

ALICIA REAL PÉREZ
(Coord.)

CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ACTIVIDAD ECONÓMICA: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

I y II Congresos Internacionales «Códigos
de Conducta y Mercado», Facultad de Derecho,
Universidad Complutense de Madrid

Autores:

Leonor AGUILAR RUIZ
M.^a Teresa ÁLVAREZ MORENO
Etelvina ANDRÉU SÁNCHEZ
Nuria ANTÓN MEDRANO
Santiago CAVANILLAS MÚGICA
José Antonio COLMENERO GUERRA
José M.^a DE LA CUESTA RUTE
Emilio DÍAZ RUIZ
Jean Pierre DUPRAT
Gaudencio ESTEBAN VELASCO
Manuel I. FELIU REY
Peter FLEISCHER
M.^a de la Sierra FLORES DOÑA
José Domingo GÓMEZ CASTALLO
M.^a del Lirio MARTÍN GARCÍA

José MASSAGUER
Ramón MULLERAT
Pablo PÉREZ SAN JOSÉ
José Luis PIÑAR MAÑAS
Alicia REAL PÉREZ
Manuel REBOLLO PUIG
Antonio RODRÍGUEZ DE LAS HERAS
Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL
Liliana ROSSI CARLEO
Stefano RODOTÀ
Ignacio SANTILLÁN FRAILE
Carlos TRÍAS PINTÓ
Francisco URÍA FERNÁNDEZ
Mariano YZQUIERDO TOLSADA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS	9
PRESENTACIÓN , por Alicia REAL PÉREZ	11

I. CONCEPTOS GENERALES

CÓDIGOS DE CONDUCTA: ENTRE <i>HARD LAW</i> Y <i>SOFT LAW</i> , por Stefano RODOTÀ	19
1. REVOLUCIÓN EN LAS FUENTES DEL DERECHO	19
2. LEY Y AUTORREGULACIÓN, AUTORIDAD Y LIBERTAD	21
3. DISTINTAS CATEGORÍAS DEL <i>SOFT LAW</i> . CÓDIGOS DE CONDUCTA	22
4. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ÉTICA	23
5. MODELOS DE CONSTRUCCIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA	25
6. MODALIDADES DE PRODUCCIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA	26
7. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CÓDIGOS DE CONDUCTA	28
LA AUTORREGULACIÓN COMO REGULACIÓN JURÍDICA , por José María DE LA CUESTA RUTE	31
1. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y EL DERECHO	31
1.1. Encuadramiento del fenómeno de la autorregulación	31
1.2. El carácter jurídico de las normas de la autorregulación	34

	Pág.
2. LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EMANADAS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	37
3. LOS CÓDIGOS DE BUENAS PRÁCTICAS EN EL MERCADO.....	39
3.1. La necesidad de distinguir entre unos códigos y otros en razón del mercado de referencia.....	39
3.2. El interés público en el buen funcionamiento del mercado.....	42
3.3. Los códigos de conducta y el marco institucional del mercado	44
 LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA VISTOS POR UN JURISTA FRANCÉS, por Jean-Pierre DUPRAT.....	 55
1. INTRODUCCIÓN	55
2. UNA DOBLE LÓGICA EN LA BASE DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA	56
2.1. La lógica de regulación.....	56
2.2. Códigos de conducta y expresión espontánea de preocupaciones éticas	57
3. LA TENDENCIA A LA INCLUSIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LA ESFERA LEGAL	59
3.1. Las vías de integración de los códigos de conducta en el ámbito jurídico.....	60
3.2. El efecto obligatorio de los códigos	61
 CÓDIGOS MODELOS Y PODER JUDICIAL, por Manuel I. FELIU REY	 65
1. EL CÓDIGO DE CONDUCTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	68
2. EL DENOMINADO <i>MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT (MODEL CODE)</i>	74
3. EL CÓDIGO MODELO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL 2006	81

II. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y PUBLICIDAD

CÓDIGOS DE CONDUCTA Y PUBLICIDAD, por M. ^a del Lirio MARTÍN GARCÍA	85
1. INTRODUCCIÓN	85
2. LA PUBLICIDAD	86
2.1. Noción de publicidad.....	87
2.2. Notas definitorias.....	88

	Pág.
A) Generalidad	89
B) Comunicación.....	89
C) Iniciativa del mensaje publicitario.....	91
D) Finalidad: promover la contratación	92
2.3. Límites a la actividad publicitaria	93
3. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA.....	93
4. OBJETIVO DE LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA	97
4.1. El valor de los códigos de conducta	98
4.2. La eficacia de los códigos de conducta.....	100
4.3. Los códigos de conducta y la función legislativa	102
APROXIMACIÓN A LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA, por José MASSAGUER.....	105
1. CONCEPTO DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA.....	105
2. RECONOCIMIENTO Y FOMENTO LEGAL E INSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES DE LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA ...	106
3. ELEMENTOS SUSTANTIVO E INSTITUCIONAL DE LA AUTO- RREGULACIÓN PUBLICITARIA.....	107
4. CARACTERES DE LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA	107
4.1. Carácter deontológico.....	107
4.2. Carácter privado.....	108
5. CONTROL EXTERNO DE LA AUTORREGULACIÓN PUBLICI- TARIA.....	110
5.1. La autorregulación publicitaria ante el Derecho de defensa de la competencia.....	110
5.2. La autorregulación publicitaria ante el Derecho contra la compe- tencia desleal	112
6. BIBLIOGRAFÍA	114
AUTORREGULACIÓN: UNA PUBLICIDAD RESPONSABLE EN BENE- FICIO DE LOS CONSUMIDORES, LA INDUSTRIA Y EL MERCADO, por José Domingo GÓMEZ CASTALLO	115
1. ¿QUÉ ES LA AUTORREGULACIÓN?.....	115
1.1. Reconocimiento legal nacional.....	117
1.2. Reconocimiento legal comunitario	122
2. AUTOCONTROL: LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN ESPAÑA	125
3. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA. INSTRUMENTOS.....	126
3.1. Los códigos de conducta	126
3.2. El control <i>a posteriori</i> : el Jurado de la Publicidad	127
3.3. Asesoramiento previo: <i>copy advise</i>	129

	Pág.
4. AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA SECTORIAL.....	130
5. AUTORREGULACIÓN PARA INTERNET	133
5.1. Confianza Online: publicidad interactiva	133
5.2. Resolución extrajudicial de controversias en la asignación de dominios «.es»	134
6. COLABORACIÓN DE AUTOCONTROL CON LA ADMINISTRACIÓN.....	135

III. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ESPACIO DIGITAL

ONLINE PRIVACY AND CODES OF CONDUCT ¹ , por Peter FLEISCHER	139
1. INTRODUCCIÓN: PRIVACIDAD, INNOVACIÓN Y MERCADO	139
2. LA BÚSQUEDA Y LA INFORMACIÓN BÁSICA	140
3. MAPAS, GEOLOCALIZACIÓN Y PRIVACIDAD	141
4. REDES SOCIALES Y PRIVACIDAD	143
5. SALUD Y PRIVACIDAD.....	143
6. PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD	144
7. CONCLUSIONES	145
8. COLOQUIO.....	146
EL CONCEPTO DE ESPACIO DIGITAL Y SUS PROPIEDADES , por Antonio RODRÍGUEZ DE LAS HERAS	149
1. PRESENTACIÓN Y ALGUNAS PALABRAS A MODO DE INTRODUCCIÓN	149
2. EL ESPACIO DIGITAL Y SUS PROPIEDADES	150
2.1. Virtualidad	150
2.2. Deslocalización.....	151
2.3. Plasticidad.....	151
2.4. Contigüidad	151
2.5. Especularidad	152
3. CONCLUSIÓN.....	153
ESPACIO DIGITAL Y AUTORREGULACIÓN , por Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL	155
1. LA EMERGENCIA DEL ESPACIO DIGITAL: UN NUEVO ENTORNO PARA LA AUTORREGULACIÓN	155

¹ Privacidad, reglas de conducta y buscadores en Internet.

	Pág.
2. LAS PROPIEDADES DEL ESPACIO DIGITAL	157
3. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ESPACIO DIGITAL	159
CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ESPACIO DIGITAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE DATOS, por José Luis PIÑAR MAÑAS.	165
1. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ESPACIO DIGITAL	165
2. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE.....	170
3. AUTORREGULACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	171
4. UN LUGAR PARA LA AUTORREGULACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	171
5. SISTEMAS JURÍDICOS DISTINTOS Y PERSPECTIVAS DISTINTAS.....	173
6. CIRCULACIÓN DE DATOS EN EL ESPACIO DIGITAL Y ESTÁNDARES COMUNES DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	174
7. TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS. INSTRUMENTOS PARA FACILITARLAS CON GARANTÍAS: <i>BINDING CORPORATE RULES (BCRS)</i>	176
CÓDIGOS DE CONDUCTA Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN, por Pablo PÉREZ SAN JOSÉ	179
1. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y E-CONFIANZA	179
2. SELLOS DE CONFIANZA Y DE BUENAS PRÁCTICAS	182
3. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LOS SERVICIOS TIC	183
4. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y REDES SOCIALES	185
CONDUCTAS O PRÁCTICAS DE CERTIFICACIÓN DE FIRMA ELECTRÓNICA, por M.^a de la Sierra FLORES DOÑA.....	193
1. CONCEPTO Y PLANTEAMIENTO GENERAL	194
2. LOS GRANDES MODELOS TRANSNACIONALES DE CONDUCTAS DE CERTIFICACIÓN Y EL IMPACTO PROFESIONAL-CORPORATIVO EN LA REGLAMENTACIÓN MATERIAL	196
2.1. Fundamentos de política económica y jurídica	196
2.2. El modelo convencional de conducta en la Ley Modelo UNCITRAL de Firma Electrónica (2001).....	197
2.3. El modelo normativo de prácticas de certificación en la Directiva de Firma Electrónica 1999/93/CE	199
A) La relevancia de la Comunicación sobre Fomento de la Seguridad y la confianza en la comunicación electrónica [COM (97) 503 final, de 8 de octubre]	199

	Pág.
B) La «declaración de prácticas de certificación» como alternativa para regular la responsabilidad contractual de la Autoridad de Certificación frente al usuario.....	200
C) El modelo normativo de Prácticas de certificado reconocido en la Directiva 1999/93/CE, y el acusado contenido profesional-corporativo del régimen armonizado.....	203
2.4. Las conductas o prácticas de certificación como <i>Lex Mercatoria</i> de los servicios relacionados con la firma electrónica.....	204
3. LA DECLARACIÓN DE PRÁCTICAS DE CERTIFICACIÓN EN LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA 59/2003, DE 19 DE DICIEMBRE...	207
3.1. Incorporación del modelo normativo impuesto por la Directiva 1999/93/CE.....	207
3.2. Caracterización jurídica público-privada para las prácticas de la certificación	210
4. CONCLUSIÓN.....	213
5. BIBLIOGRAFÍA	214

IV. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y CONSUMO

ACTO INAUGURAL DEL II CONGRESO INTERNACIONAL «CÓDIGOS DE CONDUCTA Y MERCADO» , por EteIvina ANDRÉU SÁNCHEZ.....	217
MERCADO, CÓDIGOS DE CONDUCTA Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES , por Leonor AGUILAR RUIZ	219
CODICI DI CONDOTTA E TUTELA DEI CONSUMATORI , por Liliana ROSSI CARLEO	227
1. PREMESA.....	227
2. LA VIOLAZIONE DELLE NORME DEI CODICI DI CONDOTTA....	229
3. IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	231
4. L'ATTUALE VALENZA DEI CODICI DI CONDOTTA.....	233
CÓDIGOS DE CONDUCTA DIRIGIDOS A CONSUMIDORES: VERSIONES Y PERVERSIONES , por Santiago CAVANILLAS MÚGICA.....	237
CÓDIGOS DE CONDUCTA: PROTECCIÓN Y POSICIONAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES , por Carlos TRIAS PINTÓ	241
1. UNA REALIDAD PREOCUPANTE. RETOS FUTUROS (Y TAMBIÉN PRESENTES).....	241

	Pág.
2. TODOS (Y TODAS) SOMOS CONSUMIDORES/AS	242
3. LOS ACTORES Y LA SOSTENIBILIDAD	242
4. SUPERAR EL BINOMIO CALIDAD-PRECIO.....	243
5. PRACTICAR LA PEDAGOGÍA CON LOS CONSUMIDORES	244
6. MEJORAR LOS NIVELES DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA DEL CONSUMIDOR.....	244
7. FOMENTO DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE.....	245
8. APLICACIONES DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA ¿EXISTEN MECANISMOS DE SEGUIMIENTO? ¿SON EFICACES?	245
9. CRISIS ECONÓMICA Y CÓDIGOS DE CONDUCTA	246
10. BIBLIOGRAFÍA	247
MERCADO INTERIOR, DIRECTIVAS DE MÁXIMO Y CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, por Manuel Ignacio FELIU REY	249
1. CONFIGURACIÓN DEL PUNTO DE PARTIDA.....	249
2. CONSUMIDORES, MERCADO TRANSFRONTERIZO Y ESPACIO DIGITAL.....	252
3. DIRECTIVAS DE MÁXIMO Y CÓDIGOS DE CONDUCTA	254
COLOQUIO CON LOS PONENTES.....	257
1. INTERENCIÓN DEL PROFESOR JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS.....	257
2. RESPUESTA DE LA PROFESORA LILIANA ROSSI CARLEO	258
3. RESPUESTA DEL PROFESOR SANTIAGO CAVANILLAS.....	259
4. INTERVENCIÓN DEL PROFESOR MANUEL FELIU REY.....	260
V. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y MERCADOS FINANCIEROS	
CÓDIGOS DE CONDUCTA Y MERCADOS FINANCIEROS: CUESTIONES GENERALES, por Emilio DÍAZ RUIZ	263
UNA APROXIMACIÓN A LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO EN EL MARCO DEL COMPLEJO Y HETEROGÉNEO FENÓMENO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA, por Gaudencio ESTEBAN VELASCO	267
1. INTRODUCCIÓN: DIVERSIDAD DE CÓDIGOS DE CONDUCTA...	267
2. ENTORNO ECONÓMICO-SOCIAL DE SU DESARROLLO.....	270

	Pág.
3. NUEVA CULTURA JURÍDICA DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL FENÓMENO DE LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO.....	271
4. EL DEBATE ENTRE LA AUTORREGULACIÓN Y LA REGULACIÓN.....	275
5. UNA APROXIMACIÓN A LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA	279
6. GOBIERNO CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA.....	286
ALGUNOS MECANISMOS DE INCIDENCIA EN EL BUEN GOBIERNO DE ENTIDADES QUE OPERAN EN LOS MERCADOS FINANCIEROS , por Ignacio SANTILLÁN FRAILE	291
1. RELEVANCIA DEL BUEN GOBIERNO DE LAS ENTIDADES OPERANTES EN LOS MERCADOS FINANCIEROS.....	292
2. RECIENTE EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO	293
3. CÓDIGOS FUNCIONALES v. CÓDIGOS FORMALES	296
4. MECANISMOS DE INCIDENCIA EN EL BUEN GOBIERNO	297
4.1. Adecuada gestión de conflictos de interés.....	298
4.2. Adecuada organización interna	300
4.3. Incorporación de entes supervisores internos.....	301
4.4. Importancia de la preparación técnica y ética de las personas.....	303
A) Formación y capacidad técnica de quienes tengan responsabilidades	303
B) Solvencia y robustez de los criterios personales	304
C) Nivel ético adecuado	304
CÓDIGOS DE CONDUCTA EN EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA , por Francisco URÍA FERNÁNDEZ.....	307
1. LA SINGULARIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO SUJETOS DE LA REGULACIÓN FINANCIERA	308
2. LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA.....	309
3. LAS MOTIVACIONES PARA EL DESARROLLO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN EL ÁMBITO BANCARIO.....	310
4. EL CONCEPTO DE «CÓDIGO DE CONDUCTA» EN EL ÁMBITO BANCARIO Y SUS PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN A LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS NACIONALES.....	311
5. UNA BREVE REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN EL ÁMBITO DE LOS MERCADOS DE VALORES.....	313
6. LOS CÓDIGOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD BANCARIA. ALGUNAS EXPERIENCIAS CONCRETAS.....	315

	Pág.
7. ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES DE CÓDIGOS DE CONDUCTA EN EL ÁMBITO FINANCIERO	319
8. EL PAPEL DE LAS ASOCIACIONES REPRESENTATIVAS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	320
9. LA NECESARIA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA	321
10. CONCLUSIÓN.....	322

VI. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

CÓDIGOS DE CONDUCTA Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: PANORAMA GENERAL , por José Antonio COLMENERO GUERRA	325
---	-----

1. INTRODUCCIÓN	325
2. TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS E INTERESES EN DISPUTA.....	328
3. ADR (Y ODR) Y CÓDIGOS DE CONDUCTA	330

LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS PUBLICITARIOS. EL JURADO DE LA PUBLICIDAD , por Manuel REBOLLO PUIG ...	336
--	-----

1. LA ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL («AUTOCONTROL»).....	336
2. ÓRGANOS DE LA ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACIÓN DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL Y COMPETENCIAS RELATIVAS A LA AUTODISCIPLINA	338
3. ORGANIZACIÓN Y COMPOSICIÓN DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD	339
4. PUBLICIDAD QUE PUEDE SER OBJETO DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO	341
5. EXCLUSIÓN DE LA PUBLICIDAD OBJETO DE UN PROCESO JUDICIAL O DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	341
6. NORMAS CONFORME A LAS CUALES HA DE RESOLVER EL JURADO.....	342
6.1. El Código de Conducta Publicitaria.....	342
6.2. Normas del ordenamiento jurídico general.....	342
6.3. Otros Códigos publicitarios	343
7. LEGITIMACIÓN ACTIVA	346
8. ¿CABE IMPONER LA OBLIGACIÓN DE ACUDIR AL JURADO EN VEZ DE A LA VÍA JUDICIAL O ADMINISTRATIVA?	347
9. LEGITIMACIÓN PASIVA. SUJETOS SOMETIDOS AL JURADO...	349
10. MEDIDAS CAUTELARES.....	352

	Pág.
11. ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO.....	352
12. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN	353
13. RECURSO DE ALZADA.....	355
14. EFICACIA Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES	355
15. EL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES TRAS EL PRONUNCIAMIENTO DEL JURADO	358
16. VALORACIÓN FINAL.....	361
17. BIBLIOGRAFÍA	361
CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS Y FÓRMULAS DE ADR , por Ramón MULLERAT	363
CÓDIGOS DE CONDUCTA Y REGULACIÓN SOBRE ADRES EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO , por Nuria ANTÓN MEDRANO.....	373
1. PRESENTACIÓN	373
2. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y NORMAS DE DESARROLLO REGLAMENTARIO.....	374
2.1. Normativa comunitaria sobre procedimientos alternativos de resolución de conflictos con los consumidores	378
2.2. Comunicación a la Comisión de los órganos que aplican los principios de la normativa comunitaria sobre procedimientos alternativos de resolución de conflictos con los consumidores	383
3. NUEVAS OPORTUNIDADES PARA EL IMPULSO DE LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS CON LOS CONSUMIDORES	383
3.1. Transposición de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores	384
3.2. Directiva de Servicios en el Mercado Interior.....	386
4. SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO. ADR PREVISTO CON CARÁCTER GENERAL POR LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	388
CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ARBITRAJE DE CONSUMO , por M. ^a Teresa ÁLVAREZ MORENO	393
1. PUNTO DE PARTIDA; CONCEPTO DE ARBITRAJE Y CABIDA O NO EN ÉL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.....	393
2. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS CÓDIGOS DE BUENAS PRÁCTICAS.....	394

	Pág.
3. IMPLANTACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE BUENAS PRÁCTICAS....	395
4. CONCLUSIÓN.....	396
 CÓDIGOS DE CONDUCTA Y RAMAS DEL DERECHO , por Mariano YZQUIERDO TOLSADA	399

Este libro recoge las ponencias e intervenciones que tuvieron lugar en el seno de los *I y II Congresos Internacionales «Códigos de Conducta y Mercado»*, que se celebraron a lo largo de los días 6 y 7 de marzo de 2008, y 26 y 27 de marzo de 2009, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

El primero de ellos abordó cuestiones generales sobre códigos de conducta, así como temas específicos que aquéllos plantean en los ámbitos de la publicidad y de los mercados financieros. El segundo se centró en el análisis de los códigos de conducta en los campos del espacio digital, del consumo y de la resolución de conflictos.

Ambos Congresos Internacionales se enmarcaron dentro de las actividades del Proyecto de Investigación sobre «Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España (SEJ2006-07116/JURI), con Alicia REAL PÉREZ (Departamento de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid) como investigadora principal.

Aquel Proyecto de Investigación tiene su continuación en el momento de enviar a la imprenta este libro, en otro, dirigido por la misma profesora con el título *Códigos de conducta en la distribución de bienes y prestación de servicios en España y en la Unión Europea*, que también ha obtenido financiación nacional por otros tres años consecutivos del MICIIN (DER2009-07708).

Ambos Proyectos agrupan a investigadores pertenecientes a distintas ramas del conocimiento jurídico de varias Universidades españolas, y se integran dentro del Grupo de Investigación Complutense «Coordenadas Actuales del Derecho Patrimonial (Ref. 931274-COADEPA)», también bajo la responsabilidad de Alicia REAL PÉREZ.

La dirección del *I Congreso Internacional «Códigos de conducta y mercado. Publicidad. Mercados financieros»* (Madrid, Facultad de Derecho UCM, 6-7 de marzo de 2008) corrió a cargo de la profesora REAL PÉREZ, y la secretaria del mismo a cargo de la profesora Lirio MARTÍN GARCÍA (Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valladolid).

Además de ellas, formaron parte del Comité Organizador los siguientes profesores: Emilio DÍAZ RUIZ (Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid), Manuel Ignacio FELIÚ REY (Departamento de Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid), Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid), Alberto DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ (Departamento de Derecho Público Universidad CEU-San Pablo de Madrid) y Olivier SORO RUSSELL (Departamento Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid).

La dirección del *II Congreso Internacional «Códigos de conducta y mercado. Espacio digital. Consumo. Resolución de conflictos»* (Madrid, Facultad de Derecho UCM, 26-27 de marzo de 2009) también corrió a cargo de la profesora REAL PÉREZ, siendo secretaria del evento la profesora Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL (Departamento de Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid).

También formaron parte del Comité Organizador los siguientes profesores: Manuel I. FELIU REY (Departamento de Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid), Leonor AGUILAR RUIZ (Departamento de Derecho Privado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), José Antonio COLMENERO GUERRA (Departamento de Derecho Privado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla) y Olivier SORO RUSSELL (Departamento de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid).

PRESENTACIÓN¹

Alicia REAL PÉREZ²

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Es una gran satisfacción, inmerecida para mí, poder ofrecer a la comunidad jurídica internacional el primer libro de estas características escrito en español sobre códigos de conducta.

¹ En esta presentación se recogen parte de las palabras pronunciadas por la profesora REAL PÉREZ en sus intervenciones dentro de los actos de inauguración del I y II Congresos Internacionales «Códigos de Conducta y Mercado», celebrados los días 6-7 de marzo de 2008 y 26-27 de marzo del 2009, respectivamente, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

En la organización de ambos Congresos se contó con las siguientes ayudas:

Para el I Congreso Internacional «Códigos de Conducta y Mercado —Publicidad. Mercados Financieros—», una ayuda de la Universidad Complutense y de la Comunidad Autónoma de Madrid para la organización de Reuniones Científicas y Congresos (convocatoria 2007).

Para el II Congreso Internacional «Códigos de Conducta y Mercado —Espacio digital. Consumo. Resolución de Conflictos—», se contó con una Acción Complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-05662-E. Así como con el apoyo económico de la Cátedra ASGECO de Derecho de los Consumidores, de GOOGLE España-Portugal, y de la Fundación DINTEL.

² La profesora REAL PÉREZ ha sido y es investigadora principal de dos Proyectos I+D subvencionados por el Ministerio de Educación y Ciencia, posteriormente Ministerio de Ciencia e Innovación, de España, ambos sobre códigos de conducta.

El primero de ellos, sobre «Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica» (SEJ2006-07886/JUR1), vigente durante los años 2007-2009.

El segundo, sobre «Códigos de conducta en la distribución de bienes y prestación de servicios en la Unión Europea» (DER2009-07708), vigente durante los años 2010-2012.

La profesora REAL PÉREZ coordina el Grupo de Investigación Complutense (reconocido con el núm. 931274) «Coordenadas Actuales del Derecho Patrimonial» (COADEPA), dentro del cual se insertan las investigaciones sobre códigos de conducta.

Tanto los Proyectos I+D como el Grupo de Investigación están integrados por profesores de distintas disciplinas jurídicas, pertenecientes hasta a seis universidades españolas distintas (Universidad Complutense de Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Universidad CEU-San Pablo de Madrid, Universidad Española de Educación a Distancia, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Universidad de Valladolid).

Es un libro fruto de la iniciativa y el trabajo de muchos pacientes investigadores y agudos profesionales del Derecho preocupados por las transformaciones y nuevas manifestaciones de éste. Todos tienen en común un amor grande por sus respectivas profesiones, y un inquietante interés por la resolución de problemas que va generando el propio devenir de los tiempos. Ha sido un honor para mí poderlos convocar y recibir de ellos sus enseñanzas generosas. Gracias a todos.

Generado dentro del Proyecto de Investigación indicado antes, en la obra estamos empeñados catorce profesores de distintas especialidades jurídicas, de plantilla en hasta seis universidades españolas. La organización de ambos Congresos fue posible gracias al esfuerzo conjunto de todos, y a la participación entusiasta de los ponentes, todos ellos máximos especialistas en los temas objeto de sus intervenciones.

Se recogen ahora, organizadas por campos, las alrededor de treinta ponencias que pudimos escuchar en los I y II Congresos Internacionales sobre Códigos de conducta y Mercado. Se han diferenciado seis campos. El primero —no podía ser de otro modo—, sobre cuestiones jurídicas de carácter general en materia de códigos de conducta. Los siguientes, sobre problemas que suscitan los códigos de conducta en ámbitos específicos donde hasta hoy tienen mayor desarrollo: la publicidad, el espacio digital, el consumo, los mercados financieros y la resolución de conflictos.

Creo de utilidad en esta presentación, transcribir parte de las palabras que pronuncié con motivo de las inauguraciones de los referidos I y II Congresos Internacionales sobre Códigos de Conducta y Mercado, pues hablan claramente de los propósitos perseguidos entonces y que mueven hoy a publicar este libro.

1) «...Quiero compartir con todos ustedes, ahora y a lo largo de este día y medio de trabajo que tenemos por delante, nuestra ilusión en la investigación y el estudio sobre los códigos de conducta.

Estamos ante uno de los retos más importantes y más interesantes que debe de afrontar el Derecho en los momentos que nos ha tocado vivir. Reto en el que están implicadas varias de las tradicionales disciplinas jurídicas, por no decir todas ellas.

No pretendemos ofrecer soluciones definitivas, lo que no sólo sería presuntuoso, sino vano e inviable. Tengamos en cuenta que estamos ante un fenómeno, podríamos decir, “en proceso de formación”, y como tal, joven, creciente, vigoroso, indomable, que los juristas (y no sólo nosotros) debemos conocer y encauzar con cautela e inteligencia del modo más conveniente para el progreso de nuestra sociedad.

El término “códigos de conducta”, “códigos de buenas prácticas” o “códigos tipo” ha sido utilizado en diversos sentidos, no sólo jurídicos. Desde el punto de vista jurídico también se utiliza de formas diversas.

El equipo de investigación mantiene desde principios de 2010 la página web: <http://www.codigos-deconducta.com>, que cuenta ya con más de 50.000 visitas, una zona de libre acceso y otra de acceso privado sólo para los investigadores integrados en el proyecto.

Unas veces se habla de “códigos de conducta” para referirse a reglas diversas que rigen comportamientos de personas sin vincular jurídicamente (por ejemplo, normas meramente sociales). Otras veces, para mencionar reglas que ya están contenidas en normas jurídicas, luego tienen la naturaleza de éstas, son de obligado cumplimiento y surten los efectos de las normas jurídicas. En otras ocasiones, los “códigos de buenas prácticas” son homologados por los poderes públicos, quienes conceden estímulos a quienes los cumplen, aún sin sancionar a los que no los suscriben.

Por último, al hablar de “códigos de conducta” nos podemos referir a reglas de comportamiento no exigidas por la ley, pero voluntariamente establecidas por los interesados, quienes dan publicidad a su compromiso de actuar conforme a esas reglas. De tal modo que suscitan en los terceros confianza de que actuarán de acuerdo a las reglas que hacen públicas. Con base en esa confianza, se genera en el tráfico un buen nombre y reputación del que se somete a los “códigos de conducta”, que mueve a otras personas a preferir contratar —o en general relacionarse— con quienes los suscriben.

Esta última acepción del término “códigos de conducta” es la que plantea cuestiones jurídicas muy numerosas y de gran trascendencia; y en esta acepción la Unión Europea está impulsando en los últimos años la suscripción empresarial de códigos de conducta. Un ejemplo de la generalización de los últimos se puede ver en el ámbito de la llamada Responsabilidad Social Empresarial, o Responsabilidad Social Corporativa.

En este I Congreso nos ocuparemos de plantear una perspectiva general sobre los códigos de conducta; y también un enfoque desde las particularidades y problemas que presentan en dos ámbitos concretos de la actividad económica donde se utilizan con mayor profusión: la publicidad y los mercados financieros.

En un futuro Congreso abordaremos el estudio de otros ámbitos jurídicos en los que se manifiesta el fenómeno de los códigos de conducta: el espacio digital, el consumo y la resolución de conflictos. Sin que ello agote en modo alguno el tema objeto de nuestros encuentros.

Estoy completamente segura de que a lo largo de este Congreso, en el que tenemos la fortuna de contar con los mejores especialistas en la materia, se irán desgranando problemas, aventurando posibles soluciones, planteando preguntas.... Eso, precisamente, es lo que hemos pretendido al organizarlo, y lo que pretendemos con la publicación de todo el contenido del mismo.

Por un lado, queremos concienciar de la importancia de los códigos de conducta como fenómeno global e instrumento cuasi-legislativo que es. Por otro, dejar planteados los interrogantes más llamativos que nos suscitan desde el punto de vista jurídico y en los ámbitos de la publicidad y los mercados financieros».

2) « ... Es una gran satisfacción para mí poder estar de nuevo entre ustedes, compartiendo mesa y Salón de Grados con tan queridos compañeros con motivo de la celebración del II Congreso Internacional sobre Códigos de Conducta y Mercado, promovido con gran ilusión por el equipo investigador

que tengo el honor de coordinar. Sin este excelente grupo de profesores universitarios, que han confiado en mí para coordinarles, verdadero ejemplo de vida y buen hacer universitarios, no habría sido posible que hoy estuviéramos aquí reunidos.

Cuando, después de este acto de inauguración, comencemos las sesiones, de algún modo reanudaremos el análisis de los problemas, los contenidos, las múltiples cuestiones que suscitan los códigos de conducta de adopción voluntaria en la sociedad actual, allá donde los dejamos hace ahora justo un año.

Y es que, en efecto, este Congreso está diseñado como continuación natural del que nos reunía en este mismo lugar hace doce meses.

En aquella ocasión analizamos los principales temas jurídicos de carácter general abiertos como consecuencia: por un lado, de la decidida apuesta de los poderes e instituciones públicos por la promoción de los códigos de conducta suscritos por particulares; y, por otro, del entusiasmo —en ocasiones no suficientemente reflexivo— de las empresas por adoptarlos en su organización.

Y entonces abordamos también, con carácter sectorial, las cuestiones específicas que el empleo de estos códigos de buenas prácticas han abierto al debate en los ámbitos de la publicidad y los mercados financieros.

Pues bien, ahora nos toca, en esta última línea de análisis por “bloques de interés”, atender problemas —y dilemas— que, casi con brusquedad, se han manifestado en la órbita del llamado espacio digital, del consumo y de la resolución de conflictos, como consecuencia de la adopción —a veces masiva— de códigos de conducta en las actividades que se llevan a cabo en estos campos. En ellos, los códigos de conducta están llamados a desempeñar papeles importantes dentro de la Unión Europea, por cuanto las Directivas más recientes confían a los códigos el desarrollo de cada vez más importantes efectos jurídicos.

Hemos elegido estos tres —podríamos llamarles— “campos de experimentación y desarrollo” de los códigos de conducta por varios motivos, que iremos desgranando a lo largo de estas jornadas, y de los que ahora quiero destacar dos principales:

— La íntima interrelación que naturalmente se produce entre ellos, lo que exige abordarlos conjuntamente desde el punto de vista científico.

— La trascendencia indudable que tienen los tres en la vida ordinaria de las personas en los momentos que nos toca vivir.

Como destacábamos en el pasado Congreso, estamos asistiendo a los albores de una nueva Era, en la que el desarrollo tecnológico nos ofrece posibilidades y ventajas inimaginables hace sólo unos años.

Pero, por otra parte, ese mismo desarrollo tecnológico amenaza, desde el punto de vista jurídico, el *status* de reconocimiento y protección personal que los países desarrollados han conseguido alcanzar después de largos años de lucha y, a veces, de sacrificios. *Status* que en algunos aspectos es —y debe ser— absolutamente irrenunciable; por ejemplo, como nos decía el año pasado el profesor RODOTÀ, en el ámbito de los derechos fundamentales.

Para tratar estas cuestiones contaremos con algunos de quienes son, sin ningún género de dudas, los mejores especialistas en ellas. Desde profesores de universidad españoles y extranjeros, autoridades señeras en las materias de la que nos hablarán, hasta representantes de las Administraciones Públicas encargadas de la supervisión y control del espacio digital. Desde el responsable de privacidad de uno de los operadores más potentes en el espacio digital global (Mr. Peter FLEISCHER), hasta quienes trabajan para dirimir conflictos que, por las características que les son propias, serían ineficazmente resueltos mediante el recurso a los procedimientos judiciales.

Insisto en que los códigos de conducta son especialmente relevantes en el espacio digital y en Internet, que evoluciona con una rapidez tal, suscita tal cantidad de temas y demanda tal cantidad de soluciones jurídicas, que no resulta posible a los poderes públicos atenderlas mediante el normal proceso legislativo, demasiado lento para esas necesidades. De ahí la importancia que tiene la autorregulación (en el sentido de suscripción de códigos de conducta) en el espacio digital. Algunos de los problemas jurídicos que hoy plantea se tratarán en la conferencia inaugural (“*Online Privacy and Codes of Conduct*”) y en la mesa redonda que se celebra a continuación.

Analizaremos y debatiremos también la función que desempeñan los códigos de conducta desde la perspectiva de la protección de los consumidores, y frente a los proveedores de bienes y servicios que dicen ajustar sus comportamientos a los citados códigos de conducta. ¿Cómo proteger a los consumidores si esos códigos no son respetados (tengamos en cuenta que los códigos no son normas jurídicas... ¿o sí?) por quienes los suscriben? Tema este último que enlaza con el anterior, pues buena parte de las relaciones entre personas se entablan hoy en el seno del espacio digital.

Abordaremos, por último, la utilización de códigos de conducta en la resolución extrajudicial de los conflictos que se generan entre particulares (códigos de conducta y ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*)³), ámbito especialmente propicio por las características de aquéllos y de éstos. Ámbito en el que se están utilizando con éxito los códigos⁴, cuyo empleo está siendo estimulado por reciente normativa comunitaria en materia de mediación⁵.

No quiero finalizar sin recordarles que estamos decididos a publicar las reflexiones suscitadas en el seno de estos dos Congresos sobre Códigos de Conducta y Mercado. Contamos con el compromiso de nuestro editor, Marcial Pons, para publicar un libro cuyo contenido global será totalmente nuevo dentro del conjunto de las publicaciones jurídicas españolas.

Con esta noticia, reiterando la satisfacción y agradecimientos manifestados al principio, pongo fin a mi intervención con la firme esperanza de que estas

³ Fórmulas alternativas de resolución de conflictos.

⁴ Ejemplo, el Jurado de AUTOCONTROL (Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial), que será citado a menudo a lo largo de este libro.

⁵ Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya trasposición está en marcha en la fecha en que se elabora este prólogo —Anteproyecto de Ley de Mediación y de reforma de la Ley de Arbitraje—).

jornadas de trabajo concierten una reflexión profunda y comprometida sobre los temas apuntados. Y animándoles a que participen con intensidad en los coloquios que deseamos se abran al finalizar las intervenciones».

3) Las sesiones íntegras del II Congreso Internacional sobre Códigos de Conducta y Mercado se pueden ver y escuchar en <http://www.codigosdeconducta.com>, página del Proyecto de Investigación tantas veces nombrado.

Alicia REAL PÉREZ
Madrid, 17 de septiembre de 2010

CÓDIGOS DE CONDUCTA: ENTRE *HARD LAW* Y *SOFT LAW*

Stefano RODOTÀ

Professore Ordinario di Diritto Civile
Università di Roma (La Sapienza)*

SUMARIO: 1. REVOLUCIÓN EN LAS FUENTES DEL DERECHO.—2. LEY Y AUTORREGULACIÓN, AUTORIDAD Y LIBERTAD.—3. DISTINTAS CATEGORÍAS DEL *SOFT LAW*. CÓDIGOS DE CONDUCTA.—4. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ÉTICA.—5. MODELOS DE CONSTRUCCIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.—6. MODALIDADES DE PRODUCCIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.—7. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CÓDIGOS DE CONDUCTA.

1. REVOLUCIÓN EN LAS FUENTES DEL DERECHO

Si queremos captar las transformaciones de los sistemas jurídicos, tenemos que dedicar particular atención a la que puede ser definida como revolución o explosión de las fuentes del Derecho. Y si queremos individualizar las razones de esta revolución, debemos partir de lo que se definió como «la fine del territorio giacobino»¹. ¿Qué se ha querido describir con esta expresión tan sugestiva? Con ella se alude a la crisis del moderno Estado nacional, gobernado desde un único centro, por parte de un solo sujeto, y con un único instrumento; dicho de otra manera: gobierno central, soberanía concentrada, leyes parlamentarias.

Quien mire desde la actualidad hacia el sistema tradicional de fuentes, percibe enseguida cómo se va alejando este modelo, que ciertamente no ha desa-

* Traducción del texto italiano a cargo de A. REAL PÉREZ, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.

La conferencia fue pronunciada el 6 de marzo de 2008.

¹ El ocaso de la era jacobina.

parecido, pero que, sin embargo, cede progresivamente espacio a un modelo distinto, a un sistema que, en una primera aproximación, puede ser definido *multilevel* y *multistakeholder*, caracterizado por múltiples niveles de disciplina y por múltiples actores. En la definición de la misma disciplina jurídica aplicable dentro de los Estados nacionales concurren ya instrumentos internacionales, supranacionales, nacionales, subnacionales. Junto a los diversos sujetos públicos, comparecen, con creciente influencia, diversos sujetos particulares, comenzando por la *business community*, por el sistema de empresas, que inventan nuevos y autónomos instrumentos de producción de las reglas. En definitiva, el tradicional sistema de regulación pública se reestructura desde sí mismo y cede poder hacia el exterior. El sistema de las fuentes del Derecho refleja así una nueva distribución del poder político y una jerarquía social diversa.

Dos fenómenos están en el origen de este profundo cambio: la globalización y la innovación científica y tecnológica. Un mundo ilimitado, que minimiza las fronteras nacionales, descubre un vacío de Derecho, comenzando por la inadecuación de los tradicionales instrumentos del Derecho Internacional. Un mundo en continuo cambio demanda una flexibilidad, incluso de la norma jurídica, que contrasta con la estructura rígida de la tradicional técnica normativa. En estas circunstancias, el *hard law* se muestra inadecuado o imposible. Un *soft law* intenta ocupar su lugar. No es extraño que el *soft law* emerja originariamente del Derecho Internacional, y encuentre después ulteriores articulaciones y desarrollos en el Derecho de la Comunidad Europea.

Los mencionados problemas no son totalmente nuevos. Sólo dos ejemplos. Al final del siglo XIX, el código civil alemán rompió el rígido esquema de los anteriores códigos, de estrecho implante positivista, introduciendo instrumentos flexibles como los de la buena fe, los «*regali paragrafi*», que permitirían al BGB ofrecer respuesta a situaciones nuevas e imprevistas, como fue —por ejemplo— la inflación que golpeó Alemania entre los años veinte y treinta. Analizando en 1963 las relaciones no contractuales entre los productores de automóviles y sus clientes en los Estados Unidos, un sociólogo americano, STEWART MACAULAY, mostró el poder normativo de aquel particular sector empresarial, que regulaba un conjunto de relaciones mucho más amplio, social y económicamente más significativo, que el disciplinado por muchas leyes.

La diferencia entre los dos casos recién recordados y el contexto actual está en el hecho de que aquéllos se percibían como situaciones excepcionales, como realidades separadas de los criterios y estructuras que permanecían sustancialmente inmutables, incluso si la mirada vuelta a la realidad y al futuro comenzara a discutir su plena legitimidad. Hoy lo que radicalmente ha cambiado es todo lo anterior; y, además, ha cambiado al mismo tiempo. En el espacio global no llama tanto la atención la ausencia de reglas, cuanto la imposibilidad de efectiva aplicación de las existentes. Con dos consecuencias: la fuerza de la ley se sustituye por la de las relaciones de fuerza; la regla de fuente pública se sustituye por la regla de fuente privada. El proceso entero denominado con la palabra *desregulación*, por ejemplo, describe no una situación en la cual disminuye la presencia social y económica de la regla jurídica, sino la transferencia de poder normativo del sector público al privado, que puede incluso conducir al creci-

miento y multiplicación de las reglas en caso de que viniera a menos la unificación de la disciplina que la norma estatal hizo posible.

2. LEY Y AUTORREGULACIÓN, AUTORIDAD Y LIBERTAD

A pesar de las constataciones hechas, no se debería llegar a la apresurada conclusión de que existe incompatibilidad entre las fuentes públicas y las privadas, entre ley y autorregulación, entre *hard* y *soft law*. Hay, desde luego, algunos problemas comunes, nacidos de la dinámica global de los sistemas jurídicos.

La exigencia de reglas flexibles, experimentales, que se puedan adaptar a contextos variados y variables, contribuye a unificar los diversos sectores. Si examinamos la legislación concreta, constatamos fácilmente un cambio de técnica legislativa, que transita desde normas caracterizadas por categorías cerradas y fuertemente tipificadas hasta técnicas que hacen amplio uso de los principios y cláusulas generales. Los principios constitucionales no determinan sólo un cuadro de referencia, sino que constituyen cada vez más a menudo el instrumento a través del cual se pueden afrontar y resolver problemas concretos. Las cláusulas generales encuentran un lugar cada vez más amplio en la legislación ordinaria, no sólo gracias a referencias tradicionales como las relativas a la buena fe, el respeto a la palabra dada, las buenas costumbres o el orden público; sino incluso recurriendo a referencias más modernas, como pueden ser las relativas a los intereses del menor o de la familia, la integridad física y psíquica, la tutela de la competencia o el bienestar económico del pueblo (al que explícitamente llama, por ejemplo, la Convención Europea de Derechos del Hombre). Todo esto determina un cambio en las características del razonamiento jurídico y la atribución de un papel más relevante a los intérpretes, en particular, al juez. Un ulterior cambio de la técnica legislativa se ha producido mediante las *sunset rules*, las leyes destinadas a desaparecer. En sustancia, leyes a término: o porque se piensa que las cuestiones reguladas no están destinadas a durar en el tiempo; o porque, con mayor frecuencia, se entiende necesario imponer al legislador la obligación de revisar la disciplina vigente teniendo en cuenta las novedades y cambios, como ha ocurrido en particular con muchas leyes en materia de bioética.

Pese a que no se pueda decir que el sistema jurídico en su totalidad se haya «flexibilizado», sí es cierto que se manifiesta una fuerte tendencia hacia un Derecho «homeostático», capaz de adaptarse al variar de las situaciones sin necesidad de ulteriores intervenciones legislativas, ya sea en la dimensión diacrónica (cambios producidos por el transcurrir del tiempo), ya sea en la sincrónica (aplicación de la norma en contextos distintos dentro del mismo Estado, motivados por la necesidad de tener en cuenta, por ejemplo, factores de diversidad y de exigencia de pluralismo). Emerge así otro punto crítico, representado por los límites y la lentitud de la legislación parlamentaria. En efecto, no podemos imaginar que se pueda pedir al Parlamento que lleve a cabo cualquier cambio o innovación mediante continuas modificaciones de las leyes. Así pues, la legislación «de principios» se convierte en una necesidad del tiempo presente, generando un reparto de competencias entre el legislador, que mantiene el poder de

fijar el marco de referencia, y los jueces, llamados a adaptarlo a las situaciones concretas, en forma ya lejos de los esquemas silogísticos o de la ideología de «*la bouche qui dit la loi*»².

La reflexión sobre el *hard law* y sus transformaciones permite individualizar un conjunto de exigencias que, sin embargo, no siempre pueden ser satisfechas manteniendo vetado el recurso a este instrumento. De aquí nace el espacio en el cual se sitúa un *soft law* en sus diversas manifestaciones.

Llegados a este punto ¿podríamos decir que se haya atenuado el enfrentamiento radical entre *hard law* y *soft law*? La relación entre *hard* y *soft law*, en efecto, ha sido configurada como manifestación de un conflicto entre Ley y autorregulación, entre autoridad y libertad. Pero hoy, cada vez más a menudo, nos encontramos frente a una complementariedad en el uso de ambos instrumentos, con una visión funcional del sistema jurídico que mira más al resultado que se pretende alcanzar que a la forma de los instrumentos empleados.

Se ha hecho evidente, con carácter general, que la regla jurídica flexible, experimental, homeostática, es realmente necesaria. A esto se añade la imprescindible adecuación y el necesario consenso. En otras palabras: se reclama la participación de los mismos sujetos a los que la regla debe ser aplicada. Cuando hablamos de adecuación, queremos decir que la regla jurídica debe de estar en sintonía con las exigencias del sector regulado, porque sólo de esta manera consigue ser concretamente eficaz. Y, para alcanzar este resultado resulta necesaria una participación de los representantes del mismo sector regulado, cuya conformidad se asegura así con carácter preventivo.

Estos problemas ya eran tenidos en cuenta en el pasado en el ámbito del mismo *hard law*. Tanto que, desde hace ya tiempo, se habla de legislación *negociada* o *contratada*, describiendo así un proceso legislativo en el que los destinatarios de la norma no son considerados extraños, sujetos que reciben pasivamente un mandato legislativo, sino actores a los que necesariamente hay que consultar e implicar. Se trata de una tendencia difusa y generalizada, expresiva de necesidades que no pueden ser satisfechas si sólo permanecemos inmutables en el marco legislativo tradicional. De aquí el deslizamiento progresivo hacia otras formas de regulación jurídica y hacia otros sujetos de regulación, reunidos en forma de *soft law*.

3. DISTINTAS CATEGORÍAS DEL *SOFT LAW*. CÓDIGOS DE CONDUCTA

La categoría del *soft law*, sin embargo, no es homogénea. Aunque sus diversas manifestaciones se hayan unificado sintéticamente para hacer referencia al carácter no vinculante de la regla así elaborada, no sólo estamos frente a una multiplicidad de instrumentos, sino incluso frente a una articulación interna de los mismos. Aunque el *soft law* se identifique habitualmente como una fuente privada, a él recurren incluso sujetos públicos, como demuestra la experiencia

² Literalmente en español «la boca de quien dice la ley»; es decir, el legislador.

de la Unión Europea. Todo lo cual produce una consecuencia importante tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el objetivo: el *soft law* no se puede reconducir a una sola fuente ni a una sola tipología, de él emergen progresivamente distintos niveles de obligatoriedad, formal e informal.

En el nuevo contexto ha asumido peso y visibilidad particular la categoría de los «códigos», denominados diversamente (de conducta, de autodisciplina, de autorregulación, éticos, deontológicos), en parte ya conocidos como instrumentos típicos de la disciplina de las particulares categorías profesionales, como los médicos o los abogados, pero que ahora se extiende hasta cubrir un espacio bastante más amplio de actores y de actividades. Y, en muchos casos, esto implica que la fuente de la regla es el mismo sujeto al que ella está destinada y que debe procurar su aplicación. No estamos, pues, en presencia de una nueva fuente, sino ante un cambio en la modalidad de funcionamiento de la regla.

Desde un cierto punto de vista, se podría concluir que este enfoque es coherente con una estructura más general que, atribuyendo cada vez mayor relevancia a una legislación de principios, debe preocuparse de crear las condiciones adecuadas que garanticen la coherencia de la disciplina en su conjunto con una realidad en continuo movimiento. Legislación de principios y códigos de deontología, así pues, se añan para alcanzar la finalidad de conseguir una disciplina homeostática respecto al cambio social, económico, tecnológico. A esto contribuyen la participación en la elaboración del texto de los agentes interesados en él, que de este modo pueden asegurar mejor la adecuación de dicho texto a la realidad de cada uno de los sectores considerados; el consiguiente carácter experimental de la disciplina puesta a punto, oportuno para una verificación de su eficacia; la posibilidad de modificaciones rápidas en el tiempo, y de todos modos incomparablemente más cortas que las del procedimiento legislativo ordinario, suprimiendo los elementos que resulten inadecuados o superados e incluyendo elementos nuevos sugeridos por los cambios que se produzcan.

Analizando la realidad de los códigos de conducta se pone de manifiesto, por una parte, que abarcan los ámbitos más diversos; y por otra, que su carácter vinculante no es, en modo alguno, uniforme. Podemos pasar desde un «grado cero» hasta situaciones en las cuales los códigos tienden a borrar la frontera entre *hard* y *soft law*, tanto que podríamos decir que, en todo caso, este último llega a ser menos *soft* y más *law*.

4. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y ÉTICA

Para aclarar mejor el significado y la relevancia de los códigos de conducta, es oportuno subrayar que en muchos casos se califican recurriendo al adjetivo «ético». La razón es evidente. La palabra «ética» es enormemente sugestiva, evoca valores, reenvía a la responsabilidad de distintos sujetos. La ética se presenta como un instrumento necesario para poner remedio a una verdadera o presunta dificultad del Derecho y para fundamentar una verdadera y realmente autónoma *business ethics*. Los códigos éticos se multiplican en los más diversos sectores, incluso con una fuerte ambigüedad: en algunos casos son meros

instrumentos de propaganda, sin efectos concretos, utilizados para proyectar al exterior una imagen confiable de la organización a la cual se refieren. En estos casos, se convierten en instrumentos para incrementar la legitimidad del sujeto que los produce, no para dar vida a una reglamentación más eficaz.

Examinando más analíticamente los diversos tipos de códigos éticos, se puede observar que, en el ámbito de la actividad económica, en muchos casos, cumplen la función de garantizar la confiabilidad del sujeto al que se refieren, pero se caracterizan sobre todo como instrumentos para la *corporate governance*, para la gestión organizativa de la empresa. Esto quiere decir que el código puede producir efectos jurídicos, constituyendo la base para la asunción de medidas disciplinarias para con los empleados que violen sus prescripciones. Estos efectos jurídicos, sin embargo, están condicionados por múltiples factores: la predisposición no unilateral del código; su eventual carácter integrador del contrato de trabajo; el respeto del *hard law* vigente para las relaciones de trabajo. Una mayor relevancia hacia el exterior, o un verdadero y propio carácter vinculante, se alcanza cuando en comunicaciones abiertas al público se hace referencia al código ético de la empresa y, sobre todo, cuando el código está incluido en verdaderas y genuinas estipulaciones contractuales.

Pero, aparte del caso recién indicado de la relación explícita con un contrato, los efectos de un código ético dependen de su relevancia social, determinada por la autoridad del sujeto que lo predispone y del procedimiento empleado. Esta consideración se puede ampliar no sólo a diversos códigos éticos de los que se refieren el funcionamiento del mercado, referidos sobre todo al sistema de información y de comunicación. Vale, más en general, para todo tipo de códigos de autodisciplina.

Para aclarar este aspecto del problema, se puede traer como ejemplo el Código de Ética para la Sociedad de la Información de la UNESCO³. Interviene aquí el prestigio de la UNESCO, no sólo como sujeto que promueve intervenciones en la forma clásica de la convención internacional, sino como organismo que recurre bastante más a menudo a instrumentos diversos, que asumen la forma de código o, frecuentemente, de Declaración (se puede pensar, por ejemplo, en las que se refieren al genoma humano). Esta técnica, adoptada también por otras instituciones nacionales e internacionales, lleva a la producción de documentos que despliegan prestigio e influencia muy fuertes dentro la sociedad y pueden constituir un modelo de referencia para los particulares y para los entes públicos, sobre todo cuando estos últimos deciden intervenir por ley en materias complejas o controvertidas. El *soft law* resulta ser así un instrumento para incentivar, justificar y legitimar el recurso al *hard law*. Ejemplos significativos, en este sentido, se nos ofrecen desde las directrices de la OCDE⁴ en diversas materias, que en muchos casos han ejercido una gran influencia sobre la evolución legislativa y que constituyen un punto de referencia para la acción pública e incluso para las decisiones jurisprudenciales, como las Líneas Guía sobre protección de la vida privada y sobre flujos transfronterizos de los datos personales de 1980.

³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.