con una mejor posición reguladora.

El Estado hace uso de instrumentos propios del *soft law* cuando el motivo de su competencia se encuentre debilitada, dotando de dicha competencia a las Comunidades Autónomas, ya que el *soft law* permite la creación de criterios sin efectos jurídicos, dichos criterios son fundamentales a la hora de interpretar y orientar, facilitando así la labor de las administraciones públicas.

Otro marco en el que se encuadra el *soft law* es aquel en el cual la Administración ejerce funciones sobre el sector privado. El trabajo del *soft law* en este caso consiste en llevar a cabo un papel logrando garantizar la intervención mínima del poder público; puede llevarse a cabo bien a través del mero ejercicio de control sobre el mercado, o bien ya sea depositando la confianza suficiente de los operadores del mercado para que sean ellos mismo quienes lleven a cabo mecanismos de autorregulación. Este punto es clave, ya que el objetivo primero de la Administración en este caso es evitar el riesgo innecesario debido a su alta carga de trabajo, delegando en el sector privado la regulación y control de mecanismos que garanticen la adecuada

acción sobre actividades contaminantes o la correcta actuación a la hora de producir bienes que cumplan con la normativa, evitando riesgos sobre la salud pública.

Los llamados Libros Verdes y Libros Blancos son el claro ejemplo de instrumento de *soft law*, el fin de estos es preguntar a los sectores afectados, los cuales tienen la oportunidad de participar a través de propuestas las cuales pueden luego verse traducidas en iniciativas normativas. Para entender mejor su mecanismo les han dotado a los libros de dos “apellidos”, Verdes y Blancos. Los Libros Verdes son la publicación por parte de la Comisión de documentos que tratan de estimular una reflexión europea y lanzar la consulta a debatir, que puede ser un tema como la política social, la moneda, las telecomunicaciones etcétera. Si dichas consultas producen frutos se crea la publicación de los Libros Blancos los cuales hacen efectivo el debate estableciendo medidas concretas de acción comunitaria. Los efectos de los Libros Blancos son indeterminados, pero no implica que mantengan una cierta autoridad la cual es difícil de despreciar por parte de los Gobiernos. Pero estos libros no son los únicos instrumentos del *soft law* que la Administración usa para el beneficio común sino que también existen las llamadas Cartas de Servicios, de las que ya hablamos en el primer apartado del punto 5. Estas cartas son documentos utilizados por las organizaciones, en ellas se explican los servicios que ofrece cada organización, también el compromiso de calidad, tratan de conceder al cliente una serie de garantías de transparencia, orientación o mejora continua de los servicios.

4.4 LA INCORPORACIÓN DEL *SOFT LAW* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para que una norma pueda desplegar el pleno de sus efectos, debe poseer una relación con el sistema de fuentes. Teniendo en cuenta que el *soft law* se trata de una fuente indeterminada, dependerá del acto o norma que la incorpore al ordenamiento, es por ello por lo que existen hasta cuatro formas de incorporación al ordenamiento, y esas formas son las siguientes:

- La incorporación en *hard law*. Digamos que esta forma es la más sencilla de entender. Pues no es nada más que la inclusión del *soft law* dentro de un texto de *hard law*. El *soft law* suele ser incluido en un anexo de la ley o reglamento correspondiente.
- La incorporación por referencia. Es la forma más común de incorporación, y consiste en formular una referencia expresa al *soft law* desde un instrumento de *hard law*. Son referencias que en ocasiones son denominadas también como reenvíos y se llevan a cabo mediante técnicas muy distintas como pueden ser referencias de actos generales a actos individuales, o bien la creación de remisiones y delegaciones.
- También existe la creación de resoluciones no legislativas. Se trata de disposiciones informales las cuales deben ser sometidas a deliberación y votación en el parlamento.
- Y finalmente la última técnica de incorporación se basa en darle carácter contractual de forma paccionada. Lo veremos más tarde en el apartado 6 cuando estudiemos las manifestaciones del *soft law* y sus vertientes *ad intra* y *ad extra*.

4.5 LEYES MANIFIESTO, “GENTLEMEN’S AGREEMENTS”, CONTRATOS NO VINCULANTES Y PRINCIPIOS DE UNIDROIT.

Desearía incluir este apartado, no porque tenga intrínseca relación con el trabajo que vengo desarrollando, pero sí para que conozcamos que existen otro tipo de leyes las cuales al igual que *soft law* nos crean la duda de saber si en realidad son válidas o si debemos tener en cuenta a la hora de crear nuevas normas.

Estas son las llamadas Leyes Manifiesto, son aquellas que no cuentan con contenido normativo definido, pero sí poseen categoría de *hard law*. Es innegable que en nuestro país existen leyes cuya pretensión es, que no sean aplicadas. Santiago Muñoz Machado²⁹ se pregunta si una ley es mejor por estar más claramente escrita. Éste notable jurista defiende que una sentencia debe ser escrita de forma sencilla, que todo ciudadano pueda entender, incluso con la inevitable utilización de tecnicismos ya que el derecho resulta una ciencia y por tanto utiliza un lenguaje técnico.

Los conocidos como “*gentlemen’s agreements*” o acuerdo de caballeros, son como su propio nombre indica, acuerdos informales que carecen de fuerza vinculante, normalmente se crean de forma oral basados en el honor de las partes para asegurar su cumplimiento. Su origen se remonta a 1821 en los parlamentos británicos, pero quizá el más famoso es el Acuerdo de Caballeros entre Estados Unidos y Japón de 1907 por el cual el Estado Americano quería erradicar la llegada masiva de inmigrantes japoneses a territorio estadounidense, en aquel acuerdo Japón se aseguró de que hubiera muy poco o ningún movimiento hacia los Estados Unidos.

²⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago (2017, 25 de enero) “*En España hay leyes manifiesto, que no tienen la pretensión de ser aplicadas*” Diario ABC.

Podemos referirnos también a los contratos no vinculantes o *non-binding agreement*, estos son acuerdos en los que las partes no están legalmente obligadas a cumplir sus términos. Su propósito es declarar la intención de las partes como parte del proceso de negociación. Si ambas partes aceptan los términos del contrato no vinculante, pueden firmar un contrato vinculante después.

Existen diferentes contratos no vinculantes como por ejemplo la Carta de Intención, lo que le caracteriza a este contrato es que cualquiera de las partes puede retirarse del acuerdo en cualquier momento sin firmar un contrato vinculante, ello no implica que a pesar de no ser de obligado cumplimiento por las partes sí que obligue o vincule a aquellos que conocen de su existencia con el fin de mantener su confidencialidad. La regulación de estas cartas lo podemos encontrar en el artículo 1255 del Código Civil que dice así “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*” A la hora de fijar las bases de un contrato futuro o de una empresa es clave la creación de un documento donde cada parte expresa sus diferentes deseos, a raíz de esa carta se va debatiendo y perfilando hasta llegar a un consenso adaptado a las exigencias de cada parte el cual se traducirá en un contrato definitivo y vinculante.

Por último hablaré de los Principios *UNIDROIT*, su origen se remonta a 1995 con la intención de generar reglas que sean de utilidad en los contratos mercantiles internacionales, presentan una fuerte autonomía de la voluntad por tanto son de única aplicación cuando las partes decidan que el contrato se regirá por estos principios. Son reglas del *soft law* creadas por el Instituto Internacional para la Unificación del

Derecho Privado orientadas a facilitar la creación de contratos privados. Serán aplicables cuando las partes hayan acordado que su contrato sea regido bien por los principios generales del Derecho, o por la *lex mercatoria*. La última edición de los Principios *UNIDROIT* publicada en 2017 establece las ventajas que pueden darse en el momento de utilizar dichos principios, entre ellas podemos mencionar la libertad de forma y reconocimiento de los usos y las costumbres del comercio internacional. En su artículo 1.9 podemos leer *“Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”*. Por otro lado, presenta una gran carga de confidencialidad ya que las negociaciones serán privadas a pesar de no contar con fuerza vinculante, así lo establece su artículo 2.1.16 *“Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato [...]”*

En definitiva las ventajas que poseen estos principios son insuperables y es por ello por lo que cada vez son más utilizadas por los entes privados, aligerando en gran medida la carga del legislador y acelerando los procesos para la tranquilidad de las partes.

4.6 TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las fuentes en derecho internacional incluyen a su vez los aspectos formales y los materiales. Esto se debe a que independientemente de cómo o quién haya producido la norma tienen los mismos efectos obligatorios. Es por ello por lo que se establece que, el consentimiento pleno de los Estados produce reglas de aplicación general.

Para entender mejor aquellas fuentes de derecho internacional en las que se basan los Estados, debemos acudir al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el cual dice así:

“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.”

Lo que más me llama la atención del citado artículo anterior, es que no se especifica una jerarquía entre las diferentes fuentes, tampoco se caracteriza por una gran exhaustividad ya que pueden ser incluidos como creación de derechos y obligaciones, actos unilaterales de los Estados. Pero desde mi punto de vista no es lo anterior lo más llamativo que podemos deducir de dicho artículo, sino que surge aquí la polémica de determinar que todas aquellas normas creadas fuera de las fuentes nombradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)

quedan excluidas del *hard law*, por lo que se mantendría la teoría la cual considera al *soft law* como creación de normas no vinculantes y por tanto no obligatorias.

El *soft law* no queda así excluido y por tanto considerado innecesario, pues puede servir no como fuente de derecho pero sí favorecer la creación de nuevas normas. Hemos visto en ocasiones que a lo largo de la historia los jueces de los Estados miembros han concedido una mayor autoridad a “normas *soft*”, mientras que las “normas *hard*” han supuesto grandes esfuerzos diplomáticos para poder lograr su pleno cumplimiento. También a la hora de resolver diferencias o conflictos, el *soft law* ha sido de gran ayuda, logrando asegurar valores fundamentales para la convivencia de todos los Estados.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, recoge las exigencias que deben poseer los Tratados Internacionales. En primer lugar en su artículo 2.a se establece que los acuerdos no deben recogerse necesariamente en un escrito único sino que pueden utilizarse varios instrumentos conexos³⁰, lo que da pie a pensar que el Convenio de Viena carece de fuerza formalista. En su artículo 3 acepta la creación de tratados orales los cuales poseen el mismo valor jurídico que los tratados escritos³¹. Para determinar entonces, si el Tratado tiene intención de tener fuerza vinculante y por tanto incluirse dentro del

³⁰ Artículo 2: “se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”

³¹ Artículo 3: “El hecho de que la presente convención no se aplique [...] a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectara: A) al valor jurídico de tales acuerdos; B) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta convención; C) a la aplicación de la convención a las relaciones de los estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.”

hard law, será necesario que el acuerdo cuente con naturaleza jurídica para conocer si posee dicha naturaleza será tan simple como saber si el texto precisa de registro o no. En el caso de no ser obligatorio el registro podemos dar por hecho que no cuenta con obligaciones sino que se tratan de recomendaciones o tratados de derecho flexible. El ejemplo más claro que podemos encontrar es la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa³², que establece expresamente que no cabe su registro en virtud de las disposiciones del art. 102.1 de la Carta de las Naciones Unidas³³, con el fin de enviarla a todos los miembros de la Organización como documento oficial de las Naciones Unidas. Existen casos contrarios, es decir tratados que no han llegado a ratificarse pero que poseen fuerza suficiente de someter a las partes a procesos judiciales en caso de incumplimiento.

Después de indagar sobre la materia es difuso saber si puede llegar a considerarse el *soft law* una fuente de derecho. Es fundamental su existencia, ya que es un instrumento nuevo muy valioso que poder utilizar en caso de necesidad pero no se trata de una construcción completa, es decir no crea por sí solo actos jurídicos concretos sino que siempre ha de ser ligado a otras herramientas, en cambio sí es capaz de generar reglas jurídicas. Por ello antes de saber si realmente el *soft law* es fuente

³² Conferencia de Helsinki tuvo lugar en Helsinki (Finlandia 1973-1975); entre los Estados Unidos de América, Canadá, la Unión Soviética y todos los países europeos (incluyendo a Turquía y excluyendo a Albania y Andorra). Los puntos principales enumerados en el Acta fueron: Igualdad soberana. Abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza. Inviolabilidad de las fronteras. Integridad territorial de los estados Arreglo de las controversias por medios pacíficos. No intervención en los asuntos internos. Respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Igualdad de derechos y derecho a la autodeterminación de los pueblos. Cooperación entre los estados. Cumplimiento de buena fe de las obligaciones del derecho internacional.

³³ Artículo 102.1: “Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible.”

de derecho debemos determinar cómo saber si nos encontramos ante una fuente de derecho. Para ello partimos de la noción material y de la formal, si el acto o hecho produce derecho estaremos ante la noción material, si por otro lado el acto o hecho posee autoridad para producir normas nos encontraremos ante la noción formal.

Por tanto deducimos que el *soft law* sí es fuente de derecho, ya que el término fuente es el que se les atribuye a todos los factores capaces de influir en la producción de normas. No todas las fuentes de derecho presentan la misma fuerza, las hay más ligeras, fluidas o elásticas pero todas son necesarias al llevar a cabo cada una un rol distinto que permite la creación de disciplinas plenamente obligatorias.

5. EFECTOS QUE GENERA EL *SOFT LAW* UNA VEZ QUE LO CALIFICAMOS COMO UN INSTRUMENTO APLICABLE

Este apartado está dedicado a reforzar los tres pasos que ha de poseer la legislación española, con el fin de garantizar la correcta interpretación, establecer una clara responsabilidad y proporcionar una fuerte seguridad jurídica.

Para garantizar una correcta actuación, interpretación y seguridad debemos analizar el artículo 9.3 de la Constitución Española el cual dice así:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Por tanto, los instrumentos del *soft law* sólo pueden ser admitidos si garantizan la coherencia del sistema jurídico, lo que implica que el *soft law* debe producir efectos, si esto no fuese así se incurriría en una lesión al Principio de Seguridad Jurídica y por tanto una lesión al artículo 9.3 CE.

Es común la utilización del *soft law* en casos concretos, digamos que el derecho flexible al contrario que el *hard law*, es más utilizado en la práctica. Como ya hemos indicado en apartados anteriores, el *soft law* no posee normas generales de publicación, por tanto a la hora de litigio será suficiente el correcto conocimiento por todas las partes que se encuentren envueltas en el cuadro litigante.

Recordamos que los instrumentos usados por parte del *soft law* carecían de poder y por tanto eran considerados no vinculantes, es aquí donde nos preguntamos; sé que los instrumentos del *soft law* no son vinculantes pero, guiándome por dichos

instrumentos he logrado una expectativa a mi favor, ¿puedo ahora que no se ha cumplido dicha expectativa solicitar una indemnización acorde al perjuicio causado?; esta pregunta tiene respuesta y es SÍ pues la Administración se encuentra vinculada a sus actos y “promesas”. Esto no quiere decir que sea obligatorio el cumplimiento de dicha prestación o “promesa”, pero sí nacerá la obligación de indemnizar. Este nacimiento de la obligación de indemnizar lo vemos claramente reflejado en el Principio de Confianza Legítima³⁴.

El paso anterior digamos que es primera trinchera en la que aferrarse a la hora de dar validez al *soft law*, destinada únicamente entre la batalla Administración pública versus Administración pública, pero a la hora de enfrentarse Administración pública versus ente privado surge una segunda trinchera, en ésta el *soft law* se convierte en un mandato de optimización, lo que le confiere forma de acto regulador. Para evitar problemas de interpretación, es necesario el uso del *soft law* únicamente en conductas atípicas, y también debe ser descartado como cimiento para la adopción de decisiones no favorables para los entes privados.

³⁴ Artículo 3 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ley modificada en el texto consolidado de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

6. LAS MANIFESTACIONES DEL *SOFT LAW*

Siguiendo la distribución de Daniel Sarmiento, existe una clasificación que divide entre, *soft law* público *ad extra*, *soft law* público *ad intra* y el *soft law* público-privado.

El *soft law* público *ad extra* mantiene una naturaleza jurídico-pública, se enfoca en encontrar una regulación orientada a terceros. En principio el *soft law* no está sujeto a procedimientos si se desea su aprobación, en cambio sí deberá llegar a cumplir una fase del procedimiento si su objetivo es desplegar efectos *ad extra*. Para diferenciar el *soft law ad extra* del resto de derechos blandos, debemos comprender que éste mantiene una única finalidad, la cual consiste en la ordenación de las relaciones entre particulares y por tanto con efectos hacia terceros. Fundamentalmente encontramos este tipo de derecho en códigos de conducta, recomendaciones, directrices de órganos independientes, códigos de buen gobierno etcétera. Por tanto, está muy enfocado no tanto a la teoría sino a la práctica y realidad de la sociedad.

Por otro lado, el *soft law* público *ad intra* mantiene la misma naturaleza jurídico-pública y su objeto es la autoorganización. Como su propio nombre nos da a entender, este derecho es adoptado por el poder público, con el objetivo de conseguir una organización interna. Lo podemos encontrar en circulares, órdenes de servicios o instrucciones.

Por último el *soft law* público-privado se caracteriza por tener una naturaleza pública con elementos contractuales los cuales relacionamos con acuerdos particulares. Podríamos decir que es una expresión normativa concedida a entes privados, es decir, una persona física o jurídica privada ejerce por delegación una

potestad normativa, es sí los efectos concluyentes únicamente surgen efectos entre el grupo reducido de personas al que haya sido dirigido. Estas normas deben ser tomadas acorde a los estándares de conducta establecidas.

Esta clasificación es clave para las decisiones judiciales, pues aunque como ya he comentado con anterioridad la puesta en marcha de *soft law* no es de obligado cumplimiento, sí es clave a la hora de interpretar las leyes. También es clave para generar un derecho de orden mundial, el cual comenzaría en el derecho internacional pero con la sucesión de decisiones judiciales podrá ser incluido paulatinamente en los ordenamientos nacionales. Aun así el paso del derecho flexible al derecho común requiere intrínseca rigurosidad jurídica, constancia y reconocimiento de los órganos del estado, es decir que sin importar el cambio de gobernantes se siga la misma línea, solo así el *soft law* podrá llegar a ser utilizado de forma beneficiosa para todos.

7. CONCLUSIONES

Una vez estudiadas todas las características que engloba el *soft law*, su origen, ventajas y desventajas podemos deducir que se trata de una materia moderna que no ha llegado aún a su gran apogeo, pero que apunta a ser el único futuro en negociaciones mundiales.

Tras haber indagado tanto en la materia solo me queda pensar que el derecho flexible es, dentro de las formas que hoy existen, la mejor para la creación de derecho y lograr una satisfacción entre todas las partes siempre y cuando se mantenga en la buena fe de aquellos que la lleven a cabo. Digamos que es la utopía que toda sociedad desea, puede ser tan beneficiosa bien utilizada que quizá sea el instrumento para lograr la igualdad entre naciones, para procurar una vida digna a todos los ciudadanos, la continuación y bienestar de nuestro planeta y la solución al sentimiento de superioridad de ciertos países o razas.

Por otro lado, pensado en sus desventajas es un instrumento con tanto poder que llevado al extremo equivocado puede ser la fuente de creación de graves conflictos futuros, incluso la excusa perfecta para que aquellos que deseen utilizarla en su propio beneficio utilicen la brecha para someter a otros.

En definitiva, el *soft law* hasta ahora solo ha servido como mejora y pronta solución de problemas, pero considero que deberían comenzar los estados a poner claras las bases y directrices para evitar problemas futuros irreversibles.

8. BIBLIOGRAFÍA

ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL Duncan (2000) "*Hard and soft law in international governance*", en *International Organization*, vol. 54.

ALARCÓN GARCÍA, Gloria (2010) "*El soft law y nuestro sistema de fuentes*", Contribución al Libro-Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo.

ALEGRÍA, Héctor "*Globalización y Derecho*" publicado en edición no comercial.

BARBERIS, Julio (1993) "*Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público*", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos.

BAUMAN, Zygmunt (1998) "*La globalización. Consecuencias humanas*" *Polity Press*, asociado con *Blacwell Publishers, Ltd.*

BECK, U. (1998). "*La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*". Paidós Ibérica.

BECK, U. (2008) "*La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*", Ed. Paidós, Barcelona, p.25

CHINKIN, Christine M. (1989) "*The challenge of soft law: Development and change in international law*", *International and Comparative Law Quarterly*, October.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos (octubre-marzo 2019) "*El Soft Law como instrumento para dirigir al gobierno local*". *Estudios Breves. Universidad Externado de Colombia* (Colombia).

DUPUY, Pierre-Marie, “*Soft Law and the International Law of the environment*”, en Michigan Journal of International Law, Vol. 12:420.

GALGANO, Francesco (2005) “*La Globalización en el espejo del Derecho*” Rubinzal-Culzioni Editores.

GALIANA SAURA, Ángeles (2016) “*La Expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*”, Anuario de filosofía del derecho, vol. 32, pp. 297-322.

GARRIDO GÓMEZ, Isabel (2017) “*El soft law como fuente del derecho extranacional*”, Madrid, Dykinson.

HERVÉ, Juvin (2011) “*El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*” Editorial: Anagrama.

KLABBERS, Jan (1996) “*The redundancy of soft law*”, Nordic Journal of International Law 65.

LIPOVETSKY, Gilles (2011) “*El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*” Editorial: Anagrama.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2017, 25 de enero) “*En España hay leyes manifiesto, que no tienen la pretensión de ser aplicadas*” Periódico ABC. Recuperado de: https://www.abc.es/cultura/abci-munoz-machado-espana-leyes-manifiesto-no-tienen-pretension-aplicadas-201701250044_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

PASTORE, Baldassare (2014) “*Soft Law y la teoría de las fuentes del Derecho*” El artículo es fruto de un proyecto de investigación desarrollado en el Departamento de Giurisprudencia de la Università degli Studi di Ferrara.

PASTORE, Baldassare (2003) “*Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*”, en *Lavoro e diritto*, 17, n. 1, pp. 9-11.

PELLET, Alain “*Les raisons du développement du soft law en droit international: choix ou nécessité?*” Universidad de Paris Nanterre.

PÉREZ Luño, Antonio Enrique (2011) “*El desbordamiento de las fuentes de Derecho*” (p.98 y ss.) Editorial: La Ley.

REINICKE, Wolfgang, H. y MARTIN WITTE, Jan, “*Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords*”, en SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000.

RIPHAGEN, W. (1987 abril) “*From soft law to ius cogens and back*”, *Victorian University of Wellington Law Review*, vol. 17, núm. 2.ç

RUBIO CASTRO, Ana (2013) “*Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española*”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 30, pp. 37-68.

SARMIENTO, Daniel (mayo-agosto 2006) “*La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*” *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28.

THÜRER, Daniel (2009) “*Max Planck Encyclopedia of Public International Law*”
Oxford Public International Law (p.11).

TORO HUERTA, Mauricio Iván (2006) “*El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*”, Volumen VI, pp. 513-549.

VEGA GARCÍA, Alberto (2014) “*El soft law en la fiscalidad internacional*” Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

WEIL, Prosper (1983) “*Towards Relative Normativity in International Law?*”
Artículo periodístico publicado por la Universidad de Cambridge.

9. JURISPRUDENCIA CITADA

Carta de Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco EEUU.

Constitución Española, BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia firmado el 14 de abril de 1978.

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ley modificada en el texto consolidado de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Tratado del Atlántico Norte o Tratado de Washington firmado en Washington el 4 de abril de 1949.