

JUAN JOSÉ INIESTA DELGADO
ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO
(EDS.)

SOFT LAW:
**ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	pág.
INTRODUCCIÓN	13
 PARTE I RECONSTRUCCIONES DEL <i>SOFT LAW</i>	
<i>SOFT LAW</i>, TÉRMINO Y REALIDAD: EXPLORANDO LA DEFINICIÓN Y LA REFERENCIA DE UNA NOCIÓN EN EVOLUCIÓN , por <i>Juan José Iniesta Delgado</i>	19
1. Introducción.....	19
2. Dificultades de una expresión en crecimiento.....	22
2.1. El problema de la expresión.....	22
2.2. El problema de la referencia	24
2.3. El problema de la caracterización.....	25
3. Identificación del <i>soft law</i>	26
3.1. Identificación ontológica.....	26
3.2. Identificación funcional	27
4. Sobre la normatividad del <i>soft law</i>	28
4.1. ¿ <i>El soft law</i> está integrado por normas?	30
4.1.1. ¿ <i>Qué son normas</i> ?	30
4.1.2. <i>Normas de soft law</i>	32
4.1.3. <i>Características de las normas de soft law</i>	33
4.2. ¿ <i>El soft law</i> regula conductas?	38
5. Sobre la fuerza vinculante del <i>soft law</i>	40

	pág.
5.1. Si carece de fuerza vinculante, ¿de qué carece el <i>soft law</i> ?	40
5.2. ¿Por qué el soft law no tiene fuerza vinculante?	41
5.3. ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?	44
6. Sobre los efectos jurídicos del <i>soft law</i>	46
6.1. Posibles efectos del <i>soft law</i>	46
6.2. Explicación de los efectos del <i>soft law</i>	48
7. Algunas respuestas «blandas» a preguntas «duras»	53
Bibliografía	56

BREVES NOTAS SOBRE EL *SOFT LAW*, SU PAPEL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LA RACIONALIDAD DE SU EXPANSIÓN, por *Diego M. Papayannis*

	61
1. Una primera aproximación a las notas distintivas del <i>soft law</i>	61
2. <i>Soft law</i> y la fuerza latente del derecho no respaldado por sanciones	69
3. Recomendaciones jurídicas y <i>soft law</i>	73
4. Normas jurídicas no vinculantes, regla de reconocimiento y <i>soft law</i>	77
5. La incorporación y la recepción del <i>soft law</i> en el razonamiento jurídico	83
6. La proliferación del <i>soft law</i> y su racionalidad legislativa	89
7. Conclusiones	96
Bibliografía	97

REGULACIÓN DEL COMPORTAMIENTO MEDIANTE NORMAS DE *SOFT LAW*. APUNTES PARA UNA CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL, por *Víctor García Yzaguirre*

	101
1. Introducción	101
2. <i>Soft law</i>	102
2.1. Propuesta de reconstrucción del modelo compartido	103
2.1.1. Creación de instrumentos de <i>soft law</i>	105
2.1.2. Identificación de normas de <i>soft law</i>	107
2.1.3. Medios no coercitivos	111
2.2. Funciones de las normas de <i>soft law</i>	114
2.2.1. Función experimental	114
2.2.2. Función constitutiva	116
2.2.3. Función prescriptiva	120
3. Normas de <i>soft law</i> y seguridad jurídica	121
3.1. Previsibilidad	121

	pág.
3.2. Controlabilidad	124
4. Conclusiones.....	126
Bibliografía.....	127

PARTE II

MIRANDO EL *SOFT LAW* A TRAVÉS DEL ESPEJO

REVISITANDO EL <i>SOFT LAW</i>: ¿ES TAN <i>SOFT</i> COMO PRETENDE? , por <i>Rafael Escudero Alday</i>	133
1. Introducción.....	133
2. El <i>soft law</i> revisitado	135
2.1. La crisis de 2008 y la retirada de lo público	135
2.2. Otras perspectivas de análisis: su afectación a la regulación del mercado	139
2.3. A vueltas con el debate conceptual	141
3. La autorregulación como fórmula de <i>soft law</i> : perfil y efectos	144
3.1. El caso de la autorregulación de la publicidad en España..	144
3.2. Los efectos de los códigos de autorregulación.....	148
3.3. Pero aún hay más.....	150
4. Un último apunte: el coste reputacional de la regulación	151
Bibliografía.....	152

<i>SOFT LAW</i> Y PRECEDENTE JUDICIAL EN EL <i>CIVIL LAW</i> , por <i>Lorena Ramírez-Ludeña</i>	155
1. Introducción.....	155
2. Los precedentes interpretativos en el <i>civil law</i> . Tres cuestiones	156
2.1. La actividad creativa.....	157
2.2. El carácter vinculante	160
2.3. El carácter de fuente de derecho	164
3. Precedentes, <i>soft law</i> y deliberación	165
4. Consideraciones finales.....	168
Bibliografía.....	169

EL ASPECTO INSTITUCIONAL DEL <i>SOFT LAW</i> , por <i>Álvaro Núñez Vaquero</i>	171
1. Introducción.....	171
2. El <i>HARD LAW</i> como conjunto normativo institucionalizado.....	173
2.1. Kelsen, Hart y Raz sobre la institucionalización del derecho	175

	pág.
2.2. Formas posteriores de institucionalización del derecho	177
2.2.1. <i>Mecanismos de resolución heterónoma de conflictos</i>	178
2.2.2. <i>Profesionalización de la jurisdicción</i>	179
2.2.3. <i>Asesores jurídicos profesionales</i>	180
2.2.4. <i>Estudios jurídicos reglados</i>	182
3. La institucionalización como rasgo característico del <i>SOFT LAW</i>	183
3.1. Profesionalización de los sujetos que dictan <i>soft law</i>	184
3.1.1. <i>Temporalidad del órgano que emana el soft law</i> .	184
3.1.2. <i>Representatividad y dedicación exclusiva de miembros de órganos de soft law</i>	185
3.2. Estudios específicos sobre <i>soft law</i>	185
3.3. Competencia normativa para la creación del <i>soft law</i>	186
3.4. Contenido de la competencia para dictar <i>soft law</i>	189
3.4.1. <i>Competencia para dictar directivos individuales</i>	189
3.4.2. <i>Competencia para dictar directivos generales</i>	190
3.5. Meta-directivos de competencias de <i>soft law</i> y su controlabilidad judicial.....	191
3.5.1. <i>Las normas y directivos sobre competencias de soft law</i>	191
3.5.2. <i>Controlabilidad de la corrección del soft law</i>	193
3.6. Aplicabilidad del <i>soft law</i>	195
3.6.1. <i>Aplicabilidad del soft law por creación de un precedente jurisdiccional</i>	195
3.6.2. <i>Aplicabilidad del soft law por reenvío</i>	195
3.7. <i>Soft law</i> transpuesto como <i>hard law</i>	196
4. Breve conclusión	197
Bibliografía.....	197

PARTE III *SOFT LAW* POSITIVO

EL <i>SOFT LAW</i> EN LA UNIÓN EUROPEA , por Juan Jorge Piernas López.....	203
1. Introducción: definición, clasificación y relevancia	203
2. El <i>soft law</i> y la definición de ayuda de estado	206
3. El <i>soft law</i> y la compatibilidad de las ayudas de estado	210

	pág.
3.1. El <i>soft law</i> como instrumento normativo ante la reticencia de los Estados.....	210
3.2. El <i>soft law</i> como instrumento de integración positiva	212
3.3. El <i>soft law</i> como respuesta en tiempos de crisis	214
3.3.1. El <i>soft law</i> y la crisis financiera	214
3.3.2. La pandemia covid-19	217
3.3.3. La crisis de Ucrania	218
4. El <i>soft law</i> y la aplicación de las normas de ayudas estatales por los tribunales españoles	220
5. conclusiones	223
Bibliografía.....	225

CUANDO LAS FUENTES TRADICIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL NO SON SUFICIENTES: LAS

NORMAS NO VINCULANTES , por <i>María José Cervell Hortal</i>	227
1. Introducción.....	227
2. El <i>soft law</i> para el derecho internacional	229
3. Las normas que <i>no quieren</i> ser vinculantes: una herramienta cada vez más recurrente.....	233
3.1. Configuración	233
3.2. Su empleo en ámbitos determinados (el ciberespacio).....	234
4. Reflexiones finales	238
Bibliografía.....	239

¿SOFT LAW EN DERECHO TRIBUTARIO? EL CASO DE LOS COMENTARIOS DEL MODELO DE DOBLE

TRIBUTACIÓN , por <i>Hugo Osorio Morales</i>	243
1. Introducción.....	243
2. Comentarios y Derecho tributario internacional	247
2.1. Los desafíos de un sistema descentralizado de tributación internacional: competencia y cooperación.....	247
2.2. Potestad para imponer tributación y doble tributación internacional	248
2.3. La OCDE	250
2.4. Convenios de Doble Imposición	252
2.5. Modelos y comentarios	254
2.6. CDI-OCDE, doble tributación, evasión y elusión	256
3. Vacilaciones dogmáticas y jurisprudenciales	257

	<u>pág.</u>
3.1. Los comentarios como herramientas interpretativas	257
3.2. Vacilaciones y perplejidad	259
3.3. Experiencia en Colombia y España.....	261
3.3.1. <i>Colombia</i>	262
3.3.2. <i>España</i>	263
4. Algunas conclusiones preliminares: Comentarios y <i>soft law</i>	265
4.1. <i>Soft Law</i>	265
4.2. Comentarios y <i>soft law</i>	266
Bibliografía.....	268

INTRODUCCIÓN

RECONSTRUCCIONES DEL *SOFT LAW*

El presente volumen constituye un intento, a múltiples voces, por aclarar el estatus del *soft law*, su funcionamiento y su incidencia en nuestros ordenamientos jurídicos. Los trabajos de este volumen se enmarcan en el proyecto de investigación *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 2002) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

El trabajo del profesor Iniesta parte de la constatación de las dificultades para definir el término «*soft law*», así como de la enorme heterogeneidad de documentos que suelen ser calificados como tales. Para tratar de arrojar luz sobre el significado de dicha expresión, el profesor Iniesta comienza constatando dos hechos: en primer lugar, la expresión es empleada para hacer referencia a documentos que pretenden dirigir el comportamiento; en segundo lugar, se trata de documentos que, por necesidad o por elección, no imponen un tipo de comportamiento. Aborda luego la cuestión acerca de si el *soft law* está o no compuesto por normas, comenzando por aclarar qué son las normas y en qué sentido serían normas aquellas de *soft law*. El siguiente apartado lo dedica a perfilar en qué sentido el *soft law* carecería de fuerza vinculante, las causas de dicha carencia y las consecuencias resultantes de ello. El penúltimo apartado está dedicado a analizar los efectos jurídicos del *soft law*. Finalmente, plantea algunas cuestiones —tales como si el *soft law*

es o no derecho o sobre su real eficacia— para las que ofrece algunas respuestas «blandas».

El trabajo del profesor Diego Papayannis parte constatando una enorme heterogeneidad de conceptos y entidades de las que afirmar que se trata de *soft law*. Sin embargo, no todas estas aproximaciones son plausibles, debiendo descartarse aquellas que confunden el derecho con este fenómeno extra-jurídico, que debe ser reconstruido como un conjunto de normas no válidamente producidas por ningún ordenamiento jurídico. El autor introduce además la distinción entre normas de *soft law* y recomendaciones jurídicas, sosteniendo que ambas no deben ser asimiladas, y que las segundas tienen un mayor peso en la justificación de las posibles decisiones judiciales. Posteriormente, Papayannis deslinda los fenómenos del *soft law* respecto de la jurisprudencia y la dogmática jurídica. Finalmente, presenta —mediante un análisis económico del derecho— la racionalidad de que el legislador promueva la autorregulación, tomando como caso de estudio los protocolos médicos.

El objetivo del profesor Víctor García Yzaguirre es, partiendo de un análisis de los diferentes conceptos, propiedades y funciones que se atribuyen al *soft law*, establecer si aquel supone una amenaza o no para la seguridad jurídica. En tal sentido, caracteriza las normas de *soft law* como normas con capacidad de influencia y que pueden activar tanto deberes ulteriores como cargas de argumentación. Empleando la noción de instrumento de *soft law*, distingue entre métodos de producción determinados e indeterminados, dependiendo de la normativa para su creación. A dicha caracterización incorpora los rasgos de falta de vinculatoriedad y ausencia de medios coercitivos. Una vez establecidas las diferentes funciones que puede cumplir el *soft law*, pasa a reconstruir dos sentidos de seguridad jurídica: como previsibilidad y como controlabilidad. En contra de lo que pudiera parecer, la presencia del *soft law* puede mejorar, en lugar de empeorar, la seguridad jurídica en ambos sentidos.

MIRANDO EL *SOFT LAW* A TRAVÉS DEL ESPEJO

El trabajo del profesor Rafael Escudero parte de la premisa de la revisión de un trabajo suyo de 2012. Comenzando con una reconstrucción crítica, Escudero justifica un cambio de aproximación respecto de su trabajo anterior: en aquella ocasión su perspectiva se centraba en la consideración del *soft law* como mecanismo alternativo de regulación del comportamiento, más flexible tanto en su elaboración como en las consecuencias de su no seguimiento. En esta ocasión Escudero da muestra de cómo los mecanismos de *soft law* pueden tener importantes efectos en la conformación del comportamiento. Para ello se sirve

especialmente del análisis de la autorregulación en el mercado de la publicidad en España. Es más, llega a mostrar cómo en algunos ámbitos la promoción y la autolimitación de los poderes públicos en favor de la autorregulación, llega incluso a establecer una jerarquía de las normas producto de la autorregulación frente a la estatal.

El trabajo de la profesora Lorena Ramírez Ludeña establece un paralelismo entre precedentes no vinculantes y *soft law*. Para someter a escrutinio dicho paralelismo analiza tres cuestiones clave en relación con los precedentes interpretativos. En primer lugar, si, y en qué sentido, los jueces crean derecho. En segundo lugar, si precedentes y *soft law* pueden ser, y en qué sentido, considerados como vinculantes. En tercer lugar, si los precedentes interpretativos y *soft law* pueden ser considerados como fuentes supletorias del derecho. En la última parte de su trabajo, la autora analiza las similitudes entre *soft law* y precedentes interpretativos desde el punto de vista de la deliberación. Pese a que las reconstrucciones más habituales tienden a presentar al *soft law* como un contexto ideal para la deliberación de los sujetos afectados por aquel, y a los precedentes como supresores de la deliberación, Ramírez Ludeña explora cómo determinados diseños institucionales favorecen el diálogo racional.

El trabajo del profesor Álvaro Núñez Vaquero aborda la cuestión del *soft law* desde una perspectiva institucional, cuestionando la idea común de que el *soft law* se diferencia fundamentalmente del *hard law* por su falta de coercibilidad. Propone que la clave para entender el *soft law* no reside solo en su no vinculatoriedad, sino en su grado de institucionalización, lo cual lo acerca al *hard law*. A través del análisis de las teorías de Kelsen, Hart y Raz, se examina cómo la creación de normas y la aplicación de sanciones por órganos especializados son elementos cruciales que permiten medir la institucionalización tanto del *hard* como del *soft law*. A partir de esta base teórica, se desarrolla una aproximación gradual a la institucionalización, teniendo en cuenta diferentes factores tales como la profesionalización de los sujetos que dictan *soft law*, la existencia de estudios específicos o su capacidad de generar efectos jurídicos, entre otros. A pesar de su falta de coerción directa, debe entenderse como un fenómeno jurídico institucionalizado que posee un impacto significativo en los ordenamientos jurídicos modernos.

SOFT LAW POSITIVO

El trabajo de Juan Jorge Piernas López parte mostrando la importancia del fenómeno del *soft law* en el ámbito del derecho europeo, haciendo especial referencia al derecho de las ayudas de estado. De hecho, la propia Comisión Europea, a través de una Comunicación, definió el concepto de ayuda de estado, pese a que —como luego

certificaría el TJUE— carecía de las competencias para hacerlo. Sin embargo, el papel del *soft law* en este ámbito va mucho más allá de la simple definición. Además de haber servido como instrumento para que la Comisión resistiese frente a las presiones de los estados miembros para aprobar determinadas ayudas, el *soft law* ha jugado un papel importantísimo en el marco de las diferentes crisis económicas de principios del siglo XXI. Mediante la creación de marcos especiales a través de instrumentos de *soft law*, la Comisión ha incrementado notablemente su poder de decisión mediante instrumentos de carácter general que le han permitido formular una regulación al margen de las fuentes formales que juega actualmente un papel determinante en la autorización de las ayudas de estado.

El trabajo de la profesora María José Cervell Hortal aborda el desarrollo y relevancia del *soft law* en el derecho Internacional, destacando su papel como alternativa flexible a las fuentes normativas tradicionales. En ausencia de un poder legislativo internacional formal, y debido a la necesidad de respuestas rápidas en un mundo globalizado, el *soft law* ha ganado terreno. Se define como normas que, aunque no vinculantes, influyen en las relaciones internacionales y en la creación de normas futuras, como en el caso de los derechos humanos y el medio ambiente. Además, se analizan las características y ventajas de estas normas no obligatorias, que son rápidas de elaborar, no requieren ratificación parlamentaria y facilitan acuerdos en áreas como el ciberespacio, donde las normas tradicionales resultan inadecuadas. El texto finaliza reflexionando sobre cómo el *soft law* se ha consolidado como un instrumento de regulación relevante en la dinámica internacional contemporánea.

El trabajo del profesor Hugo Osorio tiene dos objetivos principales. El primero de ellos es establecer el papel que juegan, y las vacilaciones de la doctrina al respecto, los Comentarios al modelo de doble imposición de la OCDE. El segundo de ellos consiste en establecer si dichos comentarios pueden ser enmarcados dentro del *soft law*, alguna otra categoría ya disponible, o si por el contrario resulta necesario acuñar una nueva categoría para su comprensión. Una vez expuesto el papel del modelo de doble tributación, analiza cómo los comentarios tienen una grandísima aplicación en la práctica, incluso de manera retroactiva a convenios firmados bajo modelos de tratado de doble imposición previos y diferentes. A continuación, se somete a escrutinio las diferentes reconstrucciones que de los Comentarios ha ofrecido la dogmática tributarista (como herramientas interpretativas; recomendaciones de *soft law*; e incluso instrumentos vinculantes) y se comparan con las posiciones adoptadas por los tribunales españoles y colombianos. Se concluye afirmando que, debido a las presiones existentes para su cumplimiento, así como su precisión, los comentarios no parecen encajar en las conceptualizaciones del *soft law*.

PARTE I
RECONSTRUCCIONES
DEL *SOFT LAW*

SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 19-59

DOI: 10.37417/soft-law/01

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

***SOFT LAW*, TÉRMINO Y REALIDAD: EXPLORANDO LA DEFINICIÓN Y LA REFERENCIA DE UNA NOCIÓN EN EVOLUCIÓN**

Juan José INIESTA DELGADO
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. DIFICULTADES DE UNA EXPRESIÓN EN CRECIMIENTO: 2.1. El problema de la expresión; 2.2. El problema de la referencia; 2.3. El problema de la caracterización— 3. IDENTIFICACIÓN DEL *SOFT LAW*: 3.1. Identificación ontológica; 3.2. Identificación funcional.— 4. SOBRE LA NORMATIVIDAD DEL *SOFT LAW*: 4.1 ¿El *soft law* está integrado por normas?: 4.1.1 ¿Qué son normas?; 4.1.2 Normas de *soft law*; 4.1.3 Características de las normas de *soft law*. 4.2 ¿El *soft law* regula conductas?.— 5. SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DEL *SOFT LAW*: 5.1 Si carece de fuerza vinculante, ¿de qué carece el *soft law*?; 5.2 ¿Por qué el *soft law* no tiene fuerza vinculante?; 5.3 ¿Cuáles son las consecuencias de no tener fuerza vinculante?.— 6. SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL *SOFT LAW*: 6.1 Posibles efectos del *soft law*; 6.2 Explicación de los efectos del *soft law*.— 7. ALGUNAS RESPUESTAS «BLANDAS» A PREGUNTAS «DURAS».— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la irrefutable necesidad del derecho en cualquier sociedad humana mínimamente civilizada, inveteradamente reflejada en el aforismo «*ubi societas ibi ius*»¹, no deja de resultar una necesidad incómoda, puesto que supone un apremio indeclinable al obrar huma-

¹ Sobre la falta de exactitud de este aforismo y la ausencia de sincronía entre el origen de la sociedad y el origen de las formas jurídicas y políticas, CAPELLA, 1997: 18-21.

no que parece incompatible con unas aspiraciones de libre actuación a las que no estamos dispuestos a renunciar alegremente. No es de extrañar, pues, la recurrente aparición de tesis y actitudes anarquistas o cercanas a anarquismo que se rebelan contra esa coacción a la libertad humana que consideran inasumible. Como tampoco es de extrañar el poco éxito cosechado por dichas tesis y actitudes, al chocar sus pretensiones con una necesidad de organización que no se deja sortear con facilidad. La persistencia de la presencia y fuerza del derecho en todo tiempo y lugar es una manifestación del inevitable sometimiento de la mera conveniencia a la implacable necesidad.

En nuestros días la controversia entre necesidad e incomodidad del derecho adquiere los tonos y los perfiles propios de los problemas específicos que apremian a nuestra sociedad. Confluyen, de este modo, nuevas exigencias, nuevas relaciones, nuevos conflictos y todas las dificultades del mundo para procurar una organización adecuada a unas realidades que, por su novedad, son experimentadas a la par que exigen ser reguladas. Si nada garantiza que el derecho largamente reflexionado sobre viejas cuestiones acierte con las soluciones que propone, cuanto más podrá ser falible, ineficiente, inoportuno, contraproducente incluso, un derecho que se formula sin más método que el ofrecido por la dinámica ensayo-error, desarrollada con la celeridad que reclama una realidad que evoluciona a ritmo de vértigo².

En este contexto, cabe apreciar que nuestras aspiraciones de organización social, por lo que se refiere al derecho, se debaten entre lo que puede calificarse como fenómenos de *hiperregulación* y fenómenos de *desregulación*.

Por lo que a la hiperregulación se refiere, sus causas se han tratado de encontrar en diversos factores, como el incremento de las funciones del Estado (LÓPEZ DE OÑATE, 2007: 39), el sometimiento del poder a derecho (TORRES RUIZ, 1992: 370), el incremento de la producción normativa por la Administración pública, pasando de una administración de gestión a una administración de regulación (INMORDINO y MODICA, 2002: 287), la aparición de nuevos centros de poder normativo (CASTILLO BLANCO, 2002: 22-23), la utilización de la legislación como propaganda (DESDENTADO BONETE, 2009: 8-9), etc. Son muchos los aspectos de la realidad en los que se aprecia la necesidad de orden, en los que se advierte la posibilidad del conflicto y cada vez más los detalles que hay que tener en cuenta, desencadenando la proliferación de una regulación particularizada, que baja al detalle de cada situación concreta.

² De «Legislación motorizada» hablaba C. SCHMIDT, si bien referida a la producción de decretos del gobierno (SCHMITT, 1950: 20). Sobre la alusión al «legislador motorizado» como denuncia de este proceso de legislación irreflexiva, véase MENÉNDEZ, 1999: 21.

Por otro lado, un fenómeno aparentemente opuesto, como es el de la desregulación (MARCILLA, 2005: 240), también es apreciable en la aparición y expansión de ámbitos de la realidad social que rehúyen el corsé impuesto por las normas jurídicas, a veces por pura y simple aversión a los límites impuestos externamente³, reflejado en exigencias de autonomía que se aprecian especialmente vibrantes en el ámbito económico, dando lugar al conocido fenómeno de la *desregulación financiera* que desde el último tercio del siglo pasado ha ido progresivamente eliminado las restricciones a las actividades bancarias, sobre todo en los países más desarrollados (SWARY y TOPF, 1993). Otras veces deriva de la desconfianza hacia las normas provenientes del aparato del Estado que se perciben insatisfactorias frente a realidades socialmente complejas o muy tecnificadas (SARMIENTO, 2008: 66), dando lugar a lo que se ha llamado «externalización» (*outsourcing*) de la producción de reglas, fenómeno por medio del cual, los órganos de creación normativa del estado se descargan de su la tarea de regular el detalle, limitándose a disponer las metas a alcanzar (WESTERMAN, 2018b: 8 ss.). En otros casos, lo que se desprecia es la ineficacia de las fuentes de derecho, cuando no existe un poder suficiente para imponerlas, como paradigmáticamente se viene apreciando en el ámbito del derecho internacional⁴.

Esta dialéctica entre las acuciantes necesidades de regulación y la ineficacia e insuficiencia de los instrumentos jurídicos para satisfacerlas es el terreno fértil en el que se ha sembrado y desarrollado la irregular semilla del *soft law*: un «derecho» que no impone, una regla que no oprime, orientación amable frente a imposición violenta, reglas cuyo cumplimiento se solicita «por favor» y no «porque sí».

Hay muchas preguntas interesantes planteadas sobre este curioso fenómeno que parece habitar en las fronteras del derecho: ¿por qué surge?, ¿para qué sirve?, ¿quién lo promueve? ¿A qué tipo de instrumentos, actos o hechos se puede aplicar este término? Tanto la dogmática jurídica como la teoría del derecho se enfrentan a estas cuestiones, a veces inquietas a causa de la duda acerca de si realmente se trata de asuntos de su incumbencia. Tal vez porque, subyacente a todas esas preguntas, se oculta la fundamental demanda ontológica: «¿qué es el *soft law*?». Y, sobre todo, por el temor a que la respuesta pueda exiliarles fuera de su ámbito de competencia.

³ CAPELLA señala que esta aversión a los límites puede provenir de los mismos aparatos estatales y de su deseo de intervenir en ciertos ámbitos por *medios extrajurídicos*, sin quedar vinculados por normas (CAPELLA, 1997: 49).

⁴ Sobre estas aproximaciones críticas a la eficacia del derecho internacional se pueden consultar las aportaciones de diversos autores en *Proceedings of the ASIL Annual Meeting 2009*, bajo el epígrafe *In What Sense is International Law Law*? También, en el mismo sentido se apunta que el habitual empleo de instrumentos de *soft law* en el seno de las instituciones europeas es una manifestación de la debilidad de la Unión Europea derivada de los problemas que presenta la integración entre sus miembros (ESCUDERO, 2012: 145).