

La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*

Daniel Sarmiento

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EL *SOFT LAW*: UNA APROXIMACIÓN EMPÍRICA. 2.1. *Soft law versus hard law*. 2.1.1. Una perspectiva analítica: la naturaleza híbrida del *soft law* y su ubicación en la división teórica entre reglas y principios. 2.1.2. Una perspectiva dogmática (I): competencia y procedimiento. 2.1.3. Una perspectiva dogmática (II): contenido material del *soft law* y vocación reguladora. 2.1.4. Recapitulación. 2.2. *Las manifestaciones del soft law en el Derecho público español*. 2.2.1. El *soft law* público con efectos *ad intra*. 2.2.1.1. El *soft law* unilateral. 2.2.1.1.1. Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio. 2.2.1.1.2. Cartas de Servicios. 2.2.1.1.3. Planes y Directrices. 2.2.1.2. El *soft law* paccionado. 2.2.2. El *soft law* público con efectos *ad extra*. 2.2.1. El *soft law* unilateral. 2.2.2.2. El *soft law* paccionado. 2.2.3. El *soft law* público-privado. 2.3. *La incorporación del soft law en el ordenamiento jurídico*. 2.3.1. La incorporación en *hard law*. 2.3.2. La incorporación por referencia. 2.3.2.1. La referencia desde actos generales o actos individuales. 2.3.2.2. La intensidad de la referencia: remisiones y delegaciones. 2.3.3. El aval del legislador mediante resoluciones no legislativas. 2.3.4. El carácter contractual del *soft law* paccionado.— III. DANDO SENTIDO AL *SOFT LAW*: UNA RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA. 3.1. *El lugar del soft law: el principio de subsidiariedad y sus consecuencias en el sistema de fuentes*. 3.1.1. Subsidiariedad y mandatos constitucionales: la coordinación y cooperación territorial. 3.1.2. Subsidiariedad y eficacia: la intervención mínima en el sector privado. 3.1.3. Subsidiariedad y democracia: técnicas de legitimación de la intervención de los poderes públicos. 3.2. La eficacia del *soft law*. 3.2.1. Primer escalón: la interpretación del *hard law* de conformidad con el *soft law*. 3.2.2. Segundo escalón: la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos como alternativa ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme. 3.2.3. Tercer escalón: el principio de legalidad y la seguridad jurídica como límites de los efectos del *soft law*.— IV. CONCLUSIONES: LA AUTORIDAD DEL DERECHO Y LA NUEVA GOBERNANZA.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de los modernos no ha envejecido bien. El estado de libertad bajo las leyes, pergeñado por Benjamin Constant en su famosa conferencia en el Ateneo Real en febrero de 1819, ya no es lo que era. El estatus de los ciudadanos libres, sujetos a normas parlamentarias elaboradas, discutidas y aprobadas en el reino de la soberanía popular, ha dado pie a un cambio en la forma de entender el papel de las normas jurídicas y, más en concreto, el rol que éstas

desempeñan a la hora de ceñir la actuación de los poderes públicos. Pero la crisis es más amplia y afecta no sólo a la ley, sino al Estado contemporáneo.

Los mitos y las leyendas del constitucionalismo han caído uno a uno. El Estado-nación se ha atomizado en varias direcciones, abriendo las puertas de su soberanía a las organizaciones supranacionales de integración, al mismo tiempo que los escalones regionales y locales de decisión han asumido protagonismo incluso en los Estados más centralizados. Las instituciones que han sostenido el andamiaje del poder público han perdido su capacidad para articular la voluntad del soberano, con ejecutivos desaforados, poderes judiciales lentos y politizados, y legisladores dependientes de la decisión de los partidos políticos y no de sus ciudadanos. Las fronteras físicas y la territorialidad que circunscribe la actuación de los Estados ha chocado con la libertad de movimientos de los capitales, bienes y servicios, pero también de la delincuencia organizada, la corrupción o la contaminación. Transformada la estructura territorial e institucional del Estado, se transforma con ella el papel que desempeña el Derecho. Y muy especialmente, el sector del ordenamiento llamado a regular y habilitar la actuación de los poderes públicos.

Todo apunta a que el Derecho público no se ha adaptado bien al nuevo contexto. La irrupción del Derecho de integración supranacional, como el Derecho comunitario europeo, ha trastocado la concepción tradicional de la pirámide kelseniana del sistema de fuentes, presidida por la norma constitucional; el legislador motorizado, junto con una administración igualmente motorizada, ha sacrificado la virtualidad de las garantías democráticas tradicionales, como el procedimiento legislativo y la reserva de ley, en aras de la inmediatez y la adaptabilidad al intenso ritmo de la realidad; la huída del poder público de algunos ámbitos de actuación ha desembocado en una proliferación de normas privadas de carácter obligacional, pero de dudosa naturaleza jurídica; la distribución competencial entre poderes territoriales, anclada en categorías y conceptos, no ha logrado sostenerse en su pureza distributiva, forzando la irrupción de técnicas de colaboración y coordinación que invierten y desvirtúan los diseños constitucionales originarios; el ámbito territorial de actuación de las Administraciones no se ha compaginado con la libertad de movimientos transnacionales de operadores privados, poniendo en evidencia la eficacia de las normas y de su ejecución; la irrupción de las sociedades multiculturales ha transfigurado el mito del legislador democrático, cuyos sistemas de representación no siempre integran a las minorías y dejan al descubierto la fuerza legitimadora de las normas parlamentarias.

Así las cosas, parece que el Derecho se ha debilitado, y especialmente el Derecho público. A fin de cuentas, el Derecho privado ha pervivido ligado al paradigma liberal decimonónico, en cuyas bases se asienta la autonomía de la voluntad y el papel secundario de la norma legal y escrita. Esta dependencia del Derecho privado a la voluntad de las partes le ha garantizado un aceptable grado de adaptabilidad, pues la dinámica social ha sido, en esencia, la dinámica del propio Derecho privado. Son las partes y sus realidades cambiantes quienes van haciendo mutar el Derecho privado, adaptando sus estructuras a la

galopante velocidad de las prácticas mercantiles, las operaciones bursátiles, la contratación internacional, etcétera. El Código Civil lo quiso así, permitiendo que la normatividad que inunda a los particulares en sus relaciones cotidianas y profesionales se desenvuelva con un mayor grado de permeabilidad.

Pero los mitos heredados de la revolución francesa, y que aún condicionan los cimientos del Derecho público, no son tan resistentes al paso del tiempo. La más importante aportación del liberalismo revolucionario al Derecho público, la sumisión del poder público a la Ley y la vinculación positiva a ésta de todas las estructuras públicas, es, en sí misma, un mandato que petrifica la evolución de lo público. La vinculación de la Administración a la Ley, aunque supone una garantía frente al ciudadano para evitar la actuación arbitraria de aquélla, es asimismo un corsé que condiciona la capacidad de reacción del poder público. Lo que nace como una salvaguarda frente a la tiranía, se convierte al mismo tiempo en una trampa mortal para la efectividad del Estado. Y el dilema no lo han resuelto las constituciones contemporáneas, sino que lo han consagrado al proclamar la vinculación de las Administraciones públicas a la Ley.

Es así como el principio de legalidad ha causado una lenta pero progresiva rebelión contra la autoridad del Derecho. Una rebelión protagonizada por una fuente alternativa, caracterizada por su falta de normatividad y desapego a la rigidez del principio de legalidad. Una fuente tan indeterminada en su contenido, que ha recibido el genérico y ambiguo nombre de *soft law*.

Bajo el término *soft law* se engloban los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio, pero incardinados, de una forma u otra, en el sistema de fuentes. El Derecho público ha sido testigo en los últimos años de una afluencia muy notable de *soft law*, con unos efectos jurídicos que no resultan del todo claros. Instrucciones, Planes, Circulares, Normas Técnicas, Cartas de Servicios, Códigos de Buen Gobierno, Acuerdos, Convenios, y un largo etcétera de instrumentos sin regulación propia que causan importantes dificultades al intérprete del Derecho.

En las próximas páginas analizaré el concepto de *soft law* para ubicarlo en la realidad jurídico-política española. Demostraré que en términos analíticos el *soft law* desempeña la función de un principio general del Derecho, como mandato de optimización que requiere del intérprete una maximización de sus contenidos. Con esta premisa teórica, contrapondré el *soft law* frente al *hard law* con el fin de avanzar en su delimitación conceptual, para pasar posteriormente a un análisis dogmático, tanto empírico como normativo, del *soft law*. Así, expondré las manifestaciones del *soft law* más frecuentes en el Derecho público español, partiendo de una distinción elemental pero gráfica, que parte las formas de *soft law* en dos: el *soft law* público, como manifestación administrativa y de naturaleza pública; y el *soft law* público-privado, como un cuerpo normativo con vocación reguladora y naturaleza mixta, a medio camino entre la norma pública y el contrato. En el apartado normativo del trabajo, defenderé un papel para el *soft law*, ubicando en qué ámbitos debe ser considerado y adoptado, para terminar con un análisis de sus efectos jurídicos.

II. EL *SOFT LAW*: UNA APROXIMACIÓN EMPÍRICA

El Derecho suave, o débil, siempre ha estado presente en los sistemas jurídicos; incluso el Derecho romano conceptualizaba estas formas de regulación como *leges imperfectae*¹. Pero el *soft law*, tal como lo conocemos en la actualidad, es una criatura del Derecho Internacional y, en especial, de las organizaciones internacionales, cuyas normas no siempre gozan de efectos jurídicos nítidos². El caso más paradigmático en el que despunta el *soft law* lo encontramos en la práctica de la Unión Europea, que en sus Tratados constitutivos contempla expresamente este tipo de instrumentos, pero que en los últimos años ha generado toda una suerte de instrumentos atípicos de *soft law*, sobre los que se ha pronunciado en varias ocasiones la justicia comunitaria³.

Así las cosas, a lo largo de este trabajo nos centraremos en la irrupción del *soft law* en la órbita jurídico-pública española, con el fin de dar algo de sentido a la aparición de esta nueva fuente del Derecho. Antes de irrumpir en la delicada cuestión de sus efectos y finalidad, es necesario trazar el mapa actual del *soft law*, describiendo las principales manifestaciones del mismo y las técnicas empleadas para incorporarlo en el ordenamiento. Todo ello precedido por un breve excurso en el que se propondrá un concepto de *soft law*, en contraposición a las fuentes tradicionales del Derecho.

2.1. *Soft law versus hard law*

El primer paso que debemos dar va encaminado a definir el concepto de *soft law* en el Derecho público. Esta labor nos permitirá acercarnos con más precisión al objeto de este trabajo, pero al mismo tiempo nos servirá para distinguir al *soft law* de su reverso: el Derecho vinculante e inserto en el sistema oficial de fuentes, el *hard law*. Aunque parezca lo contrario, no siempre es sencillo diferenciar al *soft law* del *hard law*, especialmente cuando el segundo hace uso del primero mediante remisiones. Para llevar a cabo esta tarea se realizará

¹ Las *leges rogatae*, que surgen de la colaboración entre los magistrados (cónsules), los comicios (por centurias), y el senado, contaban con una serie de elementos de carácter esencial: la *praescriptio* (una mención del magistrado que había tomado la iniciativa y datos sobre la asamblea comicial que había dado su aprobación); la *rogati* (el contenido dispositivo de la norma) y la *sanctio* (la determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la ley). Cuando la norma carecía de la *sanctio*, se hablaba de una *lex imperfecta*.

² Al respecto, *cf.* SHELTON, D., *Commitment and Compliance. The Role of non-binding norms in the International Legal System*, OUP, Oxford, 2000; ABBOTT, K. y SNIDAL, D., *Hard and Soft law in International Governance*, International Organization, núm. 54, 2000; KINGSBURY, B., *The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law*, Michigan Journal of International Law, núm. 19, 1998; REUS-SMIT, C., *The Politics of Legal Obligation*, European Journal of International Relations, núm. 9, 2003;

³ *Cf.* SENDEN, L., *Soft law in European Community Law*, Oxford-Portland, 2004; COSMA, H. y WHISH, R., *Soft Law in the Field of EU Competition Policy*, European Business Law Review, núm. 14, 2003; SNYDER, F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, *Modern Law Review*, vol. 56, 1993. El leading case del Tribunal de Justicia sobre el *soft law* es el asunto *Grimaldi* (C-322/88), de 13 de diciembre de 1989.

un triple análisis, para el que emplearemos un criterio de teoría del Derecho (1.1), un criterio dogmático basado en aspectos formales (1.2.) y un criterio dogmático centrado en el contenido sustancial del *soft law* (1.3).

2.1.1. Una perspectiva analítica: la naturaleza híbrida del *soft law* y su ubicación en la división teórica entre reglas y principios

A la hora de dar significado al *soft law*, debemos comenzar por sus raíces teóricas. A fin de cuentas, estamos ante una fuente del Derecho sobre la cual pesan importantes interrogantes que afectan a su naturaleza, a sus efectos y a su posición en el ordenamiento. En definitiva, nos hallamos ante una fuente que reclama respuestas desde el plano teórico, a partir de las cuales podremos ir perfeccionando un concepto operativo de *soft law*.

La teoría de las normas contemporánea ha reconducido el debate sobre la estructura de la norma al terreno de las clases de normas existentes en el ordenamiento. Ambos discursos se encuentran estrechamente unidos, pues uno de los criterios esenciales para distinguir entre clases de normas es, precisamente, la estructura de éstas. Así, partiendo del trabajo de Robert Alexy en su Teoría de los Derechos Fundamentales, puede afirmarse que el ordenamiento jurídico se encuentra compuesto por un conjunto de unidades denominadas *normas*, las cuales se dividen, a su vez, en *reglas y principios*⁴. Mientras las primeras son mandatos taxativos, de contenido determinado en su antecedente y su consecuente, los principios son mandatos de optimización, de contenido determinado en su antecedente pero indeterminado en su consecuente. Es este rasgo último, el contenido abierto e indeterminado de la consecuencia jurídica que entraña el principio, el que atribuye a esta norma un carácter más vinculado a la *optimización o maximización* de resultados que al cumplimiento taxativo de los mismos⁵.

En estas páginas defenderé una tesis sobre el *soft law* que calificaré de «dualista». Así, la naturaleza del *soft law* debe recibir un doble tratamiento metodológico: por un lado, una perspectiva ontológica, que nos irradie luz sobre el sentido del *soft law*. Por otro lado, una perspectiva empírica, que nos aportará las claves metodológicas para el análisis de los actos concretos de *soft law*. Mientras la primera nos informa sobre la razón de ser de todas las manifestaciones de *soft law*, la segunda concreta el análisis metodológico al ceñirse a cada acto o instrumento de *soft law*.

⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 86 y 87: «Los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos».

⁵ El criterio de la determinación de los antecedentes y consecuentes, se basa en la obra de ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996, pp. 5 y 6. No obstante, estos autores consideran que los enunciados de antecedente y consecuente indeterminado no son principios en sentido estricto, sino «directrices». Una distinción que, a nuestros efectos, no aporta luz sobre la diferencia entre reglas y principios.

Desde la perspectiva ontológica, el *soft law* se caracteriza por contar con unos presupuestos concretos y unos consecuentes abiertos e indeterminados, que reclaman la maximización de los objetivos que pretende cumplir. Dicho en otras palabras, el *soft law* tiene una causa y objeto concretos, pero su finalidad es genérica, en la medida en que su desafectación del sistema oficial de fuentes le impide contar con plenos efectos jurídicos. Por tanto, el *soft law* es ontológicamente un mandato de optimización, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero sólo en grado.

En cambio, desde la perspectiva empírica que afecta a cada acto o instrumento de *soft law*, encontraremos que éste puede contar con la estructura propia de una regla o de un principio. En el terreno práctico, hallaremos múltiples ejemplos de instrumentos de *soft law* que se articulan como reglas, estableciendo un antecedente y un consecuente determinados, pero también encontramos el caso contrario: instrumentos de *soft law* con un consecuente indeterminado, que reclaman un grado de cumplimiento de sus destinatarios. Por tanto, la segunda perspectiva arroja un interesante resultado que nos permitirá hablar tanto de reglas de *soft law* como de principios de *soft law*. De forma complementaria, sobre este marco teórico se erige la condición ontológicamente principal del *soft law*, lo cual nos permitirá defender en el apartado III una distinción entre los efectos jurídicos que surten por un lado las reglas y, por otro, los principios de *soft law*. Una distinción que tendrá su principal campo de aplicación en el terreno de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

2.1.2. Una perspectiva dogmática (I): competencia y procedimiento

Una segunda perspectiva en la definición del *soft law* la encontramos mediante un análisis formal de los actos e instrumentos de *soft law*, centrándonos en los aspectos relativos a la competencia y el procedimiento previstos para la adopción de este tipo de disposiciones.

En primer lugar, desde el punto de vista de los poderes públicos competentes para adoptar actos o instrumentos de *soft law*, la regla general nos indica que todo poder público es competente para adoptar este tipo de disposiciones siempre que cuente con la competencia respectiva, constitucional o legalmente atribuida. Ello supone que la regla general de atribución de competencias territoriales, constitucionalmente prevista a partir de los artículos 148 y 149 CE, con el complemento de los Estatutos de Autonomía y el marco competencial respectivo de las Entidades Locales, resulta igualmente de aplicación para los actos e instrumentos de *soft law*, en línea con lo que sucede igualmente con las disposiciones de *hard law*⁶. Lo mismo debe añadirse respecto de la

⁶ Prueba de ello es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha admitido la impugnabilidad de actos de *soft law* en conflictos de competencia. La STC 54/1990, de 28 de marzo, tenía por objeto una Circular administrativa que incurría en una violación efectiva de un título competencial autonómico. En palabras del propio Tribunal, «las Circulares objeto del conflicto carecen de eficacia externa fuera del apa-

distribución intra-orgánica de competencias que realizan principalmente las Administraciones Públicas mediante instrumentos legales y reglamentarios, que actuarán como presupuestos necesarios a la hora de adoptar actos o instrumentos de *soft law*⁷.

No obstante, el *soft law* va a permitir modular el principio de competencia de una manera muy destacada, dada la flexibilidad en los tipos de actos que admite esta forma de regulación⁸. Así, al no existir una relación exhaustiva y agotadora de actos de *soft law*, los poderes públicos podrán acordar mediante este tipo de disposiciones la adopción conjunta de normas, en el marco de foros de cooperación y coordinación que no admiten la adopción de normas de *hard law*. Este es el caso de los acuerdos adoptados en el marco de las Conferencias Sectoriales, e incluso las conclusiones adoptadas por la Conferencia de Presidentes, que admiten una adopción de acuerdos de naturaleza *sui generis*, modulando así la distribución competencial entre poderes territoriales del Estado⁹.

A diferencia de los aspectos relativos a la competencia, el *soft law* encuentra una importante flexibilidad operativa en lo que afecta a los procedimientos de aprobación. Mientras el principio de procedimiento vincula a todos los

rato administrativo estatal y, en consecuencia, mal se les puede imputar una violación, menoscabo o desconocimiento, en cualquier otra forma, de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia que, en rigor, sólo serían predicables de los actos concretos que los funcionarios llevaran a cabo eventualmente en obediencia de las instrucciones recibidas y acerca de las cuales nada se dice en el escrito por el que el conflicto se inicia. En un entendimiento riguroso de lo dispuesto en el artículo 63.1 LOTC cabría en consecuencia sostener que las Circulares en cuestión no son objeto idóneo para el planteamiento de un conflicto de competencia, pues no pueden solicitarse de este tribunal, como en general de los órganos jurisdiccionales, declaraciones meramente precautorias o cautelares que no hayan de poner remedio a una lesión concreta... No ha sido esta interpretación rigurosa, sin embargo, la que hasta ahora ha hecho este tribunal, que ha ampliado hasta el límite de lo posible el concepto de conflicto de competencia para facilitar, en cuanto de él depende, la definitiva implantación del modelo de distribución territorial del poder que nuestra CE ordena y así ha aceptado, como objetos posibles de los conflictos de competencia, los simples actos de iniciación o trámite de un procedimiento administrativo en cuanto "introducen situaciones nuevas y producen efectos que pueden suponer una alteración del orden de competencias y más concretamente también simples Circulares" (STC 57/1983).» Al respecto, *cfi.* MORENO REBATO, M., «Circulares, instrucciones y ordenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», en *RAP*, núm. 147, 1998.

⁷ La vinculación del *soft law* al principio de competencia intraorgánica queda claramente expresada en las normas de organización, que delimitan de forma taxativa la competencia del Gobierno y de sus miembros a la hora de adoptar disposiciones generales. Así, aunque el ejercicio de la potestad corresponde constitucionalmente al Gobierno, existen casos en los que se atribuye dicha potestad a los miembros de aquél. De forma general, el artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece una norma de competencia tanto horizontal como vertical. En un plano más concreto, atribuye una competencia en materia reglamentaria al Presidente del Gobierno, de forma exclusiva, el artículo 2.2.j) de la Ley del Gobierno; y el artículo 12.2.a) LOFAGE respecto de los Ministros y los artículos 66 y 67, en especial, en relación a los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Una técnica que encontramos igualmente en el ámbito autonómico, y que afectará a todos los actos e instrumentos de *soft law*.

⁸ Tal como indica RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, p. 344: «Por lo que se refiere a [...] la imposibilidad de vincular por contrato el ejercicio de competencias de Derecho público, no me parece obligado hacer de esto un principio. Si las partes que celebran un convenio podrían, con plena libertad e independencia, elegir cualquier forma (conforme a Derecho) de ejercicio de las competencias de las que son titulares, no puede haber obstáculo de principio para que convencionalmente se comprometan a ejercerlas de una forma determinada».

⁹ Sobre este aspecto, *cfi.* el apartado 2.2.1.2.

actos y disposiciones de *hard law*, cuando nos encontramos ante el *soft law* las cosas cambian muy significativamente. Así, la adopción de este tipo de disposiciones va a permitir a los poderes públicos tramitarlos con una amplia libertad, a la vista del silencio que tanto el legislador como las Administraciones han mostrado a la hora de regular procedimientos para este tipo de actos o instrumentos¹⁰. Un silencio que en ocasiones se ha visto sustituido por pronunciamientos puntuales en sectores específicos, como en el caso del Real Decreto 951/2005, de 29 julio, en el que se regulan las Cartas de Servicios, pero que generalmente se va a caracterizar por la existencia de lagunas que dejan un amplio espacio de actuación a los autores del *soft law*¹¹.

Pero hay que destacar una importante excepción a la regla anterior, y que va a ligar al *soft law* con algunos rasgos características del *hard law*. Nos referimos a la publicación del *soft law*, cuya obligatoriedad no es una regla general, pero que será una condición esencial para que surta efectos jurídicos frente a terceros, por muy heterogéneos y *sui generis* que tales efectos puedan ser. Una conclusión que se deriva del artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas¹², pero también de la jurisprudencia constitucional y ordinaria¹³. De esta manera, al

¹⁰ Téngase en cuenta que las disposiciones relativas a la aprobación de reglamentos se encuentran recogidas en el artículo 24 de la Ley del Gobierno, donde se vincula la noción de «reglamento» con lo dispuesto en el artículo 23, que se refiere a la «potestad reglamentaria» en un sentido formal. De hecho, el artículo 23 tipifica las manifestaciones reglamentarias de la Administración General del Estado, dividiéndolas en Reales Decretos y Órdenes Ministeriales. De todo ello podemos deducir, y así lo demuestra la práctica, que el procedimiento de elaboración de reglamentos previsto en el artículo 24 se refiere únicamente a Reales Decretos y Órdenes Ministeriales, dejando de lado a los actos e instrumentos de *soft law*.

¹¹ Volviendo al caso de las Cartas de Servicios, hay que destacar que el régimen de elaboración y ulterior aprobación de las Cartas de Servicios es difuso y deja un amplio margen de actuación a los departamentos responsables. El RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, lo expresa en los siguientes términos: «**Artículo 10. Elaboración y gestión de la carta de servicios.** 1. La Secretaría General para la Administración Pública impulsará la implantación generalizada de las cartas de servicios y colaborará con los órganos y organismos que lo requieran en su elaboración. 2. Los Subsecretarios de los ministerios dispondrán lo necesario para que los órganos del departamento y los organismos vinculados o dependientes de él elaboren su correspondiente carta de servicios y para que lleven a cabo su actualización periódica, de acuerdo con el procedimiento establecido en este Real Decreto. 3. Corresponde a los titulares de los órganos y organismos a los que se refiera la carta de servicios la responsabilidad de su elaboración, gestión y seguimiento interno, así como la aplicación en cada caso de las medidas de subsanación previstas en el artículo 9.c). 4. Las cartas se actualizarán periódicamente en función de las circunstancias y, en cualquier caso, al menos cada tres años. **Artículo 11. Aprobación y difusión de la carta de servicios.** 1. Las cartas de servicios y sus posteriores actualizaciones serán aprobadas mediante resolución del Subsecretario del departamento al que pertenezca el órgano o esté vinculado o adscrito el organismo proponente, previo informe favorable de la Secretaría General para la Administración Pública, y del Ministerio de Economía y Hacienda para los supuestos previstos en el último inciso del párrafo c) del artículo 9. 2. La resolución a que se refiere el apartado anterior se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*, lo que dará cuenta de la aprobación de la carta y de su disponibilidad para el público. [...]».

¹² Art. 21.1, apartado 2: «Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda». Sobre esta cuestión nos centraremos más adelante, en 2.1.1.1.1.

¹³ Cfr: SSTC 26/1986, de 19 de febrero y 150/1994, de 23 de mayo. En esta misma línea, las SSTS de 20 de diciembre de 1983 y de 9 de junio de 1986.

igual que lo sucedido con las disposiciones de *hard law*, el mandato constitucional de publicidad abarcará igualmente a todas las manifestaciones de *soft law* cuando éste tenga vocación de eficacia *ad extra*, más allá del radio interno de actuación del poder público que lo adopta. Una cuestión sobre la cual nos centraremos más detalladamente en el apartado III, al analizar los efectos jurídicos del *soft law*.

2.1.3. Una perspectiva dogmática (II): contenido material del *soft law* y vocación reguladora

El *soft law* se va a caracterizar por contar, como regla general, con unos contenidos similares a los que va ostentar el *hard law*. Tal como se apuntó en el apartado 2.1.1, existen reglas y principios de *soft law*, al igual que, también, encontramos en el ordenamiento reglas y principios de *hard law*. Lo que va a distinguir desde el punto de vista material a ambas formas de regulación no reside tanto en el contenido concreto, sino en la naturaleza ontológica de cada fuente. Una idea que nos remite nuevamente al apartado 1.1, pero que nos ofrece un criterio útil para distinguir entre los contenidos de *soft law* y *hard law*.

Tal como se dijo anteriormente, el *soft law* es una fuente del Derecho cuya base ontológica está basada en un mandato de optimización. Se trata de un sector del ordenamiento que exige de sus destinatarios un cumplimiento en grado, sea cual sea su manifestación. El reverso de esta moneda lo encontramos en el *hard law*, cuya base ontológica no se caracteriza por exigir mandatos de optimización, sino mandatos taxativos.

Ahora bien, el *soft law* admite contenidos que se configuran como reglas, mientras que el *hard law* cuenta en su seno con un número considerable de normas que responden a los rasgos de los principios. Así, son frecuentes las «leyes manifiesto», sin contenido normativo definido como consecuencia de su indeterminación, pero que cuentan con una indudable categoría de *hard law*¹⁴. Todo ello nos lleva a la conclusión de que el criterio material no nos servirá para distinguir entre instrumentos de *soft* y *hard law*, sino que será la perspectiva teórica la que nos ofrecerá la clave para analizar cómo opera este criterio. Efectivamente, será la naturaleza ontológica, la razón de ser de cada tipo de fuente, la que nos ofrezca la diferencia entre los contenidos del *hard* y del *soft law*. Sobre estas bases, encontraremos el siguiente esquema:

¹⁴ Un ejemplo paradigmático de *hard law* con naturaleza de *soft law* lo podemos encontrar en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. A lo largo de su articulado, las disposiciones cuentan con antecedentes y consecuentes indeterminados, a lo que debe sumarse la inexistencia de sanciones en caso de incumplimiento. Como muestra de la indeterminación de las normas de la Ley 51/2003, basta con el siguiente ejemplo: «**Artículo 11. Medidas de fomento y defensa.** Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán y facilitarán el desarrollo de medidas de fomento y de instrumentos y mecanismos de protección jurídica para llevar a cabo una política de igualdad de oportunidades, mediante la adopción de las medidas necesarias para que se supriman las disposiciones normativas y las prácticas contrarias a la igualdad de oportunidades y el establecimiento de medidas para evitar cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad».

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

Las reglas de *soft law* se van a caracterizar por ser la máxima expresión de vinculatoriedad de esta fuente del Derecho. Cuando el *soft law* se exprese en términos determinados, tanto en su antecedente como en su consecuente, nos encontramos ante un *soft law* pleno en la realización de efectos jurídicos, con las consecuencias interpretativas e indemnizatorias que se analizarán en el apartado III de este trabajo¹⁵.

En cambio, los principios de *soft law* cuentan con un grado secundario de vinculatoriedad, dado su contenido indeterminado a la hora de definir las consecuencias jurídicas que imponen a sus destinatarios. A diferencia de las reglas de *soft law*, los principios únicamente desplegarán efectos interpretativos y, sólo en determinados casos, indemnizatorios¹⁶. Sobre todo ello volveremos en el apartado III.

¹⁵ Por ejemplo, la Carta de Servicios de la Dirección General de Ganadería del Ministerio de Medio Ambiente (Resolución de 9 de septiembre de 2002, BOE de 24 de septiembre de 2002) recoge, entre sus compromisos de calidad, una *regla* como la siguiente: «La gestión de las ayudas directas se realizará en un plazo de 30 días hábiles desde la recepción de la solicitud en el Registro del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación hasta que se notifique al interesado su resolución, siempre que la documentación presentada sea la correcta».

¹⁶ Un ejemplo de principio de *soft law* podemos encontrarlo en cualquiera de las disposiciones previstas en el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005. A título de ejemplo, el artículo primero del Código establece que «los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado actuarán, en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y ajustarán sus actuaciones a los siguientes principios éticos y de conducta que se desarrollan en este Código: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres».

2.1.4. Recapitulación

Para terminar, podemos extraer una serie de conclusiones sobre el concepto de *soft law* en el Derecho público.

- El *soft law* es un segmento del ordenamiento jurídico cuya finalidad es la creación de normas cuyo cumplimiento se exige en grado y no de forma taxativa. Por tanto, el *soft law* es un mandato de optimización, cuyo incumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta.
- El *soft law* debe adoptarse por los poderes públicos competentes, tanto en términos territoriales como materiales, pero ello no significa que a través de estas normas no se modulen o compartan espacios competenciales que, en principio, le están vedados a los poderes públicos.
- El *soft law* no está sujeto a procedimientos para su aprobación (salvo excepciones contempladas en disposiciones especiales), pero sí deberá cumplir una fase del procedimiento si desea desplegar efectos *ad extra*: su publicación.
- El *soft law* va a contar con distintos niveles de efectos. Su manifestación más intensa la encontraremos en las reglas de *soft law*, mientras que los principios de *soft law* son escalones inferiores en intensidad.

Nos encontramos, pues, ante una fuente del Derecho imprevista por el constituyente, cuya ubicación en el ordenamiento se ha ido formando con el paso del tiempo. Sin embargo, y a pesar de su anómala función, el *soft law* ha pasado a ocupar un destacado papel en el panorama jurídico-público, y no solamente del español. Al igual que en otros Estados de nuestro entorno, la aparición del *soft law* ha servido para poner en marcha nuevas formas de gestión administrativa, de cooperación entre poderes públicos y de relación con los ciudadanos. Estas manifestaciones van a dar buena cuenta de la intensidad con la que actúa el *soft law* en estos momentos, y las pasamos a analizar a continuación.

2.2. *Las manifestaciones del soft law en el Derecho público español*

El *soft law* cobra vida a través de distintas formas y categorías de actos e instrumentos, algunos de los cuales cuentan incluso con su regulación propia, como es el caso de las Circulares, las Instrucciones o las Cartas de Servicios. Sin embargo, estos casos son bastante excepcionales y lo que prima en el panorama del *soft law* son los actos e instrumentos atípicos, sin norma alguna que nos informe sobre los procedimientos y la finalidad de los mismos.

Con el fin de dar una imagen completa de las distintas manifestaciones del *soft law*, vamos a trabajar sobre una clasificación que divide entre el *soft law* público *ad extra*, el *soft law* público *ad intra* y el *soft law* público-privado. El primero se caracteriza por su naturaleza jurídico-pública y un objeto volcado en la auto-organización, mientras que el segundo comparte la misma naturaleza pero se tiene como finalidad una regulación que afecta a terceros. En ter-

cer lugar, el *soft law* público-privado mezcla una naturaleza pública con elementos contractuales propios de las relaciones entre particulares. Dentro de cada categoría, vamos a distinguir a su vez entre formas unilaterales (adoptadas exclusivamente por un poder público) y paccionadas (adoptadas de forma convencional entre dos o más actores, públicos o privados). El resultado final de este breve recorrido nos mostrará el contexto contemporáneo del *soft law* en el Derecho público español.

2.2.1. El *soft law* público con efectos *ad intra*

Las Administraciones Públicas han sido las principales productoras de *soft law*, y muy especialmente de *soft law* público con efectos *ad intra*, una forma de regulación sin efectos jurídicos adoptada por un poder público en el ejercicio de sus potestades públicas, para la ordenación de su organización interna. Con esta base, podemos analizar las distintas manifestaciones de esta forma de *soft law*, comenzando por aquellas adoptadas exclusivamente, de forma unilateral, por un poder público, sea el ejecutivo, el legislador o la administración de justicia.

2.2.1.1. El *soft law* unilateral

La Administración ha recurrido con frecuencia al *soft law* para trazar mandatos normativos en ámbitos que afectan a la auto-organización de cada estructura burocrática, en sectores especialmente complejos, o en materias que exigen un delicado equilibrio entre el mandato y la recomendación. Los casos de *soft law* que analizaremos a continuación son buena prueba de ello, donde la Administración decide ejercer potestades públicas mediante fórmulas atípicas de regulación. Este tipo de *soft law* vendrá en algunos casos predeterminado por una normativa propia que establecerá los procedimientos de adopción y los efectos del mismo. En otros, nos encontramos ante actos o instrumentos *ad hoc*, sin respaldo normativo alguno.

2.2.1.1.1. Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio

Las Circulares y las Instrucciones, así como las Órdenes de Servicios, son las formas más desarrolladas de *soft law ad intra* previstas en el Derecho público. Tradicionalmente han servido para establecer normas internas de organización y conducta, dirigidas a los servidores públicos que integran las estructuras administrativas¹⁷. Asimismo han sido los instrumentos normativos que han

¹⁷ Sobre las Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio, *cf.*: BAENA DEL ALCÁZAR, M., «Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo», en *RAP* núm. 48, 1965; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 727 a 732; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1993, p. 685 a 697; MENÉNDEZ, P., *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 52 a 65; MORENO REBATO, M., *Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio...*, *cit.* y MOROTE SARRIÓN, J. V., *Las Circulares Normativas de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

dado contenido a las relaciones de sujeción especial, como las existentes entre los presos y centros penitenciarios, enfermos y centros sanitarios, o alumnos y centros educativos¹⁸.

El artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC) reconoce expresamente los efectos internos que despliegan estos instrumentos, aunque en unos términos no del todo claros:

«1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir».

Este precepto ha servido para que, en opinión de varios autores, el legislador haya circunscrito estas figuras al terreno de la autoorganización, sin que puedan desplegar efectos frente a terceros. Sin embargo, la redacción del artículo puede apuntar en un sentido radicalmente contrario, y la práctica nos lo va a confirmar.

Por un lado, el artículo 21 se refiere únicamente a «instrucciones» y «órdenes de servicio», excluyendo de forma muy expresiva a las tradicionales «circulares». Sin embargo, éstas siguen presentes en las Administraciones y continuarán adoptándose con frecuencia¹⁹. Podemos concluir, en consecuencia, que la LPC no ha establecido una relación de *numerus clausus* a la hora de regular las disposiciones de autoorganización que podrán adoptar las Administraciones Públicas. Más bien al contrario: la LPC ha dado cobertura legal a una forma de regulación organizatoria, dejando en el limbo normativo al resto de instrumento empleados por las Administraciones para cumplir esta función.

Por otro lado, el apartado primero emplea el término «podrán» en un sentido que admite dos lecturas diferentes: una primera interpretación apuntaría a que las Administraciones *podrán dirigir actividades internas*, pero sólo

¹⁸ Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994 y LÓPEZ BENITEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

¹⁹ No sólo se siguen adoptando circulares internas, sino que muchas de ellas son objeto de publicación mediante Resolución del Subsecretario o del Ministro del departamento correspondiente. En ocasiones son objeto de publicación en el *Boletín Oficial* directamente, sin la cobertura formal de la Resolución, como es el caso de la Circular aeronáutica 2/2006, de 26 de julio, de la Dirección General de Aviación Civil, por la que se establecen procedimientos de disciplina de tráfico aéreo en materia de ruido en el Aeropuerto de Madrid-Barajas.

mediante instrucciones y órdenes de servicio. Pero otra interpretación caminaría en un sentido bien contrario, admitiendo que las Administraciones *podrán adoptar instrucciones y órdenes de servicio* para llevar a cabo la dirección de actividades internas. La segunda interpretación es la que actualmente se ajusta a la práctica: la Administración puede hacer uso de estos dos instrumentos, pero sin perjuicio de otros similares, como lo son, de hecho, las circulares²⁰.

Lo mismo cabe decir respecto de los efectos que surten las instrucciones y órdenes de servicio, pues el párrafo segundo del apartado primero habilita a las Administraciones a publicar estos instrumentos cuando «se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse». Por tanto, las instrucciones y órdenes (así como las circulares y otros instrumentos equivalentes) pueden emplearse para adoptar directrices más allá de aspectos autoorganizativos, y para estos casos la Administración tiene la facultad, con carácter potestativo, de llevar a cabo la publicación.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han reconocido que estas manifestaciones de *soft law* pueden producir efectos jurídicos, constituyendo así el objeto de conflictos de competencia²¹ e incluso recursos de amparo²². En una línea jurisprudencial constante, la jurisdicción ordinaria ha considerado mayoritariamente que es el *contenido* de estos instrumentos el que determinará los efectos que han de surtir²³. Los aspectos nominales son irrelevantes desde la perspectiva del control jurisdiccional sobre la actividad administrativa, y será la sustancia, la materia objeto de regulación y los términos en que se lleva a cabo, la que va a provocar la realización de consecuencias jurídicas²⁴.

²⁰ *Cfr.*, en nota anterior, el empleo de las circulares del que hace uso el Director General de Aviación Civil.

²¹ *Cfr.* las SSTC 57/1983, de 28 de junio, 54/1990, de 28 de marzo y 101/1995, de 22 de junio.

²² *Cfr.* las SSTC 47/1989, de 20 de marzo y 150/1994, de 23 de mayo.

²³ Tal como destaca la STS de 12 de mayo de 1992, al enjuiciar una circular sobre los modelos obligatorios de los libros de inspección: «debiendo partirse del principio [...] de la generalidad de impugnación de toda clase de actos o disposiciones de la Administración que tengan rango inferior a la Ley, que no es sino una manifestación del Estado de Derecho proclamado en el art. 1 de la Constitución, una de cuyas consecuencias es que todo el actuar de la Administración puede ser fiscalizado por los Tribunales competentes». Donde no existe una línea jurisprudencial clara es la conceptualización de estos instrumentos como reglamentos o actos, una cuestión que tiene importantes consecuencias procesales, especialmente en el orden contencioso-administrativo. Sobre esta cuestión, *cfr.* MOROTE SARRIÓN, J. V., *Las Circulares normativas...*, *op. cit.*, p. 348 y ss.

²⁴ Resulta muy expresiva la STC 150/1994, *cit. supra*, en cuyo fundamento 5.º se dice lo siguiente: «Es indudable que las Instrucciones aprobadas el 2 julio 1986 por los Subsecretarios de Trabajo y de Interior *afectaban plenamente a los trabajadores y a los empleadores de las ciudades de Ceuta y Melilla, aun cuando formalmente sus únicos destinatarios fuesen los Directores provinciales de Trabajo en dichas localidades*. Como indicamos en la STC 47/1990 fundamento jurídico 4.º, sólo desde una interpretación rigurosamente formalista cabría entender necesario esperar a que los funcionarios, vinculados por las Instrucciones, produjeran actos concretos en su aplicación, para tomar nota de su existencia. Por añadidura, como afirma la recurrente, la aplicación correcta de dichas Instrucciones, en la parte que toca a los trabajadores poseedores de la tarjeta de estadística, por parte de las autoridades administrativas competentes consiste cabalmente en no hacer nada: no expedir permisos de trabajo diferenciados documentalmente, ni aun tramitarlos, pues ya vienen implícitos en las mismas tarjetas de estadística que sirven de documentación a estas personas con arraigo en Ceuta y Melilla. El sentido propio de las Instrucciones estriba, precisamente, en dotar ipso iure a la documentación que obra en poder de la señora M. de la virtualidad de un permiso de trabajo» (la cursiva es nuestra). En profundidad, *cfr.* MORENO REBATO, M., *Circulares, Instrucciones y Órdenes...*, *cit.*, p. 171 a 177.

2.2.1.1.2. Cartas de Servicios

Como parte de un proceso de reforma de las técnicas de gestión y organización de las Administraciones Públicas, el Gobierno adoptó el Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, relativo a las Cartas de Servicios y los Premios a la Calidad en la Administración General del Estado. Una normativa recientemente modificada por el RD 951/2005, de 3 de septiembre de 2005, mediante el cual se han reforzado sustancialmente estos instrumentos de *soft law*²⁵.

En línea con las aportaciones que venía formulando la ciencia de la administración de finales de los años ochenta, la Administración General del Estado inició en 1993 una implantación gradual de técnicas de evaluación de la calidad de los servicios públicos, entre cuyas principales aportaciones se encontraban las Cartas de Servicios²⁶. Tal como eran definidas en su reglamento de 1999, antes citado, las Cartas de Servicios son «documentos escritos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos de la Administración General del Estado [...] informan a los ciudadanos sobre los servicios que tienen encomendados y acerca de los compromisos de calidad en su prestación, así como de los derechos de los ciudadanos y usuarios en relación con estos servicios»²⁷.

²⁵ Aunque las Cartas de Servicios que se acaban de citar están previstas para la Administración General del Estado, la Administración autonómica y local han adoptado un importante número de Cartas de Servicios, así como de disposiciones reguladoras de las mismas. Este es el caso de los Decretos 109/2001, de 21 de noviembre, de Cantabria; Decreto 191/2001, de 18 de diciembre, de la Comunidad Valenciana; Decreto 161/2002, de 18 de noviembre, de la Comunidad Canaria; Decreto 317/2003, de 18 de noviembre, de Andalucía; Decreto 149/2004, de Extremadura; y, en especial, la Ley foral 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos. Aunque no exista una normativa local específica, contamos con una amplia experiencia en un número considerable de municipios, sobre los que suministra información MERINO ESTRADA, V., «Las cartas de servicios en la Administración local», *REAL*, núm. 290, 2002.

²⁶ Un debate que en España tiene sus orígenes el documento del Ministerio de Administraciones Públicas, Reflexiones para la modernización de la Administración pública, de 1990, seguido poco después del Acuerdo del Consejo de Ministros para el desarrollo de un Plan de modernización de la Administración del Estado, de 1991 y el Plan de modernización de la Administración del Estado, de 1992. Sobre las propuestas formuladas en estos documentos, *cf.* PALOMAR OLMEDA, A., «Algunos instrumentos para la redefinición del Derecho público del futuro», *RVA*, núm. 45-11, 1996 y MATEO, M., «El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total», *RAP*, núm. 134, 1994.

²⁷ Las Cartas de Servicios tienen un contenido tasado por el RD 951/2005 en su artículo 9, en el que se diferencia entre los contenidos de carácter general y los compromisos de calidad. Así, entre los contenidos de carácter/legal, se encuentran: Datos identificativos y fines del órgano u organismo.—Principales servicios que presta.—Derechos concretos de los ciudadanos y usuarios en relación con los servicios.—Fórmulas de colaboración o participación de los usuarios en la mejora de los servicios.—Relación sucinta y actualizada de la normativa reguladora de las principales prestaciones y servicios.—Acceso al sistema de quejas y sugerencias regulado en el capítulo IV del RD 951/2005. Por lo que afecta a los compromisos de calidad, éstos deben incluir: «1.º Niveles o estándares de calidad que se ofrecen y, en todo caso: Plazos previstos para la tramitación de los procedimientos, así como, en su caso, para la prestación de los servicios.—Mecanismos de información y comunicación disponibles, ya sea general o personalizada.—Horarios, lugares y canales de atención al público. 2.º Medidas que aseguren la igualdad de género, que faciliten el acceso al servicio y que mejoren las condiciones de la prestación. 3.º Sistemas normalizados de gestión de la calidad, medio ambiente y prevención de riesgos laborales con los que, en su caso, cuente la organización. 4.º Indicadores utilizados para la evaluación de la calidad y específicamente para el seguimiento de los compromisos.

Las Cartas de Servicios han operado como manifestaciones de la Administración para dar transparencia a las formas de gestión de los servicios públicos, poniendo a disposición de los usuarios documentos accesibles y completos, pero también dejando constancia de los compromisos legales con los que debe cumplir la unidad encargada de la prestación del servicio. No sólo gozan de un importante nivel de publicidad²⁸, sino que son objeto de un control periódico, a los efectos de analizar el nivel de cumplimiento que han mostrado las Administraciones responsables²⁹. Por tanto, la Carta de Servicios es un instrumento que pretende marcar unas pautas de actuación, pero que al mismo tiempo parte de la base de que podrá ser objeto de incumplimientos. Para estos supuestos existen los cauces resarcitorios habituales, pero también un sistema flexible y eficaz de quejas.

Es importante destacar que las Cartas de servicios no se limitan únicamente a relatar las obligaciones legales que debe cumplir la Administración responsable, sino que igualmente contienen aspectos sobre la organización del servicio que tendrán efectos evidentes frente a terceros: horarios de atención, contenido de determinadas prestaciones, requisitos a cumplir por los usuarios, etc... Estas condiciones se incluyen en una sección de la Carta, de inclusión obligatoria, denominada «Compromisos de Calidad», donde se prevén obligaciones para la propia Administración de cara a la prestación del servicio. Por tanto, las Cartas pueden generar obligaciones de hacer o de no hacer *ex novo*, cuyos efectos no resultan del todo claros³⁰. En la medida en que estas obligaciones no siempre tienen una cobertura legal o reglamentaria, la Carta de Servicios puede convertirse en un instrumento normativo determinante en la producción de efectos jurídicos³¹. Aunque actualmente no exista jurisprudencia que defina la extensión e intensidad de estos efectos, en el apartado 3 de este trabajo se propondrá una relación de consecuencias jurídicas derivadas de estos instrumentos.

²⁸ Cfr. el artículo 11.2 del RD 951/2005, que exige la publicación de las Cartas de la Administración General del Estado en el BOE.

²⁹ Cfr. el artículo 12 del RD 951/2005, donde se establece el sistema de seguimiento de las cartas de servicios.

³⁰ Puede consultarse una relación exhaustiva de las Cartas de Servicio de la Administración General del Estado, así como de sus compromisos, en la página web del Ministerio de Administraciones Públicas (http://www.060.es/administracion_publica/organizacion_publica/programas_y_proyectos/calidad/calidad_cartas-ides-idweb.jsp)

³¹ Aunque el Consejo de Estado, en su Dictamen 219/1996, de 1 de febrero, al RD 1259/1999, consideró que los compromisos contenidos en las Cartas de Servicios no eran susceptibles de generar responsabilidad, lo cierto es que la doctrina se ha pronunciado en un sentido contrario. Tal es el caso de TORNOS MAS, J., *Las Cartas de Servicios*, Cuadernos de Derecho Local, núm. 10, 2006, p. 80, donde llega a afirmar lo siguiente: «creo que importa destacar la relevancia que pueden tener las cartas de servicios como normas que establezcan unos compromisos que se reconozcan como los estándares de calidad que predeterminan si la actuación administrativa debe calificarse de funcionamiento normal o anormal de la Administración, lo que en definitiva supone introducir elementos de culpa dentro del régimen objetivo de la responsabilidad administrativa».

2.2.1.1.3. Planes, Programas y Directrices

A diferencia de las Circulares y las Cartas de Servicios, existen otras figuras que cuentan con una clara finalidad regulatoria, ya sea porque implican un posterior desarrollo normativo y aplicación mediante actos, o porque su vocación es transversal y afecta a distintos ámbitos de intervención pública. A este tipo de instrumentos se les ha otorgado denominaciones muy diversas, como Planes, Programas o Directrices o Programas. En ocasiones no tienen siquiera un nombre, y responden a la denominación del acto formal que los adopta, que será, por lo general, un Acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno³², o una Resolución de un órgano directivo de un departamento con competencias transversales, como es el caso de la Secretaría General para la Administración Pública³³.

Los Planes y Directrices no responden a criterios homogéneos, y por tanto su análisis debe efectuarse de forma casuística, a la luz de los objetivos de cada instrumento y del contenido de cada disposición. La práctica nos ofrece una enorme heterogeneidad de manifestaciones normativas a través de estas formas de *soft law*, pues con ellas se han implantado medidas para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres en la Administración General del Estado³⁴, políticas de fomento de la transparencia judicial³⁵, planes de coordinación de los controles sanitarios exteriores³⁶ o directrices de técnica normativa para la elaboración de disposiciones reglamentarias³⁷.

No es extraño que estos Planes y Directrices sean ejecutados posteriormente por Circulares, Órdenes de Servicio o Instrucciones, pero incluso cabe la posibilidad de que sus contenidos sean puestos en práctica mediante disposiciones generales de rango reglamentario, como una Orden Ministerial o un Real Decreto. En estos supuestos, el valor normativo de los Planes y Directrices no siempre es fácil de determinar, y dependerá del acto formal que los adoptó. Así, un Plan adoptado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros tendría carácter obligatorio respecto de una Orden Ministerial, con las consecuencias impugnatorias que ello trae consigo.

³² La Ley del Gobierno ha avalado una práctica que venía realizándose por el Consejo de Ministros, y en su artículo 5.1.j) atribuye al Consejo de Ministros «adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado».

³³ El artículo 66 de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado establece que «[l]as competencias en materia de organización administrativa, régimen de personal, procedimientos e inspección de servicios, no atribuidas específicamente conforme a una ley a ningún otro órgano de la Administración General del Estado, ni al Gobierno, corresponderán al Ministerio de Administraciones Públicas». Así, el todopoderoso MAP tiene competencia para adoptar instrumentos de *soft law* en materia de organización, cosa que hace con cierta frecuencia.

³⁴ *Cf.*: el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado, adoptado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005.

³⁵ *Cf.*: el Plan de Transparencia Judicial, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005.

³⁶ *Cf.*: el Plan de Medidas para la Mejora de los Servicios de Sanidad Exterior, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 2006.

³⁷ Directrices de técnica normativa. Aprobadas pro Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

2.2.1.2. El *soft law* paccionado

Los actos o instrumentos de *soft law* público con efectos *ad intra* pueden articularse a través de acuerdos entre dos o más poderes públicos, o entre dos o más órganos integrados en estructuras públicas. Las formas más habituales de este tipo de disposiciones las hemos de encontrar en los acuerdos surgidos en el marco de foros de cooperación entre Administraciones territoriales, muy destacadamente las Conferencias Sectoriales y estructuras de cooperación equivalentes. Incluso pueden producirse acuerdos de esta naturaleza entre Comunidades Autónomas, con efectos similares a los citados en primer lugar. Pero igualmente encontraremos manifestaciones de *soft law* público *ad intra* paccionado cuando la Administración, a través de los órganos competentes al efecto, acuerdan en términos informales las relaciones entre la Administración y sujetos que la integran. Este es el caso de los acuerdos entre la Administración y las organizaciones sindicales, con anterioridad a su formalización en un acto reglamentario o legal.

Las Administraciones territoriales pueden cooperar entre sí para alcanzar objetivos comunes mediante reuniones de carácter institucional, ya sea en foros multilaterales o bilaterales. Este tipo de colaboración inter-administrativa se articula a través de las llamadas Conferencias Sectoriales y las Conferencias Bilaterales de Cooperación³⁸, y en el seno de las mismas pueden adoptarse acuerdos con carácter normativo, pero con distintos grados de vinculatoriedad³⁹. La legislación administrativa ha atribuido un carácter obligatorio, de naturaleza pseudo-reglamentaria, a los convenios adoptados en el seno de los organismos de cooperación, pero mantiene en un extraño limbo a los acuerdos normativos que no adoptan la forma del convenio.

La existencia de acuerdos de *soft law* está indirectamente consagrada en el artículo 5.5 de la LPC, al prever:

«5. Los acuerdos que se adopten en una Conferencia Sectorial se firmarán por el Ministro o Ministros competentes y por los titulares de los órganos de gobierno correspondientes de las Comunidades Autónomas. *En su caso, estos acuerdos podrán formalizarse bajo la denominación de Convenio de Conferencia Sectorial*» (la *cursiva* es nuestra).

A la vista del inciso final, existen supuestos en los que la Conferencia Sectorial adoptará acuerdos que no se formalizan bajo la denominación de Convenio de Conferencia Sectorial. Este tipo de acuerdos no tendrán efectos jurídicos entre las partes, ni tampoco deberán ser objeto de publicación en el

³⁸ Cfr. art. 5 de la Ley 30/1992, donde se prevén ambos órganos de cooperación y se regulan los mismos. Asimismo deben tenerse en cuenta las Comisiones Mixtas de Transferencia, que son, en esencia, Comisiones bilaterales, pero con el único objeto de deliberar y acordar las propuestas relativas a las transferencias de competencias y medios adscritos, en los términos previstos por cada Estatuto de Autonomía.

³⁹ Sobre esta cuestión, cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, *op. cit.*, p. 367 a 386.

Boletín Oficial. Así se deduce del artículo 8.2 LPC, al establecer que «los Convenios de Conferencia Sectorial [...] celebrados obligarán a las Administraciones intervinientes desde el momento de su firma, salvo que en ellos se establezca otra cosa». Así, mientras los Convenios cuentan con los efectos jurídicos que les atribuye el artículo 8.2 LPC, los acuerdos adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial que *no* se formalizan bajo la rúbrica del Convenio, salen de la órbita del precepto citado. Un silencio que nos debe llevar a la conclusión de que son acuerdos que no obligan a las Administraciones participantes.

Sin embargo, que los acuerdos no tengan carácter obligatorio para las partes no significa que se encuentren desnudos de efectos jurídicos. Si nos detenemos para hacer un análisis de los Estatutos de Autonomías, especialmente de los nuevos Estatutos de Autonomía adoptados durante los años 2006 y 2007, podemos llegar a la conclusión de que algún tipo de efecto van a surtir. No será el efecto obligatorio al que se refiere el artículo 8.2 LPC, pero sin duda generarán un grado de vinculatoriedad, tal como se desprende, por ejemplo, del artículo 176 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuyo apartado 2 establece lo siguiente:

«2. La Generalitat no queda vinculada por las decisiones adoptadas en el marco de los mecanismos multilaterales de colaboración voluntaria con el Estado y con otras Comunidades Autónomas *respecto a las cuales no haya manifestado su acuerdo*» (la *cursiva* es nuestra).

Una lectura conjunta de los artículos 8.2 LPC y el artículo recién citado del Estatut, nos confirma que los acuerdos formalizados como Convenios serán obligatorios, pues los acuerdos que no gozan de esta forma carecerán de forma obligatoria, pero *vincularán* en alguna medida a la Generalitat «cuando haya manifestado su acuerdo». Parece lógico que el artículo 176 del *Estatut* no ha derogado el artículo 8.2 LPC, por lo tanto hay que buscar un significado al término «vincular», contenido en el primero, para conciliarlo con la «obligación» que establece el segundo. Así, parece que esta «vinculación» debe considerarse en términos de *soft law*, como un mandato de optimización en los términos que se defenderán en el apartado III de este trabajo. Nos encontramos, por tanto, ante una fuente atípica del Derecho, reconocida indirectamente por el legislador estatutario y el legislador básico.

Una conclusión a la que igualmente podríamos llegar si atendemos a otros foros de colaboración donde se adoptan acuerdos entre Administraciones, como es la recién instaurada Conferencia de Presidentes⁴⁰, en cuyo seno pueden adoptarse resoluciones carentes de efectos obligatorios, pero algún grado de vinculatoriedad, en términos similares a los expuestos al analizar el artículo 176 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

⁴⁰ Cfr. BOCANEGRA SIERRA, R. y HUERGO LORA, A., *La Conferencia de Presidentes*, Madrid, 2005.

2.2.2. El *soft law* público con efectos *ad extra*

No todo el *soft law* público tiene la vocación de ordenar la organización interna de los poderes públicos, o la forma de prestación de servicios. Junto con el *soft law* con efectos *ad intra*, encontramos igualmente una forma de *soft law* cuya finalidad es la ordenación de las relaciones entre particulares. Se trata, por tanto, de un *soft law* con efectos *ad extra* y la expresa finalidad de actuar como un mandato dirigido a actores del ámbito privado. Esta manifestación normativa, al igual que en el caso del *soft law ad intra*, podrá adoptarse de forma unilateral por el poder público o de forma convencional acordada con los destinatarios de las disposiciones. Así, cabe hablar de un *soft law ad extra* unilateral, y otro paccionado, tal y como a continuación se expondrá.

2.2.2.1. El *soft law* unilateral

Han sido las Administraciones Públicas los poderes públicos que con mayor frecuencia han hecho uso del *soft law* unilateral con efectos *ad extra*, principalmente en aquellos sectores que reclaman un nivel laxo de intervención. Esta es una práctica propia de la intervención pública sobre la economía, y será en este ámbito donde encontremos el mayor número de instrumentos *soft* con vocación reguladora, donde destacan, con autonomía propia, los llamados «códigos de conducta» o «códigos de buen gobierno», así como las «recomendaciones» de las agencias independientes.

Es bien sabido que los sectores económicos privados son reacios a la imposición de normas desde el exterior, incluso desde la esfera pública. El exceso de normas puede suponer un obstáculo para el funcionamiento libre y natural de los mercados, pero también supone una garantía frente a las distorsiones o las anomalías del mismo. Como término medio a la dicotomía entre la regulación o la autorregulación, las Administraciones han optado en varias ocasiones por crear instrumentos de efectos indeterminados, con una clara vocación reguladora pero sin un reconocimiento formal en cuanto a su fuerza normativa. Surgen así, en sectores como los mercados de valores, los llamados Códigos de Buen Gobierno.

Las sociedades mercantiles, y especialmente las cotizadas, son un buen ejemplo de este tipo de ordenación, cuya última evolución ha presenciado tres distintos «Códigos» del buen gobierno corporativo, destinados a ofrecer flexibilidad aplicativa a las entidades de base societaria, combinada con unos mandatos claros de carácter normativo⁴¹. El primer texto fue aprobado en 1998,

⁴¹ Son muy significativas las reflexiones del Informe *Comparative Study of Corporate Governance Codes relevant to the European Union and its member states*, elaborado por la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea, donde se dice, en su página 68: «This does not mean, however, that these codes lack force and effect. Even though compliance with substantive code provisions is wholly voluntary, reputational and market forces, together with heightened disclosure, can result in significant compliance pressures, depending on the status of the issuing body, and the degree of information on compliance available to the market. Moreover, the exercise of establishing a code helps focus the attention of companies

como resultado del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997, de creación de una Comisión especial para el Estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Este Código, conocido informalmente por el nombre del presidente de la citada Comisión, Manuel Olivencia, fue aprobado por los miembros de la misma el 26 de febrero del año siguiente. Cuatro años después, en julio de 2002, se recurría al mismo procedimiento para elaborar un Código de idéntica naturaleza, pero exclusivamente para las sociedades cotizadas. Así, el Código elaborado por la Comisión especial para la transparencia y seguridad de los mercados financieros y sociedades cotizadas (la Comisión Aldama, nuevamente en alusión a su presidente), incorporó nuevamente un conjunto de recomendaciones dirigidas a los gestores de las sociedades, pero sin especificar claramente el valor jurídico de los mandatos. Un modelo regulatorio que se vio reiterado con la aprobación, el 19 de mayo de 2006, del Código de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas, donde se actualizan las disposiciones contenidas en los dos textos anteriores y se armoniza el marco español con diversos instrumentos internacionales, principalmente los Principios de Gobierno Corporativo OCDE⁴² y otras experiencias de Estados de nuestro entorno⁴³.

El valor jurídico del actual Código resulta un poco más nítido que los dos primeros, en tanto en cuanto el propio texto nos da varias pistas sobre su eficacia. Así, la filosofía que inspira a este tipo de instrumentos se basa en el principio de «cumplir o explicar» (*comply or explain*), por lo que:

«Corresponderá a los accionistas, a los inversores y, en general, a los mercados valorar las explicaciones que las sociedades cotizadas den sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones. En consecuencia, el grado de cumplimiento o la calidad de las explicaciones no deben servir de base para eventuales resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), pues otra cosa desvirtuaría el carácter voluntario de las recomendaciones de este Código»⁴⁴.

and investors on governance issues. Codes have proven highly effective in stimulating discussion of corporate governance issues. They help educate the general public and investors about governance-related legal requirements and common corporate governance practices. They may also assist to prepare the ground for changes in securities regulation and company law, where such changes are deemed necessary. Moreover, codes are increasingly being used by investors and market analysts and commentators to benchmark supervisory and management bodies. All of this works to encourage companies to adopt widely-accepted governance standards».

⁴² Se trata de los «Principios de la OCDE para el Gobierno de las Sociedades», adoptados por los Ministros de la OCDE en la reunión de Ministros de 26 y 27 de mayo de 1999.

⁴³ A nivel comunitario europeo, véase el *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, de noviembre de 2002, elaborado por la comisión de expertos presidida por Jaap Winter. A nivel estatal, son textos de referencia las *Corporate Governance Rule Proposals Reflecting Recommendations*, elaboradas por el *Corporate Accountability and Listing Standards Committee de la New York Stock Exchange*, de agosto de 2002; en el Reino Unido, el llamado Código Turnbull, de septiembre de 1999, adoptado en el informe *Internal Control: Guidance for Directors on the Combined Code*; en Francia, los dos «Informes Vienot», de 1995 y 1997; en Alemania, el Código de Buen Gobierno Corporativo, adoptado en enero de 2000 por la comisión de expertos presidida por Theodor Baums.

⁴⁴ Parte I, p. 8.

Unos efectos que resultarían bastante pacíficos si no fuera porque, a continuación, el propio Código añade que:

«Lo anterior se entiende sin perjuicio de las competencias y facultades de seguimiento atribuidas a la CNMV, en relación con el Informe anual de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, por el artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores y la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, a cuyo tenor la CNMV podrá exigir que se corrijan las omisiones o datos engañosos o erróneos»⁴⁵.

De esta manera el Código se convierte en un instrumento de voluntario cumplimiento, pero que admitirá una reacción del ordenamiento, y especialmente del ordenamiento jurídico-público, cuando los destinatarios de estas normas informen inadecuadamente sobre la aplicación que vienen haciendo de las mismas. Estas consecuencias pueden desplegarse sobre una amplia variedad de actuaciones administrativas, que incluirían el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las sociedades infractores y sus administradores. Una forma de *soft law* que puede transformarse en la manifestación más intensa de *hard law*.

2.2.2.2. El *soft law* paccionado

El *soft law* con efectos *ad extra* puede expresarse, igualmente, como una manifestación concertada entre el poder público y los particulares, con el fin de regular un segmento de la realidad social con efectos jurídicos *sui generis*. Si en el caso de los Códigos de Buen Gobierno el poder público entraba a regular directamente una materia mediante instrumentos verticales, adoptados desde una instancia pública para vincular y ordenar la actuación de unos destinatarios en una situación de subordinación, en el caso de los instrumentos horizontales nos encontramos con una actuación reguladora que se establece desde una posición de igualdad entre el poder público y un destinatario. No siempre se pretende articular una relación contractual, sino un acuerdo informal con los efectos que el mismo acuerdo deja constar, y que en la mayoría de los casos son efectos que convierten a estos instrumentos en normas de *soft law*.

Un ejemplo reciente de esta forma de regulación la encontramos en el Acuerdo de 9 de diciembre de 2004 para el Fomento de la Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia. Como resultado de una creciente preocupación por los contenidos de la programación televisiva en horarios infantiles, el Gobierno convocó a los representantes de las empresas concesionarias del servicio público audiovisual, con el fin de replantear el tipo de programación ofertado por las cadenas y sus horarios de emisión. Una propuesta que causó fuertes resistencias desde las direcciones de las cadenas, y que encontró, como término medio, la solución en un acuerdo de autorregulación, en virtud del cual las empresas concesionarias elaboraban un texto de aplicación volun-

⁴⁵ *Ibid.*

taria, pero con un mecanismo de seguimiento en el que participa la Administración. Así, el llamado Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia⁴⁶, firmado por las entonces cuatro cadenas de televisión de ámbito nacional⁴⁷, vino acompañado de un Acuerdo en el que participaba la Administración General del Estado y se comprometían todas las partes a establecer un sistema conjunto de seguimiento, protagonizado por una Comisión Mixta. Este órgano, de naturaleza pública y privada pero sin estatuto jurídico definido, pasaría a estar compuesto por representantes de los operadores de televisión y las entidades representativas de padres, menores, educadores y consumidores. La Administración ejerce las funciones de Secretaría, con voz pero sin voto⁴⁸.

El marco regulador de este conjunto de Acuerdos se salda con un marco de *soft law* de difícil definición legal. Por un lado, los Acuerdos establecen un régimen sustantivo cuyas partes se comprometen a hacerlo cumplir, pero sin sujeción a un mecanismo coercitivo que permita conocer una respuesta jurídica a los casos de infracción. Por otro, se insta una pequeña infraestructura administrativa cuya única competencia decisoria ante los casos de infracción es la facultad de «emitir dictámenes relativos a las quejas o reclamaciones presentadas por asociaciones de padres, educadores, de juventud e infancia y consumidores y usuarios con implantación en todo el territorio español»⁴⁹. Unos dictámenes que pueden desembocar en la conclusión de que «la emisión no puede producirse en el tramo horario de protección reforzada», o que «se aprecian inconvenientes para la emisión»⁵⁰. Cuando uno o varios de los operadores mantengan una conducta contraria a los pronunciamientos de los órganos de control, se activa el mecanismo coercitivo del Código, en virtud del cual:

«Si la Comisión confirmase la persistencia de un incumplimiento del código, podrá dirigirse al operador de televisión, conminándole a su cumplimiento. En caso de desatención por el operador, la Comisión

⁴⁶ El acuerdo no fue objeto de publicación en ningún Boletín ni medio oficial, pero se constituyó una página web (www.tvinfancia.es), donde pueden consultarse todos los acuerdos y sus documentos relacionados. Asimismo, en la citada página pueden realizarse las quejas directamente mediante el envío de mensajes electrónicos a la secretaria de la Comisión.

⁴⁷ El 12 de junio se firmaba la Adenda al Acuerdo para el fomento de la autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, en virtud del cual se ampliaban las partes del mismo, para adherir a las cadenas autonómicas, La Sexta, Net TV y Veo.

⁴⁸ Es importante destacar que la intervención del Gobierno en este Acuerdo se produjo a través de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, así como del Ministro de Industria, Comercio y Turismo, invocando el artículo 14.6 LOFAGE, que atribuye a los Secretarios de Estado la competencia para «celebrar los contratos relativos asuntos de su Secretaría de Estado, y los convenios no reservados al Ministro del que dependan o al Consejo de Ministros». Se trata, como es lógico, de un error, cuya explicación se encuentra en que los firmantes del Acuerdo fueron los Secretarios de Estado de Comunicación y Telecomunicaciones, respectivamente. De lo contrario, el precepto correcto habría sido el artículo 13.3 LOFAGE.

⁴⁹ Apartado V.1 del Código.

⁵⁰ El primer informe de cumplimiento de los acuerdos, correspondiente al periodo comprendido entre marzo de 2005 y marzo de 2006, afirma que el Comité de Autorregulación ha estimado un total de 12 reclamaciones en su primer año de funcionamiento, lo que supone un 10,6% del total de las quejas presentadas.

dará cuenta pública de dicho incumplimiento y, en el supuesto de considerarse que pudiera suponer una vulneración de la legislación vigente en materia de contenidos televisivos, se pondría en conocimiento de la Administración competente para la tramitación del correspondiente expediente sancionador, si procediese»⁵¹.

En unos términos muy similares a lo sucedido con el *soft law ad extra* unilateral, la forma última de reacción ante el incumplimiento la encontraremos en las facultades de la Administración para ejercer su potestad sancionadora. Así, los instrumentos flexibles de regulación pueden desembocar, tras una sucesión de incumplimientos y como consecuencia de sus propias normas reguladoras, en la imposición de una respuesta jurídica por parte del poder público. Una respuesta que, en el caso que acabamos de analizar, puede ser la máxima forma de reacción con la que cuenta el ordenamiento administrativo.

2.2.3. El *soft law* público-privado

La tercera y última clase de *soft law* se diferencia de las restantes por contar con un elemento cercano a la delegación. Mientras que los supuestos de *soft law* público *ad intra* y *ad extra* nos mostraban a normas públicas, adoptadas por el poder público en el ejercicio de potestades públicas, el *soft law* público-privado es una expresión normativa depositada en manos de entes privados. En este caso, una persona física o jurídica privada ejerce una potestad normativa por delegación, pero con la importante característica de que los efectos jurídicos de las normas aprobadas sólo surten efectos entre un grupo reducido de personas. Así, el poder público se desprende de una competencia reguladora, dando paso a que sea el sector privado el responsable de adoptar tales normas y, en último término, aplicarlas. En ocasiones estas normas son adoptadas por organismos representativos de los intereses del sector afectado, pero en otros nos encontraremos ante una delegación absoluta, depositando la potestad normativa en el propio receptor de las normas. Se trata, por tanto, de una forma de autorregulación más intensa que la vista en el apartado 2.1.2, pues el papel de la Administración en este proceso queda relegado al de un mero delegante, que, no obstante, siempre cuenta con la facultad de revocar la delegación.

La más clara manifestación de esta forma de *soft law* la hallamos en las normas técnicas, propias del ordenamiento público industrial y que la Ley 21/1992, de Industria, de 16 de julio, define en su artículo 8.3 como «la especificación técnica de aplicación repetida o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa». Se trata de una norma sin efectos obligatorios, pero que curiosamente se va a caracterizar por aglutinar un consenso técnico entre todos

⁵¹ Apartado V.2.c del Acuerdo.

los operadores de un determinado sector industrial. Así, tal como apunta Marc Tarrés, «la norma técnica debe, pues, tener un fundamento científico, ser técnicamente viable y contar con un mínimo arraigo en la realidad económica e industrial. En consecuencia, el consenso y no la imposición es la nota característica de la norma técnica»⁵².

Tal como indica la definición de la norma técnica en el Derecho español, esta forma de regulación se caracteriza por proceder de una entidad privada pero habilitada para llevar a cabo el proceso de acumulación de conocimiento técnico, de cuyo resultado se adoptará un marco común encaminado a la fabricación y ulterior comercialización de un bien o servicio. En España ese organismo es AENOR, pero igualmente encontramos organismos equivalentes a nivel europeo (CEN, CENELEC y ETSI) e internacional (ISO y CEI), todos ellos caracterizados por recibir, mediante un mandato expreso del legislador, la facultad de llevar a cabo el proceso de normalización que finaliza con la aprobación de normas técnicas⁵³.

Esta forma de *soft law* no tiene por qué reducirse a la figura de la delegación a favor de organismos, sino que, en ocasiones, el ordenamiento se remite a las normas técnicas de forma expresa, depositando un espacio regulador en manos de la norma privada. No se trata de un caso de delegación a favor de un organismo privado que procede a llevar a cabo una regulación, sino de una norma prevista en una Ley o Reglamento que remite directamente a una norma técnica, no necesariamente nacional. Tal como veremos a continuación al estudiar las formas de incardinación del *soft law* en el ordenamiento jurídico, las normas técnicas despliegan un importante papel incluso más allá de su ámbito de actuación, en aquellos casos en los que la Administración o el Legislador renuncia a regular un ámbito para el que está habilitado.

2.3. La incorporación del *soft law* en el ordenamiento jurídico

El *soft law* puede variar en sus grados de vinculatoriedad dependiendo del nexo que le una con el ordenamiento jurídico. A fin de cuentas, toda norma necesita un vínculo con el sistema de fuentes para que pueda desplegar los efectos que trae consigo el Derecho. Una fuente tan indeterminada como el *soft law* va a depender, en la mayoría de los casos, del acto o norma que la «incorpore» al ordenamiento. Las técnicas a través de las cuales se lleva a cabo

⁵² TARRÉS VIVES, M., *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Valencia, 2002, p. 233. Otra voz autorizada, la de Vicente Álvarez García (La normalización industrial, Valencia, 1999, p. 81, define las normas técnicas como «aquellas especificaciones que, basadas en la ciencia, la tecnología y la experiencia, definen para su aplicación repetitiva o continuada en la actividad industrial las características que debe reunir un determinado producto o que deben respetar las empresas que lo producen pudiendo tener, según los casos, bien una naturaleza voluntaria (normas voluntarias) o bien obligatoria (normas obligatorias)». En efecto, una de las manifestaciones de la normalización son las reglamentaciones técnicas, de contenido obligatorio para sus destinatarios, en contraposición con las normas técnicas, que aquí estudiamos, cuya naturaleza resulta más discutible. Asimismo, cf. CARRILLO DONAIRE, J. A., *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid, 2000, pp. 68 a 72.

⁵³ Cf. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial, op. cit.*, pp. 256 y ss.

este proceso son el objeto de este apartado, donde dividiremos entre cuatro formas de incorporación.

2.3.1. La incorporación en *hard law*

La forma más ortodoxa de incorporar *soft law* en el sistema de fuentes consiste en su inclusión dentro de un texto de *hard law*, es decir: la inclusión del *soft law* en el articulado de una norma con rango legal o reglamentario. Esta incorporación se manifiesta habitualmente mediante la inclusión del instrumento de *soft law* en un Anexo a la Ley o reglamento correspondiente, dejando constancia de que se trata de un cuerpo normativo informal, posteriormente «asumido» por un cuerpo normativo formal.

Un caso significativo de esta variante de incorporación del *soft law* lo encontramos en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, por el que se establecen las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, en cuyo Anexo se recoge el Código general de conducta de los mercados de valores⁵⁴. Los efectos de este Código no plantean duda alguna, no sólo porque se encuentra en la parte dispositiva del reglamento citado, sino también por lo establecido en el artículo 2 del mismo, según el cual «todas las personas o entidades a que se refiere el artículo 1 del presente Real Decreto deberán cumplir las reglas generales contenidas en el anexo, atendiendo en todo caso al interés de los inversores y al buen funcionamiento y transparencia de los mercados».

Aunque esta forma de *soft law* difícilmente puede definirse como tal, lo cierto es que existen casos en los que podría plantear ciertas dudas. A título de ejemplo, un Código como el recogido en el Anexo del reglamento recién citado, podría incorporar un mecanismo de modificación del mismo que admitiera una reforma a través de instrumentos puros de *soft law*. Piénsese en una modificación de dicho Código mediante un acuerdo de un órgano privado, representativo de intereses corporativos. Se trataría de una suerte de delegación a partir de un reglamento que nos devolvería directamente al terreno del *soft law*. Y a fin de cuentas, si un Código como el citado fuera la parte integrante de un reglamento, ¿por qué se articula como un Anexo al mismo? La mera existencia de una incardinación *sui generis* en un texto de *hard law*, nos indica que esta forma de *soft law* puede abrir las puertas a nuevas técnicas de regulación.

Problemas diferentes suscita la incorporación del *soft law* mediante instrumentos formalizados que tienen, como única finalidad, dar cobertura norma-

⁵⁴ Un Código, según dice la exposición del Real Decreto, «cuya base fundamental son las normas de conducta surgidas de las reuniones del Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), así como las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre esta materia, aplicables a los países de nuestro entorno, que deben regir para todos los intervinientes en los mercados de valores y que afectan no sólo a las entidades en sí mismo consideradas, sino también al personal que las integra».

tiva a aquél. En estos casos, el poder público acude a instrumentos formales, como puede ser un Acuerdo o una Resolución, para dar vida jurídica a un texto de *soft law*⁵⁵. La diferencia con el caso anterior radica en la finalidad: el único objetivo de esta técnica consiste en dar cobertura a un texto de *soft law* al que se pretende otorgar efectos. Esta técnica se ha generalizado en los últimos años para dar respuesta a los efectos de las llamadas Directrices o Planes adoptados por la Administración, o para revestir de juridicidad a determinados acuerdos adoptados en el seno de las Conferencias Sectoriales. Para ello, se ha acudido a la figura de la «Resolución del Ministro»⁵⁶ o el Acuerdo del Consejo de Ministros⁵⁷, instrumentos que gozan de la naturaleza de un acto administrativo o una disposición general en función del contenido de los mismos.

2.3.2. La incorporación por referencia

Una forma más habitual de otorgar efectos al *soft law* consiste en formular una referencia expresa al mismo desde un instrumento de *hard law*. Estas referencias, también calificadas como «reenvíos» por parte de la doctrina⁵⁸, puede llevarse a cabo mediante técnicas muy dispares, entre las que destacaremos las siguientes.

2.3.2.1. La referencia desde actos generales o actos individuales

El *soft law* puede asumir vida propia desde el momento en que una disposición general o un acto hace referencia al mismo, pero lo hará con efectos diferenciados en función del instrumento que lleva a cabo dicha incorporación. Así, la referencia puede formularse desde un instrumento general, sea una norma (legal o reglamentaria) o un acto. El efecto que surtirá el instrumento de *soft law* corresponderá con los efectos de los que disfrute el instru-

⁵⁵ Este es el caso de los instrumentos anteriormente citados, como el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado, adoptado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005; el Plan de Transparencia Judicial, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005; el Plan de Medidas para la Mejora de los Servicios de Sanidad Exterior, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 2006 o las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

⁵⁶ Ex art. 12.2.a y b de la LOFAGE.

⁵⁷ Ex art. 5.1.j de la Ley del Gobierno.

⁵⁸ Cfr. ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Pamplona, 2002, pp. 144 a 145 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, 2006, pp. 1.006 y 1.007 y MONTORO CHINER, M. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona, 2001, p. 56. En el contexto de las normas técnicas, son expresivas las palabras de TARRÉS VIVES, M., *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, op. cit., pp. 261 y 262: «La remisión por normas jurídicas a normas técnicas se justifica por varias razones, entre ellas destaca la imposibilidad administrativa de adecuar al estado de la técnica el conjunto de reglamentaciones técnicas, es decir de evitar el desfase de la reglamentación. Ello justifica el recurso a conocimientos externos y, en concreto, a las normas técnicas elaboradas por organismos de normalización que pese a su naturaleza privada gozan, también, de muy diversas maneras, de un reconocimiento público. La remisión a la norma técnica tiene, pues, por finalidad lograr la integridad de la norma jurídica o, dicho de otro modo, la norma técnica tiene un carácter complementivo de la norma jurídica».

mento que realiza la referencia. Pero esta solución podría matizarse cuando la referencia se formule dirigiéndose a un instrumento de *soft law* incorporado previamente en *hard law*. En este supuesto, es evidente que la norma referenciada goza de los efectos que ya tenía previamente como consecuencia de su incorporación en *hard law*. La referencia actúa, en tales casos, como una mera cita de autoridad respecto de una norma jurídicamente aplicable.

2.3.2.2. La intensidad de la referencia: remisiones y delegaciones

Las referencias pueden llevarse a cabo mediante una remisión expresa en la norma de *hard law*, haciendo constar el instrumento de *soft law* y su aplicabilidad al caso objeto de regulación, o a través de una delegación a favor de otro sujeto⁵⁹. El primer caso representa el caso «puro» de una incorporación por referencia, y el instrumento de *soft law* asumirá los efectos de la norma o acto que realiza la referencia, o los que ésta decida atribuirle. El segundo resulta más problemático, pues la delegación permite al instrumento de *hard law* deshacerse de un segmento de la regulación, pero depositándolo en un sujeto que podrá adoptar instrumentos de *soft law*. En este supuesto habrá que estar a la norma o acto delegante para determinar la naturaleza de esta forma de *soft law*. Así, una norma legal puede remitir un segmento de la regulación a lo dispuesto por un organismo como AENOR, estableciendo de forma expresa que sus disposiciones no serán obligatorias⁶⁰. En otro caso, una norma podría llevar a cabo un proceso similar, pero guardando silencio sobre el tipo de instrumento que debe adoptar el sujeto delegado, así como sobre sus efectos.

2.3.3. El aval del legislador mediante resoluciones no legislativas

En otros supuestos, el *soft law* asume unos efectos jurídicos como consecuencia de un «aval» parlamentario, en virtud del cual la intervención de las Cámaras confiere a un instrumento de *soft law* unas consecuencias equivalentes al *hard law*. Se trata, pues, de una disposición informal que se somete a la deliberación y votación en el seno del parlamento, pero que sufre una mutación como consecuencia de un pronunciamiento a favor del texto por parte de

⁵⁹ Con otros términos, pero en la misma línea, ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, 1999, pp. 169 a 177, se refiere a las «remisiones nominadas y estáticas», así como a las «remisiones innominadas y dinámicas».

⁶⁰ Téngase en cuenta que la normativa industrial no sólo remite esta competencia normativa a AENOR, sino que ésta, en sus Estatutos, ha hecho suyas tales competencias de una forma exhaustiva. Al respecto, *cf.* ÁLVAREZ GARCÍA, V., *La normalización industrial...*, *op. cit.*, donde se exponen los poderes de AENOR, tal como constan en sus Estatutos, entre los que se incluyen «Desarrollar la normalización española, coordinándola con la llevada a cabo en ámbitos europeos e internacionales, orientando al mismo tiempo los esfuerzos de todas las partes interesadas en dicho desarrollo; elaborar normas coherentes entre sí que tiendan a la armonización con las normas europeas e internacionales, teniendo en cuenta los intereses y la participación de todas las partes afectadas; desarrollar actividades que, como la adopción de normas europeas, se derivan de la participación en organismos nacionales o supranacionales de normalización y certificación, etc...»

aquél. En estos casos cabe plantearse el valor de la intervención parlamentaria, pues no se produce en el contexto de un procedimiento legislativo, sino en un ámbito más próximo al de las proposiciones no de ley o las mociones. Pero si la intervención del parlamento no equivale a un pronunciamiento «legislativo», ¿antes qué estamos exactamente?

Un ejemplo significativo de este tipo de incorporación lo vamos a encontrar en la Ley 18/2001, de 13 de diciembre, de estabilidad presupuestaria, donde el artículo 8, que regula los objetivos de estabilidad presupuestaria preparados anualmente por el Gobierno, dispone lo siguiente:

«2. El acuerdo del Gobierno en el que se contenga el objetivo de estabilidad presupuestaria se remitirá a las Cortes Generales acompañado del cuadro macroeconómico de horizonte plurianual contenido en el Programa de Estabilidad elaborado conforme a lo dispuesto en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, actualizado en su caso, en el que se situará la elaboración de los presupuestos de todos los sujetos que integran el sector público estatal. En forma sucesiva, y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán aprobando o rechazando el objetivo de estabilidad propuesto por el Gobierno.

Si aprobado el objetivo de estabilidad por el Congreso de los Diputados, el mismo fuese rechazado por el Senado, el objetivo se someterá a nueva votación del Congreso, aprobándose si éste lo ratifica por mayoría simple.

Aprobado el objetivo de estabilidad por las Cortes Generales, la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado habrá de acomodarse a ese objetivo. Si es rechazado, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo, que se someterá al mismo procedimiento».

Lo más sorprendente de esta técnica de incorporación del *soft law*, reside en el grado de vinculatoriedad que pretende asumir la intervención parlamentaria hacia el legislador futuro. Así, el apartado tercero nos dice que el objetivo de estabilidad, una vez aprobado, vinculará al Gobierno de cara al Proyecto de Ley de Presupuestos. La Ley 18/2001 no llega a proclamar la vinculación del legislador, pero sin duda establece una obligación que deberá seguir el Gobierno a la hora de elaborar el Anteproyecto y el consiguiente Proyecto de Ley de Presupuestos. Una obligación que encuentra unos difíciles mecanismos de control en caso de incumplimiento, probablemente reducidos a la calificación que corresponde a la Mesa del Congreso con anterioridad a la publicación del Proyecto en el *Boletín Oficial de las Cortes*.

2.3.4. El carácter contractual del *soft law* paccionado

La cuarta y última técnica de incorporación del *soft law* pasa por darle una cobertura negocial de acuerdo entre dos partes, en línea con la dinámica

generada por una relación contractual. El poder público, por un lado, asume un compromiso de hacer surtir efectos a un acuerdo con otra administración o con un particular. En ocasiones el acuerdo será objeto de formalización mediante un instrumento de *hard law*, llevando este supuesto a uno de los casos expuestos en 2.3.1 o 2.3.2. Pero en otros casos el acuerdo se dejará en manos de las partes, sin una exacta definición de su naturaleza ni de sus efectos.

Este es el supuesto que antes se ha expuesto al exponer los casos de *soft law* paccionado, tanto en su vertiente *ad intra* como *ad extra*. En el primer caso, nos encontramos ante Administraciones territoriales que adoptan acuerdos de cooperación en materias de interés común, en unos términos que hace surtir efecto al compromiso, pero con consecuencias de difícil determinación⁶¹. Lo mismo ocurre en el segundo caso, tal como se expuso al analizar el Acuerdo sobre la protección de la infancia en la programación televisiva. En estos supuestos habrá que estar a lo dispuesto en el propio acuerdo para determinar el grado de vinculatoriedad que puede desplegar y, muy especialmente, esta forma de «incorporación» va a tener efectos determinantes a la hora de ejercer una acción de responsabilidad patrimonial. Efectivamente, el *soft law* paccionado será una de las manifestaciones más evidente de la generación de confianza por parte del poder público, activando así el principio de confianza legítima, con todas las consecuencias resarcitorias que ello trae consigo y que se analizarán en el apartado siguiente de este trabajo.

III. DANDO SENTIDO AL *SOFT LAW*: UNA RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA

Llegados a este punto, una vez hecho el recorrido empírico sobre qué es el *soft law* en el ordenamiento público, sería legítimo que nos planteáramos *¿para qué sirve el soft law?* Y si encontramos un sentido, o utilidad, al *soft law*, *¿qué efectos debe desplegar?* A estos dos interrogantes intentaremos dar respuesta en este tercer y último apartado, donde se defenderá que el *soft law* es una manifestación del principio de subsidiariedad, y que su papel en el ordena-

⁶¹ Buena prueba de la dificultad que conlleva la determinación de efectos de los convenios entre administraciones, basta citar a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, *op. cit.*, p. 347: «Conviene decir, también, que el dato clave para considerar un convenio como vinculante no hay que buscarlo –en mi opinión– en la generalidad, inconcreción o concreción de lo pactado, sino en la intención de las partes de vincularse jurídicamente. Es posible que éstas pretendan comprometerse a prestaciones que no tienen por qué poder redactarse siempre de forma concreta. Otra cosa es que de la generalidad e inconcreción de un acuerdo quepa deducir, en un caso concreto, la falta de intención contractual de las Administraciones intervinientes, de la misma manera que parece hablar a favor de una verdadera voluntad de vincularse contractualmente la utilización por las partes de fórmulas típicas de la contratación («las partes se reconocen capacidad contractual», referirse a «estipulaciones», etc.); la remisión expresa, para integrar dudas y lagunas del convenio, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (que regula verdaderos contratos exigibles); la sumisión a la jurisdicción contencioso-administrativa de la resolución de los conflictos que se susciten, etc...».

miento debe circunscribirse al campo de la interpretación. Una interpretación intensa que fuerce al máximo el sentido de las normas de *hard law*, hasta el punto de generar un principio general de interpretación del *hard law* de conformidad con el *soft law*.

3.1. *El lugar del soft law: el principio de subsidiariedad y sus consecuencias en el sistema de fuentes*

Tal como se acaba de adelantar, el *soft law* es una consecuencia normativa del principio de subsidiariedad, pues su función tiene por objeto una regulación de mínimos que deje un margen de decisión a quien se encuentre en una *mejor posición reguladora*. En esencia, el empleo del *soft law* es un reconocimiento de que existen sujetos alternativos a la hora de llevar a cabo la regulación, y que son aquéllos quienes gozan de una situación de ventaja a la hora de elaborar un marco normativo. El principio de subsidiariedad tiene su origen precisamente en un mandato de contención a los poderes federados de la Unión, con el fin de que las decisiones sean adoptadas, cuando así fuere necesario, en el nivel más cercano al ciudadano⁶². Es decir: en el ámbito decisorio del poder estatal, y no en el federal. Una función que la subsidiariedad ha vuelto a desempeñar, con éxito desigual, en el contexto de la Unión Europea, donde el artículo 5.2 TCE exige a la Comunidad que actúe, en los ámbitos de competencia compartida, «en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario»⁶³. Se trata, como ya se ha dicho, de un principio que ordena un traspaso de poderes normativos a quien se encuentre en la *mejor posición reguladora*.

Esta *mejor posición reguladora* puede estar ligada a muy distintas motivaciones. A fin de cuentas, la definición de «lo mejor» no nos servirá de mucho si la hacemos en el vacío, y precisamente por ello habrá que estar a una justificación racional que sustente una idea sobre lo que constituye dicha posición.

⁶² CHICHARRO LÁZARO, A., *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Pamplona, 2002, p. 33: «La función del principio de subsidiariedad se resume tradicionalmente en la regulación de las relaciones entre la esfera pública y la privada y, dentro de cada una de éstas, las de los distintos grupos o niveles de poder que las integran y establece, de forma general, que lo que en una sociedad puede ser adecuadamente realizado por los responsables del escalón más próximo al ciudadano no debe transferirse a otro más alejado, salvo que la acción del primero no sea suficiente para lograr los fines pretendidos y la intervención del segundo aporte un plus de eficacia. Esta regla aplicada en el plano político-administrativo da lugar a un principio organizativo por el que cada instancia debe poder desarrollar con libertad sus cometidos según su capacidad y los fines que la caracterizan; pero, la ayuda de las instancias políticas superiores vendrá a suplir la incapacidad de las autoridades de los niveles inferiores en la medida de sus necesidades».

⁶³ Al respecto, ESTELLA DE NORIEGA, A., *El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Madrid, 2000; CHICHARRO LÁZARO, A., *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, op. cit. y DE BÚRCA, G., *Setting Constitutional Limits to EU Competence?*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Francisco Lucas Pires Working Papers Series, <http://www.fd.unl.pt/je/wpfp02a.doc> y *Reappraising Subsidiarity's Significance After Amsterdam*,

De forma un tanto esquemática podemos reconducir estos motivos a tres: en primer lugar, cuando la propia Constitución toma la decisión y atribuye la mejor posición reguladora a un poder del Estado, o a un escalón territorial del poder; en segundo lugar, cuando la mejor situación reguladora se vincula a criterios de eficacia; y tercero, en aquellos supuestos en los que la mejor situación es, a su vez, la más legítima, ligando este criterio a un mandato democrático.

3.1.1. Subsidiariedad y mandatos constitucionales:

La coordinación y cooperación territorial

La distribución territorial del poder en España ha contribuido a la creación de una importante variedad de instrumentos de cooperación, con el fin de dar una mayor coherencia a los espacios competenciales compartidos entre distintas administraciones. Donde se solapan los títulos competenciales, puede interpretarse que hay un llamamiento implícito de la Constitución a que los titulares de tales competencias cooperen en la toma de decisiones. Y cuando menos, si no existe dicha cooperación, que al menos se tomen en cuenta los unos a los otros, con el fin de no distorsionar el sistema y hacerlo inoperante.

Por tanto, puede afirmarse que las competencias compartidas surgidas del artículo 149 CE y de los Estatutos de Autonomía implican un mandato constitucional de cooperación, donde el Estado y las Comunidades Autónomas tienen la obligación de articular mecanismos de colaboración para la puesta en marcha de políticas públicas comunes⁶⁴. Este mandato puede traducirse en la adopción de acuerdos con distintos niveles de intensidad normativa, pero existen ocasiones en las que el recurso al *soft law* se va a ligar a la intensidad competencial de cada parte. Así, el Estado hará uso de instrumentos o actos de *soft law* cuando su título competencial se encuentre especialmente debilitado, tal como ocurre cuando se emplea un título horizontal (por ejemplo, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) para introducirse en un título competencial exclusivo de una Comunidad Autónoma. Precisamente el respeto al terreno competencial de cada Comunidad Autónoma justifica el empleo de *soft law*, pues permite la adopción de un criterio sin efectos jurídicos, pero con un claro elemento orientativo para todas las administraciones implicadas. Cuando esta forma de *soft law* tiene carácter paccionado, como los casos vistos en el apartado II, el principio de subsidiariedad se refuerza igualmente gracias al plus de legitimidad que le atribuye la participación de todas las partes.

⁶⁴ Cfr. SANTAOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y cooperación. Introducción al estudio de los mecanismos de cooperación en los Estados basados en la descentralización política; su aplicación al caso español*, Madrid, 1984; CÁMARA VILLAR, G. y TERRÓN MONTERO, J., «Principios y técnicas de cooperación en los Estados compuestos», en CANO, J. (ed.), *Comunidades Autónomas e instrumentos de cooperación territorial*, Madrid, 1990; JIMÉNEZ BLANCO, A., *Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales*, IEAL, Madrid, 1985, pp. 279 y ss; TOLIVAR ALAS, L., *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, IEAL, Madrid, 1981, pp. 138 a 142; MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1984 p. 134;

Precisamente esta es la función que ha desempeñado el Método Abierto de Coordinación, una experiencia a nivel comunitaria con el objeto de intervenir a nivel europeo sobre políticas de competencia de los Estados, donde la Comunidad únicamente cuenta con poderes de coordinación. El Método Abierto de Coordinación (en adelante MAC) ha supuesto una original técnica de actuación a nivel comunitaria, pero desde las instancias nacionales⁶⁵. La filosofía del MAC pasa por crear sinergias entre los distintos Estados en una política específica, donde cada Estado aporta un nivel de cumplimiento a unos parámetros pactados entre todas las partes. La vinculatoriedad de estos parámetros es nula, pero *de facto* ejerce una fuerza muy coactiva sobre los Estados, especialmente a la hora de medir sus niveles respectivos de cumplimiento. Con el fin de alcanzar las mejores cotas de cumplimiento, los Estados se sienten impulsados a dar cumplimiento a los acuerdos, al mismo tiempo que su actuación se produce de una forma armonizada con todos los demás. Esta ha sido precisamente la metodología de actuación de la Comunidad a la hora de implantar sus políticas de coordinación económica, así como la política europea de empleo. El resultado normativo del MAC son instrumentos de *soft law*, pero su grado de cumplimiento por las partes ha sido muy elevado, sin que nadie haya cuestionado los poderes de la Comunidad en estas materias.

El Estado de las Autonomías no se ha caracterizado desde su nacimiento por fomentar este tipo de metodologías, pero su empleo podría ser muy provechoso⁶⁶. Precisamente en ámbitos donde el Estado se ve forzado a invocar un título competencial de difícil concreción, como el artículo 149.1.1 CE, el empleo de técnicas como el Método Abierto de Coordinación con sus instrumentos de *soft law* otorgaría al Estado un importante margen de actuación, al mismo tiempo que atribuiría legitimidad a una actuación que no siempre encuentra respaldo constitucional. Una técnica que sería igualmente productiva en manos de las Comunidades Autónomas a la hora de intervenir en espacios legalmente reservados a las Entidades Locales; un terreno tradicionalmen-

⁶⁵ Sobre el método abierto de coordinación, *cfr.* CHALMERS, D. y LODGE, M., *The OMC and the European Welfare State*, LSE Discussion Paper núm. 11, 2003; DE BURCA, G. y SCOTT, J., *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford-Portland, 2006; FERRERA, M.; MATSAGANIS, M. y SACCHI, S., *Open Coordination Against Poverty: The New EU Social Inclusion Process*, Journal of European Social Policy, núm. 12, 2002; TRUBEK, D. y TRUBEK, L., *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination*, European Law Journal, núm. 11, 2005; ZEITLIN, J. y TRUBEK, D. (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford, 2003 y ZEITLIN, J. y POCHE, P. (eds.), *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies*, Bruselas, 2003.

⁶⁶ Es importante destacar que España ha participado en la Estrategia Europea de Empleo (EEE), articulada a través del método abierto de coordinación. Una participación que ha tenido como resultado el Plan de Acción para Empleo del Reino de España, de 2004, así como los trabajos del Observatorio para el seguimiento del Plan de Empleo. Sobre la participación de España en los trabajos del método abierto de coordinación y la implantación del EEE, *cfr.* LÓPEZ-SANTANA, M., *Soft Europeanization? The Differential Influences of European Soft Law on Employment Policies, Processes, and Institutional Configurations in EU Member States*, tesis doctoral defendida en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Michigan (inédita; cortesía de la autora).

te acostumbrado a la intervención desmedida de los poderes autonómicos en los reductos de la autonomía local.

3.1.2. Subsidiariedad y eficacia: la intervención mínima en el sector privado y los déficits de la Administración

El *soft law* puede desempeñar un papel destacado en aquellas esferas de actuación pública que no siempre resultan ser las más indicadas desde la óptica de la eficacia. Este fenómeno se produce habitualmente cuando la Administración ejerce funciones respecto del sector privado, así como cuando el objeto de la regulación es un mercado altamente volátil o técnico⁶⁷. Buena prueba de esta manifestación de la subsidiariedad son las normas técnicas y los instrumentos de *soft law* propios del mercado financiero, antes descritos en el apartado II. El *soft law* desempeña un papel que garantiza una intervención mínima desde el poder público, ya sea depositando la confianza en los operadores del mercado para que ellos desarrollen mecanismos de autorregulación, o ejerciendo meras facultades de control sobre aquéllos⁶⁸.

El *soft law* está muy ligado, en estos ámbitos, al riesgo tecnológico y a sus consecuencias sobre la actuación de los poderes públicos. La irrupción de actividades con repercusiones desconocidas, o cuyo desempeño genera un grado elevado de peligrosidad, ha contribuido a que las Administraciones reguladoras deleguen la responsabilidad de establecer condiciones a quienes operan en estos sectores sensibles. La asunción de un papel protagonista en la regulación de actividades contaminantes o la producción de bienes con repercusiones sobre la salud pública, genera importantes cargas para las Administraciones, empezando por los gastos que supone gestionar y estimular el conocimiento técnico, y terminando por los costes que acarrea la asunción de responsabilidades en el caso de que la actividad genere un daño. Así las cosas, los poderes públicos han delegado en el sector privado un número importantes de potestades, incluida la reguladora, con el fin de que el riesgo inherente a tales acti-

⁶⁷ Cfr. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid, 2005, pp. 65 y 71.

⁶⁸ No deja de ser llamativa la tesis de Garrido Falla, en cuya opinión el principio de subsidiariedad es un mandato político que complementa la función del Derecho público, aunque desde posiciones diferenciadas: «en realidad, lo que existe es una relación de compensación, cuando las fuerzas sociales consiguen el equilibrio social, las normas jurídicas se limitan a asegurar, reforzar o componer orgánicamente los factores extrajurídicos de la sociedad; son las normas de Derecho privado, cuyo objetivo no es conformar la sociedad sino reforzar lo que hace; son normas paralelas. Las normas de Derecho público son, en cambio, complementarias y surgen cuando se trata de conseguir por vía de intervencionismo estatal aquello que no se alcanza por el libre juego de las fuerzas sociales. Aunque esto nos recuerde el principio de subsidiariedad, obsérvese la diferencia que los separa: mientras que este último tiene una connotación política y axiológica, [la naturaleza del Derecho público] es aséptica, objetiva e imparcial. Se limita a explicar cómo ocurren las cosas en el terreno de las relaciones Sociedad-Estado-Derecho». GARRIDO FALLA, F., «Privatización y reprivatización», en *RAJ*, núm. 126, 1991, pp. 10 y 11. Cfr., asimismo, BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985 p. 171.

vidades recaiga sobre otros. Una carga que, al mismo tiempo, contribuye a crear estándares de conducta, que permiten a los operadores actuar en un contexto más especializado pero también jurídicamente más predecible. Se crea, así, un sistema de doble inmunidad, en el que la Administración se desprende de segmentos de la regulación y, con ella, los operadores se blindan frente a sus conductas dañosas⁶⁹. Surge así el *soft law* público-privado, donde la participación (y los efectos) de la regulación se difumina entre una pléyade de actores de muy distinta naturaleza.

3.1.3. Subsidiariedad y democracia: técnicas de legitimación de la intervención de los poderes públicos

En tercer y último lugar, el *soft law* puede desempeñar una función legitimadora de la actuación de los poderes públicos, asumiendo un rol normativo que se nutre de la participación de distintos sujetos, o desplegando un marco normativo de cumplimiento voluntario que va a condicionar la actuación del Estado. En ambos casos el *soft law* pretende generar confianza en la actividad del poder público, integrando a los destinatarios de las políticas públicas u ofreciéndoles garantías adicionales mediante técnicas que incrementan la transparencia⁷⁰. El primer caso podemos observarlo en los instrumentos elaborados con la participación de los ciudadanos, donde éstos introducen un plus de legitimidad del que carecía anteriormente la actuación pública. A título de ejemplo, parece generalizado el uso de los llamados «Libros Verdes» y «Libros Blancos», a partir de los cuales se lanzan preguntas a los sectores afectados, permitiéndoles participar mediante propuestas que, posteriormente, se ven traducidas en iniciativas normativas⁷¹. El resultado de este proceso de consulta puede ser un instrumento de *soft law*, de efectos indeterminados, pero con una clara autoridad que difícilmente podrá despreciar un

⁶⁹ Sobre este fenómeno, es imprescindible la lectura de ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho*, op. cit., cap. 6.

⁷⁰ Cfr. Al respecto, véanse los Estudios para la reforma de la Administración Pública, editados por el INAP 2004, como consecuencia de los trabajos del Grupo de Expertos para el Estudio de las Principales Líneas de Reforma de las Administraciones Públicas, constituido por Orden APU/1014/2003, de 25 de abril. En concreto, cfr. el apartado II, pp. 131 a 163. Asimismo, cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Pamplona, 2006, pp. 39 y ss.

⁷¹ Sin ánimo de ser exhaustivos, en los últimos años hemos presenciado la elaboración y publicación de varios Libros Blancos por parte de la Administración, e incluso textos equivalentes, bajo la forma de «Informe del Comité de Expertos», o «Informe para la Reforma de...». Tal es el caso de el Libro Blanco de la Educación Ambiental en España (Ministerio de Medio Ambiente), de 1999; el *Libro Blanco del Agua en España* (Ministerio de Medio Ambiente), de 1999; el *Libro Blanco sobre la Dependencia* (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), de 2004; el *Libro Blanco de la Competencia* (Ministerio de Economía y Hacienda), de 2005; los *Libros Blancos sobre la reforma de las titulaciones universitarias* (ANECA) de 2005; el *Libro Blanco del Gobierno Local* (Ministerio de Administraciones Públicas), de 2005; el *Libro Blanco de la Pesca* (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), de 2005; el *Libro Blanco de la Agricultura y el Desarrollo Rural*, (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), de 2005; el *Informe para la Reforma de la Función Pública* (Ministerio de Administraciones Públicas), de 2005; o el *Informe para la Reforma de los Medios de Comunicación de Titularidad Pública* (Ministerio de la Presidencia) de 2005.

Gobierno. En el segundo caso nos encontramos ante un uso del *soft law* con el fin de generar accesibilidad a la actuación del poder público; se trata, en definitiva, de incrementar la transparencia y así generar confianza a la hora de ejecutar una política. Este supuesto se manifestará mayoritariamente en las actividades prestacionales de la Administración, donde ésta tiene encomendada la prestación de un servicio público, cuya calidad y continuidad requiere de técnicas de relación con los destinatarios del mismo. Una forma de *soft law* en este sentido lo encontramos en las Cartas de Servicios, cuya función reside en la generación de transparencia y accesibilidad para todos los usuarios, marcando las condiciones en las que debe prestarse el servicio.

En esta vertiente, el *soft law* es la consecuencia de una vinculación entre el principio de subsidiariedad y el principio democrático: se crean instrumentos de legitimación de la actuación pública, dando un mejor acceso a la prestación de servicios, o abriendo espacios de participación para la adopción de compromisos⁷². En definitiva, el *soft law* se convierte en una herramienta que atribuye autoridad a la actuación de los poderes públicos, pero, curiosamente, sin la autoridad con la que cuenta una norma integrada en el sistema de fuentes.

3.2. La eficacia del *soft law*

El camino que hemos recorrido nos ha permitido ver la función y la naturaleza del *soft law*, pero aún nos queda por resolver su aplicación en la resolución de conflictos; su aplicación a la hora de ordenar la realidad social. Dicho de otra manera: queda por estudiar cuáles son los efectos que genera el *soft law* una vez que lo calificamos como un instrumento aplicable.

En primer lugar, hay que dejar bien claro que los actos o instrumentos de *soft law* incorporados en el ordenamiento por *hard law*, pueden establecer, en las normas legales o reglamentarias que regulan la materia, los efectos que ha de surtir la normativa *soft*. Este es el caso, por ejemplo, de las normas técnicas, que han encontrado en la legislación nacional una respuesta al problema de sus efectos y que deja, en cierta medida, zanjada la cuestión de su aplicabilidad. Sin embargo, existen actos o instrumentos de *soft law* incorporados en el sistema jurídico de los que se desconocen los efectos que han de surtir. Incluso cabrá la existencia de *soft law* con unos efectos parcialmente determinados, pero con «agujeros negros» en algunos de sus ámbitos, que requerirán una respuesta más allá de la normativa legal o reglamentaria que regula la materia.

A esta cuestión dedicaremos el último apartado de este trabajo, quizás el más relevante de todos, para sentar una propuesta de aplicación escalonada en tres fases, que podríamos resumir en el siguiente trinomio: interpretación –responsabilidad– seguridad jurídica. Se trata de una fórmula que bebe del Derecho comunitario europeo, donde los instrumentos de *soft law* gozan de

⁷² Cfr. TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, 2004, pp. 110 a 116.

una larga tradición, tanto desde el plano legislativo como jurisprudencial. Sobre esta fuente de inspiración se propondrá una técnica de aplicación del *soft law* en el ordenamiento jurídico español.

3.2.1. Primer escalón: la interpretación del *hard law* de conformidad con el *soft law*

La premisa normativa de la que partiremos es la siguiente: los actos e instrumentos de *soft law* exigen que el *hard law* sea interpretado de conformidad con aquéllos. Toda disposición prevista en una norma con rango de Ley o reglamento, deberá ser interpretada con el fin de acomodar los instrumentos de *soft law* que confluyan con las mismas a la hora de resolver un conflicto. Este deber de interpretación conforme encuentra su fundamento en el artículo 9.3 de la Constitución, que consagra el principio de seguridad jurídica. En efecto, la existencia de actos o instrumentos de *soft law* sólo puede admitirse si ello se produce desde la óptica de la coherencia del sistema jurídico. Para ello, una concepción del *soft law* ajustada a la exigencia de coherencia, pasa por la existencia de efectos. De lo contrario estaríamos ante una distorsión del sistema que incurriría en una lesión del principio constitucional de seguridad jurídica: normas que no son normas, pero que pretenden serlo a tenor de su contenido. Por tanto, sólo desde la existencia de efectos puede admitirse la licitud del *soft law*, lo que nos lleva directamente al terreno de la interpretación.

Todo acto o instrumento de *soft law* debe encontrar acomodo en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando exista tal cabida. Dicho en otras palabras: en la medida en que el sistema admita un margen de interpretación acorde con el contenido del *soft law*, esa debe ser la interpretación requerida por el Derecho. Este margen para atribuir efectos al *soft law* es lo que denominaré «interpretación conforme», interpretación que se le exige al operador cuando tenga que someter al sistema de oficial de fuentes bajo la óptica hermenéutica del *soft law*⁷³.

Este deber de interpretación conforme no se produce en el vacío, sino que se plantea en el contexto de un caso concreto, con unas normas concretas por aplicar. Con esta tesis no se está defendiendo una función abierta e indeterminada para todos los actos e instrumentos de *soft law*, sino una solución para los casos donde concurren normas de *hard* y *soft law*. Así, pongamos como ejemplo que una Carta de Servicios municipales incluye, entre sus «compromisos de calidad», la prestación continuada de un servicio con una periodicidad de una semana. Este compromiso de calidad no se encuentra recogido en los plie-

⁷³ Un principio que desde luego no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico español, pues el artículo 5 LOPJ lo proclama de forma contundente, al exigir una interpretación de todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución. En esta misma línea se sitúa el ordenamiento comunitario, que exige una interpretación del Derecho de cada Estado miembro de conformidad con el Derecho comunitario europeo, especialmente cuando las normas de este último no gocen de efecto directo. Una tesis especialmente atractiva para la tesis que se defiende aquí en relación con el *soft law*.

gos del contrato de gestión de servicio público, sino que se manifiesta, de forma exclusiva, a través de la Carta de Servicios aprobada por el Municipio. Si el pliego estableciera un plazo para la prestación periódica del servicio entre cinco y diez días, dicha cláusula podría ser interpretada a la luz de la Carta, concretándola en el plazo específico de una semana. Si un particular tuviera que litigar con la empresa concesionaria del servicio a causa de la prestación del servicio fuera de plazo, éste debería comenzar a correr a partir el séptimo día, y no del décimo. A este resultado nos llevaría una interpretación del ordenamiento jurídico de conformidad con el *soft law* aplicable⁷⁴.

La única condición que cabe imponer, como requisito previo a la realización de una interpretación conforme, es la previa publicación del acto o instrumento de *soft law*. Quien invoque el *soft law* debe acreditar que su difusión fue lo suficientemente amplia como para poder tener conocimiento del mismo en el momento relevante a efectos del litigio. Y como el *soft law* no posee normas generales de publicación, con las excepciones del *soft law* con regulación propia, no es necesario exigir condiciones específicas de publicación. Será suficiente el debido conocimiento del mismo por las partes en el marco de un litigio, o su difusión a través de un soporte adecuado para dar cumplimiento a la exigencia de publicidad.

3.2.2. Segundo escalón: la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos como alternativa ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme

Una vez que ubicamos el acto o instrumento de *soft law* en el litigio concreto, puede suceder que llegemos a la conclusión de que no cabe una interpretación conforme, algo que será inevitable cuando la norma de *hard law* que concurre en el asunto es frontalmente contradictoria con la de *soft law*. Volviendo al ejemplo que poníamos en el apartado anterior, si la Carta de Servicio establece una periodicidad obligatoria de una semana, pero el pliego de condiciones lo fija en dos, es evidente que no cabe una interpretación que acomode a ambas disposiciones. Esta limitación a los efectos del *soft law* impi-

⁷⁴ En esta línea camina el Derecho comunitario europeo a la hora de otorgar efectos a las Directivas con eficacia horizontal, *inter privatos*. Como resulta bien sabido, las Directivas son normas dirigidas a los Estados, y cuando éstos las incumplen pueden generar efectos con el fin de hacer cumplir su contenido. Se trata de una consecuencia de la máxima *nemo auditur turpitudinem allegans propriam*, pues, en caso contrario, el Estado incumplidor se beneficiaría de su mal comportamiento. Pero cuando la Directiva genera efectos en los particulares y no es transpuesta correctamente por el Estado, reconocer su eficacia puede imponer cargas excesivas sobre los particulares. Por tanto, el Tribunal de Justicia ha desarrollado la llamada «obligación de interpretación conforme» del Derecho nacional con la Directiva, lo que llevará al juez nacional a aplicar la Directiva en la medida de lo posible. Al respecto, *cf.* ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pp. 267 y ss; ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, pp. 120 y ss; BELLIDO, M., *La directiva comunitaria*, Madrid, 2003; PRECHAL, S., *Directives in European Community Law*, Oxford, 2.^a ed., 2005; RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993, pp. 127 y ss y SIMON, D., *La Directive européenne*, Paris, 1997.

de la aplicabilidad del mismo, lo que nos obliga a descartar su invocación. Sin embargo, la inaplicabilidad del *soft law* en estos supuestos no es sinónimo de desnudez de efectos, pues una vez descartada la invocación deberemos dirigirnos hacia el terreno de la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos.

La actuación dañosa de los poderes públicos genera responsabilidad cuando el acto que causa el daño es antijurídico. El principio de responsabilidad, proclamado por la Constitución en el artículo 9.3, es una institución que abarca todas las manifestaciones del poder público en sus vertientes judicial, legislativa y administrativa, pero es quizás en la tercera donde más claramente destaque. No en balde, el artículo 106.2 CE es contundente al establecer que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Con independencia de que este mandato vaya dirigido a la actuación dañosa de las Administraciones públicas, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han admitido, con algunas cautelas, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, mientras que la Ley Orgánica del Poder Judicial hace un tanto de lo mismo, en sus artículos 292 a 297, en lo referente al ejercicio de la jurisdicción.

Si volvemos a lo expuesto en el apartado 2.1, recordaremos que se propuso una concepción ontológica del *soft law* como un mandato de optimización, cuya adopción compromete a sus destinatarios a lograr, en la medida de lo posible, un objetivo determinado. Esta naturaleza maximalista nos lleva a reconocer que el *soft law* genera un compromiso por parte de quienes están bajo su órbita. Cuando el destinatario del *soft law* es un poder público, y cuando el autor y el destinatario del *soft law* coinciden, se dan las condiciones para que el *soft law* genere una expectativa en quienes se verán afectados por el cumplimiento de estas normas. Es decir: la adopción de actos o instrumentos de *soft law* por un poder público, en los que se introducen mandatos dirigidos a ese mismo poder público, generan automáticamente una expectativa de cumplimiento llamada a surtir efectos. El caso más visible nos lo muestra una vez más la Carta de Servicios, cuando en ésta se concretan condiciones del servicio que van a ser prestadas por la misma entidad que aprobó el documento. Así, la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que adopta la Carta de Servicios de atención al ciudadano de dicho departamento, es un documento que incorporará compromisos ajenos a las normas de *hard law*, pero que, en la medida en que suponen una autovinculación, generan expectativas en todos aquellos afectados por el documento⁷⁵.

⁷⁵ En palabras de TORNOS MAS, J., *Las Cartas de Servicios*, cit., p. 80: «[C]abe afirmar que la determinación de si existe o no lesión antijurídica puede estar influenciado de forma muy destacada por el contenido de las cartas de servicios. Los compromisos de las cartas deben actuar como los estándares de calidad que ayudan a determinar si el daño sufrido por un ciudadano puede o no configurarse como un supuesto de lesión antijurídica. Como es sabido, el amplio sistema de responsabilidad administrativa existente en nuestro

Llegados a este punto, es importante establecer una distinción entre reglas y principios de *soft law*, con el fin de pulir con mayor detalle la función del instituto resarcitorio. Así, una vez que contamos con un acto de *soft law* que goza de publicidad y es adoptado por un poder público que es, a su vez, destinatario de las normas ahí contempladas, la expectativa de que puede generar variará en intensidad dependiendo de que se trate de una regla o un principio. Así, la regla de *soft law*, con su antecedente y consecuente determinado, será la máxima expresión de la expectativa, en su grado de normatividad más elevado. Por el contrario, el principio de *soft law* contribuirá a que la expectativa se materialice, pero requerirá de mayor elementos jurídicos y fácticos para sustentar una pretensión indemnizatoria⁷⁶.

Serán, por tanto, las reglas de *soft law* las que generen una expectativa por parte de la Administración, en virtud de la cual ésta queda vinculada a sus actos. Una vinculación que no exige el cumplimiento de la prestación (pues ésta será ilícita, ya que no cabe una interpretación conforme con la misma), pero que dará nacimiento a una obligación de indemnizar a quien contara con la expectativa para dar cumplimiento a una serie de objetivos susceptibles de cuantificación económica. Por tanto, el incumplimiento por parte de un poder público de una regla de *soft law* creada por aquél y dirigida al mismo, no sólo constituye una infracción de un acto o instrumento de *soft law*, sino que también trae consigo la infracción de una norma de *hard law*: el principio de confianza legítima, previsto por la legislación básica del Estado en el artículo 3 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3.2.3. Tercer escalón: el principio de legalidad y la seguridad jurídica como límites de los efectos del *soft law*

Los actos e instrumentos de *soft law* podrán constituir una fuente de obligaciones para sus destinatarios, siempre y cuando se trate de disposiciones

ordenamiento tiene un punto central en el concepto de lesión antijurídica. La lesión será antijurídica si existe un funcionamiento anormal de un servicio público (después deberá demostrarse la relación de causalidad, imputación y daño efectivo y evaluable económicamente). Pues bien, la determinación de cuando el funcionamiento de un servicio es normal o anormal ha terminado por recaer en las manos de los tribunales, precisamente por la falta de criterios previos establecidos en normas reguladoras de los servicios. *Por ello, creo que importa destacar la relevancia que pueden tener las cartas de servicios como normas que establezcan unos compromisos que reconozcan como los estándares de calidad que predeterminan si la actuación administrativa debe calificarse de funcionamiento normal o anormal de la Administración [...]»* (la cursiva es nuestra).

⁷⁶ GALÁN GALÁN, A., «La comunicación pública», en GALÁN GALÁN, A., *La comunicación pública. La información administrativa al ciudadano*, Madrid, 2000, p. 72: «el dato esencial que fundamenta [la responsabilidad por la actividad de información administrativa] es la creación de una apariencia en la que confía el ciudadano cuando actúa y que, finalmente, sufre el daño. Dicha apariencia se crea por las informaciones suministradas por la Administración, aunque resulten ser incorrectas. El sujeto destinatario, que desconoce la inexactitud de los datos transmitidos, actúa de conformidad con ellos y, por tal causa, se le causa un daño. Toda una serie de principios generales encuentran aquí campo abonado para su aplicación, desde el principio de seguridad jurídica hasta el de protección de la buena fe, pasando por aquel otro según el cual nadie puede ir en contra de sus propios actos».

publicadas de forma adecuada y vayan dirigidas a los poderes públicos que las adoptaron. En este tipo de situaciones, hay una exigencia basada en la seguridad jurídica que impone jurídicamente la aplicabilidad de estos actos o instrumentos, y que puede determinar, en última instancia, la irrupción del principio de confianza legítima y la generación de responsabilidad.

Sin embargo, la respuesta debe matizarse cuando el destinatario no es el poder público que adopta *soft law*, sino un tercero. En este caso, el *soft law* pasa a desplegar una función distinta a la anterior, no tan basada en la auto-vinculación como en la normación. En el primer supuesto el *soft law* actúa como compromiso que genera, en última instancia, una expectativa; en el segundo supuesto el *soft law* es un mandato de optimización que va dirigido a otro destinatario, a un tercero, asumiendo así la forma de un acto regulador en sentido estricto.

Cuando el *soft law* reúna esta característica, es importante establecer una serie de limitaciones a su invocación, con el fin de salvaguardar principios constitucionales. En efecto, el *soft law* con vocación *ad extra* y que genera obligaciones para un tercero, debe observarse con la máxima cautela y a la luz de las exigencias tasadas por el principio de legalidad. A fin de cuentas, un acto o instrumento de *soft law* es una herramienta ajena al sistema de fuentes, y desconocida por completo en el universo de las normas parlamentarias. Por tanto, la delimitación de situaciones jurídicas subjetivas, y más aún la ablación, son aspectos tajantemente vedados al *soft law* cuando éste carece de una habilitación legal. Incluso cuando existe dicha habilitación, el recurso al *soft law* debe observarse con precaución.

Así, debe descartarse el uso del *soft law* con el fin de dar contenido a conductas típicas, tanto penales como sancionadoras. El primer supuesto ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en su STC 24/2004, de 24 de febrero, donde la remisión implícita desde un tipo en blanco a una Orden Ministerial generó una lesión del principio de legalidad penal⁷⁷. Esta línea

⁷⁷ FJ 3.º: «Si bien conforme a la doctrina de este Tribunal, la reserva de ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en leyes extrapenales y reglamentos administrativos, en el presente supuesto tal posibilidad debe agotarse en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (o la norma que en el futuro lo sustituya) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo. En primer lugar, porque tal proceder carecería de cobertura legal, ya que la Ley Orgánica 1/1992 faculta al Gobierno para reglamentar la prohibición, no al Ministro del Interior. Y, sobre todo, porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de ley en materia penal, que resultaría vulnerado el art. 25.1 CE. En esta línea, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10, declara la inconstitucionalidad del inciso final del art. 26 j) de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, que calificaba como infracciones leves de la seguridad ciudadana, entre otras, la trasgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas «en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas», entendiéndose que «Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es ... conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución». Por tanto, todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 mediante una Orden ministerial no podrán considerarse armas prohibidas a los efectos del art. 563 CP, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal».

jurisprudencia se ha extendido incluso a otros actos e instrumentos de *soft law*, tal como ha sucedido en la STC 283/2006, de 9 de octubre, donde el tipo penal venía a cubrirse por una Resolución de la Secretaría de Estado de Universidades; una Resolución con carácter normativo, arquetipo del *soft law*, cuya invocación en perjuicio del acusado fue suficiente para estimar el amparo. La extensión de esta doctrina al ámbito sancionador debe ser una consecuencia lógica de lo defendido anteriormente, así como de la aplicación al ámbito sancionador de los principios reguladores del Derecho penal. Los términos tajantes en los que se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional deben llevarnos a una misma conclusión en el terreno sancionador administrativo, a pesar de que se trate de una práctica ampliamente desarrollada por el legislador e incluso tolerada, con matices, por el Tribunal Supremo⁷⁸.

De la misma manera, el *soft law* debe ser descartado como fundamento para la adopción de decisiones desfavorables para los particulares, cuando se trate de actos o instrumentos desposeídos de reconocimiento legal expreso. A título de ejemplo, la revocación de una autorización a una sociedad de valores, como consecuencia de la infracción de un código de buena conducta, no puede admitirse si dicho código no encuentra una habilitación expresa en un instrumento con rango de Ley⁷⁹. Una cosa es que las condiciones por las que cabe realizar la revisión de oficio estén tasadas en la ley y, posteriormente, en un reglamento, con una mención expresa a un acto o instrumento de *soft law*. Pero bien distinta es una revisión de oficio basada en una infracción indeterminada, que remite, sin mención expresa en la normativa, a un acto o instrumento de *soft law*. Para que puedan producirse este tipo de revocaciones es necesario que el legislador o su desarrollo reglamentario remitan en términos expresos a un acto o instrumento de *soft law*.

Incluso sería deseable que toda decisión administrativa con incidencia negativa sobre un particular, contuviera, en la norma que crea la potestad, alguna remisión expresa al *soft law* que vaya a ser invocado. Más allá de los supuestos revocatorios, podemos ampliar esta exigencia a toda decisión administrativa de carácter negativo. A título de ejemplo, el artículo 71 de la Ley Orgánica de Igualdad entre Hombres y Mujeres establece un conjunto de directrices que podrían catalogarse bajo la rúbrica de *soft law* a la luz de su contenido. Su apartado primero establece que «[l]as sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley». Este mandato no va acompañado de una

⁷⁸ Sobre esta cuestión, *cfr.* NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 2005, pp. 280 a 286 y la jurisprudencia ahí citada.

⁷⁹ Una limitación que debe aplicarse tanto la revisión de oficio por actos nulos como anulables (arts. 102 y 103 de la Ley 30/1992).

sanción en caso de incumplimiento, pues el propio mandato («procurarán») es bastante indicativo del grado de vinculatoriedad de la norma. No obstante, el legislador habilita expresamente a la Administración para que los órganos de contratación introduzcan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares «la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior» (art. 71.3). De esta manera, la adjudicación de un contrato administrativo puede reorientarse mediante instrumentos de *soft law*, pero su función viene preestablecida por el legislador o, en su caso, una disposición general de rango administrativo.

En la medida en que el *soft law* es una anomalía que tensa los límites del principio de seguridad jurídica y de legalidad, su existencia no puede desembocar en una aplicación que genere restricciones en la esfera del individuo. De lo contrario se estaría admitiendo una nueva fuente del Derecho por la puerta trasera, con efectos que trascienden a los del propio reglamento y se equiparan a los de la Ley parlamentaria.

IV. CONCLUSIONES: LA AUTORIDAD DEL DERECHO Y LA NUEVA GOBERNANZA

Después de este breve recorrido por los dominios del *soft law*, ha llegado el momento de recapitular y extraer unas conclusiones de carácter general. La aparición del *soft law* no es un fenómeno extraño a los Estados contemporáneos, ni tampoco a la práctica internacional o a la práctica de organizaciones supranacionales. Más bien al contrario, el *soft law* ha hecho su lenta pero progresiva aparición a medida que han irrumpido en el ámbito público nuevos retos y nuevas preguntas.

El origen inmediato del *soft law* lo encontramos en el Derecho internacional, pero su razón de ser se debe a las dificultades que encuentran las normas jurídicas internacionales para resultar eficaces. Ante estas restricciones, el *soft law* surge como una alternativa que permite a las organizaciones internacionales regular, pero en condiciones más «cómodas» para los Estados que conviven con ellas. Esta tensión entre la actuación de estructuras internacionales personificadas y los Estados-nación es un fenómeno sin precedentes en la historia de las relaciones internacionales, forzando así la aparición de nuevas formas de regulación que concilian la debilidad de los nuevos sujetos internacionales con la hegemonía, aunque declinante, de los Estados.

Esta panorámica no es muy distinto si nos acercamos a la práctica de las organizaciones de integración supranacional, entre las cuales destaca con luz propia la Unión Europea. Precisamente en los ámbitos competenciales en los que la Unión actúa con menor autoridad, como es el caso de la política económica, laboral, cultural o educativa, es donde ha surgido el *soft law* con más intensidad. Pero también encontramos importantes manifestaciones del *soft law* comunitario donde las Instituciones necesitan más legitimidad y partici-

pación de la esfera privada, como en la política de competencia, que requiere una constante comunicación entre la Comisión, los Estados y las empresas con dimensión europea, generando así instrumentos de *soft law* con una finalidad de diálogo y retroalimentación entre todos los actores implicados. La propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, un mero acuerdo inter-institucional adoptado por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, es un instrumento de *soft law* que pretende atribuir legitimidad a la actuación de las Instituciones europeas. La adhesión de éstas a la Carta no determina la validez de los actos comunitarios, pero contribuye a que éstos asuman una mayor autoridad a la hora de ser cumplidos. Como puede verse, el *soft law* es una herramienta que coadyuva en la fabricación de nuevas formas de actuación para nuevos actores del ámbito público. Son, en definitiva, nuevas fuentes para nuevos métodos para implementar nuevas políticas.

En el terreno nacional las cosas no son muy distintas. La Constitución de 1978 dejó un amplio espacio de actuación a los poderes públicos para que llevaran a cabo políticas que dieran sentido a los mandatos constitucionales. Y aunque el sistema de fuentes de la Constitución parece establecer un marco tasado y excluyente de instrumentos normativos, la realidad es bien distinta. El silencio del constituyente sobre los principios generales del Derecho, sobre el valor normativo de la jurisprudencia, la primacía del Derecho comunitario europeo, e incluso la extensión e intensidad del principio de legalidad, es buena muestra de que existe un amplio espacio constitucional para la fabricación de actos e instrumentos de *soft law*.

La irrupción de nuevos retos para el Estado ha dado pie a un debate sobre las formas y técnicas de ejecución de políticas públicas. Un debate que ha recibido una atención desigual en los Estados occidentales, pero que, en mayor o menor medida, ha permitido instaurar entre los politólogos, economistas y juristas un discurso sobre la gobernanza en el Estado contemporáneo, como alternativa a las formas de gobierno tradicional. Una gobernanza para un nuevo marco, en el que destacan, de forma prioritaria, las políticas de integración social, la adaptabilidad del Estado a la sociedad de la información y, de forma sobresaliente, las políticas de coordinación entre distintos poderes públicos (territoriales y no territoriales), con el fin de compensar las deficiencias de las fronteras territoriales con la creciente globalización de la sociedad civil y los mercados. Se trata, por tanto, de una nueva forma de orientar las políticas públicas para poder afrontar con mayor eficacia los retos del presente, y se insiste tanto en su novedad, que en muchos ámbitos académicos ha recibido la denominación de *nueva gobernanza*.

La nueva gobernanza implica un mayor protagonismo de los instrumentos laxos de regulación, en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones. Los objetivos de la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecuencia de resultados uniformes, sino en la creación de espacios de compartición de experiencia y conocimiento, donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar en la ejecución de las mismas, en colaboración con todas las partes implicadas. Así, la nueva

gobernanza va a implicar la puesta en marcha de políticas caracterizadas por su ductilidad normativa, su temporalidad y su adaptabilidad al cambio. Tres rasgos que van a dar respuesta a dos problemas que afronta actualmente el Estado: su incapacidad para integrar a todos los actores de la sociedad civil y su lentitud ante el cambio.

La nueva gobernanza ya ha hecho su aparición en España y son múltiples los ejemplos de políticas públicas adaptadas a las exigencias de lo que podríamos calificar como un nuevo paradigma: la política económica y los mecanismos de implementación del programa de Lisboa; la inserción de la política de empleo española en el método abierto de coordinación comunitario; la pluralidad de instrumentos de planificación ambiental; los códigos de autorregulación en el sector audiovisual, publicitario o financiero, etc. Todos ellos son formas alternativas de realizar políticas públicas, donde destaca la ductilidad normativa, la temporalidad y la adaptabilidad. Todo ello reforzado por un importante nivel de participación de los actores afectados, atribuyendo así a las políticas un grado añadido de legitimidad.

¿Pero qué supone la nueva gobernanza para el Derecho, y en concreto para el Derecho público? La primera respuesta que nos debe venir a la cabeza es evidente y nos ha ocupado durante todo este trabajo: el *soft law* se convierte en una de las piezas elementales de las nuevas políticas públicas, en la medida en que garantiza los tres rasgos configuradores que antes hemos descrito: ductilidad, temporalidad y adaptabilidad. Efectivamente, el *soft law* nos ofrece un nuevo marco de actuación para los juristas, ceñido más firmemente a las nuevas técnicas de ejecución de políticas públicas. Pero al mismo tiempo nos debe hacer reflexionar sobre la adecuación de este marco con el espacio constitucional. A fin de cuentas, la nueva gobernanza, por muy nueva que sea, supone el desplazamiento parcial de una forma de entender el Derecho que la Constitución hizo suya en 1978. Puede que veintiocho años sea un periodo insuficiente para dar entrada a un nuevo paradigma. Y si no lo es, es necesario que aclaremos una serie de cuestiones.

En primer lugar, la aparición del *soft law* debe entenderse como una manifestación del poder público dentro del espacio constitucional, con el objetivo de dar cumplimiento a los programas normativos trazados por la Constitución y el legislador. En este aspecto, la nueva gobernanza no es una creación de la academia que vive plácidamente en la abstracción de los conceptos, sino una realidad en términos normativos, ideada y puesta en marcha desde el poder público. Los ejemplos que hemos enumerado anteriormente son sólo un escueto recorrido por los dominios de la nueva gobernanza en la práctica pública española, pero su presencia se expande por todos los Estados de nuestro entorno y, especialmente, en organizaciones supranacionales como la Unión Europea.

En segundo lugar, la existencia de la nueva gobernanza dentro del espacio constitucional nos obliga a buscar una teoría coherente que dé sentido y encaje a las formas de regulación que requieren las políticas de esta naturaleza. Así, sólo desde el entendimiento del *soft law* como un elemento más en la cons-

trucción del sistema jurídico, podremos admitir su existencia. Tal como ya se defendió en el apartado III de este trabajo, esta afirmación nos debe conducir forzosamente a reconocer un valor normativo al *soft law*, so pena de incurrir en una infracción del principio constitucional de seguridad jurídica. Sólo desde la existencia de una función normativa cabe aceptar la adopción y propagación de *soft law*, y esta función, como se defendió con anterioridad, pasa por la generación de un deber de interpretación del *hard law* de conformidad con el *soft law*.

En tercer lugar, si se acepta la tesis de la coherencia que albergue y dé encaje al *soft law*, debemos llegar forzosamente a una última cuestión: si el *soft law* es el fruto de políticas públicas que se caracterizan por su capacidad para adaptarse al medio, principalmente mediante técnicas participativas que garantizan la presencia de todos los actores afectados, ¿de dónde deriva su legitimidad el *soft law*? ¿Es el legislador, en la configuración de nuevas políticas públicas, el que atribuye la autoridad a los actos e instrumentos de *soft law*, o es el propio método de generación de *soft law*, y su posterior implementación, el que atribuye fuerza autoritativa a esta nueva fuente? Y si estamos ante un instrumento con una fuente de legitimidad propia y autónoma respecto del sistema oficial de fuentes, ¿a dónde nos lleva constitucionalmente esta doble cadena de legitimidad? Porque el reto del *soft law* y la nueva gobernanza no sólo reside en los efectos y funciones que despliegan estas normas *sui generis*, cosa de la que nos hemos ocupado en estas páginas. El gran reto del *soft law* nos lo ofrece la nueva fuente de legitimidad de la que bebe; una fuente alternativa que no necesita, para asumir autoridad, de la fuerza normativa del acto parlamentario. Una realidad que nos obligaría a dar un paso más allá de nuestro trabajo, para preguntarnos no tanto por la autoridad del Derecho, sino por la del constitucionalismo en el Estado contemporáneo. Pero esa es, claro está, una propuesta para otro día.

ABSTRACTS