

Soft law* jurisdiccional y para-jurisdiccional: el papel de los jueces en la creación del *soft law*

Jurisdictional and Para-Jurisdictional Soft Law: the Role of Judges in Creating Soft Law

Álvaro Núñez Vaquero

Universidad de Murcia, España

a.nunezvaquero@um.es

Resumen: El objetivo principal de este trabajo es sacar a la luz un fenómeno poco estudiado: el *soft law* formulado por órganos jurisdiccionales y sub-órganos de aquellos dependientes. A tal fin se introducen las nociones de *soft law*, órgano y competencia jurisdiccional y para-jurisdiccional, y aquella de directivo no normativo. A continuación, se presentan cuatro casos de *soft law* formulado por órganos o sub-órganos jurisdiccionales. Posteriormente se introducen tres clasificaciones –autor, receptor y tipo de instrumento– para poder identificar mejor estos directivos. Se finaliza con unas breves conclusiones.

Palabras clave: *soft law*, órgano jurisdiccional, directivo no normativo, decisiones judiciales, guías y protocolos.

Abstract: The main objective of this paper is to shed light on a little-studied phenomenon: soft law formulated by courts and their subordinate organs. To this end, it introduces the concepts of soft law, jurisdictional (and para-jurisdictional) organs and competence, and non-normative directives. It then presents four cases of soft law formulated by judicial organs and sub-organs. Then, three classifications –author, recipient and type of instrument– are introduced in order to better identify these directives. Finally, some brief conclusions are drawn.

Keywords: soft law, jurisdictional organ, non-normative directive, judicial decision, guides and protocols

*El presente trabajo se enmarca en el proyecto *Nuevas formas de creación y aplicación del Derecho*, financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de la investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia. Para la elaboración de este trabajo me han sido de extrema utilidad los comentarios y sugerencias de tantas personas que no dispongo del espacio para agradecerlas a todas.

I. Introducción

La *Guía sobre Precedentes Constitucionales*, publicada por la Corte Constitucional de Ecuador, establece la no vinculatoriedad de los precedentes judiciales de carácter horizontal (entendidos como auto-precedentes) para los casos en los que no haya identidad entre las personas que componen el tribunal¹. La Corte Suprema colombiana, en la sentencia STL5798-2020, consideró “oportuno advertir al funcionario accionado [el Presidente Iván Duque] que debe ser particularmente cuidadoso al utilizar sus cuentas personales en redes sociales”, en relación con la expresión de sus convicciones religiosas². La Corte Suprema chilena, mediante *Oficio N° 104-2022*, recomendó al legislativo “que sólo sea la Superintendencia del Medio Ambiente la que tenga competencias para fiscalizar el cumplimiento de estas normas [ambientales] de protección y sancionar su infracción”³.

El objetivo del presente trabajo es reconstruir un fenómeno jurídico al que se le ha prestado escasa atención⁴: el del *soft law* (de ahora en adelante, SL) formulado por órganos jurisdiccionales mediante actos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y por órganos dependientes de órganos jurisdiccionales mediante actos no jurisdiccionales (para-jurisdiccionales). En efecto, no es raro que órganos jurisdiccionales –u otros sub-órganos que no tienen asignadas funciones jurisdiccionales, pero que son dependientes de órganos jurisdiccionales (centros de estudio, *Ufficio del Massimario*, etc.)– dicten consejos, exhortaciones, advertencias o recomendaciones en sus decisiones; o que, más allá de cualquier proceso jurisdiccional, creen directivos⁵ mediante instrumentos⁶ (típicos o atípicos⁷) con incidencia en la justificación de las decisiones jurisdiccionales.

La incidencia en la práctica jurídica de estos instrumentos y directivos es variable⁸. Aquélla cambia de ordenamiento a ordenamiento; incluso en un mismo ordenamiento es posible encontrar casos de mayor y menor incidencia⁹. Algunos actos de SL jurisdiccional y para-jurisdiccional tienen incidencia en el ámbito jurídico, siendo empleados para tomar decisiones jurisdiccionales, porque proceden de órganos jurisdiccionales (o sub-órganos que pertenecen a órganos jurisdiccionales). Este SL puede ser dictado en el marco del ejercicio de su competencia jurisdiccional¹⁰, pero también al margen de ella.

Aunque aquel de SL es un concepto que ha sido estudiado abundantemente, su origen internacionalista (Mazuelos Bellido, 2004, p. 1; Sarmiento, 2008, pp. 76 ss.) hace que se haya prestado una menor atención al fenómeno del SL nacional¹¹. Esto, a su vez, ha provocado que haya habido menos interés por los órganos jurisdiccionales en cuanto posibles creadores de SL, en la medida en que son pocos los tribunales en el ámbito in-

ternacional. Además, suele considerarse que buena parte del SL es construido mediante procesos flexibles y abiertos a los destinatarios de la regulación (Eliantonio, Korkea-aho y Stefan, 2021, p. 2; Laporta, 2014, p. 55; Mazuelos Bellido, 2004, p. 31 Meyer, 2008, p. 891, 897), lo que tendería a excluir a los órganos jurisdiccionales como creadores de SL¹². Veremos como el SL jurisdiccional pone en cuestión la corrección de algunas de las anteriores generalizaciones acerca de todo el SL.

Para llevar a cabo la tarea propuesta, procederé en cuatro pasos. En primer lugar, en este mismo apartado, ofreceré una reconstrucción de qué podemos entender por SL y por actos jurisdiccionales para delimitar el objeto de estudio; además, ofreceré una distinción entre actos y órganos jurisdiccionales y para-jurisdiccionales, presentaré algunos tipos de directivos no normativos como muestra de la heterogeneidad de aquellos y, finalmente, mostraré las razones por las que estos instrumentos no tienen un carácter meramente descriptivo o informativo. En el segundo apartado presentaré cuatro ejemplos concretos de SL, mostrando su incidencia en la práctica jurídica. En el tercer apartado propondré una clasificación de los tipos de SL jurisdiccional (y para-jurisdiccional) con base en el emisor, el receptor y el instrumento empleado. En el cuarto apartado, finalizaré con unas breves conclusiones.

A. El *soft law* en (muy) pocas palabras

Aunque su tratamiento ha diferido en las distintas latitudes, existe abundante literatura sobre el SL¹³. Sin embargo, no existe un acuerdo mayoritario acerca del propio concepto de SL (Laporta, 2014, p. 64); de hecho, algunos autores han afirmado que las entidades que caen bajo la designación de la expresión “SL” son tan diversas (Shelton, 2003, p. 4; Hartlapp y Korkea-aho, 2021, p. 63; Weiß, 2023, p. 33) que la empresa de definirlo podría parecer abocada al fracaso. Aquí, antes que tratar de resolver tan intrincada cuestión, presentaré dos conceptos –o familias de conceptos– de SL, dependiendo de si se fijan en las condiciones que ha de cumplir un directivo en su formulación para ser considerado como SL, o bien si caracterizan al SL a partir de las consecuencias (o su ausencia) que se siguen de su incumplimiento (Iniasta Delgado, 2025a, p. 4).

En primer lugar, podemos encontrar varios conceptos de SL que hacen referencia, principal o exclusivamente, al origen o modo de formulación de aquellos¹⁴. Por ejemplo: una de las características que se ha atribuido típicamente al SL es la rapidez y flexibilidad en cuanto a su elaboración (Meyer, 2003, p. 893; Shelton, 2003, p. 12); también el hecho de que es formulado por los actores a quienes afectarán dichos directivos

(Garrido Gómez, 2017, pp. 44 ss; Meyer, 2003, 890; Papayannis, 2025). Otros han sostenido que es la voluntad de no dictar Derecho aquello que convertiría a un directivo en SL (Inieta Delgado, 2025b). También es posible sostener que la característica distintiva del SL es su proveniencia de autoridades institucionalizadas (Núñez Vaquero, 2025b), es decir, aquellas que disponen de competencias para generar directivos (más allá de cualquier procedimiento jurisdiccional) y/o órganos jurisdiccionales que dictan decisiones a partir de directivos previos.

Sin embargo, ninguna de estas características permite distinguir el SL de otros fenómenos¹⁵, o son generalizaciones indebidas. En efecto, no todo el SL es formulado mediante mecanismos rápidos y flexibles; si, por ejemplo, consideramos a las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas como SL, su formulación está fuertemente regulada y sus tiempos de aprobación suelen ser dilatados (Shelton, 2008, pp. 69 ss.). Tampoco es posible afirmar de manera general que todo el SL es producto de la autoregulación (Sarmiento, 2008, pp. 107 ss.); por ejemplo, en la formulación de los principios *Unidroit* de derecho privado europeo no participan todas las partes afectadas, que sería toda la población. La falta de acuerdo acerca del concepto de Derecho dificulta que podamos afirmar que quienes formulan SL lo hacen con la intención de no crear Derecho; además, quienes dictan SL en muchas ocasiones recurren a fuentes reguladas por los propios ordenamientos, como es el caso de los Informes y Recomendaciones de la Unión Europea, o los informes del Consejo de Estado español, por lo que parece discutible que quien crea SL esté renunciando a crear Derecho¹⁶. El hecho de que provenga de un sujeto con un mínimo grado de institucionalización no es suficiente para distinguir un directivo de SL respecto del Derecho, puesto que también las leyes son creadas por órganos institucionalizados.

En segundo lugar, podemos encontrar varios conceptos que hacen referencia a las consecuencias que se siguen de que un directivo sea considerado como SL. Por ejemplo, Snyder (1993, p. 56) y Senden (2004, p. 3) han sostenido que las normas de SL se caracterizarían por orientar el comportamiento, pero sin producir efectos jurídicos directos, o que su cumplimiento no tiene asociadas consecuencias jurídicas. De manera similar, Boyle (1999) ha sostenido que el SL no es vinculante; son principios, no reglas; y no pueden ser empleados para justificar una decisión con fuerza ejecutiva; o Arroyo Jiménez (2025, p. 12) quien sostiene que la falta de aplicación de un directivo de SL no puede ser la única razón por la que justificar la anulación de un acto administrativo. También sería posible sostener que los directivos de SL no son normas, sino directivos no normativos, como consejos y recomendaciones, carentes de vinculatoriedad o al menos vinculantes en un grado menor.

Tampoco este conjunto de características resulta adecuado para caracterizar todo el SL. En primer lugar, es posible encontrar directivos de SL que tienen efectos jurídicos sin necesidad de que haya ninguna norma de reenvío que los habilite; y también que haya directivos de SL cuyo incumplimiento genere consecuencias jurídicas directas¹⁷. Por ejemplo: la Comisión Europea definió la noción de “caso excepcional” en relación con el artículo 2.4 de la directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. De este modo, mediante una *Notice* (un acto atípico de SL¹⁸), se pasó a considerar no preceptiva la solicitud de informe ambiental en determinados casos (Hofmann, 2021, p. 48).

Frente a estos problemas, se pueden adoptar dos estrategias diferentes. La primera de ellas es optar por reducir la extensión de la expresión SL, expulsando de su dominio algunos instrumentos y directivos que frecuentemente son designados como SL. Ahora bien, esta primera estrategia no parece muy recomendable puesto que implica dejar de lado al menos una parte de los usos lingüísticos vigentes¹⁹.

La segunda estrategia consiste en aceptar la indeterminación del concepto de SL. En efecto, parece que nos encontramos frente a un concepto combinatoriamente vago, esto es, un concepto que tiene varias propiedades en su intensión (siendo algunas de ellas graduables²⁰), pero existen dudas acerca de cuál es el conjunto de condiciones conjuntamente necesarias y suficientes para que algo cuente como SL. Sin embargo, del mismo modo que en el resto de casos de vaguedad, podemos identificar algunos casos claros de SL y algunos casos claros de no-SL.

Aunque no resuelve el problema de definición de SL, aquí procederé mediante esta segunda estrategia, aceptando que tenemos algunos casos claros de SL y de no-SL; en lo que aquí interesa, de SL jurisdiccional y para-jurisdiccional. Desde luego, se podrá discutir si alguno de estos casos cuenta como SL. Sin embargo, antes de resolver la cuestión conceptual, es necesario sacar a la luz una serie de directivos emanados por órganos jurisdiccionales (o sub-órganos de ellos dependientes). Solo así será posible llevar a cabo, posteriormente, la tarea de reconstrucción conceptual. Además, al tratarse de ejercicios de poderes normativos a los que se les ha prestado poca atención, pueden generar problemas de seguridad jurídica y, más en general, al estado de derecho (Consejo de Estado francés, 2013, p. 10, 13; Arroyo Jiménez y Rodríguez de Santiago, 2021, p. 243).

B. Órganos y actos jurisdiccionales y para-jurisdiccionales

Bajo la etiqueta “SL jurisdiccional y para-jurisdiccional” es posible enmarcar un gran conjunto de directivos: desde consejos incluidos en sentencias, hasta recopilaciones de jurisprudencia, pasando por guías y protocolos, hasta llegar incluso a comunicados de prensa. Para poder ordenar primeramente esta heterogeneidad, es preciso distinguir entre actos y órganos jurisdiccionales y para-jurisdiccionales.

Cuando calificamos un órgano como jurisdiccional podemos estar haciendo dos cosas diferentes. Por un lado, podemos estar haciendo referencia a las competencias atribuidas al órgano para poder ser considerado como jurisdiccional: calificar autoritativamente jurídicamente casos, tanto individuales como genéricos, con base no únicamente en normas procedimentales. Por el otro, podemos referirnos a las propiedades normativas que se asocian con que un órgano sea calificado como jurisdiccional: especialmente, imparcialidad e independencia de sus titulares.

Aquí me referiré exclusivamente a las competencias que ha de tener atribuidas un órgano para ser calificado como jurisdiccional. Así pues, por “órganos jurisdiccionales” entenderé aquellos que tienen atribuida la competencia de calificar jurídicamente casos individuales (i.e. concretos) o genéricos (aquellas que analizan la corrección jurídica de normas en abstracto), basándose no únicamente en normas puramente procedimentales y que pretenden aplicar directivos previos (Núñez Vaquero, 2022a, p. 103).

Esta opción conceptual resulta más conveniente a los fines de este trabajo ya que es posible encontrar sujetos que tienen atribuida la competencia para calificar normativamente casos con base no exclusivamente en normas procedimentales, pero no gozan de cualidades como imparcialidad e independencia. Resultaría arbitrario excluir de este ámbito, por ejemplo, a órganos consultivos que se pronuncian sobre la legalidad o constitucionalidad de normas.

Sin embargo, existen órganos jurisdiccionales que, además de actos jurisdiccionales, llevan a cabo actos que no pueden ser calificados como jurisdiccionales. De hecho, muchos órganos jurisdiccionales, especialmente aquellos de vértice, establecen directivos nuevos fuera del marco de cualquier proceso de decisión sobre un caso. Por ejemplo: el Tribunal Supremo español establece directivos (Acuerdos no jurisdiccionales) que no pueden ser reconducidos al ejercicio de competencias jurisdiccionales; la Corte Constitucional de Ecuador publica Guías que no pueden ser calificadas como actos jurisdiccionales; ni tampoco lo son las *Instrucciones prácticas a las partes sobre los asun-*

*tos sometidos al Tribunal de Justicia del TJUE*²¹. De este modo, calificaré como actos para-jurisdiccionales aquellos que formulan directivos, pero que no se enmarcan en el proceso de calificar jurídicamente casos individuales o genéricos, llevados a cabo por órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, además de los directivos dictados por órganos que tienen atribuidas funciones jurisdiccionales, también encontramos directivos formulados por sub-órganos que –no teniendo ellos mismos competencias jurisdiccionales²², no obstante– pertenecen a un órgano con competencias jurisdiccionales. Por ejemplo: el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México²³, del Tribunal Constitucional chileno, o el *Ufficio del Massimario* italiano.

Con base en estas distinciones podemos entonces encontrar SL jurisdiccional (consejos y recomendaciones en las sentencias; *obiter dictum* de las sentencias); SL para-jurisdiccional de órganos jurisdiccionales, como directivos de un órgano jurisdiccional cuando se expresan mediante actos diferentes a aquellos jurisdiccionales (guías de conducta; cuadernos de jurisprudencia, etc.); y SL para-jurisdiccional producido por sub-órganos sin competencias jurisdiccionales (recopilaciones de sentencias; protocolos de actuación, etc.), pero que pertenecen a un órgano titular de competencias jurisdiccionales y emanan directivos.

C. Una breve introducción a los directivos no normativos

Dentro de aquello que habitualmente es identificado como SL podemos encontrar normas prescriptivas, es decir, enunciados que contienen una idea de acción que ha de ser llevada a cabo más allá de la voluntad de su destinatario, y cuyo incumplimiento genera algún tipo de rechazo. Los ejemplos son abundantes, también en el SL. Por ejemplo: las orientaciones de la OMS sobre el Covid son claramente formuladas en términos prescriptivos²⁴.

No obstante, junto a las normas prescriptivas, las normas constitutivas también juegan un importante papel en el ámbito del SL. De hecho, son múltiples las ocasiones en las que se emana SL que viene a definir cuál es el significado de un determinado término (Arroyo Jiménez, 2024, pp. 223 ss.), o se viene a establecer cuáles son los comportamientos que serán considerados como actos de cumplimiento de otras normas²⁵.

Sin embargo, reducir el campo de los directivos únicamente a las normas tiene la consecuencia de no permitirnos ver otras formas en las que se dirige el comportamien-

to (Bobbio, 1970, pp. 33 ss.), también por parte de los órganos jurisdiccionales. Ello es especialmente importante a la hora de identificar el SL jurisdiccional y para-jurisdiccional porque en ocasiones estos órganos recurren a directivos no normativos para orientar el comportamiento.

Por “directivos no normativos” podemos entender aquellos directivos –es decir, enunciados y/o su significado– que dirigen el comportamiento, pero cuyo emisor no pretende que sean llevados a cabo más allá de la voluntad del destinatario. En este sentido, estos directivos requieren que el destinatario lleve a cabo un razonamiento práctico, atendiendo (también) al directivo no normativo para decidir qué curso de acción tomar. A diferencia del caso de los directivos normativos –o, más sencillamente, normas– el incumplimiento de los directivos no normativos no genera directamente rechazo social. Ahora bien, esto no implica que no haya ningún rechazo frente al incumplimiento de directivos no normativos, sino que aquél no surge por el incumplimiento. Antes bien, dicho rechazo surge cuando el directivo no normativo es sencillamente ignorado. Ello se debe a que sería muestra de irracionalidad y a que pondría en cuestión la naturaleza autoritativa del directivo no normativo.

En efecto, según Andrej Marmor (2019), buena parte del SL puede ser reconstruido como consejos autoritativos, es decir, emanados por una autoridad. De este modo, Marmor introduce una noción más amplia de autoridad, en la que los consejos autoritativos no incorporan razones excluyentes de segundo orden, sino únicamente razones presuntivas. Aunque el concepto de “consejo” que emplea Marmor (2019, p. 3) es sumamente genérico, es preciso realizar algunas distinciones. Ello se debe a que, bajo esta etiqueta, se esconde una diversidad de actos lingüísticos directivos.

Al ocuparse del papel de los consejos y recomendaciones en el Derecho, ya Norberto Bobbio afirmó que los *obiter dicta* de las sentencias podrían ser considerados como consejos (Bobbio, 1970, p. 76). A su vez, concebía los consejos como normas técnicas (Bobbio, 1970, p. 47), en el sentido de constituir instrucciones para conseguir un objetivo predispuesto. De este modo, el no seguimiento de los consejos tendría como “pena” no alcanzar el fin predispuesto por el consejo.

Por su parte, Ross sostuvo que los consejos no eran reducibles a normas técnicas puesto que aquellas solo ofrecían información. Según Ross, estaríamos frente a un consejo cuando no se puede transmitir al interlocutor toda la información relevante y, quien aconseja, selecciona el curso idóneo de acción (Ross, 1978, pp. 99-100). Fijándose en la actividad de los expertos, Ross sostuvo que aquellos no se limitan a informar, sino que,

cuando aconsejan a sus destinatarios, eligen cuál sería la mejor de las opciones a tomar. Esto sucedería porque los clientes no podrían capturar todas las consecuencias que se seguirían de las diferentes opciones, es decir, la información resulta tan compleja que el destinatario no es capaz de decidir por sí mismo.

La breve referencia a los estudios de Bobbio y Ross, y a sus desacuerdos, ya es indicativo de que podemos encontrar cierta variedad de directivos no normativos: desde advertencias, a sugerencias, pasando por avisos y solicitudes hasta invitaciones. Hasta donde llega mi conocimiento, desde el ámbito teórico jurídico no se ha llevado a cabo ningún intento de sistematización de sus diferentes tipos. Aquí no es posible analizar todos estos tipos directivos no normativos: una taxonomía de aquellos ha de ser dejada para el futuro. Sin embargo, esta breve referencia ya muestra la posible diversidad de directivos no normativos.

D. Enunciados, normas y proposiciones

Antes de proceder al análisis de los concretos ejemplos de SL jurisdiccional y para-jurisdiccional, es necesario recordar una clásica distinción en el ámbito de la teoría del Derecho. Me refiero a aquella entre enunciados, normas y proposiciones normativas. Como bien ha mostrado Sandra Gómora (2025), esta distinción resulta especialmente importante en el ámbito del SL jurisdiccional y para jurisdiccional. Ello, a su vez, se debe a que buena parte de este SL es dependiente de otros textos, especialmente de HL.

El caso más paradigmático en este sentido es el de las guías, comentarios de jurisprudencia y otros instrumentos similares que basan su discurso en decisiones jurisdiccionales de algún órgano (en algunos casos, únicamente sus propias decisiones). Se trata de documentos que aparentemente tienen un carácter meramente descriptivo, informativo. Por ejemplo: parecería que la Guía sobre precedente de la Corte Constitucional de Ecuador únicamente informa sobre las decisiones de la propia Corte. En este sentido, es posible cuestionarse en qué sentido este tipo de enunciados pueden ser considerados como directivos, y si no son meramente reducibles a informaciones, esto es, a enunciados de carácter descriptivo.

Es preciso distinguir entonces entre enunciados (entidades lingüísticas) descriptivos y directivos, normas (o, de modo más amplio, directivos) y las proposiciones normativas (o proposiciones directivas). Mientras que los enunciados descriptivos son susceptibles de verdad, aquellos directivos que pretenden orientar el comportamiento carecen

de tal valor. Los directivos parecerían, en cambio, ser el significado de los enunciados de carácter directivo. Finalmente, suelen reconstruirse las proposiciones normativas (aquí, proposiciones directivas) para referirse a enunciados de carácter descriptivo que darían cuenta de los enunciados directivos; más precisamente de su significado.

Aquí no es posible ocuparse *in extenso* de todos los aspectos relativos a si los enunciados que dan cuenta del significado de las decisiones jurisdiccionales tienen o no un valor meramente descriptivo. Antes bien, basta con señalar que, en el caso de SL que se refiere a decisiones jurisdiccionales previas, la identificación de *rationes decidendi* de las decisiones jurisdiccionales no puede ser calificada como una actividad de carácter meramente descriptivo. En efecto, la multiplicidad de métodos interpretativos disponibles para identificar las *rationes decidendi* (Núñez Vaquero, 2022a, cap. V), hace imposible caracterizar a las proposiciones que dan cuenta de las *rationes decidendi* de las decisiones como meramente descriptivas.

Además, más allá del discutible carácter descriptivo de las proposiciones acerca de las decisiones jurisdiccionales, en el caso del SL jurisdiccional que se basa en decisiones jurisdiccionales previas, es preciso tener en cuenta otro factor. A saber: antes –al menos en un sentido lógico– de la identificación de la *ratio decidendi*, se produce un proceso de selección de cuáles partes de las sentencias, entre las muchas disponibles, van a ser tomadas como base para la elaboración del SL jurisdiccional²⁶. Y esto implica necesariamente un importante margen de discrecionalidad, que impide calificar a estos instrumentos de SL jurisdiccional como meramente descriptivos o informativos²⁷. Es más, en los instrumentos de SL que se basan en decisiones judiciales pasadas, en muchas ocasiones solo se tienen en cuenta una parte de la masa total de decisiones, seleccionándose exclusivamente solo aquellas consideradas “importantes” por quien crea el instrumento de SL.

II. Cuatro ejemplos de SL jurisdiccional y para-jurisdiccional

Una vez establecido el marco teórico inicial, resulta útil detenerse en algunos ejemplos para mostrar cómo estos instrumentos generan nuevos directivos y su grado de eficacia. Al tratarse de una realidad poco estudiada, resulta necesario mostrar casos concretos de la actividad que están llevando los órganos jurisdiccionales como creadores de SL.

A. Consejos del TJUE sobre transformación de interinos de larga duración a fijos y recomendación sobre impartición de justicia penal en menores de la Corte Constitucional de Ecuador

Un primer grupo de ejemplos los podemos encontrar en sentencias que establecen recomendaciones y consejos. Es posible traer a colación tres ejemplos: las sentencias del TJUE de 22 de febrero y 13 de junio de 2024 sobre funcionarios interinos, y una sentencia de Corte Constitucional de Ecuador (Sentencia No. 9-17-CN/19) sobre Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores.

Ante diversas cuestiones prejudiciales presentada por órganos jurisdiccionales españoles, el TJUE se pronunció (ECLI:EU:C:2024:149 y ECLI:EU:C:2024:496) sobre la compatibilidad de la normativa española frente al Derecho de la Unión Europea. En concreto, la cuestión versaba sobre si la permanencia de trabajadores interinos de larga duración en la administración pública española violaba la Directiva 1999/70. Pues bien, el TJUE afirma que la conversión a puestos de trabajo fijos “puede constituir una medida adecuada para sancionar de manera efectiva la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada”²⁸ y que “la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida”²⁹.

Son dos las razones para considerar que aquí se generan nuevos directivos: en primer lugar, al indicar medios idóneos para satisfacer una norma, se está eligiendo una entre las diferentes interpretaciones de la Directiva; en segundo lugar, pudiendo señalar diferentes medios para el cumplimiento, el TJUE indica sólo uno, omitiendo el resto. Esto no son normas, pero desde luego que quien los emana pretende orientar el comportamiento. Sin embargo, dichos directivos no han sido seguidos, al menos por parte de la Administración pública española. Los tribunales españoles han citado la sentencia hasta en 86 decisiones y la segunda en 10 ocasiones³⁰, aunque haya sido para no seguir dichos directivos.

La Corte Constitucional de Ecuador parece ir un paso más allá cuando, en lugar de mostrar cuál sería un medio idóneo para dar satisfacción a una norma, pasa directamente a recomendar al Consejo de la Judicatura cómo “diseñará y ejecutará un plan para la implementación de la Administración de Justicia Especializada para adolescentes infractores”³¹. Además de mandar la reforma, la Corte Constitucional hace recomendaciones sobre el contenido y procedimiento de dicha reforma. Por un lado, recomienda la formación de jueces y fiscales especializados en justicia sobre adolescentes y el establecimiento de modelos judiciales especializados; pero, por el otro, también recomienda

la coordinación del “diseño, ejecución y evaluación del plan de implementación de la Administración de Justicia Especializada para adolescentes infractores”³² por parte del Consejo de la Judicatura. La primera recomendación ha tenido cierta eficacia³³; la segunda, al no haberse aprobado la reforma, no ha podido ser seguida³⁴.

B. Informes de Proyecto de Ley de la Corte Suprema de Chile

Según el artículo 77 de la Constitución chilena, la Corte Suprema tiene atribuida la competencia para (y la obligación de) pronunciarse sobre cualquier modificación de ley orgánica constitucional que tenga por objeto la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. De este modo, la Constitución chilena viene a establecer un informe preceptivo, aunque de contenido no vinculante. El hecho de que el contenido de los informes no tenga carácter vinculante ya de por sí permitiría calificarlos como documentos como *soft law* judicial. Sin embargo, más interesante aún resulta que la Corte Suprema chilena establezca “recomendaciones” dentro de sus informes.

En el Informe (Oficio N° 125 - 2020) de 30 de junio de 2020, relativo a la ley que *Crea los Tribunales de Familia, para sancionar como delito, todo acto de violencia doméstica, y regular un nuevo procedimiento ante los juzgados de garantía*, la Corte advierte de los peligros que conllevaría la nueva normativa al incorporar el concepto de violencia intrafamiliar pues requeriría demostrar “el perjuicio de los derechos de la víctima, lo que podría implicar la imposición de un estándar más difícil de acreditar” (considerando 5°). Además, considera no recomendable atribuir a los juzgados de garantía penal la competencia para conocer en exclusiva sobre los casos de la violencia intrafamiliar porque, afirma, se ha comprobado que la justicia penal no es siempre el mejor tipo de respuesta para atajar este tipo de violencia (considerando 7°). Aquí, por tanto, nos encontramos con la advertencia de que un medio no resulta idóneo para alcanzar un fin predispuesto. El legislador finalmente sí introdujo el concepto de violencia intrafamiliar, pero la competencia no corresponde en exclusiva a los Tribunales Penales de Garantía.

En segundo lugar, el Informe (Oficio N° 104-2022) del Proyecto de Ley *Sobre protección de Glaciares*, de dos de junio, excediendo con mucho la competencia atribuida por el artículo 77 de la Constitución, critica sin ambages la atribución de la competencia a la Dirección de Aguas porque implicaría configurar los glaciares “simplemente como reserva de agua dulce” (considerando 4°). Es más, la Corte Suprema, afirma en este Informe –pero también a través de sentencia (Rol N° 15.549-2017, considerando

7º)– que es la Superintendencia de Medio Ambiente “quien mejor se encuentra organizada para conocer del control del cumplimiento de las normas medioambientales [...] por su capacidad de resguardar el interés de mantener un medio ambiente libre de contaminación” (considerando 7º). También desaconseja que se mantenga, para el caso de los glaciares, el sistema de reducción de multas por pago anticipado ya que –debido a la menor cuantía de las multas impuestas por los Tribunales Ambientales– podría hacer que aquél perdiera su función disuasiva (considerando 9º). Dado que el Proyecto de Ley no fue finalmente aprobado, no se puede establecer el grado de seguimiento de estas recomendaciones de la Corte Suprema chilena.

C. Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la SCJN de México

El Protocolo para juzgar con perspectiva de género, elaborado por parte de la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) se enmarcó dentro de las medidas de reparación adoptadas tras la condena de México en diferentes sentencias de la Corte Interamericana³⁵. Este no es el único protocolo emanado por la SCJN, habiéndose publicado once hasta la fecha, sin tener en cuenta las actualizaciones. Además, el Protocolo objeto de análisis fue el primero en ser publicado (2013) y fue actualizado siete años después de su emanación (2020).

Como se afirma en la propia Introducción a la segunda edición del Protocolo, su primera versión se encontró con el desafío de la inexistencia de criterios jurisprudenciales, ni nacionales ni internacionales, para la elaboración de un método para impartir justicia que tuviese al género como una categoría relevante (Segundo Protocolo, p. xv). En su primera versión, el Protocolo fue formulado por el Programa de Equidad de Género en la SCJN, el cual –pese a basarse tanto en fuentes jurisprudenciales como doctrinales– tiene un carácter fuertemente constructivo en cuanto a la selección de las mismas fuentes (especialmente las doctrinales, pero también de SL).

Posteriormente el Protocolo fue actualizado³⁶ por la actual Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos (anteriormente, solo de Derechos Humanos), sub-órgano dependiente de la SCJN. También en la segunda edición del Protocolo se puede observar una tarea de tipo constructivo: pese a que la jurisprudencia de la SCJN ya se había desarrollado bastante al momento de realizarse la actualización, existe selección a la hora de establecer en qué fallos se van a justificar los directivos y en qué otros documentos internacionales –especialmente de SL– apoyarse en favor de una determinada postura³⁷. Además, como ya se ha visto (supra, 1.4), resulta muy contro-

vertido afirmar que la identificación de *rationes decidendi* es una actividad de carácter meramente descriptivo.

Ya en su primera versión, los objetivos eran claros: proporcionar a los juzgadores instrumentos para evaluar, por razón de género, los impactos diferenciados de las normas; el impacto de la interpretación basada en roles de género; o las exclusiones jurídicas generadas por la construcción binaria de la identidad de sexo y/o género (Primer Protocolo, p. 8); entre otras³⁸.

En su primera edición, el Protocolo afirma no ser vinculante (Primer Protocolo, p. 10), pese a sostener que constituye una herramienta útil para dar mayor cumplimiento al principio de igualdad según los estándares nacionales e internacionales; es más, afirma que este protocolo vendría a asegurar el cumplimiento del artículo 1 de la Constitución mexicana, que establece la obligación de todas las autoridades de promover los derechos humanos³⁹. En su segunda edición, al haberse generado jurisprudencia de la SCJN, el propio texto viene a establecer una larga lista de obligaciones de origen jurisprudencial. Aunque en ambos casos parece establecer una relación de suficiencia entre las herramientas y los fines deseados, lo cierto es que –especialmente en su primera versión– el Protocolo vino a constituir qué significa juzgar con perspectiva de género en el ordenamiento jurídico mexicano. Dicho de otro modo: no es solo un conjunto de medidas de carácter instrumental para dar cumplimiento a normas previas, sino que cumplir con el Protocolo se identifica con dar cumplimiento a dichas normas.

El impacto que ha tenido es difícil de exagerar⁴⁰. Una simple búsqueda en la base de datos jurisprudencial arroja que el Protocolo ha sido empleado en 171 sentencia y en 11 tesis. No obstante, podría pensarse que las menciones a sendas versiones del Protocolo son meramente ritualistas⁴¹. Basta con mostrar una reciente sentencia para darse cuenta de su importancia: en el Amparo Directo en Revisión 4392/2023, la SCJN sostuvo, citando el Protocolo, que juzgar con perspectiva de género no es algo opcional, sino necesario cuando se trata de casos de violencia contra las mujeres⁴².

D. Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile

Otro ejemplo de SL de creación para-jurisdiccional son los repertorios, cuadernos o recopilaciones de jurisprudencia. Se trata de documentos –o aplicaciones informáticas– que identifican, implícita o explícitamente, las *rationes decidendi* de decisiones jurisdiccionales⁴³. Son semejantes al resultado de los mecanismos institucionalizados de identificación de *rationes decidendi*, esto es, procedimientos reglados para establecer

cuál es la parte normativamente relevante de una sentencia y a cuyo resultado se otorga algún valor directivo (Núñez Vaquero, 2022b). Sin embargo, aquí nos encontramos con mecanismos de carácter presuntamente informativo o descriptivo, sin procedimientos reglados para su elaboración, y formulados normalmente por sub-órganos de cada órgano jurisdiccional: direcciones de estudios, centros de estudios constitucionales, etc.

El caso de la Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile encaja en este tipo de SL. En efecto, aquella no se dedica únicamente a publicar íntegramente los fallos. Por el contrario, la Recopilación reelabora el discurso de diferentes sentencias para obtener la “doctrina” de una serie de fallos⁴⁴. El carácter constructivo de la Recopilación es patente si se piensa que el propio Tribunal Constitucional chileno también publica íntegramente las sentencias en volúmenes específicos y bajo diferente denominación (“Jurisprudencia constitucional”). Pero, sobre todo, lo que hace es interpretar sentencias, sintetizando las *rationes* de los fallos y en muchos casos además armonizándolas, llevando a cabo una tarea que excede sobradamente la mera descripción.

Mediante una estructura que se asemeja a los comentarios a códigos, la Recopilación está organizada bajo la égida de cada uno de los artículos constitucionales. Pese a la ya consabida ausencia de atribución de vinculatoriedad, es importante analizar su impacto. Este instrumento goza de cierto prestigio por parte de los litigantes, quienes expresamente hacen uso de aquél a la hora de justificar sus pretensiones. Por su parte, las Cortes de Apelaciones han citado hasta en 84 ocasiones la Recopilación; la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Chile la ha citado solo en cinco ocasiones⁴⁵, mientras que solo ha sido citada expresamente en una ocasión por el propio Tribunal Constitucional⁴⁶. La Recopilación –precisamente por ser un documento proveniente del propio órgano– es considerada como un documento autoritativo para establecer el contenido de la doctrina del Tribunal Constitucional, y no como un manual escrito por algún científico del derecho.

III. Actos y documentos de *soft law* jurisdiccional

Una vez presentados algunos de los ejemplos de SL de origen jurisdiccional y para-jurisdiccional, es momento de ofrecer una clasificación de aquellos. El objetivo no es la mera taxonomización de este tipo de SL, sino aumentar la capacidad de reconocer instrumentos y directivos como SL y poder evaluar así, bajo este marco conceptual, su relevancia y su posible incidencia en la toma jurídica de decisiones.

A. Según su origen

Es posible trazar una primera clasificación con base en el sujeto que emana los instrumentos y/o directivos de SL. Podemos distinguir, en primer lugar, los directivos formulados por órganos que tienen directamente asignadas funciones jurisdiccionales de aquellos que no.

1. *Órganos con competencias jurisdiccionales*

Recordemos: por órganos jurisdiccionales estoy entendiendo aquellos que tienen atribuida la competencia para establecer la calificación normativa de casos (genéricos e individuales) con base en normas no puramente procedimentales. Sin embargo, he dejado fuera de la definición tanto las propiedades de independencia como de imparcialidad. A ello hay que añadir ahora la eficacia –entendida como capacidad de modificar el estatus normativo de algún comportamiento– de la decisión jurisdiccional. Además de consejos, exhortaciones o recomendaciones en sentencias judiciales⁴⁷, podemos encontrar aquí los actos de órganos jurisdiccionales que cuentan, entre sus competencias, con aquella de emitir informes preceptivos, aunque no vinculantes, como la Corte Suprema chilena; pero también la de órganos consultivos, como el Consejo de Estado español, que se pronuncian sobre la legalidad o constitucionalidad de proyectos de ley; o los consejos, recomendaciones y admoniciones dictadas en sentencias; o de los Dictámenes del Comité de la CEDAW⁴⁸. También sería el caso de las conclusiones generales de los Abogados Generales del TJUE en los que –además de calificarse jurídicamente hechos– se realizan recomendaciones al TJUE acerca de cómo decidir las controversias.

Aquí podemos encontrar también decisiones de órganos con competencias jurisdiccionales que no deciden ningún caso, pero sí establecen nuevos directivos. Se trata de directivos formulados más allá de cualquier proceso jurisdiccional. Buen ejemplo sería el acuerdo de 3 abril de 2025 de los tribunales de primera instancia de Las Palmas de Gran Canaria sobre los criterios acerca del requisito de procedibilidad de los Métodos Alternativos de Soluciones de Controversias (MASC) en relación con el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/2025 de 2 de enero.

2. *Órgano sin competencias jurisdiccionales*

La creación de SL por parte de sub-órganos sin competencias jurisdiccionales tiene un importante impacto. Por ejemplo: aquí podemos encontrar a los centros de estudios adscritos a multitud de órganos jurisdiccionales, al *Ufficio del Massimario* italiano o,

incluso, a los gabinetes de prensa. El caso de la Recopilación del Tribunal Constitucional chileno, elaborada por su Dirección de Estudios constituye otro ejemplo, así como la Guía práctica sobre criterios de admisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual afirma haber sido “[E]laborada por la Secretaría. No vincula al Tribunal”⁴⁹.

Aquí debemos distinguir entre los instrumentos y directivos elaborados por personal adscrito al propio órgano jurisdiccional y cuya autoría se atribuye al órgano institucional en cuanto tal, de aquellos en los que un sub-órgano jurisdiccional atribuye a un tercero la elaboración de un instrumento de SL con autoría personal. Un buen ejemplo de atribución institucional de la autoría lo encontramos en el *Handbook on European Non-Discrimination Law* de 2018, cuya elaboración es atribuida al *European Union Agency for Fundamental Rights*, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Consejo de Europa⁵⁰. Esta situación contrasta con aquella de la *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Penali*, la cual –si bien aparece inicialmente atribuida al *Ufficio del Massimario* de la *Corte di Cassazione* italiana, posteriormente– es atribuida su autoría capítulo a capítulo a concretos sujetos⁵¹.

No debe pensarse que, por el hecho de que se atribuya el texto (o fragmentos) a una singular persona, esto hace que no se tenga en cuenta que quien publica el texto es un sub-órgano que forma parte de un órgano con competencias jurisdiccionales. En efecto, esta atribución individual de autoría no es comparable con el hecho de que se publique, incluso el mismo texto, en una revista científica o en una monografía. La publicación por parte del órgano dota de un *pedigree* institucional a estos instrumentos.

Un caso intermedio lo podemos encontrar en el *Manual de razonamiento probatorio*, cuyo coordinador es Jordi Ferrer Beltrán, los capítulos se atribuyen a concretos autores, y son publicados por la SCJN de México, su Dirección de Derechos Humanos y por la Escuela Federal de Formación Judicial⁵². En cualquier caso, es importante subrayar que este documento fue encargado por los órganos que publicaron el volumen.

B. Destinatario

Una segunda distinción importante se basa en a quiénes van dirigidos estos directivos e instrumentos de SL. Esta distinción es pertinente en la medida en que buena parte del SL jurisdiccional y para-jurisdiccional tiene como destinatarios los propios órganos

jurisdiccionales. Sin embargo, tampoco cabe reducir todo este SL a normas internas sobre el funcionamiento de órganos jurisdiccionales, yendo en ocasiones dirigido a la generalidad de la población o, por el contrario, a sujetos individuales.

1. General

Cuando el SL jurisdiccional está dirigido a la población en general, parecería tener un carácter más bien descriptivo, lo que podría poner en cuestión su capacidad directiva. Sin embargo, aquí es conveniente distinguir entre diferentes grados de capacidad directiva.

El instrumento *ABC de la Corte Interamericana*, publicado por la propia CIDH, presenta algunas cuestiones básicas sobre el sistema interamericano de derechos humanos. No obstante, la CIDH aprovecha el documento para pronunciarse sobre algunas cuestiones controvertidas. Por ejemplo: asevera que “las sentencias de la Corte son vinculantes” sin distinguir entre estados parte del proceso y ajenos al mismo; y también que “todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana”⁵³, cuestión que genera fuertes controversias.

Un ejemplo aún más claro de la relevancia normativa de este tipo de instrumentos de SL lo podemos encontrar en las *Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia* del TJUE. En este caso, nos encontramos con un conjunto de directivos sobre la representación de las partes, las condiciones para la asistencia jurídica gratuita o el número de páginas que han de tener los escritos de las partes. Se trata, nuevamente, de formulación de nuevos directivos.

2. Comunidad específica: jueces

La mayor parte del SL jurisdiccional y para-jurisdiccional va dirigido a los titulares de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, esto no debe hacernos pensar que no tiene incidencia sobre la ciudadanía. En efecto, si los órganos jurisdiccionales emplean directivos de SL provenientes de órganos jurisdiccionales o para-jurisdiccionales para la resolución de controversias, es evidente que tendrán incidencia sobre la ciudadanía.

Por ejemplo: el ya mencionado Protocolo para juzgar con perspectiva de género, aunque va específicamente dirigido a los titulares de los órganos jurisdiccionales (p. XV), parece del todo evidente que su adopción y aplicación por parte de jueces y juezas ha traído enormes consecuencias para la población (p. XVI). De hecho, el objetivo declarado del instrumento es “acelerar la modificación y la eliminación de prácticas culturales, actitudes y comportamientos individuales, sociales e institucionales que discriminan a las personas por su género” (p. XVII).

Sin embargo, también es posible encontrar SL para-jurisdiccional que solo indirectamente tiene efecto sobre la ciudadanía. Por ejemplo: la *Supreme Court of Canada* elabora anualmente su *Departmental Plan*, en el que “describimos en nuestros programas y servicios para los canadienses, nuestras prioridades para 2024-25, y cómo nuestro trabajo nos ayudará a alcanzar nuestras prioridades de organización”⁵⁴. Es decir, lo que hace este documento es fijar cuáles serán los objetivos de la Corte para el año sucesivo tanto a nivel de gastos como de resolución de casos (Le Sueur, 2004). Aunque puede incidir en sujetos diferentes a sus destinatarios, lo hará de manera indirecta.

3. Individual

En algunas ocasiones, es posible encontrar en las decisiones jurisdiccionales directivos no normativos que pretenden orientar el comportamiento de un concreto sujeto. Sin embargo, aquellas no son normas que formen parte de la parte dispositiva de alguna decisión jurisdiccional (ni son *rationes decidendi*). Por el contrario, son recomendaciones que no son entendidas como normas ni por su emisor ni por su receptor.

Por ejemplo: la Corte Constitucional colombiana “previno”⁵⁵ a la Vicepresidenta de la República, de que “se abstenga de vincular sus manifestaciones de fe a la institución que representa”⁵⁶. En este caso, el directivo –no parece que normativo– se incluyó directamente en la parte dispositiva de la decisión, por lo que podría ser discutible que no estemos frente a una genuina norma. Sea como fuere, parece que la Corte Constitucional podría haber usado, como en el resto de párrafos de la parte dispositiva de la sentencia, “ordenar” para calificar el comportamiento en cuestión.

C. Instrumentos

Listas sobre tipos de instrumentos –conjuntos de enunciados que típicamente expresan directivos de SL– hay muchas⁵⁷. Aquí voy a proponer una breve lista de instrumentos típicos de SL jurisdiccional y para-jurisdiccional, que no pretende ser de ningún modo exhaustiva; tampoco de carácter excluyente, quedando abierta la posibilidad de encontrar casos mixtos. Además de para ejemplificar los casos más frecuentes, pretende también funcionar como guía para identificar casos de SL jurisdiccional y para-jurisdiccional.

1. Sentencias

El primer instrumento donde podemos encontrar SL jurisdiccional son las sentencias. Para establecer qué enunciados pueden contener directivos de SL, es preciso recurrir a

una doble distinción. Por un lado, debemos distinguir entre directivos individuales y directivos generales; por el otro, entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, correspondiéndose esta última al SL. Pues bien, aunque está claro que para ser una norma que funcione como *obiter* ha de ser general, no parece suceder lo contrario con los directivos no normativos, que pueden ser tanto individuales como generales (consejos dirigidos solo a un sujeto o a un conjunto de sujetos).

Por ejemplo: la Corte Suprema argentina, en el caso Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios, una vez rechazada la pretensión de la parte actora justificando la legitimidad de la publicación de una viñeta satírica sexualizada de una política argentina, añade que, para que concurriese discriminación, tendría que haber sido “insultos discriminatorios que, de manera desvinculada de la crítica política que suponen, utilicen el perfil femenino como un modo de reafirmar estereotipos y/o roles de género que subordinan a las mujeres”. De este modo, limita el alcance de aplicación de las normas que prohíben la discriminación. No obstante, debido a que aparece tras la parte resolutoria y que la norma no es empleada para justificar la parte dispositiva, parece que estamos ante un *obiter dicta*⁵⁸.

En la sentencia N.º 2002-2006-PC/TC del Tribunal Constitucional peruano existen seis acápites diferentes en su parte dispositiva. Los cinco primeros “ordenan” diferentes acciones al Ministerio de Salud. Sin embargo, el sexto acápite, dirigido a un conjunto de diferentes órganos infra estatales y privados, “exhorta” a tomar las acciones necesarias para proteger la salud en la Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya. Dicho de otro modo: se pretende orientar el comportamiento, pero se evita emplear el lenguaje normativo.

2. Informes y opiniones

Además de las sentencias (y otras decisiones jurisdiccionales con eficacia), algunos órganos jurisdiccionales tienen la competencia para emitir informes de carácter no vinculante. Un buen ejemplo lo encontramos en CIDH la cual, ex artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede evacuar Opiniones Consultivas acerca de la correcta interpretación de la Convención. También cabe incluir aquí la ya mencionada función consultiva de la Corte Suprema de Chile, la cual emite informes que frecuentemente contienen consejos y recomendaciones.

Además de las formas de consulta previa a tribunales, nuestros ordenamientos jurídicos también prevén órganos que cumplen funciones jurisdiccionales en la medida en que califican casos (especialmente genéricos), pero con carácter exclusivamente consultivo. Un caso claro lo encontramos en el Consejo de Estado español (Navarro Caballero, 2006), pero no es ni mucho menos una rareza.

3. Acuerdos no jurisdiccionales

Un tercer tipo de acto de SL de órganos con competencias jurisdiccionales muy común en nuestros ordenamientos es aquel mediante el que se formula criterios (i.e. normas) acerca de cómo un órgano, o a veces también aquellos “jerárquicamente inferiores”, va a decidir (i.e. deben decidir) un tipo de controversia. En particular, suelen presentarse como acuerdos interpretativos o de normas técnico-procesales que sirven para regular aspectos supuestamente técnicos del proceso. La realidad es que frecuentemente afectan, cuando menos, al derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, aquí es necesario distinguir entre genuinas formas de creación para-legislativa de Derecho y la formulación de SL. Un ejemplo paradigmático de creación para-legislativa de derecho lo podemos encontrar en los Autos Acordados chilenos sobre los que nadie duda que forman parte del Derecho chileno y que son vinculantes (Delgado, 2010); también podemos encontrar aquí las Acordadas de la Corte Suprema argentina (Lettieri, 2021).

Más genuinos instrumentos de SL parecen los Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo español, cuyo no seguimiento requiere de justificación expresa (art. 264.3 LOPJ), lo que constituye un mecanismo frecuentemente asociado al SL (Böttner, 2023; Hofmann, 2021, p. 44). Pueden ser considerados SL porque es discutido si aquellos tienen valor vinculante (Manjón-Cabeza, 2008). No obstante, son empleados para justificar las decisiones jurisdiccionales de manera autónoma⁵⁹.

También existen casos más claros todavía de formulación de SL mediante mecanismos similares. En Perú, las Cortes Regionales celebran Plenos Regionales, certámenes institucionales de carácter académico⁶⁰, en los que se formula una o varias preguntas, se presentan dos o más ponencias que son discutidas, y finalmente todos los participantes votan en favor de alguna de las respuestas. El acuerdo no es vinculante, pero sí se espera la conformidad de los órganos jurisdiccionales.

4. Recopilaciones de jurisprudencia

Las recopilaciones de jurisprudencia no son un fenómeno nuevo. Si nos fijamos en el ámbito del *common law*, aquellas están presentes al menos desde 1282 con la aparición

de los *Year Books* (Iturralde, 1995, p. 106). En España, encontramos recopilaciones de fazañas –es decir, de decisiones judiciales– ya en el siglo XII (García-Gallo, 1934). Sin embargo, aquí son relevantes no las múltiples recopilaciones llevadas a cabo por el legislador o por privados, sino por los propios órganos jurisdiccionales y para-jurisdiccionales.

Sin embargo, para poder hablar plenamente de SL jurisdiccional o para-jurisdiccional –y, por tanto, de instrumentos de carácter directivo– no basta con la mera publicación de decisiones jurisdiccionales, sino que deben incorporar algo más (o suponer una selección). En primer lugar, es posible que las colecciones de jurisprudencia compilen solo un determinado conjunto de decisiones jurisdiccionales, consideradas como relevantes por alguna razón. Éste sería el caso de aquellos ordenamientos en los que no todas las decisiones son publicadas, sino únicamente las de los más altos tribunales o aquellas dotadas de especial relevancia por alguna razón (Núñez Vaquero, 2020, pp. 125-126).

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta si las decisiones publicadas han sido objeto de algún tipo de edición. Es posible que lo que se publiquen sean únicamente extractos o fragmentos de la decisión, omitiendo alguna de sus partes. Más importante aún es que nos encontremos con alguna forma de síntesis de cuál sería la *ratio decidendi* de una o varias decisiones, considerándolas parte de una línea jurisprudencial. Podemos encontrar incluso casos, como el de la Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile, que no contiene fragmentos de sentencias, sino únicamente resúmenes de aquéllas.

Aquí podemos encontrar también los Cuadernos de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Siendo normalmente de una específica temática, aquí se encuentran no únicamente fragmentos de sentencias, sino que en ocasiones se añade una parte de comentarios que pretenden resumir y sistematizar –a modo de manual– la doctrina de los tribunales⁶¹. También es posible encontrar cuadernos de jurisprudencia en los que se sintetice la jurisprudencia de diferentes órganos jurisdiccionales como aquellos publicados conjuntamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶².

5. Instrucciones, guías y protocolos

Un formato relativamente nuevo empleado por los órganos jurisdiccionales y para-jurisdiccionales para la orientación del comportamiento es aquel de las instrucciones, protocolos y guías cuya formulación parece requerir de conocimiento técnico de una

materia⁶³. Aunque también pueden contener directivos no normativos, suele tratarse de normas en el pleno sentido del término.

Un buen ejemplo de este tipo de normas lo podemos encontrar en la *Guía de buenas prácticas sobre escritos e informes orales y actuaciones judiciales*, aprobado conjuntamente por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el *Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona* y el *Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya*⁶⁴. La propia guía viene a afirmar en su primera página que “la aplicación práctica de las leyes evidencia que existe una amplia y bien conocida necesidad de ir más allá de la regulación procesal con la finalidad de lograr una mayor eficiencia en el servicio”, fijando, por ejemplo, límites a las intervenciones orales.

Este tipo de instrumentos pueden adoptar un carácter dependiente o independiente respecto de la jurisprudencia. Tendrán un carácter dependiente cuando sus directivos son formulados a la luz de algún texto con valor normativo, normalmente sentencias judiciales. Tendrán carácter independiente cuando son formulados sin relación con un conjunto de sentencias. Retomando de nuevo el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, existe una importante diferencia entre la primera y la segunda edición. En efecto, mientras que la segunda intentaría reflejar las decisiones de la Corte Suprema mexicana, la primera reconoce explícitamente un carácter más creativo.

6. Comunicados de prensa y declaraciones

Para poder hablar sensatamente de SL tiene que producirse un mínimo de formalidad, lo que suele traducirse sobre todo en alguna forma de publicación oficial (Inieta Delgado, 2025b). Sin embargo, más allá de los instrumentos vistos hasta aquí, los órganos jurisdiccionales en ocasiones emplean otros medios no revestidos de forma jurídica.

Por ejemplo: el día 21 de diciembre el TJUE emitió un comunicado de prensa en el que, en relación con la decisión sobre el asunto C-333/21 relativo a la creación de la Superliga de Fútbol, afirmaba que “[l]as normas de la FIFA y de la UEFA sobre la autorización previa de las competiciones de fútbol de clubes, como la Superliga, violan el Derecho de la Unión. Dichas normas son contrarias al Derecho de la competencia y a la libre prestación de servicios”⁶⁵ (p. 1). La UEFA y LaLiga española requirieron públicamente la rectificación del comunicado de prensa porque pensaban que no reflejaba el contenido de la sentencia. También las Notas de Prensa del Tribunal Supremo español juegan un importante papel, pues no solo dan a conocer las sentencias del órgano, sino que además sintetizan las razones de las decisiones⁶⁶; y lo mismo se puede decir de aquellos del Tribunal Constitucional español.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial de España aprobó el 6 de diciembre de 2023, una “declaración institucional” en la que, de oficio, se pronunciaba acerca de la futura ley de amnistía, aprobada el 11 de junio de 2024. En tal declaración, se calificaba el proyecto de ley como contrario a la Constitución y al TFUE por incompatibilidad con el Estado de Derecho, impunidad de los delitos e independencia judicial.

Estas declaraciones no parece que puedan ser empleadas para justificar suficientemente ninguna decisión de carácter jurisdiccional. Ahora bien, esto no significa que no tengan relevancia jurídica en la medida en que son formas en las que los órganos jurisdiccionales o para-jurisdiccionales establecen cuál es o ha sido la posición de un órgano respecto de algún asunto. En particular, se genera un directivo porque se viene a identificar cuál es el contenido (*ratio decidendi*) de una decisión jurisdiccional o porque se adelanta cuál será la posición de un órgano respecto de un tema.

7. Redes sociales

Si los comunicados de prensa y declaraciones públicas tienen un bajo nivel de formalidad jurídica, aquella es menor cuando enfrentamos el uso de redes sociales por parte de órganos jurisdiccionales. No se trata únicamente de que las comunicaciones oficiales se hagan en formato digital, o que se les dé publicidad a través de redes sociales. Por el contrario, algunos órganos jurisdiccionales están llevando a cabo una importante labor de orientación del comportamiento señalando, por ejemplo, determinadas sentencias como especialmente relevantes a través de redes sociales, mientras que otras son dejadas de lado.

En este sentido, es bien conocida la actividad de la SCJN de México, la cual –mediante el *hashtag* #yalodijolaCorte– resume y sintetiza su posición sobre múltiples aspectos tanto en Twitter (ahora, X) como en Youtube y otras redes sociales. Mediante este canal no se informa simplemente sobre fragmentos de alguna concreta sentencia, sino que se llevan a cabo interpretaciones de sentencias por parte del mismo órgano que las emana. De hecho, es tan relevante que con la nueva conformación de la SCJN de México, el propio órgano ha comenzado a emplear un nuevo *hashtag* para diferenciarse de la anterior Corte (#NuevaSCJN). Un caso similar lo podemos encontrar en la Corte Constitucional colombiana, la cual –a través del *hashtag* #LaCorteinforma en Twitter y otras redes sociales– establece de manera extremadamente sintética la *ratio* de algunas de sus decisiones.

IV. Algunas conclusiones: ¿el SL jurisdiccional y para-jurisdiccional orienta el comportamiento?

Preguntarse si los instrumentos y directivos de SL jurisdiccional y para-jurisdiccional recientemente descritos orientan realmente el comportamiento, requeriría de estudios de carácter empírico entre sus destinatarios. Dicho trabajo no ha sido realizado aquí, ni se ha realizado hasta ahora. Sin embargo, sí se pueden sacar algunas conclusiones preliminares a partir de las observaciones hasta aquí realizadas.

La primera de ellas es que hay que insistir en la variabilidad de la efectiva orientación del comportamiento por parte de este SL. Por poner solo dos ejemplos extremos: mientras que el Protocolo para juzgar con perspectiva de género influye en el comportamiento de sus destinatarios, el consejo del TJUE acerca de los trabajadores interinos en España no ha modificado el comportamiento de la Administración pública española, ni aquél de los tribunales. Parece que el SL dirigido específicamente a jueces mediante instrumentos como protocolos o recopilaciones de jurisprudencia tiene un mayor grado de eficacia que otros instrumentos.

Sin embargo, reducir la capacidad de orientación de estos directivos al seguimiento de los comportamientos o ideas de acción que aquellos contienen resulta reductivo. Una cosa es tomar en cuenta un consejo, recomendación o incluso una norma, y otra distinta es seguirla. Es probable que debamos reservar el término “eficacia” únicamente para los casos de seguimiento del comportamiento descrito, pero reducir todo el discurso a la eficacia es reductivo. No es lo mismo que, frente al consejo de mi médico de que deje de fumar, lo intente y no lo consiga, a que directamente lo ignore.

Constantemente recibimos orientaciones que tomamos en cuenta, aunque no siempre las seguimos una vez llevado a cabo un razonamiento. Por ejemplo: quien mira el pronóstico del tiempo, lo hace probablemente para decidir si abrigarse al día siguiente o si salir (o no) de viaje. Ahora bien, desde este punto de vista, parecería que también una información –entendida como un conjunto de enunciados descriptivos verdaderos– determinaría el comportamiento de sus destinatarios. Ello, a su vez, podría llevar a poner en cuestión la propia distinción entre ser y deber ser.

Sin embargo, no hace falta ir tan lejos. Si seguimos con el ejemplo del pronóstico del tiempo, en ocasiones se nos transmiten alertas o avisos sobre las condiciones meteorológicas: aviso de nieve, alerta por fuertes rachas de tiempo, etc. No parece, entonces, que sea lo mismo informar acerca de que hay nieve, a emitir una alarma o aviso por

nieve. El primero simplemente proporciona información, mientras que el segundo pretende que ajustemos nuestro comportamiento de alguna manera, al menos para que lo introduzcamos en nuestro razonamiento.

Buena parte del SL jurisdiccional aquí descrito funciona de esta manera. Cuando el Tribunal Constitucional peruano exhorta a tomar ciertas medidas, el TJUE recomienda adoptar una medida o se establece cuál es la doctrina (*rationes decidendi*) de una jurisprudencia relevante sobre un tema, no nos están informando. Antes bien, se pretende que, al menos, tomemos tal información como relevante a la hora de decidir nuestro curso de acción. Y esto quiere decir que cualquier sujeto racional ha de tenerla en cuenta, aunque no necesariamente seguirla, a la hora de actuar.

Pero no todo el SL jurisdiccional funciona de manera tan sutil, llegando en algunos casos a establecer genuinas normas (prescriptivas o constitutivas). Cuando el TJUE emana sus Instrucciones prácticas, la SCJN de México establece cómo juzgar con perspectiva de género, o el Tribunal Constitucional de Ecuador establece qué debe entenderse por *ratio decidendi* de una sentencia, la intención normativa parece clara. Desde luego, será necesario distinguir entre, al menos, normas prescriptivas y normas constitutivas, o entre principios y reglas, pero la pretensión de quien emite el directivo no cambia: se pretende conformidad más allá de la voluntad de los destinatarios. En cambio, cuando se emite un directivo no normativo solo se pretende que aquél entre a formar parte del razonamiento. Solo cuando el directivo no normativo es ignorado surge el reproche por irracionalidad o por no respetar la autoridad.

Con todo, no es conveniente configurar los diferentes tipos de directivos como algo exclusivamente dependiente de quien los emite. En última instancia, que un directivo vaya a contar como normativo o no, termina dependiendo de cómo es concebido por sus destinatarios (Hofman, 2023, p. 53). No son pocos los casos de directivos con forma normativa que son considerados como meras recomendaciones, ni casos en los que meros anuncios de cómo se va a comportar un órgano son percibidos como normas.

Referencias bibliográficas

Arroyo Jiménez, L., 2025, “El *soft law* administrativo”, en J. M. Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual, L. Arroyo Jiménez (dirs.), *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II. *Estructuras. Formas*. Madrid, Marcial Pons (citado por el borrador).

- _____, 2023: “Beyond Bindingness: a Typology of EU Soft Law Legal Effects”, en Lancos, P. et al (eds.), *The Legal Effects of Soft Law*. Cheltenham, Elgar.
- Arroyo Jiménez, L. y Rodríguez de Santiago, J. M^a, 2021: “In Search of Symmetry Lost”, en Eliantonio, M., Korkea-aho E. y Stefan O. (eds.), *EU Soft Law in the Member States*. Oxford: Hart Publishing.
- Benavides Casals, M^a. A., 2021: “El *soft law* en el contexto de las fuentes del derecho internacional: aportes para la discusión”, *Revista de Derecho Público*, 94, 1-16.
- Bobbio, N., 1970: *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Böttner, R., 2023: “The comply-or-explain mechanism in the European Supervisory Authorities, or: Does *Meroni* allow nudging?”, en Lancos, P.L., Xanthoulis, N. y Arroyo Jiménez, L. (eds.), *The Legal Effects of EU Soft Law Theory, Language and Sectoral Insights*. Cheltenham, Elgar.
- Boyle, A. E., 1999: “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 48(4), 901-913. <http://www.jstor.org/stable/761739>
- Cabrera Cabrera, S.V. y Ruiz Castillo, S.V., 2022: “Régimen jurídico del Ecuador sobre el principio de especialidad en justicia penal juvenil”, *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, 7(1), 177-189.
- Caraza Cristín, M^a del M., 2016: *La responsabilidad patrimonial de la administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios público*. Madrid, INAP.
- Clemente Vargas, C., 2024: “Perspectivas sobre el efecto vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 44, 91-112.
- Consejo de Estado francés, 2013: *Le droit souple*, Paris.
- Delgado, C., 2010: “El control de constitucionalidad de los Autos Acordados y los Derechos Fundamentales”, en *Estudios constitucionales*, 8(2), 799-812.
- Eliantonio, Korkea-aho E. y Stefan (2021). “Introduction”, en Eliantonio, M., Korkea-aho E. y Stefan O. (eds.), *EU Soft Law in the Member States*. Oxford: Hart Publishing.
- Escudero Alday, R., 2012: “El concepto de *soft law*”, en Moreso J.J. y Martí J.L., *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*. Madrid, Marcial Pons.

- _____, 2025: “Revisitando el *soft law*: ¿es tan *soft* como pretende?” en Iniesta Delgado, J.J. y Núñez Vaquero, Á. (eds.), *Soft law: aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid: Marcial Pons.
- Fajardo del Castillo, T., 2024: *El soft law en el Derecho Internacional y Europeo: su capacidad para dar respuesta a los desafíos normativos actuales*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- García-Gallo, A., 1934: “Una colección de fazañas castellanas del siglo XII”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 11, 522-531.
- Garrido Gómez, M^a I., 2017: *El soft law como fuente del derecho extranacional*. Dykinson: Madrid.
- Gkouvas, T., 2025: “Debilidad u opcionalidad: la normatividad blanda como grado y como binario”, *Isonomía*, 63.
- Goldstein J., Kahler M., Keohane R.O., Slaughter A.-M., 2000: “Introduction: Legalization and World Politics”, en *International Organization*, 54(3), 385-399.
- Gómora Juárez, S., 2025: “Del Soft al Hard Law o de los caminos de la normatividad”, *Isonomía*, 63.
- Guzmán, A.T. y Meyer, T.L., 2010: “International Soft Law”, en *Journal of Legal Analysis*, 2, 171-225.
- Hartlapp, M. y Korkea-aho, O., 2021: “Whatever-Law’ and Teenage Member States?: The National Reception of EU Soft Law and How to Study It”, en Eliantonio, M., Korkea-aho E. y Stefan O. (eds.), *EU Soft Law in the Member States*, Oxford: Hart Publishing.
- Hofmann, A., 2021: “Types of EU Soft Law and Their National Impact”, en Mariolina Eliantonio, M., Korkea-aho E. y Stefan O. (eds.), *EU Soft Law in the Member States*, Oxford: Hart Publishing.
- Iniesta Delgado, J.J., 2025a, “La relevancia jurídica del *soft law*”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19, 1-33.
- _____, 2025b, “Soft law, término y realidad: explorando la definición y la referencia de una noción en evolución”, en Iniesta Delgado, J.J. y Núñez Vaquero, Á. (eds.), *Soft law: aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons.

- Iturralde Sesma, V., 1995: *El precedente en el common law*. San Sebastián. Civitas.
- Laporta, F.J., 2014: “Gobernanza y soft law”, en Ruiz Miguel, A. (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*. Madrid, Trotta.
- Le Sueur, A. 2004: “Developing mechanisms for judicial accountability in the UK”, en *Legal Studies*, 24, 73-98.
- Lettieri, J.M., 2021: “Las facultades normativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fuentes e intento de clasificación”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 19(1), 55-94.
- Maher, I., 2021: “Revisiting Soft Law: Governance, Regulation and Networks”, en Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Stefan, E. (eds.), *EU Soft Law in the Member States*. Oxford, Hart Publishing.
- Maldonado Ordóñez, J.A. y Cabrera Cabrera, S.V., 2023: “Análisis del sistema penal juvenil en la legislación de Ecuador y el nuevo paradigma de justicia restaurativa”, *Revista de Derecho, Universidad Nacional del Altiplano*, 8(2), 3-17.
- Manjón-Cabeza Olmeda, A., 2008: “¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10(2), 1-25.
- Marmor, A. (2019). “Soft Law, Authoritative Advice and Non-binding Agreements”, *Legal Theory*, 25(3), 190–213.
- Mazuelos Bellido, A., 2004: “Soft law. ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 8, 1-40.
- Meyer, T., 2008: “Soft Law As Delegation”, *Fordham International Law Journal*, vol 32(3), 888-942.
- Navarro Caballero, T. M^a, 2006: “El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 24, 143-169.
- Núñez Vaquero, Á. 2020: “Problemas Abiertos sobre la publicación de los precedentes”, *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 43, 74-91.
- _____, 2022a: *Precedentes. Una aproximación analítica*. Madrid, Marcial Pons.
- _____, 2022b: “Sobre la maximización de la jurisprudencia y los precedentes”, en *Discusiones*, 29(2), 161-186.

- _____, 2025, “Análisis crítico de algunas definiciones comunes del concepto de *soft law*”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 59, 377-403.
- Papayannis, D., 2025: “Breves notas sobre el *soft law*, su papel en el razonamiento jurídico y la racionalidad de su expansión”, en Iniesta Delgado, J.J. y Núñez Vaquero, Á. (eds.), *Soft law: aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons.
- Ramírez Ludeña, L., 2025: “*Soft law* y precedente judicial en el *civil law*”, en Iniesta Delgado, J.J. y Núñez Vaquero, Á. (eds.), *Soft law: aspectos teóricos y problemas prácticos*. Madrid, Marcial Pons.
- Ross, A., 1978: *Dirrettive e norme*. Milano, Comunità.
- Senden, L., 2004: *Soft Law in European Community Law*. Portland: Hart Publishing.
- Shelton, D., 2003: “Introduction”, en Shelton, D. (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*. Oxford University Press.
- _____, 2008: “Soft law”, en Armstrong D. (ed.), *Routledge Handbook of International Law*. Abingdon y Nueva York: Routledge Press.
- Snyder, F., 1993: “The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”, *The Modern Law Review*, 56(1), 19-54.
- Stefan, O., 2017: “Soft Law and the Enforcement of EU Law”, en Jakab, A. y Kochenov, D. (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*. Oxford University Press.
- Weiß, W., 2023: “Reconsidering the legal effect of EU soft law in national implementation: Bindingness from an individual rights perspective”, en Eliantonio, M., Korkea-aho, E. y Mörtz, U. (eds.) *Research Handbook on Soft Law*. Cheltenham: Elgar.
- Zorzetto, S., 2025: “Soft Law: un tropo seductor que encapsula viejos problemas”, *Isonomía*, 63.

Notas

- 1 “Constituyen precedentes horizontales auto-vinculantes las reglas que solucionaron casos anteriores si las juezas o jueces que los resolvieron conforman la mayoría del tribunal que debe resolver el caso posterior. El juez/a que no fue parte del tribunal que emitió el caso que determinó las reglas podrá alejarse mediante la presentación de un voto particular”. Cfr. p. 36

- 2 STL5798-2020, p. 25.
- 3 Considerando 9º, p. 12.
- 4 Shelton (2008, p. 70) establece la diferencia entre SL primario y secundario, haciendo referencia el segundo al SL producido por los órganos jurisdiccionales a partir de SL dirigido a toda la comunidad internacional. Sin embargo, esta distinción no sirve para dar cuenta de todo el SL de origen jurisdiccional porque en ocasiones éste no proviene de la aplicación de directivos previos.
- 5 Empleo la expresión “directivo” para hacer referencia al resultado de aquellos actos lingüísticos que establecen una idea de acción como modelo de comportamiento (Ross, 1978, 146 ss.).
- 6 Empleo la expresión “instrumento de SL” de manera análoga a como se emplea aquella de “disposición normativa”, con el objetivo de distinguirlo de las propias normas; en este caso, de los directivos. La distinción fue originalmente introducida para el SL por Senden (2003, pp. 7-8)
- 7 Trazo la distinción entre instrumentos típicos y atípicos con base en si existe alguna norma previa explícita que autorice su creación. Ejemplos de instrumentos típicos de SL serían, entre otros, recomendaciones y dictámenes (art. 288 del TFUE) de la Comisión Europea, o las proposiciones no de ley en el ordenamiento jurídico español (arts. 193 a 195 de la Constitución española). Ejemplos de SL atípico serían, entre otros, marcos, cartas, comunicaciones, códigos éticos o de buenas prácticas, directrices, notificaciones, protocolos, instrucciones prácticas, etc. Véase también Sarmiento, 2008, pp. 106 ss.
- 8 De hecho, existen varias posibilidades para concebir cumplimiento e incumplimiento. Véanse Eliantonio, Korkea-aro y Stefan, 2021, p. 7; Hartlapp y Korkea-aho, 2021, pp. 58 ss.
- 9 La variabilidad de la relevancia es una propiedad que se puede predicar de todo el SL. Para el caso del SL de la Unión Europea, véase Hartlapp y Korkea-aho, 2021.
- 10 Más allá de la parte dispositiva de las decisiones jurisdiccionales y de los precedentes jurisdiccionales (en rigor, de las *rationes decidendi* de las decisiones). Ello se debe a que podemos considerar los *obiter dicta* como expresiones del SL jurisdiccional. Cuestión diferente, y abierta, es aquella de los votos particulares.
- 11 No se trata de que todos los elementos que podemos considerar como SL jurisdiccional no hayan sido objeto de estudio, sino que solo algunos. En cualquier caso, la literatura sobre el SL de origen jurisdiccional es escasísima. Guzmán y Meyer (2010, pp. 201 ss) consideran parte del SL jurisdiccional lo que llaman el *international common law*, es decir, el conjunto de interpretaciones que del derecho internacional hacen los tribunales internacionales. Sin embargo, parece más correcto referirse a tales decisiones como parte de los precedentes internacionales, más allá de lo más o menos normativamente relevantes que sean.

- 12 Ello se debe fundamentalmente a que los órganos jurisdiccionales funcionan con una serie de garantías hacia las partes que hacen que la toma de decisiones no siempre sea demasiado rápida.
- 13 Haré referencia únicamente a la bibliografía más reciente en español: Arroyo, 2025; Escudero 2012 y 2025; Laporta, 2014; Fajardo del Castillo, 2024; Garrido Gómez, 2017; Iniesta 2025a; Mazuelos Bellido 2004; Sarmiento 2008; los trabajos contenidos en Iniesta y Núñez, 2025.
- 14 Otros autores han sostenido que se trata de normas vagas (Dupuy, 1977). También se ha afirmado que se trata de directivos con un grado de indeterminación similar a los principios generales del derecho (Laporta, 2014, pp. 69-69).
- 15 Las dos entidades respecto de las cuales se trata de diferenciar el SL son, por un lado, el propio Derecho; por el otro, el conjunto de directivos que no tienen ninguna relevancia jurídica, es decir, lo que se ha llamado en ocasiones el no-derecho (Shelton, 2008, p. 10).
- 16 Esto, evidentemente, dependerá de qué entendamos por “Derecho”. Ahora bien, si prescindimos de la kelseniana idea de que toda norma jurídica versa sobre el uso institucionalizado de la violencia, deja de ser tan claro por qué un enunciado directivo –incluso no normativo– formulado por un órgano estatal con base en una específica competencia atribuida por una norma también jurídica no es Derecho.
- 17 Sobre los efectos del SL, puede verse Arroyo Jiménez 2024; para un buen número de ejemplos, se puede analizar el volumen de Eliantonio, Korkea-aho y Stefan (2021).
- 18 Para el papel de las *Notices* y su tipología, véase Maher, 2021, pp. 31-32
- 19 Por ejemplo, la Corte Suprema de México (Amparo directo en revisión 13/2021) incluye en la extensión del término “[...] desde tratados, pero que solo con obligaciones “blandas” (*soft law* legal), a resoluciones y códigos de conducta no vinculantes o voluntarios, formulados y aceptados por organizaciones internacionales o regionales (SL no legal), a declaraciones preparadas por individuos sin funciones oficiales, pero que pretenden establecer principios internacionales”. Véase también el informe del Consejo de Estado francés, 2013, pp. 23 ss.
- 20 A partir de los trabajos de Goldstein, Abbott, Snidal y Keohane (2000), Gkouvas (2025) ha tratado de reducir los diferentes criterios sobre la diferente entre SL y HL a uno solo de carácter precisamente gradual, haciendo referencia a la obligatoriedad.
- 21 Publicado en el «DOUE» núm. 42, de 30 de agosto de 2024, 2024/2173. Se trata de “normas prácticas de desarrollo” emanadas con base en el artículo 208 del Reglamento de Procedimiento del TJUE. Podría, no obstante, discutirse que éste sea un acto de SL en la medida en que aparece publicado en la serie L de Diario Oficial de la UE. Sin embargo, el sexto considerando afirma: “Al igual que las Instrucciones a las que sustituyen, estas nuevas Instrucciones, que son aplicables a todos los tipos de asuntos de que conoce el Tribunal de Justicia, no pretenden reemplazar las disposiciones pertinentes del Estatuto y del Reglamento de Procedimiento [...] El hecho de respetar y de tomar en consideración

- estas Instrucciones constituye, tanto para las partes como para el Tribunal de Justicia, la mejor garantía de que el Tribunal podrá tramitar de manera óptima los asuntos.”
- 22 No incluyo aquí a sub-órganos que sí tienen atribuidas competencias jurisdiccionales, como pueden ser las salas o secciones de un tribunal. Podemos considerarlos como órganos jurisdiccionales.
- 23 En su propia página web indica “El Centro busca convertirse en una institución académica de vanguardia capaz de mejorar la impartición de justicia en México. Nos interesa detonar discusiones académicas originales”. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/el-centro>
- 24 Por ejemplo: “Al manipularse y procesarse muestras obtenidas de pacientes con infección presunta o confirmada por el SARS-CoV-2 destinadas a análisis de laboratorio posteriores, como pruebas hematológicas o de gasometría arterial, se deben seguir las directrices habituales sin adoptarse otras medidas”. Cfr. “Orientaciones sobre la bioseguridad en el laboratorio relacionada con el SARS-CoV-2 (COVID-19): orientaciones provisionales”, p. 2 (<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/376330/WHO-WHE-EPP-2024.3-spa.pdf>)
- 25 Ejemplo del primer tipo es la definición que avanzó la Comisión Europea sobre qué constituía una “ayuda de Estado” en el ámbito comunitario (Piernas, 2025). Sobre el papel de los protocolos de SL como instrumentos para especificar obligaciones derivadas de tratados internacionales (Hartlapp y Korkea-aro, 2021, p. 61)
- 26 Cuáles sean las partes de la decisión judiciales en la que encontrar la *ratio decidendi* hay algunos desacuerdos. Es cuestionable si se puede encontrar aquélla en los votos particulares, la parte resolutive o las normas. Véase Núñez Vaquero, 2022a, cap. V.
- 27 En última instancia, si se quisiera insistir en su carácter descriptivo, se podrían asimilar a los consejos tal y como los concebía Ross, en el sentido de que se trata de una información simplificada para que el posible receptor pueda manejarla, señalando el curso de acción idóneo (Ross, 1978, pp. 99-100).
- 28 Párrafo 111. ECLI:EU:C:2024:496
- 29 Párrafo 138. ECLI:EU:C:2024:149
- 30 Datos obtenidos a partir de la base de datos del Cendoj a 25 de enero de 2025.
- 31 Cfr. sentencia No. 9-17-CN/19, cuarto epígrafe
- 32 Sin embargo, este último punto resulta ambiguo, dado que reenvía al considerando 75, que establece un mandato acerca de cómo ha de funcionar la Comisión encargada de realizar la reforma. Cfr. sentencia No. 9-17-CN/19, cuarto epígrafe.
- 33 Tres años después de la sentencia solo había ocho jueces especializados en la materia (Cabrera Cabrera y Ruiz Castillo, 2022, p. 177). Sin embargo, según Maldonado Ordoñez y Cabrera Cabrera, 2023, el Consejo de la Judicatura está formando operadores en esta materia.

- 34 Lo que sí ha hecho en cambio el Consejo de la Judicatura de Ecuador es crear una *Guía* –es decir, de nuevo, SL– *para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil* (<https://www.funcionjudicial.gob.ec/resources/pdf/GUIA%20PARA%20LA%20APLICACION%20DEL%20ENFOQUE%20RESTAURATIVO%20EN%20LA%20JUSTICIA%20JUVENIL.pdf>).
- 35 Casos González y otras (Campo Algodonero), Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra. Segunda edición Protocolo para juzgar con perspectiva de género, p. XV.
- 36 Es preciso señalar que ya el primer Protocolo afirmaba desde un inicio no solo que sería necesario actualizarlo, sino que además solicitaba a los miembros del Poder Judicial mexicano que informaran, mediante el envío de sentencias, sobre cómo les había ayudado a decidir, y las posibles mejoras que considerasen oportunas (p. 2).
- 37 Por ejemplo, se hace referencia a fuentes diferentes de los tratados, como documentos de la Oficina de Naciones contra la Droga y el Delito. Cfr. Segunda edición del Protocolo (p. 137)
- 38 “[E]n el ámbito jurídico, lo que se requiere es, en esencia, desarrollar la capacidad para advertir cuando una ley, política o práctica aplica, impone o perpetúa un estereotipo de género [...] Otra forma de entender el menoscabo que causan [los estereotipos de género] es advertir que pueden derivar en la negación al reconocimiento a la dignidad y al valor individual (“efectos de reconocimiento”) y en la negación a la designación justa de bienes públicos (“efectos distributivos)” https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-01/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20genero_2022.pdf. p. 58.
- 39 Art. 1.3. Constitución mexicana: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.
- 40 “Basta revisar la doctrina de la Primera Sala en materia familiar para atestiguar una profunda transformación de instituciones que, poco a poco, han abandonado su anclaje en los códigos civiles de influencia decimonónica, para nutrirse de estándares constitucionales que cuestionan, entre otros, los paradigmas sobre el modelo ideal de familia, la conceptualización de las labores de cuidado como trabajo no remunerado y la relevancia del libre desarrollo de la personalidad en casos de divorcio”. Cfr. Segunda edición Protocolo para juzgar con perspectiva de género, p. XVI.
- 41 Es preciso señalar que el propio Protocolo afirma marcar una diferencia práctica, al mostrar múltiples ejemplos de cómo se habría decidido alguna controversia ignorando las recomendaciones del Protocolo. Cfr. Segunda edición del Protocolo (p. 137).
- 42 Amparo Directo en Revisión 4392/2023, pp. 12-13; fundamentos 30-34. En el caso referido, se había otorgado valor probatorio preponderante a la declaración de la víctima, lo que, según el recurrente, violaría el principio de presunción de inocencia, argumento desestimado por la SCJN con base en el propio Protocolo.

- 43 Excluyo, de este modo, a aquellos sistemas que únicamente enlazan fallos completos, como en Cendoj español. No obstante, en el caso español, al no publicarse la totalidad de sentencias, sino únicamente aquellas que son consideradas como relevantes, también se produce una selección y, por tanto, también hay una tarea constructiva. En cambio, la Base Jurisprudencial del Poder Judicial de Chile tiene un menor grado de elaboración al publicarse la totalidad de los fallos. Véase Núñez Vaquero 2020.
- 44 Dicha denominación parece ser empleada para evitar las posibles consecuencias normativas que tendría la identificación de determinadas normas como *rationes decidendi* de las sentencias.
- 45 Causa Rol: 76519-2020; Causa Rol: 72061-2020; Causa Rol: 33280-2016; Causa Rol: 7148-2015; y Causa Rol: 9424-2015.
- 46 Fundamento 10.2 de Sentencia causa Rol 7280, de 12 de diciembre de 2019.
- 47 Para una reconstrucción de los precedentes como expresión del SL, véase Ramírez Ludeña, 2025.
- 48 El Dictamen 47/2012 ha sido empleado para justificar la responsabilidad patrimonial del Estado. Véase la STS 1263/2016.
- 49 https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf
- 50 https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_non_discr_law_ENG
- 51 https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/VOLUME_I__Rassegna_2023__settore_penale_rev._04.pdf
- 52 https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2024-02/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio_0.pdf
- 53 <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>, pp. 21 y 22.
- 54 <https://www.scc-csc.ca/pdf/reports/planning/2024-2025-report-rapport-full-eng.pdf>, p. 1. Parecen así asemejarse a las cartas de servicio en el ordenamiento jurídico español (Caraza Cristín, 2016, p. 106 ss.).
- 55 “Prevenir” es un término ambiguo. Sin embargo, según la RAE, uno de sus significados (4º) es “advertir, informar o avisar a alguien de algo”.
- 56 Sentencia T-124/21 de la Corte Constitucional colombiana, 2º punto de parte dispositiva.
- 57 Una muy amplia y completa se puede encontrar en el reciente trabajo Zorzetto, 2025.
- 58 Sin embargo, es preciso recordar que la distinción no es fácil de trazar, y es perfectamente posible que alguna de las partes consideradas inicialmente como *ratio decidendi* pasen a ser consideradas como *obiter dicta* y viceversa. Para una reconstrucción de las *rationes decidendi* en casos en los que su seguimiento no resulta obligatorio ni vinculante, puede verse Núñez Vaquero 2022, cap. V.

- 59 Véase, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo ATS 136/2025 - ECLI:ES
TS:2025:136A
- 60 Así lo afirma la presentación del Pleno Jurisdiccional Regional Intercultural, celebrados
los días 15 y 16 de 2017 en la ciudad de Cusco.
- 61 <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/cuadernos-jurisprudencia>
- 62 <https://www.sitios.scjn.gob.mx/casacultura/promocion-publicaciones-oficiales-07>
- 63 Normalmente suele tratarse de un conjunto de normas técnicas, pero no en el sentido
que la filosofía analítica le atribuye a esta expresión, es decir, como directivos que indican
una serie de pasos necesarios para alcanzar un determinado estado de cosas predispuesto,
existiendo una relación de causalidad entre dichos pasos y la consecución del estado de
cosas. Aquí, por el contrario, se hace referencia a normas con un alto grado de compleji-
dad, especialmente procesal.
- 64 <https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNALES%20SUPERIORES%20DE%20JUSTICIA/TSJ%20Catalu%C3%B1a/PROTOCOLOS/FICHERO/20230317%20Gu%C3%ADa%20de%20buenas%20pr%C3%A1cticas%20sobre%20escritos%20e%20informes%20orales%20y%20actuaciones%20judiciales.pdf>
- 65 https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_4229706/es/
- 66 https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/?canal=9d63939ae5821310Vgn-VCM1000006f48ac0a____&text=&filtroAnio=&ordenBus=FECHA%2CASC&fo-co=ordenBus

Recepción: 22 abril 2025

Revisión: 30 julio 2025

Aceptación: 30 julio 2025