

# Principios jurídicos y *soft law*\*

*Legal Principles and Soft Law*

**Juan José Iniesta Delgado**

*Universidad de Murcia, España*

*jiniesta@um.es*

**Resumen:** El objetivo del presente trabajo es tratar de aclarar qué relación existe entre el *soft law* y los principios jurídicos. Con este fin se comienza con el examen de las vertientes ontológica y funcional de ambas nociones, como presupuesto para concretar la estructura de sus posibles interacciones, analizando cómo la doctrina las ha explicado y de qué forma puede esbozarse una reconstrucción coherente de las mismas. En estas relaciones se destaca una doble dirección de apoyo, en tanto que el *soft law* sirve de soporte, tanto instrumental como material de principios jurídicos, al tiempo que los principios jurídicos proporcionan justificación y fundamento jurídico al *soft law*.

**Palabras clave:** soft law, principios jurídicos, reglas, fuentes de derecho, principios formales y materiales

**Abstract:** The objective of this paper is to attempt to clarify the relationship between soft law and legal principles. To this end, we begin by examining the ontological and functional aspects of both notions as a basis for specifying the structure of their possible interactions, analyzing how doctrine has explained them and how a coherent reconstruction of them can be outlined. These relationships highlight a dual direction of support, as soft law serves as both an instrumental and material support for legal principles, while legal principles provide justification and legal foundation for soft law.

**Keywords:** soft law, legal principles, rules, sources of law, formal and material principles.

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto Nuevas formas de creación y aplicación del Derecho, financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de la investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

## I. Principios jurídicos y *soft law*: una relación complicada

Del *soft law* se dice que regula conductas, pero no las impone. Ofrece propuestas de regulación que no exigen acatamiento; todo lo más, lo recomiendan. En este sentido, se puede decir de él que es un instrumento regulatorio del que se discute su alcance normativo, pero del que no es posible poner en duda una incuestionable importancia para la ordenación de muchos ámbitos de las relaciones humanas. En gran parte, esta relevancia tiene que ver con el hecho de que los instrumentos de *soft law* cumplen o ayudan a cumplir funciones propias del derecho<sup>1</sup>.

La doctrina jurídica se ha esforzado en desentrañar la razón de ser de este peculiar efecto a través del análisis de las relaciones que pueden establecerse entre este fenómeno y el derecho en sentido propio o *hard law*<sup>2</sup>. De algún modo, se ha tratado de hallar en las fuentes jurídicas reconocidas (ley, decretos gubernamentales, tratados internacionales, costumbre, etc.) la razón de que el *soft law* sea relevante en la regulación social, ya sea como interpretación autorizada de la ley (Vaquer Aloy, 2013: 112; Posner, Gersen, 2008: 29-33), como manifestación de la eficacia de acuerdos internacionales (Garrido, 2018: 78), o como prueba de la existencia y contenido de la costumbre (Calderón Marenco, 2018: 64; Shelton, 2008: 9-10).

Entre otras explicaciones, una de las más recurrentes e interesantes es la que establece la conexión de los instrumentos regulativos “suaves” con el derecho a través de la intermediación de principios jurídicos. Sin embargo, las formas en las que se ha descrito esta relación por los autores que la han esgrimido resultan bastante confusas, sin concretar ni su naturaleza, ni la dirección de dependencia.

El objetivo del presente trabajo es tratar de aclarar qué relación existe entre el *soft law* y los principios jurídicos. Para ello comenzaré por presentar ambos términos de la relación en su vertiente ontológica y funcional, como presupuesto para concretar la estructura de sus posibles interacciones, analizando cómo la doctrina las ha explicado y de qué forma puede esbozarse una reconstrucción coherente de las mismas.

### A. Análisis ontológico y funcional de los principios jurídicos

El tópico “principios jurídicos” o “principios del derecho” es uno acerca del cual más se ha escrito en la historia del pensamiento jurídico<sup>3</sup>. Creo que los dos problemas más importantes a los que se refieren los debates acerca de los principios jurídicos giran en torno a las cuestiones ontológica y funcional. La primera viene planteada por las dificultades para dar respuesta a la pregunta: ¿qué son los principios jurídicos? La

segunda, en cambio, se presenta al intentar resolver la cuestión: ¿para qué sirven los principios jurídicos?

El debate ontológico tiene por objeto la reflexión sobre la naturaleza de los principios, tratando de dilucidar en qué consisten en cuanto realidad jurídica. Se trata este de un argumento clásico que ha sido incomprensiblemente infravalorado en los estudios recientes de teoría jurídica. Este viejo problema se suele presentar desde hace algún tiempo como una cuestión de “definición conceptual” (Comanducci, 1998: 90). Al señalar que es un problema de definición conceptual se sugiere que tratamos de delimitar la referencia de la noción “principio jurídico”, señalando a qué parte de la realidad se refiere y qué propiedades la identifican. En este sentido, es habitual tratar del principio jurídico como una subespecie de las normas jurídicas, que comparte con otras entidades el espacio normativo, particularmente con las reglas de conducta, pero también con normas constitutivas, definiciones, normas de competencia, directrices, etc. (Comanducci, 1998: 90).

La cuestión de la naturaleza de los principios, sin embargo, adolece de una ambigüedad fundamental que puede apreciarse en el doble debate, ontológico y lingüístico, que se plantea en el seno de las principales teorías filosóficas que lo abordan.

Como categoría ontológica los principios se identifican con entidades de lenguaje de carácter puramente ideal, esto es, entidades abstractas de contenido semántico para las que cualquier instancia individual de emisión resulta irrelevante<sup>4</sup>. En cuanto categoría lingüística, los principios serían un tipo de norma cuya estructura gramatical permite distinguirlos de otras categorías de normas, como las reglas. Estas diferencias podrían encontrarse tanto en la identificación del supuesto de hecho como en la fijación de la consecuencia jurídica.

En cuanto a la identificación del supuesto de hecho, la característica más destacable de los principios es la mayor amplitud con la que está formulado (Atienza, Ruiz Manero, 1991: 108-109). Esta mayor amplitud puede entenderse de muchas formas: 1) Amplia generalización, de tal manera que se dirige a un gran número de personas (entendida esta magnitud más en términos relativos que absolutos); 2) abstracción de los tipos; 3) catálogo abierto de rasgos delimitadores; 4) vaguedad de cada uno de los rasgos delimitadores (tanto en términos de extensión borrosa como de indeterminación intensional).

Por lo que se refiere a la consecuencia jurídica, se observa que, mientras que las reglas enlazan un supuesto con una consecuencia determinada, los principios únicamente

establecen una orientación a la conducta (Comanducci, 1998: 90). Se trataría de normas en las que no se puede distinguir el cumplimiento del incumplimiento como opciones excluyentes y complementarias, puesto que existiría una continuidad de grados entre ambas posibilidades, siendo posible cumplir o incumplir en mayor o menor medida (mandatos de optimización)<sup>5</sup>.

No siempre se considera que las diferencias entre principios y reglas tienen alcance ontológico. Hay quienes entienden que hay una unidad fundamental en cuanto a la naturaleza de todo el fenómeno normativo: las reglas no son algo sustancialmente diferente de los principios, puesto que comparten la misma raíz ontológica<sup>6</sup>. Esto nos deja dos posibilidades acerca de la naturaleza de los principios:

a) Los principios jurídicos son enunciados legales con características estructurales propias que los diferencian de otros tipos de normas. Ejemplos de este tipo de enunciados legales serían el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) o el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC).

b) Los principios jurídicos son sentidos, interpretaciones, desarrollos, implicaciones a partir de textos, por lo tanto, entidades de naturaleza semántica, que se diferencian de los otros tipos de normas por el proceso de aprehensión de los contenidos normativos. Un ejemplo de ello sería el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que se elabora a partir de enunciados legales que regulan algunos tipos de situaciones de obtención de beneficios patrimoniales sin una causa jurídica que lo justifique, como el caso del cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC).

Por otro lado, hay quienes consideran que entre principios y reglas hay una neta separación ontológica, en cuanto que forman parte de realidades diferentes. Los principios jurídicos tendrían una naturaleza ideal muy diferente a la que presentan las reglas, aunque estas también sean entidades semánticas y, por lo tanto, ideales. La gran diferencia estaría en la objetividad universal de los principios para los que resulta irrelevante cualquier condición contingente de creación, modificación o extinción a las que, sin embargo, estarían sometidas las reglas legales.

Tanto una explicación como la otra presentan un rasgo común. Este rasgo que aparece siempre en la caracterización de los principios es la aceptación constante y generalizada por la comunidad de referencia<sup>7</sup>.

Lo cierto es que, tanto para quienes entiende que existe diversidad ontológica entre principios y reglas como para quienes consideran que comparten una misma naturaleza, predominan los presupuestos metafísicos de corte idealista. En todo caso, los principios

serían algún tipo de entidad ideal no cognoscible por medio de la experiencia sensorial e indiferente a la causalidad. Esta configuración de los principios choca con una toma de posición filosófica filonominalista que prescinda de entidades proposicionales ideales para explicar las realidades humanas, en nuestro caso particular, la realidad del derecho. Para explicar las constantes referencias a los principios en el ámbito jurídico, desde esta perspectiva nominalista no caben más que dos opciones: 1) o bien acudir a la estipulación lingüística identificando los principios con un tipo de enunciado jurídico; 2) o bien descartar cualquier tipo de estudio ontológico de los principios, sustituyéndolo por un estudio de actitudes respecto de contenidos proposicionales normativos, esto es, un análisis de las creencias y actitudes de aceptación sobre el contenido proposicional de los supuestos principios.

El debate acerca de la función de los principios jurídicos está bastante más desarrollado que el propiamente metafísico acerca de su naturaleza, sobre todo en los últimos tiempos. El aspecto más relevante de la reflexión sobre principios jurídicos se localiza en las diferencias funcionales que se entiende que presentan respecto a otros elementos del derecho<sup>8</sup>. En este sentido, suele entenderse que los principios jurídicos vinculan, obligan, son aplicados o legitiman de distinta manera a como lo hacen el resto de las entidades jurídicas.

En especial, el carácter abierto de los principios jurídicos, tanto respecto a las situaciones reguladas, como respecto a las consecuencias dispuestas, determina que sea necesaria la mediación de un esfuerzo de concreción por parte de otras autoridades normativas (legislador, administración, judicatura). Pero, al mismo tiempo, proporciona a estas autoridades normativas un marco delimitador de su discrecionalidad (Ferrajoli, 1990: 155). Los principios jurídicos, funcionalmente hablando, sirven de fundamento legitimador y de paradigma controlador en la producción del resto de entidades jurídicas (Prieto, 1992: 137).

Esta doble función de los principios jurídicos viene presentada por la teoría jurídica y por los textos legales (art. 1.4 Código Civil) por medio de diversos expedientes técnicos que aluden a su papel de orientación de la interpretación de la ley (“carácter informador del ordenamiento jurídico”) o a su condición de fuente supletoria (“aplicables en defecto de ley o de costumbre”).

En el ámbito del derecho internacional, la crisis del multilateralismo y el fortalecimiento de posiciones contrarias a la adopción de instrumentos internacionales ha potenciado sensiblemente la función de los principios en el marco de la gobernanza mundial (Fajardo, 2024: 83).

## B. Análisis ontológico y funcional del *soft law*

La cuestión de la naturaleza del *soft law* también es susceptible de ser analizada desde una perspectiva funcional o como identificación ontológica (o, si se prefiere, delimitación conceptual)<sup>9</sup>.

En cuanto a la delimitación conceptual, aunque la exitosa expresión parece remitir a la noción de derecho como espacio originario a partir del cual delimitar ámbitos de “blandura”, no es esta la estrategia adecuada en este caso. En mi opinión, la expresión es engañosa, y creo que hay buenas razones para sostener que el *soft law* no es derecho, aunque este no es el lugar para entrar a exponerlas<sup>10</sup>.

Por lo que se refiere a su caracterización ontológica, propiamente dicha, el *soft law* está compuesto por enunciados incorporados en ciertos documentos. Cuando buscamos instancias concretas de aquello que llamamos *soft law* nos encontramos siempre con una modalidad de textos documentados con autores ciertos y con cierto grado de publicidad. El reconocimiento del carácter de *soft law* que tiene el contenido de esos documentos está basado en gran parte en la adopción de criterios de identificación que no siempre están formalizados y que fluctúan entre los propios especialistas, lo que constituye la primera dificultad que ha de enfrentar quien pretende profundizar en su estudio.

Funcionalmente, una buena parte de los instrumentos de *soft law* ofrecen una respuesta regulativa a situaciones intersubjetivas en las que no se puede o no se quiere imponer una regulación (Fajardo, 2024: 19). Parece inevitable, por tanto, que, al menos por lo que se refiere a su función, tenga que venir delimitado por referencia al derecho. El *soft law* vendría a ocupar aquellos ámbitos de la realidad social que el derecho, a través de sus fuentes, no alcanza a regular, bien porque no existe el derecho que lo regule, bien porque el derecho que existe no es suficiente (es demasiado general, está demasiado indeterminado en sus consecuencias, etc.). Se puede decir del *soft law* que vive y prolifera en un ecosistema jurídico; adapta sus esquemas y funciones a la vida del derecho, con tanta naturalidad, como si fueran productos de la misma especie. Por este motivo se dice de ellos que tienen “relevancia jurídica” (Garrido, 2018: 14; Klink y Lembcke, 2018: 161; Pastore, 2024: 194).

Un análisis bastante habitual de cómo el *soft law* desempeña sus funciones de relevancia jurídica consiste en distinguir cuatro modalidades de actuación: como avance de nuevas regulaciones jurídicas, como alternativa a reglas jurídicas dispositivas,

como complemento de normas jurídicas excesivamente amplias o indeterminadas, o como criterio interpretativo de la regulación proporcionada por el derecho (Alonso García, 2001: 74).

### **C. Posibles conexiones entre principios jurídicos y soft law**

El análisis de las relaciones entre *soft law* y principios jurídicos pasa por identificar cómo interaccionan en el desempeño de sus respectivas funciones. En este sentido, las menciones doctrinales a la interacción entre ambos son muy abundantes<sup>11</sup>, aunque, en general, adolecen de una considerable indeterminación. En mi opinión, podemos distinguir en estas menciones dos direcciones de apoyo entre *soft law* y principios jurídicos: por un lado, el *soft law* se cita como una especie de soporte para los principios jurídicos; por otro lado, son los principios jurídicos los que son presentados como fundamento para la relevancia jurídica del *soft law*<sup>12</sup>.

Desde el punto de vista de la primera dirección de apoyo, hay dos maneras de entender la afirmación de que el *soft law* sirve de soporte a los principios jurídicos:

- 1) De acuerdo con el primer sentido, los documentos de *soft law* proporcionan soporte instrumental a los principios; esto es, el *soft law* es un tipo de documento que contiene enunciados catalogados como principios.
- 2) Para el segundo sentido, el *soft law* proporciona soporte material a los principios, esto es, justifica o da razón de la existencia o el contenido de principios.

Desde la perspectiva de la segunda dirección de apoyo, los principios jurídicos son los que permiten justificar la relevancia jurídica del *soft law*, al proporcionar un fundamento para su toma en consideración por los operadores jurídicos.

La mayor parte de los autores considera que ambas variantes de direcciones de apoyo son compatibles entre sí. No discuto que esto pueda ser así, pero lo que sí me parece inadecuado es confundirlas, presentándolas como dos formas de decir lo mismo.

## **II. El soft law como soporte de los principios**

### **A. Los principios como contenido del soft law**

En las descripciones del *soft law* que tratan de exponer las características distintivas de este fenómeno es frecuente encontrar la afirmación de que contiene principios. No obstante, esta afirmación puede ser entendida de dos maneras diferentes: o bien los principios son el contenido formal del *soft law*, aludiendo a la estructura de los enunciados

que lo componen, o bien los principios son el contenido material, refiriéndose a ciertos significados implícitos en los textos de *soft law*.

### *1. El soft law como soporte documental de principios*

Para el primer grupo de opiniones los principios son una categoría de enunciados que podemos encontrar en los documentos del *soft law*, enunciados que presentan unos rasgos estructurales que los distinguen de otros tipos de enunciados, particularmente, aquellos denominados “reglas”. Me referiré a estas opiniones agrupándolas en dos categorías: por un lado, las indicaciones al respecto que encontramos en los mismos documentos de *soft law*; por otro lado, las opiniones vertidas en sede doctrinal y jurisprudencial acerca del contenido del *soft law*.

1.1) Algunos instrumentos de *soft law* incluyen en su denominación el término “principios” (Fajardo, 2024: 83). Este es, por ejemplo, el caso de los “Principios sobre buen gobierno corporativo de la OCDE (OCDE, 2024); también se denominan “Principios” (*Principles of the Law*) el contenido de algunos de los documentos elaborados por *The American Institute of Law*<sup>13</sup>, o los “Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales” elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT 2016).

La alusión a los principios en los títulos de estos documentos de *soft law* plantea una serie de cuestiones de importancia dispar. Por ejemplo, puede suscitar dudas si realmente los autores de tales documentos creían que estaban formulando principios estructuralmente diferenciados o, si no se trataba de una denominación entre otras, sin consecuencias ontológicas específicas. Más allá de cómo afecte a la confianza que podamos depositar en las formulaciones teóricas de los productores de *soft law*, no creo que la solución de este enigma tenga suficiente interés teórico jurídico como para justificar las complicaciones de afrontar la investigación empírica que sería necesaria para resolverla.

Más interesante resulta, a mi juicio, investigar si los así llamados “principios” se corresponden al tipo de enunciados que son designados de este modo por buena parte de los estudiosos de teoría jurídica. Para afrontar esta duda creo que debemos hacer una ulterior diferenciación entre la denominación y la descripción conceptual. El autor de un documento es libre de bautizarlo con el nombre que quiera y, al igual que ocurre con el bautismo, la nominación es constitutiva. Si la OCDE ha decidido llamar a su documento con el apelativo “Principios...” ese documento se llama así y no hay duda posible de que su contenido es designado como Principios. Pero aquí el término

“Principios” forma parte de un nombre propio que, como tal, pierde su significado genérico. Los enunciados de un documento que en su título incluye el término “Principios” no necesariamente tendrán las características estructurales y semánticas de las entidades lingüísticas que la teoría jurídica suele denominar “principios”.

1.2) Con independencia de la denominación del documento o de cuál haya sido la pretensión del autor, muchos investigadores consideran que los instrumentos de *soft law* contienen principios, ya sea en su totalidad o en parte. En este caso, el término “principio” se emplea con su significado genérico y no como parte integrante de un nombre propio. En ocasiones, se llega a considerar que los principios son el contenido primordial de los instrumentos de *soft law*<sup>14</sup>. Sin embargo, parece que la opinión más difundida sostiene que sólo una parte del *soft law* está integrada por principios, aunque no es frecuente encontrar expuesta esta opinión de manera clara<sup>15</sup>.

Al hablar de los principios como enunciados que forman parte de documentos de *soft law* está claro que nos estamos refiriendo a enunciados con un específico tipo de estructura lingüística<sup>16</sup>. Como dijimos en su momento, los principios serían un tipo de norma que se caracteriza, respecto a las reglas, por la mayor amplitud con que se formula el supuesto de hecho, y/o por la mayor indeterminación de la consecuencia o solución prevista.

Las opiniones a las que me he estado refiriendo concuerdan en afirmar que los principios son el tipo de enunciados característico de los documentos de *soft law*. No obstante, al valorar estas opiniones resulta necesario tener en cuenta las siguientes observaciones:

i) Algunos de los rasgos estructurales que se proponen como diferencia entre principios y reglas jurídicas son graduables, dándose en mayor medida en unos enunciados que en otros<sup>17</sup>. De la misma manera, los enunciados de *soft law* también pueden estar formulados con mayor o menor amplitud en su supuesto de hecho o en su consecuencia.

ii) La tesis de que, precisamente, son los principios los más habituales integrantes del *soft law* está vinculada al carácter abierto, indeterminado o poco concluyente que se presupone que caracteriza a los enunciados que componen los textos de *soft law* (Escudero, 2012: 9). Podría ser que este juicio se base en una confusión entre las características lingüísticas de los principios y el tópico de la fuerza vinculante de los mismos. Son frecuentes las tesis que caracterizan los principios por no ser susceptibles de imposición coactiva (Alchourrón y Bulygin, 1974: 107), o de que se trata de mandatos

de optimización que proponen un resultado sin imponer las conductas que se han de llevar a cabo a tal fin (Atienza y Ruiz Manero, 1991: 110). Todas estas son, asimismo, caracterizaciones habituales de los enunciados de *soft law*.

iii) Un examen empírico del tipo de enunciados contenidos en los documentos calificados como *soft law* arroja como resultado que las llamadas reglas no son tan poco habituales como la tesis anteriormente mencionada quiere hacernos creer (Escudero, 2012: 136; Westerman, 2018: 7). Es más, una de las funciones que habitualmente se atribuye al *soft law* es la de concretar las consecuencias que quedan indeterminadas en los principios de derecho. Esta función no parece demasiado compatible con la estimación de un *soft law* integrado, en su mayor parte, por principios.

## 2. *El soft law como soporte material de principios.*

Otro grupo de opiniones tienden a considerar que los principios forman parte del contenido implícito de los instrumentos de *soft law*. El término “principio” parece aludir aquí a una categoría ontológica de entidades de lenguaje, de naturaleza ideal, con rasgos similares a los significados o proposiciones, pero que no coincide exactamente con el sentido de ninguno de los enunciados contenidos en el documento de *soft law*. Más bien sería fruto de una generalización a partir de aquellos significados (lo que en terminología de ontología semántica se llama “cuasiproposición”<sup>18</sup>).

Las reglas de *soft law* evocan o enuncian un contenido significativo de carácter normativo en el que se hace abstracción de las concretas particularidades de la situación a la que las reglas explícitas de *soft law* se refieren<sup>19</sup>. El término “principio” no se refiere, pues, a enunciados incluidos explícitamente en un documento, sino al contenido significativo no explícito que se comprende al aprehender la razón de ser de las disposiciones del texto. Esta manera de entender el contenido del *soft law* no hace referencia a las propiedades semánticas de sus enunciados, sino a algo todavía mucho más abstracto, en cuanto significado presupuesto que se alcanza a comprender al llevar a cabo ciertas operaciones cognitivas a partir de los textos contenidos en los documentos de *soft law*. La mayor parte de las veces estas supuestas operaciones cognitivas presuponen la posesión de un bagaje de conocimientos jurídicos previos.

Este modo de tratar el contenido implícito del *soft law* plantea un importante problema ontológico: el de la posible naturaleza jurídica de estos principios a los que nos referimos. En la doctrina no se encuentra una respuesta expresa y clara a esta cuestión. Todo depende del complejo y fantasmagórico sistema de relaciones que parece traslucir las opiniones al respecto.

Una posibilidad consistiría en considerar que los documentos de *soft law* hacen referencia o mención (aunque sea implícita) a principios jurídicos, los cuales no estarían propiamente contenidos en el documento de *soft law*. En este caso, podría decirse que el principio jurídico es una realidad externa al documento de *soft law*, existiendo entre documento y principios una relación de soporte o respaldo justificatorio (en una dirección o en otra). Otra cosa distinta, en cambio, es considerar que, al elaborar el documento de *soft law* se están creando principios jurídicos que no existían previamente, en cuyo caso, ya no sería una cuestión de simple mención, sino que podríamos decir que estos principios están contenidos en los textos de *soft law*<sup>20</sup>. Se ha llegado al punto de asimilar el *soft law* con los principios generales del derecho, considerándolo de este modo una auténtica fuente del derecho (Sarmiento, 2006: 223).

Los problemas que presenta la ontología de los objetos semánticos suponen un obstáculo filosófico radical para poder aceptar esta explicación. Pero, aunque lo admitiéramos como hipótesis de investigación, ¿cómo podríamos llamar principios jurídicos a algo que no procede del derecho?

Hay algo de profundamente oscuro y metafísico en la idea de que los principios jurídicos pueden ser un contenido implícito en el *soft law*. No sé qué explicación racional se puede ofrecer de esta afirmación. Ni siquiera está claro el tipo de entidad que deberían ser estos principios jurídicos, los cuales, siendo generados en el seno de instrumentos no jurídicos, adquieren naturaleza jurídica por una extraña comunicación de contenidos.

## B. El *soft law* como fundamento o justificación de principios jurídicos

La segunda manera de dar sentido a la afirmación de que el *soft law* proporciona soporte a los principios jurídicos abandona la perspectiva de su incorporación a documentos de *soft law* y, en su lugar, considera que estos documentos proporcionan un apoyo que los principios necesitan para llevar a cabo eficazmente su función. Esta modalidad de relación presupone que ambas realidades son ontológicamente autónomas. Los principios no son un producto del *soft law* que adquiere, por una especie de ósmosis misteriosa, los atributos propios del derecho, sino que es una realidad autónoma de la que el *soft law* constituye una expresión material o confirmación.

Esta explicación incide en el reconocimiento y la eficacia de los principios en cuanto fuente jurídica especialmente difícil de identificar. No se trata de que el *soft law* esté integrado por principios jurídicos. En vez de ello, lo que se plantea es que estos documentos contienen referencias a principios jurídicos atribuyéndoles algunas

propiedades que parecen estar ausentes en estas entidades jurídicas.

Los principios jurídicos pueden proporcionar guías de conducta excesivamente abiertas que dificultan la valoración del comportamiento conforme. El *soft law* que desarrolla tales principios facilita su aplicación al proporcionar un mayor nivel de concreción. Las disposiciones de *soft law* particularizan las reglas que orientan la conducta regulada en la dirección señalada por los principios correspondientes. En este sentido, constituyen el impulso que potencia la eficacia de tales principios jurídicos en cuanto que facilitan o posibilitan tanto su aplicación por los órganos judiciales y administrativos, como su seguimiento por los ciudadanos los cuales, al dejarse orientar por las reglas de *soft law* traen tales principios a la práctica cotidiana. La opinión de que el *soft law* tiene una función de desarrollo de los principios jurídicos internacionales (Brus, 2018: 249; Fajardo, 2024: 86-87) creo que responde a este postulado de concreción; el desarrollo de los principios se produciría a través de la elaboración de reglas que instancian las exigencias de conducta que estarían implicadas en la dirección de orientación propuestas por ciertos principios.

El *soft law* también puede servir para proporcionar a los principios jurídicos, sobre todo a los llamados “implícitos”, una publicidad de la que por definición carecen<sup>21</sup>. Los principios jurídicos son parte importante de la fauna que puebla el coto cerrado de la intelectualidad jurídica. La dogmática jurídica suele proclamar que los principios jurídicos son patrimonio común de las sociedades humanas, que son nociones conocidas por todos o, por lo menos, al alcance de todos y, por lo tanto, no necesitan publicidad. Pero, a pesar de que ciertas formulaciones (no todas), sean de dominio público, pocos legos conocen el sentido y las implicaciones que hay detrás de ellas. Para los estudiosos y prácticos del derecho un principio jurídico no es una expresión o una frase hecha (*in dubio pro reo, non bis in idem, mala fides supervenient non nocet*), sino todo el entramado de orientaciones normativas, actuales o potenciales al que alude más o menos vagamente esa expresión. Nada de esto tiene una publicidad general, gratuita y accesible; a veces, ni siquiera oficial, dejando aparte la limitada publicación de las resoluciones judiciales. En buena medida es la literatura especializada la que se encarga de publicar el contenido esencial de lo que se considera una fuente del derecho de enorme importancia para la comunidad.

Si la regulación establecida en un determinado instrumento de *soft law* actualiza el significado potencial de un principio jurídico implícito, resulta posible defender que, de alguna manera, dicho principio alcanza a cumplir ciertos mínimos de publicidad que le son inasequibles por su propia naturaleza. El cualquier caso, esos “mínimos de

publicidad” puede que no sean suficientes, puesto que muchas veces ni siquiera tienen difusión a través de medios oficiales (Sarmiento, 2008: 28, 93)<sup>22</sup>, ni tampoco puede considerarse que sean suficientemente generales, gratuitos o accesibles<sup>23</sup>.

Por último, cabe hacer referencia a la función confirmatoria que el *soft law* puede representar para los principios jurídicos (Vaquer Aloy, 2013: 112). La función confirmatoria del *hard law* a través de disposiciones de *soft law* ha sido defendida en relación con la costumbre, en cuanto que los instrumentos de *soft law* pueden aportar la prueba de la existencia y contenido de una costumbre jurídica (Calderón Marenco, 2018: 64; Shelton, 2008: 9-10). Por supuesto, hay una diferencia sustancial en cuanto a la función probatoria, puesto que la prueba es un requisito más para la identificación de la costumbre como fuente del derecho<sup>24</sup>, pero no ocurre lo mismo con los principios, los cuales no requieren ser probados para su existencia. Más bien, lo que se pretende mostrar por medio del *soft law* es la general aceptación en el seno de la comunidad de referencia del principio en cuestión en cuanto rasgo constitutivo del mismo. En todo caso, el descubrimiento de principios implícitos en las reglas de *soft law* sería una manifestación de su general aceptación, pero no sería constitutiva de la misma y, por lo tanto, no podría decirse que el *soft law* fuera la fuente de principios jurídicos<sup>25</sup>.

### **III. Los principios jurídicos como soporte del *soft law***

#### **A. Los principios jurídicos en como fundamento de la eficacia jurídica del *soft law***

La dirección inversa en la conexión entre *soft law* y principios jurídicos viene representada por los intentos de justificación de la relevancia jurídica que estos instrumentos presentan en varias e importantes ocasiones. A la pregunta de cómo es posible que el *soft law* desarrolle efectos jurídicos careciendo de valor autoritativo propio se ofrecen dos modalidades de respuesta: las explicaciones reduccionistas, que consideran que toda posible eficacia jurídica que esos instrumentos puedan tener deriva de su conexión con el derecho de las fuentes formales, y las tesis antirreducciónistas que consideran que el *soft law* tiene una eficacia propia que ha de ser explicada por la función social e institucional que desempeña (Iniesta, 2025b: 48-53).

Sin duda, la explicación reduccionista es la que más consenso suscita entre los estudiosos del tema en cuanto que satisface las aspiraciones de unidad del sistema jurídico que gobiernan las tesis explicativas de los fenómenos jurídicos en las todavía predominantes concepciones positivistas. La explicación reduccionista es una

manifestación de la convicción acerca de la necesidad de hacer referencia explícita en las argumentaciones jurídicas de fuentes del derecho válidas (Comanducci, 1998: 100).

La estrategia de las explicaciones reduccionistas consiste en justificar los efectos jurídicos del *soft law* por el establecimiento de algún tipo de conexión con las fuentes del derecho (Sarmiento, 2006: 245). Hay dos modalidades de conexión que pueden ser destacadas:

- 1) Las normas de *hard law* remiten a disposiciones de *soft law* para integrar su supuesto de hecho o su consecuencia jurídica.
- 2) El contenido del *soft law* tiene una vinculación lógica o semántica con el contenido del *hard law*.

Cuando los instrumentos de *soft law* son objeto de remisión de enunciados jurídicos contenidos en leyes y otros cuerpos jurídicos, el contenido del *soft law* recibe el reconocimiento expreso de las fuentes del derecho que asumen, de este modo, sus previsiones, de tal manera que cualquier efecto jurídico que pueda derivar de dicha remisión se reconduce al valor jurídico de la fuente de remisión. Esta integración es, en principio, independiente del contenido de los enunciados de *soft law*<sup>26</sup>. Podría decirse que el fundamento de la eficacia jurídica de este tipo de *soft law* es de carácter dinámico al estar basado en la autorización de la fuente por las normas jurídicas.

En el segundo caso, la relación entre *hard* y *soft law* es más bien de tipo estático o de contenido. Esta conexión material opera como justificación para los efectos jurídicos del *soft law* al considerar que la aplicación de disposiciones de *soft law* cuenta como aplicación de las normas jurídicas con las que están vinculadas<sup>27</sup>.

Dentro de esta categoría de justificaciones de la eficacia jurídica del *soft law* se encuentra la muy frecuente alusión a los principios jurídicos en cuanto fuente de derecho reconocida expresamente en la mayoría de los ordenamientos nacionales (así sucede en el artículo 1 del Código Civil español) y también en el ámbito internacional (específicamente, en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)<sup>28</sup>.

La razón por la que los principios jurídicos se consideran adecuados para servir de soporte al *soft law* reside en que se trata de normas abiertas y, por lo tanto, susceptibles de ser concretadas a través de reglas específicas. Además, al no tener una formulación autoritativa, dejarían un amplio margen de libertad a los operadores jurídicos. Podría decirse que los principios son una fuente jurídica que tiene su punto débil en el déficit de seguridad, por lo que quedarían necesitados de instancias particulares de desarrollo

que los rellenen de contenido.

A la hora de explicar la función de soporte que los principios jurídicos parecen desempeñar respecto a las reglas de *soft law*, podemos encontrar dos modalidades por medio de las cuales aquellos comunican eficacia jurídica a estas últimas. Estas dos modalidades corresponden a las categorías que R. Alexy (1993: 132) ha denominado principios formales o procedimentales y principios de contenido o materiales.

Los principios formales serían aquellos que sirven para justificar el seguimiento del *soft law* con independencia de su contenido. Propugnan unos objetivos para los cuales la existencia de algún tipo de reglas (no necesariamente jurídicas) son el medio adecuado para alcanzarlos.

El principio de seguridad jurídica desempeñaría aquí las funciones propias de un principio formal de este tipo, en cuanto que nos presenta la necesidad de reglas uniformes y claras que sean seguidas en la aplicación del *hard law* (Alonso García, 2001: 79). Si no se otorga valor jurídico al seguimiento de *soft law* parece que dicho principio sufre, puesto que generan una apariencia de regulación que resulta frustrada si no se le reconocen efectos jurídicos, hasta el punto de poder llegar a fundamentar un deber de interpretación del *hard law* en conformidad con el *soft law* (Sarmiento, 2006: 257).

Otro principio de este tipo al que se suele aludir es el de buena fe en cuanto fundamento de un deber de toma en consideración de las recomendaciones de una organización internacional por sus estados miembros (Amerasinghe, 1996: 205-206)<sup>29</sup>.

El principio de subsidiariedad es otros de los que se emplean para justificar el recurso al *soft law*, fundamentalmente en el ámbito de la Unión Europea, en cuanto que proporciona una regulación por medio de estándares abiertos que respeta la prioridad de cada Estado miembro para implementar los objetivos comunitarios (Garrido, 2018: 83; Alonso García, 2001: 76)<sup>31</sup>. En el contexto europeo se afirma que la combinación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad exige la presencia de otros instrumentos de regulación al margen de los específicamente jurídicos (Senden<sup>32</sup>, 2004: 20, 331). El principio de subsidiariedad prioriza la regulación procedente de las instancias más cercanas a la regulación de la materia en cuestión, por lo que pondría en valor el *soft law* procedente de instituciones especializadas, así como los mecanismos de autorregulación. El principio de proporcionalidad favorece las medidas regulatorias menos exigentes frente aquellas que imponen el orden de una forma más estricta (Westerman, 2018: 39), por lo que apuntaría claramente a formas de recomendación características del *soft law*.

El principio de protección de la confianza legítima, por su parte, exige que las instituciones que generan reglas de *soft law* no se aparten del marco de referencia que estas disponen (Alonso García, 2001: 84; Sarmiento, 2008: 190; Senden, 2004: 28)<sup>32</sup>. En paralelo a este principio, en el ámbito de los instrumentos privados autorregulativos, operarían como principios formales los principios de buena fe y confianza mutua, en cuanto impelen el respecto de las expectativas de comportamiento generadas por la asunción voluntaria de un código de conducta (Gómez Valenzuela, 2022: 113).

La justificación en los principios formales no está exenta de dificultades. Aun dejando aparte el problema metafísico de la justificación de la existencia de tales principios, (o el de su significado cuando los identificamos con determinadas formulaciones legales o constitucionales), quedan varias incertidumbres sin aclarar. Por ejemplo, aunque admitamos que hace falta un criterio uniforme y claro en la aplicación del derecho, esto por sí solo no da una justificación suficiente respecto a por qué han de ser, precisamente, determinadas reglas de *soft law* las que suministren ese criterio. No al menos sin una justificación de contenido.

Por supuesto, el hecho de que la propia institución que aplica las disposiciones de *soft law* sea el sujeto que las ha emitido refuerza la confianza en su relevancia jurídica. Pero esta confianza no parece que tenga un origen normativo, sino más bien deriva de la fuerza de la inercia en los comportamientos humanos, que se manifiesta en la tendencia a la actuación coherente, lo que supone que los cambios de dirección en cuanto opiniones o tendencias son menos probables, aunque no imposibles. Pero esta inercia no tiene por sí sola ningún significado normativo, que sólo se alcanza cuando se añaden normas como las que prohíben cambios de criterio injustificados o la actuación contra los propios actos.

Los principios de contenido son aquellos principios de los que se supone que las reglas de *soft law* son un desarrollo o concreción. Los principios de contenido enlazan la regulación de *soft law* con una fuente jurídica, de tal manera que, en última instancia, lo que tiene fuerza vinculante es el principio jurídico del cual la regla de *soft law* no es más que una concreción. El *soft law* expresa un contenido que ya está presente en algún principio jurídico, de tal modo que al aplicar la disposición de *soft law* se aplica el principio jurídico. Un ejemplo de esta conexión lo podemos encontrar en la argumentación de respaldo respecto a las disposiciones del *UNCITRAL Model Law* sobre insolvencia transfronteriza, de 15 de diciembre de 1997. Este documento está compuesto de una serie de recomendaciones para las legislaturas de los estados que se consideran un desarrollo de los principios jurídicos que rigen en materia de insolvencia,

tales como el principio de igual trato a los acreedores, el principio de protección social o el principio de protección de la confianza (Bork, 2018: 37, 40-41).

Por supuesto, también en este caso nos encontramos con una justificación parcial para la eficacia jurídica del *soft law*. Los principios se pueden concretar de varias maneras, siendo la regulación propuesta por el *soft law* una de las posibles. Si verdaderamente la regla de *soft law* es una concreción de la formulación de un principio jurídico (admitiendo que podamos demostrar que existe una formulación “auténtica” del principio jurídico) entonces, sin duda, una decisión que aplica el *soft law*, aplica también el principio jurídico (por lo menos, esa formulación del principio jurídico). Sin embargo, no es necesario aplicar la disposición de *soft law* para aplicar dicho principio (incluso esa formulación del principio).

Resulta difícil concebir que cualquier regulación de *soft law* sea la única solución regulativa acorde con los principios jurídicos de los cuales se supone que es concreción o desarrollo. Ni respecto de principios formales, ni respecto de los principios de contenido, una disposición de *soft law* proporcionará la única medida posible para hacer efectivos los principios en una decisión que los aplique.

## **B. Jurisprudencia, principios y soft law**

Possiblemente una de las manifestaciones más espectaculares de la eficacia jurídica que pueden tener los instrumentos de *soft law* es su aplicación por los órganos judiciales para resolver litigios sometidos a su conocimiento. Por supuesto, no se trata del único efecto posible, ni siquiera sería el más frecuente. El recurso a reglas de *soft law* en la práctica habitual de la administración pública con el objetivo de estandarizar su actuación o el empleo de tales reglas por los particulares para organizar sus actividades comerciales reflejan con mucha mayor frecuencia la importancia que estos instrumentos regulativos han ido alcanzando en nuestra complejas realidades sociales y económicas. Sin embargo, siempre se ha considerado que la prueba definitiva para aquilatar la relevancia jurídica de nuestras realidades normativas se encuentra en su recepción y empleo por jueces y tribunales. No hace falta ser un realista radical para darse cuenta de que sus prácticas argumentales (más allá de lo que expresamente puedan llegar a afirmar sobre sus creencias jurídicas) son un indicativo crucial acerca de las convicciones ontológico-jurídicas de una comunidad, es decir, acerca de lo que se considera o no se considera derecho.

En este sentido el conocido caso Grimaldi<sup>33</sup> se ha convertido en un referente en la recepción judicial de regulaciones de *soft law*, en este caso las recomendaciones de

las instituciones de la Unión Europea, por parte de resoluciones judiciales nacionales que les otorgan relevancia para dar una respuesta jurídica a los problemas sobre los que tienen que pronunciarse. También la Corte Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos han recurrido a los instrumentos de soft law en la justificación de sus decisiones (Fajardo, 2024: 105)<sup>34</sup>.

¿Cómo se manifiesta la interacción entre *soft law* y principios jurídicos en los pronunciamientos judiciales? Mi tesis es que la atribución de eficacia jurídica al *soft law* se lleva a cabo en sede judicial mediante su incorporación a la doctrina jurisprudencial con la que los tribunales tratan de justificar sus decisiones en algunas de las ocasiones en las que la mención de los textos legales no resulta suficiente. Veamos cómo.

Muchos enunciados que forman parte de la llamada doctrina jurisprudencial son lo que podemos llamar enunciados de principios. Estos enunciados son o bien transcripciones o formulaciones de enunciados sinónimos de enunciados contenidos en otras sentencias o en obras doctrinales o bien son elaboraciones originales del propio juez. Es muy probable que en estos casos los jueces formen la creencia en la existencia de tales principios a partir de la observación del ordenamiento y de la realidad que les circunda, fundamentalmente la reflejada en las opiniones doctrinales relevantes (Iniesta, 2003: 245).

A veces los jueces citan o mencionan el *soft law* para justificar sus decisiones judiciales considerando su vinculación a los principios jurídicos. En algunos casos porque entienden que el enunciado de *soft law* en cuestión ofrece una regla aplicable al caso derivada de un principio jurídico; en otros, porque consideran que el *soft law* constituye la prueba de la existencia de un principio jurídico, contribuyendo de este modo a su identificación y consolidación.

Parece, por tanto, que el *soft law* cumple dos funciones en cuanto a la justificación de una decisión basada en principios:

1) Por un lado, se constituye en la base de la justificación de las creencias subyacentes al proceso de fundamentación de la decisión. El modo de resolver basado en principios requiere, por un lado, de la creencia en la existencia del principio y, por otro lado, de la creencia en que dicho principio justifica la adopción de una determinada decisión. De este modo, los jueces tratarán de encontrar en el *soft law* una justificación de sus creencias en principios como parte de un argumento que fundamenta la decisión tomada. El *soft law* confirma el principio y el principio autoriza al *soft law*. El refuerzo es mutuo. La convicción normativa que proporcionan los principios jurídicos no

siempre es un soporte suficiente para la decisión. Al fin y al cabo, por muy común que sea la confianza en la validez del principio en el que se cree, su contenido proposicional nunca está lo suficientemente definido. Cuando ciertos instrumentos de *soft law* se muestran como expresión segura de esa creencia generalizada emitida por instituciones relevantes, no es extraño que se confie en haber encontrado el apoyo sólido del que se carecía: el *soft law* ofrece una formulación real procedente de una fuente autorizada (con un sentido de autoridad quizá distinto del que caracteriza a la autoridad jurídica), que parece confirmar la solidez de la creencia en el valor objetivo del principio jurídico.

2) Por otro lado, es posible encontrar en el recurso al *soft law* un factor de delimitación de las posibilidades que ofrece la justificación de decisiones basada en principios. La creencia en el valor de justificación jurídica de los principios es susceptible de generar amplios espacios de discrecionalidad dado el carácter abierto que presenta el contenido ordenador que se supone que proporcionan. Resulta frecuente explicar la función del recurso a los principios jurídicos en la adjudicación como táctica de delegación que permite a los jueces formar creencias justificadas sobre la existencia de proposiciones normativas que no tienen respaldo semántico evidente en los enunciados legales. Dejar abierta la posibilidad de justificar en base a principios es un modo de delegar en el juez el sentido de la decisión (Prieto, 1992: 136).

No resulta descabellado postular la concreción que las disposiciones de *soft law* ofrecen de ciertos principios jurídicos como una guía u orientación para llevarlos a la práctica evitando, al mismo tiempo, la excesiva dispersión que pueda surgir de las vagas pretensiones normativas representadas por los principios jurídicos. De este modo, el *soft law* sería una especie de guía racional para evitar que la discrecionalidad proporcionada por el carácter abierto del recurso al instrumento de los principios se convierta en pura y simple arbitrariedad.

#### IV. Conclusión

En gran parte las reflexiones acerca de la relación entre *soft law* y principios constituyen un esfuerzo por explicar qué es el *soft law* y para qué sirve, o qué funciones se le atribuyen por juristas académicos y prácticos en el complejo entramado de sistemas regulatorios de las relaciones humanas.

Por lo que se refiere a la descripción del *soft law*, el término “principio” se usa para referirse o bien a una parte, o bien a la totalidad del contenido de los documentos que son considerados *soft law*. Se trata, pues, de una forma de denominar y clasificar ciertos enunciados contenidos en los instrumentos de *soft law* y no parece que tenga nada que

ver con la fuerza o eficacia jurídica que puedan tener estos instrumentos.

Pero también con la referencia a los principios se puede aludir a algo mucho más sustancial que tiene que ver con el contenido del *soft law* y su trascendencia regulatoria. Al hablar de principios en este segundo sentido no se hace referencia a enunciados contenidos en los instrumentos del *soft law*, sino más bien a ciertos criterios de valoración del *soft law*, particularmente referidos a su relevancia como elemento de utilidad en la justificación de decisiones jurídicas. En este sentido, no existe mucha diferencia entre decir que el *soft law* es expresión de principios o que está respaldado por ciertos principios jurídicos. En todos estos casos se está tratando de justificar el recurso a los instrumentos de *soft law* como elemento determinante de la corrección jurídica de una decisión o actuación jurídicamente relevante, sobre la base de una creencia deóntica que se considera suficientemente justificada.

El reconocimiento por parte de jueces y tribunales de este tipo de relevancia jurídica al *soft law*, aunque no se trate del tipo de eficacia práctica más frecuente en este tipo de instrumentos, tiene una extraordinaria significación, sobre todo cuando los órganos judiciales le reconocen la capacidad de restringir sus propios ámbitos de discrecionalidad.

Al analizar en qué se basa este reconocimiento puede observarse que intervienen dos tipos de creencias acerca de la justificación jurídica de decisiones:

1º La creencia en el principio o, mejor dicho, en el valor normativo que este representa.

2º La creencia de que existe una relación de contenido o de fundamentación entre la creencia en ese valor normativo y el significado de los enunciados de *soft law*.

Resulta problemático establecer con seguridad si tales creencias pueden contar con una justificación objetiva suficiente.

En todo caso, la conexión entre *soft law* y principios tiene una implicación claramente metodológica: los instrumentos de *soft law* se emplean como medios para articular las exigencias de creencias normativas muy extendidas que condicionan el sentido de corrección jurídica de la comunidad. Además de esto, las creencias acerca de principios pretenden encontrar justificación en la confirmación que reciben por la expresión de sus orientaciones normativas por medio de enunciados de *soft law* elaborados por instituciones y sujetos de prestigio. En la práctica, muchos de estos instrumentos parecen ofrecer una

versión institucionalizada de la doctrina jurídica. Al igual que la doctrina jurídica, no tienen un reconocimiento directo, por lo que su valor jurídico se justifica en ser portavoces de parámetros universales (o al menos generales) de corrección<sup>35</sup>.

Esta conexión y las utilidades que proporciona no son ajenas a ciertos peligros. Resulta oportuno reconocer que los principios jurídicos no pueden servir de cauce ilimitado a las pretensiones normativas de los jueces y otros órganos con autoridad para tomar decisiones jurídicas (de ahí el valor complementario o supletorio que se le reconoce en la mayoría de los ordenamientos). Pero no convine caer en el espejismo de que el recurso al *soft law* sea un antídoto infalible frente estas pretensiones. Las regulaciones de *soft law* no dejan de presentar opciones, razonables, factibles, oportunas, pero opciones, al fin y al cabo, entre otras posibles que dejan abiertas las difusas orientaciones de principio. La aureola de prestigio, que envuelve al *soft law* de una autoridad con apariencias de ciencia puede propiciar una confianza desmesurada en los principios jurídicos, poniendo en entredicho su posición secundaria, subordinada a la ley. Muchos instrumentos de *soft law* parecen ofrecer al juez una confirmación indudable a sus, ya de por sí, arraigadas creencias que adquieran, de este modo, una fuerza de convicción capaz de resistir peligrosamente a las exigencias de la ley<sup>36</sup>.

## Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E., 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Alexy, R., 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alonso García, R., 2001: “El *soft law* comunitario”, *Revista de administración pública*, núm. 154, pp. 63-94.
- Amerasinghe, C.F., 1996: *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 1996.
- Arroyo Jiménez, L., Rodríguez de Santiago, J.M., 2021: “In Search of Symmetry Lost. European and Spanish Soft Law before the Spanish Authorities”, *EUSoft Law in the Member States*, Eliatonio, M., Kokea-Aho, E, Stefan, O (eds.), Hart Publishing, Oxford: 233-246.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J., 1991: “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10, pp. 101-120.

- Bódig, M., 2018: "Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law", *Legal Validity and Soft Law*, Westerman et al. (eds.), Springer, pp. 221-242.
- Bork, R., 2018: "Principles of Cross-Border Insolvency Law", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. L, pp. 35-50.
- Brus, M., 2018: "Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement", *Legal Validity and Soft Law*, Westerman et al. (eds.), Springer, pp. 243-266.
- Calderón Marenco, E., 2018: "Los incoterms como instrumento de derecho suave (*soft law*)", *Revista e-mercatoria*, vol. 17, núm. 1, pp. 47-85.
- Comanducci, P., 1998: "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", *Doxa*, núm. 21 (II), pp. 89-104.
- Escudero Alday, R., 2012: "El concepto de soft law", *Contribuciones a la Filosofía del Derecho*, Moreso, J.J., Martí, J.L. (eds.), Marcial Pons, Madrid.
- Fajardo Del Castillo, T., 2024: *El Soft Law en el Derecho Internacional y Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ferrajoli, L., 1990: *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale*, Laterza, Bari.
- Garrido Gómez, M<sup>a</sup> I., 2018: *El Soft Law como fuente del derecho extranacional*, Dykinson, Madrid.
- Gómez Valenzuela, E., 2022: "El consentimiento en la regulación europea de los contratos: especial referencia a la oferta y la aceptación de los instrumentos de *soft law*", *Derecho Internacional Privado y sociedad global: Los principios del Derecho romano en el Derecho Internacional Privado Europeo*, Carrascosa González, J. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 103-126.
- Hernández Marín, R., 1989: *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid.
- Iniesta Delgado, J.J., 2003: *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- \_\_\_\_\_ 2025(a): "La relevancia jurídica del *soft law*", en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (19) 2025, pp. 1-33.

- \_\_\_\_\_ 2025(b): “Soft law, término y realidad: explorando la definición y la referencia de una noción en evolución”, en *Soft law. Aspectos teóricos y problemas prácticos*, Iniesta Delgado y Núñez Vaquero (eds.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, pp. 19-59.
- Klink, B., Lembcke, O.W., 2018: “A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law”, *Legal Validity and Soft Law*, Westerman et al. (eds.), Springer, pp. 145-164.
- Mercescu, A., 2022: “Non-binding Sources in Law: On Their Merits (and Their Limits)”, *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 35, nº 1, pp. 153-177.
- OCDE (2024). Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 2023. <https://doi.org/10.1787/fb38c737-es>
- Oswald, B., 2016: “The Copenhagen Process: Some Reflections Concerning *Soft Law*”, *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., Cerone, J., (eds.), Oxford University Press, pp. 109-127.
- Pastore, B., 2014: “*Soft law* y la teoría de las fuentes del derecho”, *Soft Power*, vol. 1, nº 1, pp. 75-89.
- \_\_\_\_\_ 2024: “Complessità della rete e soft law”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIV, nº 288, pp. 175-200.
- Posner, E.A., Gersen, J., 2008: “Soft Law”, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, núm. 213, pp. 1-46.
- Prieto Sanchís, L., 1992: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, J., 2023: “El principio de publicidad y la publicidad de los principios”, *Doxa*, nº 47, pp. 313-347.
- Sarmiento, D., 2006: “La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, pp. 221-266.
- \_\_\_\_\_ 2008: *El Soft law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas.
- Senden, L., 2004: *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing.

- Shelton, D.L., 2008: "Soft Law", *Handbook of International Law*, Routledge Press ([https://scholarship.law.gwu.edu/faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications)).
- Súcar, G., 2008: *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
- UNIDROIT, 2016: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>
- Vaquer Aloy, A., 2013 : "El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis Estudios* vol. 1, junio: 93-115.
- Villeneuve, L, 2016: "Could the Progressive Hardening of Human Rights Soft Law Impair its Further Expansion? Insights from the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., Cerone, J., (eds.), Oxford University Press, pp. 213-234.
- Westerman, P., 2018: *Outsourcing the law: A Philosophical Perspective on Regulation*, Edward Elgar Publishing.

## Notas

- 1 Sobre cuales son estas funciones jurídicas que el *soft law* podría realizar o ayudar a realizar, Iniesta, 2025a, 13.
- 2 "El *hard law* crea el espacio normativo adecuado en el cual el *soft law* puede crecer (estableciendo, directa o indirectamente, las competencias jurídicas subyacentes). El lenguaje de las obligaciones en los documentos de *soft law* depende, para su específica significación jurídica de un respaldo de obligaciones en el *hard law* (estas son las dos principales razones por las que el *soft law* siempre es parasitario del *hard law*)" (Bódig, 2018: 234).
- 3 Atienza y Ruiz Manero exponen una breve reseña de la historia de la referencia a los principios jurídicos anterior a la obra de Dworkin, tanto en la legislación como en la doctrina y teoría del derecho (Atienza, Ruiz Manero, 1991: 101).
- 4 Así, por ejemplo, Dworkin entiende que un principio jurídico existe si puede ser derivado de la mejor interpretación moral y política de decisiones judiciales y legislativas pasadas, sin que sea de utilidad para su identificación test alguno sobre su origen (Súcar, 2008: 251).
- 5 Rodríguez Toubes (2023: 319) señala como esto es discutible y algunos no admiten

que los principios sean reglas de optimización, sino que siempre tienen la consecuencia cerrada. En este sentido incide la distinción mencionada por Atienza y Ruiz Manero (1991: 105-106, 110) entre principios en sentido estricto y directrices, teniendo los primeros una consecuencia cerrada u ordenadora, mientras que las segundas la tienen abierta u orientadora.

- 6 Prieto (1992: 53) cita a Leticia Gianformaggio y a Hans Kelsen como paradigmas de esta consideración normativista de los principios que entiende que no hay una distinción de base entre normas y principios, puesto que toda catalogación en ese sentido procede de la interpretación.
- 7 Por *comunidad de referencia* entiendo el conjunto de sujetos cuyas percepciones y creencias son tomadas como un referente de autoridad a la hora de valorar la corrección de determinadas actuaciones u opiniones. Esta comunidad de referencia puede tener un alcance variable en función de las cuestiones de que se traten y los intereses en juego (puede ser la comunidad social, la comunidad política, la comunidad de juristas, la comunidad académica, etc).
- 8 Un ejemplo paradigmático de este análisis funcionalista lo podemos encontrar en la obra de Atienza y Ruiz Manero (1991: 113 y ss.) en la que distinguen una función explicativa (en cuanto instrumento para presentar sistemáticamente un ordenamiento jurídico) y una función justificativa de los principios jurídicos (como elementos del razonamiento jurídico que operan de forma diferente a como lo hacen las reglas).
- 9 Por lo que se refiere a ambos tipos de análisis, vid. Iniesta, 2025b: 26-28.
- 10 Sobre los argumentos manejados para descartar la pertenencia al derecho del soft law, vid. Iniesta, 2025a: 6 y ss.
- 11 Fajardo, 2024: 82-89; Sarmiento, 2006: 223; Garrido, 2018: 76-77; Alonso García, 2001: 84; Brus, 2018: 249.
- 12 La expresión “relevancia jurídica” la entiendo aquí tanto en su sentido funcional como en su sentido instrumental. Según el primero, tener relevancia jurídica consiste en cumplir funciones propias del derecho (práctica/deóntica, predictiva, justificativa); el sentido instrumental de relevancia jurídica consiste, por su parte en ayudar al derecho a cumplir sus funciones propias (Iniesta, 2025a: 11-12).
- 13 Por ejemplo, *Principles of the Law, Compliance and Enforcement for Organizations*, 2025.
- 14 “Con la expresión *soft law* se intentan describir enunciados formulados como principios abstractos” (Calderón Marenco, 2018: 51).
- 15 Expresamente se pronuncian sobre la composición mixta del *soft law*: Sarmiento, 2008: 98; Garrido, 2018: 76. En otro de sus trabajos, Sarmiento también observa que, desde el punto de vista empírico, el *soft law* contiene tanto enunciados que adoptan la estructura propia de las reglas como de los principios. Sin embargo, esta observación viene acompañada de la enigmática afirmación de que el soft law es, ontológicamente, un mandato de optimización (Sarmiento, 2006: 226).

- 16 Pastore (2014: 84) alude a la ausencia de estructura condicional en las disposiciones de *soft law*, lo que, según él, es característico de los principios, en cuanto que “no remiten a ninguna estructura lógica por la cual una consecuencia jurídica se conecta a un caso condicionante”.
- 17 Por ejemplo, el alcance general de la referencia a los casos regulados (Atienza, Ruiz Manero, 1991: 103).
- 18 Sobre la noción de “cuasiproposición”, vid. Hernández Marín, 1989: 33-34.
- 19 Se refiere a los principios como contenido abstracto del *soft law*, Calderón Marenco, 2018: 51.
- 20 Hay quienes hablan, por ejemplo, de los principios de desarrollo sostenible y de responsabilidad de protección como principios jurídicos creados por instrumentos de *soft law* (Brus, 2018: 250). Fajardo (2024: 86-87) no solo considera que los principios en el ámbito del Derecho Internacional del medio ambiente nacen en instrumentos de *soft law*, sino que también se han desarrollado por esta vía. Otra explícita alusión a principios jurídicos contenidos en documentos de *soft law* la podemos encontrar en la descripción de los *Copenhagen Process Principles an Guidelines*, de 2012 sobre la toma y trato de prisioneros en operaciones militares, en la que se considera que, junto a normas no vinculantes, se contienen auténticos principios de derecho internacional como la prohibición de la tortura (Oswald, 2016: 123).
- 21 Sobre la inconsistencia entre la admisión de los principios jurídicos implícitos como fuente del derecho y la existencia constitucional de publicidad de las normas como requisito de validez jurídica y sus posibles salidas, vid. Rodríguez Toubes, 2023: 313-347.
- 22 Señala este autor que cualquier invocación al *soft law* para argumentar una decisión jurídica debería acreditar que su difusión fue lo suficientemente amplia como para poder tener conocimiento del mismo por parte de los interesados (Sarmiento, 2008: 178).
- 23 Senden (2004: 102) se pregunta si el recurso generalizado al *soft law* en los órganos decisores de la Unión Europea no estará limitando la transparencia exigida a los procesos decisoriales dada la falta de claridad de los procedimientos por los que estos documentos se elaboran.
- 24 Así se recoge en el artículo 1.3 del Código Civil.
- 25 Sobre el papel que el *soft law* desempeña en el reconocimiento de los principios jurídicos de derecho internacional por la comunidad internacional, vid. Fajardo, 2024: 86.
- 26 Solo “en principio”, puesto que, si las disposiciones de *soft law* objeto de remisión fueran incompatibles con disposiciones de rango superior a la norma de remisión se podría provocar la nulidad de esta última.
- 27 El *soft law* producido por los organismos de la Unión Europea ha sido empleado por los tribunales españoles con frecuencia entendiendo que el mismo supone un instrumento interpretativo de primer orden para las normas vinculantes de nuestro ordenamiento

jurídico, llegando incluso a considerarse por el TJUE que existe una obligación de tener en cuenta o tomar en consideración estas disposiciones para la interpretación de normas vinculantes de la Unión Europea (Arroyo, Rodríguez, 2021: 239-241).

- 28 “Lo previsto en instrumentos de *soft law* puede recibir valor jurídico y generar obligaciones jurídicas si se considera que relean sustancialmente principios generales del derecho” (Villeneuve, 2016: 221).
- 29 Un nivel superior de compromiso que el deber de tomar en consideración de buena fe, vendría dado por el deber de cooperación, el cual implica que, si decide no hacer caso a la recomendación, debe consultar con la organización de que modos puede cooperar mejor (Amerasinghe, 1996: 207-208). A la buena fe y el respeto de los actos propios o estoppel alude también Fajardo (2024: 96) como principio en el que se fundamenta la obligatoriedad de las normas de *soft law* (p. 96).
- 30 El principio de subsidiariedad también se presenta como fundamento de la eficacia jurídica del *soft law* en aquellas materias en las que puede haber conflicto de competencias entre el estado y las comunidades autónomas, o cuando la administración pública interviene en la regulación de las actividades económicas privadas (Sarmiento, 2006: 250).
- 31 En la obra de referencia de Senden, *Soft Law in European Community Law* (2004), se encuentra un detallado catálogo de este tipo de principios y de cómo autorizan el reconocimiento de efectos jurídicos del *soft law* europeo. Además de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, hace referencia a los principios de confianza legítima (*Legitimate expectations*), buena administración (*Good Administration*), lealtad institucional (*Community loyalty*), igualdad de trato (*Equal Treatment*), consistencia (*Consistency*).
- 32 Con un sentido similar se menciona el principio *patere legem quam ipse fecisti* conforme al cual los órganos ejecutivos no deben apartarse al tomar una decisión individual de la regla general que establecieron ellos mismos (Senden, 2004: 415).
- 33 Case 322/88 *Grimaldi (Salvatore) v. Fonds des Maladies Professionnelles* (1989) ECR 4407.
- 34 Como ejemplo paradigmático de este tipo de uso del soft law en las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, puede citarse *Case concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 1986. Por lo que se refiere a la Corte Interamericana, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights*, 2003.
- 35 “Courts embrace a technocratic vision insofar as law is expected to be mostly a technical matter of finding the right principles” (Merceescu, 2022: 158)
- 36 Un ejemplo evidente de estos peligros nos viene de la mano de un prestigiosísimo instrumento de *soft law* en el ámbito del derecho privado como son los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) generados en el 2000 por la Comisión de

Derecho Europeo de los Contratos, conocida como “Comisión Lando” por referencia a su presidente, el iusprivatista danés Ole Lando. En el art. 10:102 de este instrumento ha encontrado el Tribunal Supremo español (STS 31/10/2005) un valioso respaldo para confirmar el “principio de solidaridad entre los deudores obligados”, que ya venía hace tiempo empleando para justificar la inaplicación del art. 1137 del Código Civil que establece la presunción contraria a la responsabilidad solidaria en las obligaciones contractuales (Vaquer Aloy, 2013: 107).

**Recepción: 29 mayo 2025**

**Revisión: 6 agosto 2025**

**Aceptación: 6 agosto 2025**