



La Codificación: Camino Jurídico adecuado para el Ordenamiento Jurídico Ambiental Internacional.

DERECHO AMBIENTAL

Así como otras ramas del derecho como la Civil, la Comercial o la Penal, evolucionaron de tal manera que se hizo necesaria su codificación en un solo texto jurídico para lograr un ordenamiento correcto, eficaz y eficiente en su aplicación a lo interno de los Estados, el Derecho Ambiental, una de las ramas más recientes del Derecho, se debate en el ámbito internacional para lograr la unificación de su normativa en los distintos Estados miembros de las Naciones Unidas.



Autoridades de La Universidad 2021

Dr. Eduardo Flores Castro
Rector Magnífico

Mgtr. Orlando A. Moscoso
Vicerrector Académico

Dr. Jaime Javier Gutiérrez
Vicerrector de Investigación y Postgrado

Mgtr. Roldan Adames Aparicio
Vicerrector Administrativo

Mgtr. Denis Javier Chávez
Vicerrector de Extensión

Mgtr. Germán Luis Beitía
Vicerrector de Asuntos Estudiantiles

Mgtr. Nereida Herrera
Secretaria General

Mgtr. Carlos Bellido
Director General de los Centros Regionales Universitarios



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 2018

Dr. Hernando J. Franco
Muñoz Decano

Mgtr. Eliecer A. Pérez S.
Vicedecano

Lic. Judith Loré
Secretaría Administrativa

Director del Centro de Investigación Jurídica

Magister Aracelys Ureña
Subdirectora del Centro de Investigación Jurídica
Licda. Carmen Rosa Robles

Investigadores
Lic. Camilo Rodríguez
Mgtr. Belquis C. Sáez N.
Magister Vanessa Campos Alvarado
Asistentes de Investigación:
Lic. Wilfredo Gómez

Secretaria
JAZMIN SAAVEDRA

AÑO ACADÉMICO 2021

EDITORES ACADÉMICOS

ABDIEL ALGIS ABREGO
investigador

BELQUIS CECILIA SÁEZ NIETO
Directora del Boletín de Informaciones Jurídicas.

CONSEJO EDITORIAL

DR. HERNANDO MUÑOZ FRANCO
Decano de la Facultad de Derecho. Universidad
De Panamá.-

BELQUIS CECILIA SÁEZ N.
Catedrática de la Universidad de Panamá.

VIRGINIA ARANGO DURLING
Catedrática de Derecho Penal. Directora del
Departamento de Derecho Penal
Universidad de Panamá.

FRANKLIN MIRANDA
Profesor titular de la Facultad de Derecho
Universidad de Panamá

ROLANDO MURGAS TORRAZA
Dr. Honoris Causa. Universidad de Panamá.

AURA E. GUERRA DE VILLALAZ
Catedrática de Derecho Penal, Universidad Santa María La Antigua

Boletín de Informaciones
Jurídicas/Editado por el Centro de
Investigación Jurídica de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Panamá.
Ultimo Edificio. Planta Baja.
Publicaciones especiales. 2021

Publicación Especial ISSN 2075-4175.
Título Clave: Boletín de Informaciones
Jurídicas. Título Clave Abreviado: Bol.
Inf. Juríd. Correo Electrónico
c_investigacion_juridica@ancon.up.ac.
pa.

Las publicaciones fueron recibidas y
aprobadas por el Comité Editorial y
presentadas ala página virtual del
Centro de Investigación Jurídica-
Indizado en LATINDEX.

AUTOR LUIS BARRIA MOSCOSO

ESPECIALISTA EN DERECHO AMBIENTAL
Correo Institucional luisbarriam@up.ac.pa

La Codificación: Camino Jurídico adecuado para el Ordenamiento Jurídico Ambiental Internacional.

Autor: Profesor Luis Barria

INDICE

I.	Introducción.....	11
II.	La Codificación.....	13
	A. Qué se entiende por Código y que por Codificación.....	13
	B. Procesos de Codificación en la Historia Jurídica de Iberoamérica.....	17
III.	Nacimiento y Evolución Mundial del Derecho Ambiental.....	20
	a. El Club de Roma.....	20
	b. El MIT.....	20
	c. Los Límites del Crecimiento (El Informe MEADOWS).....	21
	A. La Conferencia de Estocolmo de 1972.....	23
	B. La Conferencia de Nairobi de 1982.....	24
	2. La Carta Mundial de la Naturaleza.....	24
	3. La Convención de Montego Bay.....	25
	C. La Cumbre de la Tierra, Río 1992.....	25
	1. La Comisión Mundial de Desarrollo Sostenible CDS	25
	2. Nuestro Futuro Común (El Informe Brundtland)	26
	D. La Cumbre del Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 2002.....	28
	E. La Cumbre de Río + 20, Río, 2012.....	28
	a. “El Futuro que queremos” (Declaración de la Cumbre)	
IV.	La controversia internacional de la efectividad de las normas ambientales internacionales producto de la “Soft law” derecho flexible o suave y la Hard law” o derecho duro.....	29
V.	Qué es la tesis del control de la convencionalidad de la CIDH en América...36	

VI.	Explicación de La Sentencia de URGENDA vs EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS y el precedente que dicha decisión judicial marca para Europa.....	42
VII.	Control de la Convencionalidad y caso urgenda, dos procesos distintos con Consecuencias Jurídicas similares y que apuntan a una misma tesis que resuelve el problema del Soft y Hard Law mediante decisiones Jurisdiccionales que a su vez abonan el camino hacia la codificación ambiental en los Estados.....	46
VIII.	Conclusiones.....	49
IX.	Bibliografía.....	51

Resumen

La gran cantidad de normativa jurídica internacional y nacional en cada una de los Estados miembros de las Naciones Unidas, que ha sido desarrollada desde la década de 1970 hasta nuestros días, ha enriquecido de manera muy positiva el desarrollo del Derecho Ambiental a nivel mundial. Sin embargo en la misma medida que ha enriquecido esta rama del Derecho también ha tenido como consecuencia la proliferación a veces complicada de leyes y convenciones que al final también al ser ratificadas por los Estados miembros se convierten en leyes, teniendo como consecuencia diversos conflictos de interpretación legal al momento de aplicar las normas jurídicas, lo que hace necesario los procesos de Codificación de la normativa ambiental a lo interno de los Estados.

Palabras claves

Códigos, codificación, Medio Ambiente, Control de la Convencionalidad, Derechos Difusos, Conferencia de la Tierra, conferencia de Estocolmo, desarrollo Sostenible, club de Roma, Los Límites del Crecimiento, El Futuro que queremos, Principios del Derecho Ambiental, Objetivos de desarrollo Sostenible. Codificación ambiental.

Abstract

The large amount of international and national legal normative in each of the member states of the United Nations, which has been developed from the 1970s to the present day, has very positively enriched the development of Environmental Law worldwide. However, to the same extent that it has enriched this branch of Law, it has also had as a consequence the sometimes complicated proliferation of laws and conventions that in the end, also when ratified by the member states, become laws, having as a consequence various conflicts of legal interpretation. at the time of applying the legal norms, which makes necessary the processes of Codification of the environmental regulations within the States.

Keywords

Codes, codification, Environment, Conventionality Control, Diffuse Rights, Earth Conference, Stockholm conference, Sustainable development, Club of Rome, The Limits of Growth, The Future we want, Principles of Environmental Law, Sustainable development Goals . Environmental coding.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es presentado bajo el título de “La Codificación Ambiental: Camino jurídico adecuado para el Ordenamiento normativo a lo interno de los Estados a fin de alcanzar la implementación efectiva de los Principios y Normas internacionales Ambientales”.

La anterior afirmación se hace bajo la premisa de que el Derecho ambiental es una rama del derecho de las más recientes, si tomamos en consideración que inicia su desarrollo como tal a partir de la Conferencia de Estocolmo del año 1972 sobre el Medio Ambiente Humano y es allí donde por primera vez se esbozan un conjunto de principios que poco a poco se van perfeccionando en las subsiguientes cumbres hasta llegar al desarrollo normativo internacional y nacional en cada Estado de su propio derecho Ambiental tal cual lo tenemos hoy en día.

Nuestro trabajo de investigación busca sustentar nuestra tesis de que la Codificación es el camino que debe seguirse para alcanzar con plenitud la aplicación ordenada y sistematizada del derecho ambiental a lo interno de nuestros países ya que desde 1972 hasta la fecha a nivel internacional ha sido prolifera la aprobación de diversos instrumentos jurídicos ambientales, así como prolifera ha sido la implementación de leyes y normativas menores a lo interno de las regiones y Estados.

No obstante, se debate el mundo jurídico internacional entre los conflictos de la Hard Law y la Soft Law, esta última para muchos autores extremadamente prolifera en materia ambiental y poco efectiva según el criterio de muchos entendedores. Para estos efectos nuestro trabajo de investigación busca -dentro de lo que se puede considerar una primera entrega de esta línea de investigación que, por supuesto amerita un trabajo futuro mucho más extenso y completo, - una primera aproximación al rompimiento de paradigmas que en esta materia han sido establecidos de manera reciente tanto en América como en Europa

Con Tesis y decisiones Jurisdiccionales de organismos regionales judiciales, como La Corte Interamericana de Derechos Humanos con la Tesis jurisprudencial del Control de la Convencionalidad desde inicios de los años 2000 y Los Tribunales Europeos más

recientemente con casos como el de URGENDA contra el Reino de los Países Bajos, donde en ambos casos dichos Tribunales han sentado jurisprudencia en la que primero, se reconoce el Derecho a un Medio Ambiente sano como un Derecho Humano y por relación consecuente de reconocerlo como tal cosa, se formaliza por un lado la tesis de los Derechos Difusos (Como se le conoce en América) y por otro la obligación de los Estados de cumplir lo pactado en los acuerdos internacionales sin importar si son Soft o Hard Law lo cual en el fondo acerca poco a poco a estos dos tipos de instrumentos al concepto de “Hard” por el hecho de que los tribunales seguirán este camino al emitir sentencias y eso los hace de obligatoria observancia a lo interno de los países.

Nuestro Trabajo busca hacer un alcance analítico inicial de los conceptos e historia de los términos código y codificación, desde su nacimiento hasta nuestros días analizando los diversos procesos recorridos en las codificaciones por lo menos relacionadas con nuestro derecho que tiene sus orígenes en el Derecho Romano. De igual manera refrezca un poco la historia evolutiva el Derecho Ambiental per sé para ubicarnos en el contexto histórico y actual a fin de tener un marco referencial correcto de la realidad contemporánea.

Buscamos finalmente plasmar el proceso por nosotros vivido en la codificación del derecho ambiental en Panamá desde su génesis hasta la entrega del documento matriz a consideración del país y enlazar un poco este proceso, con el avance que está teniendo el mundo en la materia, solo como un aporte a otras latitudes de lo complicado que un proceso como este resulta.

Al momento de redactar esta investigación, el trabajo de la comisión codificadora que fuera culminado en 2017 fue ya entregado nuevamente al gobierno recién entrado en funciones en 2019 en Panamá y, esperamos que una vez se vuelva a la normalidad después de la Pandemia producto del virus COVID-19, el Estado retome las discusiones de este texto legal para someterlo a la aprobación de la Asamblea Nacional y convertirlo en Ley de La República de Panamá.

Los aportes de la presente investigación deben servir un poco para ese fin y esperamos que la culminación de aquel fin sirva a su vez un poco para avanzar en los procesos de codificación ambiental en Iberoamérica.

II. LA CODIFICACIÓN

A. Que se entiende por Código y que por Codificación.

La palabra “Código” proviene de una forma latina reconstruida “CODICUS”, obtenida popularmente por derivación regresiva bien del latín “Codiculus o “Codicillus”, diminutivo de CODEX. Los Romanos que eran fanáticos de las leyes utilizaban los CODICES (singular de Codex) que en resumen eran unos libros donde tenían escrita sus reglas y según los relatos históricos el término derivó para ellos de la palabra CAUDEX (tronco de un árbol) ya que muy antiguamente los libros consistían en tablas de madera, cubiertas de cera, amarradas con un cordel. Las leyes se escribían entonces rayando la cera. En la época clásica se denominaron Volumina (largos rollos de papiro enrollados en torno a un eje) escritos con tinta. A partir del siglo IV d.C., los códigos eran ya libros de muchas hojas de papiro o pergamino, cosidas con las tapas de madera o piel.

El antecedente más antiguo conocido de un cuerpo legal es el Código de Hammurabi, dictado por el rey amorreo de ese nombre alrededor del 1760 a.C., aunque se conocen antecedentes incompletos desde el siglo XXI a.c. No obstante, estos antecedentes no fueron seguidos por las civilizaciones posteriores, e incluso el derecho romano tardó muchos siglos en intentar el ordenamiento racional de las leyes y su compilación.

La primera recopilación o compilación jurídica de importancia fue realizada por los romanos (códigos gregorianos, hermogeniano y teodosiano) que culminaron con la obra de Justiniano, obra del jurisconsulto Triboniano e impulsada por el emperador bizantino. Por decisión del emperador fue sancionado el Corpus Juris Civilis, conformado por el *Digesto*, las *Institutas*, el *Código* y las *Novelas*. El *Digesto* contenía la doctrina de figuras célebres como Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo, Modestino y Celso.

Las *Institutas* contenían las fórmulas de Derecho elementales, y aunque hasta ese momento tenían vigencia legal, estaban especialmente dedicadas a los estudiantes de Derecho. Finalmente se encontraban el *Código*, que condensaba las constituciones de los emperadores anteriores a Justiniano que conservaban un interés actual, y las *Novelas*, que agrupaban las constituciones de Justiniano.

Mientras que en el Imperio Romano de Oriente se utilizaban la compilación justiniana, en occidente debido a la caída del imperio los diferentes pueblos germánicos utilizaban una legislación que, si bien se encontraban inspiradas en el Derecho romano, se encontraban imbuidas con principios ancestrales de esos pueblos.

Al comienzo de la dominación de los visigodos, España mantuvo una legislación dividida: se aplicaba la legislación romana a los hispanorromanos y a los visigodos las leyes bárbaras. Pero con el correr del tiempo necesario adoptar una legislación unificada, proceso que se cumplió con el Código de Eurico, el Breviario de Alarico (*Lex Romana Visigothorum*), el Código de Leovigildo y el Código de Recesvinto (*Liber Iudicium* o *Lex Visigothorum*).

Durante la Baja Edad Media surgió un movimiento codificador que culminó con la legislación de Alfonso X: el *Fuero Viejo de Castilla* en 1212, el Fuero Real en 1254 y las Siete Partidas en 1265.

Expuesto lo anterior podemos entonces sintetizar que si bien es cierto el término **codificación** es relativamente reciente ya que sus inicios se remontan a la primera mitad del siglo XVII. En cambio, la palabra es muy antigua y en lo que al derecho romano se refiere data de fines del Imperio Romano, y originalmente tuvo un sentido que podemos llamar editorial y sirvió para designar un tipo de libro determinado. No el volumen, que se enrolla, sino el tomo, tal como conocemos hoy, compuesto de hojas sujetas por un solo lado. Así para leer un **códex**, a diferencia de un volumen, no era necesario desenrollarlo, sino que bastaba pasar sucesivamente sus páginas - Código significa para los romanos, ante todo, un libro que podía hojearse.

El vocablo entró al lenguaje del derecho y adquirió en él una significación específica. Por tal se entendió desde la antigüedad un libro compuesto de hojas que contiene diversas leyes, es decir, un cuerpo o colección legal.

Pero desde el siglo XVII la palabra adquirió un nuevo sentido, más concreto. Esa es una época de auge de las matemáticas en las que se convierten, por así decirlo, en la ciencia dominante. Entonces surge la aspiración a ordenar el mundo humano, al igual que la naturaleza, al modo matemático, **more geométrico**. Así se hace con los edificios y los jardines, la equitación, el ballet, el arte, la música y demás. Este espíritu mueve también

al matemático y filósofo Leibniz (1646-1716), a proponer que se reuniera y sistematizara la legislación anterior en un libro o código.

Pero la codificación en la actualidad no se limita a recoger el derecho anterior. Bajo la influencia de la ilustración en el siglo XVIII, se hace una fuerte crítica del mismo (del derecho), inspirada sobre todo en los ideales propios del iusnaturalismo racionalista, tales como claridad, precisión, sencillez casi geométrica y seguridad de los derechos individuales. Se critica desde aquella época la multiplicidad de las leyes, sus contradicciones unas con las otras, sus puntos oscuros y los vacíos internos de éstas; la proliferación de comentarios de los juristas y, en una palabra, la incertidumbre del derecho y la inseguridad de los ciudadanos frente al arbitrio de la judicatura al interpretarlas subjetivamente.

El Código, en este sentido entonces toma una definición de *obra terminal*. Es un modo de fijar el derecho vigente en un Estado, llamado a menudo derecho patrio o nacional. Para eso recoge las leyes anteriores; aclara sus obscuridades; elimina sus contradicciones; llena sus vacíos y; en una palabra, las unifica en un solo texto lo más completo y sistemático posible. El Código así concebido, no es una obra doctrinal, cuyo valor depende de la autoridad de quienes la componen, vale decir, de los juristas o autores. El Código es, ante todo una obra legal y, al igual que las leyes, recibe su valor de la potestad de quienes lo promulgan, vale decir, de los Poderes del Estado destinados para este fin de *Legislar*. Pero la primacía del derecho legislado sobre el derecho de jurista no es un resultado automático de la codificación per sé. Los códigos no se imponen por sí mismos ni por el solo poder del Legislador; lo decisivo es aquí la actitud del juez que, a su vez, es un reflejo retardado del sentir dominante en la doctrina y en la enseñanza jurídica. A este concepto de codificación nos referiremos en el presente trabajo de investigación.

A partir del siglo XIX, todos los países de Europa e Iberoamérica, y varios de África, Asia y Oceanía comenzaron a aprobar códigos civiles. No obstante, la primera ley que utilizó esta denominación fue el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 (de Baviera); le siguió, en 1792, un cuerpo legal que incluía Derecho civil, penal y político, el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (de Federico II de Prusia), y que ejerció una fuerte influencia en la legislación

posterior. De todas maneras, ambos aún no satisfacían los cánones del movimiento codificador moderno del Derecho.

El código que de manera sobresaliente recogió los requisitos que, a partir de la Ilustración, fueron estableciéndose sobre la forma de un cuerpo legislativo moderno, fue el *Code Civil* que promulgó Napoleón en 1804. Este resultó ser el modelo que, por imitación o imposición, se expandió por los países europeos y americanos.

Existieron tres factores fundamentales que determinaron el desarrollo de la codificación francesa.

- El primero fue la necesidad de ordenar la legislación, ya que la diversidad no favorecía la autoridad de un poder central. Las provincias al norte de París se atenían a las costumbres germánicas, mientras que en las del sur reinaba el Derecho romano a través de la glosa del *Corpus Iuris Civilis*.
- En segundo lugar, el impulso de la Revolución francesa, deseoso de arrasar con la legislación anterior.
- En tercer lugar, la filosofía enciclopedista y el pensamiento jurídico racionalista, que concebía el Derecho como un producto de la razón humana, que se concretaba en la ley. De esta forma, se creía que el surgimiento de un código remediaría para siempre el desorden que existía en el Derecho.

Como indica Bernardino Bravo Lira en su obra *La Codificación en Chile (1811-1907) Dentro del Marco de la Codificación Europea e Hispanoamericana*, La codificación en Europa e Hispanoamérica es un fenómeno histórico común. Tiene una raíz común, pero se diversifica en múltiples ramificaciones. Al margen de ella quedan, en general, los países de derecho inglés, como Gran Bretaña y gran parte los Estados Unidos, donde se conocen, no obstante, las constituciones escritas y los códigos. La codificación separa dos épocas distintas en la historia del derecho europeo e hispanoamericano. Antes de ella predominaba sin contrapeso el Derecho Común cultivado en las Universidades, es decir, un derecho de iuristas. Con la codificación se sobrepone al Derecho Común, el derecho patrio o nacional, REC BIDO en códigos promulgados por los gobernantes, lo que hace de él un derecho legislado.

B. Procesos de Codificación en la Historia Jurídica de Iberoamérica.

La codificación en Iberoamérica hizo posible una nueva relación entre el juez y el derecho. Hasta entonces la sujeción del juez a la ley no había sido obstáculo para que prosperara un derecho de juristas. Así se ve primero en la Roma clásica, luego en la Europa medieval y en tiempo más próximos a nosotros en Europa e Hispanoamérica durante la Edad Moderna. En Rorna la ley había sido una fuente del derecho muy secundaria, cuyo ámbito principal era lo público. En el Derecho Común europeo e hispanoamericano la primacía teórica de la ley - civil, canónica o reales tuvo en todo momento mediatizada en la práctica por la doctrina de los autores. La ley era lo que entendían y enseñaban los juristas. Así pues, tanto el romano como el común fueron derechos de juristas, es decir, concebidos al modo clásico como un *ars boni et aequi*. En cuanto tales estos derechos se presentaban al juez en forma abierta, de suerte que le correspondía a él cerrarlos, caso por caso, mediante su sentencia.

La codificación permite variar esta posición del juez frente al derecho. Por primera vez la legislación puede aspirar a ser, no sólo en teoría sino también en la práctica, la fuente del derecho por excelencia. Por su amplitud y sobre todo por su pretensión de regular de una vez para siempre toda la vida jurídica, este derecho codificado, así se convierte en un conjunto de normas. De ahí que también el estudio del derecho tienda a reducirse a una mera *scientia iussi et puniti*. De esta manera el derecho codificado aparece ante el juez como un todo cerrado de antemano por el legislador, de suerte que a él no le cabe más que aplicarlo caso por caso, mediante la sentencia.

En otras palabras, la codificación abre paso a una nueva manera de concebir el papel del juez. Este ya no consiste en declarar el derecho *-ius dice re-* sino solamente en aplicar la ley - subsumir casos particulares bajo una ley general.

Desde luego, un cambio de mentalidad de esta naturaleza no se produjo de un día para otro, fue lento y tardó mucho más que el trabajo codificador en sí. Exigió la intervención de otros factores, como universidades y centros de formación de hombres de derecho. Por eso viene a ser como una culminación de todo el esfuerzo codificador; plenitud que, según es de suponer, no se da en todos los países. La principal razón de ello es que un cambio

tan marcado en la actitud del juez ante la ley supuso, a su vez, un divorcio entre el hecho y el derecho que no se produjo en todas partes. El juez debió alejarse del país real, del movido terreno de las personas y las cosas, para refugiarse dentro de un país legal, donde se supone que todo está sujeto a los inamovibles mandatos del gubernamental. Sólo así el derecho dejó de ser en la práctica un arte de lo justo, abierto a la acción del juez y cristalizó como una ciencia de las leyes, cerrada por obra de los gobernantes.

III. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN MUNDIAL DEL DERECHO AMBIENTAL:

El derecho ambiental como una rama autónoma del Derecho es de reciente conceptualización a nivel mundial; es definitivamente un derecho de nueva generación y, aunque en la mayoría de los Estados se le considera dentro de los derechos pertenecientes a la tercera generación del derecho es decir a los Derechos Sociales, la verdad es que para muchos autores e investigadores -entre los cuales me incluyo- realmente el Derecho Ambiental es una rama del derecho perteneciente a una cuarta generación del derecho con connotaciones jurídicas y diferenciadas que lo llevan a un nivel más allá y diferente del derecho social, pero este será un tema que abordaremos en otro trabajo de investigación.

Tenemos que indicar que realmente los orígenes mundiales de este derecho se remontan a menos de 50 años de nuestra historia reciente, si tomamos como surgimiento de tal concepto jurídico llamado Derecho Ambiental, a la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano que se dio lugar en Estocolmo, Suecia, en el año 1972 esbozando por primera vez los principios ambientales entre otros aspectos y que tiene el consenso mundial como el lugar donde tuvo su origen no solamente los preceptos modernos de la protección ambiental y el entendimiento claro del problema que el desarrollo desordenado del planeta estaba trayendo a las presentes y futuras generaciones, sino que efectivamente es aquí donde el mundo entero coincide que se dieron las bases para el nacimiento, ordenamiento y desarrollo del Derecho Ambiental como tal.

Ahora bien, es cierto que previo a Estocolmo se dieron algunos acontecimientos que fueron el verdadero origen y nacimiento de las inquietudes que desembocaron en la convocatoria y desarrollo de aquella emblemática reunión internacional, realizada en el primer lustro de la década de los setenta del siglo pasado que, aunque no estaban orientados a la ciencia del derecho únicamente, si no a otros aspectos científicos, vale la pena mencionar para efectos de ilustrar el presente trabajo de investigación antes de referirnos a los aspectos jurídicos ambientales que tuvieron su alumbramiento mundial en Estocolmo 1972.

- a. **El Club de Roma:** En abril de 1968 se reunió en Roma un grupo pequeño de científicos e intelectuales, que provenían de países distintos, invitados por el italiano Aurelio Peccei y el escocés Alexander King, para hablar de los cambios que se estaban produciendo en el planeta por consecuencia de acciones humanas. Se reunieron en la Accademia Dei Lincei de Roma una treintena de personas –científicos, educadores, economistas, humanistas, industriales, abogados y funcionarios nacionales e internacionales- procedentes de 10 países. convocados por las personalidades referidas para discutir sobre un tema de especial relieve: el presente y el futuro de la especie humana.

Planteaban la necesidad de Estudiar a fondo las consecuencias de la actividad humana en torno al Planeta y su capacidad y en la referida reunión toman la decisión de encargar un estudio científico referente a los Factores básicos que determinan y limitan el crecimiento económico de las sociedades en el planeta Tierra.

Dos años más tarde (en 1970) el club de Roma estaría creado y legalizado bajo legislación suiza y se le entregaría por parte del equipo técnico que contrataron para tal fin, un interesante y paradigmático documento que divulgarían a nivel mundial y que se convertiría en la base documental para la posterior cumbre de Estocolmo.

- b. **El MIT (Massachusetts Institute of Technology),** Es el instituto norteamericano dirigido por el profesor Dennis Meadows, a quien el Club de roma en sus orígenes, -incluso antes de constituirse formalmente en 1970-, encargo la elaboración del estudio referente a los factores básicos que determinan y limitan el crecimiento en el planeta. Este instituto creo un equipo dirigido por el profesor Meadows que estudió los cinco factores básicos que determinan, y en último término limitan, el crecimiento en el planeta Tierra: 1. población. 2. producción agrícola. 3. recursos naturales. producción industrial. 5. contaminación. El Informe estuvo elaborado por Donella H. Meadows, Dennis L. Meadows, Jorge Randers y William W. Behrens entre otros del referido instituto y fue publicado precisamente en el año 1972 antes de la Conferencia del Medio Humano de Estocolmo.

- c. **Los Límites del Crecimiento:** Fue informe que rompió paradigmas en el mundo y que fuera elaborado por el MIT por encargo del Club de París y cuya elaboración estuvo dirigida por los profesores Meadows y otros y que es conocido también como **EL INFORME MEADOWS**, Las conclusiones del informe llaman la atención de quienes, en virtud de los sistemas económicos y de gobernación vigentes, “deterioran la calidad y dirección de nuestra vida”, proporcionándoles nuevos enfoques e ideas. Se pretende inducir a los lectores –dicen en la introducción a pensar en las consecuencias del crecimiento “... y a considerar la necesidad de una acción concertada si realmente queremos preservar la habitabilidad de la Tierra para nosotros y nuestros hijos”. Las principales conclusiones son:
- 1) Si las presentes tendencias de crecimiento en la población mundial, industrialización, contaminación, producción de alimentos y utilización de recursos naturales no se modifican, los límites del crecimiento del planeta se alcanzarían dentro de los próximos 100 años.
 - 2) Es posible modificar estas tendencias de crecimiento y establecer condiciones de estabilidad ecológica y económica de tal modo que se prolongue de forma sostenible en el futuro. Podría diseñarse una situación de equilibrio global que permitiera la satisfacción de las necesidades materiales básicas de cada persona en la Tierra y todas tendrían igual oportunidad de desarrollar su potencial humano individual. En resumen, tenemos que prepararnos para un período de gran transición: la transición desde el crecimiento al equilibrio global. Algunos datos importantes:
- Crecimiento exponencial de la población: desde 1.000 millones de habitantes de la Tierra en el año 1800 a 2.600 en 1950 y 6.000 en el año 2000 (como previsión). Incremento de la longevidad.
 - Producción de alimentos: se incrementará, con un crecimiento exponencial con mayor productividad en espacios mejor aprovechados.
 - Consumo excesivo de reservas minerales.
 - Consumo de energía per cápita y – ¡ya en 1972! – se alertaba sobre el crecimiento de la concentración de anhídrido carbónico en la atmósfera.

- El incremento de la población puede alcanzar el límite de la “capacidad de alojamiento de la Tierra” (carrying capacity).
- Incremento de la productividad alimenticia.
- Necesidad imperiosa de regulación demográfica, mediante el adecuado control de la natalidad.
- Nocivos efectos colaterales de la tecnología si no se toman las medidas de protección adecuadas...

Por cuanto antecede, es necesaria la “elección de límites”: “La relación entre los límites de la Tierra y las actividades humanas está cambiando”: las curvas de crecimiento exponencial añaden millones de personas y miles de millones de toneladas de contaminantes al ecosistema cada año... Incluso el océano, que aparecía como virtualmente inalterable, está perdiendo especies y capacidad nutritiva.

La depredación humana, en conclusión, está traspasando los límites que debería saber imponerse. Pero para ello es imprescindible la existencia de instituciones internacionales que vigilen y en su caso castiguen a los transgresores. Sería mejor, desde luego, vivir en el marco de los límites impuestos libremente, con rigor científico, que tener que hacer frente después a las graves consecuencias de no haber observado estas pautas de “sabia contención”.

Entre el año 1972 y el presente, se han desarrollado en el mundo al menos 5 grandes Cumbres y otra serie de reuniones del más alto nivel que han traído como consecuencia el desarrollo de un prolijo ordenamiento jurídico internacional en materia ambiental y que también han tenido como consecuencia positiva la aprobación de un enorme número de legislación (mediante las asambleas y congresos de los Estados) y aprobación de normas de mayor jerarquía (Directivas por ejemplo como se les denomina en el caso de Europa) y de menor jerarquía en distintos países (decretos, resoluciones, acuerdos municipales) así como una interesante jurisprudencia a todos los niveles en materia ambiental, así como claro la ratificación de los convenios, acuerdos y protocolos ambientales convirtiéndolos en leyes nacionales en los Distintos Estados alrededor del mundo.

Toda esta proliferación internacional de normas jurídicas ambientales si bien ha sido positiva para el desarrollo en tiempo record de esta rama del derecho (si tomamos en cuenta los siglos que han necesitado otros derechos como el Civil, el Penal, el comercial administrativo entre otros, muchos de ellos con más de mil años de historia para llegar a los niveles de penetración y desarrollo e incluso codificación como los conocemos hoy en día), también ha traído el surgimiento de debates intelectuales con el problema de las Soft Law y hard law que abordaremos en el siguiente apartado, el planteamiento de la necesidad de iniciar los procesos de codificación de las leyes ambientales a nivel nacional y de los principios ambientales a nivel internacional (que es el tema principal de la presente investigación) y muchos otros aspectos que a otras ramas del derecho les tomo siglos consensuar pero que al derecho ambiental le ha tomado a penas medio siglo.

¿Dentro de la Evolución del Derecho Ambiental cuales han sido las cumbres y los tratados ambientales emblemáticos?

En este apartado, solo mencionaremos cuales han sido las cumbres y sus hitos emblemáticos desde 1972 hasta la fecha, pero de manera superficial solo para ubicarnos en el contexto ya que sería material para un solo trabajo de investigación e incluso para un libro bastante voluminoso si se entrara a valorar resultados y actualidad del cumplimiento de los fines y objetivos de cada uno de estos instrumentos indistintamente si son *soft* o *hard*.

A. La Conferencia de Estocolmo 1972.

Podemos destacar entre los logros más grandes de esta cumbre:

1. Ser la primera cumbre internacional para abordar el problema del ambiente
2. Emitir la primera declaración de principios ambientales que a la vez se pueden considerar los primeros principios del derecho ambiental.
3. La creación del PNUMA.
4. Poner el conflicto entre Desarrollo y conservación en la palestra pública.
5. Sentar el precedente de la necesidad de reunir a los jefes de Estado y de Gobierno para tratar el Tema Ambiental al más alto nivel político.

6. A raíz de que esta cumbre inicio un 5 de junio de ese año 1972. Esta fecha se ha convertido en el día mundial del Medio Ambiente alrededor del Mundo.

B. La Conferencia de Nairobi 1982

1. Debió ser la continuidad de Estocolmo, pero no logro ni la convocatoria ni los resultados esperados. Podría decirse que fue un fracaso.

2. CARTA MUNDIAL DE LA NATURALEZA

Sin embargo, este año se firmó la Carta Mundial de la Naturaleza, (*World Charter for Nature* en inglés) instrumento internacional aprobado por la Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 28 de octubre de 1982. Proclama cinco principios de conservación según los cuales debe guiarse, y ser juzgada, toda conducta humana que afecte a la naturaleza.

- a. La naturaleza debe ser respetada y sus procesos esenciales no deben ser perturbados.
- b. La viabilidad genética de la Tierra no debe comprometerse; los niveles poblacionales de todas las formas de vida, salvajes y domesticadas, deben ser al menos suficientes para su supervivencia, y para tal fin los hábitats deben ser salvaguardados.
- c. Todas las zonas de la Tierra, tanto terrestres como marítimas, deben quedar sujetas a estos principios de conservación; debe darse especial protección a las áreas únicas, a los ejemplos representativos de todos los diferentes tipos de ecosistemas y a los hábitats de las especies en peligro.
- d. Los ecosistemas y organismos, así como la tierra, el mar y los recursos atmosféricos utilizados por el hombre, deben gestionarse para alcanzar y mantener una óptima productividad sostenible, pero no de tal manera que ponga en peligro la integridad de otras especies o ecosistemas con los que coexistan.
- e. La naturaleza debe ser protegida contra la degradación causada por la guerra u otras actividades hostiles.

3. CONVENCIÓN DE MONTEGO BAY

Además, se firmó la Convención de Derechos del Mar de Montego Bay, acuerdo internacional que si bien es cierto tiene otros objetivos intrínsecos, como lo son el comercio marítimo y las reglas para la explotación de los Recursos Marinos, por tratarse los océanos de las tres cuartas partes de la superficie terrestre, dicha convención tiene también intrínseca varias disposiciones que se han convertido en instrumentos de protección ambiental muy importantes y además es considerada un hard law.

C. La Cumbre de Río 1992

Resumir la Cumbre de Río es de por si un difícil trabajo ya que es la Cumbre de todas las cumbres en materia ambiental y conlleva además intrínseco la aprobación de los instrumentos jurídicos más relevantes aún en nuestra época, que son las Convención Marco De Cambio Climático, la Convención de Biodiversidad y la Convención de desertificación. Además de adopción de la Agenda XXI y de la aprobación de la Declaración de Río que contiene los principios actualizados de derecho ambiental que inicialmente fueron esbozados en Estocolmo 1972.

No obstante hablar de Río 1992 sin mencionar algunos aspectos preliminares no sería justo por lo que debemos reseñar lo siguientes acontecimientos previos que dieron origen y que permitieron el éxito de Río y que no ocurriera el fracaso de Nairobi.

1. **LA COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO** fue creada en virtud de la resolución 38/161 de la Asamblea General, aprobada por el 38º periodo de sesiones de las Naciones Unidas en otoño de 1983. De conformidad con esta resolución, el Secretario General nombraba al Presidente y al Vicepresidente de la Comisión, quienes a su vez elegían a los 21 miembros restantes, la mitad de los cuales tenía que proceder del mundo en desarrollo.

La Comisión asumió su mandato celebrando una serie de reuniones públicas en todo el mundo, pidiendo observaciones y declaraciones de dirigentes oficiales, científicos y expertos, organizaciones no gubernamentales y del público en general.

- 2. NUESTRO FUTURO COMÚN:** En abril de 1987 la Comisión presentó su informe «Nuestro futuro común» (más comúnmente denominado **INFORME BRUNDTLAND** por el nombre de la Presidenta de la Comisión, Gro Harlem Brundtland, Primera Ministra de Noruega). El informe fue publicado en edición de bolsillo por la Oxford University Press, Oxford, Reino Unido. Gro Harlem Brundtland fue además jefa parlamentaria del Partido Laborista 1961-1986, miembro del Parlamento desde 1977, Ministra del Medio Ambiente 1974-1979. Directora Adjunta de los Servicios de Salud de la Facultad de OSLO 1968-1974.

El mensaje principal del informe es que no puede haber un crecimiento económico sostenido sin un medio ambiente sostenible, por lo que ha llegado el momento de elevar el desarrollo sostenible a la categoría de «ética global» en la que protección del medio ambiente se reconozca como el cimiento sobre el que descansa el desarrollo económico y social a largo plazo.

Según la Comisión, los enfoques antiguos del desarrollo y de la protección del medio ambiente aumentarán la inestabilidad social y ambiental. No cambiará el mundo real de los sistemas económicos y ecológicos, mutuamente relacionados, por lo que deben cambiar las políticas e instituciones interesadas.

Tomando nota de que la mayor parte de los organismos que se ocupan del medio ambiente fueron creados para reparar los daños causados por otros ministerios gubernamentales ocupados principalmente del crecimiento económico y de la producción, la Comisión afirmó que «los encargados de administrar los recursos naturales y de proteger el medio ambiente están institucionalmente separados de los responsables de la economía». (Aquí nace la idea y luego la directriz de crear en los Estados los Ministerios de Ambiente).

Se consideró que uno de los grandes fallos institucionales al afrontar problemas ambientales y de desarrollo, era el hecho de que los gobiernos no pudieran responsabilizar a los órganos cuyas medidas políticas degradaban el medio ambiente para asegurar que sus políticas evitaran dicha degradación.

El Informe Brundtlan es un reporte socioeconómico y ambiental presentado luego de la Comisión Mundial del Ambiente y el Desarrollo Celebrada en Tokio, Japón, en 1987. Dicho Informe evidencia en síntesis los Problemas ambientales globales y propone una serie de Medidas que deben ser consideradas para revertir el proceso. Este documento científico se destaca por abordar por primera vez de forma oficial el concepto de Desarrollo Sostenible.

Ya en 1987 el Informe subrayaba la importancia de los años a venir, cruciales para romper con el pasado y acabar con los mismos métodos de desarrollo que solo han ayudado a incrementar la inestabilidad. Como un deseo más que una previsión, el documento preveía “una transición exitosa hacia el desarrollo sostenible en el año 2000 y más allá” lo que “requería de un cambio masivo en los objetivos sociales”. Para lograrlo el Informe Brundtland preconizaba:

- 1- Revivir el crecimiento (la pobreza es la mayor fuente de degradación ambiental).
- 2- Cambiar la calidad del crecimiento (equidad, justicia social y seguridad deben ser reconocidas como metas sociales de máxima prioridad).
- 3- Conservación del medio ambiente (agua, aire, suelo, bosques)
- 4- Asegurar un crecimiento demográfico sostenible.
- 5- Reorientar la tecnología y el manejo de riesgos.
- 6- Integrar el medio ambiente y la economía en los ámbitos de decisión.
- 7- Reformar las relaciones económicas internacionales.
- 8- Reforzar la cooperación internacional.

D. La Cumbre de Johannesburgo 2002.

La Cumbre de Johannesburgo también conocida como la Cumbre del Desarrollo Sostenible, va un paso más haya puesto que busca profundizar y establecer finalmente el concepto de Desarrollo Sostenible a nivel mundial plasmando acciones concretas a nivel de todos los países miembros de la Naciones Unidas.

Surgen de esta cumbre los objetivos del Milenio denominados ODM y el gran éxito de la Cumbre de la Tierra de Johannesburgo fue el énfasis que se logró poner en temas de desarrollo social tales como la erradicación de la pobreza, el acceso al agua y a los servicios de saneamiento, y la salud. Así, se acordó reducir a la mitad, para el año 2015, la proporción de personas cuyo ingreso sea inferior a 1 dólar diario, la de personas que padezcan hambre y la de personas que no tengan acceso al agua potable. Se acordó también fortalecer la contribución del desarrollo industrial a la erradicación de la pobreza, de manera compatible con la protección del medio ambiente. Sólo mediante esfuerzos vigorosos y coordinados podremos asumir este impostergable reto del que depende la viabilidad del ecosistema mundial, tanto natural como social

E. La Cumbre de Río + 20, 2012

De esta cumbre surge el Documento de 60 páginas denominado EL FUTURO QUE QUEREMOS, documento abarcador de donde se desprenden diversas líneas de acción en los marcos jurídicos e institucionales.

Posterior a esta cumbre surge los ODS o los Objetivos de Desarrollo Sostenibles y también la Agenda 2030, ambos documentos muy abarcadores y con adopciones internas de los Estados para su cumplimiento mediante la aprobación de normativa jurídica vinculante.

No Podemos dejar de mencionar como desarrollo evolutivo del Derecho ambiental internacionalidad con repercusiones jurídicas a lo interno de los Estados miembros, instrumentos internacionales de gran envergadura como lo son, EL Protocolo de Kioto, EL Protocolo de Montreal, El Protocolo de Cartagena, EL Protocolo de Nagoya y el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur, Los Acuerdos de París y muchísimos otros instrumentos que han tenido relevancia a nivel Mundial.

IV. LA CONTROVERSIAS INTERNACIONAL DE LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS AMBIENTALES INTERNACIONALES PRODUCTO DE LA “SOFT LAW” DERECHO FLEXIBLE O SUAVE Y LA HART LAW” O DERECHO DURO.

Es práctica común entre los Estados, adoptar dentro del régimen internacional de protección al ambiente, al que pertenece el régimen climático, diversidad Biológica o desertificación entre otros, acuerdos vinculantes con un alto contenido de normas que carecen de obligatoriedad; esto es, normas de *soft law*.

Es aceptado entre los especialistas de derecho internacional, que una de las características o elementos esenciales de los tratados es la de producir efectos jurídicos, es decir, la de crear *obligaciones* entre los Estados que los celebran.

El tratado internacional otorga derechos e impone obligaciones a las partes contratantes, preferentemente. Es una regla de conducta obligatoria para los Estados que los suscriben y ratifican. La teoría de la fuerza obligatoria de los pactos internacionales ha sido muy amplia y se ha orientado hacia los más variados criterios... pero la esencia de ellas es la afirmación del carácter obligatorio de los tratados, cualquiera que sea el fundamento que las informa.

Descansan los tratados en tres principios: 1) todo tratado al entrar en vigor obliga a las partes y debe cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*); 2) un tratado produce efectos únicamente entre las partes que lo celebran (*res inter alios acta*): en principio, no crean obligaciones para un tercer Estado sin su consentimiento, y 3) el consentimiento es la base de las obligaciones convencionales: del consentimiento deviene la obligación (*ex consensu advenit vinculum*). Se entiende, por tanto, que los tratados son *instrumentos internacionales*, o como los llama la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 *acuerdos internacionales*, que son obligatorios, es decir, vinculantes. Son usualmente denominados por la doctrina como instrumentos de derecho duro o fuerte, en inglés, *hard law*.

Uno de los problemas que abordamos en la presente investigación, es casualmente el de la tesis que defendemos de la necesidad de codificar a lo interno de nuestros países las normas existentes en materia de Derecho Ambiental y esta tesis entre otros aspectos toma

fuerza producto de la gran existencia de soft law en materia de derecho ambiental internacional, es decir que existen muchos acuerdos internacionales no vinculantes para los Estados o, aún siéndolo el no cumplimiento de aspectos de estos acuerdos no tiene mayor repercusión para los Estados. También ocurre que algunos compromisos pueden ser cumplidos en términos demasiados largos que desnaturalizan el objetivo del mandato internacional y aun y cuando los Estados se vean obligados a cumplirlos al no tener mecanismos de sanción el cumplimiento tardío también tiene consecuencias negativas en los fines y objetivos de los mandatos lo que de una u otra manera los convierte en la práctica en soft law.

Con el objetivo de brindar una visión general de términos clave que se emplean en su Colección de Tratados, la Organización de las Naciones Unidas ha señalado que el vocablo “tratado” se utiliza ya sea de forma particular para designar un instrumento con características definidas, o bien de forma genérica para referirse a cualquier instrumento vinculante en el derecho internacional que haya sido concluido entre entidades internacionales. En este último supuesto, para que se considere tratado, un instrumento internacional debe cumplir, entre otros, con el criterio de que sea vinculante, lo que ocurre cuando las partes contratantes se han comprometido a crear derechos y obligaciones jurídicas.

En realidad, no es relevante para el derecho internacional el nombre con el que se bautice a un tratado. En efecto, ya desde los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional hace algunas décadas, y ahora por norma convencional, un tratado puede adoptar cualquier denominación: acuerdo, convenio, convención, protocolo, pacto, carta, declaración, *memorándum* de entendimiento, *modus vivendi*, canje de notas, estatuto, acta o, incluso, tratado, entre otras. Lo que es relevante es que para que un instrumento internacional se considere como un tratado deberá tener *per se* fuerza jurídica vinculante; ésa es la esencia del tratado.

Siguiendo lo anterior, dos instrumentos pueden tener un mismo sustantivo, pero uno ser tratado y otro no. Por ejemplo, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas es (y se considera) un tratado, pero no así la Carta Mundial de la Naturaleza. Ambos instrumentos internacionales se llaman *carta*, pero uno es obligatorio y el otro no. Para estos casos, como en otros, lo que es determinante para el estatus del documento no es el

título que adquiriera, sino la intención de las partes para crear relaciones jurídicamente vinculantes. Dicho de otra manera, el nombre del instrumento no necesariamente determina su naturaleza jurídica.

Entonces, es claro que el carácter obligatorio o *hard* de los tratados se manifiesta a través de preceptos de naturaleza vinculante, que son los que dotan de contenido al instrumento y que resultan del consentimiento de los Estados. La práctica internacional y la doctrina suelen referirse a ellos como normas, aunque también como compromisos, mandatos, reglas, entre otros. Este tipo de disposiciones se adjetivan de jurídicas, vinculantes, legales, obligatorias o, incluso, jurídicamente vinculantes, para diferenciarlas de aquellas que no lo son. Así, se dice que las normas contenidas en un tratado son, en principio, normas jurídicas, normas de derecho duro o fuerte, en inglés, normas *hard law*.

Es fundamental precisar que las obligaciones jurídicas en el derecho internacional no tienen el mismo significado y alcances que en el derecho interno, particularmente por lo que se refiere a las sanciones, a los mecanismos coactivos para el cumplimiento de las normas y, desde luego, a la naturaleza misma de las obligaciones. Pero no por ello la normatividad internacional carece de obligatoriedad.

En efecto, hay quienes sostienen que el fundamento de la obligatoriedad de una norma internacional es la coercibilidad, típica en cualquier norma de derecho: la norma jurídica es coercible, es decir, ante su incumplimiento se actualiza la consecuencia jurídica que es la sanción. El Estado está obligado a cumplir con la norma jurídica internacional, sabedor de que si no la cumple se hace acreedor a una sanción internacional. De forma similar, se ha señalado que el carácter jurídico del derecho internacional es determinado por la sanción, particularmente la responsabilidad internacional que la violación del D. I. origina, y de aquí que se pueda hablar de la existencia de coacción en el derecho internacional. Y es que no podría hablarse de responsabilidad de los Estados si no se aceptara la existencia misma de una posible violación del derecho internacional, la cual se entiende por referencia a las obligaciones positivas y negativas del Derecho internacional, es decir, por la existencia de una acción o una omisión.

Ahora bien, aunque el contenido normativo de los tratados sea en principio de naturaleza vinculante, estos instrumentos pueden contener disposiciones que no tengan tal naturaleza; es decir, enunciados que carezcan de obligatoriedad, de conformidad con lo señalado en párrafos anteriores. La existencia, terminología y significado de estos preceptos en tratados ha sido discutida desde hace algunas décadas. Su importancia actual es inobjetable, y se les conoce comúnmente como normas de derecho suave, blando o flexible, en inglés, *soft law*. En ocasiones también se hace referencia a ellas como compromisos u “obligaciones”.

En el caso específico del Derecho Ambiental Internacional se considera por algunos autores como Cuna principal del *soft law*. Es aquí donde el *soft law* se ha constituido en un fenómeno dominante, y donde esa infinita variedad de formas que lo caracteriza se ha expresado de manera constante y diversa. Las razones de su presencia y desarrollo en la rama jurídica aludida se han abordado de manera profusa en la literatura existente, lo que permite comprender los motivos por los que los Estados lo han adoptado en la práctica para regular diversos temas ambientales. Por ello, es importante distinguir cuándo se estará frente a una norma *soft*.

Comencemos por señalar que es común que los tratados relativos al derecho internacional ambiental incorporen normas, preceptos, disposiciones o, incluso, textos completos de *soft law*. Lo anterior, sin dejar de reconocer, al mismo tiempo, la obvia manifestación de este fenómeno a través de instrumentos que carecen de obligatoriedad o a través de normas que aún no se han consolidado formalmente como tales.

Ahora bien, distinguir cuándo una norma convencional es de naturaleza *soft*, *vis à vis* una de naturaleza *hard*, no es tarea fácil de realizar. Por ello, se ha sugerido que ante todo se examine para su identificación el contenido mismo del precepto en cuestión, que sea caso por caso, y que se atienda a diversos factores o variables que estén relacionados, por ejemplo, con el origen mismo del texto convencional y con las condiciones formales y políticas de su adopción. En este sentido, hay que tomar en cuenta para cada norma analizada, en su caso, el tipo de conducta o comportamiento que se espera o se requiere de los Estados parte en un tratado. Esto conducirá, eventualmente, a reconocer una norma de *soft law*.

¿Cuántos y cuáles podrían ser los criterios para la identificación de la normativa *soft*? Bueno, como es de suponer, no hay un número exacto ni tampoco una tipología uniforme. Sin embargo, podemos señalar que uno de estos criterios es la dimensión del lenguaje que se emplea en una determinada disposición convencional. En efecto, el lenguaje (o, incluso, la redacción) pueden revelar la existencia de una norma de *soft law*, como sucede —por ejemplo— con enunciados que son exhortativos o meramente “aspiracionales”, sin ser vinculantes en lo absoluto. En este caso, se diría en idioma inglés que estamos frente a normas internacionales de comportamiento *hortatory* o *aspirational*.

El lenguaje *soft* puede manifestarse de formas distintas, pero una de las más recurrentes es a través de ciertos verbos, tales como “deberían”, “podrán” o “recomendarán”, en contraposición a aquéllos utilizados en normas *hard*, como “deberán” o “requerirán”. Otros verbos de *soft law* pueden ser “pedir”, “solicitar”, “invitar”, “alentar” o “exhortar”, en contraposición con los verbos “ordenar” o “prohibir”. Aunado a lo anterior, también es recurrente que el lenguaje incluya ciertas frases que hacen que la norma sea imprecisa o vaga; es decir, son frases o expresiones casi sacramentales que relativizan el contenido mismo del precepto y otorgan un amplio margen de acción a los Estados. Los ejemplos más comunes son los siguientes: “según corresponda”, “cuando proceda”, “cuando corresponda”, “cuando sea el caso”, “según el caso”, “según proceda”, “en lo posible”, “lo antes posible”, “en la medida de lo posible”, “en la medida de sus posibilidades”, “a la luz de sus circunstancias nacionales”, “de interés nacional”, entre otros. En ocasiones, los preceptos imprecisos o vagos se utilizan para crear estándares, más que reglas propiamente; mientras aquéllas dejan que el actuar de los Estados sea discrecional o que quede a su arbitrio, éstas establecen qué conductas son permisibles y cuáles no. En principio, los estándares pueden ser más flexibles o laxos y las reglas más rigurosas, pero se advierte que esto no es necesariamente una constante.

Estos verbos y expresiones se localizan comúnmente en el articulado de los tratados internacionales ambientales —aunque también en sus preámbulos—, manifestándose de forma aleatoria. Por ejemplo, en la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (adoptada en Ramsar, Irán, el 2 de febrero de 1971) se distingue un precepto con expresiones de *soft law*, tal y como lo hemos especificado con antelación. Se establece en el numeral 2 del artículo 4o. lo siguiente:

Cuando una Parte Contratante por motivos *urgentes de interés nacional* retire de la Lista o reduzca los límites de un humedal incluido en ella, deberá compensar *en la medida de lo posible* la pérdida de recursos de humedales y en particular crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una porción adecuada de su hábitat original, en la misma región o en otro lugar.

En este mismo sentido también son ejemplo los encabezados de los artículos para dar a los Estados enorme flexibilidad en el cumplimiento de una norma. Un tratado puede, incluso, reiterar este tipo de expresiones a lo largo de su texto, como es el caso del Convenio sobre la Diversidad Biológica (adoptado en Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992), donde la frase habitual para varios encabezados en sus primeros artículos es la de “...en la medida de lo posible, y según proceda...”.

En el recorrido de análisis sobre la existencia de normas de *soft law* en los tratados se ha corroborado la tendencia por parte de los Estados, de adoptar dentro del derecho internacional ambiental varios instrumentos de *hard law* con alto contenido de preceptos no vinculantes. Al pertenecer al régimen internacional de protección al ambiente, el régimen jurídico sobre el clima es una muestra del uso de normas convencionales de derecho suave en instrumentos de derecho duro. El recientemente adoptado AP (diciembre de 2015) permite identificar el predominio de normatividad *soft* en este tipo de tratados, tal y como sucedió, si bien con rasgos y matices diferentes, con sus antecesores: la CMNUCC y el PK.

Desde el punto de vista jurídico, no debe adjetivarse como bueno o malo ni como correcto o incorrecto el uso del derecho suave en el formato convencional del régimen climático. Simplemente ha sido una herramienta a la cual han acudido reiteradamente los Estados desde hace tiempo para enfrentar uno de los fenómenos más graves que afecta a la humanidad, y si se permite la expresión, al planeta entero.

Si bien los textos jurídicos climáticos existentes, y en lo particular el AP, no han sido ni serán suficientes para alcanzar los objetivos trazados (mantener muy por debajo de los 2° C la temperatura media global y limitar ese aumento a 1,5° C, ambos respecto a niveles preindustriales), no se debe *per se* al *soft law*. Es la voluntad de los Estados y de la comunidad internacional lo que al fin y al cabo puede hacer la diferencia, porque ya

sea *soft law* o *hard law*, el diseño y cumplimiento de la norma (la redacción, el lenguaje, lo suave o riguroso, o los mecanismos para hacerla cumplir, haya o no sanción) dependerá en mucho de todos ellos.

Por lo antes señalado a nuestro criterio y debido a la proliferación del soft versus el hard a nivel internacional en materia ambiental se hace necesario la aprobación de un instrumento interno en nuestros países que endurezca lo necesario los aspectos esbozados internacionalmente mediante los procesos de codificación como veremos en los siguientes apartados.

V. QUÉ ES LA TESIS DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD DE LA CIDH EN AMÉRICA

El *control de convencionalidad* surge como una tesis jurisprudencial emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno primero, a algunos salvamentos de votos de algunos magistrados de forma individual y poco a poco en la primer década de los años 2000, se fue adoptando por otros magistrados hasta convertirse en una doctrina jurisprudencial del organismo en materia de Derechos Humanos, según el planteamiento de la CIDH, el Control de la Convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados pero en resumen si un país ha ratificado un instrumento internacional en materia de derechos humanos, cualquier decisión judicial al momento de verificar la constitucionalidad o no de un hecho u acto debe revisar también los acuerdos internacionales y verificar no solo que dichos actos no sean violatorios de la Constitución de ese país, sino que tampoco violen los instrumentos internacionales que el país ha integrado al bloque de la constitucionalidad patrio.

El control de convencionalidad, como concepto, fue manejado por primera vez, en el caso Myrna Mack Chang, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

El 7 de diciembre de 2004 fue retomado en el caso Tibi, por el mismo magistrado, cuando volvió a sostener, con buen tino, que la tarea de los jueces internacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales, "La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de

derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía, esta es la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

Aclara allí el citado jurista mexicano que del mismo modo que un Tribunal Constitucional no puede, ni lo debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supra legalidad de actos y normas, "un tribunal internacional de derechos humanos no aspira -mucho menos todavía que el órgano nacional- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento".

Lo expresado significa -en definitiva- que en el ámbito regional (América), el país debe tener en cuenta "la jurisprudencia" de la CIDH y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico si no fuera así, qué sentido tendría la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como qué sentido tendría para un país tener una sala o corte constitucional si sus fallos no fuesen de obligatoriedad para los demás órganos jurisdiccionales del país.

Se dieron otros pronunciamientos individuales de magistrados de la CIDH como el Raxcacó Reyes donde la Corte, llevando a cabo el "control de convencionalidad" entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, consideró que este último infringía los postulados de aquél, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras que no se cumpla con tal mandato jurisdiccional "El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro..."

En el año 2006 en el asunto López Álvarez el juez García Ramírez, volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el 'plazo razonable' (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), sosteniendo que "...el 'control de convencionalidad' debe explorar las circunstancias *de jure y de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes".

Finalmente es en el caso Almonacid Arellano cuando la Corte 'en pleno' se ocupó de tal problemática -refiriéndose a delitos de lesa humanidad-, sosteniendo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, 'sus jueces' "*como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella*", lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras "el Poder Judicial debe ejercer **una especie** de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención".

Explicado lo anterior, observamos dos preguntas y dos consecuentes análisis que surgen en cuanto a esta doctrina que rige para los países americanos signatarios de la CIDH. El primero sería: ¿Es el derecho a un medio ambiente sano un derecho humano? El segundo sería: ¿Con esta doctrina jurisprudencial de la CIDH se solventa en parte, al menos para américa el problema de la Soft y la Hard Law?

Ambas preguntas fueron de alguna manera absueltas por la CIDH En febrero de 2018, cuando la Corte emitió una opinión consultiva histórica que reconoció explícitamente el

derecho a un medio ambiente saludable como “fundamental para la existencia de la humanidad” y se refirió también al soft y hard law.

Referente a las implicaciones para los derechos humanos de un canal transoceánico en Nicaragua, y preocupada por las implicaciones para las personas que residen en la isla colombiana de San Andrés, en 2016 Colombia solicitó opinión al tribunal y en enero de 2017, varios miembros de la Red-DESC presentaron observaciones a la Corte sobre la amenaza medioambiental de tales proyectos en el Caribe y las responsabilidades de los Estados de proteger el derecho a un medio ambiente adecuado como un derecho humano.

En este sentido la opinión de la Corte estableció un precedente ya que enumeró específicamente la responsabilidad que tienen los Estados en la protección de ambientes saludables y otros derechos relacionados con el medio ambiente.

En particular, la Corte incluyó obligaciones extraterritoriales (ETO, por sus siglas en inglés) en su opinión consultiva, afirmando que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos se extienden a todas las personas, incluso a aquellas fuera de las fronteras de los Estados.

El cambio climático también fue mencionado explícitamente en la opinión consultiva, cuando se afirmó que el derecho a un medio ambiente saludable es a la vez un derecho individual y colectivo que incluye a las generaciones presentes y futuras.

Indicó la Corte en esta opinión en su párrafo 45 que *“En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de soft law, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia.*

Igualmente indicó la CIDH en su párrafo 46 que *“Esta Opinión constituye una de las primeras oportunidades de este Tribunal para referirse, de manera extendida, sobre las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana (supra párr. 23). Si bien el objeto de la consulta planteada por Colombia, tal como se definió previamente (supra párr. 32 a 38), se refiere específicamente a las obligaciones estatales que se derivan de los derechos a la vida y a la integridad personal, esta Corte estima pertinente realizar algunas consideraciones iniciales e introductorias sobre (A) la interrelación entre los derechos humanos y el*

medio ambiente, y (B) los derechos humanos afectados por causa de la degradación del medio ambiente, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano. El propósito de las consideraciones en este capítulo es proveer de contexto y fundamentos generales a las respuestas que más adelante se ofrecen a las preguntas específicas realizadas por Colombia”.

Es decir que para los efectos de la CIDH tal y cual lo relato a lo largo del documento aquí transcrito en parte, reconoce como un derecho Humano de tercera generación y que incluso tiene repercusiones en otros derechos humanos, cuando indica en su párrafo 47 que *“Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los pueblos indígenas con la protección del medio ambiente. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.*

Hace referencia la CIDH en su párrafo 50. A la Corte Europea de Derechos Humanos al indicar que *“En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la degradación severa del medio ambiente puede afectar el bienestar del individuo y, como consecuencia, generar violaciones a los derechos de las personas, tales como los derechos a la vida, al respeto a la vida privada y familiar y a la propiedad privada⁶⁹. De manera similar, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha indicado que el derecho a un “medio ambiente general satisfactorio, favorable al desarrollo” está estrechamente relacionado con los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo”.*

Finalmente, para los países americanos no cabe duda que la protección del medio ambiente es un Derecho Humano y por lo tanto la aplica la tesis del Control de la Convencionalidad cuando en el párrafo 55 del documento se indica, que *“Como consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos (supra párr. 47 a 55), actualmente (i) múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos, a la vez que no hay duda que (ii) otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos. Precisamente, otra consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del corpus iuris internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana en esta materia”.*

En cuanto a este aspecto, a nuestro Criterio, al reconocer la CIDH el derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano y al someterlo como tal al Control de La Convencionalidad, la Corte resuelve el problema del Soft Law ya que obviamente cualquier decisión jurisdiccional que tenga que aplicar un acuerdo internacional obligatoriamente ya no sería soft sino hard.

**VI. EXPLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE URGENDA VS EL REINO DE
LOS PAÍSES BAJOS Y EL PRESEDENTE QUE DICHA DECISIÓN
JUDICIAL MARCA PARA EUROPA.**

Tribunal de la Haya; Fecha de decisión 09-10-2018, Fecha de publicación 09-10-2018;
Número de caso 200.178.245 / 01 (traducción al inglés); Relaciones formales
Primera instancia: ECLI: NL: RBDHA: 2015: 7196, Ratificación / confirmación

Precedente El Supremo holandés obligó al Gobierno a reducir las emisiones de CO2 en una sentencia histórica, confirmando la decisión de un tribunal de Distrito de Holanda. Al confirmar esta sentencia e indicar que el Gobierno holandés debe tener en cuenta el riesgo que representa el cambio climático y los graves impactos que puede tener en derechos fundamentales como el derecho a la vida. El ejecutivo holandés debe tomar acciones ambiciosas para recortar emisiones en 2020 y llegar como mínimo a una reducción del 25% de gases efecto invernadero.

Bajo esta sentencia, El Supremo holandés determinó que “en un Estado democrático de derecho, una demanda para la protección de los derechos humanos es mucho más que una demanda sobre las elecciones políticas de cada persona. En un Estado de derecho, los derechos fundamentales deben ser respetados, incluso cuando se adopta una decisión por mayoría: los derechos fundamentales no pueden ser objeto de votación”.

El Tribunal Supremo Holandés ha confirmado que el gobierno holandés debe tomar medidas ambiciosas para recortar emisiones de CO2 en base al respeto a los Derechos Humanos. La sentencia es histórica, se trata del primer caso de litigio climático en un país de la UE y es paradigmático porque es el primero en el que la ciudadanía de un país demandó a su Gobierno por considerar que tenía el deber de actuar con mayor ambición a la hora de adoptar medidas para mitigar el cambio climático, basándose en que el derecho al medio ambiente sano es un derecho humano y además legitimando la aplicación de la teoría de los derechos difusos en el fondo; la importancia de esta sentencia, aunque no sentó precedente en jurisdicciones más allá de la holandesa, en principio, tuvo repercusiones positivas, ya que marcó el vínculo entre la defensa del

ejercicio de los derechos más básicos y la protección del sistema climático y del medio ambiente.

La Constitución española aún y cuando no reconoce el derecho a un medio ambiente adecuado como un derecho fundamental, con este fallo que fue elevado a la Unión Europea, y obtuvo un resultado favorable, se dio un paso más que necesario para lograr el cambio de sistema que permita una lucha real para parar el cambio climático. Esta sentencia debe lograr que nuestros jueces valoren y consideren esta sentencia.

¿Cuál fue en resumen la Conclusión del Tribunal Europeo?

En su párrafo 71. Indicó: *“...De lo anterior se deduce que hasta ahora el Estado ha hecho muy poco para prevenir un cambio climático peligroso y está haciendo muy poco para ponerse al día, o al menos a corto plazo (hasta fines de 2020). Las metas para 2030 y más allá no quitan el hecho de que una situación peligrosa es inminente, lo que requiere que se tomen intervenciones ahora. Además de los riesgos en ese contexto, los costos sociales también entran en juego. Cuanto más tarde se tomen medidas para reducir, más rápido disminuirá el presupuesto de carbono disponible, lo que a su vez requeriría tomar medidas considerablemente más ambiciosas en una etapa posterior, como reconoce el Estado (Declaración de Apelación 5.28), para lograr finalmente el deseado nivel de reducción del 95% para 2050. En este contexto, también vale la pena señalar el siguiente extracto de AR5 (citado en el fundamento legal 2.19 de la sentencia): "(...) Se estima que retrasar los esfuerzos de mitigación más allá de los existentes hasta 2030 aumentar la dificultad de la transición a niveles bajos de emisiones a largo plazo y reducir el rango de opciones consistentes con mantener el cambio de temperatura por debajo de 2 ° C en relación con los niveles preindustriales ”.*

Así mismo se pronuncia el Tribunal Europeo en el apartado 72 y 73: *El Estado tampoco puede esconderse detrás del objetivo de reducción del 20% para 2020 a nivel de la UE. En primer lugar, también la UE considera que es necesaria una mayor reducción en 2020 desde el punto de vista de la ciencia climática. Además, se espera que la UE en su conjunto logre una reducción del 26-27% en 2020; sustancialmente más de lo acordado en 20%. El Tribunal también ha tenido en cuenta que, en el pasado, los Países Bajos, como país del Anexo I, reconocieron la gravedad de la situación climática una y otra vez y, basándose principalmente en los argumentos de la ciencia climática, asumieron durante años una reducción del 20-45% para 2020, con un objetivo político concreto del 30% para ese año. Después de 2011, este objetivo de política se ajustó a la baja al 20% para 2020 a nivel de la UE, sin ninguna justificación científica y a pesar del hecho de que cada vez se conocían más las graves consecuencias de las emisiones de gases de efecto invernadero para el calentamiento global.*

73. *Con base en esto, el Tribunal considera que el Estado no cumple con su deber de diligencia de conformidad con los artículos 2 y 8 del CEDH al no querer reducir las emisiones en al menos un 25% para fines de 2020. Una reducción del 25% debería considerarse como un mínimo, en relación con lo cual las recientes percepciones sobre una reducción aún más ambiciosa en relación con el objetivo de 1.5 ° C ni siquiera se han tenido en cuenta. Al formar esta opinión, el Tribunal ha tenido en cuenta*

que, según la política actual propuesta, los Países Bajos habrán reducido un 23% para 2020. Eso no está lejos del 25%, pero se aplica un margen de incertidumbre del 19-27%. Este margen de incertidumbre significa que existe una posibilidad real de que la reducción sea (sustancialmente) inferior al 25%. Tal margen de incertidumbre es inaceptable. Dado que, además, hay indicios claros de que las medidas actuales serán insuficientes para prevenir un cambio climático peligroso, incluso dejando de lado la cuestión de si la política actual se implementará realmente, se deben elegir medidas, también basadas en el principio de precaución, que sean seguras, o al menos lo más seguro posible. Los peligros muy graves, no controvertidos por el Estado, asociados con un aumento de temperatura de 2 ° C o 1.5 ° C, y mucho menos, también impiden ese margen de incertidumbre. Por cierto, el porcentaje del 23% se ha vuelto más favorable debido al nuevo método de cálculo del NEV 2015, que supone mayores emisiones de gases de efecto invernadero en 1990 que las que el tribunal de distrito ha tenido en cuenta. Esto significa que el porcentaje de reducción teórica se puede lograr antes, aunque en realidad la situación es mucho más grave (véase también el fundamento legal 21 de esta resolución).

Declaración final y decisión

76. Todo lo anterior lleva a la conclusión de que el Estado está actuando ilegalmente (porque contraviene el deber de diligencia de conformidad con los artículos 2 y 8 del CEDH) al no lograr una reducción más ambiciosa a fines de 2020, y que el Estado debería reducir las emisiones en al menos un 25% para fines de 2020. Los motivos de apelación del Estado relacionados con la opinión del tribunal de distrito sobre la doctrina de negligencia peligrosa no necesitan discusión bajo este estado de cosas. La sentencia queda confirmada. Los motivos de apelación en la apelación sobre el tema principal no necesitan discusión por separado. Se han discutido en lo anterior en la medida en que estos motivos de apelación son relevantes para la evaluación de la apelación cruzada. Como la parte fracasada en la apelación, se ordena al Estado que pague los costos de la apelación sobre el tema principal, así como de la apelación cruzada.

Confirma la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 24 de junio de 2015 emitida en el caso entre las partes;

Condenar al Estado al pago de las costas procesales en el recurso de casación sobre la cuestión principal y de la apelación cruzada, por parte de Urgenda estimada hasta esta resolución en 711 € en honorarios judiciales, € 16.503 en honorarios de abogados en la apelación la cuestión principal y € 8,256 en honorarios de abogados en la apelación cruzada, y ordena al Estado que pague estos costos dentro de los catorce días siguientes a esta decisión, en caso de que el interés legal en el sentido del Libro 6 Sección 119 del Código Civil Holandés sea pagadero como al final del plazo antes mencionado hasta la fecha en que se realiza el pago completo;

declara esta sentencia ejecutoria provisionalmente.

Esta sentencia fue aprobada por la Sra. M.A.F. Tan-de Sonnaville, S.A. Boele y P. Glazener y pronunciado en audiencia pública el 9 de octubre de 2018 en presencia del secretario judicial.

¿Por qué es importante la presente sentencia?, a nuestro criterio es una decisión que en el continente europeo logra tres cosas intrínsecamente:

La primera, reconocer que ante el daño ambiental y el incumplimiento de los Estados, cualquier persona tiene derecho a accionar ante los tribunales y no se requiere que tenga legitimidad de daño directo para actuar y, Segundo, que el Derecho a un medio ambiente sano es un Derecho Humano en el Fondo; Tercero, que la argumentación del Soft Law y la discrecionalidad de los representantes de los Estados ante organismos internacionales va quedando atrás y es vinculante para los Estados quienes están obligados a cumplir con sus compromisos adquiridos ante la Ley ambiental internacional.

VII. CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD Y CASO URGENDA: DOS PROCESOS DISTINTOS CON CONSECUENCIAS JURÍDICAS SIMILARES Y QUE APUNTAN A RESOLVER EL PROBLEMA DEL SOFT Y HARD LAW MEDIANTE DECISIONES JURISDICCIONALES QUE A SU VEZ ABONAN EL CAMINO HACIA LA CODIFICACIÓN AMBIENTAL EN LOS ESTADOS.

Por qué los dos precedentes resumidos en los apartados anteriores con llevan a la Sustentación de la Tesis de la Necesidad de caminar hacia la codificación ambiental a lo interno de los países, veámoslo.

Aunque por razones un poco diferentes, pero en fondo similares, tanto América, a través de la CIDH con la tesis del Control de la Convencionalidad, como Europa con el caso de Urgenta versus el Reino de los Países Bajos y el pronunciamiento del Tribunal Supremo Europeo lo cual sienta un precedente que va más allá de Holanda y se convierte en Referente para todos los países, ambos casos van definiendo un camino común que conlleva a una misma dirección que conllevan las siguientes premisas:

Primera, el derecho a un medio ambiente sano es un derecho humano que poco a poco será reconocido como tal por los distintos Estados a nivel Mundial. Segundo, los ciudadanos comunes tienen el derecho a invocar la protección ante los Tribunales del referido derecho humano solo por el hecho de ser seres humanos que están observando determinada violación. Tercero, ambos hechos anteriores nos dirigen a un punto común que es la aplicación por los Tribunales de las normas contenidas en los diversos acuerdos internacionales lo cual los lleva a salir de la categoría de soft law (si lo fueran), para automáticamente considerarlos hard law pues si alguien viola esas normas internacionales y alguien lo reclama ante los tribunales estos fallaran a favor del cumplimiento de estos tratados y deberán pagar por los daños causados al violarlos y esto los convierte automáticamente en Hard Law. Cuarto, estos hechos aislados en dos continentes pero referentes mundiales van marcando el camino para que los Estados se hagan la consecuente pregunta: ¿Tenemos la capacidad real, después de haber firmado y ratificado tal cantidad de acuerdos internacionales ambientales desde 1972 hasta la fecha, y de tenerlos todos en documentos diversos en 50 años de generación de tales instrumentos,

más la generación interna de normas jurídicas ambientales, de administrar correctamente y aplicar sin error las normas ambientales vigentes en cada estado tal cual se encuentran establecidas?; o por el contrario deben los Estados proponer a nivel internacional una codificación o codificar las normas ambientales en un solo texto tal cual se hizo en sus momentos con el código civil y el código penal por ejemplo?

Ante esta disyuntiva somos de la opinión que tal y como lo señalan en la Nota de los Editores en el libro Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030, de Yann Águila, Carlos de Miguel y otros y editada por Tirant Lo Blanch, Valencia en 2019, “En las últimas décadas se ha avanzado en la protección internacional gracias a la aprobación de distintos instrumentos, desde la Declaración de Estocolmo de 1972, hasta la adopción de la Agenda 2030 y del Acuerdo de París del 2015...”

“La Gravedad de la situación no ha pasado inadvertida entre la comunidad de Expertos de Derecho Ambiental, y así se ha reabierto un antiguo debate sobre la conveniencia de Codificar los Principios de Derecho Ambiental Internacional con la finalidad de lograr una mayor eficacia y protección del planeta, siendo el más reciente intento el proyecto de un Pacto Mundial por el Medio Ambiente, propuesto por Francia ante las Naciones Unidas en septiembre de 1917”.

La anterior iniciativa logró la adopción de la resolución 72/277 de 10 de mayo de 2018, en la que se solicitó al Secretario General de la ONU, la elaboración de un informe técnico y de base empírica que indicara y evaluara las posibles lagunas en el Derecho Internacional Ambiental y sus instrumentos conexos a los efectos de reforzar su aplicación

El referido Mandato generó el informe de Secretaría General A/73/419, de 3 de diciembre de 2018, donde, entre otras cosas se indica que “El Derecho Ambiental Internacional se fundamenta en gran medida en la existencia de acuerdos sectoriales especializados”. Y según Nota referente a este informe, elaborada por el International Council of Environment Law (ICEL) de 10 de diciembre del mismo año, aunque esa característica del Derecho Ambiental Internacional es una fortaleza, se requiere una mayor eficacia conveniente y una mayor coordinación entre los acuerdos sectoriales.

La Anterior iniciativa y debate que en este momento se surte a lo interno de las Naciones Unidas en cuanto a la codificación de los Principios Ambientales, a nuestro criterio es el mismo debate que surge a lo interno de los Estados que requieren para la mejor y más correcta aplicación del derecho ambiental, de una codificación interna que permita sistematizar el Derecho Ambiental como en su momento se hizo con otras materias que había proliferado jurídicamente al punto de requerir la elaboración de textos únicos mejor conocidos como Códigos.

VIII. CONCLUSIONES

Culminado el presente trabajo de investigación hemos llegado a las siguientes Conclusiones:

Primero, el Derecho ambiental ha llegado a tal punto de desarrollo en Iberoamérica que se hace necesario subir al siguiente nivel de desarrollo normativo ambiental: La Codificación.

Segundo, la corriente de Codificar el Derecho ambiental ya se viene ventilando en el mismo seno de las Naciones Unidas al aprobarse la Resolución 27/277 y el Informe A/73/419 ambos de 2018 en la cual si bien es cierto solo se habla de la codificación de los principios ambientales, en el trasfondo lo que se palpa es la necesidad de iniciar procesos de codificación que ordenen la prolifera normativa ambiental que existe a nivel mundial e interna de los Estados.

Tercero, la discusión sobre la Hard y Soft Law aunque muy válida, comienza a perder importancia en la medida en la cual los Tribunales Internacionales Regionales de diversos continentes como el Americano y el Europeo comienzan a sentar jurisprudencia con las tesis del control de la convencionalidad por el lado americano y el caso URGENDA por el lado Europeo en el cual se reconocen por un lado los derechos Difusos, el derecho de acción colectivo, la protección ambiental como un derecho humano y la obligatoriedad del Estado y de los Asociados de cumplir estrictamente las normas y los compromisos asumidos en el marco de un Acuerdo Ambiental lo cual en el fondo va eliminando la soft Law ya que al determinar por un lado que los Tribunales deben realizar el control convencional y velar por el cumplimiento de los acuerdos internacionales (Control de la convencionalidad en América) y por otro que los Estados deben honrar y cumplir los acuerdos a los que se comprometen a nivel internacional y que no queda a su

discreción incumplirlos así como el derecho que tienen cualquier ciudadano a exigir ante los tribunales que así sea (Caso Urgenda en Europa), el fin que intrínsecamente se cumple es el de darle a los acuerdo ambientales la categoría general de Hard Law porque la tendencia que se observa in crescendo parte de las decisiones Judiciales nacionales y continentales es ésta.

Cuarto, en el caso de la Codificación en Panamá, el proceso, aunque complicado ha sido una experiencia enriquecedora que ha logrado tener en el país un proyecto de código ambiental luego de un proceso complejo como el que hace más de cien años se vivió con los códigos civiles, administrativos y otros, pero que deja un legado que debe ser continuado hasta lograr la aprobación del referido código mediante ley de la República.

Quinto, la referida experiencia panameña también sienta la base en Iberoamérica para ser objeto de estudio y tomar la experiencia como un marco referencial para procesos similares que están indicados y por iniciarse en países iberoamericanos quienes pueden requerir de experiencias comparadas para obtener lecciones aprendidas y homologar o adaptar líneas de acción ya que, después de las creaciones de los Ministerios de Ambiente en los diferente Estados de Iberoamérica, del ordenamiento internacional y aprobación de los acuerdos Internacionales Ambientales y del desarrollo permanente de legislación y normativa ambiental inexistente hace 50 años, el paso lógico a seguir es la codificación de toda esta normativa para el mejor manejo jurídico por un lado, judicial por otro, académico por el otro y de la ciudadanía en general quienes al final son los beneficiados y quienes buscan garantizar que las futuras generaciones tengan acceso los recursos naturales y al ambiente sano en las mismas, mejores condiciones que tenemos en la actualidad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. Águila, Yann; Perales Carlos; Tafur Víctor; Teresa Parejo, editores, Valencia, España, 2019. Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030, Tirand Lo Blanch, autores varios, El Daño Ecológico Puro, La Responsabilidad Civil por el Deterioro del Medio Ambiente, Ruda González, Albert, España, 2008.
2. Aparicio Raúl, Panamá, 2016, Control de la Convencionalidad.
3. Bravo, Bernardino, Universidad de Chile, La Codificación en Chile dentro del marco de la codificación europea e Hispanoamericana, Derecho Ambiental, El Fenómeno del Ambiente. Rodríguez, Felipe, 2013
4. Brundland, Harlem, Naciones Unidas, 1987, Informe Brundland, Nuestro Futuro Común.
5. López Sela, Pedro Luis y Ferro Negrete Alejandro Derecho Ambiental, UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA Y UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO 2006.
6. Lorenzetti, Ricardo Luis y Lorenzetti, Pablo. España, 2019. Principios e instituciones de Derecho Ambiental Curso Básico de Derecho Ambiental General; Santamaría, René Javier, Instituto Vasco de Administración Pública, 2019.
7. Molina, Hernández Cecilio, Valencia, España, 2019, El Registro y el Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero, Los Límites del Crecimiento, Meadows, Donella y otros, Naciones Unidas 1972.
8. Moscoso Pía M., Panplona España, 2019, Responsabilidad Ambiental Internacional, La Tutela Judicial Frente al daño Ambiental Colectivo, Medici, Gastón, Universitat Rovira i Virgili, 2019.
9. Van Gelderen, Santiago, 1990. Reseña Histórica del Nacimiento y evolución del concepto de Desarrollo Sustentable, Constitución de España.
10. Velázquez, Cesar, ciudad de México, 2002, Evolución del derecho ambiental.
11. Constitución de la República de Panamá.

12. Control de la Convencionalidad, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N 17.
13. Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia, Autores varios, 2003.
14. Proyecto de Código de ambiente de la República de Panamá, imprenta de la Asamblea Nacional, comisión Codificadora, 2017.
15. Tratado de Derecho Ambiental, Tirant Lo Blanch.

Resumen Académico y profesional del Autor

Candidato a Doctor dentro del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho Y ciencias Políticas de la Universidad de Panamá; Master en Derecho Medioambiental y Sostenibilidad de la Universidad Castilla La Mancha de España; Especialista en Responsabilidad Civil, Universidad Castilla La Mancha, España; Especialista en Docencia superior, UMECIT; Especialista en Gerencia de Negocios Ambientales; Master en Educación Ambiental Universidad de La Paz; Master en Negociación, Mediación y Arbitraje ULACEX; Especialista en Comercio Internacional, ULACEX; Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, UP; Profesor de la Universidad de Panamá desde el año 2008 de las asignaturas: Derecho Ambiental y Agrario, Industrial y Minas, Legislación Ambiental, Derecho e industrias entre otras; Coordinador y co-editor del Primer diplomado de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho; Presidente De La Comisión Codificadora del Código de Ambiente de la República de Panamá (2016-2017); Diputado principal y suplente de la República de Panamá, 2004- 2009 y 2014 – 2019; Presidente (2015-2017) y Comisionado 9 periodos, de la Comisión de Ambiente de la Asamblea Nacional; Presidente de la Sub Comisión que debatió la Ley 8 de 2015, que creó el Ministerio de Ambiente; Director General del Registro Público de Panamá (2009-2011); Jefe de Cooperación Técnica Internacional y Asesor Legal del Ministerio de Ambiente -antes ANAM- 2000-2012.