GUÍAS, CRITERIOS Y OTROS INSTRUMENTOS DE SOFT LAW DE LAS AUTORIDADES SUPERVISORAS: FRONTERA ENTRE ORIENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y REGULACIÓN

CafeLab 22 de septiembre de 2026

La sesión del Café LAB se dedicó al debate sobre el papel de las guías, criterios interpretativos y otros instrumentos de *soft law* utilizados por las autoridades supervisoras, con especial atención a la frontera entre la orientación legítima, la interpretación institucional y la creación material de reglas generales. El punto de partida fue la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2026, relativa a una guía de la Agencia Española de Protección de Datos sobre control de presencia mediante sistemas biométricos.

1. NOTA DE CONCEPTO

1.1. Contexto y marco conceptual

Las autoridades de protección de datos y, en general, las autoridades supervisoras y regulatorias utilizan habitualmente guías, directrices, criterios interpretativos, recomendaciones, comunicaciones y otros instrumentos de *soft law* para orientar la aplicación de normas abiertas, hacer previsible su actuación y facilitar el cumplimiento. Su utilidad reside precisamente en aportar criterios allí donde la norma no ofrece por sí sola respuestas suficientemente determinadas, sin convertir necesariamente esa orientación en una nueva fuente de obligaciones. En ámbitos técnicamente complejos y sujetos a rápida evolución, esta función adquiere particular importancia para que los sujetos obligados puedan adoptar decisiones antes de que exista un pronunciamiento administrativo o judicial sobre cada supuesto concreto.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional 367/2026, de 30 de junio (ECLI:ES:AN:2026:2870), relativa a una guía de la AEPD sobre tratamiento de datos personales mediante sistemas biométricos, plantea de forma

especialmente intensa dónde termina esa función de orientación y comienza materialmente la regulación. La sentencia atiende a la realidad material del documento y no solo a su denominación, y atribuye particular importancia a la formulación de criterios generales susceptibles de proyectarse tanto sobre sus destinatarios como sobre la actuación futura de la propia autoridad. Aunque el litigio afecta directamente a la AEPD y la resolución no es firme, la cuestión puede trascender ampliamente el ámbito de la protección de datos.

CNMC, CNMV, Banco de España, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, CSN, AIReF y otras autoridades, como las de protección de datos autonómicas, también utilizan, con distintas denominaciones y fundamentos jurídicos, instrumentos generales de orientación o interpretación. Algunas cuentan con potestades normativas sectoriales de diferente alcance y otras carecen de una potestad reglamentaria que les permita trasladar sin más a una disposición general aquello que dejen de poder expresar mediante *soft law*. Una concepción material muy amplia de lo que constituye una disposición general podría afectar, por ello, al propio modelo de actuación de las autoridades supervisoras.

En materia de protección de datos aparece, además, una dificultad constitucional especialmente intensa. La potestad de la AEPD para aprobar circulares no significa que todo aquello que no pudiera contener una guía pueda trasladarse válidamente a una circular. Al tratarse de un derecho fundamental, opera la reserva de ley del artículo 53.1 CE y, respecto de su desarrollo, la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE.

La STC 76/2019 resulta particularmente significativa y exigente: al examinar el tratamiento de opiniones políticas previsto en el artículo 58 bis LOREG, el Tribunal Constitucional tomó expresamente en consideración la Circular 1/2019 de la AEPD, que había identificado garantías frente a la insuficiencia de la regulación legal, pero rechazó que la intervención de la autoridad pudiera subsanar el defecto constitucional de la ley[1] —lo que, sin duda, dificulta admitir la capacidad regulatoria sustantiva de las circulares—. Las garantías necesarias frente a la injerencia en el derecho fundamental no podían ser incorporadas

[1] STC 76/2019, FJ 8. C II: "La insuficiencia legal que venimos analizando tampoco puede ser colmada, en ejercicio de sus potestades, por la Agencia Española de Protección de Datos. La agencia es la autoridad administrativa independiente a la que se encomienda la interpretación y aplicación de la normativa de protección de datos (arts. 57 y 58 RGPD y 44 y sigs. LOPDyGDD), y su potestad normativa, mediante la aprobación de circulares, está circunscrita al dictado de «disposiciones que fijen los criterios a que responderá la actuación de esta autoridad» en la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la Ley Orgánica 3/2018 (artículo 55.1 LOPDyGDD). Por tanto, la circunstancia de que, con posterioridad a la interposición del presente recurso contra la ley, la presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos haya aprobado la Circular 1/2019, de 7 de marzo, para abordar esa laguna, tal como se indicó anteriormente, no puede subsanar la insuficiencia constitucional de la que adolece el artículo 58 bis LOREG introducido por la Ley Orgánica 3/2018 por lo que se refiere a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas en el marco de actividades electorales. Una interpretación distinta vaciaría de contenido el principio de reserva legal que consagra la Constitución y que de forma reiterada ha invocado nuestra jurisprudencia previa en materia de protección de datos personales."

autónomamente por la autoridad cuando correspondía al legislador establecerlas o delimitar normativamente su desarrollo.

Surge así una paradoja especialmente significativa para el debate. Puede haber cuestiones respecto de las cuales una autoridad esté facultada para interpretar el Derecho, orientar su aplicación o recomendar garantías y buenas prácticas, pero carezca de habilitación para transformar ese contenido en una regla jurídica general. Calificar como reglamentario un determinado contenido de una guía no resuelve, por tanto, la cuestión ulterior de si la autoridad podría aprobarlo válidamente mediante una circular u otra disposición general. Precisamente aquello que una autoridad no puede imponer normativamente puede requerir criterios interpretativos u orientaciones que hagan posible una aplicación previsible y preventiva del marco jurídico.

La dificultad consiste entonces en identificar la frontera entre interpretación y regulación sin vaciar de contenido ninguna de las dos categorías. No parece suficiente por sí sola la generalidad del documento, pues orientar con carácter general constituye una función habitual de las guías; tampoco su capacidad para influir sobre las conductas, ya que esa es precisamente su finalidad. Pero tampoco cabe admitir que, bajo la apariencia de una orientación, puedan introducirse obligaciones no deducibles del ordenamiento o soluciones cerradas que materialmente operen como reglas nuevas. La relación del criterio con la norma interpretada, su grado de innovación, el margen que deja a soluciones alternativas, la intensidad prescriptiva del lenguaje, sus efectos prácticos o las consecuencias atribuidas al apartamiento de la orientación son factores que pueden adquirir distinto peso según el instrumento y su contexto.

Una dimensión adicional se refiere a la eficacia posterior del *soft law*. La exteriorización previa de criterios puede favorecer la previsibilidad, la igualdad de trato y la coherencia institucional, pero plantea hasta qué punto la propia autoridad queda vinculada por ellos, cuándo puede apartarse de su interpretación anterior y cómo puede utilizar esos documentos en inspecciones, informes o resoluciones. No parece equivalente invocar una guía como apoyo de una interpretación cuyo fundamento continúa residiendo en el ordenamiento, a convertir su incumplimiento en fundamento autónomo de una consecuencia desfavorable. Entre la plena vinculación de la autoridad y la absoluta irrelevancia jurídica de sus propios criterios existe, sin embargo, un espacio que requiere una delimitación más precisa.

Debe considerarse finalmente el efecto práctico que tendría la consolidación de una concepción restrictiva del *soft law*. Los sujetos obligados demandan de las autoridades criterios previos que reduzcan la incertidumbre antes de diseñar tratamientos, implantar tecnologías, realizar inversiones o adoptar decisiones de cumplimiento. Si una parte

significativa de esas orientaciones hubiera de adoptar necesariamente forma reglamentaria, no cabe presumir que fuera sustituida por una producción normativa equivalente: algunas autoridades carecen de potestad suficiente y, en otras, la habilitación competencial, el procedimiento normativo o la reserva de ley limitarían esa posibilidad. El resultado podría ser, por tanto, no una sustitución de guías por reglamentos, sino una reducción de la orientación ex ante y un desplazamiento de la concreción jurídica hacia actuaciones supervisoras, resoluciones individuales y litigios posteriores.

El problema sometido a discusión no consiste, por ello, en optar entre regulación y ausencia de regulación, ni entre guías vinculantes y documentos jurídicamente irrelevantes. Se trata de determinar qué espacio debe reconocerse a una función institucional de interpretación y orientación suficientemente útil para hacer previsible la aplicación del Derecho, sin que el *soft law* sustituya al legislador ni al ejercicio formal de la potestad normativa; y de valorar qué consecuencias tendría desplazar esa frontera, tanto para las autoridades supervisoras como para los sujetos obligados y la propia seguridad jurídica.

1.2. Preguntas para el debate

1. ¿Dónde debe situarse la frontera jurídica entre el ejercicio legítimo de una función general de interpretación y orientación y la creación material de una disposición general? ¿Qué elementos deberían resultar determinantes para esa calificación y cuáles deberían considerarse meros indicios?
2. ¿Hasta dónde puede una autoridad concretar mediante guías o criterios conceptos jurídicos abiertos, expresar públicamente la interpretación que considera correcta y anticipar los criterios que previsiblemente seguirá en su actuación futura? ¿En qué momento esa concreción deja de interpretar o desarrollar obligaciones preexistentes y comienza materialmente a crearlas?
3. ¿Qué eficacia jurídica puede reconocerse posteriormente a una guía o criterio sin transformarlo en fuente autónoma de obligaciones? En particular, ¿cómo puede utilizarlo legítimamente la autoridad en actuaciones supervisoras, informes o resoluciones y qué consecuencias puede asociar al apartamiento de sus criterios por los sujetos obligados?
4. ¿En qué medida queda la propia autoridad vinculada por los criterios interpretativos que ha hecho públicos? ¿Cómo deben articularse la previsibilidad, la culpabilidad de los sujetos obligados, la igualdad de trato y la confianza legítima con la posibilidad de modificar una interpretación o apartarse motivadamente de ella?

5. Cuando un mismo instrumento combina exposición del Derecho vigente, interpretación institucional, recomendaciones, garantías sugeridas y buenas prácticas, ¿basta con identificar claramente la diferente naturaleza y efectos de cada contenido, o algunos de ellos deberían quedar necesariamente fuera del *soft law*?

6. ¿Cómo condiciona la reserva de ley en materia de derechos fundamentales el espacio respectivo de las guías y de las circulares? A la luz, entre otras, de la STC 76/2019, ¿pueden existir contenidos que una autoridad esté facultada para interpretar o recomendar, pero que no pueda convertir en una regla general ni siquiera mediante una circular? ¿Qué espacio queda entonces entre la regulación legal y la decisión administrativa individual?

7. Si se consolidara una concepción amplia de qué contenidos del *soft law* deben adoptar forma de disposición general, ¿qué alternativas reales quedarían para las autoridades supervisoras que carecen de potestad normativa o ciertamente habría barreras materiales para su efectiva utilización? ¿Hasta qué punto puede considerarse que el resultado práctico sería no una sustitución de guías por reglamentos, sino una reducción sustancial de la orientación pública previa?

8. Desde la perspectiva de los sujetos obligados y de la seguridad jurídica, ¿cómo preservar las garantías frente a una eventual regulación mediante *soft law* sin desplazar la concreción de normas abiertas hacia actuaciones supervisoras, sancionadoras o judiciales posteriores? ¿Qué modelo permitiría mantener una capacidad efectiva de orientación preventiva sin atribuir a los criterios administrativos un valor normativo del que carecen?

2. DESARROLLO DE LA DISCUSIÓN

2.1. Planteamiento

Desde el inicio se subrayó que la Sentencia de la Audiencia Nacional no se limitaba a valorar el contenido concreto de la guía anulada, sino que formulaba una doctrina con posible proyección general sobre los instrumentos de orientación de las autoridades supervisoras.

Esa dimensión explicaba el interés del debate: aunque el litigio afectaba directamente a la AEPD y a una guía sobre sistemas biométricos, sus implicaciones podían alcanzar a otras autoridades regulatorias y supervisoras que utilizan documentos generales de orientación, recomendación o interpretación.

2.2. La sentencia de la Audiencia Nacional como síntoma de un problema más amplio

Una de las primeras líneas del debate consistió en situar la sentencia dentro de una evolución más amplia del Derecho administrativo. Se destacó que la potestad reglamentaria sigue siendo una categoría central, pero que su delimitación resulta cada vez más compleja en un contexto de proliferación de instrumentos jurídicos heterogéneos: instrucciones, circulares, guías, recomendaciones, criterios, planes o declaraciones que no siempre encajan con claridad en las categorías clásicas.

Desde una perspectiva académica se recordó que el concepto de reglamento no se encuentra definido de manera general en el Derecho positivo español, pero calificar un instrumento como reglamento produce consecuencias jurídicas muy relevantes: procedimiento de elaboración, garantías de participación, régimen de invalidez, vías de impugnación y efectos de la nulidad. Por ello, la calificación no puede depender únicamente del nombre dado al documento.

En esa línea, se apuntó que la Audiencia Nacional se inserta en una tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo que atiende a la realidad material del instrumento. Según esta aproximación, la denominación formal —guía, instrucción, circular u otra— no resulta decisiva si concurren elementos como la generalidad, la normatividad y la eficacia *ad extra*. Cuando un documento establece criterios generales, con vocación de permanencia y efectos reales sobre terceros, puede ser considerado materialmente reglamentario, aunque se presente como orientación.

Esta posición generó una de las tensiones centrales del debate. Para algunos participantes, la sentencia confirmaba una advertencia necesaria: las autoridades no pueden utilizar guías para crear obligaciones sin seguir el procedimiento correspondiente. Para otros, el riesgo estaba en convertir cualquier orientación general de una autoridad en una disposición reglamentaria, vaciando de utilidad una función institucional —la de las guías e instrumentos similares— especialmente necesaria en sectores técnicamente complejos.

2.3. Qué puede contener una guía sin dejar de ser guía

Buena parte de la discusión se concentró en la pregunta más práctica: qué puede decir una guía sin transformarse en reglamento. Hubo una coincidencia amplia en que una guía no puede crear obligaciones autónomas ni operar como fundamento directo de una sanción. Las guías no se incumplen. También se compartió que no basta con afirmar en la introducción de un documento que carece de efectos vinculantes; lo decisivo es su

contenido real, el lenguaje empleado y las consecuencias que, en la práctica, se asocian al apartamiento de sus criterios.

Las diferencias aparecieron al precisar el alcance de la interpretación admisible. Una posición más restrictiva sostuvo que las guías pueden orientar, pero no realizar interpretaciones normativas fuertes ni cerrar el sentido de las normas de forma innovadora. Desde esta perspectiva, cuando una autoridad fija una interpretación general que reduce o elimina el margen de actuación de los destinatarios, se aproxima a la creación de Derecho.

Otras intervenciones defendieron que una guía sí puede interpretar normas complejas, siempre que no imponga una única solución obligatoria. Se puso de relieve que en sectores de alta tecnicidad —como el aeronáutico, el tecnológico o el de protección de datos— los operadores necesitan criterios comprensibles para aplicar normas abiertas. Si la autoridad se limitara a reproducir la ley, las sentencias o las directrices europeas, la guía perdería gran parte de su utilidad.

En este punto cobró especial interés la idea de los «medios aceptables de cumplimiento». Una guía puede identificar vías razonables para cumplir la norma, pero debe permitir que el sujeto obligado demuestre que ha cumplido el ordenamiento por otros medios igualmente válidos. La orientación administrativa no debería convertirse en una obligación cerrada. Esta aproximación permitiría conciliar utilidad práctica y ausencia de vinculación normativa.

También se insistió en la importancia del lenguaje. Expresiones categóricas, fórmulas de prohibición general o afirmaciones que presenten una única solución posible pueden reforzar la percepción de obligatoriedad. En cambio, un lenguaje que identifique alternativas, condiciones, ejemplos y criterios de valoración puede reducir el riesgo de que la guía sea leída como una regla general encubierta.

2.4. Protección de datos, derechos fundamentales y límites de la potestad normativa

El debate adquirió una dimensión específica por tratarse de protección de datos, ámbito conectado con un derecho fundamental. Se planteó que la dificultad no consiste simplemente en elegir entre guía y circular. Incluso si se considerara que un determinado contenido debería adoptar forma reglamentaria, no siempre sería evidente que la AEPD pudiera imponerlo válidamente mediante una disposición general.

Se recordó que la reserva de ley en materia de derechos fundamentales limita la capacidad de las autoridades administrativas para introducir garantías, obligaciones o restricciones sustantivas. La discusión se vinculó con la doctrina constitucional según la cual una circular

de la Agencia no puede colmar insuficiencias de la ley cuando está en juego el contenido esencial o el marco de garantías de un derecho fundamental.

De ahí surgió una paradoja particularmente relevante. Puede haber contenidos que una autoridad esté en condiciones de interpretar o recomendar, porque forman parte de su función supervisora y orientadora, pero que no pueda imponer normativamente ni siquiera mediante circular porque excedería la reserva de ley en materia de derechos. Calificar una guía como reglamento no resuelve por sí solo el problema si la autoridad carece de habilitación suficiente para regular esa materia.

Esta cuestión se conectó con la función preventiva de la AEPD. Varios participantes destacaron que los sujetos obligados necesitan orientación previa antes de diseñar tratamientos, adoptar tecnologías o realizar inversiones. Si la concreción jurídica solo pudiera producirse mediante resoluciones sancionadoras, el modelo sería menos previsible y menos garantista: la autoridad orientaría después de sancionar, no antes. Por ello, se defendió la necesidad de preservar un espacio real para la orientación *ex ante*.

2.5. El caso de los tratamientos biométricos

Aunque el objetivo de la sesión no era revisar exhaustivamente la guía anulada, el caso de los tratamientos biométricos ocupó una parte importante del debate. Se señaló que uno de los problemas de la guía anterior pudo estar en que, materialmente, ofrecía una solución demasiado cerrada respecto de las bases de licitud aplicables. En particular, se apuntó que la guía pudo ser percibida por los operadores como si estableciera una única vía posible, reduciendo el margen para valorar otras bases jurídicas o contextos de tratamiento.

Se destacó que los tratamientos biométricos presentan dificultades específicas. La consideración del dato biométrico como categoría especial puede depender del contexto y de la finalidad del tratamiento. Además, el RGPD impone obligaciones de responsabilidad proactiva que exigen valorar riesgos, proporcionalidad, necesidad, garantías y alternativas. En ese marco, la autoridad puede orientar sobre la necesidad de evaluación de impacto, sobre las cautelas en torno al consentimiento o sobre la existencia de medios menos intrusivos, pero debe evitar que esa orientación se convierta en una prohibición o mandato general sin cobertura normativa suficiente.

Se informó de que la AEPD estaba trabajando en una nueva Guía sobre control de accesos mediante sistemas biométricos, sometida a un proceso informal de consulta con sectores interesados, incluidas entidades vinculadas al recurso contra la guía anterior. Se indicó también que la nueva orientación revisaba criterios previos y contemplaba expresamente la posibilidad de que el consentimiento pudiera operar como base de legitimación en

determinados contextos, incluso laborales, sin perjuicio de las cautelas propias de ese ámbito.

Varias intervenciones valoraron positivamente esa revisión y la apertura del proceso de consulta. Al mismo tiempo, se sugirió que la nueva guía debería diferenciar con mayor claridad entre supuestos: tratamientos realizados por administraciones públicas, por entidades privadas, por empleadores, por operadores de seguridad o por fuerzas y cuerpos de seguridad. También se propuso atender a casos concretos, como el acceso a estadios deportivos cuando existan restricciones legales de entrada por razones de seguridad o violencia en el deporte.

2.6. Consulta, participación y diseño de futuras guías

La participación de los sectores afectados fue otro de los ejes de la sesión. Se sostuvo que, aunque una guía no sea formalmente un reglamento y no siempre exista obligación jurídica de información pública, la consulta amplia puede aportar legitimidad, mejorar la calidad técnica del texto y reducir el riesgo de impugnación. Desde esta perspectiva, abrir los borradores a operadores, asociaciones profesionales, expertos y comunidad académica permite identificar problemas que quizá no se advierten desde la institución.

Algunas intervenciones defendieron que la consulta debería ser lo más abierta posible, especialmente cuando la guía afecte a sectores económicos o tecnológicos relevantes. Se comparó esta lógica con la participación en ámbitos como el urbanismo o la evaluación ambiental, donde la tramitación participativa puede resultar gravosa, pero cumple una función de garantía. Otras posiciones matizaron que no toda guía puede someterse a un procedimiento formal equivalente al reglamentario, pues ello podría hacer inviable la función ágil de orientación.

La experiencia concreta de la nueva guía sobre biometría permitió situar este debate en términos prácticos. La Agencia señaló que se había remitido el borrador a asociaciones empresariales, asociaciones profesionales de delegados de protección de datos y autoridades autonómicas, y que también se estaban atendiendo comentarios surgidos en espacios públicos. Se destacó que la participación no debía verse solo como una cautela defensiva, sino como una forma de mejorar la comprensión de los efectos reales de la guía.

En cuanto al diseño interno de estos instrumentos, se formularon varias propuestas: diferenciar expresamente entre exposición del Derecho vigente, interpretación institucional, recomendaciones, buenas prácticas y ejemplos; evitar que las recomendaciones aparezcan como obligaciones; utilizar lenguaje menos prescriptivo; reconocer alternativas jurídicamente admisibles; y explicar cuándo un criterio expresa una

preferencia institucional y cuándo deriva directamente de una norma o de jurisprudencia consolidada.

2.7. Resultados del debate y cuestiones abiertas

El debate permitió identificar varias coincidencias relevantes. La primera fue la utilidad de las guías para los sujetos obligados, especialmente en ámbitos técnicos, cambiantes y jurídicamente complejos. La segunda, que una guía no puede crear obligaciones autónomas ni servir por sí sola como fundamento de una sanción. La tercera, que la denominación formal del instrumento no basta para determinar su naturaleza: debe atenderse a su contenido, efectos prácticos y grado de cierre de las soluciones propuestas.

Persistieron, sin embargo, diferencias significativas sobre el alcance de la interpretación admisible. Para algunas posiciones, una guía puede interpretar normas abiertas siempre que no excluya alternativas y no convierta el criterio en mandato. Para otras, la interpretación general innovadora puede aproximarse a la potestad reglamentaria cuando fija de hecho el comportamiento exigible a los destinatarios.

También quedó abierta la cuestión de si convendría desarrollar un marco normativo más preciso para determinados instrumentos de las autoridades supervisoras. Se sugirió que, si algunas orientaciones tienen efectos especialmente intensos, podrían requerir procedimientos específicos con consulta, memoria de impacto y vías claras de impugnación. Frente a ello, se advirtió que una reglamentación excesiva de las guías podría reducir la orientación pública disponible y desplazar la concreción del Derecho hacia actuaciones inspectoras o sancionadoras.

Como línea de continuidad, se apuntó la conveniencia de seguir trabajando en guías más claras en su naturaleza, más abiertas a soluciones alternativas, más apoyadas en ejemplos concretos y elaboradas mediante procesos de escucha. La sesión concluyó con una valoración positiva del formato de debate y de la apertura institucional para contrastar criterios con especialistas, operadores y sectores afectados.