

Soft law, entre auctoritas y potestas: flexibilidad institucional, fuerza latente y eficacia argumentativa*

Soft Law, Between Auctoritas and Potestas: Institutional Flexibility, Latent Force and Argumentative Efficacy

Gema Marcilla Córdoba

Universidad de Castilla-La Mancha, España

gema.marcilla@uclm.es

Resumen: “Soft law” es un término usado por los juristas en contraposición al de “hard law”, que adolece de indeterminación semántica, por lo que es difícil ofrecer una definición precisa y un catálogo cerrado de sus manifestaciones. Sin embargo, resulta conveniente que la teoría jurídica se ocupe de estas normas pues siendo en principio no coercibles y de bajo perfil institucional, despliegan efectos jurídicos cada vez más relevantes. El *soft law* se incorpora legislativa o judicialmente y, en consecuencia, cabe incidir en la tendencia a usarlo como argumento de las decisiones judiciales. El debate sobre el peso que deban tener en la ponderación de normas se revela un aspecto esencial en su eficacia jurídica.

Palabras clave: derecho blando, eficacia normativa, fuerza latente, institucionalización, transposición legislativa, incorporación judicial, ponderación normativa, argumentación jurídica.

Abstract: “Soft law” is a term used by legal scholars and practitioners in contrast to “hard law”, which suffers from semantic indeterminacy, making it difficult to provide a precise definition or a closed catalogue of its manifestations. Nevertheless, it is advisable for legal theory to address these norms since, although they are in principle non-coercive and have a low institutional profile, they produce increasingly significant legal effects. *Soft law* is legislative or judicially incorporated, and, consequently, increasingly used as an argument in judicial decisions. The debate over the weight it should carry in norms balancing emerges as a key aspect of its legal effectiveness.

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

Keywords: soft law, normative efficacy, latent force, institutionalisation, legislative transposition, judicial incorporation, norms balancing, legal argumentation.

I. Introducción: la relevancia del *soft law* en el Derecho actual

Existen multitud de ejemplos en nuestra experiencia jurídica que muestran cómo ciertos instrumentos normativos, formalmente carentes de fuerza vinculante, llegan, sin embargo, a producir efectos jurídicos tangibles.

Así, la “Declaración de Bolonia”, de 1999, germen del actual Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), fue un acuerdo político suscrito por los ministros europeos que, pese a carecer de fuerza vinculante, impulsó cambios legislativos concretos en varios países, incluido España. Las Directivas 2004/38/CE y 2005/36/CE dotaron de naturaleza jurídica a los objetivos de movilidad académica y profesional del Proceso de Bolonia (Muñoz, 2012). Esta Declaración constituye un ejemplo paradigmático de lo que Lord Arnold Duncan McNair —primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y referente clásico del Derecho internacional— denominó *soft law* (SL), definido como declaraciones y principios programáticos que influyen jurídicamente sin coerción. En el Derecho internacional, estos peculiares estándares normativos se confrontan a los de *hard law* (HL), integrado por tratados y normas consuetudinarias plenamente obligatorias (McNair, 1961; Akkerman, Van Krieken & Pannenborg, 1977; Dupuy, 1977, p. 252; Van Hoof, 1983, p. 187).

De modo semejante, en el ámbito del Derecho interno, hay documentos, como los protocolos sanitarios, cuyos estándares se encuentran a medio camino entre la recomendación (en este caso, técnica y no política, como en el ejemplo anterior) y la obligatoriedad jurídica. Por ello, se suelen considerar normas de *soft law*, es decir, con valor orientativo para el facultativo destinatario, sobre la base de su autoridad científica: no poseen fuerza normativa o carácter vinculante, pero proporcionan criterios técnicos de actuación, cuya razonabilidad a la hora de determinar responsabilidades ha de ponderarse caso a caso (Martín León, 2009, pp. 463-486).

Las dudas sobre los efectos jurídicos de un protocolo sanitario se ponen particularmente de manifiesto en el caso del “Protocolo de manejo en residencias”¹. El carácter de *soft law* de los protocolos sanitarios no ha sido óbice para dar lugar a la investigación judicial de un delito de denegación discriminatoria de la asistencia sanitaria, como se pone de relieve en el Auto dictado por el *Juzgado de Instrucción n.º 3 de Madrid*, de abril de 2025, reabriendo Diligencias Previas y admitiendo a trámite una querella por

tal delito y citando como investigados a los autores del Protocolo. ¿Contenía el Protocolo una norma de *hard law* bajo la apariencia de instrucción médica, abusando de la denominación de protocolo? ¿Es tan distinto realmente el valor jurídico un protocolo médico si se le compara con otras normas jurídicas? ¿Es el *soft law* tan blando como aparenta?²

Los tribunales apuntan a dos ideas centrales sobre el valor de los protocolos y su relación con la *lex artis*. De un lado, como señala el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a, Sentencia 4988/2012, de 10 de julio de 2012), el protocolo médico orienta la buena praxis y concreta la *lex artis*. Su omisión injustificada se considera infracción de la *lex artis* y puede generar responsabilidad por negligencia sanitaria. De otro lado, la *lex artis* y la diligencia médica exige mucho más que seguir un protocolo. Un apartamiento injustificado del protocolo es indicio de negligencia, pero la *lex artis ad hoc* no requiere seguir el protocolo mecánicamente: la recomendación no significa en el caso médico que se dé la “voluntariedad” del destinatario, en este caso el sanitario, sino que la actuación médica debe estar presidida por la actuación diligente conforme al estado de la ciencia y las circunstancias concretas. Por ello, a la hora de determinar la responsabilidad sanitaria, la jurisdicción valora, además de la idoneidad del protocolo para el caso concreto, aspectos como el carácter desfasado o adecuado del mismo a la evidencia científica o la existencia de alternativas terapéuticas. En síntesis, los protocolos son estándares técnicos: de un lado, no demandan un cumplimiento mecánico y, por tanto, no garantizan la diligencia debida por cumplimiento estricto; de otro lado, el apartamiento injustificado es indicio de negligencia, por lo que aquel ha de justificarse explícitamente para evitar reproche jurídico³.

Sin embargo, en el caso de marras, se produce un problema adicional al del valor jurídico de los protocolos médicos: es posible que, abusando de la denominación “protocolo”, el documento contuviese en realidad una instrucción directamente vinculante. Ello se deduce atendiendo a aspectos como el procedimiento que se usó al elaborarlo, su objeto y su eficacia jurídica real, en el sentido de que, *de facto*, fue generalmente acatado y anuló la capacidad de decisión médica independiente en el ámbito de las residencias.

En definitiva, el carácter jurídico en sentido estricto o técnico o blando del protocolo sanitario depende tanto de su contenido y forma, como de las circunstancias de su elaboración y aplicación. Desde el punto de vista formal, puede adoptar un tono imperativo, propio del *hard law*, o meramente exhortativo, característico del *soft law*. Y su elaboración y aplicación puede ser más bien la de las normas jurídicas o la de los documentos clínicos. Con todo, en el ámbito médico, los protocolos en relación con

los cuales no cabe dudar su carácter de recomendación, no implican libertad de actuación, sino un marco de conducta que debe ajustarse al caso concreto; en otras palabras, encierran un mandato de acomodar la *lex artis* a las circunstancias del caso particular, dado que las decisiones clínicas tienen consecuencias directas sobre la salud y vida de terceros.

Por lo demás, tanto si hay acuerdo en clasificar a una norma como de *soft law*, como en los que tal clasificación es dudosa, como en este caso en el que nos interrogamos sobre el alcance jurídico o la eficacia que debió tener el “Protocolo de no derivación”, se pone de relieve la necesidad de reflexionar sobre esta atípica fuente del Derecho. ¿Existe una definición y caracterización clara de las normas de *soft law*? ¿Cuáles son sus manifestaciones indiscutibles y dudosas? ¿Es un asunto de prueba sobre su eficacia real si una norma es *soft law* o *hard law*? ¿Es relevante el aspecto del documento, por ejemplo, el título que tenga, para determinar que una norma es *soft law*? ¿Tiene importancia la actitud del destinatario ante una norma, para calificarla de *soft law*? ¿Hasta qué punto tiene el legislador democrático legitimidad para introducir normas de *soft law* y convertirlas en *hard law*? ¿Debe el juez explicitar y justificar sus resoluciones basadas en *soft law*? ¿Es realmente tan significativa la diferencia entre una norma de *hard law* y de *soft law* en términos de eficacia?

Pues bien, las páginas que siguen abordan algunos aspectos del *soft law* en virtud de seis apartados: tras esta introducción, que exemplifica enunciados normativos que suelen adscribirse a la categoría de *soft law*, enfrentando al lector a varios interrogantes en torno al Derecho blando como fuente del Derecho, el segundo epígrafe expone la falta de consenso conceptual en torno al *soft law*; el tercero, reconstruye su genealogía histórica desde la distinción entre *auctoritas* y *potestas*; el cuarto, analiza sus rasgos definitorios —perfil institucional, coercitividad latente o atenuada y disposición a la eficacia jurídica, mostrando cómo los enunciados de *soft law* se originan bajo procedimientos o formalidades distintas a los de *hard law* y, por ello, están desprovistos de validez jurídica *sensu stricto*, mientras que, en la práctica, gozan de eficacia, generando expectativas normativas (Laporta, 2014; García Yzquierre, 2025); el quinto examina sus principales manifestaciones en los planos interno, europeo e internacional; y finalmente, el sexto epígrafe se centra en la legitimidad del *soft law*, abordando criterios como si existen buenas razones para que el legislador asuma como *hard law* estándares de *soft law*, o para que el juez los use al resolver casos particulares.

II. La falta de consenso sobre el concepto de *soft law*

La expresión “soft law” es semánticamente indeterminada (Garrido, 2017). Como muestra Iniesta Delgado (2025), la locución funciona como un *sintagma estable* cuya referencia abarca un haz heterogéneo de fenómenos. Tal indeterminación se explica por tres focos de dificultad —la propia expresión, el referente empírico y la falta de caracterización intensional—, lo que exige, a su juicio, un análisis lingüístico, previo a cualquier tesis ontológica.

Habitualmente el término *soft law* se usa para dar cuenta de normas cuya validez formal no depende de la potestad regulatoria del Estado (Garrido, 2017). Son, por tanto, normas producidas de modo informal o, más exactamente, siguiendo procedimientos que no se atienden a las formalidades que dan lugar a normas “válidas” desde una teoría clásica del sistema de fuentes. Tales normas, formuladas sin los requisitos exigidos para los tratados internacionales, las leyes parlamentarias o los reglamentos del ejecutivo, carecen en principio de carácter vinculante. Se denominan, sin embargo, Derecho blando porque, pese a su idiosincrasia informal, sí tienen influencia jurídica.

Asimismo, se dice que los estándares de *soft law* son “cuasijurídicos” en el sentido de no vinculantes o no coercibles. O sea, son recomendaciones, de modo que, en principio, su incumplimiento no acarrea las consecuencias negativas (sanción o nulidad) previstas por el Derecho. Indirectamente, sin embargo, sí se pueden derivar efectos de tales estándares.

También se atribuyen al *soft law* notas como su origen consensual, la flexibilidad o adaptabilidad, su predominio en el ámbito transnacional y su influencia en las autoridades legislativas (que incorporan el *soft law* al Derecho) y judiciales (que utilizan el *soft law* para motivar sus decisiones).

En un sentido más concreto, se habla de *soft law* para referirse a normas convenidas en el ámbito dispositivo del Derecho internacional de contratos y que son manifestación de la libertad de contratación, pues los tribunales pueden considerar estándares internacionales y prácticas recomendadas como referencia para resolver disputas transnacionales (Boyle, 1999; Cini, 2000; Shelton, 2000; Weeks, 2016; Sheehy, 2019). Y en un sentido más amplio, hay quienes utilizan el término *soft law* para referirse a cualquier recomendación o norma sin valor vinculante, independientemente de otras características.

III. *Auctoritas versus Potestas: un precedente histórico de la distinción entre soft law y hard law*

Aunque la expresión *soft law* sea relativamente reciente, la idea de estándares de conducta “jurídicos pero informales y/o no coercibles” puede considerarse tan antigua como el Derecho mismo. Es más, el pluralismo jurídico propio de etapas premodernas, caracterizadas por la nula o escasa centralización del poder, alientan la producción de normas que hoy denominaríamos “blandas” frente a normas “duras”. Es precisamente el tránsito del pluralismo al *monismo legalista* lo que explica la progresiva marginación del Derecho no coercible. Y es la globalización y la pérdida de centralidad del Estado la que hace retornar al *soft law*.

Así, el *soft law* tiene su precedente en la idea jurídica de *auctoritas*, que, junto a la costumbre, regula, como indica García Pelayo (1969), las relaciones sociales en ámbitos tradicionales donde el poder estatal es difuso. La *auctoritas*, fundamental en el Derecho romano, supone el ejercicio de influencia sin recurrir a la coacción, apelando al prestigio del emisor. En efecto, Roma distinguía la *auctoritas* de la *potestas*. La *potestas* supone la imposición de la voluntad sobre otros por medios coactivos; la *auctoritas*, en cambio, influye sin obligar por la fuerza.

La *auctoritas* como manifestación del Derecho también tiene lugar en la Edad Media. La *costumbre* era la fuente principal del Derecho, pero también la *doctrina de romistas y canonistas* —cuyo peso dependía precisamente de su *auctoritas*— es una manifestación del Derecho de esta época. La consolidación de las monarquías absolutas y, más tarde, la Codificación posterior a la Revolución Francesa desplazan a la costumbre y a la doctrina, y sitúan a la ley estatal en el centro del sistema de fuentes. La ley estatal representa en este momento histórico el paradigma del *hard law*. Asimismo, en el plano internacional, el tratado es manifestación del modelo westfaliano o de comunidad de Estados soberanos que se obligan mediante pactos voluntarios, y opera como referente clásico del Derecho internacional. Sin embargo, incluso bajo la hegemonía de la ley, la *auctoritas* como fundamento jurídico subsiste, complementando o legitimando el poder formal.

En suma, la distinción entre *auctoritas* y *potestas* ilumina la dualidad existente entre seguir voluntariamente una conducta por la admiración o la confianza en el conocimiento o virtud moral de su autor, y hacerlo por imposición coercitiva⁴. Desde esta perspectiva, el *soft law* es la manifestación contemporánea de la *auctoritas*, caracterizada

por la ausencia de coerción, al menos de forma directa, y la dependencia del reconocimiento voluntario de los destinatarios. Y por ello, el auge actual del *soft law* se vincula, no enteramente, pero sí en buena medida, a la crisis del Estado nación y a la necesidad de mecanismos normativos flexibles (Garrido, 2017).

IV. Las características del *soft law*

Antes de explorar las manifestaciones más visibles del *soft law*, adoptaremos —con un criterio necesariamente convencional— aquellos rasgos que parecen más relevantes para diferenciarlo de otras formas de normatividad informal, toda vez que la polisemia del término impide una definición unívoca. Tales rasgos son: perfil institucional bajo, ausencia de carácter coercitivo y disposición a ser usado en el razonamiento jurídico.

A. Perfil institucional bajo

El *soft law* se origina mediante procedimientos dotados de cierto perfil institucional, pero flexibles, (Iniesta, 2025), generalmente buscando el consenso de múltiples actores, a diferencia del *hard law*, que nace de procedimientos previamente establecidos, siendo tal “validez normativa” la razón de su exigibilidad.

Sin embargo, es una idea cada vez más asentada la de que la institucionalización del Derecho es una característica gradual, lo cual ayuda a explicar el fenómeno del *soft law*: desde el punto de vista del origen, *no habría una diferencia nítida entre soft law y hard law*, al igual que, como veremos, sucede desde la perspectiva de su eficacia/efectos. Esta es la óptica que plantea Núñez (2025): retomando el debate Kelsen–Hart–Raz, destaca que la juridicidad no depende solo de la coercibilidad, sino de la existencia de órganos, procedimientos y competencias institucionalizados. Y si la institucionalización es una cualidad gradual, habría normas blandas “con pedigree”; sin ser de “pura sangre” podrían ser consideradas parte del Derecho. Si lo relevante en las normas jurídicas no es la voluntad coercitiva que las acompaña, sino si han sido emitidas conforme a una estructura institucional reconocida (Núñez, pp. 173–177), se evita una dicotomía rígida *hard law/soft law*, que es reemplazada por una escala gradual de institucionalización, que permitiría identificar al *soft law*. Los indicadores de institucionalidad que menciona Núñez son: la continuidad del órgano emisor, la profesionalización de sus miembros, la existencia de normas internas de competencia, la producción de estudios técnicos sistemáticos, etc. Estos criterios permiten distinguir el *soft law* de simples prácticas morales, culturales o recomendaciones sin anclaje institucional (pp. 183–187).

Asimismo, García Yzaguirre (2025, pp. 105-120) da cuenta del *soft law*, resaltando, desde un punto de vista estructural, su a) *producción* (se trata de instrumentos que nacen en foros con autoridad técnica o política, pero sin potestad legislativa formal), y su b) *identificación*, pues dentro de esos instrumentos encontramos enunciados que reclaman reconocimiento práctico (p. ej., como criterios de interpretación).

Como remarca Escudero (2025), el *soft law* ha dejado de definirse por oposición rígida al *hard Law*. En la práctica, muchos instrumentos blandos adoptan una estructura formalizada y mecanismos de aplicación (Escudero, 2025, pp. 135 y ss.) que los acercan al Derecho vinculante.

Ahora bien, esta concepción gradualista de la institucionalización, puede resultar problemática si se descontextualiza del marco normativo propio de las democracias constitucionales, es decir, si no se tienen en cuenta los fundamentos filosófico-políticos del Estado democrático y constitucional de Derecho. En efecto identificar al *soft law* mediante indicadores como la continuidad del órgano emisor, la profesionalización de sus miembros o la existencia de normas internas de competencia, siendo útil para distinguirlo de meras prácticas sociales, prescinde de un aspecto esencial que pretende la institucionalización del poder: garantizar el origen democrático-representativo de la norma.

Parece conveniente insistir en que ciertamente la institucionalidad es una cuestión de grado y esta consideración es de gran ayuda para teorizar sobre categorías jurídicas como *soft law* y *hard law*. Sin embargo, esta idea no debe servir también para equiparar normas surgidas de procedimientos deliberativos con otras elaboradas por órganos técnicamente competentes, pero sin representatividad o sin encaje constitucional. Son muchos los autores que resaltan la importancia de ciertas formalidades. En *Facticidad y validez* (Habermas, 1998, pp. 186-190), explica cómo en sociedades complejas, los sistemas administrativos y económicos tienden a justificar su legitimidad en su eficacia técnica (legitimación funcional del sistema). Sin embargo, esa legitimidad es insuficiente desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho, porque desplaza el principio de autonomía comunicativa de los ciudadanos. Además, en las democracias constitucionales, la institucionalización del Derecho no se agota en la existencia de procedimientos y órganos permanentes; exige también que las normas que aspiran a ser jurídicas estén insertas en un marco representativo y sujetas al principio de legalidad. Por tanto, el argumento de la hibridación normativa *hard law-soft law* atendiendo a la gradualidad de la institucionalización, sin más matices, debilita la importancia de la

procedencia democrática de las normas como criterio central de juridicidad. Como ha señalado Ferrajoli (2001), la juridicidad en los Estados constitucionales exige no solo procedimientos formales, sino también su sometimiento al principio de legalidad y a la soberanía popular. En términos afines, Tasioulas (2020) sostiene que la legitimidad del Derecho no puede reducirse a la corrección procedural, sino que requiere también una conexión con el autogobierno democrático. Desde la perspectiva de Legal Humanism del Profesor de la Universidad de Oxford, el Derecho no puede desentenderse del ideal de legitimación democrática sin degradar su pretensión de autoridad. Cabe, en consecuencia, subrayar que la institucionalización en el marco del constitucionalismo democrático no se limita a la exigencia de órganos permanentes o al seguimiento de estándares técnicos de elaboración de normas establecidos por expertos, sino que requiere un anclaje en el principio de representación política y en el de legalidad.

Que el *soft law* a veces no posee un sólido anclaje en tales principios ha sido puesto de relieve por De la Cuerda (2021) en el ámbito en el que la fuerza estatal se ejerce de manera más contundente: el Derecho penal. Muestra cómo los instrumentos de *soft law* han contribuido a la expansión del derecho penal, impulsada por la denominada “sociedad del riesgo”⁵. Por tanto, la propuesta de una escala de institucionalización, aunque útil para describir el fenómeno del *soft law*, debería poner de relieve sus límites a la hora de justificar decisiones jurídicas, ya sean legislativas o judiciales.

Revisada la característica relacionada con el grado de institucionalización del *soft law*, veamos cómo la no coercibilidad de las normas de *soft law* plantea otro rasgo definitorio.

B. Fuerza latente o atenuada

Suele decirse del *soft law* que es de cumplimiento “voluntario”. Papayannis (2025) denomina a esta situación “fuerza latente sin sanción”: el Derecho blando “pide por favor”, no “porque sí”. La distinta forma de llamar al cumplimiento no supone una diferencia radical a la hora de orientar realmente la conducta de sus destinatarios, pues puede haber normas blandas más eficaces que las de *hard law*.

Atendiendo a este distinto llamamiento que se formula al destinatario, podría decirse que el *soft law* encaja en la categoría de las recomendaciones jurídicas. Sin embargo, el *soft law* no es ni una recomendación jurídica propiamente dicha, ni una recomendación

social. Se sitúa en un espacio liminar entre ambas. Las recomendaciones propiamente jurídicas —como es el caso de las fuentes mencionadas en el art. 288 TFUE o los dictámenes del Consejo de Estado— se gestan dentro de un procedimiento formal del *hard law* y, aunque no prescriben, sino que orientan o influyen, también participan de su validez institucional. Y por lo que respecta a las simples recomendaciones sociales, estas están desprovistas de toda estructura orgánica y su eficacia reposa solo en la presión cultural.

La recomendación jurídica es contemplada como categoría normativa, pero resulta paradójica para el positivismo clásico. Sus más insignes representantes teorizaron sobre las *directivas no obligatorias*: Kelsen (1960) las considera enunciados que orientan la aplicación del Derecho; Hart (1961) las ubica entre las reglas secundarias de interpretación; von Wright (1963) las coloca entre mandatos y permisos; Ross (1968) las describe como directivas de fuerza ilocucionaria débil; Bobbio (1991) las ve como técnicas de control no coactivo; y Alchourrón y Bulygin (1974) reconocen su existencia sin conferirles estatuto de norma. Así, el *soft law* comparte con las recomendaciones jurídicas la pretensión de guiar la conducta, pero, a diferencia de tales recomendaciones, de un lado, carece del respaldo de la validez formal y, de otro lado, se distancia de las meras normas sociales de recomendación gracias a su mínima institucionalización, que le permite incidir persuasivamente en la argumentación legislativa y judicial.

En *Gobernanza y soft law*, Laporta sostiene que *las normas blandas* o flexibles no se limitan a aconsejar o a persuadir, sino que *se erigen en vehículo de deberes* (Laporta, 2014, p. 74). Partiendo de esa idea, describe el *soft law* como un producto normativo “completo”: aun cuando carece de coacción estatal, crea expectativas exigibles. Laporta atribuye protagonismo al *soft law* en los procesos de gobernanza donde confluyen agencias públicas y actores privados (pp. 7376).

En resumen, el *soft law*, sin fuerza coactiva, genera expectativas jurídicas. Posee forma documental, publicidad y destinatarios definidos, y una “fuerza latente sin sanción” por cuanto resulta apto para *operar en la práctica jurídica* a pesar de su invalidez formal.

Estas reflexiones conducen a examinar, como característica fundamental del *soft law*, la de su disposición a ser eficaz desde diversos puntos de vista y a través de diferentes mecanismos, que permiten al *soft law* trascender su falta de coercibilidad.

C. Disposición a la eficacia

La ausencia de coercibilidad del *soft law* no neutraliza su capacidad operativa. Su eficacia reside en la combinación de forma institucional mínima y autoridad epistémico-moral capaz de hacer surgir expectativas jurídicas. Esta paradoja de la ausencia de carácter coercitivo del *soft law* y su eficacia normativa, conlleva, como señala Zorzetto, al cuestionamiento de la dicotomía duro/blando. El *soft law* sería una suerte de hibridación normativa (normas pseudo-válidas y eficaces) que obliga a repensar la clásica distinción entre lo blando y lo duro, ya que, en entornos institucionalizados, el *soft law* funciona como técnica regulatoria eficaz, aunque sin formalidades de fuente ni sanción estatal directa (Escudero, 2025, pp. 135–152).

A la hora de explicar la realidad normativa europea, como resaltan Láncos y Arroyo, la clásica noción de “no bindingness” resulta insuficiente. Arroyo Jiménez (2023, pp. 1121) subraya que la ausencia de coerción sólo describe uno entre varios efectos jurídicos posibles. Más allá de la obligatoriedad, el *soft law* tiene impacto interpretativo, integrativo, e incluso invalidatorio indirecto, pues la inobservancia injustificada de un estándar blando puede viciar la legalidad de actos posteriores. De ahí que la cuestión decisiva no sea si el instrumento “obliga”, sino *cómo moldea expectativas normativas y condiciona la validez de futuros comportamientos administrativos y judiciales* (Arroyo Jiménez, 2023).

Así, el *soft law*, aun desprovisto de coerción, posee *vocación de eficacia*. Es decir, su eficacia no es una propiedad categórica, sino disposicional, que se manifestará bajo ciertas condiciones⁶.

En primer término, esta tendencia o potencialidad del *soft law* a la eficacia, puede materializarse en el plano *jurídico*, pero también en el *social* y *político*. La eficacia del *soft law* desde el plano propiamente jurídico tiene lugar cuando el legislador recoge estándares blandos o los jueces los usan en la fundamentación de sus resoluciones, como se verá a continuación; la eficacia social es observable en la adhesión “voluntaria” de los destinatarios, Estados o particulares; y la eficacia política se refleja en su utilidad para la consecución de fines públicos o, en el polo opuesto, en su carácter puramente simbólico o mero valor retórico. Este *soft law* “simbólico” pone de relieve que, al igual que a veces sucede con el *hard law*, las normas blandas pueden abrir la puerta a la retórica vacía y al *ethics washing*.

En segundo término, hay un doble mecanismo a través del cual el *soft law* adquiere eficacia jurídica del *soft law*: de un lado, la recepción legislativa; y, de otro lado, la incorporación judicial⁷.

A la recepción legislativa y sobre todo a la incorporación judicial se ha referido, por ejemplo, Papayannis (2025): el Derecho es un sistema abierto que permite al *soft law* operar como criterio de decisión, ya sea autorizado de forma expresa o implícita. Esta puede tener lugar a partir de una remisión legislativa expresa al *soft law* o una remisión tácita. Esta última, remarca el autor, pone de relieve la transcendencia del *soft law* en el razonamiento jurídico, pues exige que el juez justifique cómo y por qué un estándar sin pedigrí y sin fuerza obligatoria adquiere relevancia decisoria dentro de la ponderación normativa.

Debido a esta relevancia decisoria en el seno de una ponderación, Ramírez Ludeña acierta en relacionar el *soft law* y el precedente judicial, identificando una estructura interpretativa y deliberativa común: ambos deben ser evaluados no solo por su forma, sino por su papel en el razonamiento jurídico (Ramírez-Ludeña, 2025, pp. 160–167). De ahí, también, su ligazón con los principios: la tesis de la autoridad de Joseph Raz destaca que sólo las normas emanadas de un poder legítimo aportan razones excluyentes, que desplazan a otras consideraciones; dicho de otro modo, gozan de carácter autoritativo (Raz, 2000, pp. 35–46). Sin embargo, los estándares de *soft law* carecen de ese carácter autoritativo y, no obstante, puede formar parte del razonamiento jurídico, a semejanza de las normas de principio.

El uso judicial del *soft law* no es ilegítimo *per se*; es ilegítimo sin ponderación. Y por ponderar entendemos sopesar el valor del estándar blando frente a la ley aplicable, frente a los derechos implicados y frente al principio democrático, y hacerlo de modo tal que el público, a la vista de la sentencia, pueda reconstruir el camino de la decisión. Es decir, la crítica al constitucionalismo no debe llevar ni a la expulsión de los principios ni del *soft law*, sino al refuerzo de la cultura de la justificación.

En efecto, del constitucionalismo se ha dicho que abre la puerta a la discrecionalidad y a la creación judicial del Derecho. Esa objeción suele formularse del siguiente modo: cuando el juez trabaja con principios y no solo con reglas, su margen de configuración se amplía y, con él, el riesgo de que la decisión deje de ser aplicación del Derecho para convertirse en producción judicial de Derecho. Ahora bien, este diagnóstico, siendo útil como advertencia, es parcial o incompleto. Los principios constitucionales no autorizan el ejercicio de la arbitrariedad; lo que hacen es “encarecer la decisión”, por cuanto obligan al operador jurídico a justificar materialmente por qué, en un caso concreto, un principio ha de prevalecer, limitarse o coexistir con otro. Es decir, imponen una “racionalidad práctica pública” que, en mi opinión, lejos de debilitar el peso *prima facie* de la ley, la “resitúa” dentro de la estructura constitucional de razones.

El debate a propósito de los males del constitucionalismo se ha encauzado respecto de los conflictos entre derechos (Cabra Apalategui, Fernández Cabrera y Garzón Cárdenas, 2025). Una parte de la doctrina —la más recelosa del constitucionalismo fuerte— sostiene que muchos de esos conflictos son “construidos”, es decir, “forzados” por el juez. Podrían evitarse con una lectura más respetuosa de la ley y de la jerarquía normativa. Pero la teoría de los principios (Alexy y quienes, con matices, la siguen) responde que, en sociedades pluralistas, sí hay colisiones genuinas entre derechos de igual rango y que el Derecho constitucional contemporáneo no puede fingir que no existen; lo que debe hacer es *ofrecer procedimientos de decisión controlables* (ponderación, proporcionalidad, exigencia de carga de la argumentación, prueba de afectación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Desde esta perspectiva, la ponderación no es el problema; el problema es la ponderación sin criterios. Cuando la crítica al constitucionalismo denuncia “creacionismo judicial” lo que en realidad está denunciando es “ponderación de baja calidad u opaca”, no toda ponderación. Una ponderación hecha con transparencia, con identificación de los principios en juego, con explicitación de los hechos relevantes y con sometimiento al test de proporcionalidad, no disminuye la autoridad de la ley: la somete a un control de racionalidad que es perfectamente compatible con la democracia constitucional.

Este punto es decisivo para el *soft law* en lo que este se asemeja a los principios. Si aceptamos que incluso entre derechos “duros” el juez debe justificar por qué uno limita a otro, con más razón debe justificar por qué una norma blanda —carente de la misma legitimidad democrática y de la misma posición en el sistema de fuentes— puede producir efectos jurídicos relevantes en un caso concreto. El *soft law*, por su origen frecuentemente tecnocrático o internacional, no trae consigo legitimidad suficiente: ha de “ganársela” en la sentencia.

Por ello, en mi opinión, cuanto menos explícita y justificada sea la remisión o apelación legal al *soft law*, menor tendrá que ser el peso con el que ingrese en el balance de razones realizado por el juez: la tesis del caso especial, de Robert Alexy, implica que el hecho de que una norma forme parte del Derecho positivo le confiere una fuerza *prima facie* que solo razones de mayor rango pueden derrotar. El propio Alexy matiza: “una regla no queda desplazada simplemente porque un principio opuesto pese más en el caso concreto; además han de sortearse los principios formales que ordenan obedecer las reglas emanadas de una autoridad legítima (...) Cuanto mayor sea el peso que un or-

denamiento atribuye a estos principios formales, tanto más intensa será la fuerza *prima facie* de sus reglas. En este contexto cabe hablar de sistemas jurídicos duros y blandos: un ordenamiento es tanto más duro cuanto mayor sea esa fuerza *prima facie* y cuanto más densa sea su regulación” (Alexy, 1993, nota 58, p. 100). De ahí que *los estándares de soft law, surgidos de procedimientos flexibles, deban llegar a la balanza del juez con menor peso que la ley o la jurisprudencia*: ese déficit institucional debe poder compensarse por la autoridad epistémico-moral de sus autores y por la inexistencia de alternativas de *hard law* igualmente eficaces.

En este sentido, lleva razón Garrido Gómez al resaltar que el *soft law* acompaña a la “privatización normativa” de la globalización: actores privados generan directrices que, sin ser leyes, condicionan la acción pública y operan a través de una “coerción blanda”, reputacional y de mercado (Garrido Gómez, 2025, pp. 1, 3). El origen extrasistématico del *soft law* y de sus mecanismos de presión social respalda la tesis de Robert Alexy: cuanto más alejada esté una norma de los cauces formales del Derecho positivo, menor será su fuerza *prima facie* en la ponderación inicial. De ahí que la tesis que aquí se defiende con respecto a los estándares de *soft law* es que, dado su perfil institucional bajo, entren en la balanza con peso reducido, y que ese peso vaya aumentando a base de autoridad epistémica, consenso moral u otras razones sustantivas.

De esta forma, el juez debe explicitar en la motivación de su decisión cómo pondera tales factores: cuanto mayor sea la distancia democrática del *soft law*, tanto más robusta deberá ser la justificación sustantiva que aporte para prevalecer sobre una norma dura. Así se compatibiliza la pretensión de corrección —exigencia axial en la teoría de Alexy— con el principio democrático, reconociendo la función auxiliar del *soft law* sin erosionar la jerarquía formal del sistema (Iniesta Delgado, 2025).

En otros términos, la paradoja de la eficacia normativa y ausencia de coercitividad del *soft law* (Zorzetto, 2025) se resuelve gracias a su disposición a ser usado en la argumentación: cuando el juez lo invoca debe aportar razones adicionales que compensen su déficit de validez formal. Por ello, el valor del *soft law* reside menos en su fuerza obligatoria que en su capacidad persuasiva y en la calidad de la justificación que陪伴e su aplicación.

V. Manifestaciones del *soft law*

Las manifestaciones del *soft law* comparten los tres rasgos mencionados: (1) presentan una apariencia en su creación y expresión documental cercana al Derecho positivo, aun-

que sin someterse a reglas pre establecidas que les dotarían de “validez” o “pertenencia al sistema”; (2) se apoyan más en la persuasión que en la coerción y (3) reúnen condiciones para ser aplicables y por tanto, eficaces en la dimensión jurídica, social y política.

En el plano interno o del Derecho estatal, constituyen ejemplos paradigmáticos los códigos deontológicos de profesionales como abogados o arquitectos o los protocolos médicos (como los vistos en la introducción); a ellos se suman los códigos de buenas prácticas impulsados por partidos políticos y sindicatos, junto con prontuarios judiciales y circulares emanadas de la Administración. A ellos pueden añadirse las recomendaciones de organismos autonómicos de transparencia, los pactos sectoriales de colaboración entre Administraciones públicas y entidades privadas, las guías metodológicas de evaluación de impacto normativo y los criterios técnicos emitidos por organismos como la Agencia Española de Protección de Datos o el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Todos estos documentos, aunque no generen obligaciones legales estrictas, condicionan la actuación administrativa, operan como instrumentos de autorregulación con eficacia normativa indirecta y ofrecen pautas de interpretación jurídica.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el *soft law* ha adquirido una presencia institucional y funcional particularmente destacada. Como subraya Piernas López (2025, pp. 224 y ss.), las fuentes jurídicas tanto típicas (recomendaciones y dictámenes del art. 288 TFUE) como atípicas (directrices, códigos de conducta, marcos interpretativos) representan ya más del 10 % de la producción normativa europea y despliegan efectos jurídicos reconocidos por el TJUE (pp. 223-224). En materias como las ayudas de Estado, el *soft law* permite a la Comisión definir criterios, reorientar fondos hacia fines supranacionales (I+D, medio ambiente) y responder de forma ágil a crisis económicas o sanitarias (pp. 210-218). Además, estos instrumentos blandos son usados por los tribunales nacionales. Esta trayectoria confirma que, en el marco comunitario, el *soft law* no es un mero instrumento auxiliar, sino una herramienta normativa con proyección transformadora y con capacidad de transición hacia el *hard law*. No obstante, esta expansión plantea dudas sobre su compatibilidad con el principio de subsidiariedad y con los límites democráticos del modelo constitucional multinivel europeo.

En el ámbito del Derecho internacional público, el *soft law* se presenta como una respuesta a la crisis de las fuentes clásicas. De hecho, Cervell Hortal (2025) subraya que, ante la pérdida de operatividad de la costumbre y la lentitud de los tratados, los Estados han comenzado a recurrir a formas normativas que escapan de las fuentes tradicionales. Este es el hábitat natural del *soft law*, que se manifiesta en directrices, decla-

raciones conjuntas y normas no vinculantes que permiten abordar con rapidez temas urgentes como la ciberseguridad, el cambio climático o los flujos migratorios. Un ejemplo paradigmático es el *Manual de Tallín* sobre el ciberespacio, así como las once normas de 2015 del Grupo de Expertos Gubernamentales de la ONU, que, pese a no ser vinculantes, han influido en el comportamiento estatal. Otras manifestaciones son las directrices técnicas que publican organismos económicos como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. A estos se suman las recomendaciones del GAFI en materia de blanqueo de capitales, los principios rectores de la OCDE sobre gobiernos corporativos y conducta empresarial responsable, los estándares de la OMC en procedimientos aduaneros o los manuales y guías emitidos por agencias multilaterales como la OMS o la FAO. Estas normas generan expectativas de cumplimiento, orientan la interpretación del Derecho internacional vigente e incluso pueden cristalizar como costumbre si los Estados las adoptan con convicción y repetición suficiente. Como señala Cervell Hortal (2025), cada vez es más habitual que los Estados se conformen con fijar estándares mínimos de conducta a través del *soft law*, aceptando que un mal acuerdo es preferible a ninguno. Así, las normas blandas, carentes en principio de fuerza vinculante, terminan siendo incorporadas a la legislación interna o utilizadas como referencia técnica y política en tratados, políticas nacionales y decisiones judiciales.

En el ámbito del Derecho internacional privado actúan como estándares las compilaciones de principios elaboradas por la academia y la práctica —los Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil (PETL), los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL) o los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. También deben considerarse como manifestaciones relevantes del *soft law* privado global los códigos de conducta de grandes plataformas tecnológicas, los estándares de sostenibilidad y gobernanza corporativa (ESG) promovidos por agencias internacionales, así como los marcos autorregulatorios en inteligencia artificial y comercio digital promovidos por alianzas empresariales transnacionales. Aunque estas normas no emanan de fuentes públicas tradicionales, condicionan decisiones corporativas, marcos contractuales y políticas regulatorias estatales, funcionando *de facto* como fuentes normativas informales en la gobernanza económica global.

Si bien el *soft law* puede mejorar la eficacia regulatoria y la coordinación supranacional, su utilización sin control parlamentario ni refrendo democrático directo corre el riesgo de desplazar la legitimidad representativa en favor de una lógica tecnocrática. Como advierten autores como Maduro (1997) o Lenaerts (2002), la integración nor-

mativa en la UE debe respetar no solo la eficacia funcional, sino también el equilibrio institucional entre los poderes democráticos y las agencias ejecutivas. El uso intensivo de *soft law* por parte de la Comisión puede, en ausencia de contrapesos adecuados, consolidar formas de regulación eficaz pero ajena al principio del consentimiento democrático, pilar esencial del constitucionalismo europeo.

Ciertos instrumentos, aunque influyentes, no deben considerarse *soft law* en sentido estricto. Es el caso, por ejemplo, de los informes de agencias de calificación crediticia, los editoriales de grandes diarios financieros y las declaraciones surgidas de foros como Davos. Si bien estos documentos pueden tener un impacto reputacional y económico significativo, carecen de un perfil institucional en el sentido de que no se insertan en estructuras normativas reconocidas, ni presentan una disposición sistemática a ser utilizados en el razonamiento jurídico por parte de operadores institucionales.

Además, quedan fuera del concepto: la doctrina académica actual, la costumbre jurídica y las recomendaciones que son producto de la actividad normativa férrea. La primera, por carecer de perfil institucional suficiente: aunque goza de autoridad epistemática y puede influir doctrinalmente en las prácticas interpretativo-aplicativas de los jueces, no emana de una estructura normativa organizada ni presenta intención normativa formal. La costumbre jurídica, por su origen espontáneo, descentralizado y evolutivo, su carácter no escrito, pero también su naturaleza de fuente del Derecho vinculante, es claramente distinta del *soft law*, que presupone cierta voluntad institucionalizada de emitir estándares. Finalmente, los dictámenes del Consejo de Estado, los preámbulos de leyes o los referéndums consultivos, aunque no vinculantes, forman parte de procedimientos formales del Derecho *duro*, y por tanto su fuerza interpretativa no los convierte en manifestaciones genuinas del *soft law*, sino en elementos auxiliares del *hard law* o del proceso normativo formal.

VI. A modo de conclusión: institucionalización débil, coerción blanda y vocación de eficacia normativa robusta del *soft law*

La necesidad teórica de afrontar el *soft law* es indudable, no solo a la vista del uso de la popularización de tal categoría y la pluralidad tipológica o de manifestaciones, sino también por el hecho de que su eficacia normativa presenta cada vez menos diferencias con su opuesto, el *hard law*.

El *soft law* se caracteriza por su naturaleza no vinculante en el sentido de no coercible y por su perfil institucional bajo, si se compara con las normas válidas. Sin embargo, ni la falta de coercibilidad, ni su mayor flexibilidad institucional debilitan su vocación de eficacia práctica.

Dos son los principales canales institucionales que permiten que una norma blanda adquiera relevancia jurídica: en primer lugar, la recepción por el legislador, quien traspone o convierte el contenido del *soft law* en regla obligatoria mediante un acto posterior y formal legislativo. Y, en segundo lugar, la incorporación judicial, debido a una remisión al *soft law*, que puede ser expresa o tácita, y que conduce a su uso como criterio interpretativo o integrativo del Derecho. Los tribunales, al aplicarlo reiteradamente, le confieren la fuerza práctica de un precedente. De estos dos modos, el *soft law* posee fuerza justificativa de decisiones públicas, legislativas y judiciales. Ahora bien, precisamente por carecer de validez formal, su empleo exige al aplicador del Derecho (pero también al legislador) una motivación reforzada, capaz de explicar por qué un parámetro “blando” prevalece (o coadyuva) frente a una fuente clásica. En otro caso, el principio democrático queda en entredicho y son, en efecto, las restricciones institucionales las que caracterizan al Derecho frente a otras formas de argumentación práctica general.

Referencias bibliográficas

- Akkerman, Robert J., van Krieken, Peter J. y Pannenborg, Charles O. (eds.), 1977: *Declarations on Principles: A Quest for Universal Peace in Honour of Dr. B. V. A. Röling*. Leyden, Sijthoff.
- Alexy, Robert, 1993 [1987]: *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alchourrón, Carlos Eugenio y Bulygin, Eugenio, 1987[1974]: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea. 1^a ed., 2^a reimpre-
sión, 1993.
- Arroyo Jiménez, Luis, 2023: “Beyond bindingness: A typology of EU soft law legal effects”, en Láncos, Péter L., Xanthoulis, Nikitas y Arroyo Jiménez, Lydia (eds.), *The Legal Effects of EU Soft Law*. Cheltenham, Edward Elgar, pp. 9-31.
- Bobbio, Norberto, 1991: *Teoría general del Derecho* (trad. Alfonso Ruiz Miguel). Ma-
drid, Debate.

- Boyle, Alan E., 1999: "Some reflections on the relationship of treaties and soft law". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, n.º 4, pp. 901-913.
- Cabra Apalategui, José Manuel; Fernández Cabrera, Marta; Garzón Cárdenas, Ricardo, 2025: *¿Realmente existen conflictos entre derechos?*, ed. Juan Antonio García Amado. Madrid, Palestra Europa.
- Cervell Hortal, María Jesús, 2025: "Cuando las fuentes tradicionales del Derecho internacional no son suficientes: las normas no vinculantes", en Iniesta Delgado, José Juan y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Soft law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 227-239.
- Cini, Michelle, 2000: "From soft law to hard law? Discretion and rules making in the Commission's State Aid Regime". EUI Working Paper n.º 35.
- Coderch, Pablo Salvador, 1985: *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona, Bosch.
- De la Cuerda Martín, Mónica, 2021: "La incidencia del soft law en la expansión del Derecho penal". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 59, pp. 211-234.
- Dupuy, René Jean, 1977: "Declaratory law and programmatic law: From revolutionary custom to soft law", en Akkerman, Robert J., van Krieken, Peter J. y Pannenborg, Charles O. (eds.), *Declarations on Principles: A Quest for Universal Peace in Honour of Dr. B. V. A. Röling*. Leyden, Sijthoff, pp. 247-257.
- Escudero Alday, Rafael, 2012: "El concepto de soft law", en Moreso, José Juan (ed.), *Contribuciones a la filosofía del Derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- _____, 2025: "Revisitando el soft law: ¿es tan soft como pretende?", en Iniesta Delgado, José Juan y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Soft law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 133-153.
- Ferrajoli, Luigi, 2001: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7a ed., trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Prólogo de N. Bobbio. Madrid, Trotta.
- García Yzaguirre, Víctor, 2025: "Regulación del comportamiento mediante normas de Soft Law. Apuntes para una clarificación conceptual", en Iniesta Delgado, José Juan y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Soft law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 101-130.
- García Pelayo, Manuel, 1969: "Auctoritas". *Anuario de la Universidad Central de Venezuela*, n.º 49, pp. 9-52.

- Garrido Gómez, María Isabel, 2017: *El soft law como fuente del Derecho extranacional*. Madrid, Dykinson.
- Habermas, Jürgen, 1998 [1992]: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (trad. Manuel Jiménez Redondo). Madrid, Trotta.
- Hart, Herbert L. A., 1963 [1961]: *El concepto de Derecho*, 2^a ed. (trad. Genaro Carrión). Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Iniesta Delgado, José Juan, 2025: “Soft law, término y realidad: explorando la definición y la referencia de una noción en evolución”, en Iniesta Delgado, José Juan y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Soft law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 19-59.
- Kelsen, Hans, 1982 [1960]: *Teoría pura del Derecho*, 2^a ed. (trad. Roberto Vernengo). México, UNAM.
- Láncos, Péter L. y Arroyo Jiménez, Luis, 2023: “Introduction”, en Láncos, Péter L., Xanthoulis, Nikitas y Arroyo Jiménez, Lydia (eds.), *The Legal Effects of EU Soft Law*. Cheltenham, Edward Elgar, pp. 1-8.
- Laporta San Miguel, Francisco José, 2014: “Gobernanza y soft law”, en Ruiz Miguel, Andrés (ed.), *Entre Estado y cosmópolis*. Madrid, Trotta.
- Lenaerts, Koen, 2002: “Constitutionalism and the Many Faces of Federalism”. *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, n.º 2, pp. 205-263.
- Maduro, Miguel Poiares, 1997: *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford, Hart Publishing.
- Marmor, Andrei, 2019: “Soft Law, Authoritative Advice and Non-binding Agreements”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 39, n.º 3, pp. 507-525.
- Martin, Charles B. y Heil, John, 1999: *The Ontological Turn*. Oxford, Blackwell Publishing.
- Martín León, Antonio, 2009: “Lex artis y protocolos médicos”, en Morillas Cueva, Lorenzo (dir.) y Suárez López, José María (coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, pp. 463-486. Madrid, Dykinson.
- McNair, Arnold Duncan, 1961: *The Law of Treaties*. Oxford, Clarendon Press.

- Mittelstadt, Brent, 2019: “Principles alone cannot guarantee ethical AI”. *Nature Machine Intelligence*, vol. 1, n.º 11, pp. 501-507.
- Muñoz San Roque, Isabel, 2012: *El Espacio Europeo de Educación Superior: ¿un cambio deseable para la Universidad?* Madrid, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas.
- Núñez Vaquero, Álvaro, 2025: “El aspecto institucional del Soft Law”, en Iniesta Delgado, José Juan y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Soft law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 171-201.
- Papayannis, Diego, 2021: “¿Qué es el soft law?”. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, n.º 54, pp. 1-31.
- _____ 2025: “Breves notas sobre el soft law, su papel en el razonamiento jurídico y la racionalidad de su expansión”, en Iniesta Delgado, José Juan y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Soft law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 61-100.
- Piernas López, Juan Jorge, 2025: “El Soft Law en la Unión Europea”, en Iniesta Delgado, José Juan y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Soft law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 202-227.
- Ramírez Ludeña, Lorena, 2025: “Soft law y precedente judicial en el civil law”, en Iniesta Delgado, José Juan y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Soft law: Aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons, pp. 154-170.
- Raz, Joseph, 1991 [1975]: *Razón práctica y normas* (trad. Juan Ruiz Manero). Madrid, CEPC.
- Ross, Alf, 2009: *Directives and Norms*, 2ª ed. New Jersey, Lawbook Exchange.
- Sheehy, Brett, 2019: “TNC code of conduct or CSR?”, en Rahim, Mohammad Mahmood (ed.), *Global Code of Conduct on TNCs*. Cham, Springer.
- _____ 2023: “Soft Law”, en Idowu, Samuel O. et al. (eds.), *Encyclopedia of Sustainable Management*. Cham, Springer.
- Shelton, Dinah, 2000: *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford, Oxford University Press.
- Tasioulas, John, 2020: “The Rule of Law”, en Corradetti, Corrado (ed.), *The Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, pp. 145-169.

Van Hoof, Godefridus Jan Hendrik, 1983: *Rethinking the Sources of International Law*. La Haya, Kluwer.

Von Wright, Georg Henrik, 1970 [1963]: *Norma y acción: una investigación lógica* (trad. Pedro García Ferrero). Madrid, Tecnos.

Wagner, Ben, 2018: "Ethics as an escape from regulation: From ethics washing to ethics shopping?", en Bayamlioglu, Elif, Baraliuc, Irina, Janssens, L. y Hildebrandt, Mireille (eds.), *Being Profiled: Cogitas Ergo Sum*. Amsterdam, Amsterdam University Press, pp. 260-273.

Weeks, Gregory, 2016: *Soft Law and Public Authorities: Remedies and Reform*. Londres, Bloomsbury Publishing.

Zorzetto, Silvia, 2025: "Soft law: un tropo seductor que encapsula viejos problemas". Ponencia presentada en el II Workshop sobre soft law, Facultad de Derecho de Murcia, 10-11 abril 2025.

Notas

- 1 Este documento fue dictado en marzo de 2020, durante la fase álgida de la pandemia de Covid-19, por el director de Coordinación Sociosanitaria de la Comunidad de Madrid. El rótulo del documento ("Protocolo"), supone, en línea de principio, que se trata de un instrumento de manejo clínico o médico. Sin embargo, su contenido era una instrucción clara de triaje, prohibiendo la derivación a hospitales públicos de ancianos con movilidad reducida y demencia. El contexto en el que se produce el documento es el de una situación de "medicina de guerra", con escasez de recursos públicos disponibles. Tras el protocolo late la hipótesis médica genérica de la baja probabilidad de supervivencia de los ancianos mencionados. Sí podían, de acuerdo con el Protocolo, ser derivados a sus respectivos centros hospitalarios, los ancianos en iguales condiciones que dispusiesen de seguros privados.
- 2 En el caso particular, el valor jurídico del Protocolo (vinculante u orientativo) se revela esencial: la responsabilidad por las presuntas negligencias y/o delitos podría ser de los autores del Protocolo (valor vinculante), bien de las residencias (valor de recomendación). Los directores de las residencias alegan que tenía carácter vinculante, en cuyo caso, la responsabilidad por los posibles delitos recae en quienes lo diseñaron y aprobaron. Los firmantes del Protocolo aluden a su valor de directriz médica sin valor jurídico, y tratándose de una norma blanda, la imputación se centraría en las residencias, al no haber evaluado caso a caso a la luz de una mera recomendación.
- 3 El TSJ de Canarias impugnó el valor del protocolo de un hospital como excusatorio en el retraso de diagnóstico de cáncer de mama. Consideró pérdida de oportunidad y mala

praxis o infracción de la *lex artis*, al no realizarse pruebas complementarias. La sentencia subraya que el protocolo local del hospital no puede justificar por sí solo la ausencia de esas pruebas, exigidas por la ciencia médica del momento. En otras palabras, la resolución deja claro que los protocolos médicos no pueden limitar la exigencia de medios diagnósticos que marca la *lex artis* y que la adecuada atención médica debe garantizarse con independencia del protocolo hospitalario, requiriéndose actuar según el conocimiento y estándares médicos generales (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a. Sentencia 138/2018, de 9 de abril de 2018).

- 4 La vinculación entre *auctoritas* y *soft law*, de un lado, y *potestas* y *hard law*, de otro lado, no ignora que, en el *hard law* la distancia diametral entre la *auctoritas* y la *potestas* ha tratado de ser matizada o relativizada por las propias teorías jurídicas positivistas contemporáneas. Superado el absolutismo de John Austin, la fuerza de la ley reposa en la legitimidad democrática y en su reconocimiento institucional, y no solo en la amenaza de sanción. En clave hartiana, la obediencia no se explica solo por razones prudenciales, sino también morales, interiorizadas especialmente por los aplicadores del Derecho (teoría de la regla de reconocimiento como clave de bóveda de Derecho). Asimismo, Raz ahonda en las razones morales de la autoridad: esta se halla justificada cuando está al servicio de la razón práctica. Siguiendo sus directivas, cumplimos mejor las razones que ya nos rigen. Es por ello que las normas jurídicas operan como razones excluyentes o normas de segundo orden, que reemplazan nuestro balance individual.
- 5 De la Cuerda se detiene en el delito de autoblanqueo de capitales. Las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), no vinculantes pero dotadas de mecanismos de evaluación y presión política, han inspirado reformas legislativas que tipifican no sólo la ocultación sino también el mero uso o posesión de bienes ilícitos (art. 301 CP). Además, al considerar el fraude fiscal (art. 305 CP) como delito previo, se produce una superposición de incriminaciones que contraviene el principio *non bis in idem*. De esta forma, una recomendación internacional –soft law– termina generando un incremento del *ius puniendi* sin el necesario filtro democrático. El ejemplo ilustra la tendencia de los gobiernos a recurrir a instrumentos no vinculantes porque evitan los controles parlamentarios y permiten a los ejecutivos mantener el control normativo. De la Cuerda reclama por ello un examen crítico de estas fuentes: su mera procedencia técnica o internacional no justifica su incorporación acrítica al ordenamiento, menos aún cuando comportan una ampliación del castigo.
- 6 Una propiedad disposicional es una capacidad o tendencia de algo a producir ciertos efectos bajo condiciones adecuadas. No describe un estado actual, sino una potencialidad de manifestarse —como la fragilidad del vidrio, que sólo se muestra si recibe un golpe. En palabras de Martin y Heil (1999), su identidad depende de “lo que haría o cómo se manifestaría en determinadas circunstancias”. Estas propiedades, enraizadas en la noción aristotélica de *dynamis*, revelan que la realidad no se reduce a hechos actuales, sino que incluye poderes y posibilidades causales.
- 7 Núñez Vaquero (2025) identifica tres mecanismos institucionales que permiten trans-

formar normas blandas en fuentes relevantes: (a) el reenvío normativo expreso, cuando una norma de *hard Law* alude directamente al contenido del *Soft law* y lo incorpora ipso iure; (b) la transposición normativa, cuando dicho contenido se convierte en norma vinculante a través de un acto legislativo o reglamentario posterior; y (c) la consolidación jurisprudencial, cuando los tribunales, por vía interpretativa, otorgan a ciertos estándares blandos la función de precedentes operativos. García Yzaguirre (2025, pp. 105-120), a través de una doble mirada que permite explicar “lo que es” el *Soft law* (plano ontológico) y, sobre todo, “lo que hace” (plano funcional), pone de relieve la capacidad del *soft law* para incidir en la toma de decisiones legislativas y judiciales pese a su invalidez formal y destaca dos funciones: a) *función constitutiva*, creando categorías, competencias o prácticas institucionales que, de hecho, condicionan la producción y aplicación del *hard Law*. Y b) *función prescriptiva*, orientando conductas con vocación de estabilidad, sin generar deberes jurídicos directos.

Recepción: 8 junio 2025

Revisión: 6 octubre 2025

Aceptación: 6 octubre 2025