



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

TESIS

**SOFT LAW EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO:
ESPECIAL ANÁLISIS DE SU IMPACTO EN EL
DERECHO INTERNACIONAL MEDIOAMBIENTAL**

Santiago Martínez Garrido

Director

**Manuel Ballbé Mallo
Catedrático Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona**

Enero 2020

CONTENIDO

PRELIMINAR: RESUMEN EJECUTIVO	8
PRIMERA PARTE: EL SOFT LAW EN DERECHO ADMINISTRATIVO	15
IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL CONCEPTO ACTUAL DE DEL DERECHO	15
Referencias doctrinales del término “derecho”	15
Ética y derecho	18
Un apunte sobre la globalización	25
Globalización y derecho	28
Globalización y soft law	36
Globalización, tecnología y soft law	51
Regulación y Agencias Reguladoras	56
Áreas en las que la globalización produce efectos	70
EL “SOFT LAW”: UN BREVE ANÁLISIS SOBRE SU ORIGEN, DEFINICIÓN Y ÁMBITOS DE DESARROLLO	83
Derecho global v. Derecho internacional	83
Soft law versus hard law	98
Orígenes	107
¿Por qué se cumple el soft law?	113
El soft law desde una perspectiva organizacional y su diferenciación con las reglas de comportamientos	120
El desarrollo del soft law en el derecho administrativo	131
Autorregulación y derecho público	137
El soft law como instrumento útil para avanzar en el proceso de integración europea	151
Algunos instrumentos de soft law en la UE	176
Procedimiento de desequilibrio macroeconómico	177
Open methods of Coordination	184
Crisis económica, gobierno corporativo y soft law	192
Crisis financiera mundial y el Consejo de Estabilidad Financiera	202
Normas comerciales y soft law	204
Soft law y jurisprudencia	208
SEGUNDA PARTE: EL IMPACTO DEL SOFT LAW EN EL DERECHO MEDIOAMBIENTAL INTERNACIONAL	211
INTRODUCCIÓN: VINCULO ENTRE EL SOFT LAW Y EL MEDIO AMBIENTE	211
Consideración preliminar	211
El medio ambiente es importante.	213
La protección del medio ambiente es un gran reto	217
La ley es un instrumento fundamental para la protección del medio ambiente	217

Las leyes de protección del medio ambiente son muchas, en número y en complejidad	218
Cada vez son más frecuentes los conflictos ambientales y los asuntos con un elemento medioambiental.....	219
Contenido del derecho ambiental.....	219
La importancia de las definiciones.....	222
Medioambiente.....	223
La “contaminación” y el “daño”	225
Derecho.....	227
Un derecho internacional nacido de la costumbre	228
DIA: ¿fuente del derecho autónoma o accesoria?	232
Rasgos diferenciadores del DIA.....	244
Aparición del derecho fundamental al medioambiente: Bien jurídico protegido	248
El soft law y su eficacia en las normas internacionales.....	251
HISTORIA Y DESAFÍOS DEL DIA	259
Visión general: lecciones del pasado.....	259
Características de la era moderna.....	271
Auge del derecho medioambiental comunitario	271
Internacionalización.....	272
Desarrollo sostenible e integración del medio ambiente.....	272
Segunda generación de la política ambiental.....	274
La prevención del daño ambiental.....	275
Compensación y ajuste.....	276
Establecimiento de objetivos medioambientales	276
Responsabilidad compartida	277
Gobernanza ambiental	279
Derecho medioambiental: Reflexiones y perspectivas futuras.....	279
La amenaza de la legislación ambiental	283
¿Funciona el derecho medioambiental?	289
VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS MEDIOAMBIENTALES.....	290
Introducción.....	290
Valores y derecho medioambiental.....	291
Activación de la formulación de nuevas políticas y leyes	293
Influyendo en la interpretación y aplicación de leyes medioambientales	294
Influyendo en la toma de decisiones individuales.....	294
Influyendo en lo regulado.....	295
Equilibrio entre derecho y valores ambientales.....	298
Principios medioambientales.....	300
Introducción	300
Algunas distinciones analíticas.....	301
Principio de ningún daño.....	307

Principio de prevención	312
Principio de precaución	315
Principios procedimentales asociados a la prevención.....	327
El equilibrio en el DIA.....	334
Conceptos que expresan la idea de equilibrio	349
De los principios a la regulación: Especial referencia al Pacto Mundial sobre el Medioambiente.....	357
Antecedentes.....	359
Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente	360
Consideraciones del Informe sobre los principios del DIA	363
Consideraciones sobre los regímenes regulatorios sectoriales.....	365
Necesidad de fortalecer de la gobernanza ambiental a nivel internacional	367
Vinculación entre desarrollo sostenible y cambio climático: importancia de la labor de los sectores público y privado.....	369
Agenda de desarrollo sostenible	369
Relación entre desarrollo sostenible y cambio climático	370
La labor de las empresas: ¿Cómo pueden las empresas contribuir al Objetivo 13?	377
ODS y futuro	381
EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO: EL CAMINO HACIA EL PACTO MUNDIAL	382
Introducción.....	382
El cambio climático en el ámbito del DIA	384
El camino de Río 1992 a París 2015	388
La Conferencia de Río.....	390
El Protocolo de Kioto de 1997.....	394
Primer periodo de vigencia	394
El segundo periodo de vigencia del protocolo de Kioto: Las negociaciones internacionales en el contexto de la COP	397
El Acuerdo de París de 2015	400
Acuerdo de París: Predominio del soft law	400
Consideraciones previas.....	406
Negociación y entrada en vigor.....	408
Objetivos.....	409
Naturaleza jurídica del acuerdo.....	413
Instrumentos jurídicos del acuerdo	422
De París a Madrid: ¿hemos avanzado algo?.....	432
La Unión Europea y la acción por el clima	439
Introducción.....	439
Referencia a la acción por el clima en la Unión Europea	442
La nueva Comisión y el Green Deal	450
España.....	452

Plan Nacional Integrado de Energía y Clima.....	453
Anteproyecto Ley Cambio Climático	455
TERCERA PARTE: CONSIDERACIONES FINALES	464
BIBLIOGRAFÍA	480

GLOSARIO DE ABREVIATURAS

AAM: Acuerdos ambientales multilaterales

CDB: Convenio sobre la Diversidad Biológica

CDS: Comité de Desarrollo Sostenible

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CIP: Consentimiento Informado Previo

CDNN: Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional

CE: Comisión Europea

CIDCE: Centro Integral para el Desarrollo de la Competitividad

CITES: The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (en español Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres)

CMA: Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes del Acuerdo de París

CMNUCC: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

CNMV: Comisión Nacional de Mercado de Valores

CDS: Comité de Desarrollo Sostenible

DIA: Derecho Internacional Ambiental

EE.UU. Estados Unidos

EIA: Evaluación del Impacto Ambiental

EU-ETS: Régimen de comercio de derechos de emisión de la UE

GEI: Gases de Efecto Invernadero

I+D+I: Inversión, Desarrollo e Innovación

ICC: International Chamber of Commerce

IFC: Corporación Financiera Internacional

IPCC: Intergovernmental Panel on Climate Change (en español, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático)

MDL: Mecanismos de Desarrollo Limpio

MDS: Mecanismos de Desarrollo Sostenible

NEPA: National Environmental Policy Act

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

ODS: Objetivos de Desarrollo Sostenible

OMC: Open Method of Coordination

ONG: Organización no Gubernamental

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OSD: Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio

OSP: Obligaciones de Servicio Público

PAES: Planes de Ahorro de Eficiencia Energética

PDM: Procedimiento de Prevención y corrección de los desequilibrios económicos Macroeconómicos

PNIEC: Plan Nacional de Energía y Clima

PNUMA: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente

SEC: Securities Exchange Commission

TEDH: Tribunal de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TIDM: Tribunal Internacional de Derecho del Mar

TIJ: Tribunal Internacional de Justicia

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TPI: Tribunal de Primera Instancia

UE: Unión Europea

UEM: Unión Económica y Monetaria

UNO: Undefined Normative Object

WWF: World Wildlife Fund

PRELIMINAR: RESUMEN EJECUTIVO

Resulta, sin duda, todo un reto comenzar un trabajo con vocación científica cuando el mismo tiene por objeto el análisis y estudio en detalle de una realidad del mundo jurídico. Y ello es así por cuanto estamos hablando de una realidad, el derecho, con más de 3.000 años de historia, a lo largo de los cuales han sido infinidad de profundos y sesudos estudios los que han abordado los diferentes ángulos de ésta. La intención de este opúsculo es el abordar una de las manifestaciones que en los últimos tiempos se ha producido de esta milenaria realidad al objeto de poder analizar su origen y, en la medida de lo posible, sus manifestaciones: esta realidad es la aparición de una serie de actos, no homogéneos en cuanto a su origen y naturaleza, que, a pesar de estar privados de efectos jurídicamente vinculantes resultan, a través de distintas vías, jurídicamente relevantes.

Es el denominado soft law.

Soy consciente, por ello, de la dificultad del reto que trato de abordar y de las dificultades que ello puede implicar. Sin embargo, mi intención se centra en realizar una exposición y reflexión de unos hechos con los que nos encontramos en nuestro día a día y a los que nos hemos habituado con total naturalidad. Sin embargo, no por ello deja de representar un cambio sustancial en la realidad socio-jurídica en la que nos movemos y con la que trabajamos y que, de alguna manera, está cambiando el concepto tradicional de lo que hasta hace unos siglos (en el mundo del derecho podemos hablar de esta referencia temporal habida cuenta de su antigüedad) se entendía habitualmente por derecho.

En este sentido, cabe reseñar que el avance que ha experimentado en las últimas décadas el soft law integrándose en las fuentes originarias del derecho, pudiera ser considerado como una mera consecuencia de la modernidad a la vez que un signo de debilidad del derecho. Sin embargo, como ya hemos dicho en otros apartados de este trabajo, esta visión reduccionista del concepto del soft law implicaría atribuirle una visión alternativa y no complementaria del derecho positivo o tradicional. Significaría tanto como admitir que el soft law tiene una vida autónoma e independiente respecto del derecho tradicional.

Evidentemente no compartimos en modo alguno esta visión o consideramos una amenaza el desarrollo del soft law. Ello porque la finalidad de éste es complementar, mejorar y, en muchas ocasiones, implementar el derecho tradicional. Y su eclosión en los últimos años viene motivada, fundamentalmente, por las “revoluciones” que en todos los ámbitos de la vida se están produciendo y en las que el derecho no es una excepción. La finalidad del soft law no es desplazar o iniciar una lucha titánica contra el derecho tradicional, entre otras cosas porque el soft law es un derecho complementario que no tiene vida propia y que no puede desenvolverse si no es sobre una base de hard law¹.

El desarrollo de este instrumento ha permitido aumentar considerablemente las soluciones que el derecho debe abordar en relación a los problemas regulatorios que el entorno social cambiante está produciendo; creándose una relación dinámica que ha permitido un nuevo enfoque de las concepciones jurídicas tradicionales. Hoy nadie duda de que una de las características de esta post modernidad se traduce en una relación dinámica y de respeto entre el soft law y el hard law a costa de una eliminación en el segundo de los arquetipos tradicionales que lo habían venido definiendo como un derecho rígido, duro y coercitivo. Esta transformación no puede ser entendida como una debilidad del derecho, sino más bien al contrario como una fortaleza en sí mismo al haber sido capaz de enriquecerse, adaptarse y complementarse con las realidades cambiantes que tiene por objeto regular. Una de ellas es la inmediatez que precisa la sociedad para atender y resolver sus problemas sin la complejidad legislativa a la que se estaba acostumbrada. Unido a la proliferación de entes o unidades con capacidad regulatoria que provocan una pluralidad de fuentes y origen del derecho, es lo que algunos autores denominan la “ruptura de los consensos”². Denominación que se utiliza para reflejar la situación cambiante en la que hoy nos encontramos por contraposición a las concepciones tradicionales que conformaban el derecho como un contrato social fruto del consenso y el acuerdo de las partes intervinientes. Hoy en día es permanente y

¹ Véase el prólogo de Esteve Pardo, J. en el libro de Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2008). *El soft law administrativo*. Editorial Aranzadi (1ª ed.). Madrid. “*El soft law no desplazará ese sistema en el que nos desenvolvemos por la sencilla razón de que no puede vivir sin él. El soft law carece de vida propia, su existencia solo se explica en relación con el hard law y es desde éste como mejor se dimensiona su efectiva relevancia y significación. Podría entonces pensarse que el soft law es un derecho parasitario, que vive a expensas del hard law, situado bajo su cobertura, aprovechándose de su autoridad y alimentándose de sus derechos*”.

² Véase el prólogo de Esteve Pardo, J. en el libro de Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El soft law administrativo*. Op. Citada.

variado el número de ejemplos que ponen de manifiesto la proliferación de foros o entidades que dictan normativa con capacidad vinculante³.

Ello es debido al doble vaciamiento que se ha producido del concepto tradicional de Administración pública: en línea ascendente, por la aparición de una súper instancia como es el ámbito comunitario y, en línea descendente, por las sucesivas Administraciones territoriales que han ido asumiendo sus correspondientes competencias y han sido titulares de potestad legislativa creadora. Pero además, y sobre todo, por los numerosos organismos, entidades, asociaciones o corporaciones que reflejan sus propuestas en normas, instrucciones, recomendaciones, libros de todos los colores y que tratan de influir, e influyen, en la vida social, política y económica⁴.

Ello provoca que el ámbito donde mayor expansión y desarrollo se ha producido del soft law sea dentro del derecho público o moderno, en contraposición al ámbito del derecho privado, donde la penetración de esta forma autónoma - y en ocasiones anárquica del derecho - ha sido más lenta. La razón de esta separación es clara y evidente por cuanto el derecho administrativo tiende a regular una pluralidad de situaciones jurídicas individualizadas en las que se encuentran los ciudadanos y administrados, debiendo responder con inmediatez y rapidez a sus necesidades. En contraposición, el derecho privado, responde en la mayoría de los casos a patrones y matrices comunes de actuación, si bien la gran tipología de nuevos derechos y obligaciones que han ido surgiendo en las relaciones entre éstos ha provocado una aparición y desarrollo importante de este derecho blando.

No hay duda, como mencionaremos en otros apartados de este trabajo, que el origen primigenio del derecho blando se produce en el ámbito del derecho

³ Tal y como dice Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El soft law administrativo*. Op. Citada: "Surge así una nueva forma de elaborar normas, ajena a los sistemas convencionales de fuentes, pero con una vocación por regular la realidad social y la actuación de la Administración que las sitúa en una situación cuasi-legislativa desde el punto de vista de su finalidad. Estas nuevas manifestaciones surgen por motivos muy variados, ya sea la flexibilidad en los procedimientos de elaboración de normas, la negociación de actores públicos y privados, la insuficiencia del conocimiento técnico, la búsqueda de técnicas más democráticas de participación de la sociedad civil, una política más eficiente de difusión de normas, o una estrategia para depositar responsabilidades en otros ámbitos y otras instancias".

⁴ Tal y como dice Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El soft law administrativo*. Op. Citada: "Los procesos de descentralización en aras del principio democrático han provocado una polarización de los sistemas de fuentes, con la aparición de nuevos actores territoriales en Estados tradicionalmente centralizados. Un proceso justamente inverso al vivido con la creación de organizaciones de integración económica, donde los Estados se han desprovisto de sectores de regulación, con el fin de adaptarse a las exigencias de un mundo globalizado."

internacional público como consecuencia de la aparición de unos nuevos derechos y obligaciones en el ámbito de las relaciones internacionales, donde no solamente podemos hablar de una gran variedad de relaciones jurídicas sino también, y fundamentalmente, de una pluralidad de unos sujetos intervinientes: ya no son los Estados tradicionalmente considerados, sino también y principalmente, las entidades y organizaciones supranacionales que aparecen en estas nuevas relaciones.

En el ámbito del derecho administrativo algunos autores diferencian entre dos tipologías de soft law atendiendo a su procedencia: La primera de ellas sería la que proviene de las propias fuentes internas, esto es, de los propios organismos, asociaciones o corporaciones que en el ámbito del derecho interno crean y promulgan sus propias normas, generando una relación estrecha con el derecho administrativo tradicional. Y, la segunda, sería aquélla que se genera al margen del propio sistema, pero que la realidad práctica del día a día pone de manifiesto su importancia y efectividad. Se trataría de un derecho informal que acaba conectando de una forma precisa, pero en ocasiones difusa, por los conductos tradicionales del derecho administrativo⁵.

Si hay un ámbito del derecho en el que la incorporación del soft law ha encontrado mayores reticencias es en el ámbito del derecho penal y, más concretamente, en el *ius puniendi*. La justificación podría venir establecida por el necesario respeto del principio de legalidad y de tipicidad de las conductas en virtud de la máxima *nulum crimen sine legem*, principio tradicional que debe inspirar cualquier norma de derecho penal y sancionadora al objeto de garantizar la objetividad del proceso sancionador, sea este penal o administrativo. Sin embargo, y con absoluto respeto a esta máxima, no podemos obviar la creciente aparición de normativas y códigos de conducta que sirven de parámetros calificadores de las posibles infracciones o delitos que se pueden cometer en el ámbito de las empresas (principalmente tecnológicas e industriales). No podemos sino calificar como soft law a los protocolos de actuación, las normas internas de conducta, etc. que definen y

⁵ Véase prólogo de Esteve Pardo, J. en el libro de Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El soft law administrativo*. Op. Citada.

establecen las pautas de comportamiento que deben regir respecto de aquéllos que se encuentran inmersos en un proceso industrial o fabril.

A lo largo de este trabajo trataremos de vislumbrar algunas de las características comunes al derecho público y al derecho privado en sus diferentes vertientes analizando el grado de vinculación que este tipo de normas establecen. En todos ellos veremos como factor común el hecho indubitado de que el soft law persigue - fundamentalmente - complementar las insuficiencias o limitaciones que el derecho tradicional encuentra para el despliegue y consecución de sus objetivos. Con independencia de otros análisis doctrinales y de eficacia práctica del mismos, lo que debe quedar fuera de toda duda en este momento es la legitimidad de la que surge este nuevo derecho, vinculada fundamentalmente a su operatividad y utilidad en la ejecución y consecución de objetivos y sirviendo como un instrumento de consenso - e incluso de confianza - en los administrados que les permite localizar e identificar con rapidez e inmediatez parámetros y normas de conducta a la que sujetarse. Sería la expresión práctica de una idea comúnmente aceptada de que el derecho debe cambiar acorde con sus tiempos y, hablando de cambios, nadie puede poner en tela de juicio que la velocidad e intensidad de los cambios puestos de manifiesto en los últimos años superan, en mucho, al que se había producido en las décadas y siglos precedentes.

Para ello, estructuraré el estudio en dos grandes partes.

En la primera parte mi intención es, tomando como punto de partida un concepto amplio del derecho, hacer una breve reflexión sobre uno de las realidades que han influido – al igual que en otras muchas facetas de nuestra vida - en el concepto actual del derecho: la globalización. Además, entraremos directamente en el objeto principal de esta propuesta y me centraré, por ello, en la definición y orígenes del soft law, analizando el impacto que esta nueva realidad tiene en los diferentes ámbitos dónde ha tenido reflejo. Al analizar este nuevo fenómeno, nos damos cuenta de cómo lo que en un principio comenzó como una peculiaridad en el ámbito del derecho internacional, origen de su aparición, se ha extendido con posterioridad y con fuerza a otros ámbitos del mundo jurídico, constituyendo en la actualidad una realidad que podemos encontrar en los diferentes ordenamientos. Sorprende comprobar cómo se ha extendido incluso a áreas especialmente formalistas, en las

que hace un tiempo pudiera parecer difícil su implantación y arraigo⁶. Detenernos a analizar en detalle en todos y cada uno de estos ámbitos resulta una tarea ingente y de difícil realización, puesto que si observamos con un mínimo detalle la realidad que nos envuelve, veremos que el fenómeno del soft law está presente, de una forma u otra, en casi todas las ramas del derecho. Ello nos obliga a realizar una delimitación inicial con fin de tratar de centrar el debate y poder llegar a unas conclusiones y no limitarnos a traer al documento una mera recopilación de expresiones de este fenómeno.

De esta forma, en esta primera parte del estudio y a modo de introducción, prestaremos especial atención a los dos puntos manifestados con anterioridad, dejando para un momento posterior el estudio en detalle de sus manifestaciones en los ámbitos regulatorio, internacional y mercantil, citando ejemplos relevantes para cada uno de los sectores.

En la segunda parte de este trabajo, pretendo centrarme en la influencia e impacto del soft law en una de las ramas del derecho que más desarrollo ha tenido y donde esperemos que, por el bien de todos, más desarrollo y aplicación tenga en los próximos años. Me estoy refiriendo a la evolución del derecho internacional medioambiental (DIA). Y en él pondremos nuestro foco. Soft law y medio ambiente no son algo pasajero, se trata de dos realidades que están aquí para quedarse y como veremos en a lo largo de estas páginas, la influencia del soft law en el DIA desde que dicha rama del derecho empezó a gestarse ha sido – y seguirá siendo – de vital importancia. Un ejemplo de ello ha sido el Acuerdo de París, acuerdo que, aunque para muchos es

⁶ Como afirma Alli Aranguren, J.C. (2004). *Derecho Administrativo y Globalización*. (1ª ed.) Madrid: Civitas, pp. 392-393 “*la crisis del Derecho administrativo es una mutación para adecuarse a las transformaciones y cambios sociales propios de todo ser vivo. A pesar de tratarse de una disciplina reciente, no es esta la primera vez que se encuentra en tal situación. Ha experimentado ya los cambios del paradigma político de referencia y del modelo del Estado al que servir. Ha pasado del Estado liberal de Derecho al Estado social, y de este al social y democrático, demostrando su capacidad de adaptación. Hoy los retos son más complejos y globales, como corresponde a la sociedad, pero no son exclusivos de esta rama del Derecho, sino que alcanzan a casi todo el orden jurídico, incluso al civil, que siempre ha parecido más invariable en instituciones netamente privadas como la familia y sus relaciones, ante los nuevos modelos y comportamientos en las relaciones personales en alguna de las cuales ha entrado la Administración con acciones parciales que tratan de acreditar tales nuevas formas. El Derecho administrativo se halla hoy en una agonía, en sentido griego de lucha y contienda, por servir a la persona, a sus derechos y libertades, tratando de hacerlos efectivos como supremo interés general. En esta situación de crisis y cambio hay que volver la vista a los principios que reflejan los valores inherentes al orden jurídicos, porque sólo ellos son capaces de superar la contingencia y dar coherencia a las decisiones y normas que se dicten por urgencias mediática o demoscópica. Habrá que seguir buscándolos dentro del conglomerado uniforme –pasado, presente y futuro- que forman la doctrina, la jurisprudencia y una legislación minuciosa y prolija, por una parte, y de planes, medidas, eslóganes y programas, por otra. El Derecho como parte del sistema social ha de luchar contra la entropía por un porvenir de esperanza en la mayor vigencia de sus principios al servicio de la libertad personal, nunca totalmente conseguida”.*

insuficiente, sin la opción del soft law, no hubiera sido en modo alguno posible. Una parte de este estudio se centrará en su análisis.

Finalizaré formulando unas conclusiones sobre si el soft law es verdaderamente un fenómeno nuevo que trata de dar respuesta a una realidad social cambiante o, por el contrario, es un mero recurso que está siendo utilizado de forma abusiva con el fin de evadir las reglas tradicionales de creación de las normas, constituyendo con ello, una seria amenaza para el conjunto del ordenamiento y de la comunidad jurídica. O si supone una tercera vía que no podemos obviar: buscar un punto intermedio, de tal forma que no se trata de estas dos opciones, sino de una posición intermedia. Posición que el refranero popular dice que es dónde se encuentra la virtud, difícil ambición ésta para este tipo de trabajo. En todo caso, lo que si es cierto es que esta posición quizás nos facilite y permita tener una visión más realista sobre la naturaleza, efectos y alcance que este fenómeno tiene.

PRIMERA PARTE: EL SOFT LAW EN DERECHO

ADMINISTRATIVO

IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN EL CONCEPTO ACTUAL DE DEL DERECHO

Referencias doctrinales del término “derecho”

Si analizamos etimológicamente el concepto de derecho, nos lleva a la voz latina *directum*⁷, que significa “*lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma*”. No es mi intención - o el objetivo de este trabajo - realizar un análisis histórico de la evolución del concepto de derecho, tarea que, por otra parte, ha sido ya extensamente realizada a lo largo de la historia jurídica con sobrada brillantez por destacadísimos e ilustres maestros de la ciencia jurídica. Simplemente hacemos referencia a ello⁸, a modo de introducción, al objeto de servir de base argumental para el análisis que pretendemos realizar en este trabajo. Permítaseme, por ello, que comience con unas breves referencias sobre el controvertido y estudiadísimo término de “derecho”.

En primer lugar, vemos que cuando se dice que es “*lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma*”, ya se nos da una idea clara de lo que ello significa, puesto que presupone la existencia de certeza absoluta respecto de aquello que se considera adecuado y, por ello, plasmado en una norma. Ello no significa, como es evidente, que todo lo plasmado en la norma sea adecuado y correcto. La mera formalidad de plasmación normativa, de recoger por escrito una conducta, regla, derecho u obligación no es, en mi opinión, sino una opción que en cada momento y en cada caso realiza el legislador, sin que con ello podamos hablar en términos absolutos de certeza o acierto en su valoración. Será con posterioridad cuando la propia sociedad destinataria de la norma, los tribunales de justicia, la doctrina e incluso en muchas ocasiones la propia historia, deban dictaminar, en cada caso, lo acertado o no de la decisión tomada o de la opción elegida. Una y otra lo han sido en base a unas circunstancias concurrentes de manera puntual, atendiendo a los

⁷ García-Gallo de Diego, A., (1960). *Ius y Derecho. Anuario de Historia del Derecho Español*, pp. 5 - 48.

⁸ Resulta interesante el artículo sobre este particular y bibliografía allí citada de Larrau Torroella, R. (2006). La enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho Contemporánea. *Revista sobre enseñanza del derecho*, Núm. 7, pp. 153-165.

antecedentes, a la realidad social y, sobre todo, a la finalidad que se persigue con ello, sin perjuicio de las connotaciones político-sociales que afecten o sirvan de sustento a la decisión tomada⁹.

El realizar esta valoración es algo que corresponde a quien ostente la capacidad de impulso normativo y aprobación de las normas y, en función de cómo sea ejercida esta responsabilidad, será la valoración que se haga de su mandato o de su gobierno.

En un modelo de democracia parlamentaria como el que conocemos de manera generalizada, con algunas peculiaridades en función de las características de cada uno de los países, en el mundo libre en el que nos encontramos, parece sencillo atribuir estas responsabilidades al poder ejecutivo el primero y al legislativo el segundo. Sin embargo, todos sabemos que ello no es, ni mucho menos la regla general, ni lo ha sido tampoco en nuestras Naciones en todas las épocas. Esta circunstancia, sin embargo, no nos puede llevar a obviar un análisis valorativo sobre cómo se han ejercido en cada momento esas responsabilidades y, en base a ese juicio crítico, calificar la gestión que del mismo haya realizado.

Este planteamiento de opción con relación a la elaboración y plasmación normativa es antiguo y así ha sido defendido desde tiempos muy remotos, casi en el mismo origen del derecho romano, cuando Cicerón afirmaba: *“A muchos doctísimos varones ha parecido bien partir de la ley. Ignoro si obraron bien, sobre todo si, como ellos la definen ley es la razón suprema comunicada a nuestra naturaleza, que manda lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario (...) Según estos escritores el nombre de ley viene de la palabra griega que significa dar a cada uno lo suyo; yo creo que su nombre viene de leggere, elegir. Así pues, para ellos, el carácter de la ley es la equidad, para nosotros la elección; y en el hecho uno y otro carácter pertenecen a la ley¹⁰”*.

Desgraciadamente, este principio de consideración de la ley como razón suprema en los términos en los que lo define Cicerón ha sido, lo es en la actualidad, y estoy

⁹ Prueba de ello es el propio artículo 3.1 de nuestro Código Civil, según el cual *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

¹⁰ Cicerón, Marco T. (1991). *Tratado de las leyes*. (1ª ed.). México: Porrúa

seguro de que lo será en el futuro, vulnerada de forma reiterada por muchos gobernantes que, lejos de buscar e identificar la ley con la equidad, utilizan aquella para imponer voluntades y oprimir pueblos, sirviéndose de ella como instrumento útil para la consolidación de su tiranía. Resulta curioso comprobar como en muchas ocasiones (y permítaseme esta breve digresión), cuanto más falta de garantías y libertades es un régimen (y más alejado, por ello, de la democracia), más insiste en la provocación terminológica y en tratar de vestir con los ropajes del lenguaje la desnudez de su sistema. El caso de la extinta República Democrática Alemana es un claro ejemplo de esta perversión.

Retomando el hilo conductor de esta reflexión y caminando de lo general al caso concreto, se identificará el derecho con aquello que en cada momento considere la autoridad debidamente constituida que se puede o no se puede hacer. Así lo define muy gráficamente Hobbes¹¹ al afirmar que: *“Derecho es para cada sujeto aquellas reglas en las que el Commonwealth le ha ordenado de forma oral, escrita o a través de otro signo de la voluntad para que este haga uso de la distinción entre lo correcto e incorrecto, es decir, de lo que es contrario y lo que es conforme a la regla”*.

Vemos que, en uno y otro caso, se habla en términos genéricos de las diferentes formas en las que el derecho se puede manifestar, por cuanto no es solo una expresión escrita u oral, incluso se añade *“a través de otro signo de la voluntad”*. Lo importante, por ello, no es la forma sino la adecuada diferenciación que debe realizar el gobernante para establecer lo que procede o lo que no, lo que se puede o lo que no, todo ello con la finalidad última de regular y pautar relaciones entre las personas para una convivencia adecuada dentro del absoluto respeto a la libertad del otro y de la Comunidad.

Por su parte, Kant¹² habla que ese derecho debe emanar de la ley universal de la libertad, fuente de toda regulación: *“El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad”*.

Como mencionaba en la consideración preliminar, no es mi intención hacer una reflexión analítica del concepto de derecho y su contraposición con el de ley o

¹¹ Hobbes, T. (2003). *Leviathan*. (1ª ed.). Buenos Aires: Losada.

¹² Kant, I. (2005). *Metafísica de las costumbres*. (4ª Ed.). Madrid: Tecnos.

norma, algo para lo cual hay mucha y muy abundante literatura jurídica escrita. Mi intención es, tomando como punto de partida un concepto amplio del derecho, hacer una breve reflexión sobre uno de los elementos que de manera directa está afectado a su configuración y concepto clásico: la globalización.

Ética y derecho

Una de las consecuencias que ha provocado la crisis económica en la que todavía estamos sumidos, ha sido el poner de manifiesto la necesidad de que el derecho se extienda, o tome parte del mismo la ética. Y no como un mero capricho o deseo de expansión, sino como una realidad que debe ser aplicada al objeto de corregir alguno de los graves efectos que el funcionamiento del mercado ha venido produciendo. La relación entre la ética y el derecho ha sido analizada en numerosas ocasiones por destacados autores, estableciéndose una cierta relación de dependencia entre ambos: la ética estaría en un escalón superior del que, de hecho, sería su aplicación práctica. La diferencia entre uno y otro se asienta fundamentalmente en la capacidad de imposición coactiva que tendría el derecho en su acepción tradicional¹³. Sin embargo, la función a la que la está llamada la ética estos días es la de corregir los excesos que la simple legislación ha producido en diferentes campos, estableciendo nuevos parámetros de adecuación y nuevos criterios de interpretación.

La incorporación de la ética al derecho no es algo nuevo. Lo que sí es nuevo o, mejor dicho, se ha incrementado en los últimos tiempos, ha sido la configuración de la ética como un elemento fundamental en el nuevo gobierno que se está imponiendo como consecuencia del proceso de la globalización. La globalización supone la aparición de nuevas y grandes oportunidades de negocio, dado que se superan las fronteras y limitaciones físicas tradicionales conocidas hasta ahora y se permiten las transacciones instantáneas en cualquier país del mundo y por cualquier empresa. Este fenómeno conlleva, sin duda, graves problemas motivados fundamentalmente por el hecho de que las empresas van a producir en aquellos lugares donde económicamente sean más rentables, es lo que se llama el

¹³ En este sentido se manifiesta Camps, V. (2017). *Breve historia de la ética*. (1ª ed.). Madrid: RBA Libros: “La redacción de unos principios o de un código articulado convierte a la ética en algo similar a la legislación, con la diferencia, no trivial, de que la ley tiene poder para penalizar el incumplimiento de las normas, recurso del que carecen los códigos”.

fenómeno de la deslocalización; pero a su vez, esta nueva capacidad comercial genera grandes retos y oportunidades para aquellas empresas que tienen capacidad de operar en estos mercados¹⁴ .

Ello motiva que el marco regulatorio aplicable no puede quedar circunscrito a los tradicionales espacios físicos donde se había venido desarrollando la actividad comercial imponiéndose un nuevo “gobierno de la globalización” que se caracteriza por dos elementos: subjetivamente no podemos hablar de unos sujetos concretos que forman parte de este nuevo gobierno o identificar unos responsables últimos del mismo. Por otro, tampoco podríamos hacer una codificación de la legislación aplicable a este nuevo marco jurídico, ya que se produce una gran variedad de normativa, disposiciones de todo tipo que se utilizan para proporcionar un marco jurídico aplicable a un conjunto de actividades y a una compleja agenda global¹⁵ .

Con ello, la influencia de la ética en el derecho no se limita únicamente al ámbito nacional, sino que, como es evidente, se extiende también a la esfera internacional/globalizada donde entran en juego todas aquellas instituciones, organizaciones y sujetos intervinientes que participan en esta nueva dimensión del comercio. Y ello ocasiona una gran proliferación de disposiciones de distinta naturaleza que se superponen con las tradicionales fuentes del derecho.

¹⁴ Como señala Miralles, J. (2005). Ética empresarial y globalización. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Núm. 64, pp. 49-67: “La economía globalizada sitúa a las empresas en un entorno competitivo global. Esto supone, sin duda la aparición de grandes oportunidades de negocio, pero también constituye una amenaza constante: la competencia puede surgir en cualquier país del mundo por parte de grandes o de pequeñas empresas. La reacción contra esta amenaza empuja a las empresas hacia una lógica en la que la supervivencia inmediata, como ha sucedido siempre, sino también la supervivencia posible en el futuro: por esto muchas empresas cierran factorías o las “deslocalizan” en momentos en que no sufren pérdidas, sin embargo, alegan que tiene que prever el futuro y que sólo tomando estas medidas garantizan su supervivencia. De este modo se acentúa el conflicto entre la lógica económica de la empresa y su responsabilidad social o medioambiental”. En el mismo sentido, desarrollan este tema los doctores Ballbé, M. & Martínez, R. (2007). *Law and Globalization between United States and Europe*. En: *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. (1ª ed.). Londres: Cameron May, pp. 137 a 214.

¹⁵ En este sentido se pronuncia el profesor Cazorla Prieto, L.M. (2015). *La ética en el derecho de los mercados financieros*. (1ª ed.). Madrid: Civitas: “No existe, por tanto, un gobierno mundial unitario, centralizado y soberano – es obvio-. Pero la tesis principal que argumentaré en este libro es, precisamente que la variedad de arreglos institucionales que se utilizan actualmente por diferentes organizaciones internacionales no es un indicador de la escasa capacidad de toma de decisiones o de aplicación de políticas a nivel mundial. Refleja, por el contrario, el amplio alcance de sus actividades y la complejidad de la agenda global de temas. De hecho, el mundo está fuertemente regulado por instituciones globales, como las mencionadas anteriormente, que tratan temas tan vitales como la seguridad, la violencia política, la estabilidad financiera, el desarrollo económico y humano, la pobreza, el comercio, el cambio climático, los crímenes de lesa humanidad y los estándares para el tiempo, transporte y las comunicaciones, solo por mencionar algunos. Un gobierno mundial, en todos estos y muchos más temas no podría ser eficiente si todas las tareas estuvieran en manos de un solo órgano o régimen. El gobierno del mundo tan grande y complejo como el actual en una gran multiplicidad de temas requiere diferentes instituciones y reglas.”

Al igual que ocurre en otros ámbitos del soft law, la inclusión de la ética como parámetro adecuado de evaluación y calificación de las reglas jurídicas, se ha producido de una forma más intensa en el ámbito del derecho internacional/globalizado, por cuanto la falta de su carácter vinculante y la configuración de ésta como principios generales o reglas de interpretación, sirve de una forma más útil y práctica a la consecución de sus objetivos.

Siguiendo al profesor Luis María Cazorla Prieto¹⁶, la incorporación de la ética al derecho responde a una triple perspectiva desde el punto de vista subjetivo. La primera sería la individual o subjetiva, que supone la incorporación de normas jurídicas de una raíz ética en aquellos casos que atañe a los individuos o personas, ya sean estos empresarios, ejecutivos, trabajadores, etc. La segunda perspectiva es aquella que el profesor Cazorla interpreta como la ética intersubjetiva y que la configura como fuente de norma jurídica; es decir, "*la ética injertada en los comportamientos bilaterales, en las relaciones entre dos operadores de la vida económica*". Por último, la tercera perspectiva, y la que a nosotros nos interesa por su relación con el soft law, tiene un marcado carácter social, y es aquella que vincula al actor de la vida económica con la sociedad en la que se inserta y desarrolla su actividad.

Decimos que tiene vinculación con la materia de esta tesis dado que esta perspectiva adquiere en nuestros días un gran desarrollo, al marcar las exigencias sociopolíticas y económicas a la que se une el respaldo unánime de planteamientos éticos. Como afirma la profesora Adela Cortina, "*en los últimos tiempos las tornas han cambiado y es la ética social la que ocupa la primera plana de la prensa filosófica*"¹⁷. La consecuencia evidente de todo ello en el mundo jurídico es la ampliación de su ámbito como consecuencia de la incorporación a su esfera de las normas o criterios que proceden de otras esferas diferentes.

Este proceso de incorporación de la ética a las normas jurídicas, sea a nivel nacional o internacional, es amplio y abarca a múltiples facetas del derecho. Siguiendo al profesor Cazorla en su libro ya citado, "*La ética en el Derecho de los mercados financieros*", tres son los ingredientes que impulsan esta tendencia que

¹⁶ En este sentido Cazorla, L. *La ética en el Derecho de los mercados financieros*. Op. citada.

¹⁷ Véase Cortina, A. (1998). *Rentabilidad de la ética para la empresa*. (1ª ed.). Madrid: Visor

produce una generalización del uso de la ética en las normas jurídicas. El primero sería aquel que viene marcado por la proliferación de actores que han ido apareciendo en el horizonte jurídico y que tienen capacidad y oportunidades de intervenir en la vida jurídica junto a lo que han sido tradicionalmente los grandes operadores o el concepto tradicional de Estado. En este caso el tamaño, la historia o la tradición deja de tener ese protagonismo preponderante y da lugar a que nuevas y recientes organizaciones logran tener un protagonismo propio en la esfera internacional¹⁸

El segundo ingrediente estaría constituido por lo que el profesor Esteve Pardo denomina “*la nueva relación entre Estado y sociedad*”, y que sería la incapacidad que ha tenido el primero para responder de una forma ágil y eficaz a las necesidades y llamamientos que desde la sociedad le han ido lanzando. Esta incapacidad se habría traducido en una proliferación cada vez mayor de los procesos de autorregulación en los sectores más diversos¹⁹.

Y el tercero de los ingredientes, sería el predominio de la ética aplicada a las realidades sociales que se ha experimentado en los últimos tiempos.

Todo ello nos lleva a una realidad que refleja la incorporación de las exigencias éticas al terreno jurídico protagonizado no sólo por los sujetos tradicionales que intervienen en el mundo jurídico, sino también por las corporaciones, asociaciones o entidades privadas, que a través de la autorregulación han ido incrementando su capacidad de influencia en estos sectores. Ello da como resultado una proliferación²⁰ normativa, entendiendo la normativa con un criterio amplio (no las tradicionales normas o decretos), que han ido incorporando el contenido ético al ordenamiento jurídico. Buen reflejo de ello es el intenso proceso de producir normas de soft law a través de las cuales se van incorporando o se tiene la pretensión

¹⁸ En este sentido, Naím, M. (2014). *El fin del poder*. (3ª ed.). Barcelona: Penguin Random House, pp. 33 y 34.

¹⁹ Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad: Aproximación al trasfondo de la crisis*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons, pp. 120 y 123: “*por su lado, se refiere a un “autismo” incapaz de recibir el extraordinario incremento de poder que se produce extramuros del Estado, en una sociedad que se ha fortalecido, entre otros modos, a través de rigurosos procesos de autorregulación... Son segmentos de la sociedad los que generan esos procesos de autorregulación siempre sectoriales, sectores que conocen como sistemas autorreferenciales y que se configuran en torno a un espacio, objeto o actividad determinada como puede ser el sistema financiero, de la industria, de la publicidad, de las telecomunicaciones, de la técnica, de la energía, del arte, del deporte, de internet, de la medicina, de los servicios públicos, etc.*”

²⁰ En este sentido, como describe de Julios-Campuzano, A. (2005). Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del Derecho. *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, Vol. 1, p. 34: “*Cualquier observador medianamente avisado podrá, a la vista de lo anterior, concluir que la diversificación de las fuentes de producción normativa es una de las características distintivas del derecho contemporáneo*”.

jurídica de incorporar, criterios de corrección o de comportamiento ético en un mundo cada vez más globalizado. Ello hace que junto al concepto tradicional de elementos integrantes o de fuentes del derecho, aparezcan otras fuentes o instrumentos generados por los operadores privados²¹.

Uno de los ámbitos en donde esta proliferación de normas blandas con el objetivo de incorporar comportamientos éticos se ha producido con mayor énfasis, es en el campo del derecho financiero. Ello no es sino reflejo de la intención de resolver algunos de los problemas que han sido puestos de manifiesto como consecuencia del proceso de la crisis económica. Para ello, el soft law constituye un instrumento extremadamente útil al permitir englobar, según se necesite, conceptos más o menos amplios o concretos para regular el gobierno de un mercado financiero globalizado. Pero, además, la utilidad del soft law se produce también por la facilidad que permite a la hora de adoptar normas y reglas sin el encorsetamiento o la dificultad de consenso que el sistema tradicional exigiría. Asimismo, en este ámbito, se ha producido una creciente interacción de entidades públicas y privadas e incluso de un conglomerado de entidades públicas no dotadas de personalidad jurídica (piénsese por ejemplo en los casos de grupos de trabajo especializados donde concurren diferentes, pero no al amparo de organizaciones internacionales). Estas normas revisten diferentes contenidos bien de carácter indicativo, de orientación o con vocación normativa, al objeto de que los Estados vayan incorporando esta legislación y estas propuestas a su derecho interno. Todo ello nos da un derecho difuminado en relación con el concepto tradicional de norma jurídica, por cuanto ni es elaborado por el mecanismo tradicional, ni ha sido aprobado por un órgano legislativo, ni existe posibilidad de imposición coactiva por medio de los tribunales. Sin embargo, nadie es capaz de negar la “influencia normativa” que estas disposiciones de soft law permiten.

El complejo entorno socioeconómico que hemos vivido en los últimos años como consecuencia de la crisis económica ha supuesto una intensa presión social

²¹En este sentido Cazorla, L. *La ética en el Derecho de los mercados financieros*. Op citada: “Una de las consecuencias de la actividad de Estado y de los nuevos actores en el proceso de acuñación de las normas jurídicas es la de surgimiento de fuentes del Derecho e instrumentos jurídicos distintos a los propios de la producción monopolística del Derecho por parte del Estado en sentido amplio. Esto es fruto de la aparición de fuentes de instrumentos en los que participan los operadores privados que actúan en distintos sectores de la actividad económica combinadamente con el sector público, e incluso integrados, en organismos de este sector”.

encaminada a conseguir un comportamiento ético de la sociedad en general, y de las empresas y entidades públicas y privadas en particular. La fuerza de los planteamientos neoliberales que reforzaban una intervención reguladora por parte del Estado ha coadyuvado al desarrollo de un proceso de autorregulación. Esta autorregulación se considera como un instrumento de extraordinaria eficacia para aplicar en determinados ámbitos de la vida socioeconómica, especialmente en la vida económica-financiera de sociedades cotizadas, y que se ha materializado en unos nuevos códigos de conducta que persiguen comportamientos antiéticos. La globalización financiera y económica, unida a la excesiva burocratización de determinados entes reguladores (sobre todo la Unión Europea) (UE), ha favorecido el predominio de nuevas corrientes y tendencias encaminadas a realizar un análisis económico del derecho y favorecer una influencia cada vez mayor de la realidad práctica que permita solucionar los problemas. En algunos momentos, el propio concepto de ley como norma jurídica vinculante ha devenido como un factor nocivo y pernicioso para la resolución de los conflictos. Como dice el profesor Embid Irujo, *“si la palabra maldita durante esta época ha sido, precisamente la imperatividad de las normas, por considerarla un serio inconveniente a la eficacia de los mercados y de los operadores económicos, la panacea se ha querido encontrar en la autorregulación”*²².

Al hablar de autorregulación no nos estamos refiriendo a algo novedoso, sino a un instrumento que ha venido utilizándose a lo largo de los tiempos pero que ha adquirido una dimensión nueva y un protagonismo mayor en los últimos años como expresión suprema del principio o del poder de autonomía personal para dotarse de una regulación propia. Esto, que en un primer momento era ampliamente reconocido en el derecho privado, ha tenido una mayor proliferación en los últimos años también en el derecho público.

Sin embargo, esta capacidad de autorregulación podría ser puesta en tela de juicio cuando estamos hablando de la necesidad de establecer códigos o pautas de comportamientos éticos de los agentes económicos, por cuanto deberían ser ellos los que establecieran los criterios o límites a su actuación ordinaria y a la bondad

²² Embid Irujo, J.M. (2009). Leyes versus códigos (autorregulación) en los mercados de valores y en sociedades cotizadas. *Economistas*, Núm. 20, pp. 28-34.

de su comportamiento. Esta situación es lo que condujo, con el apoyo de los poderes públicos, a que fueran surgiendo en diferentes ámbitos una agrupación de los denominados códigos de conducta, cuya finalidad no era otra que dar un tratamiento de unidad y generalidad a los problemas de un mismo sector económico²³.

En muchas ocasiones, estas reglas éticas (entendidas como un conjunto de recomendaciones que se aglutinan en los denominados códigos) tienen su impulso en los poderes públicos, que las propician para tratar de establecer comportamientos éticos y resolver algunos de los problemas que la realidad económica ha puesto de manifiesto. Se trata de una complementariedad con el derecho ordinario que pone como fin último el resultado que se pretende alcanzar²⁴.

Lo esencial de estos códigos es, a priori, su falta de obligatoriedad, puesto que con carácter general no son vinculantes. Sin embargo, debemos interpretar con matizaciones este concepto, ya que en muchas ocasiones aunque su falta de observancia no provoca la aplicación inmediata de sanción, no es menos cierto que ello pueda acarrear una sanción social o reputacional de los operadores o agentes económicos del sector donde se desarrolla su actividad (sanción que puede ser incluso más grave que la sanción normativa²⁵). Se trata, por tanto, de recomendaciones claramente encuadrables en el concepto de soft law, al que habría que añadir la característica de la vocación de generalidad que se persigue y una cierta eficacia normativa al pretender mediante las mismas la generalización de conductas tendentes a la mejora del buen gobierno o de la ética en los comportamientos empresariales. Su relación con el derecho “duro” no se debe

²³ En este sentido, profesor Cazorla L.M. *La ética en el Derecho de los mercados financieros*. Op citada. p. 68.

²⁴ Podemos ver en esta tendencia un cierto reflejo del fenómeno del que nos da noticia Rodotà, S. (2010). *Códigos de conducta: entre hard law y soft law*. En: *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. (1ª ed.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, p. 22: “¿Podríamos decir que se haya atenuado el enfrentamiento radical entre hard law y soft law? La relación entre hard y soft law, en efecto, ha sido configurada como manifestación de un conflicto entre ley y autorregulación, entre autoridad y libertad. Pero hoy, cada vez más a menudo, nos encontramos frente a una complementariedad en el uso de ambos instrumentos, con una visión funcional del sistema jurídico que mira más al resultado que pretende alcanzar que a la forma de los instrumentos empleados”.

²⁵ En tal sentido señala Embid Irujo, J.M. (2009). *Leyes versus códigos (autorregulación) en los mercados de valores y en sociedades cotizadas*. *Economistas*, Núm. 20, pp. 28 y 29: “Este conjunto de recomendaciones-la palabra código resulta, en verdad, un tanto extemporánea- responde, como es sabido, a la temática propia del corporate governance y aspira a ordenar la estructura de gobierno de las sociedades cotizadas, con particular incidencia en el consejo de administración, mediante criterios no vinculantes, encuadrados en lo que se ha dado en llamar soft law. Sin perjuicio de la existencia de una cierta tipología de dichos códigos, es común a todos ellos la idea de formular meras recomendaciones, desprovistas de sanción si no son seguidas”.

entender como una relación de enfrentamiento, sino de complementariedad: en muchas ocasiones, mediante estos instrumentos de soft law, se ha producido la incorporación al derecho rígido de normas ordinarias²⁶.

Este tipo de normas o códigos no son en principio, elementos integrantes del ordenamiento jurídico dado que no participan de la naturaleza jurídica de leyes o normas en sentido amplio. Ello no es obstáculo para que, sin gozar de esa imperatividad, si cuentan, como habla el profesor Cazorla, “*con otra difusa o indirecta eficacia*”. Esta eficacia difusa o indirecta se produce a través del principio de “cumplir o explicar”, que exige a las sociedades cotizadas o afectadas por estos códigos explicar los motivos o circunstancias por los que no cumplen de manera efectiva tales recomendaciones. Esta explicación en el ámbito de cotizadas tendrá su posterior reflejo en los reportes a la CNMV, siendo éstos objeto de publicidad. Nadie cuestiona la relevancia que adquieren estas publicaciones de cara a la evaluación y recomendaciones de voto que vayan a realizar las agencias de proxy, que analizan con sumo detalle no sólo el cumplimiento por las sociedades cotizadas de los códigos nacionales de conducta, sino que van más allá y analizan los estándares comúnmente aceptados en los mercados financieros, siendo en muchas ocasiones sus recomendaciones de voto decisivas en relación a la opinión que vayan a expresar los accionistas en las Juntas Generales.

En definitiva, no resulta necesario explicar la importancia y relevancia de estas recomendaciones en el mundo globalizado en el que nos movemos, constituyendo su infracción, en muchas ocasiones, una sanción más rígida y estricta que la que podría derivarse de una norma imperativa.

Un apunte sobre la globalización

²⁶ Como advierte Olivencia Ruiz, M. (2011). *¿Los códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los códigos de buen gobierno?* Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, p. 26: “*En especial en el caso de España, los Códigos de buen gobierno, desde el de 1998 al actual Código Unificado (2006), no han supuesto “desregulación” alguna que afecte al sistema de normas imperativas; al contrario, no pocas de sus “recomendaciones” han inspirado la promulgación de nuevas normas que han convertido lo voluntario en obligatorio*”. Igualmente, y como se lee en el *Código de buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2015*, p. 9: “*La reciente reforma de la Ley de Sociedades de Capital, promovida por el informe de la Comisión de Expertos, ha elevado a la categoría de normas legales de obligado cumplimiento aquellas cuestiones básicas en materia de gobierno corporativo que se han considerado exigibles a todas las sociedades y cuya eficacia y contribución se entienden debidamente contrastadas, mientras que su ausencia determina la imposibilidad de alcanzar el objetivo del buen gobierno corporativo*”.

El fenómeno de la globalización²⁷ ha sido definido como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común, aunque pueda ser discutible que ello lleve al bien común²⁸. Ello, sin embargo, no debe llevarnos a confundir la globalización con la internacionalización, pues se trata de dos conceptos diferentes: mientras que la globalización implica o tiene como esencia de su concepto la cooperación entre Estados; la internacionalización significa, precisamente, la limitación de la capacidad de actuación de los Estados tradicionalmente entendidos en pro de otras organizaciones supranacionales²⁹.

En este entorno cambiante y mutable en el que nos movemos, el derecho no es más que uno de los instrumentos configuradores de la realidad en la que vivimos y que tiene su reflejo en las relaciones sociales, económicas y, por supuesto políticas. Ello es así por que el fenómeno de la globalización no es único, sino variado y complejo. No afecta a una, sino a varias y múltiples facetas de nuestras vidas y de nuestras Comunidades. Es más, no podemos hablar de una sólo globalización, sino de múltiples, no solo en función de los temas, sino también en función de las épocas. Hoy, el mundo en el que vivimos camina a una velocidad infinitamente superior a la que lo hacía cuarenta años y, probablemente, sea un paquidermo cuando sea analizado por la generación de nuestros hijos.

De esta forma se expresa el ex secretario general de las Naciones Unidas, Butros Gali: *“No existe una sino muchas globalizaciones, por ejemplo, la de la información, de las drogas, de las pestes, de la ecología y naturalmente ante todo la de las finanzas. Aparece también una gran complicación porque las globalizaciones avanzan con velocidades muy diferentes”*³⁰.

Así, la expansión del proceso de la globalización tal y como lo entendemos en nuestros días se produce como consecuencia de la concurrencia de un conjunto de factores que han devenido en una realidad práctica que es imposible ignorar. Por

²⁷ El término “Globalización” parece haber sido atribuido a Theodore Levitt, sin embargo, hay algún estudio sobre la “genealogía de la globalización” que corrige la acuñación del término. Así, James, P. & Steger, MB. (2014). Globalization: The Career of a Concept, *Online Globalizations*, Vol. 11, Núm. 4, pp. 417-434.

²⁸ Martin, H.P. & Schumann, H. (1996). *Die Globalisierungsfalle*. (1ª ed.). Colonia: Rohwolt.

²⁹ Spota, A. (1999). Globalización, integración y derecho constitucional. *La Ley*, Núm. 40

³⁰ Grún, E. (1995) *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. (1ª ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis

ello, no podemos hablar de una única globalización y en cada momento histórico han sido unos los factores que la han provocado o impulsado³¹.

Analizar aquí las diferentes causas de este fenómeno de la globalización o intentar realizar un estudio detallado de las ventajas e inconvenientes del mismo o de las diferentes consecuencias que ha producido en los ámbitos económico, social, político o jurídico excedería, con mucho, los objetivos de este trabajo. Sin embargo, intentaré realizar una breve referencia a algunos de los elementos que han servido de catalizador para la eclosión de este proceso de globalización y que, sin ellos, ésta hubiera sido imposible. La relación de ellos con el tema principal que nos ocupa resulta de todo punto procedente.

La evolución normal de las sociedades (la globalización) y la progresiva superación de las barreras físicas, jurídicas y políticas, nos está llevando a un escenario completamente diferente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el punto de vista cualitativo. Como señala el profesor Olivenza: *“Capitales, bienes y servicios circulan de un lugar a otro. Las dimensiones del mercado, y la de sus protagonistas, han desbordado hasta tal punto los moldes nacionales que a los mercantilistas se nos han agotado los prefijos para expresar esa nueva realidad”*³².

En consecuencia, ello nos lleva a una realidad completamente diferente, en la que los fenómenos socio-políticos-económicos que afectan a los individuos, a las sociedades y a las organizaciones políticas, ya no son los Estados, ni siquiera los continentes. Se han superado sobradamente los límites de las fronteras nacionales y los límites continentales³³.

Nos encontramos ante un fenómeno que, al igual que no se circunscribe a un área geográfica, tampoco se ciñe a una rama del derecho, sino que se extiende con genialidad a todos ellos en la medida en que el fenómeno imparable de la

³¹ Sobre este punto es muy interesante el estudio que realiza el profesor de Historia Económica Bairoch, P. (1993). *Economics and World History: Myths and Paradoxes*. (1ª ed.). London: Harvester Wheatsheaf, en el que se analiza detalladamente una serie de preguntas e hipótesis de trabajo sobre varios mitos que afectan a la historia económica y en el que se enumeran las diferentes causas que han concurrido o no en lo que se han venido denominando procesos de globalización anteriores.

³² Olivenza Ruiz, M. (1993). *Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil*. Discurso leído el 16 de mayo de 1993 en el acto de su recepción pública en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

³³ En este sentido Al-Rodhan, N. & Stoudmann, G. Definitions of Globalization: A Comprehensive Overview and a Proposed Definition, Op. citada, quienes definen la Globalización como *“a process that encompasses the causes, course, and consequences of transnational and transcultural integration of human and non-human activities*.

globalización nos va imponiendo día a día sus exigencias. En esta línea, lo exponía el profesor Cazorla Prieto cuando afirmaba: *“El fenómeno de la globalización financiera, atizado en buena medida por entidades y productos sin regulación o supervisión de ninguna clase o, al menos, escasa en proporción a su importancia, ha sido uno de los factores causantes de la crisis que estamos sufriendo. Hoy, aunque nos hallamos ya ante una crisis económica global, una de las palancas poderosas de su desencadenamiento y propagación ha sido la globalización financiera descontrolada y desconocedora de todo tipo de límites³⁴”*.

Añadiendo también que *“Frente al desarrollo desmesurado y desconocedor de los límites, las estructuras orgánicas y públicas o privadas a las que tendría que incumbir la tarea de gobernar la globalización financiera permanecieron casi invariables a lo largo de los últimos años. Como veremos con más detalle en su momento, solo han empezado a tomar iniciativas propias de su esbozo de gobierno financiero mundial ciertas entidades, como, entre otros, los llamados Grupo de los Ocho y Grupo de los Veinte (en adelante G-8 y G-20), que, junto a las tradicionales ya existentes como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, han despertado bruscamente a la tremenda realidad que acabó mostrándose con crueldad tras la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008”*.

El fenómeno de la globalización no es, por tanto, una moda o algo pasajero³⁵. A efectos dialécticos sí que podemos plantearnos la pregunta de si se trata de un fenómeno nuevo o, por el contrario, es la reproducción de un conjunto de circunstancias que ya han concurrido temporalmente, con anterioridad, cuya única diferencia radica en el hecho del vertiginoso crecimiento de las comunicaciones y de los medios de transmisión de la información que gozamos en la actualidad.

Globalización y derecho

Es una constante en el mundo jurídico - que además se viene repitiendo inexorablemente desde hace muchos siglos - el que la realidad social va por delante de la realidad jurídica. Esta constante se ha incrementado si cabe, en la actualidad, como consecuencia del fenómeno de la globalización. La ya clásica expresión de

³⁴ Cazorla Prieto LM. *El Gobierno de la globalización Financiera: una aproximación jurídica*. Op. citada.

³⁵ En este sentido se expresan magistralmente los doctores Ballbé, M. y Martínez, R en su artículo *Law and Globalization between United States and Europe*. Op. citada.

la tensión entre lo global y lo particular se ha interiorizado de forma permanente en nuestro trabajo y actividad diaria. Se trata de una nueva revolución industrial imparable, que está modificando permanentemente los parámetros de actuación que se han venido siguiendo y que exige capacidad de respuesta inmediata por parte de todos - entre ellos el mundo jurídico, que no puede quedarse atrás. Resistirse, como tratan algunos, a la nueva realidad es tan ufano como tratar de resistirse a un maremoto. Es indudable que el mero intento de resistencia no pasará de eso, de expresión insignificante de una falta de acomodo a las nuevas exigencias que la realidad impone³⁶.

Y se trata de un fenómeno que afecta sin excepción a todas y cada una de las disciplinas científicas y sociales, pues supone una transformación respecto de los modos y métodos en los que hasta ahora se había concebido la vida, el trabajo y las relaciones sociales. Lo que se viene a denominar globalización, no es sino un constante proceso de internacionalización de las relaciones económicas, culturales, sociales, laborales o políticas que afecta por igual a todos los países puesto que el medio de transmisión del mensaje ya no es el hombre o las fórmulas tradicionales de comunicación.

Hoy un mensaje, una idea o una propuesta pueden transmitirse de forma inmediata a todo el mundo y recibirse – también de manera inmediata - por cientos de millones de personas. La globalización significa un incremento en la interconexión de las sociedades e individuos entre sí, promovida por el aumento de los flujos económicos, financieros y, sobre todo, comunicacionales. La característica de este nuevo marco de relaciones es la facilidad con la que los flujos de información pueden transmitirse de un lugar a otro, con la correspondiente capacidad de influencia y afección de una sociedad a otra, de un pueblo a otro, de una nación a otra, o de un continente a otro³⁷.

³⁶ En este sentido se expresan las Naciones Unidas cuando afirman “*Creemos que la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos*”, Declaración del Milenio, 2000 (A/RES/55/22).

³⁷ En este mismo sentido se manifiesta el profesor Cazorla Prieto, L.M. (1999). Crisis económica y transformación del Estado. (1ª ed.). Madrid: Aranzadi Thomson Reuters: “*El escenario de muchos de los fenómenos socio-político-económicos que pueden afectar a los individuos, a la sociedad y a las organizaciones políticas de principios del siglo XXI es el mundo, el globo terráqueo, muy por encima de las fronteras nacionales y de los límites continentales*”.

En ocasiones, se afirma que el fenómeno de la globalización no es sino una fase más de la imposición del modelo capitalista que, lejos de solventar los problemas actuales, servirá para agravarlos e incrementarlos. Con independencia de planteamientos obsoletos de quienes no ven la realidad que nos inunda de forma irremediable, en muchos casos se trata de expresión de aquéllos que están todavía cegados con el haz de luz y claridad que la caída de los regímenes totalitarios de corte marxista produjo hace más de veinticinco años en Europa.

Al igual que la globalización (y las consecuencias que ello implica) no es la solución mágica a todos los problemas de las sociedades modernas, tampoco es la culpable de todos los males que acucian al mundo. La globalización es una realidad que debemos asumir y acatar, adaptándola a las necesidades actuales y utilizándola, en la medida de nuestras posibilidades, de forma tal que sirva de instrumento útil para el desarrollo y avance de los pueblos. Como acertadamente afirma el profesor Manuel Ballbé: *“Por tanto, debemos reconocer – nos guste o no- que inicialmente la globalización es, sobre todo, la americanización... para lo bueno y para lo malo. Es cierto que algunos sólo ven en ella la parte negativa, como les ocurre a los movimientos progresistas que se oponen a la liberalización del comercio desregulado y sin intervencionismo administrativo. Pero también es importante recordar que la globalización-americanización tiene aspectos muy positivos que dichos movimientos deberían reconocer, descubrir y aprovechar porque son obra de sus predecesores³⁸”*.

En definitiva, no es la solución ni es la culpable³⁹, es simplemente la realidad y habrá que atender a cada una de sus diferentes manifestaciones para ver las adaptaciones y mejoras que requiera para ser útil. Lo que no podemos, es obviarla⁴⁰.

³⁸ Los doctores Ballbé, M. y Martínez, R. en su artículo *Law and Globalization between United States and Europe*. Op. citada.

³⁹ En sentido similar se expresa afirma Alli Aranguren, JC. *Derecho Administrativo y Globalización*. Op. citada, pp. 392-393.

⁴⁰ En este sentido se expresa Zygmunt Bauman, profesor de sociología en la Universidad de Leeds y la Universidad de Varsovia en un artículo titulado *El desafío de la globalización* (El País: https://elpais.com/diario/2001/07/20/opinion/995580007_850215.html): *“Hace casi dos siglos, en plena primera secesión, Karl Marx acusó de ‘utópicos’ a aquellos que abogaban por una sociedad mejor, más equitativa y justa y que tenían la esperanza de lograrlo deteniendo en seco el avance del capitalismo y volviendo al punto de partida, al mundo pre-moderno del ámbito doméstico y los talleres familiares. No había vuelta atrás, insistía Marx; y, al menos en ese punto, la historia le dio la razón. Cualquier tipo de justicia y de equidad susceptible de arraigar hoy día tiene que partir del punto en que unas transformaciones irreversibles han llevado ya a la condición humana. Una vuelta atrás de la globalización de la dependencia humana, del alcance global de la*

Lo anterior representa un reto muy importante para las diferentes ramas de la ciencia que se ven afectadas de forma directa por esta nueva realidad y, muy especialmente, por el derecho, que debe proveer de los medios y mecanismos jurídicos idóneos capaces de atender a las nuevas y cambiantes necesidades. Lo que hasta hace unos años o unos meses era válido, puede que necesite una modificación inmediata⁴¹.

La realidad va siempre por delante del derecho, y ello se traduce en que, a cada paso, podemos encontrar ejemplos de lo que estamos comentando. En este sentido merece la pena reseñar la reforma del texto constitucional de nuestro país. La que se viene llamando ley de leyes y que ha permanecido inalterable desde su aprobación en 1978 (con una mínima excepción con el fin de adaptarse a las exigencias de la UE), ha sido modificada en apenas tres semanas por unas exigencias del mercado; con el fin de dar tranquilidad y confianza a los inversores sobre el firme compromiso de España con el equilibrio presupuestario. Con independencia de otras consideraciones políticas que evidentemente tiene el tema, y que ha quedado reflejado en la prensa diariamente, se trata de un nuevo ejemplo en el que el legislador se tiene que ajustar a una exigencia que no deriva de una

*tecnología y de las actividades económicas es imprevisible con toda seguridad. Respuestas como 'pongamos las carretas en círculo' o 'volvamos a las tiendas de campaña tribales' (nacionales, comunitarias) no servirán. No se trata de cómo remontar el río de la historia, sino de cómo luchar contra su contaminación y canalizar sus aguas para lograr una distribución más equitativa de los beneficios que comporta. Y otro punto que es necesario recordar: sea cual fuere la forma que adopte el control global sobre las fuerzas globales, no puede ser una copia ampliada de las instituciones democráticas desarrolladas en los dos primeros siglos de la historia contemporánea. Dichas instituciones se hicieron a la medida del Estado nacional, que entonces era la 'totalidad social', de mayor tamaño y que más abarcaba y son particularmente poco aptas para ser ampliadas hasta una escala global". De esta misma forma se expresa el economista brasileño Celso Furtato en su artículo *El capitalismo global*: "Ya nadie puede pasar por alto la fantástica concentración de poder que en nuestros días se advierte en los llamados mercados financieros, dominados por la especulación cambiaria. Con el avance de la globalización, esos mercados son ahora los más rentables. Por ello, y cada vez más, la distribución del Ingreso en el mundo responde a las operaciones virtuales efectuadas en el sector financiero. Ésta es la manifestación más clara de una realidad que se impone y que bien puede denominarse capitalismo global, germen de un futuro sistema mundial de poder. La configuración de ese sistema de poder y su institucionalización -incluyendo el papel que en él corresponderá tener al dólar- se convertirán en la principal tarea política de los próximos decenios. El proyecto europeo de creación de una moneda única y de integración de los bancos centrales, que va a implantarse en el futuro próximo, será la primera gran experiencia de política monetaria multinacional, y puede verse como un intento de influir en la configuración de ese nuevo poder mundial".*

⁴¹ Iglesias Vázquez, M. A. (2017). Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, pp. 215-235: "an historical process which engenders a significant shift in the spatial reach of networks and systems of social relations to transcontinental or interregional patterns of human organization, activity and the exercise of power". En este mismo sentido, McGrew, A.G. (1998). *Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization*. En: *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*. (1ª ed.). Ashgate: Dartmouth Publishing Company), p. 327 y Al-Rodhan, N. & Stoudmann, G. (2006). Definitions of Globalization: A Comprehensive Overview and a Proposed Definition. *Program on the Geopolitical Implications of Globalization and Transnational Security*. Geneva Center for Security Policy, p. 20.

norma o de un tratado internacional: se trata de una exigencia del “mercado”. ¿Quién ese el mercado? ¿Cuál es su regulación? ¿Qué instrumentos utiliza? ¿De qué instrumentos dispone para hacer cumplir sus exigencias? Muchas de estas preguntas y algunas más, están en este momento sobre la mesa sin respuesta. Sin embargo, el mismo “mercado” ha conseguido lo que no ha sido posible en más de 30 años: reformar el texto constitucional. No podemos negar su éxito.

Ello nos sirve también para analizar otra peculiaridad sobre la que luego regresaremos: la forma en la que estas medidas se materializan. En ocasiones es mediante el sistema tradicional del instrumento legislativo correspondiente (como el ejemplo que acabamos de citar). Sin embargo, casi podríamos decir, que es la minoría de las veces. En su inmensa mayoría, estas medidas se plasman en declaraciones, acuerdos o propuestas emanadas de órganos inexistentes desde el punto de vista formal, en tanto que no tienen reflejo legal o constitucional alguno. Sin embargo, nadie duda de la eficacia material de sus decisiones, especialmente los destinatarios de sus mensajes: los mercados⁴²: *“Desde este punto de vista no podemos hablar con propiedad de gobierno de la economía financiera globalizada. La razón es bien sencilla: no hay gobierno de un Estado por muy poderoso que sea capaz de tomar decisiones o establecer directrices susceptibles de dirigir por sí mismas la economía financiera globalizada, que por principio salta por encima de los gobiernos estatales⁴³”*.

Como exponía en el trabajo *“El Derecho como Ciencia (inexacta)⁴⁴”*, se puede concluir con rotundidad que el derecho es una ciencia social, ya que tiene por objeto el ser humano y su conducta. Consecuencia lógica de ello, es que se trata de una ciencia inexacta por cuanto tiene que adaptarse en cada caso a una realidad mutable, esto es, al devenir del día a día del propio ser humano y a la compleja realidad a la que éste se enfrenta (social, económica, política, internacional, etc.). La aplicación del derecho es interpretación y, en la medida en que es una actividad

⁴² En este mismo sentido se manifiesta el profesor Cazorla Prieto, L.M. (2010). *El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica*. Discurso leído el día 15 de noviembre de 2010: *“Con carácter general, y salvo contadas excepciones sobre todo las situadas en el campo comunitario, la ausencia o escasa regulación jurídica e la masa de operaciones propias de la globalización financiera ha sido una característica extendida antes del estallido de la crisis económica, cuyo primer aldabonazo fue la financiera”*.

⁴³ De Blas Guerrero, A, Rubio Lora, M.J. y de Andrés Sanz, J. (2010), *Teoría del Estado I el Estado y sus instituciones*. Universidad Nacional a Distancia, 1ª edición, 3ª impresión, Madrid.

⁴⁴ Martínez Garrido, S. (2008). Conclusiones: el derecho como ciencia (inexacta) *Manual de derecho para ingenieros*, La Ley. págs. 771-786.

esencialmente valorativa (consiste en aplicar una norma general a las circunstancias concretas de cada caso), es por ello controvertida y, como consecuencia de ello, impredecible. Coing⁴⁵ señalaba que la ciencia del derecho es precisamente una ciencia porque no solo interpreta unas reglas positivas que ha establecido un legislador, sino porque lo hace sobre la base de un verdadero conocimiento objetivo de las estructuras de la Justicia que siempre se refleja en los distintos aspectos del derecho. En la situación actual de la UE, la interpretación de las mismas normas en cada Estado se realiza con arreglo a los parámetros que existen en cada uno de ellos, siendo diferentes unos de otros.

Y precisamente ese es el papel que corresponde a esta nueva realidad. Debe encauzar de forma adecuada las nuevas necesidades que la sociedad y sus ordenamientos demandan en este complejo panorama. Y ello debe ser así ya que el derecho es uno de los instrumentos esenciales de los que debe valerse la sociedad para pautar las conductas y regular el nuevo modelo de relaciones que el mundo actual precisa. Sería un fracaso imperdonable si el derecho no fuera capaz de dar respuesta a estas nuevas necesidades, o no actuara de forma diligente para atender a una necesidad real e inmediata.

Esto no significa que el derecho deba abandonar los postulados tradicionales que tanto ha costado consagrar en las modernas democracias. Una de las grandes conquistas sociales del hombre es la plasmación del principio de legalidad, evitando de esta manera la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes, que deberán ajustar su comportamiento a un marco jurídico previamente fijado. En estos términos se expresaba Leon Dujuit⁴⁶ en su tratado de derecho constitucional de 1923, cuando definía el principio de legalidad destacando que la discrecionalidad debe guiarse por reglas previamente fijadas de tal forma que “*ningún órgano del Estado pueda adoptar una decisión singular que se ajuste a las reglas previamente declaradas*”.

Este principio, que puede parecer una obviedad en nuestros días en los países desarrollados, a poco que nos asomemos a la realidad social, podremos comprobar con asombro que bien entrado en siglo XXI, el mismo sigue siendo la aspiración de

⁴⁵ Coing, H. *Europaisierung der Rechtswissenschaft*, Neue juristische Wochenschrift (1990).

⁴⁶ Duguit, L. (1921). *Manual de derecho constitucional: teoría general del estado, el derecho y las libertades públicas y organización política*. (1ª ed.). Madrid: Beltrán.

cientos de millones de hombres. Las diferentes revueltas que estamos viviendo en los países del norte de África (y otras muchas en los cinco continentes), no tienen otro objetivo final que el de exigir la plasmación constitucional⁴⁷ de este principio esencial. Principio que se traduce en la exigencia de la norma previa, de una tipicidad de actuación de la Administración, de los derechos u deberes de los ciudadanos, de las libertades públicas, etc. En definitiva, de la existencia un marco jurídico que permita desarrollar la convivencia y facilite el desarrollo de los países. A día de hoy, nadie duda que uno de los elementos esenciales que han permitido el avance de la humanidad y la consolidación del crecimiento económico es la existencia de un marco jurídico estable, adaptado a la realidad social y que permita dar respuesta a las necesidades y exigencias que en cada momento los ciudadanos y la sociedad van planteando.

No estamos hablando de nada nuevo: la aspiración del “*rule of law*”, del principio francés de “*legalité*”, o del “*rechtstaat*” alemán, son una constante del proceso de evolución jurídica de los pueblos encaminada a conseguir reglas del juego que permitan delimitar con precisión cuál es el ámbito o campo que corresponde jugar a la Administración, a los ciudadanos, a los agentes sociales, etc.

Sin embargo, como indicaba antes, este principio de legalidad no puede tener una formulación absoluta, entendiendo como tal aquella por la cual las normas y reglas que dibujan el marco de convivencia, una vez establecidas, quedan petrificadas⁴⁸. Como afirma García de Enterría⁴⁹ “*la seguridad jurídica implica, también, la necesidad de que el Estado no puede abrogar libremente aquellas normas que están precisamente destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales. La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento, pero sí, creo, el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales*”.

⁴⁷ No podemos dejar de citar en este punto el excelso trabajo de García De Enterría, E. (1984). Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 10, pp. 11-64.

⁴⁸ Es numerosa la jurisprudencia que aborda la prohibición de que el ordenamiento jurídico quede petrificado. Ya el TC español lo advirtió tempranamente en sus SSTC 126/1987, 150/1990, 197/1992 y 205/1992.

⁴⁹ García De Enterría, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista Administración Pública*, Núm. 159, pp. 173-206.

Es necesario, y en eso juega mucho la capacidad del político responsable de su elaboración, que ese marco jurídico dé respuesta de forma inmediata a las exigencias de los ciudadanos. Es más, en muchas ocasiones (y es una de las muchas tareas que le corresponden al responsable político), el ordenamiento jurídico no debe servir sólo para regular *a posteriori* conductas o comportamientos que son una realidad en la calle; sino que también debe utilizar los diferentes recursos que el ordenamiento jurídico pone en sus manos para pautar e incentivar conductas y comportamientos de la sociedad al objeto de lograr como resultado un mayor desarrollo económico y social.

Para el desarrollo de esta función, es innegable que los recursos jurídicos que las normas ponen en manos de los gobiernos son múltiples. Sin embargo, y junto a ello, es también una realidad que viene coexistiendo desde el principio de los tiempos, el que junto con la norma escrita se establezcan como parámetros de validez jurídica diferentes actuaciones consuetudinarias. En este sentido, se expresa el artículo primero del Código Civil en esa formulación ya clásica que indica que *“Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*.

Todo ello ha sido asumido tradicionalmente como parte integrante de ese Estado de Derecho y de sus fundamentos. En base a ello, se dota por un lado a la Administración y al Gobierno de una capacidad; y, por otro, también se les dota de una vinculación y exigencia a la hora de ajustar sus comportamientos. En este sentido es clásica la cita de Friedrich von Hayek, quien afirmaba *“Desnudo de todos sus tecnicismos, esto significa que el gobierno en todas sus acciones está vinculado a reglas previamente establecidas y anunciadas de antemano, reglas que hacen posible prever con bastante certeza como la Autoridad usará sus poderes con adecuación en una determinada circunstancia, lo que permite planear las actuaciones o los asuntos de cada individuo sobre la base de aquel conocimiento⁵⁰”*.

Bajo este escenario, la función e intervención del jurista se aventura más confortable dado que debe sujetar su comportamiento a los parámetros previamente fijados por las normas constitutivas de ese Estado de Derecho. De una

⁵⁰ Von Hayek, F. (2001). *The Road to Serfdom*. (2ª ed.). Oxford: Routledge

forma muy descriptiva definía este comportamiento el profesor Oliver Holmes: *“Cuando estudiamos Derecho no estamos desvelando un misterio, sino ejerciendo una bien conocida profesión. Estudiamos aquello que debemos hacer en el supuesto de que tengamos que presentarnos ante un juez o asesoramos a la gente de tal manera que podamos mantenerles lejos de los Tribunales; el objeto de nuestro estudio es básicamente predicción, la predicción de qué incidencia puede tener en nuestra vida la fuerza pública instrumentada por los Tribunales; éstos han sido llamados con toda propiedad ‘oráculos del Derecho’. Lo más importante, por consiguiente, y el sentido último de cualquier nuevo esfuerzo del pensamiento jurídico, es lograr que estas profecías sean cada vez más precisas⁵¹”.*

Globalización y soft law

La propia admisibilidad de la existencia del soft law ha dado lugar a que en algunas ocasiones este adjetivo de soft no sea utilizado única y exclusivamente en relación al derecho. Así, junto al soft law podríamos hablar de una política soft, de una regulación soft o de unos instrumentos soft⁵². Sin embargo, en mi opinión, más que hablar de un reflejo del soft law en otras áreas para calificar a éstas mismas de soft, lo que creo es que nos encontramos ante diferentes instrumentos o reflejos de la propia aplicación del soft law. Lo importante en uno y otro caso, es la necesidad de encontrar una debida justificación y vinculación con la realidad democrática de nuestros sistemas al objeto de evitar un riesgo real consistente en que por la aplicación de la posible vigencia del soft law se pueda producir una desconexión paulatina de los instrumentos de control político-parlamentarios que a lo largo de los siglos se han conformado en el mundo occidental y, más concretamente, en el ámbito de la Europa democrática. En esta línea, no faltan algunos autores que consideran que la utilización de estas redes paralegales de elaboración de normas puede, en algunos casos, producir un déficit democrático en el seno de las instituciones que las promulgan⁵³.

En efecto, el propio concepto de soft law implica la utilización de una terminología que ha tenido mucho éxito en nuestros días. Me refiero al término soft. Con él, la

⁵¹ Holmes, O. (1897). The Path of the Law, *Harvard Law Review*, Vol. 10, Núm. 8, pp. 457-478

⁵² Zito, A., Radaelli, C. & Jordan, A. (2003), Introduction to the symposium on ‘new’ policy instruments in the European Union. *Public Administration*, Vol. 81, Núm. 3, pp. 509-511.

⁵³ Eriksen, E. & Fossum, J. (2005). The Prospects for a Post-National Citizens’ Europe. *Paper presented at Cidel concluding conference (European University Institute, Florence)*, 22-24 September 2005.

cultura del siglo XIX trata de identificar aquellas manifestaciones o prácticas de la vida cotidiana que, de alguna manera, quedan desvirtuadas o en un planteamiento más suave del que era tradicional hasta ahora. Así, se habla de una cultura soft, de una filosofía soft e incluso de una lógica soft⁵⁴.

Esto ha acarreado críticas en todos los ámbitos al entender que esta cultura está afectando de forma indirecta e inmediata a lo que son las esencias básicas de todas y cada una de estas manifestaciones. Trasladado al mundo del derecho, se identifica fundamentalmente con los mecanismos del gobierno que tienen un cierto grado de implicación o de obligación, pero que no llegan a constituir una norma auténtica con un régimen formal de sanciones y fuerza vinculante⁵⁵.

La valoración negativa de aquellos que critican el soft law suele venir desde una concepción de Estado centralista y con una estructura y modelo de elaboración de las normas tradicionales que no tiene en cuenta las nuevas exigencias que el proceso de globalización implica: una multiplicación de los destinatarios y cuerpos que elaboran las normas y un proceso de privatización de los regímenes legales. Es esta variedad institucional, social y académica de actores, lo que ha producido la generalización y expansión del soft law⁵⁶. Esta pluralidad de actores, en un mundo cada vez más complejo y cambiante, implica una proliferación acelerada de estas normas que en muchas ocasiones encuentran dificultades para poder ser categorizadas y clasificadas. Reduciendo al máximo esta clasificación podemos hablar de aquéllas que se refieren al ámbito del derecho público, encaminadas a realizar regulaciones fundamentalmente entre particulares; de aquéllas otras cuyo objetivo principal está centrado por la pseudo-regulación pública y de carácter más administrativo. Son estas últimas las que mayor crítica han recibido por algún sector de la doctrina por cuanto supone sustituir el poder tradicional de las instituciones legalmente constituidas, por la voluntad de las asociaciones u organizaciones sociales. A pesar de ello, no cabe duda que la aproximación a través de la sociología nos permite realizar un mejor examen de las circunstancias que

⁵⁴ Grunfeld, J. (2000). *Soft Logic: The Epistemic Role of Aesthetic Criteria*. (1ª ed.). New York: University Press of America.

⁵⁵ Snyder, F. (1993). The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. *Modern Law Review*, Vol. 56, Núm. 1, pp. 19-54 y Wellens. K.C, & Borchardt, G.M. (1989). Soft Law in European Community Law. *European Law Review*, Vol. 14, pp. 267-280

⁵⁶ Robilant, A. (2013). Genealogies of soft law. *Scandinavian studies in law*, Núm. 58

concurrir en la extensión del soft law como una fuente normativa, sobre todo en el ámbito regulatorio. Qué duda cabe que el binomio ley - sociedad ha tenido, tiene y tendrá a lo largo de los próximos años una función determinante en el desarrollo normativo y, por lo tanto, en la pluralidad legal que se va imponiendo.

Como sostiene Ángeles Mazuelos Bellido⁵⁷, *“debemos advertir que la expresión no ha encontrado un significado unívoco. En efecto, por un lado, se utiliza en relación con instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante –si bien por factores diversos– y una cierta relevancia jurídica. Así en relación con resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales, instrumentos de actores no estatales y los denominados acuerdos no normativos. Por otro lado, encontramos la expresión referida al contenido de instrumentos, bien jurídicamente vinculantes (legal soft law) o no (instrumentos entonces, doblemente “soft”). En conjunto se aprecia que la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona. La evaluación del soft law por lo que hace a los fenómenos que engloba y a la propia expresión, será tributaria del concepto de “Derecho” que se adopte y de lo que la propia expresión evoque según usos doctrinales. Generalmente el término “law” evoca la obligación jurídica, de ahí las reticencias a verlo empleado en relación con fenómenos donde ésta no se verifique”*.

En este análisis, hemos de destacar el trabajo realizado por Anna di Robilant en su artículo *“Genealogies of soft law”*⁵⁸, en el que realiza una investigación acerca de la evolución histórica del soft law y los orígenes remotos del mismo. Según ella, los abogados centrados en el derecho internacional privado, así como en las normas o derecho de carácter más corporativo, se podrían dividir en dos grandes grupos en relación a la defensa de los orígenes del soft law: el primero de ellos identificaría el precedente del soft law en un origen medieval, en el que se produce una pluralidad de fuentes normativas que emanan de los propios gremios, de las propias organizaciones sociales es, en definitiva, la *lex mercatoria*. Estaríamos hablando de una época previa a la configuración y consolidación del Estado moderno en el modo y manera en el que hoy lo conocemos, caracterizado por la ausencia de un

⁵⁷Mazuelos Bellido, A. (2004). Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? *Revista electrónica de estudios internacionales*, Núm. 8.

⁵⁸ Robilant, A. *Genealogies of soft law*. Op. citada

poder central y la proliferación del poder de los señores feudales, que van adquiriendo relevancia y van regulando paulatinamente sus diferentes relaciones en función de las necesidades de los gremios y comerciantes.

La segunda rama de estos autores (*ius privatistas*) ligan la aparición del soft law al desarrollo vivido en Europa hacia el final del siglo XIX. La característica de esta segunda evaluación se basaría en la eclosión social y movimientos sociales que se producen en esa época (recordemos que el siglo XIX es el siglo de las revoluciones por excelencia, no solo la industrial sino la social y el origen de las revoluciones del proletariado) y en ese caldo de cultivo aparecería el soft law como una alternativa anti formalista a lo que hasta ese momento había venido significando el concepto tradicional de derecho⁵⁹.

Entre una y otra teoría, creo que la primera responde más al verdadero origen del soft law, como fuente creadora de normas vinculantes sin que exista un poder establecido, constituido y autorizado para la elaboración de las mismas. Sin embargo, no nos vamos a detener en el análisis del origen puesto que creo que las mismas razones que apuntaban el origen del soft law en la Edad Media, podían trasladarse a unos años atrás, hasta la propia época de los romanos. En todo caso, ambas teorías coinciden en que el soft law permite una mayor flexibilidad, una mayor adaptabilidad y una más fácil capacidad para resolver los problemas. A la vez, permite una mayor participación de los entes sociales que puedan estar afectados. Y estos elementos son el motor y la esencia de los conceptos elaborados a lo largo de la historia por parte de los grandes juristas⁶⁰.

⁵⁹ En este sentido Trubek, D.M. (2006). Soft Law, Hard Law and EU Integration. En: *Law and Governance in the EU and the US*. (1ª ed.). Oxford: Hart publishing: "Sociological approaches have, so far, proved best suited for a study of soft regulatory regimes and legal pluralism. Law and Society scholars and sociologists of law have devoted a great deal of energy to the empirical and conceptual analysis of soft law and legal pluralism. My inquiry will pursue a different course. I will attempt an intellectual history of soft law, investigating its alleged remote origins. Private international lawyers, legal historians and comparative lawyers have questioned the origins of soft law. In the effort to unveil the lineage of soft law, two family trees are often sketched. The first genealogy is of truly venerable age: the ancestors of soft law are identified in medieval legal pluralism and the *lex mercatoria*. The second genealogy links soft law to notions of social law and legal pluralism developed by European anti-formalist jurists at the end of the 19th century and beyond. For an intellectual history of soft law that focuses on rationalist and constructivist theories of soft law in the literature on international relations and international law".

⁶⁰ Robilant, A. Genealogies of soft law. Op. citada, p. 219: "The latter, on the other hand, is rarely explicitly delineated as a parentage of authors directly involved in the soft law controversy; rather it translates into a set of widely recurrent slogans, loudly voiced by advocates of soft harmonization and soft governance. "Flexibility," "adaptability," "problem-solving capacity," "participation" and "coping with diversity" are powerful mottos echoing notions of organisms and pluralism elaborated by Savigny, Ehrlich, Gurvitch and Santi Romano".

Una de las causas que ha provocado la eclosión del proceso del soft law es la globalización, la ruptura de los modelos y parámetros tradicionales con arreglo a los cuales se habían venido configurando las relaciones económicas y sociales. Esta ruptura ha provocado una alteración completa de los instrumentos y resortes en manos de los operadores a la hora de buscar soluciones y alternativas a los problemas y exigencias propias de su actividad. Evidentemente, uno de los sectores en donde más efecto ha producido es en la economía y, más concretamente, en la teoría de la organización económica, con múltiples y variadas implicaciones nacionales e internacionales de las que en el momento actual a penas solo atisbamos una proporción ínfima. La velocidad a la que se van produciendo los cambios en los ámbitos económicos, políticos y sociales, produce una diferente valoración de unos mismos hechos a tenor de las circunstancias concurrentes en cada momento. Es decir, lo que hace quince años (cifra prácticamente insignificante cuando estamos hablando de análisis sociales) podía considerarse una conducta ordenada, adecuada o coherente, analizada con los parámetros actuales merece una valoración completamente distinta y es muy probable que si volvemos a analizar esa misma conducta dentro de esos quince años (o incluso algunos menos por la velocidad incremental en que los cambios se van produciendo), comprobemos que el resultado de nuestra evaluación es diferente de los dos anteriores.

Uno de los efectos de esta globalización es la necesidad de que a la hora de citar la regulación por parte de un Estado (siendo la regulación medioambiental un claro ejemplo de ello), se tenga en cuenta el marco normativo vigente en los Estados limítrofes o incluso a nivel global. De esta forma, la regulación a nivel nacional debe vigilar cual es el entorno competitivo con el fin de no producir un efecto pernicioso en su economía debido al posible desplazamiento que se pueda producir de una determinada actividad de un Estado a otro⁶¹. Así, la globalización pone de manifiesto una supresión de las fronteras y un incremento considerable de la presión competitiva para las empresas.

⁶¹ Ballbé M. & Padrós C. (1997). *Estado competitivo y armonización europea*. (1ª ed.). Barcelona: Ariel, p. 52: "Así, Trachtman afirma que para un país "ya no es posible determinar la cantidad y el tipo de regulación necesaria sin tomar la precaución de averiguar cuál es la cantidad y tipo de regulación impuesta por los Estados competidores", véase a su vez Trachtman, Op. cit. p. 49.

Esto, que es algo evidente, encuentra sin embargo algunas excepciones en la realidad actual. Estamos asistiendo, no sin cierta perplejidad, a un retorno a las clásicas medidas proteccionistas que creíamos superadas hace años, en virtud de las cuales se imponen barreras arancelarias y cargas fiscales a los productores extranjeros en una guerra comercial sin precedentes entre las grandes súper potencias Estados Unidos y China. Desconocemos las consecuencias, pero no hay duda de que nos veremos afectados.

Esta circunstancia se produce, además, en todos los ámbitos de las relaciones económicas y sociales, pero especialmente adquiere una virulencia destacada cuando se refiere al ámbito jurídico. Un buen reflejo de todo ello son las transformaciones operadas en los últimos años en materia de gobierno corporativo⁶² y de compliance, que han originado que conductas o pautas de actuación de las grandes corporaciones mercantiles que se consideraban inmutables por la repetición que habían experimentado durante decenas de años,

⁶² Como acertadamente sostiene Pulgar Ezquerro, J. (2019). Gobierno Corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: Administradores, accionistas y acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Núm. 30, pp. 35-70: “Hoy nadie duda de que el gobierno corporativo constituye un elemento competitivo entre empresas y, en ocasiones, entre estados, y en este sentido un elemento de atracción de la inversión, a lo que se ha añadido en los últimos años la denominada responsabilidad social corporativa, que hasta el momento no ha demostrado que haga que las sociedades obtengan un mayor beneficio, pero sí que, junto al gobierno corporativo, constituye un elemento competitivo de captación de la inversión. Así se demuestra en la práctica, cuando en particular los inversores institucionales deciden, en el marco de los criterios de su actividad aprobados por sus partícipes, invertir solo en sociedades que tengan sistemas adecuados de gobierno corporativo. En este sentido, han venido siendo tradicionalmente los países con gobiernos corporativos más fuertes, como Reino Unido, los que han atraído en mayor medida la inversión, dado que el inversor busca ante todo la confianza y seguridad derivada de la «previsibilidad» en la resolución de eventuales conflictos hacia la que se orienta el gobierno corporativo, suponiendo la eventual escenificación final de la salida de Reino Unido de la UE a través del Brexit una ocasión de fuerte competencia legislativa entre estados, mercados y plazas financieras, con el fin de atraer la inversión por la vía del reforzamiento del gobierno corporativo. Tradicionalmente cuando en nuestro modelo hemos hablado, en una primera aproximación, de gobierno corporativo, hemos aludido a los principios que deben regir la administración de una sociedad, en orden a procurar y potenciar la mejor forma de gestionar las empresas. Ello se ha venido contextualizando hasta el momento, prioritariamente, en torno a la gran anónima cotizada como sociedad abierta y forma prototípica de la gran empresa, determinando de algún modo la evolución de este modelo una correlativa evolución en el enfoque y cuestiones centrales del gobierno corporativo. La razón estriba en que ha sido precisamente en relación con estas grandes corporaciones como se ha advertido una «crisis de funcionamiento» que conlleva una «crisis de confianza» en la forma en que se ha ejercido en éstas el poder, produciéndose una brecha entre el modelo teórico diseñado de gestión social y su aplicación práctica. Si nos acercamos al gobierno corporativo desde una perspectiva más amplia de teoría económica, propia de los ordenamientos anglosajones, a éste se le asigna la función de constituir un mecanismo de resolución de conflictos de interés, en el marco de los clásicos problemas de agencia que pueden plantearse en relaciones donde un sujeto agente (administrador) con su actuación puede derivar consecuencias económico-patrimoniales a su principal (accionistas). Se distinguen así, desde la doctrina económica, un primer problema de agencia (administradores/accionista de control y accionistas), un segundo problema focalizado en los conflictos entre accionistas (mayorías/minorías) y, finalmente, un tercer conflicto que eventualmente puede surgir entre la sociedad y sus acreedores”.

hayan cambiado radicalmente a la luz del análisis que de las mismas se ha hecho por la aplicación de los criterios de buen gobierno o de compliance⁶³.

En el ámbito económico, como señalado, este cambio repentino y brusco se ha determinado por algunos autores como la economía disruptiva. Energía disruptiva entendida como aquella actividad económica que surge como consecuencia de los procesos de cambio y transformación que tienen lugar en los diferentes ámbitos sociales. Se trataría de una fuerza creadora, de un nuevo impulso económico surgido de la confrontación o del proceso de proceso destrucción-creación, que implica un cambio en las clásicas estructuras de la economía mundial originando nuevas oportunidades de negocio. Este cambio no queda reducido única y exclusivamente al ámbito económico, y tiene efectos en otros ámbitos como el cultural, el social, el industrial y, sobre todo, el organizacional. La expresión máxima de esta teoría de cambio acelerado y de las consecuencias que tiene para la economía es la del profesor Jeremy Rifkin en su libro "*La sociedad del coste marginal cero*"⁶⁴, donde señala que las transformaciones que está produciendo el fenómeno tecnológico y la utilización masiva de internet produce una reducción de los costes marginales en la producción, lo que implica la necesidad de alterar las formas tradicionales de organización industrial dando paso a unos nuevos intervinientes en la economía basados en el asociacionismo y la colaboración. En definitiva, supone un cambio radical en el concepto de sociedad capitalista que hasta ahora conocíamos.

Sobre ello, considero que más que un cambio es un renacer a una cultura económica que, en definitiva, se encuentra en el propio origen del sistema capitalista. Este asociacionismo, esta colaboración, esta unión de intereses de personas afectadas por un mismo ámbito, ¿no es una vuelta al sistema gremial? ¿no es una retorsión a la economía del trueque y de colaboración para la puesta en común para los intereses del grupo? La diferencia entre el modelo de hace unos siglos y el actual radica en la concurrencia de unos instrumentos de interconexión, de comunicación y de transporte que convierten a la aldea, el pueblo, o la ciudad

⁶³ Ver, en este sentido, el excelente trabajo de Espín Martí, R. (2017). *El canal de denuncias como herramienta de compliance* (Tesis Doctoral).

⁶⁴ Rifkin, J. (2014). *La sociedad del coste marginal cero*. (1ª ed.). Barcelona: Paidós.

donde se realizaban las transacciones gremiales, en la aldea global en la que hoy vivimos. Pero la esencia es idéntica.

Este progreso tecnológico que estamos viviendo ha originado la aparición de nuevas formas de desarrollo de actividad económica, en la que el factor humano o la mano de obra en su concepto tradicional ha perdido el esencial protagonismo que inicialmente tenía. De esta forma, asistimos a la aparición de grandes corporaciones mercantiles que desarrollan actividades de negocio de miles de millones de euros y que apenas tienen un pequeño staff encargado simple y llanamente de mantener un sistema informático o un programa. Asistimos a la paradoja de grandes empresas hoteleras y de reservas de viajes que no disponen de una sola cama o un solo hotel, o de grandes empresas de transporte de personas que no disponen de un solo coche: de lo único de lo que disponen es de un sistema o una idea ingeniosa puesta en adecuado funcionamiento y que atiende eficazmente las necesidades de los ciudadanos.

En este caldo de cultivo es donde la desregulación respecto de los parámetros tradicionales ha adquirido un mayor auge y protagonismo, generando nuevas formas e instrumentos de colaboración jurídica al margen de los conceptos tradicionales y fijando, a su vez, su propia normativa o marco legal. En definitiva, el desarrollo del soft law es el resultado y reflejo de un intensivo programa de cambios y transformaciones que se han producido en el concepto político del Estado, en la realidad social y, sobre todo en la cada día más compleja, realidad económica y diversidad contractual que le afecta.

Trataremos de hacer una breve mención a cada una de estas modificaciones. Comenzando por el Estado, hay que reconocer que el tantas veces citado principio de separación de poderes que sirvió como instrumento programático en las revoluciones liberales como reacción frente al poder absoluto, ha quedado envejecido y necesita una relectura a la luz de los cambios sociales y políticos que se han producido durante todo el siglo XX y que continúan de una forma todavía más acelerada en el siglo XXI, con el agravante de la multiplicidad de competencias y de administraciones que mencionábamos anteriormente⁶⁵.

⁶⁵ En este sentido García Pelayo, M. (1981). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. (1ª ed.). Madrid: Alianza Universidad, p. 1593: "Es obvio que nos encontramos ante un momento histórico caracterizado por

En esta situación, tanto el poder legislativo (que tiene encomendada la elaboración de las normas), como el poder judicial (encargado de velar por su debida aplicación y cumplimiento) han sufrido cambios sustanciales originados en el primer caso por la multiplicidad de órganos con capacidad legislativa y por la necesidad de dar respuesta a una realidad social extraordinariamente cambiante.

El poder legislativo considerado en su concepto tradicional ha perdido su configuración como eje de la vida política, y han adquirido una mayor relevancia los órganos paralegislativos y los órganos institucionales generadores de normas. Los causantes de esta crisis son muchos, pero en buena medida, si tuviéramos que asignar una cuota de responsabilidad, creo que la más destacada recaería sobre los propios partidos políticos, cuya excesiva hegemonía ha ocasionado una lamentable separación entre la realidad social y la realidad política. Ello ha producido un incremento de la abstención en muchos procesos electorales y, sobre todo, la aparición de nuevos partidos y movimientos sociales que están acabando con lo que tradicionalmente se estaba denominando la democracia de los partidos. Si miramos a nuestro entorno, por no centrarnos única y exclusivamente en España, observamos con facilidad que son muchas las democracias históricas que han adoptado decisiones en sus procesos electorales que han significado no sólo la ruptura del bipartidismo tradicional, sino incluso la reducción a una presencia testimonial de lo que habían sido los partidos tradicionales. El caso francés es un claro paradigma de ello, donde por primera vez en la segunda vuelta electoral no han estado presentes los partidos políticos tradicionales de la vida política francesa y que se han sucedido en el poder desde la V República. El caso francés no es un caso aislado. Sin detenernos en este punto, tan sólo mencionemos los Estados Unidos de América, Italia, Grecia, Austria, Portugal, España. El eslogan utilizado por muchos de estos Estados de “no nos representan” ha tenido, sin duda, mucho éxito⁶⁶.

grandes transformaciones en distintos aspectos y sectores tales como el cultural, el económico, el social, el internacional, etcétera, transformaciones que son mucho más profundas que las grandes divisiones políticas del planeta en Restados capitalistas, neocapitalistas y socialistas o en países desarrollados y en tránsito al desarrollo, aunque, naturalmente, las mencionadas transformaciones tengan modalidades distintas en cada uno de los países y sistemas. Parece no menos claro que el Estado no podía escapar a esta fundamental transformación y que, con o sin revoluciones políticas violentas, la estructura y función estatales han de sufrir también las correspondientes mutaciones”.

⁶⁶ En este sentido señala el Sarmiento, D. *El soft law administrativo*, Op citada: “Desde los años cincuenta, los parlamentos de los Estados democráticos de occidente se encuentran en un proceso de cambio. Todo apunta

En esta línea, en su libro *“Breaking through power: It's easier than we think”*⁶⁷, Nader destaca las historias de éxito de sus compatriotas estadounidenses que organizan el cambio y trabajan juntos para descarrilar las muchas maneras en que la riqueza manipula la política, el trabajo, los medios de comunicación, el medio ambiente y la calidad de vida nacional de hoy. Nader describe como la nación puede y debe ser administrada democráticamente por comunidades guiadas por la Constitución de Estados Unidos, no por los dictados de las grandes empresas y de unos pocos ricos. En definitiva, una cristalización de las creencias y compromisos políticos fundamentales que han impulsado su defensa de una mayor democracia.

Esta situación de deterioro del poder legislativo ha ocasionado un protagonismo mayor de la calle y de los foros alternativos, incluyendo en ellos a las redes sociales, que se han convertido en una verdadera caja de resonancia de las declaraciones y estrategias políticas de estos. Asimismo, han proliferado los think tanks, grupos de presión o lobbies, que han adquirido un protagonismo floreciente.

Como ha puesto de manifiesto el profesor Molins⁶⁸, bajo estas circunstancias, los principales grupos de interés formados en la reciente época democrática tienen bastante que aportar en términos de regeneración. Desde el punto de vista

a que se trata de un proceso involuntario, y como consecuencia de ello las cámaras representativas han tenido que adaptarse a las coyunturas con más dificultad que naturalidad. Por un lado, la democracia de partidos ha escorado el equilibrio de poderes de una forma desmedida a favor de los gobiernos. Por otro, la complejidad de la realidad social, unida a la rapidez con la que acaecen los avances tecnológicos, y con ellos los no tecnológicos, han puesto a los parlamentos contra las cuerdas a la hora de adaptar las normas que rigen la convivencia a la complejidad del día a día. La primera falla ha afectado primordialmente a la función de control de los parlamentos. La segunda ha condicionado el desempeño de la función legislativa. Como consecuencia de ambos fenómenos, el papel del Derecho ha ido cambiando progresivamente y ha contribuido a la irrupción del soft law”.

⁶⁷ Nader, R. (2016). *Breaking through power: It's easier than we think*. (1ª ed.). Nueva York: City Lights Open Media: *“History also shows that whenever there have been periods when enough of the country organizes and resists, we see movements of people and communities breaking through power. Progress is made. Rights are won. Education and literacy increase. Oppression is diminished. It was in this manner that people of conscience abolished the living nightmare imposed by the laws and whips of white enslavers. The nation moved closer to promises of “Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness” expressed in the Declaration of Independence. We won more control over our work, our food, our land, our air, and our water. Women secured the right to vote. Civil rights were elevated and enforced. Public schools, improved environments, workplace collective bargaining, and consumer protections did not spontaneously evolve; they were won by people demanding them and breaking through power. These moments of great progress are expressed in terms of new legislation, regulations, and judicial decisions that directly benefit the life, liberties, and pursuit of happiness of most Americans. From the abolition of slavery to the introduction of seat belts, great social gains have been achieved when people mobilize, organize, and resist the power of the few. The problem is that these liberating periods of humanitarian and civilizational progress are of shorter duration than the relentless commercial counterforces that discourage and disrupt social movements and their networks of support. Some commentators have used the bizarre term “justice fatigue” to describe the pullback that often occurs when communities of resistance are faced with increased surveillance, infiltration, harassment, and arrest. A more accurate term is repression”.*

⁶⁸ Molins, J.M. & Medina, F. (2016). *La representación de intereses en tiempos de regeneración democrática. En: Desafección política y regeneración democrática en la España actual*. (1ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

histórico, se trata de un mapa de actores muy inestable y altamente dependiente de la Administración, por lo que, en caso de acusarles de falta de transparencia y responsabilizarles de todos los males, quizás deberíamos considerar que es fruto de una Administración Pública en cuyas prioridades no se encontraba precisamente el establecimiento de un sistema eficaz de intermediación de intereses.

Una de las principales causas que ha ocasionado esta desconexión entre la realidad política y la social está motivada, fundamentalmente, por el incremento de las relaciones sociales y de los medios de comunicación. Ello supone una inmediatez y un dinamismo en la interacción de los sujetos interesados desconocida hasta hace apenas unos años, no habiendo tenido el Parlamento la capacidad de adaptación para responder a estas necesidades⁶⁹. Esta incapacidad del legislador es lo que ocasiona la *llamada* a otra tipología de normas diferentes de las tradicionales y que enlaza directamente con el soft law⁷⁰.

En el ámbito judicial hay que señalar la multiplicidad de organismos judiciales en el ámbito internacional. Ello, unido a la erosión y crítica que ha experimentado el

⁶⁹ En este sentido se manifiesta Sartori, G. (2017). *¿Qué es la democracia?* (1ª ed.). Madrid: Tauros: “Nuestros parlamentos, sobre todo en los sistemas parlamentario de tipo asambleísta, se han convertido en verdaderas y propias “máquinas legislativas”, fábricas de producción en cadena de leyes que, en verdad, son leyes en el nombre (en la forma), pero no leyes (que no merecen serlo) en la sustancia. En realidad, no deja de ser una manifestación de la perversión del Derecho y que viene dada por el fenómeno calificado por el jurista alemán Carl Schmitt como “legislación motorizada”. La idea de gobernar legislando confunde el gobernar con la creación del derecho, el gubernaculum con la iurisdictio. En verdad, es un enredo horrible, cuya primera consecuencia es una inflación de leyes que, por lo mismo, devalúa la ley: muchas leyes –que luego son levecitas- disminuyen la importancia y oscurecen la misma razón de ser de las leyes. Devaluación agravada por la mala calidad del derecho legislativo. Nuestros productores de leyes no son jurisperitos (y cuando lo son, se olvidan de serlo); son una mayoría victoriosa que impone su propia política. Para ellos, la claridad de las leyes, la coherencia del sistema legal en su conjunto, importa poco o nada. Cuando el constitucionalismo liberal confiaba la función legislativa en los parlamentos, no intentaba promover a los representantes en “expertos”, expertos en derecho; intentaba que esos representantes, controlando las leyes, controlaran eo ipso al poder. De hecho, durante mucho tiempo los legisladores dejaron a los juristas la tarea de elaborar los códigos. Sin embargo, el intento de ese constitucionalismo ha sido arrollador, repito, por la transformación del gobernar en las leyes (en el ámbito de las leyes) por el gobernar mediante leyes (que es, después un modo de sustraerse a su control”.

⁷⁰ Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. (1ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 303: “La legislación simbólica puede ser descrita, en efecto, como un caso de deliberada o manifiesta falta de calidad en lo que se refiere a los medios establecidos para procurar su eficacia (cumplimiento por los destinatarios) y efectividad (logro de los objetivos propuestos o declarados): Cabría preguntarse si el carácter simbólico de una ley se determina escrutando las intenciones del legislador, esto es, averiguando si su auténtico interés es que la ley carezca de eficacia y/o efectividad, o si más bien el camino para detectar que la ley posee una función puramente simbólica es que, con independencia de las intenciones del legislador, un análisis de la norma y del ordenamiento jurídico en el que se inserta evidencia que no existen o no se han dispuesto medios adecuados para posibilitar el cumplimiento por los destinatarios o para alcanzar los objetivos declarados, es decir, que faltan incentivos, sanciones, órganos administrativos de ejecución, mecanismos de control, recursos económicos, materiales, tecnológicos, personales, etc.”.

sistema judicial tradicional, ha dado paso a órganos parajurisdiccionales⁷¹ con competencias propias que, en muchas ocasiones, nacen de la iniciativa privada, y que tratan de resolver de una forma más rápida y al margen de los procedimientos tradicionales, las controversias surgidas entre particulares. Hay quien señala que los motivos que rodean a esta crisis del poder judicial y a la desconfianza que han generado en los ciudadanos, viene ocasionada en cierta medida por el auge del soft law⁷². El origen de esta desconfianza vendría motivada por un incremento de las facultades de interpretación de la norma de los órganos jurisdiccionales a la luz de la pluralidad normativa y a la falta de una regulación expresa en sentido tradicional, como la vigente al inicio de la codificación. Esta facultad de innovación del órgano judicial supone que, en ocasiones, con sus decisiones y aprovechándose de la deficiencia de la técnica legislativa, dicte resoluciones que contradicen de una forma más o menos directa lo dispuesto por parte del legislador. Esta nueva justicia transforma e incrementa el papel protagonista del juez, convirtiéndolos en auténticos “oráculos de la justicia en su sentido más amplio”⁷³. Como reacción a estas posibles incertidumbres, los ciudadanos, las corporaciones y las asociaciones recurren a sistemas alternativos de resolución de sus conflictos, quizás más especializados en el ámbito material y con menos capacidad de innovación en cuanto al fondo del asunto. Qué duda cabe que ello incrementa las funciones del arbitraje como reacción a la excesiva duración de los procesos judiciales. Es, en definitiva, la justicia privada frente a la justicia tradicional.

Pero si hay alguno de los tradicionales tres poderes en los que el soft law se ha desarrollado de manera más intensa, ha sido fundamentalmente en el tradicionalmente conocido poder ejecutivo. Y ello por la creciente proliferación de nuevos instrumentos normativos que adquieren una variada tipología jurídica y que han venido a eclosionar la realidad social para resolver los problemas del día a día de los ciudadanos, dejando al margen - en muchas ocasiones - el funcionamiento

⁷¹ Un buen ejemplo de lo anterior podría ser Autocontrol. En efecto, se trata del organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España. Constituido en 1995 como asociación sin ánimo de lucro, está integrado por anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales, y su objetivo es trabajar por una publicidad responsable: veraz, legal, honesta y leal. El Jurado de la Publicidad de Autocontrol ha sido la primera entidad privada acreditada como entidad de resolución alternativa de litigios por el Gobierno español y forma parte del listado unificado de entidades acreditadas de la Comisión Europea y de la plataforma de resolución de litigios en línea establecida por la Unión Europea.

⁷² Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El soft law administrativo*. Op. cit. p.38

⁷³ Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El soft law administrativo*. Op.cit. p. 40.

tradicional del Parlamento o del poder legislativo. Es lo que se ha venido denominando como “corporativismo legislativo”, en el que adquieren un papel preponderante y central los diferentes grupos sociales (organizaciones empresariales y sindicales, gremios corporativos, etc.) y que, ligado a la crisis del modelo tradicional democrático, ha supuesto una creciente aparición de nuevas normas y fórmulas de legislar⁷⁴.

Lo anterior puede interpretarse de dos formas, según la visión más o menos pro-ejecutivo que pretendamos dar. De esta manera, una visión amplia y claramente pro-ejecutivo, nos llevaría a dirigirnos a un concepto amplio y omnicomprendivo de poder ejecutivo en el que éste resultaría claramente reforzado al tener no solamente las facultades del tradicional modelo que la separación de poderes le había otorgado, sino también aquéllas que se derivan de la participación de los grupos citados. Esto significaría un incremento de las facultades discrecionales y de los poderes propiamente dichos que se otorgan a los poderes legislativos o al poder ejecutivo⁷⁵.

En el otro lado, diametralmente opuesto a esta idea, encontramos la posición contraria, en virtud de la cual se entendería esta atribución de facultades normativas a estos entes o entidades como una pérdida del núcleo de funciones esenciales que corresponde al poder ejecutivo en favor de otras organizaciones y corporaciones sociales.

Sinceramente, me inclino más por esta última, al entender que la primera es un posibilismo - en cierta forma artificial - que trata de atribuir al poder ejecutivo unas facultades normativas que ni residen ni radican ni nacen en sí mismas; sino que, muy al contrario, nacen al margen de éste, tienen vida propia y el objetivo fundamental es suplir la incapacidad del concepto tradicional del poder ejecutivo para resolver los problemas de los ciudadanos. En buena medida, ello es una consecuencia directa de la evolución que ha tenido el concepto de Estado tradicionalmente entendido, en el que se ha producido una simbiosis máxima entre

⁷⁴ En este sentido Cox, A. & O' Sullivan, N. (1988). *The Corporate State. Corporatism and the State Tradition in Western Europe*. (1ª ed.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, Requejo, F. (1994). *Las democracias: Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*. (1ª ed.). Madrid: Ariel, y Pérez Yruela, M. & Giner, S. (1985). Corporativismo: El Estado de la cuestión. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Núm. 31, pp. 9-45

⁷⁵ Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El Soft Law Administrativo*. Op. Citada, p. 44.

el poder ejecutivo y los partidos políticos alcanzándose una monopolización absoluta de éstos, de las funciones ejecutivas y, en cierta forma, una paralización del esquema de control que debía ejercer el Parlamento sobre los gobiernos. Como consecuencia de ello, se produce una fusión de ambos poderes en el que resulta difícil distinguir en algunos casos, sobre todo en el español, la diferencia entre el ejecutivo y el legislativo, sobre todo en aquellos casos en que el primero tiene una reforzada mayoría parlamentaria que limita al máximo la capacidad de control y de gestión que pueden ejercer el resto de partidos del arco parlamentario⁷⁶.

En esta situación de control por los partidos políticos del legislativo y del ejecutivo solo queda el tercer poder, el judicial, para ejercer de equilibrio moderador y de revisor de las actuaciones del gobierno. Por ello, es tan importante mantener el principio de independencia del poder judicial y, sobre todo, del nombramiento de sus magistrados. Si este nombramiento recae de nuevo sobre el control político, nos encontraríamos ante la paradoja formal de un sistema de división de poderes, con una realidad material bien distinta, que consiste en el control absoluto por parte de los partidos políticos. En un modelo como el español, diseñado para otorgar estabilidad parlamentaria en el último cuarto del siglo XX después de un largo proceso de dictadura, es el momento de revisar nuestro modelo constitucional y electoral con el fin de corregir los excesos que el sistema ha deparado a lo largo de estos años. Y ello conque la intención de tener gobiernos fuertes, con mayorías parlamentarias, y que no aboque a un final del propio sistema democrático, al menos desde el punto de vista formal.

Bajo este escenario es precisamente donde se ha desarrollado con mayor auge el *soft law*: como mecanismo de reacción de la sociedad y de los particulares frente al excesivo intervencionismo y control político que los políticos han ejercido sobre la vida parlamentaria. Asimismo, esta situación es lo que en buena medida provoca el descontento y la separación de la sociedad civil respecto de su clase política, haciendo que nos preguntemos qué hemos hecho mal en estos cuarenta años de vida democrática en España para que el resultado sea, a día de hoy, un descontento mayoritario de la sociedad respecto de su clase política y una falta de

⁷⁶ Sobre la crisis del parlamento y su control por los gobiernos, puede verse un análisis desde las ciencias sociales en Guerrero Salom, E. (2000). Crisis y cambios en las relaciones Parlamento-Gobierno (1993-1996), *Revista de las Cortes Generales*, Núm. 50, pp. 331-336.

credibilidad de ésta, lo cual sin duda redundaría en una falta de liderazgo a la hora de tener que resolver los graves problemas que debe afrontar .

En esta situación, no sólo se cuestiona el parlamentarismo tradicional y el legislativo. Aguas abajo de la estructura administrativa, esta desconfianza y falta de representatividad se traduce, de forma similar, en los espacios más cercanos al ciudadano por la gestión administrativa directa que perciben de los mismos y que, en nuestro caso, están constituidos fundamentalmente por los municipios⁷⁷ .

Es en este entorno donde se desarrolla con más virulencia el concepto de la nueva gobernanza y del soft law como un instrumento esencial del mismo. La necesidad de articular nuevas técnicas de legitimación, el fenómeno creciente de la globalización, la interconectividad o la inmediatez de las comunicaciones, han puesto en tela de juicio el sistema tradicional de gestión administrativa⁷⁸. Y ello ha dado lugar a un sistema plural de fuentes del derecho, en donde se produce la confluencia de actores públicos y privados y de regulación administrativa junto a la autorregulación (entendiendo por ésta no sólo aquella en la que los sujetos particulares suplen o sustituyen a los tradicionales operadores públicos y administrativos, sino también aquellos casos en los que la finalidad de la autorregulación es que los sujetos privados se doten asimismo de una regulación propia para el ejercicio desarrollo de su actividad completa⁷⁹). Por ello, podemos diferenciar aquellos supuestos en los que existe una deslegalización de las materias o una llamada del sector público al sector privado para regularlas (como por ejemplo, los casos de seguridad industrial en los que la Administración adquiere un papel de tutela en cuanto a la autorregulación que se dota a los particulares), de aquellos otros en los que esta autorregulación procede directamente de estos particulares al objeto de establecer normas comunes, límites o criterios de actuación de su conducta al margen de parámetros o exigencias públicas previamente establecidas. Se produce así un doble crecimiento del ordenamiento jurídico, sobre todo en el ordenamiento público: de un lado, aquellas normas que surgen impulsadas por el poder público que hace un llamamiento al sector privado;

⁷⁷ Nieto, A. (2002). *Balada de la justicia y la ley*. (1ª ed.). Madrid: Trotta.

⁷⁸ Nieto, A. *Balada de la justicia y la ley*, Op. citada., p. 134.

⁷⁹ Nieto, A. *Balada de la justicia y la ley*. Op. citada, p. 137.

y de otro, aquellas que surgen motu proprio de la propia actividad de los particulares.

Globalización, tecnología y soft law

La tecnología es uno de los elementos más importante que afectan a este proceso de globalización que nos inunda y que permite marcar una clara diferencia con relación a procesos anteriores. Hoy nadie duda que el elemento esencial de comunicaciones es imprescindible para la extensión de este fenómeno. Ello está constituido por los extraordinarios avances y progresos que en el ámbito de las comunicaciones y la tecnología se han venido produciendo en los últimos años y que con toda seguridad se están produciendo en este momento. Estos avances han incidido de forma directa, no sólo en los sectores de las telecomunicaciones, sino especialmente en el ámbito de las relaciones sociales extendiendo su capacidad de influencia más allá de las fronteras y de las culturas. Si es difícil “*poner puertas al campo*”, hoy podemos decir sin temor a equivocarnos que es imposible acotar o limitar la capacidad de influencia que las denominadas redes sociales están teniendo. Ello se traduce, como efecto casi directo, en una generalización de comunicaciones electrónicas ultrarrápidas con la consiguiente internacionalización de la información, superando los tradicionales conceptos de fronteras o de Estado-Nación.

El mundo abierto y sin fronteras de internet en el que nos movemos ha generado un “*nuevo campo de batalla*” en el que interviene una pluralidad de actores con una gran variedad de medios hasta ahora desconocidos. Y es bajo este nuevo escenario, donde resulta necesario establecer normas vinculantes y claras, lo más escuetas y claras posibles, donde queden recogidas de una manera nítida las reglas del juego de este complejo tablero cibernético en el que vivimos. Las grandes compañías que operan en el sector de internet no pueden ser, por sí mismas, las que ejerzan las facultades de control dado que su comportamiento puede constituir la principal amenaza para los intereses particulares o para el correcto desarrollo y funcionamiento del sistema informático. Temas tan relevantes como la protección de la intimidad, la seguridad y la fiabilidad en la transmisión de los datos, la defensa de la protección intelectual o la protección de los menores (en definitiva, todo lo relacionado con ese campo tan amplio que es la ciberseguridad) no pueden quedar

única y exclusivamente al albur de los intereses de los propios operadores en este complejo mundo, porque al final los perjudicados son el eslabón más débil en esta cadena: los ciudadanos. En esta tensión entre los intereses de los operadores del sistema y los intereses generales que afectan de modo global a todos los ciudadanos (pero de forma particularizada a cada una de las personas), resulta evidente que el elemento que puede resultar más perjudicado es este último⁸⁰.

Ante estas situaciones (que afectan incluso a temas relacionados con el terrorismo) es preciso acudir a un instrumento que tenga una fuerza más vinculante que permita tener, al menos, una base normativa con fortaleza suficiente para señalar claramente las premisas que se deben respetar de forma uniforme. Y posteriormente permitir el desarrollo particularizado por cada Estado de acuerdo con el respeto debido a sus normas de soberanía interior, seguridad, orden público, u otros criterios que se considere deben de tenerse en cuenta⁸¹.

En estos casos, lo más importante y en muchas ocasiones lo más complicado, es ponerse de acuerdo con relación a los conceptos esenciales que componen los diferentes ilícitos penales en los que se pueda incurrir. En definitiva, estar de acuerdo en cuáles son las reglas del juego y el marco regulatorio en el que nos debamos mover⁸².

En este contexto, debemos admitir que la situación en el seno de la UE permite una mayor tipología y un mayor campo de actuación al soft law, al gozar de unos instrumentos legislativos y de organización completamente diferentes a los que concurren en algunas de las organizaciones multinacionales que hemos señalado anteriormente. Ello da lugar a que, con relativa frecuencia, lo que en un determinado momento nace o se inicia como un soft law, acaba bordeando el carácter de derecho normal o de legislación regular. Y es ahí donde creo que en ocasiones se ha incurrido en un grave error, que ha producido el complejo sistema

⁸⁰ Flanagan, B. & Ajroudi, A. (2014). *Facebook Shuns Full Regulation' Despite ISIS Threat*. En: <http://english.alarabiya.net/en/media/2014/11/18/ADMS-Facebook-shuns-full-regulation-despite-ISIS-threat.html>: "In these cases, social media companies fear that they will "create a standard for everyone that is in response to [a] small minority, [where] by creating that standard [the companies] the ruin the thing that [they have] created."

⁸¹ En este sentido, los "guidelines" de los sistemas de seguridad de la organización para la cooperación en Europa 2002; la Convención del Consejo de Europa sobre el cibercrimen del 23 de noviembre de 2001, el concepto de nueva estrategia con especial foco en el ciberterrorismo de la Declaración de la cumbre de Lisboa de los jefes de Estado y de gobierno de la OTAN del 20 de noviembre de 2010.

⁸² Wu, P. (2015). Impossible to Regulate? Social Media, Terrorists, and the Role for the U.N. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 16, Núm. 1, pp. 281-310.

normativo que constituye a día de hoy la UE. El uso del soft law como un instrumento eficaz para responder de forma casi inmediata a la resolución de problemas que la cambiante realidad social va demandando, se debe considerar de todo punto adecuado. Sin embargo, cuando este instrumento flexible se transforma como consecuencia de su inclusión en la legislación ordinaria (esto es, se convierte en hard law) es cuando pierde la “frescura” de la que dispone. Más que “frescura”, utilidad, ya que al elaborarse al margen de los complejos sistemas legislativos, permitía una mayor inmediatez y una mayor capacidad de reforma.

El soft law debe estar siempre referenciado y relacionado con la legislación ordinaria. Pero, además, debe de articularse con la adecuada inteligencia para cumplir con la finalidad que se persigue, que no es otra que la de ser un suplemento adecuado al derecho ordinario. Los códigos de conducta o las recomendaciones son instrumentos no vinculantes que han demostrado una extraordinaria eficacia para los operadores y para la realidad económica⁸³. Convertir tales instrumentos en derecho ordinario tiene, en mi opinión, un doble efecto pernicioso: de un lado, produce un efecto contrario al perseguido, al incrementar el número de normas existentes; en segundo lugar, petrifica la regulación en un aspecto concreto cuyo origen había sido, precisamente, responder de forma inmediata a la resolución de un problema.

Soy consciente que en muchas ocasiones lo anterior no es un problema de las instituciones comunitarias, sino de los Estados miembro, que tratan de ejercer un control excesivo sobre estos instrumentos. Creo que hubiera sido oportuno un mayor esfuerzo de éstos, incluso por parte de la Comisión Europea (**CE**), para conseguir y mantener este adecuado equilibrio entre estos dos instrumentos, que se deben complementar y no solapar.

Esta nueva realidad ha obligado a tener que aportar respuestas inmediatas, que permitan el desarrollo seguro de los nuevos cauces de comunicación con el fin de adaptarlos a las exigencias de este dinámico proceso. Hoy día, el viejo concepto de las burocracias, de los funcionarios, o del papeleo se ve completamente superado por unas tecnologías de la información que nos permiten comprar un libro a 5.000 km de distancia, presentar una solicitud para una beca en una universidad

⁸³ Morales, A. (2009). *La regulación nuclear globalizada*. (1ª ed.). Madrid: La Ley.

situada en otro continente, o simplemente comprar una entrada para un concierto eligiendo la localidad cómodamente sentados en el sillón de nuestra casa.

Esta realidad claramente implica una superación del viejo concepto de que el Estado o la Administración, en el sentido tradicional, son los que lideran el proceso tecnológico. Es muy frecuente comprobar cómo la máxima de que la realidad social supera a la jurídica se produce en estos casos con una extraordinaria virulencia.

Los efectos que este proceso está teniendo se extienden no sólo a una de las ramas o áreas del conocimiento jurídico, sino que afecta de modo uniforme a todas ellas. Implica incluso la aparición de nuevas figuras jurídicas o impositivas como consecuencia de la opacidad que, en muchas ocasiones, caracteriza a internet o a las redes sociales. La propia utilización del correo electrónico es un ejemplo de cómo en ocasiones, consideraciones de carácter o naturaleza extra fiscal terminan primando a la hora de diseñar o definir la política fiscal. En este sentido, J. Owens⁸⁴ señala como la red de internet ha traído consigo una nueva fórmula de hacer negocios; fórmula en la que están desapareciendo los intermediarios puesto que las operaciones económicas se celebran directamente entre comprador y vendedor, separados por cientos o miles de kilómetros de distancia. Bajo este nuevo contexto surge el reto ineludible que debe afrontar el derecho: hacer frente y dar una adecuada respuesta a las variadas necesidades que se plantean.

En este sentido, los profesores Held y McGrew⁸⁵ defienden que la globalización se refiere a un proceso histórico que transforma espacialmente la organización de las redes sociales y de las transacciones que se realizan entre los individuos, generando con ello nuevas transacciones e intercambios transnacionales (o, en su caso, transcontinentales) que afectan irremediablemente a las realidades económicas, sociales, culturales y políticas de los individuos. Con base en esta afirmación, entenderíamos por globalización un concepto genérico que identifica diferentes fases históricas, que a lo largo de los años han afectado de modo relevante a la humanidad. Hechos como la expansión de Grecia y su cultura, el Imperio Romano, la civilización egipcia, la época de los descubrimientos, los

⁸⁴ Caamaño, M.A. & Calderón, J.M. (2002). Globalización económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario? *Revista Española de Derecho Financiero*, Núm. 114.

⁸⁵ Held, D. & Mc Grew, A. (2002). Globalización: Tendencias y Opciones. *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 5, pp. 153-158

imperios europeos o las revoluciones de los siglos XVIII y XIX son claros exponentes de diferentes formas históricas de globalización que han tenido una relevancia muy destacada⁸⁶. Y estas diferentes manifestaciones del fenómeno de la globalización tienen, como así lo identifican los profesores Held y McGrew, diversas características comunes: *“Estas variadas formas históricas de globalización se caracterizan por diversos atributos espacio-temporales y de organización, es decir, por pautas determinadas de alcance, intensidad, velocidad e impacto en las relaciones, flujos y redes globales, junto con diversos tipos de institucionalización y modalidades de estratificación y reproducción”*⁸⁷.

Siendo lo anterior cierto, creo que en nuestros días el fenómeno de la globalización se caracteriza por la concurrencia de un elemento que la hace sustancialmente diferente a las anteriores: el acortamiento del rasgo espacio-tiempo. La diferencia de la globalización actual con relación a los procesos anteriores viene motivada por una permanente comunicación de los agentes a través de redes, lo que que permite la transmisión instantánea de imágenes, sonidos y documentos; así como una extraordinaria agilización de los procesos y de los mecanismos de transporte. Ello se traduce en un notable incremento de la velocidad en la transmisión de los mensajes y, en consecuencia, en la consecución de los objetivos. Lógicamente ello repercute de manera directa en la dimensión del proceso (mucho más acusado en relación al tiempo en que está en vigor en procesos anteriores) y en la dificultad de controlar desde el inicio cuales pueden ser las consecuencias de estos procesos. Un buen ejemplo de ello son los recientes movimientos revolucionarios que hemos vivido en el norte de África.

Creo que ha quedado completamente desterrado el viejo debate entre los “híper globalistas” y los escépticos del proceso de globalización. Hoy muy pocos son los

⁸⁶ Martell, L. (2010). *The Sociology of Globalization*. (1ª ed.). Cambridge: Polity Press, p. 64: En relación al origen y espacio temporal de la globalización el profesor Luke Martell entiende que hay tres periodos de la misma: 1) la pre-modernidad: antes de 1500; 2) la primera modernidad: 1500-1800; 3) el industrialismo moderno: 1800-1914; 4) el período entreguerras: 1914-1945; 5) la última modernidad: desde 1945; y 6) los desarrollos contemporáneos o recientes: desde la década de 1980. Si bien desataca la actual está basada en el proceso de industrialización y que ha eclosionado mucho más como consecuencia de este desarrollo de la era moderna. En concreto señala que *“Es en la era moderna cuando la globalización se ha hecho más global que regional y con estructuras y relaciones más sistemáticas y regularizadas. En este período la globalización devino más mundial e interdependiente que meramente interconectada. Las motivaciones de la economía capitalista, la tecnología industrial y el Estado-nación, todas instituciones modernas, estuvieron detrás de ello”*.

⁸⁷ Held, D. & Mc Grew, A. *Globalización: Tendencias y Opciones*. Op. citada

que discuten que la globalización es un fenómeno que nos afecta directamente y cuyas consecuencias nos corresponde analizar a todos.

Así se manifiesta el profesor Held⁸⁸ cuando señala que: *“En opinión de estos transformacionistas, la globalización está vinculada a la emergencia de un orden mundial post-westfaliano en el que las instituciones del estado soberano y la comunidad política están siendo objeto de reforma y reestructuración. En este orden post-westfaliano se observa un cambio de rumbo hacia la heterarquía -un sistema de autoridad dividida- en la que los estados tratan de compartir las tareas de gobierno con un amplio abanico de instituciones públicas, privadas, regionales, transnacionales y globales que reflejan la aparición de “comunidades de destino superpuestas”.*

Regulación y Agencias Reguladoras

Paralelamente al proceso anterior, surge otro proceso no menos importante que incide de forma directa en las necesidades que es preciso atender. Junto a la respuesta inmediata para atender a un flujo continuo de relaciones sociales, surge una paulatina tecnificación y complejidad de la realidad objeto de regulación. Esta creciente complejidad de la sociedad se traduce en que el papel principal y central del Estado como entidad reguladora, ha sufrido una transformación radical ya que en muchas ocasiones se encuentra con la seria dificultad de no poder atender adecuadamente las necesidades que la sociedad le demanda. Esta realidad es algo casi consustancial al derecho ya que está en su propio origen y fundamento: *“No es posible escribir las leyes de tal manera que comprendan todos los casos que puede acontecer; basta determinar aquellos que ordinariamente suelen suceder; y si otros acaecieren que no tengan ley que en propios términos los decida, no es el Derecho tan falto de reglas y principios que, si el Juez o el Abogado tiene buen entendimiento para saber inferir, no halle la verdadera determinación. De suerte que, si hay más negocios que leyes, es menester que en el Juez o en el Abogado haya mucho entendimiento para hacerlas de nuevo, y no de cualquier manera, sino que por su buena consonancia las reciba sin contradicción el Derecho⁸⁹”.*

⁸⁸ Held, D. & Mc Grew, A. *Globalización: Tendencias y Opciones*. Op. citada, pp. 153-158

⁸⁹ Castan Tobeñas, J. (1947). *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*. (1ª ed.). Madrid: Reus, p. 28

En esta tendencia también ha influido la ideología de muchos de los Gobiernos habidos en los años ochenta del siglo pasado, claramente favorables a la tesis de la desregulación de las relaciones sociales o partidarios de la salida del Estado de la economía y el mercado. Todos estos factores han contribuido a la existencia, en el ámbito teórico e intelectual, de un cierto consenso respecto a la sobrecarga de legislación, su creciente ineficacia y la consecuente necesidad de adaptar la producción normativa a esta nueva realidad. Este proceso imparable ha derivado, según algunos autores, en un progresivo deterioro del conocimiento científico y técnico por parte de las Administraciones encargadas de afrontar la debida regulación.

Así, se afirma que, si bien son elevadas las ventajas que las nuevas tecnologías proporcionan (por ejemplo, por los avances que permiten en ámbitos tales como la informática, la alimentación o la sanidad, etc.), ello tiene como complemento lógico una infinidad de variables peligrosas ligadas a estos avances. Este sería el origen, según estas teorías, de la denominada teoría del riesgo.

Es decir, el Estado, la Administración o el regulador, conscientes de su incapacidad de tener un conocimiento completo de los diferentes elementos que confluyen en cada una de las diferentes ramas del saber científico renuncian, *a priori*, a ser el titular absoluto de este conocimiento y simplemente se limitan a advertir de los posibles riesgos derivados de atribuir esta responsabilidad a los operadores que en cada uno de estos ámbitos desarrollan su actividad. Es decir, por un lado, autorizan la realización de actividades potencialmente peligrosas, pero imputan directamente a sus promotores la responsabilidad que pudieran derivarse de esas conductas, recibiendo como compensación a ese riesgo que deben asumir el beneficio industrial o comercial que obtienen por el desarrollo de la misma.

Algunos autores fijan el origen de este proceso en la incorporación del modelo norteamericano del Estado administrativo y del Estado regulador. Se afirma "*que la globalización es en gran parte un producto de la americanización, que ha extrapolado su modelo administrativo y regulador a todo el mundo*⁹⁰".

⁹⁰ Los doctores Ballbé, M. y Martínez, R en *Law and Globalization between United States and Europe*. Op, citada.

En este mismo sentido se manifiesta el profesor Ariño cuando afirma: *“Frente al dualismo clásico del rule law que únicamente reconocía dos categorías –aplicación de la ley o acto arbitrario (application of law and arbitrary action)-, se ha añadido una tercera modalidad de actuación del poder político: el razonable ejercicio de un poder discrecional, que los juristas han tratado siempre de limitar, pero que renace una y otra vez a medida que los Gobiernos amplían su campo de actuación e intervienen en el mundo económico y social. Esto ha sido así especialmente en el área de regulación económica, en la que el legislador ha tenido que otorgar amplios poderes de decisión a los entes u órganos reguladores o decisorios. La razón es muy clara: los Parlamentos son incapaces de prever y dar respuesta a las grandes cuestiones de política económica que se plantean una y otra vez en el campo de la regulación económica, industrial o de los mercados; por ello, el legislador se ve obligado a aprobar marcos de actuación flexibles y a delegar amplios poderes a los órganos y entes reguladores para que los apliquen y resuelvan las controversias que surjan entre los principales actores de cada sector⁹¹”.*

Ello no puede ser entendido como un cheque en blanco para estas nuevas entidades, ya que el mismo Profesor Ariño en su artículo establece: *“Cuando el legislador haya definido mediante ‘conceptos judicialmente asequibles’ los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión”.*

Lo anterior, sin embargo, nos conduce a otro interesante debate relativo a la necesidad de diferenciar entre lo que es soft law propiamente dicho y lo que son conceptos jurídicos indeterminados (instrumento históricamente utilizado y que permite dar al derecho una adecuada flexibilidad en su aplicación). En todo caso lo dejamos aquí apuntado, para ser objeto de análisis con algo más de detenimiento en un estudio posterior.

Como decimos, la búsqueda de este adecuado equilibrio entre un soft y un hard law no es, evidentemente, un tema fácil. Ya hemos hecho mención a que una de

⁹¹ Ariño Ortiz, G. (2010). El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, Núm. 182.

las causas de proliferación de las normas del soft law ha sido la generalización del proceso de globalización. La globalización es un proceso asimétrico y no podemos defender sin temor a error que todos sus efectos son beneficiosos. Así, hay unos grupos que reciben y otros que dan, unos que ganan y otros que pierden⁹².

Además, en este proceso de globalización se produce una participación creciente de la sociedad civil, pero lo que no existe es un poder global o un gobierno global de todo el mundo. Este gobierno o poder global se reparte entre una multiplicidad de variadas organizaciones y asociaciones, con diferente entidad y capacidad normativa. De esta manera, conviven organizaciones supranacionales perfectamente organizadas y estructuradas (como la UE) y organizaciones que no pasan de ser meros grupos de interés compuestas por Estados (como pueden ser los grupos del G20 o G7), pero cuyas reuniones y propuestas generan, cuando menos, instrumentos de eficacia general. Junto a éstas, existe una larga y compleja lista de organizaciones paraestatales integradas por asociaciones, agrupaciones, etc. (en definitiva, por la sociedad civil), que han aparecido con fuerza en los últimos años con la finalidad de promover y desarrollar estándares de conducta o de fijar pautas de comportamiento aplicables al sector social o económico en el que se integran. Y que constituyen, a su vez, elemento de relación y de presión (cuando no de contrapeso) a los tradicionales gobiernos o estructuras gubernamentales supranacionales.

Este conjunto es lo que algún autor denomina muy acertadamente, el “World Society”⁹³.

Una *World Society* que nos lleva a la formalización de un nuevo orden legal de coexistencia entre instituciones regulatorias, actores privados y organizaciones

⁹² Garsten, C. & Jacobson, K. (2007). Corporate globalisation, civil society and post- political regulation – Whither democracy? *Development Dialogue*, Núm. 49: “Indeed there is more to globalisation than meets the eye. Unpacking some of the globalisation scenarios reveals that just as there as many scenarios there are great asymmetries of globalisation. Some groups of people are authors of globalisation processes, some recipients; some are winners, some losers. Globalisation, its possibilities and benefits, has varying impacts across the world”.

⁹³ Meyer, J. & Scott, R. (1994), *Institutional environments and Organizations: Structural complexity and individualism*. (1ª ed.). Thousand Oaks: Sage.

supranacionales y cuya función es, precisamente, la de articular mecanismos de interacción entre normativa internacional y soft law⁹⁴.

En esta nueva forma de gobierno global, el Estado es un actor más en la actividad regulatoria. Pero a pesar de ser un actor más, creo que debemos aceptar que debe tener un protagonismo destacado, al objeto de: (i) ser capaz de coordinar y establecer las reglas y parámetros para recepcionar debidamente la gran variedad de normas y de autorregulación que la sociedad civil está desarrollando; (ii) garantizar que esa pluralidad de autorregulación no genera discriminación entre los destinatarios de las mismas; y (iii) establecer los mecanismos adecuados para que esa autorregulación tenga alguna forma de autocontrol. Esto significa que el sistema tradicional regulatorio ha evolucionado, de forma paralela al desarrollo de este proceso de globalización, hacia una estructura mucho más descentralizada y que debería ser mucho más ligera en cuanto al complejo normativo que debe recoger. Es lo que algún autor ha denominado los “Estados post regulatorios”⁹⁵, que son aquellos que tratan de coordinar adecuadamente esta necesaria combinación entre normativa internacional y llamada al soft law, entre el ejercicio de las facultades de la autoridad y el ejercicio de los poderes de sanción⁹⁶. Esto no puede suponer la desaparición, en si misma, de los gobiernos pero si la necesidad de que en los gobiernos haya un incremento considerable en lo relativo a la participación de los actores privados⁹⁷.

Lógicamente, esta multiplicidad de actores en el gobierno global debe conllevar una multiplicidad de instrumentos regulatorios y una adecuada coordinación entre unos y otros. De ahí que el soft law se eriga como el instrumento más adecuado para materializar este cambio normativo que se está produciendo⁹⁸.

⁹⁴ Sassen, S. (1998). *Globalization and its discontents*. (1ª ed.). Nueva York: New Press: “The formation of new transnational legal regimes and regulatory institutions that are either private or supranational and are taking over functions until recently located in nation-state institutions”.

⁹⁵ Véase en este sentido, Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. (1ª ed.). Barcelona: Ariel

⁹⁶ Vease Magide Herrero, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. (1ª ed.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

⁹⁷ En este sentido Scott, C. (2004), Regulation in the age of governance: The rise of the post-regulatory state. En: *The politics of regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance*. (1ª ed.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 145-174. “has used the concept of ‘post-regulatory states’ to capture the blurring between public and private actors and the introduction of more de-centred forms of regulation, relying less on state authority and sanctioning power. Governments still govern but increasingly in partnership with other actors”.

⁹⁸ En este sentido Mörth, U. (2006). *Soft law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*. (1ª ed.). Cheltenham: Edward Elgar establece que el “soft law bridges the dichotomy of law and non-law as well as

En este proceso de incremento de la presencia del soft law en la realidad jurídica, adquiere especial protagonismo el desarrollo que ha tenido (y tiene) dentro del campo del derecho privado o en la autorregulación por los particulares, con el correlativo desplazamiento del derecho público. En este proceso tienen una especial importancia los movimientos que se han producido en las últimas décadas relativos a la correlación entre el Estado y la sociedad.

Una de las consecuencias de este proceso es que muchas de las funciones que hasta ahora venía desempeñando de forma tradicional la Administración y que respondían al proceso de lógica evolución del derecho público, se han transformado. Estamos asistiendo a un proceso a la inversa en el sentido de que en muchas ocasiones la Administración está en regresión: está volviendo hacia atrás en el ejercicio de algunas de sus funciones, las cuales están siendo realizadas por particulares. Y ello se produce fundamentalmente por dos motivos:

- 1) En primer lugar, como consecuencia de un proceso de globalización generalizada, que hace mucho más difícil establecer normas delimitadas territorialmente en el ámbito de los países. Ello provoca que sea imposible el establecer una normativa estatal uniforme y que sea necesario establecer una regulación supranacional que afecte a todos los individuos que operan en un mercado y en un mundo global.
- 2) En segundo lugar, por la absoluta proliferación de normas y de sectores diversos que requieren y exigen una complejidad regulatoria que va mucho más allá de la capacidad ordinaria de elaboración de normas que pueden tener las Administraciones públicas en el concepto tradicional que hemos venido conociendo.

El derecho público y la extensión que del mismo se ha producido (dentro de este especialmente en el ámbito del derecho administrativo) a lo largo de la historia y, en especial, a lo largo de los últimos años, está provocando un cambio sustancial

of public and private actors". Asimismo señala que el "soft law is normative in content but is not backed up by sanctions or hierarchy". En esta línea, Mosher, J. (2000). Open method of coordination: Functional and political origins. *European Community Studies Association review*, Vol. 13, Núm. 3, pp. 6-7. "While traditional regulation imposes mandates that are relatively specific and uniform, hierarchically determined, static, and substantive, in post regulatory governance there is a preference for procedures or general standards with wide allowances for variation rather than detailed rules, for intensive consultation to set and modify standards, for standards that are wholly or partly voluntary, and for adjustments over time in response to feed-back. Post-regulatory governance is flexible in the face of different conditions across space and time".

en la concepción tradicional que del mismo teníamos, más allá de lo que tradicionalmente se ha considerado como el Estado o las Administraciones Públicas.

En este sentido se manifiesta el profesor Esteve Pardo en el artículo "*La extensión del derecho público. Una relación necesaria*"⁹⁹. Si bien en un primer momento, Estado y Sociedad civil tomaron perfecta razón de sus respectivas conciencias en un recíproco contraste, con posterioridad se habría producido un desbordamiento del derecho público hacia la sociedad civil, de tal manera que ésta adoptaría una posición mucho más pasiva frente a la aptitud del derecho administrativo, que se iría extendiendo y generalizando. Con arreglo a ello, parece lógico que en el proceso de conformación de los Estados en el siglo XIX y el establecimiento del nuevo modelo del Estado de Derecho que se ha consagrado en nuestros días hayan pasado por una evolución necesaria del concepto tradicional de Administración Pública. De esta forma, a lo largo de esos años, fue proliferando el establecimiento de las normas que atribuían a la Administración la realización de cada vez más competencias y, correlativamente, el ejercicio de una serie de facultades que hasta este mismo momento se habían incardinado en el ámbito de las corporaciones privadas. Como señala el profesor Esteve, entidades que hasta ese momento se adscribían a la sociedad y se encontraban completamente separadas del Estado o de la Administración Pública (como eran los municipios), adquieren un carácter y una dimensión de auténtica Administración Pública, hasta integrarse en la propia estructura del Estado.

Sin embargo, en las últimas décadas hemos venido observando un proceso en el cual se ha resquebrajado cada vez más lo que era la relación entre el Estado y la Sociedad. Algunos indicios de esta separación podrían ser la creación de las llamadas Administraciones independientes en virtud de las cuales, determinadas facultades que anteriormente se ejercían por la Administración Pública de una

⁹⁹ Esteve Pardo, J. (2012). La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria. *Revista de Administración Pública*, Núm. 189, pp. 11-40: "En las dos últimas décadas se ha producido una nueva correlación en las relaciones entre Estado y sociedad. Muchas funciones que se tenían por características del Estado, situadas en su órbita y en la de las Administraciones Públicas, se han venido trasladando, de manera ya masiva, a particulares, a la sociedad, en definitiva. El Estado que ha perdido así la titularidad sobre funciones y medios debe ahora recomponer su protagonismo reinventándose como Estado garante para garantizar la protección de los intereses generales. Un movimiento necesario —o reacción ante la pérdida de protagonismo gestor— será la extensión del Derecho público en el ámbito privado, a toda una serie de relaciones entre particulares".

forma directa, se entregan a una Administración denominada independiente, pero no con la finalidad de regular, sino principalmente con la finalidad de supervisar el ejercicio de las facultades o potestades por parte de los particulares¹⁰⁰.

Otro elemento a tener en cuenta a la hora de identificar las circunstancias por las cuales se produce una reforma en torno al modelo tradicional del Estado dando lugar a la aparición de estas nuevas formas de regulación que vienen a ser, en todo caso, una manifestación del soft law, es la propia crisis que se produce del concepto tradicional del Estado social. Una breve referencia histórica nos lleva a que los postulados de aparición de este Estado social se centran fundamentalmente en los periodos de postguerra del siglo XX, donde encontramos una sociedad totalmente claudicada a raíz de los desastres bélicos que había venido sufriendo y la necesidad del establecimiento de una Administración prestacional encargada de dotar y facilitar a los ciudadanos, de la vida y los medios necesarios para el restablecimiento de la normalidad diaria.

Sin embargo, en el momento actual, las razones que dieron lugar a la conformación de este Estado social se encuentran en grave crisis. Ello no puede ser identificado, en modo alguno, como que nos hallamos ante la eliminación o necesaria superación del Estado social en los términos que conocemos en la actualidad. Se trataría de una necesaria evolución motivada por varias razones, como acertadamente señala el profesor Esteve en el artículo antes citado¹⁰¹. En esencia estas se centrarían fundamentalmente en tres:

1. En primer lugar, porque se han alcanzado indudables logros con la configuración del Estado social que conocemos en la actualidad. Con la cobertura de toda una serie de necesidades básicas al conjunto de la población, de acceso igualitario para todos ellos, el Estado social se presenta como el

¹⁰⁰ Esteve Pardo, J. *La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria*. Op. Citada: "Esa evolución se ha percibido y descrito muy claramente en lo que es la tradicional actividad administrativa de prestación o servicio público donde la Administración pierde sus posiciones tradicionales de titularidad sobre unos servicios que ahora se entregan al mercado, a la libre competencia – aunque por lo general se trata de sectores con limitaciones congénitas al desarrollo de la competencia plena, particularmente los conformados en red o los que necesitan de infraestructuras, limitadas también por la naturaleza -, pero gana una nueva posición en la que se reinventa como Administración o Autoridad reguladora alumbrando un nuevo tipo de actividad administrativa, la actividad de regulación, precisamente". Sobre ello se abunda en diversos estudios de la obre colectiva Muñoz Machado, S. & Esteve Pardo, J. (2009). *Fundamentos e instituciones de la regulación*. (1ª ed.). Madrid: lustel

¹⁰¹ Los profesores Ballbé, M. y Martínez, R. en *Law and Globalization between United States and Europe a Global Administrative Law*. Op. cit. p. 17.

punto culminante del modelo de organización social. Disolverlo o desmantelarlo provocaría unas situaciones de desatención y desabastecimiento social especialmente relevantes.

2. En segundo lugar, otra razón que tendríamos para el mantenimiento del Estado social, siguiendo al profesor Esteve, sería estrictamente constitucional. Nuestro texto constitucional recoge expresamente la identidad en su primer artículo cuando habla y define que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.
3. Como tercer argumento, señala el profesor Esteve, el mantenimiento del Estado social se debe a que no existe alternativa mejor a la configuración del mismo. Las propuestas que se han planteado por parte de los diferentes partidos políticos o por parte de las distintas ideologías, no han aportado en ningún caso, alternativa viable, creíble y factible al concepto de Estado social que conocemos en la actualidad.

Sin embargo, no podemos ocultar la verdadera raíz del problema, que no es otra que la dificultad de sostener, económicamente hablando y en los términos que tradicionalmente se venía utilizando, el concepto del Estado social y la materialización prestacional de las diferentes actividades que el mismo desarrolla en favor de los particulares. Ello nos obliga, sin duda, a tener que abordar una modificación del concepto tradicional del mismo y plantearnos si es posible mantener los fines y objetivos que el Estado persigue, pero con un aparato y una estructura jurídica y prestacional totalmente diferente. Para ello es necesario tener una visión global que permita analizar cuáles son los modos o formas a través de los cuales el Estado podrá articular una relación efectiva junto con la sociedad privada. Y es precisamente en este punto cuando de nuevo se produce el fenómeno de llamamiento por parte de los poderes públicos a la sociedad civil y de la capacidad de regulación de ésta para mantener ese Estado social tan fundamental y vital para la prestación de determinados servicios.

El papel pasivo que mencionábamos anteriormente que desarrollaba la sociedad civil ha cambiado en la actualidad y, lejos de esa pasividad que la caracterizaba, ha provocado que sea esa misma sociedad la que colabore en la implementación del

nuevo modelo. Ahora es la propia sociedad la que demanda con fuerza la adaptación del modelo a la realidad actual, convirtiendo su tradicional papel pasivo en activo y a que sea esta misma sociedad civil la verdadera demandante de la prestación de determinados servicios. Es más, esta sociedad ha eclosionado de forma importante y se ha convertido en prestadora de una serie de servicios que la propia Administración pública no es capaz de prestarle en la actualidad. Es decir, nos encontramos ante un fenómeno inverso al que se produjo en el período de postguerra: entonces, la sociedad estaba pasiva y era la Administración la que tenía que reaccionar para que ésta pudiera activarse y reorganizarse. En la actualidad, nos encontramos con que es la sociedad la que va por delante de la Administración pública. Esto es, la propia realidad social y económica va muy por delante de la realidad administrativa y es preciso completar estos vacíos.

Cambiamos, por lo tanto, de un concepto de Administración prestacional - que se caracterizaba por orientar su actividad a la organización de prestaciones materiales para los ciudadanos que eran meros beneficiarios de aquéllas-; a una Administración garantista- que debe orientar su actividad a que queden debidamente garantizados el adecuado establecimiento de modelo y sistema que permita prestaciones en favor de los particulares.

Es una transformación de gran calado, que va más allá del Estado y de su sistema administrativo, y se refiere fundamentalmente a lo que es la perspectiva de la relación que debe tener la Administración pública y el Estado con la sociedad civil.

Y, como hemos señalado anteriormente, son dos los factores esenciales que han influido en esta transformación: por un lado, la globalización, que ha desbordado los límites territoriales en lo que parecía un ámbito territorial claramente definido por las normas; y, en segundo lugar, la crisis económica, que ha puesto de manifiesto lo finito de los recursos públicos y la imposibilidad de extenderlos sin límite¹⁰².

¹⁰² En este sentido Castells, M. (2008). The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 616, Núm, 1, pp. 78-93: "El nuevo sistema político en un mundo globalizado emerge del proceso de formación de una sociedad civil global y un Estado red global que reemplaza e integra los Estados-naciones preexistentes, sin disolverlos en un gobierno global. Hay un proceso de emergencia de una gobernanza global de facto sin un gobierno global".

Pero junto a ello existe un tercer factor que no es exógeno a la sociedad, sino que es endógeno a la misma: el fortalecimiento de las propias sociedades civiles. La propia sociedad que se ha fortalecido de una manera extraordinaria en los últimos tiempos y ha pasado de ser una sociedad pasiva que recibe los servicios por parte de la Administración a una sociedad activa que tiene capacidad de actuar. Es aquí donde se produce el centro neurálgico de la transformación en tanto en cuanto se traslada la capacidad normativa, la capacidad de reacción, o la capacidad de prestación de un monopolio que venía siendo ejercido por parte de la Administración pública, a un modelo en el cual, son los propios particulares, es la propia sociedad, la que está dispuesta a asumir ese papel protagonista y la que está dispuesta a realizar esa actividad normativa y prestacional. Es la propia sociedad la que se autorregula, la que se autogobierna eficazmente fortaleciendo sus estructuras internas. En este fenómeno, la intervención pública ha pasado de ser una intervención prestacional a una intervención garante, de tal forma que la Administración controla cómo se realizan esos servicios por parte de los particulares, por parte de esa sociedad civil que ha salido reforzada. Se trata, como afirma el profesor Esteve Pardo de la “retirada” del Estado y la necesidad de transferir esa nueva posición estratégica¹⁰³.

Esta retirada del Estado tiene que ser, en todo caso, una retirada ordenada. Tiene que ser una retirada que permita el establecimiento de unos controles adecuados y el otorgamiento de unas facultades adecuadas a los particulares para que éstos puedan ejercer las facultades que le son encomendadas.

El profesor Ballbé en el artículo antes citado¹⁰⁴ sitúa en el sistema jurídico norteamericano el origen de esta práctica mediante el establecimiento de nuevos mecanismos que han ido incorporando nuevos derechos y frutos, en gran medida de la conquista de los derechos civiles que se han producido en este país durante las últimas décadas. Ello está relacionado con un proceso de comunitarización del derecho, en virtud del cual se produce la incorporación de los criterios, pareceres y

¹⁰³ En este mismo sentido el profesor Jiménez-Blanco, A. (2019). *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. (1ª Ed.). Sevilla: Derecho Global, cuando afirma: “La globalización – se ha dicho mil veces- implica que los Estados no son tan soberanos como pretenden (o como afirman pretender), porque todo está interconectado”.

¹⁰⁴ Los profesores Ballbé, M. y Martínez, R. en *Law and Globalization between United States and Europe a Global Administrative Law*, Op. cit., p. 16.

opiniones de diferentes actores de la vida jurídica en el proceso de la elaboración de las normas, dando lugar a lo que se ha llamado el modelo del derecho administrativo de “*aseguramiento de representación de intereses y de los grupos*”¹⁰⁵.

El nuevo modelo del Estado administrativo provoca la proliferación de un nuevo elemento que va a tener un protagonismo destacado a lo largo del siglo XX y se prolonga durante el presente siglo XXI: la aparición de las agencias administrativas y reguladoras de todo tipo que, teniendo su origen en un primer momento en el derecho antitrust, se ha ido extendiendo y generalizando a otras muchas ramas del ordenamiento jurídico. En este proceso, el modelo americano ha servido de inspiración clara al reciente y vigente proceso de integración europea, por cuanto no es sino el origen de la UE, de la creación de la Comisión Económica del Carbón y del Acero, de la CE y del Banco Central Europeo, todas ellas agencias independientes que responden al patrón norteamericano.

Este proceso tiene su máximo desarrollo bajo el gobierno del Presidente Wilson¹⁰⁶, que denunció la falta de auténtico gobierno con facultades ejecutivas y la necesidad de dotarse de una Administración Pública potente, integrada por funcionarios altamente cualificados que, lejos del enfrentamiento y partidismo político, constituyeran el sustrato esencial de una Administración Pública Federal al servicio de los ciudadanos. Para ello impulsó la instauración de agencias administrativas independientes al frente de las cuales situó a personal administrativo especializado y cualificado. Con ello, no solamente se lograba una mayor independencia en la Administración Pública, sino una nueva concepción de la regulación íntimamente ligada a la teoría de riesgo que hablábamos antes, por cuanto la normativa ya no queda circunscrita a una identificación de normas concretas, sino que se amplía a las facultades de ordenación y control que estas agencias van a tener sobre diferentes sectores de la economía norteamericana.

¹⁰⁵ Stewart, R. (1975). The reformation of American Administrative Law. *Harvard Law Review*, Vol. 88, Núm. 8, pp. 1667-1813

¹⁰⁶ Ver en este sentido, Salvador Martínez, M. *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España. Op. citada.*

El profesor Ballbé¹⁰⁷ señala como gran oleada de construcción de este Estado Administrativo norteamericano, la crisis de 1929 y la puesta en marcha de las políticas del New Deal del presidente Roosevelt. Durante su mandato, y con la ayuda de profesores de derecho administrativo de las más prestigiosas universidades norteamericanas, se impulsa la creación de diversas comisiones de supervisión y regulación, destacando entre todas ellas la creación de la famosa Securities Exchange Commission en 1934. Junto a este proceso de creación de organismos regulares y supervisores, se produce un segundo fenómeno que apunta el profesor Ballbé y que viene a cambiar lo que hasta ese momento habían sido los parámetros del derecho administrativo¹⁰⁸.

Ello supone una modificación radical del modelo tradicional de funcionamiento del Estado en sus relaciones con los particulares, iniciándose una nueva fase en el que la Administración no se limita a establecer una regulación, sino que asume un papel evaluativo de la sociedad, de las empresas y de los servicios¹⁰⁹.

La extensión de estos sistemas de creación de comisiones reguladoras que establezcan pautas de actuación y normas de supervisión para los administrados no ha supuesto, en modo alguno, un incremento de la estructura administrativa, sino una mayor especialización de sus titulares y una mejor identificación de los riesgos y participación de los diferentes sectores afectados. Son éstos los dos

¹⁰⁷ Los profesores Ballbé, M. y Martínez, R. en *Law and Globalization between United States and Europe a Global Administrative Law*. Op. citada. p. 17.

¹⁰⁸ Ballbé, M. (2007). El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. *Revista de Administración Pública*, Núm. 184, pp. 215-276: "Esta reforma puede considerarse trascendental porque vino a cambiar los parámetros del Derecho Administrativo y las tradicionales formas de intervención e inspección administrativas. Se diseñaba una regulación que establecía en primer lugar una *corporate responsibility*, lo cual obligó a las empresas a corresponsabilizarse, a crear un departamento de riesgos financieros, a aflojar sus cuentas y a someterse a auditorías financieras y contables, certificación y acreditación. Este diseño instauro el modelo de autorregulación reguladas que se halla en la base de la moderna concepción del Derecho Administrativo de la sociedad del riesgo y de las técnicas de responsabilidad de las empresas en los campos, como el de prevención de riesgos laborales, ambientales, o auditorías y evaluación de calidad. Se les obliga a revelar información sobre sus actividades económicas (transacciones, beneficios, pérdidas, etc.) y con ello se inician los nuevos derechos del ciudadano a conocer y al acceso a la información, creando, con la auditoría externa obligatoria, un ejército de profesionales de la prevención de riesgos y un *soft law* de unas regulaciones de calidad y seguridad, coparticipado por las empresas, la comunidad activa y el Estado, configurando un nuevo de Estado regulador".

¹⁰⁹ Ballbé, M. *El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*. Op. Citada: "La diferencia entre los dos conceptos de Estado administrativo y Estado regulador es que con esta última acepción no se trata tanto de cerrar amplias Administraciones Públicas regletas de funcionarios, sino que organismos reguladores sin tanto aparato administrativo consiguen una autoridad y una eficacia mayores. Al regular el comportamiento de empresas y ciudadanos y trasladarles la responsabilidad a ellos, se convierten prácticamente en protagonistas activos de la implementación de los valores y principios de esta regulación. Este paso de Estado administrativo a regulador podemos situarlo en la época de Landis, con la SEC y con este cambio de regulación administrativa en el que la Administración era la protagonista única, y ahora lo serán, además, las empresas y los ciudadanos".

elementos esenciales de este nuevo periodo de derecho administrativo: En primer lugar, que se dote a las entidades reguladoras de la necesaria independencia y prestigio para que puedan llevar a cabo su actuación sin la siempre nociva perturbación de los avatares y confrontaciones políticas; y, en segundo lugar, que en la elaboración de sus reglas y normativas, se produzca una debida participación de los grupos y sectores afectados¹¹⁰.

Esta nueva configuración supone una alteración del concepto tradicional del derecho administrativo ya que no estamos hablando de un mero trámite de audiencia, sino de una participación de los sectores y protagonistas aceptados al objeto de lograr una solución adecuada fruto de un proceso de deliberación. En esta línea, la función del derecho administrativo es la de proveer un cauce adecuado de participación en el que se tengan en cuenta los intereses de todos los sectores afectados. Así se manifiestan Stewart¹¹¹ y Sunstein¹¹². Este proceso ha derivado en una continua proliferación de estos nuevos organismos, muchos de ellos no creados al amparo de la normas de derecho internacional o de acuerdos o pactos, sino de acuerdos políticos desprovistos de otras formalidades jurídicas o sin que con posterioridad sean debidamente ratificados¹¹³.

¹¹⁰ En este sentido los profesores Ballbé, M. y Padrós, C. *Estado Competitivo y armonización europea*. Op. citada: "El procedimiento administrativo es, en esencia, la respuesta de nuestra generación a las insuficiencias del proceso judicial y legislativo. Representa nuestro esfuerzo para encontrar una respuesta a estas insuficiencias mediante otro método que no sea simplemente el de acrecentar el poder ejecutivo. Si la doctrina de la separación de poderes implica división, también implica equilibrio (checks and balances) y el equilibrio demanda igualdad. La creación del poder administrativo puede ser el medio para preservar ese equilibrio."

¹¹¹ Stewart, R. *The reformation of American Administrative Law*. Op. Citada: "Cada vez más la función del Derecho Administrativo no es la protección de la autonomía privada, sino la provisión de un proceso político sustitutivo para asegurar la equitativa representación de una amplia serie de intereses afectados en el proceso de decisión administrativa (...). El interés público es una estructura de múltiples hilos, no es un monolito y supone un equilibrio de muchos intereses (...). Las Administraciones deben considerar todos los diversos intereses afectados por sus decisiones como un predicado esencial para equilibrar todos los elementos esenciales para una determinación justa del interés público".

¹¹² Sunstein, C. (2003). Beyond the Precautionary Principle. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, Núm. 3, pp. 1003-1059: "gran parte del moderno Derecho administrativo debe ser entendido como un esfuerzo para asegurar que la acción gubernamental refleje cierto tipo de deliberación por parte de sus actores."

¹¹³ Cazorla Prieto, LM. (2012). La articulación jurídica del gobierno de la globalización financiera. En: *Retos del Derecho ante una economía sin fronteras*. (1ª ed.). Bilbao: Universidad de Deusto: "El origen del organismo en cuestión puede proceder de un tratado internacional o de instrumento equivalente formalmente entendido. Los más antiguos organismos con funciones financieras a escala mundial nacieron de tratados internacionales o instrumentos semejantes. Son ejemplos de ello el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial surgidos de los acuerdos de Bretton Woods firmados en 1944. Sin embargo, la más reciente aparición de organismos con cometidos en materia financiera a escala mundial no responde a estas fuentes. La pauta dominante hoy es que la proliferación de organismos como a los que me refiero resulta de acuerdos políticos intergubernamentales informales que no se traducen en alguno de los instrumentos convencionales tradicionales del Derecho Internacional Público. Que el origen de un organismo de gobierno financiero responda a una u otra pauta tiene importantes consecuencias jurídicas en cuanto a su composición, sus procedimientos de toma de decisiones y la naturaleza de estas decisiones, como se podrá observar a lo largo del desarrollo de la exposición. Dentro de este grupo hay que emplazar a organismos de actuación tan significada en nuestros

Lo anterior necesariamente exige, si verdaderamente se tiene plena confianza en el sistema, que el ejecutivo dote a estos órganos de los medios adecuados para realizar su función y que éstos estén compuestos por personas honorables, capaces de ejercer el mandato y responsabilidad que se les encomienda: *“Sin perjuicio de establecer en estos criterios o principio de apreciación, hay que dejarlos en su determinación final al juicio discrecional y técnico de los órganos competentes. Ello implica que tan importantes como las regulaciones son los reguladores encargados de su aplicación. Tan importante como el diseño de la norma es la calidad y ejemplaridad de las personas a quienes se confía esa tarea¹¹⁴”*.

Áreas en las que la globalización produce efectos

Aceptada la realidad del proceso, debemos centrarnos a continuación en analizar las diferentes facetas o áreas en las cuales la globalización despliega sus efectos. Seguiremos en esta línea, una vez más, los postulados del profesor Held¹¹⁵, quien centra en tres ejes fundamentales los puntos relevantes que se ven afectados por el proceso de globalización. Estos son, en primer lugar, la economía global; en segundo, la afección medio ambiental; y, en tercer lugar y el más relevante para nosotros, la influencia política

Economía global

El efecto en el ámbito económico parece claro, dado que hoy es común el afirmar que tenemos una economía globalizada y que no existe posibilidad de limitar esta realidad. Esta creciente interconexión económica entre los países ha derivado en una ineludible interconexión de las economías y de los procesos de producción. No estamos hablando ya de la existencia de barreras arancelarias o de proteccionismos decimonónicos, estamos hablando de la realidad de las empresas

días como el llamado G-20, entre otros. Junto a estas medidas y las de carácter económico general, el G-20 aprobó el 2 de abril de 2009 en Londres otras para fortalecer nuestras instituciones financieras globales. Estas medidas son muy concretas, por ejemplo, aumentar en 250.000 millones los recursos disponibles por el Fondo Monetario Internacional a través de una inmediata aportación de sus miembros. La conclusión a la que se puede llegar a la luz de las características de estos acuerdos tomados en la reunión del G-20 de Londres en la misma que con respecto a la declaración de Washington. En palabras sintetizadoras, estamos ante verdaderas decisiones de carácter ejecutivo y de plasmación inmediata, no ante simples manifestaciones cargadas de retórica hueva; nos encontramos ante decisiones de política económica y financiera. Por fin, el G-20, al adoptar estas medidas, se considera a sí mismo como el organismo con legitimidad y competencias para poder hacer lo que hace”.

¹¹⁴ Ariño Ortiz, G. *El control judicial de las entidades reguladoras*. Op. Citada.

¹¹⁵ Held, D. y Mc. Grew, A. *Globalización: Tendencias y Opciones*. Op. citada, pp. 111 y ss.

en su día a día, estamos hablando de la proliferación de empresas multinacionales e incluso de empresas que, sin ser multinacionales, contratan o externalizan sus servicios a terceros países ya que desde el punto de vista económico es mucho más ventajoso (pensemos en los servicios de call-center, empaquetado de sobres, etc.).

Otro lugar común evidente, pero que no por ello debemos dejar de mencionar, es el relativo a que en muchas ocasiones el incremento de los flujos económicos y la articulación de mecanismos y organismos que facilitan las transacciones entre los países, constituye el germen de procesos de transformación política fundamental. Todos tenemos en nuestra cabeza la realidad que constituye hoy en día la UE, donde no solo tenemos una moneda común y una supresión de fronteras, sino también un poder de decisión y una legislación común fijada por los órganos comunitarios. Este tema, ahora simplemente esbozado, de cómo los procesos de integración económica son el punto de arranque de ambiciosos procesos de integración política, será más extensamente desarrollado en otros apartados de este trabajo, por cuanto la UE ha sido uno de los actores esenciales en el proceso de desarrollo del denominado soft law.

Retomando el hilo de nuestra argumentación sobre los procesos de integración económica y los efectos que sobre ella la globalización está teniendo, solamente dar un dato: hoy en día, más de la tercera parte del comercio mundial está desarrollado por empresas multinacionales. La vieja tensión entre lo local y lo global se ha inclinado de forma clara en favor de lo segundo, y hoy asistimos con absoluta normalidad a lo que se denominan procesos de colonización económica, en virtud de los cuales aquellos países con disponibilidades líquidas fijan sus ojos inversores en países emergentes con un fuerte potencial de crecimiento.

Han desaparecido completamente los viejos recelos a realizar inversiones en el extranjero y ello nos debe llevar a una reflexión conjunta vinculada a un necesario proceso de confianza recíproca que los ordenamientos y las instituciones de los Estados deben darse con el fin de crear el marco adecuado que permita la realización de estas inversiones sin temor a problemas soberanos.

La tantas veces citada crisis que estamos viviendo es un claro reflejo de cómo el proceso de globalización económica ha calado hasta los huesos en las viejas

estructuras de los países. Todos hemos escuchado ejemplos de cómo puede afectar a un inversor de un remoto pueblo de España los problemas derivados del impago de las hipotecas por parte de un granjero de Texas. Los elevados niveles de actividad y de transacciones que se producen diariamente en el ámbito de la banca internacional (emisiones de bonos, obligaciones, operaciones de valores, los fondos cotizados, etc.) son la expresión de una actividad económica que solo tiene como límite el planeta tierra. Ello tiene una consecuencia negativa evidente que no es objeto de análisis en este trabajo: la extraordinaria dificultad que puede encontrar hoy en día un inversor para saber verdaderamente cuáles son los riesgos que asume al realizar esto. La dificultad clave para estas personas es precisamente eso, la incertidumbre que engloba las respuestas que el mercado puede dar a su inversión.

Se ha aumentado notablemente la conciencia y el nivel de riesgo que se asume dado que la inmensa mayoría de los productos no son inversiones en un único activo, dedicado a una única actividad, y localizado geográficamente en un único país. La realidad es muy distinta y son múltiples los ejemplos que nos vienen a la memoria sobre debacles económico-bursátiles que se han producido en empresas nacionales o en empresas extranjeras como consecuencia de crisis políticas, atentados; o simplemente noticias que se han producido en el otro lado del planeta o en lugares donde estas empresas no desarrollan aparentemente actividad.

Precisamente por eso en ocasiones resulta extremadamente difícil el poder predecir con tiempo cuales pueden ser las consecuencias de una conducta, decisión o política por parte de un Gobierno que se adopta al momento de intentar resolver un problema concreto. A sensu contrario, otro tanto ocurre cuando éstas deben adoptarse por órganos supranacionales. Cuando éstos tienen que abordar estos problemas, en muchas ocasiones es más eficaz una declaración de una autoridad monetaria o una recomendación de una agencia de calificación, que una decisión adoptada legítimamente por aquellos a quienes la legislación les ha reconocido la capacidad para ello.

En este sentido, en muchas ocasiones resulta difícilmente mensurables las capacidades de los gobiernos u organizaciones internacionales en el estado en que las conocemos en la actualidad. Se produce lo que se ha venido en llamar una clara

asimetría entre las necesidades que se derivan de proceso de la globalización y las estructuras orgánicas actuales de gobierno de las sociedades.

Esta situación ha derivado en un auge muy considerable de instrumentos paralegales que tienen por finalidad atender a las necesidades de nueva regulación, resolviendo las lagunas que la realidad práctica viene poniendo de manifiesto: *“Con carácter general, y salvo contadas excepciones sobre todo las situadas en el campo comunitario, la ausencia o escasa regulación jurídica e la masa de operaciones propias de la globalización financiera ha sido una característica extendida antes del estallido de la crisis económica, cuyo primer aldabonazo fue la financiera¹¹⁶”*.

Sin embargo, esta situación no se ha traducido de forma inmediata en la aparición de nuevas formas de organización supraestatal¹¹⁷. Muchas veces por la simple razón de que ello no sería suficiente dado que la realidad económica va muy por delante de la realidad jurídica y lo que nos encontramos son estructuras coyunturales que atienden a la realidad instantánea y que tienen como finalidad resolver un problema puntual, pero que no tienen vocación de permanencia. No tienen vocación de permanencia, entre otras cosas, porque es muy probable que su utilidad termine en el mismo momento en que hayan resuelto el problema puntual para el que fueron creadas. En cierta forma nos encontramos con un cierto “desgobierno” de la económica globalizada, en donde los actores intervinientes entran y salen de la escena en función de las circunstancias concurrentes en cada momento: *“Desde este punto de vista no podemos hablar con propiedad de gobierno de la economía financiera globalizada. La razón es bien sencilla: no hay gobierno de un Estado por muy poderoso que sea capaz de tomar decisiones o establecer directrices susceptibles de dirigir por sí mismas la economía financiera globalizada, que pro principio salta por encima de los gobiernos estatales¹¹⁸”*.

Esta situación de “desgobierno” no debe interpretarse como una debilidad de las instituciones derivada de la situación de crisis que nos encontramos. Más bien se

¹¹⁶ Cazorla Prieto, LM. (2010). *El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica*. Discurso leído el día 15 de noviembre de 2010.

¹¹⁷ En este sentido el profesor Lopez Ruiz, F. (2017). Notas sobre la globalización financiera y su impacto en el Estado de Derecho. *Revista de Derecho Político (UNED)*, Núm. 20. El autor se centra en la noción de “*meta-sistema financiero transnacional*” y subraya su carácter “*policéntrico*” o incluso compuesto de una pluralidad de elementos, “*pero que en ningún caso serían homologables a un ordenamiento jurídico estándar tal y como describió Bobbio*”.

¹¹⁸ De Blas Guerrero, A, Rubio Lora, M.J. y de Andrés Sanz, J. (2010), *Teoría del Estado I el Estado y sus instituciones*. Universidad Nacional a Distancia, 1ª edición, 3ª impresión, Madrid. op. citada.

trata de una respuesta flexible a las necesidades actuales, que demandan una respuesta de carácter más inmediato y no sometida a las rigideces que las instituciones de carácter permanente en muchas ocasiones tienen. Una vez más, nos referimos a lo manifestado por el profesor Cazorla¹¹⁹: *“Al hilo de los dos criterios delimitadores indicados ya, aparece un tercero: organismos integrantes del gobierno de la globalización financiera de estructura flexible o de estructura rígida. Por su origen, estructura y procedimientos, los integrantes de la administración financiera internacional son organismos más rígidos y formales en todas sus facetas que los que se quedan en el plano del gobierno de la globalización financiera en sentido estricto, que son más flexibles e informales. Es importante la distinción entre los organismos de naturaleza pública y los de naturaleza privada; a su vez, esta clasificación debe barajarse con toda la relatividad propia del terreno que pisamos. Las entidades mencionadas hasta aquí, integrantes de la administración financiera internacional en sentido estricto, son estructuras públicas por su origen y composición o por la concurrencia de estos dos factores. Tal es el caso del Fondo Monetario Internacional y del G-20, respectivamente”*.

Estas nuevas entidades o instituciones carentes de una estructura formal de carácter permanente y que responden a situaciones coyunturales para resolver problemas puntuales, se han convertido en elementos esenciales del llamado gobierno de la globalización financiera. Junto a instituciones clásicas como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, aparecen otras nuevas, que no surgen de un acuerdo multilateral o tienen su origen en tratados internacionales o decisiones de organizaciones ya establecidas. Su aparición responde más bien a la decisión libérrima de aquellos países que lideran la economía mundial y que por su importancia estratégica, económica y sobre todo influencia política deciden constituir para abordar puntualmente los problemas económicos de nuestra era: *“A la luz de lo expuesto en apartados precedentes, el G-20 forma parte destacada del, gobierno de la globalización financiera tanto desde el punto de vista orgánico o subjetivo como desde el objetivo o material. Desde este último punto de vista, las decisiones que toma atañen a aspectos fundamentales de la organización y disciplina de la globalización en su vertiente financiera. Dicho de otra manera, el*

¹¹⁹ Cazorla Prieto, LM. *El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica*. Op. citada.

organismo al que aludo adopta acuerdos que buscan establecer los cimientos de un futuro gobierno de la globalización financiera. Desde un punto de vista orgánico o subjetivo, el G-20, constituido en virtud del acuerdo de todos sus integrantes, se ha transformado en el organismo permanente en cuyas manos queda la toma de decisiones básicas sobre la arquitectura institucional y las características fundamentales a las que debe acoplarse el desarrollo presente y futuro de la globalización financiera. A su vez, el G-20 es un órgano eminentemente político. Constituye la vertiente más política y general del naciente gobierno de la globalización financiera. No es, por tanto, un órgano ejecutivo al que incumba poner en marcha las medidas acordadas por él mismo. ¿A quiénes corresponde ejecutar las medidas aprobadas por un órgano tan político como el G-20? Los destinatarios de tales medidas son en parte los Estados, en parte los órganos reguladores internacionales competentes en el establecimiento de reglas financieras, bancarias, contables y auditoras de observancia en la esfera mundial, en parte los organismos integrantes de la administración financiera internacional, principalmente el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, y, en fin, hasta terceros particulares. En suma, con el G-20 se ha dado un paso importante en la máxima expresión política del incipiente gobierno de la globalización financiera.”¹²⁰

Estos “organismos” de nueva creación nos plantean un problema de legitimidad por cuanto nos podemos hacer la pregunta de ¿por qué son 20 y no 25 o 15 los representantes de los Estados integrantes de tan selecto club que va a dictar recomendaciones o incluso adoptar decisiones que sin duda van a tener un efecto directo en el resto de economías del mundo? Es evidente que este problema de legitimidad nos lleva a un necesario análisis de liderazgo político mundial que hemos asumido directamente, sin necesidad de un acuerdo expreso y debidamente refrendado por los instrumentos jurídicos que habitualmente conocemos. Esta legitimidad política que atribuimos al Grupo de G20 viene motivada, sin duda, por el hecho de que sus países integrantes agrupan, nada más y nada menos, que el 80% del PIB mundial y el 62% de la población del mundo. ¿Ello quiere decir que el resto de países no deban tener voz y voto al momento de adoptar decisiones que les van a afectar de forma directa? ¿Cómo se concilia esta limitada representación

¹²⁰ Cazorla Prieto, LM. *El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica*. Op. citada.

con la existencia de órganos permanentes con legitimidad contractual para analizar y proponer medidas de contenido económico?

Quizá el punto de conexión que dé alguna manera de respuesta a estos interrogantes viene derivado por el hecho de que estos grupos de decisión económica tienen una transcendencia muy importante en cuanto a la influencia política que sus decisiones pueden tener; pero, sin embargo, carecen de la necesaria estructura organizativa para la ejecución de las mismas, por cuanto no son entidades de carácter permanente y disponen por ello de los medios adecuados para realizar esta función.

Para poner en funcionamiento las decisiones adoptadas por el G20 es preciso contar con la colaboración necesaria de aquellas instituciones, ahora sí, debidamente creadas en base a la voluntad contractual de los Estados y que tienen una estructura permanente al efecto. Entre ellos destaca, lógicamente, el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial.

Cambio medioambiental global

Como segundo eje definidor del proceso de globalización, el profesor Held y McGrew¹²¹ señalan el cambio medioambiental global y, sobre todo, de mentalidad que se ha producido en nuestra sociedad en los últimos años.

Es evidente que el desarrollo económico y proceso de industrialización de los países ha traído como consecuencia un deterioro gradual del medio ambiente. Esto, que era una preocupación prácticamente residual en los gobiernos de los Estados hace 60 años, ha ido adquiriendo importancia en forma directamente proporcional a como se han ido poniendo de manifiesto los graves deterioros medioambientales que sufre nuestro planeta y las devastadoras consecuencias que ello puede tener.

Lógicamente, en este importante efecto, la globalización ha tenido un impacto muy destacado. De esta forma los mencionados profesores indican: *“La globalización económica ha tenido un impacto considerable en el medioambiente, si bien en modo alguno es la única causa de los problemas medioambientales. Es importante señalar desde un principio que los cambios medioambientales tienen diversas manifestaciones, entre las que se encuentran: el encuentro entre sistema*

¹²¹Held, D. & Mc Grew, A. *Globalización: Tendencias y Opciones*. Op. Citada.

tecnólogos de diversas partes del mundo que anteriormente estaban separados; los efectos de la degradación medioambiental de un país a otro (lo que implica la aparición de refugiados medioambientales, por ejemplo), la contaminación y riesgos transfronterizos (como la lluvia ácida y la energía nuclear), el transporte y difusión de residuos y de productos contaminantes por todo el globo (comercio de residuos tóxicos, reubicación global de las industrias “contaminantes”), la contaminación y degradación de bienes comunes (los océanos y la atmósfera) y, finalmente, la creación de instituciones, regímenes, redes y tratados globales que tratan de regular todas estas formas de degradación medioambiental¹²²”.

Este nuevo movimiento medioambiental ha logrado una movilización general de los pueblos y de los Estados en una lucha directa contra los efectos del cambio climático. Los ejemplos del pasado - que han producido desapariciones completas de ecosistemas, de especies e incluso de pueblos indígenas - constituyen un precedente terrorífico que nadie quiere volver a repetir. Ahora bien, esto nos plantea otro debate destacado: ligar los efectos del desarrollo a los cambios medioambientales como una consecuencia ineludible o como un coste que necesariamente hay que pagar como paso previo a la entrada de la sociedad del bienestar.

Este fenómeno se ha analizado en detalle¹²³ por el Premio Nobel y catedrático de Economía en la Universidad de Yale, William Nordhaus en su libro “*The climate casino. Risk, uncertainty, and economics for a warming world*”. Este autor ha destacado desde hace varias décadas como una de las autoridades mundiales en el estratégico campo del estudio de las repercusiones económicas del complejo fenómeno del cambio climático. En el citado libro insiste en la necesidad de comprender y asimilar la gravedad de los impactos derivados del calentamiento global sobre la humanidad y la naturaleza que le rodea, abogando por la implantación de políticas coordinadas que eleven el precio de las emisiones de CO₂ y otros gases de efecto invernadero (**GEI**), para insistir, finalmente, en la advertencia según la cual, caminar hacia economías bajas en CO₂ requiere un cambio tecnológico rápido en el sector energético. Dicho esto, su diagnóstico es

¹²² Held, D. & Mc Grew, A. *Globalización: Tendencias y Opciones*. Op. Citada, p. 158.

¹²³ Nordhaus, W., (2013). *The Climate Casino. Risk, Uncertainty, and Economics for a Warming World*. (1ª ed.). New Haven y Londres, Yale University Press.

claro: *“salvo que reduzcamos apreciablemente el impacto de estos gases a finales del presente siglo, el futuro del medioambiente de la tierra es sombrío”*. El libro se puede considerar como la actualización de numerosos estudios del autor sobre la situación de una cuestión trascendental para el futuro de la humanidad justo en el momento en que comenzamos a salir de una profunda crisis económica que ha alterado nuestras prioridades para las próximas décadas. Previsiblemente, este libro va a suministrar argumentos al amplio grupo de escépticos que aboga por posponer la adopción de medidas impopulares para detener, desde ahora mismo, el imparable crecimiento de las emisiones de GEI.

Hoy el debate entre los pueblos desarrollados y los pueblos en vías de desarrollo es esencialmente el determinar cuál es el nivel de exigencia que debe aplicarse a unos y a otros en este camino de protección del medio ambiente.

El argumento que utilizan los países en vías de desarrollo es muy sencillo y, hasta cierto punto, comprensible. Las consecuencias derivadas del cambio climático que estamos viviendo en la actualidad no son sino el efecto reflejo directo e inmediato de todo el proceso de industrialización y desarrollo que desde el siglo XIX han venido impulsando los países que componen el primer mundo. Su alegato es muy claro, y se concreta en si me tengo que desarrollar, tengo que contaminar como tú has hecho en épocas precedentes.

Siendo esto cierto, no lo es menos que hoy conocemos con mayor exactitud y detalle cuales son los devastadores efectos que se producen como consecuencia de los procesos descontrolados de industrialización. En el siglo XIX no se hablaba de los efectos nocivos para la atmósfera del óxido de azufre, óxido nitroso o de los clorofluorocarbonos. Es necesario, por ello, que teniendo en cuenta las reivindicaciones de estos países y sus necesidades de avanzar en el proceso de desarrollo, este se realice de tal manera que sea lo más conciliable posible con el medio ambiente.

La necesidad de arbitrar estas dos variables que hemos mencionado (por un lado, el derecho de los pueblos a desarrollarse, y por otro, la necesaria protección del medio ambiente) es lo que ha llevado a un nuevo reto al conjunto de comunidades políticas y de los pueblos con el fin de buscar compromisos medio ambientales que permitan conciliar estos dos principios. Lógicamente, este mecanismo a través del

cual puede lograrse este ambicioso objetivo, no puede ser la imposición de rígidas normas encorsetadas, por cuanto ello será difícilmente asumible por parte de todos los países integrantes de la comunidad de naciones.

En este camino de búsqueda de soluciones intermedias y, digamos así, jurídicamente admisibles, es desde donde de nuevo el soft law ha encontrado un adecuado caldo de cultivo; en el contexto de una nueva interrelación global encaminada en su lucha contra el calentamiento global y en la consecución de sociedades medioambientalmente sostenibles. Este planteamiento exige una altura de miras por parte de los responsables políticos de los diferentes gobiernos con el fin de lograr unos objetivos y unas metas que no van a redundar en el beneficio de un país en concreto sino en el beneficio del conjunto de naciones que integramos el planeta.

Si el concepto de globalización es en muchas ocasiones correctamente adecuado, es discutido en cuanto su aplicación para determinados ámbitos. Creo que en este caso es especialmente adecuado por cuanto nos estamos refiriendo a un proceso que afecta a todo el “globo” y no a uno o unos países. Si la globalización es el entrelazo entre sistemas extremadamente complejos y abstractos; el destino de hogares, comunidades y pueblos de regiones muy distantes, si de medio ambiente y sus consecuencias estamos hablando, parece evidente que confirmemos que es global los efectos y consecuencias que el deterioro del mismo puede tener.

Influencia política

Como tercer eje, no podemos dejar de referirnos al efecto de la globalización política: *“La globalización económica y medioambiental no se ha producido en un espacio político vacío, sino que también ha habido un cambio en cuanto a la naturaleza y la forma de organización política. Los rasgos distintivos de la forma adoptada en la época contemporánea es la emergencia de la “política global” – el creciente alcance de las redes y actividades políticas. Las decisiones y acciones políticas adoptadas en una parte del mundo pueden adquirir ramificaciones mundiales rápidamente. Los escenarios donde se adoptan determinadas medidas y/o decisiones políticas pueden unirse y convertirse en complejas redes de interacción política a raves de veloces medios de comunicación. Con frecuencia, este “estiramiento” de la política va vinculado a una frecuente intensificación o profundización de los procesos*

“globales” de forma que esa “acción a distancia” afecta a las condiciones sociales y a los mundos cognitivos de determinados lugares o comunidades políticas. Como consecuencia, los avances a nivel global, ya sean económicos, sociales o medioambientales pueden tener una repercusión a nivel local de forma casi instantánea, y viceversa¹²⁴”.

Resulta evidente que al referirnos a los efectos que la globalización produce en el ámbito de lo político, es donde se va a poner de manifiesto la gran variedad de interconexiones, efectos y consecuencias que, en muchas ocasiones, sin darnos cuenta, estamos viviendo y asumiendo como realidades políticas ya vigentes. El viejo concepto del Estado soberano con poder absoluto para regular, supervisar, aplicar y juzgar sus propias normas es un concepto que debe entenderse completamente superado como consecuencia de las sucesivas consecuencias que el proceso de globalización y sus consecuencias ha generado.

Si en los párrafos anteriores me referí al rápido crecimiento de las cuestiones y problemas que la globalización en el ámbito económico y medio ambiental ha generado, no podemos olvidar que ello se ha traducido de forma directa en un cambio de las estructuras tradicionales de poder que hasta ahora se encontraban vigentes. Ha sido preciso que los gobiernos se adapten a esas nuevas necesidades y exigencias de la población, para dar una adecuada respuesta a lo que a no son problemas nacionales, sino globales.

La solución a estos problemas no puede venir de un planteamiento aislado e individualista de los Estados. Es necesario traspasar las fronteras tradicionales y reformar los modelos a los que estábamos acostumbrados al objeto de abrir por arriba el ámbito de decisión política más allá de las fronteras territoriales.

En el desarrollo de este proceso hay que destacar como elemento catalizador la aparición de diferentes instituciones y organizaciones internacionales que han propiciado esta nueva forma de gobierno. Sin embargo, no todas ellas lo han hecho al amparo del impulso de los gobiernos nacionales y podemos hablar que, junto a una globalización tutelada o dirigida políticamente por los Estados, se ha producido también una globalización de la sociedad civil.

¹²⁴ Held, D. & Mc Grew, A. *Globalización: Tendencias y Opciones*. Op. Citada.

Si en el siglo XVIII, en el albor de los movimientos revolucionarios, el sentimiento nacionalista tuvo un papel muy destacado en cuanto elemento de cohesión de los revolucionarios, en el siglo XXI y, como consecuencia de las nuevas formas de política multilateral y global, es necesario hablar de la existencia de una sociedad global que ha impulsado, y lo hace cada vez con más fuerza, movimientos y doctrinas en muchas ocasiones desconocidas.

No cabe duda que al hablar en estos términos a todos nos viene a la memoria los recientes acontecimientos del Norte de África, que han provocado la caída de regímenes dictatoriales en una eclosión de libertad y unos deseos de democracia transmitidos a golpe de twitter. Pero no debemos olvidar el movimiento que modificó la estructura política de la vieja Europa hace algo más de 30 años y que, de forma absolutamente pacífica, liberó los antiguos países del bloque soviético.

En ninguno de estos casos se trataba de movimientos organizados, de asociaciones constituidas o de partidos políticos. Se trataba, simple y llanamente, de sociedad civil, consciente de sus derechos y de sus posibilidades y decidida a aprovechar el momento y la repercusión mediática que esos movimientos tienen. Quién sabe si hoy no estaríamos hablando de una China completamente diferente, si el silencio impuesto por los jefes del Partido Comunista Chino a raíz de las revueltas de Tiannamen no se hubiera impuesto con la ferocidad y rigidez con que lo fueron.

Estábamos hablando de grupos o movimientos que no respondían a un esquema de organización propio. Sin embargo, en estos años, esta participación activa de la sociedad civil y esta conciencia colectiva de vivir en lo que se llamado “la aldea global”, nos ha llevado a una proliferación de organizaciones internacionales que constituyen uno de los principales grupos de presión de nuestros días.

Si al principio del siglo XX y, según los datos aportados por la Unión De Asociaciones Internacionales, solamente existían 176 organizaciones internacionales no gubernamentales, los últimos datos aportados por dicha Unión, elevan esta cantidad de 64.587 organizaciones internacionales no gubernamentales¹²⁵. Este dato, por si solo, nos pone de manifiesto como el

¹²⁵ Datos facilitados en la página web de la asociación www.uia.be.

concepto y la concepción de globalización ha calado hasta el fondo en la sociedad, generando un nuevo movimiento de transformación social que ha elevado su punto de visión por encima del concepto tradicional de Estado.

La consecuencia lógica de todo ello es una creciente interacción política entre todos estos movimientos y los Gobiernos en su concepto tradicional. Éstos se ven cada día más atrapados en una red multidisciplinar regulatoria, social, política y económica. A ello debemos unir el efecto que se ha producido como consecuencia de la generalización de las organizaciones internacionales de carácter gubernamental, lo que ha redundado en un incremento considerable de las relaciones internacionales y en un cambio muy importante en el alcance y contenido del derecho internacional tal y como era tradicionalmente conceptualizado.

Todo lo expuesto hasta aquí nos sirve de marco de referencia para encuadrar el estudio que se pretende realizar. Como se ha expuesto, no es la globalización un fenómeno actual, ni tampoco el único elemento determinante de la aparición del soft law; sin embargo, sí que podemos hablar de la existencia de una estrecha relación entre uno y otro como elemento catalizador de un fenómeno que, si bien surgió hace varios años, lo cierto es que nos encontramos en la actualidad en un momento de plena eclosión del mismo.

En definitiva, la globalización ha sido un adecuado “caldo de cultivo” para que esta nueva forma de regulación haya repentinamente traspasado su ámbito originario, esencialmente en el derecho internacional, para encontrarlo de forma casi permanente en otras muchas ramas del ordenamiento. Si en un primer momento su irrupción en el mundo jurídico se produce como respuesta de las organizaciones internacionales a los retos que se le plantean, hoy en día su utilización se ha extendido para hacer frente a un conjunto de fenómenos que, los Estados en particular y las sociedades en general, no son capaces de afrontar con los mecanismos tradicionales. Para ello, resulta mucho más útil emplear un mecanismo que conjuga de forma adecuada su inmediatez para atender los problemas que se le plantean, con la adecuada flexibilidad al objeto de, en cada caso y en función de las circunstancias concurrentes, poder mudar la normativa.

Al desarrollo, quizás excesivo, del soft law tal y como en este momento lo conocemos, ha contribuido de forma decisiva el fenómeno de la globalización, que

nos traslada de lo particular a lo general, eliminando fronteras y límites que hasta hace unos años eran impensables. No quiero decir con ello que estemos ante el momento máximo de auge de este fenómeno ya que eso, además de ser falso, sería muy pretencioso con respecto al tiempo que nos ha tocado vivir¹²⁶.

Hoy en día, el desarrollo de las sociedades y de las tecnologías impone, por su propia naturaleza y de forma literal, que el pasado sea el día de ayer y el futuro el día siguiente. Hemos llegado a un punto de avance tecnológico en nuestras sociedades donde necesariamente nuestro mundo va mudando de forma constante, y lo que hace unos años era impensable, hoy es casi una reliquia del pasado. Lo que marca el estar o no obsoleto ya no se trata de diferencias entre generaciones, se trata de grandes diferencias en apenas un año o unos meses. Esta realidad mutable y difícil es la que la que debemos regular. Ello, sin embargo, no debe servir de excusa para facilitar un uso generalizado y abusivo de un instrumento que carece, en la mayoría de las ocasiones, de un necesario respaldo de legitimidad y, en muchas ocasiones, de oportunidad.

EL “SOFT LAW”: UN BREVE ANÁLISIS SOBRE SU ORIGEN, DEFINICIÓN Y ÁMBITOS DE DESARROLLO

Derecho global v. Derecho internacional

Como ya hemos señalado el derecho, como una realidad social más, no se encuentra al margen del fenómeno de la globalización.

Pero lo primero que deberíamos matizar es a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de derecho global, porque podría entenderse como una actualización del viejo *ius commune* del ámbito del derecho romano, que se extendía con un criterio uniformizador en todo el territorio del Imperio. Traducido a nuestro ámbito y a nuestro tiempo estaría constituido por ese derecho común que es, en realidad, parte

¹²⁶ En este sentido, de la destacada función que desarrolla el soft law al indicar el precedente para una regulación posterior por los procedimientos ordinarios, señala el profesor Nava Escudero, C. (2016). El acuerdo de París. Predominio del soft law en el Régimen Climático. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 49, Núm. 147, pp. 99-135: “Esto no quiere decir que no tengan relevancia jurídica: sí la tienen, aunque en definitiva no son vinculantes. Esta característica es lo que precisamente las diferencias de las normas de hard law, por lo que las normas de soft law no pueden ser menos vinculantes o casi vinculantes. Es verdad que en muchas ocasiones el soft law es el antecedente inmediato del hard law, pero mientras no adquiera tal estatus, simplemente no es hard law. En consecuencia, las normas podrán ser más soft que otras o, incluso, menos soft, pero al fin y al cabo soft law, o sea, no vinculantes. De otro modo, ¿para qué la diferenciación doctrinal entre lo hard y lo soft?”

del derecho internacional y que vincula a los Estados miembros de las organizaciones internacionales, bien sean de origen gubernamental o no¹²⁷.

Sin embargo, la existencia del derecho global o global law como se denomina en el ámbito anglosajón encuentra algunos problemas y críticas por parte de la doctrina dado que aducen la inexistencia de unas “pruebas o indicios sólidos” sobre cuáles deberían estar o haber estado esos elementos comunes que conforman este derecho global¹²⁸. Algunos autores¹²⁹ basan su crítica en la existencia de este derecho global en la falta de precisión y de formalidad que se espera normalmente cuando se habla de derecho y cuando se pretenden establecer o dictar pautas comunes que constituyan una base esencial que permita garantizar su cumplimiento y, en su caso, sanción¹³⁰.

En todo caso, nos posicionemos en uno u otro sector, lo que es indudable es que la globalización ha producido un efecto indiscutible en el mundo del derecho. Además, ha puesto en tela de juicio el propio concepto de soberanía de los Estados, modificando los procesos ordinarios que conocíamos hasta ahora de toma de decisiones, atribuyendo poderes a otros órganos distintos de los habituales y estableciendo un modelo de nuevo ordenamiento de carácter supranacional, dividido en subsectores regulatorios específicos en función de la materia sobre la

¹²⁷ Jiménez-Blanco, A. *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. Op. Citada, pp. 426 y 427: “¿Qué sucede en el mundo del Derecho? Hay, para empezar, quien habla de Derecho global, en traducción literal del inglés Global Law, como si fuera un sector del ordenamiento y además con pretensiones imperialistas, al modo de un *ius commune* que aspire a coparlo todo: el compuesto por las normas del Derecho internacional de estos tiempos, donde los Estados son sólo un actor más y coexisten con todo tipo de organizaciones, ya sean de origen gubernamental o no”.

¹²⁸ Iglesias Vázquez, M. A. (2017). Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, p. 218: “La teoría (o las teorías) sobre el Global Law se suelen sustentar en la posible existencia de unas reglas comunes para la sociedad internacional, en cuya conformación intervienen actores globales diferentes de los Estados. El principal problema con el que nos encontramos a menudo, es la falta de mención por parte de la doctrina de pruebas o indicios sólidos acerca de quiénes lo sean, y cuando lo han sido, no nos parecen que sirvan a efectos de aquélla.”

¹²⁹ Le Goff, P. (2007). Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, Núm. 1, p. 128: “As Professor Ribstein understandably pointed out during the Indiana University School of Law symposium, *Globalization of the Legal Profession*, the concept of global law is rather lacking the precision and formality one would normally expect from a classical legal system. Where does one access the information on the rules and regulations forming the global law? Who determines the contents of global law? Where are the courts sanctioning violations of global law? On what fundamental basis is global law supposed to represent a binding set of international rules? What makes global law an independent legal system?”.

¹³⁰ En este mismo sentido véase a Jiménez-Blanco, A. *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. Op. Citada, pp. 428 y 429. Véase, además, Iglesias Vázquez, M. A. *Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado*. Op. Citada. La autora, que trabaja en la Universidad Internacional de La Rioja, disecciona los tres primeros conceptos que se integran en el título de su artículo y concluye en la inexistencia, al menos de momento, de algo que pueda llamarse Derecho global. La razón – elemental- en que todo depende de la cultura (entendida en sentido amplio) y en eso cada uno siendo muy nuestros”.

que traten (económica, social, medioambiental, derechos humanos, comercio, etc.). En consecuencia, se han incrementado también, de una forma exponencial, los actores que forman parte de este nuevo modelo y que, sin duda, producen una mayor complejidad en el marco actual¹³¹. Ello ha dado lugar a que algunos autores afirmen que este global law es un sistema suficientemente elástico donde caben elementos heterogéneos muy variados y donde se permite aglutinar y ordenar diferentes sistemas bajo un mismo marco¹³².

Por tanto, parece evidente que lejos del rigor y del formalismo al que estamos habituados, cuando se habla del fenómeno jurídico para referirnos al mundo del derecho global, se altera el sistema tradicional de fuentes e impera, en cierta manera, un desorden que podemos definir como un desorden organizado. Ello estaría originado por la aparición de este derecho global, emanado por una pluralidad de fuentes normativas y a través de unos instrumentos que no son los que habitualmente estábamos acostumbrados en el ámbito jurídico.

Son los que se denominan UNOs (Undefined Normative Object). El propio concepto ya nos da una idea de lo que estamos hablando: algo que no tiene forma legal pero que produce, o trata de producir, efectos regulatorios y efectos normativos¹³³.

La realidad pone de manifiesto la existencia de una gran cantidad de estos ejemplos en el ámbito del establecimiento de unos estándares o criterios generales con los que se pretenden fijar pautas, modelos, criterios o baremos destinados a la población, a sectores específicos del ámbito económico, social o político. Y que tratan, única y exclusivamente, unos estándares comunes y unos criterios universalmente aceptados a través de los cuales, y con independencia de la

¹³¹En este sentido véase Ziccardi, G. (2015). What is Global Law? En: <https://blog.oup.com/2015/08/what-is-global-law-jurisprudence/>

¹³² Vázquez, M. A. *Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado*. Op. Citada: “El Global Law es lo suficientemente elástico para integrar elementos heterogéneos de los variados y diferentes órdenes legales en un único marco”. Y en el mismo sentido, Aday Giménez-Alemán, A. (2016). Derecho global. *Eunomía Revista en Cultural de la Legalidad*, pp. 237-245. En esencia, el autor, profesor en la Universidad de Vigo, subraya la existencia del propio fenómeno –entendido como “un conjunto no definido de órdenes jurídicas (...), que, desde instancias distintas a las estatales, regulan relaciones sociales que superen el ámbito propio del Estado-nación” y deplora su falta de institucionalización “lo que lleva a algunas paradojas del jurista ante la juridificación intensa de las relaciones internacionales que está suponiendo la globalización, incluso la transformación del principio de Ulpiano “urbi societas, ibi ius, en ubi ius, ¿ibi societas?”. Y sitúa ese hecho ante la necesidad de una atenta constitucionalización de la nueva realidad jurídica”.

¹³³ Vázquez, M. A. *Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado*. Op. Citada, p. 219: “Sin embargo, más adelante y dejando aparte la teoría moderna del Derecho, del sistema de fuentes, y utilizando un método empírico revela una de las consecuencias del fenómeno Globalización: la del desorden que prevalece a nivel mundial en el campo del Derecho en el que han aparecido los UNOs (Unidentified Normative Objects) de incierto carácter legal pero que producen, o intentan producir efectos regulatorios”.

ubicación geográfica o jurisdicción a que te encuentres sometido, puedas identificar unos parámetros con arreglo a los cuales ajustar tu conducta. No se trata de un proceso de codificación como el que ha vivido en Europa en el siglo XIX, impulsado por la revolución Napoleónica y que trataba de recoger en un único cuerpo doctrinal las normas vigentes; sino de un modelo mucho más indeterminado, que no descansa o se asienta en un sistema exclusivo de fuentes, no tiene una construcción jurídica unívoca y compleja, y tampoco goza de un sistema específico de imposición, de sanción o de corrección en caso de incumplimiento.

Ello está provocando unos cambios significativos en el funcionamiento ordinario de la sociedad y en los métodos y modelos de gobernanza, que ha sido identificado por algunos autores como la implantación del Estado de excepción algorítmico¹³⁴. Este Estado de excepción está motivado por la proliferación de una ingente cantidad de datos que se acumulan a través de los sistemas informáticos y que provoca - a través de su almacenamiento, análisis y cruce de información - lo que ha sido denominado como un capitalismo de vigilancia o capitalismo cognitivo¹³⁵. Esto nos conduce a la necesidad de tener que cambiar la concepción tradicional que teníamos de Estado de excepción y cuyo concepto nos representa de forma inmediata a un Estado policial o intervención militar, como señala la profesora Roser Martínez en el libro antes citado. Pero la realidad a la que nos enfrentamos es hacia unas infinitas posibilidades de intervención en nuestras vidas y de conocimiento de nuestros hábitos, que nos conduce a una cierta percepción de riesgo y peligro ante el cual el derecho no puede quedar impasible. La respuesta no puede ser otra que una regulación que tenga una vocación de extraterritorialidad a través, precisamente, del fenómeno de la globalización. Estamos, por ello, ante un reflejo más de esta realidad global que nos acucia y que requiere una respuesta eficaz en el ámbito jurídico. En estos términos, el derecho global es muy reciente y su aparición y proliferación se fundamenta en el hecho de tener que convivir con unas realidades completamente diferentes a las que existían hace unos años, lo que determina la necesidad de adaptarse de una forma ágil a esos cambios. Por

¹³⁴ McQuillan, D. (2015). *Algorithmic states of exception*. First Published June 16, 2015 Research Article <https://doi.org/10.1177/1367549415577389>

¹³⁵ Rosembuj, T. (2017). *Governing artificial intelligence*. En: <http://elfisco.com/articulos/governing-artificial-intelligence-2>. Asimismo, y del mismo autor (2018). *Inteligencia Artificial. La Fiscalidad de la automatización*. En: <http://elfisco.com/articulos/1653>

poner solo un ejemplo, ¿quien podía pensar hace cincuenta años (período prácticamente irrelevante teniendo en cuenta la vigencia milenaria del derecho) que la aparición de internet o del correo electrónico iba a suponer un auténtico terremoto de repercusión supranacional en todos los campos y, evidentemente en el mundo del derecho¹³⁶?

En este campo del derecho global es donde el soft law constituye un instrumento de extraordinaria eficacia debido a su configuración bifronte, como una norma con consecuencias jurídicas, pero de naturaleza no vinculante. Sin perjuicio del análisis más detallado que realizamos en otros apartados, si podemos anticipar aquí que la proliferación de estas normas de soft law y su imbricación con el derecho global ha tenido una gran influencia en el desarrollo de los nuevos instrumentos de soft law. Sin embargo, lo que no podemos hablar es del derecho global como antítesis o contraposición al ordenamiento en general, puesto que creo que el derecho global es una parte más de la completa estructura jurídica que debe estar incardinada con armonía y en equilibrio¹³⁷. De esta forma podemos también afirmar como el profesor Rafael Domingo en su artículo "*La pirámide del derecho global*", que el soft law como parte esencial del derecho global se encuentra incluida en la histórica pirámide normativa de Hans Kelsen¹³⁸. La pirámide debe incluir todas y cada una de las relaciones, hechos, actos, negocios y ordenamientos jurídicos con una base lo suficientemente amplia, elástica y flexible como para englobar todas estas manifestaciones del derecho.

¹³⁶ Rodríguez – Arana, J. (2010). El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, Núm. 76, donde afirma que "este derecho administrativo global es, a día de hoy, una realidad indudable".

¹³⁷ Domingo Oslé, R. (2009). La Pirámide del Derecho Global. *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Núm. 60, p. 30: "Porque el Derecho global no es algo superpuesto a los ordenamientos jurídicos, ni una suerte de protuberancia o abultamiento legal. Es todo lo contrario. Hablar de Derecho global es hablar de armonía, de equilibrio, de síntesis. Por eso, hay que aproximarse al Derecho global desde el Derecho mismo, pues el Derecho global no es sino una determinación más del Derecho en cuanto referida a las relaciones de justicia que afectan a la humanidad en su conjunto".

¹³⁸ En efecto, la "pirámide de Kelsen" no es propiamente de Kelsen, sino de su discípulo más destacado Adolf Julius Merkl (1890-1970), gran artífice de la construcción jerárquica normativa. Así lo reconoció siempre el propio Kelsen. Cfr. KELSEN, H., "Selbstdarstellung" de (1927), reeditada ahora en *Hans Kelsen Werke*, vol. I: *Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, editados por JESTAEDT, M. en colaboración con el Hans Kelsen-Institut, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, p. 23. Sobre Adolf Merkl, WALTER, R. (ed.), *Adolf J. Merkl, Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22.-23. März 1990)*, Manz, Viena, 1990; y GRUSSMANN, W.D., *Adolf Julius Merkl. Leben und Werk*, Manz, Viena, 1989. En castellano, puede verse la semblanza que ofrece FUERTES, M., "Adolf Julius Merkl, un jurista tan citado como desconocido", en *Revista de Administración Pública*, 146 (1998) 419-428, así como ROBLES, G., "Adolf Merkl", en Domingo, R. (ed.). *Juristas universales W*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, pp. 222-224.

En algunas ocasiones, este concepto de derecho global se trata de asimilar al concepto de derecho internacional. Sin embargo, creo que es importante establecer una diferencia en cuanto al ámbito de protección que corresponde a uno u otro y a la finalidad que se persigue con cada uno de ellos. De esta forma, en el derecho internacional el sujeto interviniente es el Estado y, por regla general, los intereses dignos de protección corresponden a éste (si bien que en representación de la población). Por el contrario, en el ámbito del derecho global, se habla de un conjunto de derechos que importan a toda la humanidad.

Como veremos en la segunda parte de este trabajo, el destacado crecimiento que ha experimentado el derecho global en el área del medioambiente, viene motivado por un interés universal que afecta a toda la humanidad, que afecta a todos los Estados en defensa y protección del medioambiente. Así, podemos anticipar aquí que las normas de soft law sobre protección ambiental son el ejemplo más paradigmático del concepto de derecho global y cuando más adelante hablemos del DIA, nos estaremos refiriendo a una manifestación del derecho global que, sin duda, forma parte del ámbito internacional del derecho internacional, pero que utiliza unos instrumentos diferentes a los que tradicionalmente se han empleado en esta disciplina.

El derecho global supone, por ello, una intensa manifestación del interés por el lado humano de los destinatarios de la norma y es lo que proporciona u ocasiona la intervención de otros sujetos que son denominados “sociedad civil” (los que interactúan generando fuerza normativa vinculante). La persona debe continuar siendo el centro del derecho cualesquiera que sean las manifestaciones en las que ésta se representa¹³⁹. Esto es, la persona humana es, y debe seguir siendo, el protagonista por excelencia. El derecho procede del hombre y es una creación del mismo, no del Estado o de otras organizaciones¹⁴⁰. Como señala el profesor

¹³⁹ En este sentido Finnis, J. (2000). The Priority of Persons. En: *Oxford Essays in Jurisprudence*. (4ª ed.). Nueva York: Oxford University Press, pp. 1-16, en particular el apartado relativo a “Consequences of considering law without acknowledging persons as its point”. Más recientemente, Lee, P. & George, R. P. (2008). *Body-self dualism in contemporary ethics and politics*. (1ª ed.). Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press.

¹⁴⁰ Este derecho global supone una superación de los límites tradicionales que hasta hora conocíamos de los Estados para ampliar su rango de actuación. En este sentido la profesora Darnaculleta, M., (2016). El derecho administrativo global: ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo?, *Revista de Administración Pública*, Núm. 199: “La idea en común que comparten todas las aproximaciones al Derecho Administrativo Global parte de constatar la existencia de una quiebra de la separación tradicional entre la esfera interna y la esfera externa de actuación de los Estados, representadas respectivamente por el Derecho Administrativo y el

Domínguez, es preciso recuperar la idea de pueblo, entendiendo como tal a la humanidad y como un conjunto de ciudadanos maduros organizados y que reclaman el establecimiento de una regulación y de unas normas para vivir en comunidad¹⁴¹. Esta idea de Comunidad amplia y global, es la que subyace en el concepto de derecho global, por cuanto trasciende de las fronteras de los Estados y trata de establecer una relación jurídica que afecta a toda la humanidad, teniendo en cuenta y conciliando en la medida de lo posible, los sistemas y tradiciones jurídicas¹⁴². En esta línea, el derecho global se trataría de un sistema complejo y diferente a los ordenamientos jurídicos tradicionales, en el que sería necesario articular el modelo que permita la adecuada coordinación y complementación con los ordenamientos jurídicos individuales. La plasmación de este principio, que reconozco complicado, es lo que da paso a la utilización de unas normas inicialmente no vinculantes, a través de las cuales se van estableciendo pautas de conducta que sirvan para anticipar lo que posteriormente se plasmará en un derecho ordinario, lo que siempre ha sido denominado como un anticipación o prueba experimento error del soft law en relación al hard law¹⁴³.

En la fase primigenia de nacimiento de este derecho, juega un papel muy destacado la política. Y ello porque supone la concurrencia de la voluntad de los Estados intervinientes para la consecución de unos objetivos. Fijados estos, entraría la parte jurídica, para construir el esqueleto preciso para dar forma a esa voluntad. Ello

Derecho Internacional Público. Esta quiebra se corresponde, por un lado, con el denominado proceso de internacionalización del Derecho Administrativo, propiciada por la apertura de los Estados hacia el exterior y, por otro lado, por la creciente administrativización de las organizaciones supra y transnacionales, y que se concreta en la creciente relevancia y aplicación de los valores y principios propios del Derecho Administrativo más allá de las fronteras estatales”.

¹⁴¹Domingo Oslé, R. *La Pirámide del Derecho Global*. Op. Citada.

¹⁴² Domingo Oslé, R. (2008). *¿Qué es el Derecho Global?* (1ª ed.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial: “Derecho internacional es un Derecho de naciones; el Derecho global, en cambio, de patrias. El Derecho global fomenta un patriotismo libre, abierto y cosmopolita, con la amplitud concreta que cada uno considere oportuno otorgarle. Este sentimiento patriótico, inherente a la naturaleza humana, tiene una carga política muy inferior al de nación. Por eso, el patriotismo es compatible con el cosmopolitismo en la medida en que cada persona aprecia y ama a los suyos —determinando quiénes lo son— sin necesidad de que ello le venga impuesto o limitado por el Derecho. Una mujer nacida en Londres, de padre francés y madre colombiana, casada con un chino, y que haya trabajado diez años en Nigeria, veinte en Bolivia, ocho en Australia y cinco en Turquía, es muy probable que tenga un sentimiento patriótico más amplio que el delimitado por su nacionalidad británica”.

¹⁴³ Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático*. Op. citada, p. 118: “Lo criticable de estas razones es que no representan en lo absoluto la mejor respuesta que plantea un problema ambiental de características globales para un accionar concreto, rápido y específico de los Estados. Si bien las normas de soft law en los tratados sirven para consolidar principios básicos ambientales, guiar o dirigir el comportamiento y conducta de las partes contratantes, y constituirse como un antecedente del derecho duro, también son utilizadas para enmascarar desacuerdos interestatales y la falta de compromisos verdaderos de algunos Estados para enfrentar conjuntamente dilemas de la mayor trascendencia. Conducirse de manera laxa, posponer decisiones, o comportarse de tal o cual manera en la medida en la que otros se comporten sin sentirse obligados a ello, es característico de la norma convencional en el derecho internacional ambiental”.

significa que desde el principio no estamos hablando de derecho global como un auténtico derecho, ni tampoco que todo el derecho global se pueda considerar derecho con fuerza coactiva para imponerse; pero sí que pueda ser un instrumento adecuado para ir marcando una pauta de comportamiento y, al menos, un freno al ejercicio de determinadas conductas que puedan ser consideradas lesivas para el conjunto de la humanidad. El objetivo es que este nuevo orden global sea un derecho jurisdiccional más propuesto que impuesto, y protagonizado por la sociedad civil¹⁴⁴.

La relación de este derecho global con el derecho internacional deriva de la coexistencia de dos presupuestos diferentes, presupuestos que han resultado alterados sustancialmente como consecuencia del fenómeno de la globalización. El derecho internacional tiene su origen en una idea de relación entre Estados; y el derecho global tiene por objeto regular las relaciones de una Comunidad humana a nivel global más extendida, y que trasciende al ámbito de las fronteras¹⁴⁵.

De esta forma, el derecho global tiene que establecer unas normas que sirvan para la Comunidad internacional, entendiendo ésta en un sentido amplio, y que venga a resolver los escollos que ha significado el anquilosamiento de las estructuras estatales tradicionales y su choque con el modelo globalizado.

El derecho global viene a superar el tradicional concepto de derecho internacional, que tiene su origen en los conflictos armados que asolaron Europa durante siglos, y que algunos autores citan a raíz de la paz de Westfalia¹⁴⁶. Sin embargo, los Estados en el concepto tradicional que conocemos y que se desarrollaron durante esa época, han derivado en una estructura anquilosada y con unas instituciones y organizaciones que no son capaces de dar una adecuada respuesta - inmediata y

¹⁴⁴ Kelsen, H. (1966). *Principles of International Law*. (1ª Ed.). Nueva York: The Lawbook Exchange

¹⁴⁵ Held, D. (2004). *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. (1ª ed.). Massachusetts: Polity Press, p. 6: "Globalization is not associated with the end of the nation-state". Y poco después concluye: "This leads to a much more complex political picture than the view that globalization engenders the death of the modern state".

¹⁴⁶ Domingo Oslé, R. ¿Qué es el Derecho Global? Op. Citada: "La Paz de Westfalia (1648), que consolidó el sistema de Estados europeos, constituyó un nuevo hito para la reflexión intelectual en torno al Derecho de gentes, y, con el tiempo, originó un auténtico corpus iuris gentium europaeum. Aquí se encuentra el origen del posteriormente denominado ius publicum europaeum (en alemán Europäisches Völkerrecht). Se trata de un Derecho de índole territorial, de equilibrio de fuerzas soberanas interestatales, de balance of power, de guerras entre Estados europeos. Estas serían, en conocida expresión de Carl Schmitt, ya no contiendas religiosas o civiles, sino algo parecido a "un duelo" (etwas einem Duell Analoges), "un desafío entre personas morales territorialmente determinadas". Se convertía así el suelo europeo en un escenario de guerra —theatrum belli— en tanto el territorio no europeo quedaba calificado como res nullius, y, por tanto, susceptible de libre ocupación por los Estados".

rápida - a las transformaciones que demandan la sociedad y la gobernanza internacional. Para ello, el derecho global tiene que apostar por nuevas instituciones que tengan en cuenta estos elementos y que permitan resolver, al margen de los intereses particulares e individuales de cada Estado, los problemas que afectan al conjunto de los ciudadanos. Ello no puede entenderse como una contraposición entre el derecho global y el derecho internacional, ya que en el esfuerzo de alcanzar estos objetivos globales, no cabe duda de que el derecho internacional sigue constituyendo un instrumento de extraordinaria eficacia para llevar a efecto los mismos, mediante la renuncia paulatina de ciertos ámbitos de soberanía de los Estados y la atribución de responsabilidades y competencias a otros órganos internacionales que facilitan y permitan el ejercicio de tal soberanía de una manera más eficaz¹⁴⁷. De esta forma, por ejemplo, el artículo 38 del Estatuto Internacional de la Corte es una manifestación de la utilidad y empleo del derecho internacional para la creación de un derecho global¹⁴⁸. El derecho internacional debe servir como catalizador en este proceso de cambio, para la plasmación y alcanzar los objetivos mencionados.

El derecho internacional es un derecho de Naciones, de Estados, con el reconocimiento expreso de su soberanía. Por el contrario, y como afirma el profesor Rafael Domingo, el derecho global es un derecho de Patria, con una visión más amplia y que fomenta un patriotismo libre, abierto y cosmopolita con una carga política inferior a la Nación, sin que ello suponga una limitación por el principio de soberanía¹⁴⁹. El momento actual supone la necesidad de aumentar nuestro horizonte de miras para hablar de una regulación a nivel universal que, en

¹⁴⁷ Domingo Oslé, R. *¿Qué es el Derecho Global?* Op. Citada: *La coexistencia pacífica entre el Derecho internacional y el Derecho global es necesaria. El reto consiste en transformar paulatinamente el Derecho internacional en un ordenamiento jurídico global, de acuerdo con los principios informadores de este ius novum. No es conveniente, en este punto, la aplicación de una política rupturista, pues el Derecho global puede ir desarrollándose a la par del proceso de transformación, precisamente por ser de naturaleza distinta al Derecho internacional*".

¹⁴⁸ En este sentido Alvarez, J. (2006). International Organization as Law-markers. *American Journal of International Law* 100(2), pp. 324-347

¹⁴⁹ Domingo Oslé, R. *¿Qué es el Derecho Global?* Op. Citada: *"Derecho internacional es un Derecho de naciones; el Derecho global, en cambio, de patrias. El Derecho global fomenta un patriotismo libre, abierto y cosmopolita, con la amplitud concreta que cada uno considere oportuno otorgarle. Este sentimiento patriótico, inherente a la naturaleza humana, tiene una carga política muy inferior al de nación. Por eso, el patriotismo es compatible con el cosmopolitismo en la medida en que cada persona aprecia y ama a los suyos —determinando quiénes lo son— sin necesidad de que ello le venga impuesto o limitado por el Derecho. Una mujer nacida en Londres, de padre francés y madre colombiana, casada con un chino, y que haya trabajado diez años en Nigeria, veinte en Bolivia, ocho en Australia y cinco en Turquía, es muy probable que tenga un sentimiento patriótico más amplio que el delimitado por su nacionalidad británica"*.

determinadas materias, englobe a la humanidad en su conjunto mirando por encima del concepto tradicional del Estado-Nación, e incluso más allá de organizaciones supranacionales como puede ser la UE. La globalización ha puesto en tela de juicio el concepto tradicional de Estado-Nación y de nacionalidad, y nos introduce en una nueva ciudadanía más global y vinculada a una sociedad también global donde el vínculo con el Estado de origen es importante, pero no determinante, por cuanto lo que es relevante va a ser la vinculación a una nueva Comunidad internacional y a un conjunto de intereses comunes¹⁵⁰. A la consecución de esos objetivos también deben prestar su apoyo los Estados, por cuanto sino analizan esta visión global en sus regulaciones internas, no estarán atendiendo de una forma debida a resolver las necesidades de todos sus ciudadanos¹⁵¹.

Esto es una realidad a la que nos enfrentamos cada día, más fruto del continuo proceso de movimiento de personas entre los diferentes Estados impulsado por el proceso de globalización. En este proceso, el derecho no podía quedarse atrás y por eso cada vez son más aquellas normas que tienen por objeto establecer regulaciones, normas, acuerdos o disposiciones cuyo destinatario o fuente principal son otros actores diferentes del Estado, y cuyo objetivo es resolver problemas que afectan a los ciudadanos y a las sociedades de nuestros días con la finalidad de superar las barreras que el derecho tradicional establece. Es lo que algunos autores denominan el derecho no estatal (non-State Law)¹⁵², que tiene por objeto definir un derecho real - pero no estatal - basándose en la diferencia que existía en el derecho romano entre el *ius publicum* y el *ius civile*. Aunque con épocas históricas absolutamente diferenciadas, trasladándolo al día de hoy, podemos decir que el *ius publicum* sería el derecho no estatal, que pretende librarse de lo constreñido que

¹⁵⁰ En este sentido, la profesora Darnaculleta, M. *El derecho administrativo global. ¿un nuevo concepto clave del derecho* Op. citada: "Las manifestaciones del Derecho Administrativo Global se nutren de dos vectores de carácter complementario. Por un lado, son el resultado de la presión que ejerce la globalización sobre el Derecho y, por otro lado, surgen de la necesidad de trasladar a la globalización jurídica las exigencias del Estado de Derecho o, con mayor precisión, las exigencias de la rule of law. El primer impulso da lugar a una progresiva desestatalización —léase también, aunque se trate de tendencias solo parcialmente coincidentes, desterritorialización, internacionalización o globalización— del Derecho Administrativo, mientras que el segundo podría describirse como un proceso de administrativización —léase también publicación o constitucionalización— del espacio jurídico global".

¹⁵⁰ En este sentido Finnis, J. (1982). *Natural Law and Natural Rights*. (1ª ed.). Nueva York: Oxford University Press: "If it now appears that the good of individuals can only be fully secured and realized in the context of international community, we must conclude that the claim of the national state to be a complete community is unwarranted and the postulate of the national legal order, that it is supreme and comprehensive and an exclusive source of legal obligation, is increasingly what lawyers would call a 'legal fiction'".

¹⁵¹ En este sentido Finnis J. *Natural Law and Natural Rights*. Op. Citada.

¹⁵² Esta denominación se atribuye al jurista Eugen Ehrlich.

resulta el concepto tradicional de Estado y del concepto tradicional del derecho internacional.

Creo un tanto forzada esta construcción, si bien sí que es cierto que nos encontramos ante una nueva realidad, derivada de un nuevo concepto de destinatarios de las normas jurídicas y del derecho, y que está provocando la proliferación de una suerte de disposiciones con mayor o menor fuerza normativa, que tratan de atender y resolver problemas que trascienden cada día más las fronteras de los Estados. Es evidente que para resolver esos problemas no podemos acudir al concepto tradicional del ordenamiento jurídico o a los principios esenciales de Estado y ordenamiento por la forma que fueron plasmados por Kelsen¹⁵³. El derecho global no puede ser completamente ajeno al concepto y a la idea de Estado, lo necesita porque el conjunto de Estados crea una comunidad global. La globalización no implica que desaparezca el concepto de Estado-Nación, sino que tiene que configurarse un nuevo modelo de Estado y de relaciones entre ellos¹⁵⁴. Por ello, lo que será necesario es que el derecho global tendrá que apoyarse sí o sí en los Estados, sin que ello vaya a suponer un obstáculo o limitación para el desarrollo del mismo. El ordenamiento global no puede pretender vivir al margen de los ordenamientos nacionales o de las convenciones internacionales, o pretender eliminarlos o superarlos. Solo una adecuada comunicación y coordinación entre ambos puede resolver el problema y permitir que el derecho global ejerza la función que tiene encomendada. Se trata, por tanto, de una adecuada relación de mutua dependencia por cuanto el derecho global tiene que apoyarse en el derecho estatal y el derecho estatal tiene que inspirarse cada vez más en los principios que recoge el derecho global. Este proceso implica la necesidad de tener mecanismos que permitan las relaciones recíprocas entre el ordenamiento global y los ordenamientos locales. Y se basa fundamentalmente en la necesaria cesión de soberanía que tendrán que entregar los Estados en favor del ordenamiento global, para que esa regulación global sea establecida y controlada por el derecho global, pero debe ser aplicada y ejecutada en el ámbito

¹⁵³ Véase a Kelsen, H. *Principles of International Law*. Op. citada.

¹⁵⁴ Véase a David Held. *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. Op. citada: "Globalization is not associated with the end of the nation-state". Y poco después concluye: "This leads to a much more complex political picture than the view that globalization engenders the death of the modern state".

de cada uno de los Estados¹⁵⁵. Como veremos más adelante, el medioambiente es un ejemplo paradigmático de esta construcción.

Por ello, puede decirse que el derecho global pone en el foco al individuo, a la persona frente a las comunidades y grupos sociales, basándose en el principio de igual y dignidad del ser humano. Ello ha servido de base para afirmar que estamos ante una nueva reformulación de los Derechos Humanos incrementando el catálogo de los mismos e incrementando su dimensión ética y antropológica. La reformulación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos debería ir encaminada a alcanzar la excelencia global, que es una condición innata a la dignidad de las personas¹⁵⁶. Sería un nuevo paso en el proceso de conquista de los Derechos Humanos que son, sin duda, una parte integrante del derecho global. Una parte, pero no el todo. Las materias que podríamos entender que complementan el derecho global son todas aquellas que afectan al conjunto de las humanidades y que englobarían no sólo la protección de los Derechos Humanos, sino también el enjuiciamiento de crímenes internacionales, el comercio internacional, la erradicación de la pobreza, y la protección del medioambiente, entre otros.

Bajo estas premisas, el derecho global apuesta por abordar de forma conjunta los problemas que nos afectan a todos y buscar las fórmulas de resolución de conflictos entre las personas y los pueblos teniendo en cuenta todo el proceso de evolución

¹⁵⁵ Es lo que algunos autores han llamado la “estabilidad abierta” y que exige un nuevo modelo de relación entre los Estados y las organizaciones sociales. Vease Carro Fernández-Valmayor, J.L. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público. *Revista de Administración Pública*, Núm. 193, pp. 11-44: “Es un hecho constatable que la importante actividad reguladora de organizaciones de carácter global, particularmente en el campo financiero, está incidiendo de forma directa, a través de normas de distinta naturaleza, en los Ordenamientos jurídico-públicos nacionales, produciendo entre ellos, merced a una «estatalidad abierta», un innegable proceso de convergencia y, por supuesto, de colaboración ante problemas que exceden de los límites territoriales del Estado-nación. No ha de olvidarse, sin embargo, que la falta de una verdadera estructura constitucional en el espacio jurídico global constituye una grave carencia desde el punto de vista democrático, a la que debe hacerse frente mediante un reforzamiento de los derechos fundamentales en el seno del mismo y mediante la previsión de una mayor participación y transparencia en la regulación de los procedimientos en dicho nivel. En todo caso, lo cierto es que, como ha sido oportunamente observado, la incidencia de la globalización ha provocado la disgregación del Derecho administrativo en dos partes: la primera contendría las reglas tradicionales de la relación de los ciudadanos con las Administraciones públicas, y la segunda se referiría a la relación de dichas Administraciones públicas con las distintas organizaciones que componen el entramado de la globalización.”

¹⁵⁶ Así lo recordó Benedicto XVI ante la Asamblea General de Naciones Unidas, en su discurso pronunciado el 18 de abril de 2008, con ocasión del sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “No obstante, hoy es preciso redoblar los esfuerzos ante las presiones para reinterpretar los fundamentos de la Declaración y comprometer con ello su íntima unidad, facilitando así su alejamiento de la protección de la dignidad humana para satisfacer meros intereses, con frecuencia particulares. La Declaración fue adoptada como un “ideal común” (preámbulo) y no puede ser aplicada por partes separadas, según tendencias u opciones selectivas que corren simplemente el riesgo de contradecir la unidad de la persona humana y por tanto la indivisibilidad de los derechos humanos” (www.vatican.va).

histórica que la humanidad ha seguido en el ámbito jurídico, sin olvidar los principios, la costumbre, y las resoluciones de los tribunales; pero teniendo como eje de su regulación el concepto de la persona, su dignidad y su protección.

Para conseguir lo anterior, es imprescindible la colaboración de todos los Estados implicados y, no cabe duda, que en esto las Naciones Unidas tienen un papel muy destacado. Es necesario que se transforme en una nueva institución capaz de ser el gran impulsor y coordinador del derecho global, superando el tradicional papel que ha tenido de impulsor de acuerdos y tratados internacionales¹⁵⁷. Y creo que Naciones Unidas ya ha comenzado a ejercer este ambicioso reto mediante el impulso de diversas iniciativas que buscan lograr el consenso entre sus integrantes, para alcanzar un objetivo que, si bien no puede ser exigible jurídicamente, se puede fijar como una meta aspiracional. Y cuando hablemos de desarrollo de la normativa de protección de medioambiente, veremos como Naciones Unidas está ejerciendo de forma brillante ese papel que tiene encomendado.

Quizá en la aparición de este nuevo derecho global estemos viviendo un nuevo proceso histórico similar a aquellos otros en los cuales los Estados cedieron su soberanía en pos de un ente supranacional, como es el caso de la UE o la creación de los Estados Unidos de América. En ambos casos, se trata de un proceso ambicioso en el que un conjunto heterogéneo de ciudadanos que habita en un determinado territorio, se les da una uniformidad y el pueblo que existía antes que el Estado el que tiene entidad propia¹⁵⁸.

Si en el caso de los Estados Unidos se trataba de un conjunto de ciudadanos que habitaban en una pluralidad de territorios que se fueron uniendo a lo largo de los años; en el caso de la UE se trata de un proceso mucho más complicado, por cuanto ésta se asienta sobre un solar histórico que ha soportado durante siglos las más crueles guerras y enfrentamientos que recuerda la Humanidad. Aun en ese contexto histórico, las Naciones que integran la UE han sido capaces de tener una meta aspiracional basada en una idea: la ciudadanía europea y la conformación de

¹⁵⁷ En este sentido, el sugerente libro de Weiler, J. H. H. (1999). *Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor" and other essays on European integration*. (1ª ed.). Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press

¹⁵⁸ Véase Lincoln, A. (1989). *Lincoln: Speeches and writings: 1859-1865 (Library of America)*. (1ª ed.). Nueva York: Library of America: "The Union is older than any of the States; and in fact created them as States"

un ordenamiento que permita la protección conjunta de todos ellos con independencia de sus circunstancias y peculiaridades nacionales.

Tal y como expuso Robert Schumann, Ministro francés de Asuntos Exteriores, cuando pronunció la Declaración que lleva su nombre el 9 de mayo de 1950: *“Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho”*. Precisamente por ello, por el esfuerzo titánico que se ha hecho y por el magnífico resultado que se ha alcanzado, resulta entristecedor que nos encontremos con una realidad política en el seno de la UE que pretenda, bien entrado ya el siglo XXI, dar pasos hacia atrás en este proceso de construcción europea y que una gran parte de representantes de partidos que sean de ideologías que propugnan la desaparición de la UE. Pero eso es materia que debe ser objeto de análisis en otro trabajo, si bien no quiero dejar de manifestar aquí la desazón o desencanto que me produce esta circunstancia.

En esta nueva función que debe desempeñar el derecho administrativo es donde algunos autores encuentran el fundamento de lo que venimos denominando soft law. De esta forma, se afirma con razón que el clásico dualismo entre acto de aplicación de la ley y acto arbitrario (*application of law and arbitrary action*) se ha ampliado a una tercera categoría, para incluir una nueva modalidad de actuación del poder político. Se habla en este sentido del razonable ejercicio de un poder discrecional, lo que se traduce en una capacidad de limitar lo que juristas han tratado siempre de limitar, pero que renace una y otra vez a medida que los Gobiernos amplían su campo de actuación e intervienen en el mundo económico y social. Esto ha sido así especialmente en el área de la regulación económica, en la que el legislador ha tenido que otorgar amplios poderes de decisión a los entes u órganos reguladores o decisorios. La razón es muy clara: los Parlamentos son incapaces de prever y dar respuesta a las grandes cuestiones de política económica que se plantean una y otra vez en el campo de la regulación económica, industrial o de los mercados. Por ello, el legislador se ve obligado a aprobar marcos de actuación flexibles y a delegar amplios poderes a los órganos y entes

reguladores para que los apliquen y resuelvan las controversias que surjan entre los principales actores de cada sector¹⁵⁹.

Ello se traduce en que las normas ya no establecen una regulación exacta y precisa de las actuaciones o comportamientos, sino que en muchas ocasiones tienden a dar una redacción más amplia e incluso vaga, correspondiendo al intérprete de la misma buscar un equilibrio entre regulación y discrecionalidad. No entraremos ahora en el debate de cuáles son las facultades interpretativas que corresponden a los órganos judiciales y cuáles son los límites de esas facultades de interpretación, lo que si podemos afirmar con seguridad es que siempre, y en todo momento, ha sido preciso realizar adaptaciones y concreciones de uno u otro calado al objeto de traspasar la letra de la norma al caso concreto.

Podemos afirmar que en esas facultades discrecionales que la regulación en muchas ocasiones pretende otorgar a las Administraciones públicas, se ha sustentado una abundantísima jurisprudencia nacional e internacional al objeto de establecer límites a dichas facultades discrecionales. Para ello, es necesario que las facultades y las funciones que la legislación encomiende a los órganos reguladores identifiquen de la mejor manera posible los criterios de actuación que deben de regir en cada caso. Ello será un reflejo más del principio de legalidad y del Estado de Derecho en nuestros días.

No estamos hablando del debate sobre las facultades discrecionales que debe tener la administración. Ya conocemos, desde la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 4 de abril de 1997¹⁶⁰, que en aún en estos supuestos, es posible articular un mecanismo de control judicial sobre la base del fundamento que la citada Sentencia establece e indica.

Observamos con ello, y como consecuencia lógica de este proceso de globalización, una importante mutación en lo que ha sido la tradicional metodología dogmática sobre procedimiento de elaboración de las normas. El sistema tradicional que exigía e implicaba la necesaria y directa participación del Estado-Administración al objeto de resolver conflictos y pautar conductas, ha dado paso a

¹⁵⁹ En este sentido se expresa Ariño Ortiz, G. *El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho*. Op. Citada.

¹⁶⁰ Dicha sentencia se refiere al famoso caso del Fiscal General del Estado Eligio Hernández.

una situación caracterizada por la existencia de una cada vez más potente sociedad civil activa y consciente de sus posibilidades y necesidades.

Este fenómeno ha ido acompañado por la propia actuación de la Administración que, lejos de adoptar una conducta estricta encaminada a la consolidación de sus fuentes de poder tradicional, ha ido creando una gran multiplicidad de estructuras organizativas-societarias a través de las cuales abordar las necesidades que exigen el proceso de globalización de las relaciones políticas, económicas y sociales, y lograr una huida de los - en ocasiones- estrictos parámetros del derecho administrativo, recurriendo para ello a organismos, entes, agencias, instituciones, o sociedades.

Lógicamente, la aparición de este fenómeno va estrechamente unida a un creciente desarrollo social, caldo de cultivo imprescindible para la aparición de esta nueva fuente jurídica. La sociedad civil consciente de su papel preponderante y de la necesidad de atender y resolver los numerosos y variados problemas a los que se enfrenta, impulsa de forma consciente esta nueva fuente normativa en la que pretende tener una participación más activa. Se impone, por ello, una ruptura absoluta de la vieja idea de separación absoluta entre sociedad civil, donde desarrollar su espacio de privacidad, y administración pública para el ejercicio y desarrollo de sus funciones.

Soft law versus hard law

El debate entre la posibilidad de usar el soft law versus el hard law es casi tan antiguo como el propio origen del concepto del soft law. No vamos a entrar en detalle de cuando podemos fijar temporalmente el inicio del soft law. Lo que sí que vamos a utilizar es el análisis de esa controversia doctrinal para conocer cuáles son las ventajas que aportan uno u otro en relación a un proceso que se inició hace unos años y que debe continuar en los próximos: el proceso de construcción europea.

En la confrontación del hard y el soft law como una parte fundamental del proceso de legalización de las normativas internacionales, se señalan tres elementos fundamentales que debe contener esta norma. En primer lugar, la obligación, el Estado que participa de la obligación, debe sentirse concernido de las normas y

resoluciones aprobadas por esa organización. En segundo lugar, la precisión, que exige el evitar reglas ambiguas y establecer claramente las conductas que son autorizadas, requeridas o prohibidas. Por último, la delegación significa que los Estados o integrantes de la organización de mutuo acuerdo entregan a una tercera entidad la autoridad necesaria para la interpretación y aplicación de las normas así emanadas¹⁶¹. De esta forma, se define la dicotomía soft y hard law de la siguiente manera “...*legally binding obligations that are precise and that delegate authority for interpreting and implementing the law*” while soft law “*begins once legal arrangements are weakened along one or more of the dimensions*”¹⁶². Con arreglo a la misma, vemos que la esencia no está tanto en la diferenciación o distinción entre uno y otro, sino en el posible uso que de lo mismo pueda ser realizado por parte del órgano autorizado. Las obligaciones y exigencias derivadas de las organizaciones internacionales adquirirán en una forma u otra, dependerá de la decisión que en cada momento dentro del marco normativo de la organización decidan las instituciones emanadas del mismo libremente. En el tratamiento entre uno y otro derecho adquiere una especial relevancia la decisión y el proceso de construcción de la norma que en cada momento es adoptada¹⁶³.

Esta teoría constructiva del soft law pone especial énfasis en considerar el derecho como un fenómeno que brota de la sociedad fuertemente afianzando en sus prácticas, creencias y tradiciones y que tiene una especial interacción con la sociedad que tiene por objeto regular¹⁶⁴. Además, contrasta con la aproximación racionalista, que pone especial énfasis en los factores materiales, exógenos y fundamentalmente racionalidad y utilización práctica de la norma que se trata de emanar. Esta aproximación se basa en la lógica de las consecuencias en virtud de

¹⁶¹ Abbott, K., Keohane, R., Moravcsik, A., Slaughter, A., & Snidal, D. (2000). The Concept of Legalization. *International Organization*, Vol. 54, Núm. 3, pp. 401-419.

¹⁶² Abbott K, & Snidal, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance *International Organization*. Vol. 54, Núm. 3, pp. 421-456.

¹⁶³ En este sentido véase Finnemore, M. & Toope, S. (2001). Alternatives to Legalization: Richer Views of Law and Politics. *International Organization*, Vol. 55, Núm. 3, pp. 743-758: “*the processes by which law is created and applied—adherence to legal process values, the ability of actors to participate and feel their influence, and use the legal forms of reasoning.*”

¹⁶⁴ En este sentido Finnemore, M. & Toope, S. *Alternatives to Legalization: Richer Views of Law and Politics*. Op. citada. “*a broad social phenomenon deeply embedded in the practices, beliefs, and traditions of societies, and shaped by interaction among societies.*”

la cual los agentes tratan de realizar sus preferencias a través de los comportamientos estratégicos¹⁶⁵.

Aunque no nos vamos a detener en el desarrollo y comparativa de las teorías racionalistas y constructivas acerca del soft law, sí que considero interesante analizar lo que ha dicho algún sector de la doctrina sobre cuáles son los criterios que los operadores jurídicos utilizan a la hora de valorar la elección entre uno y otro derecho. Lógicamente esta elección no es libérrima, por cuanto lo primero que tendrá que acomodarse en su elección, es el margen de maniobra que el marco legislativo le permite a la hora de considerar la utilización de uno u otro sistema normativo. Atendiendo, en todo caso, en que los mismos no son contradictorios ni opuestos, sino que se trata más bien de unas normas complementarias.

Partiendo de esta premisa podemos ordenar los criterios que han sido fijados por varios autores respecto del motivo de por qué se utiliza en cada caso, fundamentalmente en el ámbito de la Unión Europea el soft o el hard law:

1. Criterio de costes: cuando estamos hablando de la creación de normas o acuerdos internacionales en que intervienen una gran pluralidad de autores, el soft law en muchas ocasiones puede significar un instrumento más útil y más apropiado al objeto de evitar dilaciones y costes del proceso de negociación. Nos estamos refiriendo a costes económicos por cuanto partimos de la base que el “coste” de las normas no vinculantes es menor para los sujetos intervinientes en la negociación y es en muchas ocasiones inferior que el de las normas vinculantes.
2. Junto al coste económico, también debemos hablar del coste de soberanía considerado éste como la cesión o pérdida de autoridad relativa por parte del que suscribe el acuerdo o participa en el proceso de decisión. La mera recomendación o la mera formulación del objetivo está más en el ámbito de la cooperación respetando el principio de soberanía del estado.
3. Flexibilidad: el soft law permite adaptar mejor las circunstancias generales al caso concreto atendiendo a las especiales circunstancias del estado que trata

¹⁶⁵ En este mismo sentido March, J. & Olsen, J. (1989). *Rediscovering Institutions: The organizational basics of politics*. (1ª ed.). Nueva York: The Free Press; y Risse, T. (2002). *Constructivism and International Institutions: Toward Conversations across Paradigms*. En: *Political Science: The State of the Discipline*. (1ª ed.) Nueva York: Norton.

de regular. Permitiendo así mismo una mayor capacidad de renegociación de los acuerdos en tanto en cuanto se produzca la modificación de las circunstancias previstas.

4. Simplicidad y rapidez en el proceso de toma de decisiones, por cuanto la aprobación del hard Law requiere trámites complejos, largos, costosos, etc., que puede incluso frustrar el resultado de un largo proceso de negociación. Cuando se quiere dar una solución rápida e inmediata qué duda cabe que el soft law es el mejor aliado.
5. Mayor participación. Ya que el proceso de elaboración, al ser menos reglado, permite una mayor flexibilidad y libertad en la llamada de las personas afectadas y en la posibilidad de recoger sus opiniones, participaciones y aportaciones¹⁶⁶.

Desde esta perspectiva nacional el objetivo del soft law, es fundamentalmente el incrementar la cooperación entre los diferentes instrumentos normativos con la finalidad de reducir los costes del proceso de elaboración de estas a la vez que incrementar la eficacia necesaria y la inmediatez para resolver los problemas planteados. Quizá, y esta es una de las críticas que se hace, esta solución a la inmediatez pueda provocar que se busquen instrumentos débiles y sin la robustez necesaria que la entidad de los problemas requiere. Siendo ello cierto, debemos admitir que nos encontramos ante un arma de doble filo, en donde será necesario calibrar debidamente los intereses en juego y hacer una adecuada valoración entre el problema planteado, la solución propuesta y el objetivo conseguido¹⁶⁷. Y en esta evaluación hay que tener muy en cuenta el hecho de que el efecto que produce la aplicación del soft law no es como ocurre en el caso normal de la simple aplicación de la norma, sino que sus efectos: al ser en muchas ocasiones voluntaria su aplicación, adquieren un ámbito de aplicación más amplio del que sería los estrictos destinatarios de la norma, a la vez que enlaza con criterios y valores de legitimación

¹⁶⁶ En este sentido véase: Lipson, C. (1991). Why Are Some International Agreements Informal? *International Organization*, Vol. 45, Núm. 4, pp. 495-53; Reinicke, W. And Witte, JM. (2000). Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-Binding Legal Accords. En: *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press; Chinkin, Christine (2000). Normative Development in the International Legal System. *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press; y Hillgenberg, H. (2010). A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of International Law*, Vol. 3, Núm. 10, pp. 499-515

¹⁶⁷ En este sentido Trubek, DM., Cottrell, P. & Nance, M. *Soft Law, Hard Law, and European Integration*. Op. citada: "From the rationalist perspective, soft law promotes material and normative goals by reducing the costs of cooperation and facilitating the bargaining process upon creation of the agreement and over time. Although perhaps not as robust as hard law in its ability to constrain behavior through credible threats of enforcement, soft law reduces barriers to cooperation and might be a precursor to harder forms of law".

y de necesidad de esfuerzos y superación de las comunidades o sectores afectados¹⁶⁸. Esta interacción de las normas o propuestas emanadas de las instituciones intervinientes y de las comunidades o sectores afectados, produce un proceso de influencia recíproca en los comportamientos que deriva en muchas ocasiones en un efecto en cascada que provoca una extensión de la onda expansiva de la norma y que como, como mencionábamos antes, significa que los destinatarios de esta puedan ser superiores a las del hard law¹⁶⁹.

Esta es, en definitiva, la tesis que defiende los partidarios de la teoría constructiva del soft law, en virtud de la cual los cambios en el comportamientos y en las conductas vienen provocados, en muchas ocasiones, como consecuencia de la interacción de muchos elementos que hemos mencionado anteriormente, destacándose en este sentido el papel predominante que tienen las instituciones y sujetos intervinientes, sobre todo, en el ámbito del prestigio de las mismas y de la capacidad de influencia en el sector correspondiente¹⁷⁰.

Esto significa que a través del soft law estamos en una situación de ventaja para impulsar procesos de transformación en los ámbitos de las conductas de los comportamientos o regulaciones; mediante la difusión, persuasión o recomendación que tienen primero un impacto en el comportamiento de los sujetos y, posteriormente, un impacto directo en las normas reguladoras y en los procesos gubernamentales de decisiones. Un buen ejemplo de esto ha sido las sucesivas recomendaciones que en el ámbito del gobierno corporativo se han sucedido en los últimos años. Lo que en un primer momento surgió como una recomendación o persuasión ha dado lugar, a través de la reiteración en el cumplimiento de los mismos, a que ello tenga un reflejo normativo y una exigencia social que hoy nadie pone en tela de juicio.

¹⁶⁸ Véase Barnett, M. & Finnemore, M (1999). The Politics, Power and Pathologies of International Organizations. *International Organization*, Vol. 53, Núm. 4, pp. 699-732: "the social content of the organization, its culture, its legitimacy concerns, dominant norms that govern behavior and shape interests, and the relationship of these to a larger normative and cultural environment".

¹⁶⁹ Véase Finnemore, M. & Sikkink, K. (1998). International Norm Dynamics and Political Change. *International Organization*, Vol. 52, Núm. 4, pp. 887-917

¹⁷⁰ Ver en este sentido Risse, T., Ropp, T. & Sikkink, K. (1999). The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change. (1ª ed.). Nueva York: Cambridge University Press, y Keck, ME. & Sikkink, K. (1998). *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. (1ª ed.). Ithaca: Cornell University Press

En todo caso la concurrencia de estas dos teorías - racionalistas y constructivas - no pueden ser entendidas contradictorias o excluyentes. Ambas constituyen un elemento fundamental para analizar este complejo proceso y nos permite tener los instrumentos necesarios de valoración del mismo en la sociedad¹⁷¹.

Me detendré ahora en el proceso que está viviendo la UE, un proceso complejo que requiere una adecuada combinación de ambos instrumentos con el fin de facilitar los medios adecuados y posibles para que este ambicioso proyecto pueda llegar al debido puerto. No faltan autores que se han mostrado críticos en este debate europeo y que han defendido en el proceso de construcción y armonización del derecho de los países que lo integran la utilización de los métodos legislativos tradicionales por considerar que ellos nos ofrecen un mejor y más adecuado sistema legal conjunto¹⁷².

Otros, sin embargo, han defendido la aplicación o la utilización del soft law como un método ideal para la construcción del mercado europeo al constituir un instrumento adecuado para resolver los obstáculos que se derivan de la diversidad de normativa que existe en los diferentes países, así como para resolver los problemas que surgen en las diferentes sociedades. Es indudable que al referirnos a la UE no nos estamos refiriendo a un grupo monolítico de países o personas, y por supuesto, de legislaciones. Es más, nos estamos refiriendo a una pluralidad de culturas, lo que quizás es mucho más importante a la hora de plantear la forma de hacer negocios, y como consecuencia de ello, la forma de resolver los problemas que el desarrollo y ejecución de estos negocios pueda generar. Nadie duda que la especificidad y problemática que pueda surgir en una contratación del sur de Italia, España o Portugal es completamente diferente a la mentalidad, problemática o realidad de los países nórdicos o de un holandés. Para resolver estos variados y

¹⁷¹ En este sentido, Trubek, DM., Cottrell, P. & Nance, M. *Soft Law, Hard Law, and European Integration*. Op. citada: "The OMC can be seen as "soft law" in contrast to the "hard" approach of the Classic Community Method (CCM). The OMC employs general objectives and guidelines for Member State behavior that are non-binding and non-justiciable while the CCM provides more or less uniform rules that are binding on Member States, are justifiable, and include sanctions for non-compliance".

¹⁷² En este sentido, Nicola, F. (2006). Another view on European integration. Distributive stakes in the harmonization of European law. En: *Progressive lawyering, globalization and markets: rethinking ideology and strategy*. (1ª ed.). Nueva York: William's Hein & Co.

complejos problemas es para lo que algunos autores afirman el soft law es el instrumento más adecuado¹⁷³.

Podríamos identificar un tercer grupo de autores, como señala la profesora Ana di Robilant, que consideran el soft law como el instrumento más efectivo para implementar una nueva visión política con una mayor capacidad, de flexibilidad, de seguridad y de solidaridad¹⁷⁴. En todo caso, creo que uno y otro planteamiento, no son incompatibles, sino complementarios y lo que permiten es dar un diferente enfoque a una misma realidad social y ¿qué es sino el derecho sino el instrumento que nos hemos dado en las sociedades para resolver los problemas sociales?

Creo que en el proceso de construcción europea ha sido extremadamente útil la búsqueda de soluciones imaginativas que han permitido avanzar a lo largo de estos años en la realización de algo que en sus orígenes fue un sueño: la creación de un espacio de prosperidad, económico y social, en el centro de una Europa devastada

¹⁷³En este sentido vease Lando, O. & Beale, H. (y otros) (2019). *The principles of European contract law, Parts I, II & III*. (1ª ed.). London: Kluwer Law International; Lando, O. (2000). Optional or Mandatory Europeanization of Contract Law. *European Review of Private Law*, Vol. 7, p. 59-69; Lando, O. (1992). Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation? *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, Núm. 3, pp. 573-585; Lando, O. (1992). Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation? *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Vol. 56, pp. 261-273; Berger, KP. (1997). *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. (1ª ed.). Londres: Kluwer Law International; Berger, KP. (2001). Harmonization of European Contract Law: The Influence of Comparative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, Núm. 4, pp. 877-900; Berger, KP. (2001). The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification of Law, *European Review of Private Law*, Vol. 9, p. 59-69; Von Bar, C. & Lando, O. (2002) Communication on European Contract Law: A Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code. *European Review of Private Law*, Vol. 10, Núm. 2, p. 183-248; Von Bar, C. & Swann, S. (2003). Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent Contract Law. *European Review of Private Law*, Vol. 11, Núm. 5, p. 595-622; y Hesselink, M. (2004). The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law? *European Review of Private Law*, Vol. 12, Núm. 4, p. 397-419

¹⁷⁴ Sobre este tema de la efectividad del soft law vease, entre otros: Scott, J. & Trubek, D. (2002). Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union. *European Law Journal: Review of European law in context*, Vol. 8, Núm. 1, pp. 1-18; Trubek, D. & Trubek, L. (2005). Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination. *European Law Journal*, Vol. 11, Núm. 3, pp. 343-364; Goetschy, J. (2003). The European Employment strategy, Multi-level governance and Policy Coordination: past, present, future. En: *Governing work and welfare in a new economy: European and American experiments*. (1ª ed.). London: Oxford University Press; Porte, C. (2002). Is the Open Method of Coordination appropriate for organising activities at the European level in sensitive policy areas? *European Law Journal: Review of the European Law in Context*, Vol. 8, Núm. 1; Trubek, D.M. (2006). Soft Law, Hard Law and EU Integration. En: *Law and Governance in the EU and the US*. (1ª ed.). Oxford: Hart publishing; de la Rosa, S. (2005). The Open Method of Coordination in the New Member States - the Perspectives for its Use as a Tool of Soft Law. *European Law Journal: Review of European Law in Context*, Vol. 11, Núm. 5, pp. 618-640; Regent, S. (2003). The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance? *European Law Journal: Review of European Law in Context*, Vol. 9, Núm. 2, pp. 190-214; Barnard, C (2002). The Social Partners and the Governance Agenda. *European Law Journal*, Núm. 8, pp. 80-101; Scott, C. (2002). The Governance of the European Union: The Potential for Multilevel Control. *European Law Journal: Review of European law in context*, Vol. 8, Núm. 1, pp. 59-79; Telo, M. (2003). Strengths and deficits of the open method. En: *Integration in an expanding European Union*. (1ª ed.). Oxford: Blackwell, y Olsen, J.P. (2003). Reforming European Institutions of Governance. En: *Integration in an expanding European Union*. (1ª ed.). London: Wiley-Blackwell.

por las guerras que apenas unos años antes habían tenido lugar. En este proceso, hemos de destacar la aceleración que se produce en los años 90 del siglo pasado con la creación de unos nuevos instrumentos que rompían con la dinámica habitual de funcionamiento en el seno de la Unión Europea y que permitían y facilitaban la búsqueda de soluciones para avanzar en la. Me estoy refiriendo a la estrategia europea de empleo (European Employment Strategy) y a los métodos abiertos de coordinación (Open Methods of Coordination) que han permitido resolver de una forma práctica estos inconvenientes y avanzar considerablemente en el proceso europeo.

La idea de utilizar mecanismos del soft law como alternativa o complemento a los sistemas tradicionales ha permitido crear un nuevo marco de desarrollo en áreas tan importantes como el desarrollo de protección social estableciéndose una especie de “dos velocidades” en el proceso de construcción europea en base a la utilización de uno u otro mecanismo. De esta forma, el concepto de Estado de bienestar tan desarrollado en los países europeos se ha ido acomodando y acompasando en el proceso de construcción europeo mediante el establecimiento de unos estándares homologables que han permitido la progresiva transformación de las normativas internas para adaptarnos en cada una de sus legislaciones y con arreglo a cada una de sus peculiaridades a un proceso global de integración social. Los defensores del soft law ven en este proceso un magnífico ejemplo de cómo una estructura descentralizada y dispar en función de la normativa de cada uno de los países ha sido posible armonizarla a través de guías e instrumentos flexibles. Por el contrario, los más críticos con el soft law continúan defendiendo la idea de que las políticas sociales tienen que ser establecidas de forma obligatoria, centralizada y a través de un proceso vertical. Una vez más, el debate entre el uso del hard y soft law¹⁷⁵.

Sin entrar en este apasionante debate doctrinal, creo que la realidad está claramente del lado de aquellos que defienden los avances tangibles que se han

¹⁷⁵Scharpf, F. (2002). The European Social Model. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, pp. 645-665: “While they share a commitment to European social policy, participants in the debate disagree about the appropriate means to pursue it. Advocates of soft law claim that social integration is best effected through multilevel decentralized processes resulting in open-ended and flexible guidelines and standards. Conversely, defenders of hard law insist that social policies must be pursued through a centralized, vertical and formal decision-making process yielding uniform and binding rules creating justiciable rights”.

producido en Europa en los últimos años especialmente en la parte social. Como mencionábamos antes, la completa diversidad, cuando no contradicción, en el concepto del denominado Estado de bienestar en los diferentes países que componen a UE hubiera sido un obstáculo insalvable para avanzar en esta línea¹⁷⁶.

En todo caso creo que el ejemplo al que nos estamos refiriendo nos aporta de una forma clara los elementos definidores de lo que podríamos definir como “la tercera vía, o la vía de la cohabitación”, como ya hemos mencionado también esa controversia entre el soft y el hard no debe realizarse - en mi opinión - en términos absolutos, por cuanto uno y otro están llamados a colaborar recíprocamente y una adecuada combinación de ambos es, y debe ser, el mejor instrumento para la consecución de los objetivos perseguidos. En el ejemplo que estamos mencionando creo que ese extraordinario avance en el proceso de la UE en el ámbito social no hubiera sido posible si el mismo se hubiera realizado solo con uno o con otro, con soft o con hard law. Es más, creo que la utilización de mecanismos soft requiere previamente el establecimiento de una columna vertebral de un esqueleto jurídico que permita una conformación del ordenamiento en el que podamos acoplar con posterioridad, sobre esa base hard estos instrumentos soft que permitan atender y resolver los problemas concretos y las particularidades. Pero el uno sin el otro no hubiera sido posible¹⁷⁷.

Esto, que parece bastante evidente, sin embargo no es aceptado de forma unánime y no faltan autores que afirman que la aproximación del soft law para servir de instrumento de construcción europea sobre todo en el ámbito social es irreal y en algunas ocasiones contraria a la finalidad que se persigue¹⁷⁸. Para estos autores consideran que el soft law lejos de aportar soluciones útiles y eficaces lo que

¹⁷⁶Scharpf, F. The European Social Model. *Op. citada*: “The structural differences between the three worlds of welfare capitalism, the Scandinavian, the British and the Continental, mirroring radically different social philosophies, have high political salience and, so it is believed, would ultimately curb top-down uniform European social policies. Further, soft law is said to trigger a pragmatic approach to social reform as well as the production of new knowledge”.

¹⁷⁷ Robilant, A. Genealogies of soft law. *Op. citada*: “Hard/soft hybrids are deemed highly effective combinations: their soft components ensure organic responsiveness to social needs, foster pluralism and participation, and fuel mutual learning; their hard elements secure higher compliance, since national policy makers are no longer able to ignore soft norms, and they allow an effective correction of the asymmetry between market harmonization and social integration. While the exclusive reliance on soft law may reinforce the perception of social policies as ancillary, ultimately augmenting the imbalance between the relatively modest harmonization of social, p. 225. policies and far-reaching market harmonization, hybrid mechanisms confer social policies a status coequal with measures fostering market integration”.

¹⁷⁸ Damian Chalmers, P & Lodge, M. (2003). The OMC and the European Welfare State. *Centre for Analysis of Risks and Regulation*, Discussion Paper Núm. 11.

produce es un efecto distorsionador que va a provocar mayores perjuicios que beneficios. La participación en el proceso normativo de una pluralidad de entes y asociaciones que deriva en la aparición de estas normas blandas y que se traduce en un soft governance no sirve más que para reforzar a las estructuras de poder existente e impedir una verdadera renovación en el proceso de elaboración normativa. Y ello porque se crea una pseudo legalidad que facilita a las estructuras tradicionales detentadoras del poder, el marco adecuado para seguir ejerciéndolo sin los controles precisos¹⁷⁹, afirmando que esta tendencia de recurrir a métodos legislativos nuevos supone menos Europa y una mayor americanización del proceso de construcción europea¹⁸⁰.

Contrariamente a considerar que el soft law es el instrumento que está permitiendo efectivamente el proceso de construcción europea y responder a las necesidades que este tiene, estos autores entienden que su aplicación está derivando en una mayor rigidez y dificultad para poner en marcha y avanzar en el proceso europeo por cuanto este sistema lo único que permite es dotar de una mayor capacidad de actuación a los entes paraestatales para que avancen en su proceso de autorregulación, significando ello un obstáculo importante en el proceso de unificación.

Orígenes

Resulta difícil situar histórica y temporalmente la aparición de este nuevo y extraordinario fenómeno del soft law. Sin embargo, y por extraño que pueda parecer, no resulta para nada difícil otorgarle la correspondiente paternidad. Es comúnmente aceptado por los autores que el origen del soft law se atribuya al Lord McNair. En efecto, Arnold Duncan McNair fue el primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (**TEDH**) en el periodo comprendido entre 1959 y 1965. Previamente había sido presidente de la Corte Internacional de Justicia (**CIJ**)

¹⁷⁹ Damian Chalmers, P & Lodge, M. The OMC and the European Welfare State, op. citada: “*The turn to soft law marks a surrender to the market; soft law is “soft with aggressive and opportunistic market actors, who under the shield of soft legality, succeed in transferring costs to society and hard for weak actors.”*”, p. 226.

¹⁸⁰ Damian Chalmers, P. & Lodge, M. The OMC and the European Welfare State, Op. citada: “*Finally, the controversy over soft law strikes highly emotional chords, raising critical questions as to the European-ness of European legal culture and regarding the pattern of circulation of legal ideas in the post-war era. Invoking the specter of “Americanization,” the detractors of soft law strike a blow at the social genealogy. Repudiating the social genealogy’s emphasis on soft law’s “European-ness,” they denounce soft normativity as a “United Statesean” import. Rather than the most recent manifestation of a century-old strand of European socio-legal, soft law is “yet another pattern of reception of American categories poorly fitting the fabric of European law”.*”

durante los años 1952 y 1955. No es de extrañar, por ello, que las primeras referencias a la existencia de este soft law se encontraran circunscritas al ámbito del derecho internacional.¹⁸¹

A ellas se refería McNair como un conjunto de normas generales, abstractas e indeterminadas que constituían un elemento novedoso en lo que hasta ese momento habían sido las fuentes tradicionales del derecho. Fiel reflejo de esta estrecha vinculación de origen entre el soft law y el derecho internacional son la propia declaración internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como el resto de resoluciones que al amparo de ésta se han ido dictando. De este concepto inicial, muy ligado al ámbito del derecho internacional, se ha ido lógicamente evolucionando, en la medida en que se ha considerado como instrumento útil de desarrollo y expresión normativa. Su vinculación de origen con el derecho internacional nos llevará con posterioridad a analizar en detalle los muchos y variados ejemplos que éste ha producido¹⁸².

La expresión doctrinal soft law ha sido definida en este ámbito como una serie de actos no homogéneos en cuanto a su origen y naturaleza que, a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes resultan, a través de distintas vías, jurídicamente relevantes. Esta definición comprende, en si misma, suficientes elementos de discusión y debate como para abarcar diferentes estudios de investigación. No entraremos en este punto en el análisis exhaustivo de cada uno de ellos, si bien si volveremos con posterioridad a estudiar con algo más de detenimiento las contraposiciones que hemos indicado se desprenden del concepto¹⁸³.

¹⁸¹ En este sentido el profesor Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático*. Op. Citada, cuando afirma: “Es probable que la emergencia del soft law, en general, haya comenzado a percibirse y discutirse por la doctrina (de hecho, su aparición es de tipo doctrinal y no convencional) hacia comienzos de la década de los setenta del siglo pasado, pero con el transcurso del tiempo se ha convertido en un tema de referencia indispensable entre los expertos del derecho internaciona. Hoy es fácil encontrarlo mencionado en una gran cantidad de textos sobre la materia”. También en este mismo sentido vease Baxter, R.R. (1980). *International Law in Her Infinite Variety*. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, Núm. 4; Chinkin, C. M., (1989). *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, Núm. 4; Toro Huerta, M. (2006). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Núm. 6, pp. 513-549; y Dupuy, P. (1991). *Soft Law and the International Law of the Environment*. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, Núm. 2, pp. 420-435

¹⁸² La referencia a esa paternidad se encuentra en la obra de Chinkin, C. (2000). *Normative Development in the International Legal System. Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press.

¹⁸³ En este sentido también Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático*. Op. Citada: “El tratado internacional otorga derechos e impone obligaciones a las partes contratantes,

Antes de entrar en ello, hagamos algo más de reflexión doctrinal sobre el origen histórico sociológico del soft law. En esta línea, exponíamos antes que su desarrollo, más que su aparición, se ha producido en un entorno de globalización. En estos términos se expresa Barberis¹⁸⁴ cuando lo vincula al término de “gobernanza”, indicando que es el mejor elemento que resume y concreta este cambio de tenencia. Esta mudanza significa incrementar la atención en el ejercicio adecuado del buen gobierno de los asuntos públicos. Es decir, creación de espacios que den una participación adecuada a los ciudadanos en los procesos que culminan con la elaboración de normas y el establecimiento de políticas públicas. Supone, como se ha dicho, pasar del Gobierno por la ley a un Gobierno por objetivos. Significa pasar de un concepto de imposición y ordenación de conductas, a un proceso de acuerdo y compromiso voluntario en el que se produzca la participación directa de los propios destinatarios de la norma¹⁸⁵.

En este punto, una vez más, debemos volver a los orígenes del concepto, al ámbito del derecho internacional, pues es en ese contexto en el que se identifican los elementos configuradores del concepto. Se podría hablar de varios ejemplos, de diferentes organizaciones internacionales. Quizá por la proximidad y por la integración plena en la que nos encontramos, podemos traer aquí el ejemplo de lo acaecido en el ámbito de la UE. Un proceso, sin duda, histórico que ha desarrollado en 50 años una plena integración europea, en gran parte de los elementos esenciales en la vida de los ciudadanos europeos y que muchos no podrían - ni siquiera soñar - cuando lo pusieron en marcha. Es evidente que el inicio del proceso de integración europea ha contado - y todavía hoy aun en determinados ámbitos lo

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”.

¹⁸⁴ Barberis, M. (2008): *Europa del diritto*. (1ª ed.). Bolonia: Il Mulino

¹⁸⁵ En este sentido también Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático*. Op. Citada: “Tercero, y no obstante lo anterior, admitimos, como lo hacen otros doctrinarios, que no es fácil distinguir cuándo una norma en un tratado es de hard law y cuándo de soft law (o cuándo es más rigurosa o cuándo es menos suave). Desde luego, hay que atender al origen y características del precepto mismo (es decir, intencionalidad, negociación, redacción, lenguaje, precisión, generalidad, etcétera), y al hecho de sentirse obligado por una norma, pero no siempre existe la nitidez normativa que se quisiera para lograr tal diferenciación”.

hace - con una fuerte oposición de los Estados, al ver a este proceso como un instrumento de pérdida de soberanía.¹⁸⁶

En algunas ocasiones, esta debilidad es lo que ha provocado, como afirma Snyder¹⁸⁷, la proliferación de la utilización del soft law como un instrumento útil del proceso de integración europeo. Ante la dificultad de establecerlo por la vía de normas de obligado cumplimiento, en múltiples ocasiones se ha recurrido a recomendaciones, consejos o libros blancos, que han constituido el embrión necesario para, en una segunda fase, transformar este derecho blando en un derecho obligatorio.

Esta finalidad como instrumento útil de integración europea la encontramos incluso en algunos textos comunitarios, como en el Informe del Sr. Cot sobre el documento COM (97) 626, "Legislar mejor (A4-498/98): Resolución del Parlamento Europeo de 18.12.1998"¹⁸⁸, en el que se le define como "*derecho de naturaleza incierta, menos vinculante, menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una trasposición aleatoria en los ordenamientos nacionales*".

La propia expresión utilizada para identificar este tipo de normas nos da una idea de la desconfianza que trasluce para el legislador europeo; desconociendo, en mi opinión, el extraordinario valor que el mismo tiene como elemento de integración europea.

Lo que se inició como una peculiaridad más del derecho internacional, se ha extendido con fuerza a otras ramas del derecho, sobre todo en el entorno regulatorio. Ello ha sido calificado en algunos ámbitos anglosajones como un "modismo" fruto de las propias debilidades de las estructuras tradicionales de poder, en virtud de las cuales se considera más adecuado acudir a unos instrumentos jurídicos que no son obligatorios, pero que influyen de manera decisiva en las situaciones legislativas.

¹⁸⁶ En el mismo artículo citado del profesor Nava afirma: "*Hay que precisar que la existencia de normas de soft law en acuerdos internacionales de hard law forma parte de un proceso mucho más amplio de creación normativa no vinculante en el derecho internacional, que estaría abarcando, por ejemplo, resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales, acuerdos interestatales no normativos o no vinculantes, el derecho suave de actores no estatales, y el ya aludido soft material*".

¹⁸⁷ Slaughter, A. & Snyder, F. (1993). Soft Law e prassi istituzionale nella Comunità Europea. *Sociologia del Diritto*, Vol. XX, Núm.1.

¹⁸⁸ DOC 98 de 9.4.1999, p. 5

Vinculado con esta crítica, también se afirma que la proliferación del soft law no es sino una pérdida de confianza de los ciudadanos en las autoridades e instrumentos tradicionales, con una desafección de éstos hacia las instituciones y organizaciones establecidas, pasando el peso de la decisión hacia las organizaciones sociales, a la sociedad civil, que demanda una mayor presencia en el proceso de decisión política.

En este contexto se identifica la aparición y desarrollo del soft law con una pérdida de la autoridad y competencia normativa en el modo y manera en el que se ha venido realizando de una forma clásica. Y ello no solamente porque en algunas ocasiones se haya perdido la *autoritas* que requiere el ejercicio del poder político a la hora de imponer conductas a los particulares, sino también, porque resulta más fácil el acudir a este instrumento que permite la búsqueda de consenso con los ciudadanos, obviándose por parte de los responsables políticos una de sus obligaciones esenciales: la toma de decisiones¹⁸⁹.

No le falta razón en algunos aspectos a esta última crítica ya que en muchas ocasiones los responsables políticos, bajo la excusa de búsqueda de consenso y de entendimiento, hacen autentica dejación de las responsabilidades que les incumben con las graves consecuencias políticas, sociales y económicas que ello puede tener. La grave situación económica por la que estamos atravesando hubiera exigido de gran parte de los responsables políticos una actuación inmediata y contundente encaminada a afrontar las situaciones de crisis y proponer las soluciones adecuadas y no esperar o justificarse para su no adaptación en la supuesta falta de acuerdos de los agentes afectados. Ello no es imposición autoritaria de criterios, es simplemente gobernar.

Evidentemente, respecto del soft law se han producido múltiples y variadas aportaciones por parte de la doctrina y resulta llamativo el diferente enfoque que del mismo se produce en función de la rama jurídica de la cual provienen dichas definiciones. Esto es, no es lo mismo el enfoque que se puede dar al soft law desde el punto de vista ius privatista que desde el punto de vista de los autores más arraigados en la doctrina del derecho administrativo. Asimismo, no es lo mismo el

¹⁸⁹ Bobbio, N. (1994). *Contributi ad un dizionario giuridico*. (1ª ed.). Roma: Giappichelli. Véase también Sendern, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. (1ª ed.). Oxford: Hart Publishing.

enfoque que se da al soft law desde el punto de vista de la economía que el que se le da desde el punto de vista del derecho internacional o de las relaciones internacionales.

En este aspecto y con respecto al ámbito de las relaciones internacionales (y, más concretamente, ligado al ámbito económico, dado que la situación en la que nos encontramos ha propiciado el desarrollo de las normas internacionales o bien de asociaciones o meras recomendaciones internacionales para arbitrar mecanismos eficaces de lucha contra la crisis económica), se suele hablar que en el marco de las organizaciones internacionales hay dos técnicas fundamentales que usan los Estados para determinar y resolver los conflictos. En primer lugar, sería cuando los Estados se reservan discrecionalmente las obligaciones a los que ellos deben estar sujetos; y, en segundo lugar, cuando los Estados tratan de evitar el establecimiento de unos compromisos internacionales excesivamente exigentes. Así, con esta fórmula, es como definen algunos autores la consideración del soft law, entendiendo que en muchas ocasiones se produce mediante la combinación de ambas técnicas.

Sin embargo, me parece un enfoque excesivamente reduccionista desde el planteamiento de que se está observando la realidad del soft law desde una perspectiva únicamente internacional, y considerada como un mecanismo de huida o de escape por parte de los Estados de la exigibilidad de que derivaría del derecho estricto, especialmente en lo que se refiere a su coercibilidad.

Para estos autores, el soft law estaría constituido como un mecanismo de escape o de huida de la exigibilidad de la aplicación de las diferentes normas. Y esta huida radica en una consciente discrecionalidad por parte de los Estados en la utilización de estas normas, al objeto de evitar la sanción o el cumplimiento compulsivo por parte de éstas. Por ello, la discrecionalidad no es ni más ni menos que la inclusión de un elemento más de subjetividad en el soft law, con lo que el soft law no vendría a ser más que un tipo normativo que, sin ser obligatorio para las partes, de ellas depende la voluntad directa de su aplicación. Dentro de ello, estaríamos hablando de un “legal binding soft law” y un “non-binding paralegal soft law”.

¿Por qué se cumple el soft law?

En el debate sobre el concepto del soft law se ha producido también la discusión sobre la consideración analítica del concepto o, por el contrario, la mera aplicación práctica de este producto. de una realidad empírica que adquiere virtualidad por sí misma. Es evidente que en el ámbito en el que nos movemos y dentro de un trabajo con vocación de análisis jurídico, la primera de las consideraciones es la que debe prevalecer¹⁹⁰.

Esta opción de valoración analítica debe crearse sobre la base de una doctrina y una teoría jurídica que, a su vez, debe sentar sus principios y fundamentos sobre realidades y comportamientos empíricos de los sujetos que son objeto de análisis.

¹⁹⁰ En este sentido resulta muy explicativa la reflexión del profesor Mörth, U. (2005). *Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem?* Documento presentado en Darmstadt, cuando analiza el debate analítico y empírico del concepto de soft law: “For decades soft law has been an important concept in order to characterise and describe the well-known phenomenon in global politics – governance without government. I wanted to explore this concept analytically and empirically and go beyond its traditional hemisphere of law. Soft law raises fundamental questions of power, authority, legitimacy, social practices, democracy and of how organizations work. It raises also questions about the boundaries between law and politics and between the public and private spheres. Interestingly, soft law came about at a time when new kinds of global power structures emerged which changed the legal analysis and above all, the analysis of political scientists on international politics (Keohane and Nye, 1977). This time the debate is more about the borders between politics and law (Shelton 2000) and the political choice of soft law over hard law (Goldstein et al 2000). The interest in the late 1990’s and in the early 2000’s also reflects the increasing awareness of globalisation and the importance of non-state actors but also how globalisation makes traditional law making more problematic when states are embedded in various formal and informal organisations. The concept of soft law fits nicely with the notion of international regimes and with the analysis of the EU as a system of multilevel governance (Haas 2000; Cini 2000; Herititer 2001). The literature on the origins of the concept of soft law indicates that it has been used in close connections to real world events and processes. One interpretation is therefore that it was created at a time when political scientists and international legal scholars needed new concepts in order to make sense of a changing world. Another interpretation is that soft law was created in order for the academics to raise the status of their studies so they could show that they were studying important things such as law in a governance structure that otherwise was seen as incomprehensible in contrast to the order within the nation state. My belief is that it was important to create new concepts that made sense of changes in world politics which does not exclude the fact that the concept of soft law also legitimised and helped to ‘normalise’ international politics and international law into its two academic disciplines political science and law. In this sense the concept of soft law does not differ from other academically used concepts in how they ‘travel’ and develop between theory and practice (Giddens 1990). The problem with concept definition is a classical one – either you define the concept very precisely or you leave the concept more open. In the former case you have no problem with the empirical operationalisation but you could end up with a rather weak and shallow analysis of complex empirical processes. In the latter case you will have difficulties in the operationalisation phase but end up with a rather thick and rich analysis. The choice between these two concept definitions depends to a large extent on where you are in the research process. In the explorative phase of a project you need to be rather open and flexible whereas in a more explanatory and causal project you need to be more precise on how to define the concept. Legal critics of the use of soft law claim that law cannot be conceptualized along a continuum. According to the binary position there must be a strict distinction between law and non-law. The main reason for this posture is that soft law is considered to be dangerous because the relativization of normative values in international law raises illusory expectations of compliance with which no one is obliged to comply (Sztucki 1990). The use of soft law therefore tends to blur the distinction between what is legally binding and what is not and thereby erodes international law as a whole – ‘gliding bindness’ (Chinkin 2000:23). Bothe argues that the term ‘law’ is confusing when we speak of gentlemen’s agreements, because they are considered to be politically binding rather than legally binding (Bothe, 1980). There is sometimes reluctance even among legal scholars who are positive toward soft law to talk about the concept! This disinclination could be explained by many factors, not least the fact that the concept is contested in the discipline which always requires a more careful use of a concept. A more pragmatic factor is the difficulty in determining whether a legal norm is legally binding.”

En este sentido, los actores involucrados en este proceso somos todos, y los ámbitos objeto de análisis son todas y cada una de las facetas del día a día en que observamos, cada vez con más intensidad, la aparición de los llamados procesos que podríamos llamar “para-regulatorios” (que, a su vez, son generadores de una suerte de condiciones generales, recomendaciones, libros blancos o códigos de conducta). Constituyen el mejor ejemplo de la realidad que estamos comentando y devienen los verdaderos protagonistas del análisis científico que se hace de esa realidad empírica que antes comentábamos¹⁹¹.

El análisis de este tipo de comportamiento o realidades para-regulatorias es lo que ha dado lugar a la construcción de una teoría fundamentada en la aparición de estos nuevas y diferentes realidades, que también son manifestaciones de una legalidad, sin ser estrictamente consideradas ley en sentido tradicional. Ese es precisamente el reto al que nos enfrentamos, que el concepto tradicional de ley (entendida esta como aquella decisión adoptada en los regímenes democráticos por los parlamentarios representantes de los ciudadanos, en sufragio universal, libre, igual, directo y secreto) se extienda a otras figuras con vocación normativa y con capacidad vinculante, que emana de órganos distintos a los que tradicionalmente tienen encomendada esa función legislativa bajo un esquema tradicional que hemos conocido hasta ahora.

En ocasiones, estas diferentes fuentes normativas se pueden utilizar como criterio delimitador entre lo que es el derecho público y lo que es el derecho privado. Conforme a ello, el derecho público estaría constituido - única y exclusivamente - por aquellas normas que han emanado de los órganos legislativos tradicionales (el poder legislativo). La ley así promulgada tiene una implicación directa con las autoridades públicas. Por el contrario, el resto de manifestaciones que surge de una suerte de pluralidad de orígenes diversos (pero que tiene mayor o menor eficacia normativa), se consideran normas de derecho privado o derecho de particulares.

¹⁹¹ En este sentido véase Mörth, U. *Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem?* Op citada. “*My position was somewhat ambiguous. I realised that Soft Law was in many ways an empirical phenomenon that needed to be explored from a social scientist approach – what does Soft Law stand for in terms of steering, power, authority, etc.? I was also convinced that Soft Law is not always presented as Soft Law in the empirical material. The actors involved in various regulatory processes often presented the rules as agreements, partnerships, standards and other rather harmful descriptions.*”

Sin embargo, resulta evidente que esta primaria diferenciación adolece de varios defectos que ponen de manifiesto la debilidad de su argumentación. La realidad práctica que nos envuelve pone de manifiesto, en primer lugar, que las normas de derecho privado, entendiendo éstas como las que regulan las relaciones entre los particulares, también se aprueban por los órganos legislativos. En segundo lugar, pero mucho más importante, por el hecho de que la realidad práctica que envuelve el soft law, incluye no solamente aspectos relacionados con las relaciones entre los particulares, sino que también incluye, y cada día más, aspectos derivados de relaciones esencialmente públicas (fundamentalmente en los ámbitos regulatorios). Por ello, entiendo que es mejor desligar el origen de la norma y la vinculación de ésta con los órganos legislativos en la diferenciación entre derecho público y derecho privado, por cuanto en uno y otro caso, se pueden producir y observan ambas realidades¹⁹².

Qué duda cabe que el desarrollo - en ocasiones desmesurado - del soft law ha supuesto un reto a los teóricos del derecho a la hora de encarrilarlo dentro del concepto tradicional de ley. Aquellos autores que solo contemplan el criterio binario entre ley y no ley, entienden que este soft law es algo peligroso, como consecuencia de la posible relativización que produce respecto de lo que se han considerado los criterios y elementos configuradores tradicionales de la ley¹⁹³. Para ellos, el concepto de ley tiene que estar íntimamente ligado al concepto de obligatoriedad de la misma y la aceptación de la figura del soft law se produciría solamente en el marco de las relaciones internacionales¹⁹⁴.

Para estos autores, no cabría confusión con la ley, por cuanto el soft law quedaría reducido o circunscrito a lo que son clásicos acuerdos de caballeros que no tendrían auténtico valor vinculante y obligación legal de cumplirlo¹⁹⁵.

¹⁹² En este sentido véase Mörth, U. *Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem?* Op. citada: “Once again, we should not invent concepts that we cannot link to fundamental political and normative questions, instead we should use concepts that are more politically sensitive and that allow us to identify and analyze how private and public authority changes and how this affects our traditional understanding of democracy.”

¹⁹³ En este sentido, Sztucki, J. (1990). Reflections on international Soft Law. En: *Festschrift till Lars Hjerper*. (1ª ed.). Estocolmo: Norstedts, pp. 549-575.

¹⁹⁴ Chinkin, C. *Normative Development in the International Legal System*. Op. Citada.

¹⁹⁵ Bothe, M. (1980). Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations? *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 11, pp. 65-95.

Sin embargo, creo que el soft law no puede definirse desde un punto de vista meramente negativo, por la concurrencia o no de los diferentes elementos que tradicionalmente ha conformado el concepto de ley. Muy al contrario, creo que para definirlo, es necesario hacerlo en función de un análisis más completo que atienda a las nuevas realidades sociales, económicas y políticas del momento, y que son las verdaderas protagonistas de una nueva realidad que se está abriendo paso y que está siendo una de las claves fundamentales en el nuevo reto que la sociedad del siglo XXI debe abordar.

Uno de los temas íntimamente ligados a la aplicabilidad o exigibilidad del soft law es descubrir las razones por las cuales las personas, los colectivos, o los ciudadanos en general, cumplen esta peculiar normativa. Parece evidente, y así lo estudia la teoría general del derecho, que uno de los elementos imprescindibles en el régimen normativo es el establecimiento de un correlativo sistema de sanciones y controles, que permita velar por el adecuado cumplimiento de la normativa dictada.

Esto, como hemos explicado, no ocurre en el mundo del soft law. Al contrario, se produce una inversión del proceso lógico de regulación de las conductas. Si en el ámbito legislativo primero sale la norma que marca el comportamiento y que se publica para el conocimiento de sus destinatarios; en el ámbito del soft law se invierte el orden: son los propios destinatarios de la norma los que voluntariamente deciden establecer un código una pauta o unas reglas y se someten a ella.

El autor inglés Alexandre Flückiger¹⁹⁶ en su artículo “*Why do we obey soft law?*” analiza las razones por las que se produce este cumplimiento voluntario de la normativa en el caso particular de la autorregulación en materia de compliance. Como él mismo dice al inicio del artículo, si el compliance ya es difícil de explicar con hard law, con soft law es mucho más complicado. Las reglas del soft law en la práctica indican que responden o están más ligadas a lo que son las normas o las reglas del derecho natural: “*In some instances, compliance with non-binding norms*

¹⁹⁶ Flückiger, A. (2009). Why do we obey soft law? En: *Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: A Tribute to Peter Knoepfel*. (1ª ed.) Lausanne y Berna: Presses polytechniques romandes/Haupt, pp. 45-62.

*and instruments is extremely good and probably would not have been better if the norms were contained in a binding text*¹⁹⁷.

Esto, sin duda, constituye todo un reto para los teóricos de la ciencia jurídica, ya que como él mismo señala en muchas ocasiones se produce una mayor eficacia en la aplicación de las normas cuando estas revisten las características de soft law que de hard law. En un mundo como el que vivimos, en el que se ha producido un incremento exponencial en la complejidad de las relaciones económicas, sociales y jurídicas y en el que asistimos a una constante huida del derecho público y colaboración de entidades - asociaciones de derecho privado para regular conductas - constituye una necesidad el lograr una adecuada combinación entre las normas tradicionales y las emanadas de fuentes legislativas diferentes. El profesor Flückiger señala que hay que ir al análisis de la perspectiva psicológica para encontrar el fundamento de por qué los individuos cumplen las normas del soft law. Para él, el rol de las emociones y las técnicas de persuasión son definitivas en la consecución de los objetivos de aplicación de estas normas¹⁹⁸.

Emoción, sin embargo, no es opuesto a racionalidad; incluso defiende que emoción puede ser descrita o ligada al concepto de racionalidad. Su intención es probar que la variable emocional tiene un papel destacado en los mecanismos por los cuales los individuos cumplen voluntariamente las normas del soft law. Lo destaca, como decíamos antes, en relación con la aplicación y cumplimiento con las normas relativas al compliance: *“Observance of non-binding rules cannot be explained solely by the rational choice theory, but is attributable essentially to emotional mechanisms, particularly anticipation of shame, guilt or embarrassment in the event*

¹⁹⁷ Shelton, D. (2008). Soft Law. Handbook of International Law. GWU Law School Public Law Research Paper Núm. 322.

¹⁹⁸ Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático* Op. Citada. “Un tema central en la discusión sobre el derecho suave (que comprende el de normas soft en tratados) es la terminología y el tipo de preceptos que designa. La cuestión a resolver es, por un lado, si con esta expresión estamos frente a normas que no son de derecho, es decir, normas que no son jurídicas, y por lo tanto el uso de la palabra “derecho” o law sería incorrecto, confuso, paradójico o contradictorio, porque en la concepción tradicional la norma de derecho es vinculante: si no es vinculante, entonces no es jurídica. O si, por el contrario, el derecho debe entenderse como un conjunto de diversos tipos de normas jurídicas, las cuales se encuentran en “niveles” o “grados” distintos, donde algunas son más duras que otras, o a la inversa, algunas menos vinculantes que otras.”

*of violation as well as pride in compliance*¹⁹⁹, *with shame being evoked by others' disgust or scorn*²⁰⁰.

La defensa de la variante emocional en el cumplimiento de las normas y su ligazón con el concepto del soft law se pone de manifiesto con especial énfasis con relación a las nuevas exigencias que el compliance está imponiendo en el mundo empresarial. Sirva como ejemplo el compliance, sin perjuicio de la existencia de otros muchos en los cuales se podrían aplicar estos mismos criterios. Son aquellos que buscan del uso de la persuasión y de sus técnicas una legitimación para la exigibilidad del cumplimiento normativo. De esta forma los individuos observan y cumplen voluntariamente la ley (entendida ésta en sentido amplio y no en sentido estricto de ley emanada del Parlamento), cuando ellos entienden individualmente y reconocen la legitimidad y la oportunidad de la propuesta contenida en la misma. En consecuencia, moral ética y justicia, encuentran en este mecanismo una adecuada confluencia. El autor Alexandre Flückiger llega a afirmar que los individuos no cometen crímenes como consecuencia del temor que tienen a la aplicación de la norma, sino por el convencimiento de que el incumplimiento de ésta atenta contra un valor superior. Esta postura enlaza o vincula el soft law a los principios propios del derecho natural considerando, en mi opinión, que va en el análisis del mismo, un poco más allá de lo debido.

Considera el autor que el comportamiento acorde con las normas emanadas del soft law se encuentran implicadas en un ámbito individualista de apreciación en virtud del cual se produce un análisis previo sobre la bondad y maldad de la norma publicada. Íntimamente ligado a ello, se encuentra la credibilidad de las fuentes de las cuales emanan estas normas. Es indudable que este constituye un elemento esencial de legitimación, e incluso de convicción, para el destinatario de las normas por la existencia de una cierta superioridad o influencia sobre el sector social destinatario de las mismas. Un claro ejemplo se produce en el ámbito de las relaciones internacionales (fuente inagotable de este tipo de legislación blanda), en donde el debido respeto de la autoridad de los Estados y, sobre todo la necesidad

¹⁹⁹ Elster, J. (1999). *Alchemies of the Mind: Rationality and the Emotions*. (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press. Vease también Gagné, Leary. (2007). Non-rational compliance with social norms: sincere and hypocritical. *Social Science Information*, Vol. 46, Núm. 3 pp. 445-469: *based on the work of Pierre Bourdieu, non-rational compliance is more acceptable to the group than sincere compliance*.

²⁰⁰ Elster, J. (1999). *Alchemies of the Mind: Rationality and the Emotions*. Op. Citada, p. 149.

de mantener una buena relación entre ellos, provocan un sentimiento de exigibilidad y cumplimiento voluntario por parte de aquellos incumbidos por esta norma.

Estamos hablando de un ámbito fronterizo entre lo que es la sanción legal propiamente dicha y tradicional (mecanismo habitual de exigibilidad del cumplimiento de las normas) y lo que es la persuasión y/o inducción para favorecer o impulsar un comportamiento no obligatorio. Los destinatarios de la norma del soft law, no están técnicamente “legalmente obligados” a adoptar la solución de autorregulación. Esta viene motivada por la convicción global de que el comportamiento que se impulsa es adecuado y necesario para la finalidad que se persigue. A lo largo de este trabajo, hemos visto este tipo de normas las hemos en muy diferentes ámbitos del derecho (medioambiental, energético, consumidores y usuarios, internacional, etc.).

Ahora bien, la pregunta en este tema y con arreglo a esta teoría es ¿con base a qué criterios un Tribunal de Justicia entiende y considera que una recomendación pública y privada es debidamente exigible respecto de los destinatarios de una norma de soft law? La respuesta a esta difícil cuestión no resulta, en modo alguno, sencilla. La consideración como norma de obligado cumplimiento de una norma de soft law y la consideración como tal por un órgano jurisdiccional es un proceso evolutivo que viene condicionado por el desarrollo normativo del país y por la convicción general de los ciudadanos acerca de la necesidad de establecer este tipo de normas²⁰¹.

Como elemento determinante para la exigibilidad y cumplimiento por parte de los individuos, el profesor Flückiger²⁰² señala la empatía como el mecanismo psicológico a través del cual un individuo siente la necesidad de cumplir y aplicar

²⁰¹ Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático*. Op. Citada: “Para esta discusión, la doctrina se ha basado fundamentalmente en dos planteamientos. El primero de ellos, conocido como visión o modelo dicotómico (en inglés, binary view), se deriva de la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional, y consiste, grosso modo, en que la esencia del derecho es su normatividad vinculante, no está sujeta a gradación, y, por lo tanto, una norma de derecho o es jurídica o no lo es. La expresión soft law debiera, en este sentido, evitarse, puesto que conduce a una con tradición lógica. El segundo de los planteamientos, denominado visión o modelo de gradación normativa, normatividad graduada y variable, o simplemente continua (en inglés, graduated and diverse normativity o continuum view), radica, en términos generales, en que el derecho puede tener una variedad de impactos y efectos legales, directos e indirectos, algunos de ellos más rigurosos que otros. Aquí se reconoce que el derecho (una norma jurídica) puede ser más fuerte o más suave. Existe un continuo entre lo soft y lo hard, que está en constante evolución: no hay polarización. Representa la realidad y la práctica internacionales en su diversidad, y así, evita que la normatividad sea encapsulada en categorías tan simplistas como lo jurídico y lo no jurídico, lo legal y lo no legal. El binomio hard/soft sería inadecuado e insuficiente para describir y evaluar la norma internacional”

una norma de soft law. Considera la empatía como un elemento indispensable para el éxito de este tipo de normas, señalando como ejemplo las técnicas promocionales utilizadas por las asociaciones de donantes de órganos, donde se recurre al elemento emocional para la prestación del consentimiento voluntario de los individuos futuros donatarios de órganos. Como afirma el autor, el índice de consentimiento para realizar la donación de órganos es mayor cuando los médicos muestran una empatía especial con los pacientes y sus familiares, y menor cuando éstos se limitan única y exclusivamente a la aplicación del protocolo. Ello nos lleva, una vez más, a ligar este tema que aborda el profesor Flückiger con el tema de la racionalidad de los contenidos normativos. Es un tópico del derecho que la realidad social va delante de la norma; sin embargo, con este tipo de legislación blanda se puede utilizar de una manera mucho más eficiente como un instrumento de respuesta rápida y eficaz cuando se plantea algún problema.

Al igual que muchos otros autores, el profesor Alexander Flückiger considera que el soft law es un adecuado banco de pruebas para la ulterior elaboración de normas tradicionales: *“This allows the State to study the reaction of the intended audience and either withdraw the tested measures or make them permanent, depending on the observed impact. Soft law thus accustoms citizens, or gradually acclimatizes them, to a new regime by avoiding any surprise on the day it evolves into hard law (smoking is first discouraged, then prohibited in public places; helmets and seatbelts are first encouraged, then imposed; etc.)”*²⁰³.

Como conclusión de por qué cumplimos el soft law, el profesor Flückiger acertadamente considera que su cumplimiento viene motivado por la mayor efectividad que tiene este tipo de normas al tener un impacto mayor de persuasión y una mayor capacidad de movilizar las emociones y técnicas de persuasión de los destinatarios de la norma.

El soft law desde una perspectiva organizacional y su diferenciación con las reglas de comportamientos

Uno de los elementos que hemos identificando como configuradores del desarrollo del soft law está constituido por la aparición de un denominado “orden global”,

²⁰³ Flückiger, A. Why do we obey soft law? Op. citada.

donde se produce un aumento de los elementos y de las normas culturales comunes. La pregunta fundamental sobre ello es: ¿dónde surgen estas organizaciones y elementos organizacionales capaces de generar reglas y pautas de conducta que la sociedad en su conjunto, con independencia de su nacionalidad, siguen en todo el mundo?

El modelo tradicional de organización de las sociedades estaba asentado a través de la elaboración y promulgación de reglas dictadas con arreglo a los procedimientos previamente establecidos, aplicadas a través de los mecanismos previstos en la legislación y sancionadas, en caso de incumplimiento, a través de los elementos coercitivos que los propios ciudadanos voluntariamente se han dado en los países democráticos.

Este concepto tradicional vinculado a norma con regulación o con legislación, ha sufrido una modificación en los últimos tiempos como consecuencia de la aparición de un nuevo concepto constituido por las denominadas “reglas de conducta”. Estas reglas tienen un impacto global y son un instrumento poderoso de coordinación no limitado a un ámbito geográfico o exigiendo, en muchas ocasiones, un procedimiento legislativo ad hoc para su aprobación. La mayoría de estas reglas son estándares voluntarios, más que directrices obligatorias²⁰⁴.

En este sentido, cabe hacer referencia a la obra de Yates y Murphy, “*Engineering rules: Global standard setting since 1880*”²⁰⁵, donde basándose en un siglo y medio

²⁰⁴ Brunsson, Nils & Bengt Jacobsson (2000). *A World of Standard*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press, p. 554.

²⁰⁵ Yates, J. & Murphy, C. (2019). *Engineering Rules: Global Standard Setting since 1880*. (1ª ed.). Washington, D.C.: Johns Hopkins University Press: “*This book is a history of the engineers and organizations that develop and operate the vast yet inconspicuous global infrastructure of private, consensus-based standard setting, a process with an astonishingly pervasive, if rarely noticed, impact on all our lives. We might call this process, these people, and these organizations “standards bearers” because they have borne standards- “documents that provide requirements, specifications, guidelines or characteristics that can be used consistently to ensure that materials, products, processes, and services are fit for their purpose”- in so many different ways. They gave birth to most of the private standards we use, they supported them, and they displayed them as marks of honor. They also turned them in different directions at different times, bearing them toward the differing national interests of the warring governments during two world wars, toward international markets in the 1960s through 1980s, and toward the global concerns of businesses since the 1990s. More often, they just steered them toward a vision of a world united through private, voluntary standardization. [...] This private, nongovernmental activity occurred within a host of not-for-profit standard- setting bodies at many levels, a new type of organization first established in the years immediately before and after 1900. These bodies quickly produced many national standards (and some international standards) that began to help regulate economies around the world. From the end of World War II through the mid-1980s, a new generation of engineers and related experts launched additional organizations that established and that still maintain many of the product standards that made an increasingly international economy possible. At the end of the twentieth century, a later generation of engineers – along with a much more diverse set of additional experts – began using the process in new, more global ways. They created one set of new organizations to maintain the internet and make it more widely usable, and another to help regulate some negative side effects of the new global economy. Today, most existing industrial*

de archivos y anécdotas, demuestran el gran impacto que en nuestra vida cotidiana ha tenido el establecimiento de normas privadas e informales y permite entender los grandes cambios en la economía global, trazando la evolución del sistema normativo a través del tiempo. Detallan que el establecimiento de normas se estableció en la década de 1880, cuando los ingenieros trataron de demostrar su condición de profesionales mediante la creación de normas útiles que fueran ampliamente adoptadas por los fabricantes, al tiempo que satisfacían a los clientes corporativos. Yates y Murphy explican cómo los procesos de estos ingenieros proporcionaron una manera adecuada de establecer estándares que habrían tardado mucho más tiempo en emerger del mercado y que, además, los Gobiernos estaban poco dispuestos a establecer. En la década de 1920, estos estandarizadores o normalizadores comenzaron a pensar en sí mismos como críticos para la prosperidad global y la paz mundial. Después de la Segunda Guerra Mundial, los estandarizadores traspasaron las divisiones de la Guerra Fría para crear estándares que hicieron posible la economía global. Por último, Yates y Murphy revelan cómo, desde 1990, una nueva generación de estandarizadores se ha centrado en apoyar a Internet y a la Web, aplicando el mismo proceso de establecimiento de normas para regular los posibles daños sociales y ambientales derivados de una economía cada vez más global.

Es esta nueva concepción la que ha generado un creciente interés, tanto en el ámbito del derecho, como en los politólogos, analizando este fenómeno del soft law y de los efectos que tiene. No cabe duda de que esta ley suave o soft law, como lo queramos llamar, encuentra un especial desarrollo en el marco del entorno global en el que nos encontramos y especialmente en el seno de las denominadas “meta-organizaciones” (entendiendo por éstas, aquellas en engloban a diferentes países con la consecución de fines diversos). En este contexto, la ley suave acepta múltiples definiciones, en función del contenido y protagonismo que la misma tiene con respecto del concepto de legislación ordinaria. De esta forma, y comenzando por uno de los extremos, ley suave sería aquélla que se emite por aquellos que no

standards, as well as many significant social, environmental, and service-sector standards, have been set through this process. Its effects are ubiquitous, critically important, and all but invisible”.

tienen derecho a emitir la ley en sentido tradicional o, que aun teniendo este derecho, prefiere no ejercerlo²⁰⁶.

En esta concepción, la ley suave ha de ser interpretada, necesariamente, con una vinculación al concepto de organización y de regla. Las organizaciones formales son, en este sentido, sistemas de coordinación en los que hay unos mecanismos de decisión, tanto para el establecimiento de la normativa aplicable como de los instrumentos para vigilar su debido cumplimiento. Esta autoridad o jerarquía es un elemento fundamental de esta concepción. Ahora bien, la pregunta que nos debemos hacer es la siguiente: ¿qué fue primero la autoridad que buscó mediante el sistema normativo la legitimación y el orden para imponer su voluntad o la voluntad de los ciudadanos en el ámbito de un sistema democrático? O, ¿fue primero el establecimiento de un sistema normativo del que se derivó con posterioridad la autoridad para aplicar la norma? En mi opinión, no tengo la más mínima duda de que entre estas dos alternativas es la primera la que responde de una manera más fehaciente a la realidad social, política y cultural de los pueblos. De esta forma, la gestión mediante reglas es una de las maneras de control indirecto que se establecen por aquéllos que pretenden el ejercicio de la autoridad. Las reglas se establecen antes de que se realicen las acciones que se desean controlar²⁰⁷.

Bajo esta perspectiva, sería la gerencia de las organizaciones la que formula las reglas con arreglo a las cuales se va a regir la organización y, con su desarrollo, se va a legitimar el ejercicio de su autoridad. La evolución histórica y sociológica de este proceso ha devenido en el nuevo modelo democrático, en el que son los ciudadanos - a través de sus legítimos representantes - los que establecen indirectamente estas normas. Pero creo que nadie podría dudar de que el origen de todo ello no está sino en la propia conformación de los Estados y en la centralización del poder de los mismos.

²⁰⁶ En este sentido Ahme, G & Brunsson, N. (2005). La regulación suave desde una perspectiva organizacional. *Gestión y Política Pública*, pp. 527-555.

²⁰⁷ Galbraith, J. (1973). *Designing Complex Organizations*. (1ª ed.). Boston: Addison-Wesley Longman

Hemos manifestado en apartados anteriores que el soft law o derecho en formación es un derecho experimental, una fase previa al derecho propiamente dicho, sin que esté sometido al rigor y formalidades de la norma jurídica.

Sin embargo, es preciso realizar una delimitación conceptual al objeto de no incurrir en una confusión y mezclar el soft law de lo que son los tratos preliminares o acuerdos preparatorios de la celebración de los contratos. Es muy abundante la doctrina jurídica que se ha elaborado en torno a estos tratos preparatorios y los efectos que de ellos se derivan. Por ello, no es mi objetivo o intención profundizar en ese detalle: se trata tan solo de hacer una matización conceptual al objeto de no confundir unos y a otro.

De sobra es conocido que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, cuando concurre conjuntamente la voluntad de ambas y existe conformidad respecto de la cosa o materia objeto del contrato. No cabe duda de que a partir de ese momento es cuando el contrato nace a la vida jurídica (salvo que existan condiciones suspensivas que lo demoren) y que, a partir de ese momento, existe una regulación detallada y minuciosa de los efectos de este contrato.

La doctrina suele diferenciar dos fases en el proceso de formación de los contratos: por un lado, los contactos iniciales, tratos preliminares o tratativas; y, en segundo lugar, la prestación del consentimiento propiamente dicho, una vez que concurren la oferta y la aceptación sobre ésta. Estas dos fases pueden perfectamente, y en muchas ocasiones así acontece, simultanearse en el tiempo de tal forma que el contrato se perfecciona y cierra en ese mismo instante. En otras ocasiones, el proceso se demora bastante tiempo, durante el cual las partes intercambian con tasaciones, opciones o valoraciones sobre las materias que han de ser objeto de la contratación. Es en estas últimas, en puridad, estamos hablando de acuerdos preliminares celebrados por las partes al objeto de concluir o perfeccionar un contrato.

El proceso de formación del contrato es, en muchas ocasiones, extremadamente complejo²⁰⁸. Ello redundará en la prolongación del período de negociación de las

²⁰⁸ En este sentido, Aznar Giner, E. (2010). *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*. (1ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanch: "Las negociaciones previas entre las partes del futuro contrato ocupan una importante posición

partes (oferente y ofertante) y en la consiguiente complejidad jurídica a las que estas intervenciones pueden dar lugar. La casuística en estos casos es muy variada y, tal y como veremos con posterioridad, el propio desarrollo de la actividad empresarial y mercantil ha derivado en una multiplicidad de instrumentos jurídicos con diferente fuerza vinculante.

Pero, previamente a entrar en el análisis de estas diferentes modalidades, debemos plasmar también la discrepancia respecto de todos aquéllos que identifican o engloban genéricamente los tratos o acuerdos preliminares, sin establecer la debida separación con lo que son meramente acuerdos parciales. De esta forma mientras los primeros son un intercambio de ideas y opiniones previas a la formulación de una propuesta en sentido técnico-jurídico; los acuerdos parciales, como su propio nombre indican, suponen un plus respecto de aquéllos, y significa el consentimiento mutuo de las partes sobre uno o parte del proceso concreto de negociación de las partes. Podemos decir, por ello, que en el primero de los casos nos encontramos ante unos contactos previos para cerrar el todo, mientras que en el segundo hablamos de acuerdos de una parte del todo.

Delimitado esto, y con ello retomamos la línea argumental que llevábamos, dentro de los tratos preliminares y el desarrollo que la practica ha llevado de éstos, nos encontramos con algunas manifestaciones de una extraordinaria eficacia y utilidad en el cada día más complejo tráfico mercantil. El primero de ellos lo constituye, sin duda, los denominados memorándum de entendimiento (*memorandum of understanding*). Se trata de un documento o acuerdo bilateral o multilateral que se suele utilizar cuando las partes tienen intención de llegar a un acuerdo, pero todavía están en una fase previa. Con este documento expresan una intención de emprender una línea de actuación en común y tratan de sentar las bases de lo que será el proceso de negociación. Podríamos decir que nos encontramos en una fase preparatoria de los acuerdos preliminares, o dicho de una forma más vulgar, en el previo de los previos. Lo que tradicionalmente se había venido conociendo como el acuerdo o pacto de caballeros ha derivado ahora en un documento o instrumento

en el "iter contractual", siendo un evidente elemento tendente a su formación. En la "praxis" habitual, no hay contrato en el que las partes, antes de su conclusión, "hablen", "discutan", "ajusten". Sin embargo, nuestro Código Civil, al igual que ocurre en la mayoría de sistemas jurídicos, no dedica norma alguna relativa a tal materia".

jurídico que está adquiriendo una gran relevancia en el tráfico mercantil y a cuyos efectos jurídicos volveremos más adelante²⁰⁹.

Otro ejemplo de estos instrumentos previos de negociación que tampoco debemos confundir con los tratos o acuerdos preliminares, son las *comfort letters*. En este caso no estamos ante un instrumento preparatorio de un contrato, sino más bien un instrumento jurídico con entidad propia y cuya finalidad está claramente delimitada en la práctica internacional: obtener con carácter previo a la celebración de un acuerdo o contrato de una sociedad, el adecuado confort de su matriz o de otra sociedad relacionada con ella. Como decía, este instrumento se utiliza mucho en la práctica anglosajona, sobre todo en las fases de concesión de créditos o préstamos, en las que se exige el aval o garantía de la sociedad matriz con carácter previo a un préstamo a una sociedad filial dependiente de ella. Se trata, por tanto, de un contrato previo o un documento previo al principal, pero no preparatorio de aquel²¹⁰.

²⁰⁹ Un buen conjunto de ejemplos de MoU puede verse en <http://legal.un.org/ola/Default.aspx>.

²¹⁰ En este sentido, en el marco de grupos de empresas es muy frecuente que las entidades financiadoras de las sociedades filiales soliciten como condición para acceder al otorgamiento del crédito, además de garantías sobre los activos de la propia filial, un compromiso de la matriz de apoyo financiero instrumentado a través de *comfort letters* o cartas de patrocinio. Las *comfort letters* son una institución no regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han venido configurando los elementos esenciales de esta figura desde el año 1985, en el que por primera vez se reconoció su validez por los tribunales. La determinación concreta del alcance de las obligaciones contraídas por el emisor de la carta (la sociedad matriz) frente a su destinatario (las entidades financieras) debe hacerse necesariamente caso por caso. En este sentido, pese a que la jurisprudencia que se ha ocupado de esta cuestión es escasa, en los últimos años ha elaborado una doctrina que distingue dos clases de cartas de patrocinio en función de las obligaciones que generen: las cartas fuertes y las cartas débiles. En las cartas débiles, la matriz se limita a realizar manifestaciones sobre la confianza en la gestión y solvencia de la filial financiada, sin que asuma ninguna obligación de carácter económico ni de ningún otro tipo. En definitiva, se trata de documentos en los que el emisor expresa que la filial pertenece a su grupo y que es gestionada conforme a una política común. Estas cartas débiles, por tanto, no permiten a las entidades financieras dirigirse contra la matriz en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por su filial "patrocinada". Por su parte, las cartas fuertes sí que constituyen una auténtica asunción de obligaciones de la matriz frente a las entidades financieras. En particular, existen cuatro obligaciones típicas asumidas por los emisores de las *comfort letters*: compromiso de permanencia en el capital social de la filial, compromiso de mantenimiento de la representación en el órgano de administración de la filial, obligación de aportar fondos a la filial para atender el servicio de la deuda y otorgamiento, en su caso, de garantías adicionales. La jurisprudencia (STS 4-11-2007) entiende que, con carácter general, no puede presumirse que las cartas de patrocinio generen obligaciones para su emisor, por lo que, salvo que se cumplan una serie de presupuestos, la carta emitida tendrá la consideración de carta débil. Para que la carta pueda ser calificada como fuerte, los tribunales vienen exigiendo una serie de requisitos. En primer lugar, debe contener de forma inequívoca la intención de la matriz de obligarse a prestar su apoyo financiero (y, en su caso, de asumir cualquiera de las obligaciones antes indicadas) para que la financiada pueda hacer frente a sus compromisos. Adicionalmente, se exige que la emisión de la *comfort letter* haya sido un factor determinante para que las entidades financieras hayan accedido a la concesión de la financiación a la filial, de modo que sin la emisión de dicha carta no se hubiera aprobado la financiación. Por último, se requiere que la carta se otorgue en el seno de un grupo empresarial, es decir, que el emisor ostente una posición de control sobre la financiada, sin que en principio sea suficiente la mera tenencia de un porcentaje de su capital social.

Por último el derecho ha venido revelando desde el antiguo derecho romano los precontratos²¹¹, que tampoco podemos confundir con los procesos previos de negociación y preparación de celebración de contratos. Los precontratos tienen una naturaleza contractual bien considerada y las partes resultan obligadas – tras su celebración - de acuerdo a la regulación concreta que la normativa recoge en cada caso. He aquí una diferencia esencial entre este instrumento y los tratos o acuerdos preliminares: éstos últimos no obligan a llegar a un contrato definitivo y, por regla general, la ruptura de las condiciones no conlleva al deber de indemnización.

Ahora bien, el hecho de que los tratos preliminares no constituyan un contrato, siquiera un precontrato, no quiere decir que sean absolutamente irrelevantes desde un plano jurídico, sino todo lo contrario: adquieren una consideración muy significativa como elemento de interpretación del contrato posterior que originan, así como también de la apreciación de los posibles vicios de los que pudiera adolecer; y, más importante aún, frente a una eventual situación de ruptura de aquéllos, podríamos hallarnos ante una fuente de responsabilidad.

Y es que, aun cuando los tratos preliminares no generan un vínculo jurídico entre las partes, lo cierto es que obligan en otro sentido, puesto que ya surgen en esta fase unos mínimos deberes para los eventuales contratantes derivados del principio genérico de la buena fe contractual, no sólo vigente en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales ya constituidas, sino también en la fase previa a la constitución de las mismas. Además, se erige en verdadero freno a una pretendida omnímoda libertad contractual que permitiera a las partes desistir de sus negociaciones, sin la obligación de concluir el contrato a propósito del cual negocian. Al amparo del principio de la buena fe contractual, así es como surgen algunos deberes que se hacen inherentes, tales como el deber de veracidad, el de lealtad, el de no mantener negociaciones paralelas o el deber de protección. Otra cuestión distinta resulta el carácter de la responsabilidad por inobservancia de alguno de estos deberes *-culpa in contrahendo-*, lo que en este momento y no sin dejar de reconocer su enorme interés, excede de nuestro tratamiento.

²¹¹ Marín Narros, H.D. (2011). El precontrato. En: *Estudio de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español*. (1ª ed.). Madrid: J.M. Bosch Editor.

Por otro lado, debemos destacar la diferencia o la relación que existe entre el derecho, duro o blando, y lo que son las reglas sociales de comportamiento²¹². En muchas ocasiones el soft law incluye dentro del mismo, en una acepción amplia de este, reglas o normas de comportamiento social que debemos diferenciar de aquellas otras que, bien por su extensión objetiva, por su relevancia práctica o por el ámbito de los sujetos que se encuentran concernidos por la misma, va a tener un mayor reflejo práctico, y, por ende, una mayor repercusión normativa. Desde este planteamiento del soft law en su acepción normativa, tiene una mayor relevancia como norma y como razón intrínseca de aplicación de la misma de lo que es una mera regla social de comportamiento. El criterio contrario nos llevaría a considerar que toda la regla social es soft law y, por consiguiente, que toda regla social es derecho. De esta manera, la transcendencia normativa del soft law lo debe situar en la frontera entre aquello que constituye una costumbre²¹³, un hábito o una mera regla social y aquello que tienen una transcendencia normativa (e incluso en algunos casos capacidad vinculante). La propia lectura de este postulado nos abre los ojos sobre la dificultad que en muchas ocasiones se produce para poder delimitar con claridad la frontera entre uno y otro. Para ello, en el enjuiciamiento de esta diferenciación adquiere un peso destacado la mayor o menor capacidad vinculante que la misma pueda desplegar. Así, la decisión sobre si estamos o no en presencia de un soft law y los efectos legales que del mismo pueda derivarse no puede responder, en modo alguno, a postulados o declaraciones apriorísticas que

²¹² Brunsson, Nils & Bengt Jacobsson. *A World of Standard*. Op. Citada.

²¹³ Aunque este no sea el lugar apropiado, conviene resaltar que el cristianismo mitigó la importancia de la costumbre, al usar de la ley con carácter preferente y rango superior, aunque reconoció la importancia de la misma, luego de la ley. Y el Derecho Canónico, aunque separó costumbre y tradición, dando a ésta un valor inamovible, reconoció las particularidades locales como medio de adecuación de aquélla hasta el punto de que con Gregorio IX, al asimilarse costumbre y prescripción, se le da valor incluso *contra legem*. Los postglosadores revitalizaron el valor de la costumbre; pero solamente la Escuela Histórica del Derecho la elevará a rango máximo, como expresión de la espontánea voluntad normativa popular (*volkgeist*). El *Código de las Siete Partidas* castellano la define a la *Costumbre* como: "derecho o fuero que no es escrito, el cual han usado los hombres luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas y en las razones por qué lo hicieron". En la actualidad, su valor normativo deriva del artículo 1.1 y 1.3 del Código Civil. Este último precepto determina que "La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre." A título de ejemplo pueden consultarse otros artículos del Código Civil que específicamente se refieren la costumbre como fuente del derecho, tales como los artículos 548, 570, 587, 590, 591, 1255, 1258, 1271, 1287, 1328, 1496, 1520, 1555.2.º, 1574, 1578, 1579, 1580, 1599, 1695.2.º, 1750, 1924.2.º B) y 1976.

pretendan definir de manera unívoca si estamos en presencia de uno o de otro, sino que tendrá que ser decidido caso por caso²¹⁴.

En ocasiones, y para facilitar esta diferenciación, los autores han utilizado un criterio consistente en delimitar en mayor y menor grado de “legalización” del soft law, en función de la relación que el mismo tenga sobre los niveles de obligación, precisión y delegación²¹⁵. Los niveles más altos de estos tres postulados implicarían que nos encontramos ante un derecho hard o normal, constituyendo la graduación de éstos el criterio que permitiría la transformación del hard en soft y del soft a mera regla de conducta. El problema es que creo este criterio sinceramente porta poco para la diferenciación de que estamos hablando, y que no evita en modo alguno que tengamos que seguir una diferenciación caso por caso al objeto de identificar ante qué tipología nos encontramos.

La compleja relación que se articula entre el soft y el hard law no puede ser considerada como una relación de exclusión. Entender que es posible un marco jurídico basado única y exclusivamente en normas blandas sería, a todas luces, una quimera. Es más, creo que la propia existencia del soft law se justifica siempre y cuando se fije un precedente de hard law que le sirva de sustento y base.

La propia configuración del soft law lo define como un esquema complementario que viene a rellenar la estructura del derecho tradicional, resolviendo con ellos los problemas de inmediatez y dando respuesta a las necesidades de un mundo cambiante y mutable como en el que nos encontramos. Algunos autores han justificado la existencia y aparición (o más bien el desarrollo del soft law) en las características del momento sociopolítico en el que nos encontramos y en una quiebra del modelo tradicional de derecho público que hemos venido defendiendo hasta ahora.

En este sentido el profesor José Esteve Pardo en el libro del profesor Daniel Sarmiento “El soft law administrativo”²¹⁶ señala que “*El soft law no desplazará ese sistema en el que nos desenvolvemos por la sencilla razón de que no puede vivir*

²¹⁴ Snyder, F. (1993) Soft Law and Institutional Practice in the European Community. En: *The Construction of Europe – Essays in honour of Emile Noel*. (1ª ed.). London: Kluwer Academic Publishers, pp. 197-225.

²¹⁵ Goldstein, J., Kahler, M., Keohane, R. & Slaughter, AM. (2000). Legalization and World Politics. *International Organization*, Vol. 54, Núm. 3, pp. 385-400.

²¹⁶ Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El Soft Law Administrativo*. Op. citada.

sin él. El soft law carece de vida propia, su existencia sólo se aplica en relación con el hard law y es desde éste como mejor se dimensiona su efectiva relevancia y significación. Podría entonces pensarse que el soft law es un derecho parasitario, que vive a expensas del hard law, situado bajo su cobertura, aprovechándose de su autoridad y alimentándose de sus derechos”.

Esta situación de ruptura viene motivada por la desaparición de los consensos tradicionales sobre los que se habría asentado hasta ahora el modelo tradicional de Estado decisorio. La vieja idea del contrato social por el cual los ciudadanos otorgan una cuota de representación a los órganos públicos se habría roto al ponerse de manifiesto la incapacidad de este sistema tradicional para resolver los problemas que hasta este momento se van produciendo.

Los ejemplos que podrían ilustrar esta teoría los encontramos tanto en el ámbito del derecho interno como en el ámbito del derecho internacional. Es más, la reciente situación de crisis económica que estamos viviendo, ha provocado como abordamos y analizamos en otras partes de este trabajo una multiplicidad de instituciones, conferencias, corporaciones, grupos, etc., que tratan de conformar estructuras para-administrativas con la finalidad de articular mecanismos de decisión más rápidos y ágiles que den respuesta inmediata a las necesidades acuciantes que se plantean en diferentes ámbitos de la realidad social. Como decíamos antes, la crisis económica es quizás el exponente más claro de esta situación, creándose grupos ad hoc tanto en el seno del tradicional G20 o de los países más industrializados de Europa o dentro de las propias fronteras nacionales, con la creación las conferencias de presidentes, de comunidades autónomas o grupos específicos que tratan de dar soluciones a los graves problemas que el nuevo contexto de crisis ha dejado sobre la mesa. A lo largo de este trabajo analizaremos algunas de esas estructuras y las consecuencias que las mismas han tenido. Sin embargo, dejamos formulada ahora una pregunta que posteriormente analizaremos en detalle: ¿cual es la fuerza vinculante de estos grupos y, por ende, su capacidad real para resolver y atajar los problemas a los que se enfrenta?

La fuerza consuetudinaria o voluntarista que genera la creación de estos grupos sirve tanto para su originación como para su extinción determinándose, de esta manera, que su eficacia queda directamente condicionada a la libérrima voluntad

de las partes integrantes para participar en ellas. En este sentido, los recientes ejemplos de declaraciones del Presidente de los EE.UU. sobre su participación o respeto en alguno de los grupos multilaterales en el que formaba parte y de los acuerdos en ella adoptados, dejan al descubierto la debilidad que estos modelos presentan²¹⁷.

El desarrollo del soft law en el derecho administrativo

Nos detendremos ahora en el ámbito en el cual el soft law desarrolla una mayor aplicación y si este es el derecho público o el derecho privado. Sobre ello, se ha defendido que la eficacia y propia existencia del soft law está vinculado a la propia existencia y configuración del derecho público, del aparato administrativo, fuera del cual el soft law tendría difícil cabida al entrar en los ámbitos de gestación de decisiones privadas²¹⁸.

Hay que reseñar que si en todas las ramas del ordenamiento jurídico se ha producido una proliferación de esta nueva normativa del soft law, podemos afirmar que en el ámbito del derecho administrativo no constituye para nada una excepción²¹⁹. Al contrario, es quizás en esta rama jurídica en la que por la especial complejidad de las relaciones sociales y económicas y por las nuevas funciones que tiene que asumir la administración, se produce una llamada cada vez más frecuente al uso de estas normativas.

La frase del profesor Otto Mayer *“frente al Derecho constitucional como algo mutable e inestable, el Derecho administrativo brillaba por su firmeza y*

²¹⁷Para todas las abundantes noticias sobre esta materia, sirva este ejemplo. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20190202/4657739335/especialidad-trump-bilateralismo-retirada-tratados-internacionales-estados-unidos.html>

²¹⁸ Véase el prólogo de Esteve Pardo, J. en el libro de Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El Soft Law Administrativo*. Op. citada, p. 17: *“Generalizando en extremo, puede decirse que la atención que desde la doctrina civilista se dispensa al soft law es limitada y sin un interés especial, por cuanto sus fórmulas de gestación privada – las de gestación pública, en el seno del apartado administrativo, obviamente no merecen su atención- pasan desapercibidas y confundidas con otras, como resultantes que son todas ellas de acuerdos y convenciones, respondiendo por tanto a los patrones y matrices comunes de derecho privado, especialmente en el fundamental capítulo de obligaciones y contratos que sería sin duda uno de los encuadres del soft law en el derecho administrativo; otra referencia habría que buscarla en una lectura actualizada de los usos y su significación en el sistema de fuentes que el Código Civil establece”*.

²¹⁹ En todo caso, quiero dejar claro que no podemos circunscribir el soft law única y exclusivamente a la esfera del derecho público. Son muchos los ejemplos del ámbito del derecho privado y con absoluto respeto al principio de la autonomía de la voluntad, en los que los ciudadanos individualmente considerados han ido estableciendo (a través de principios, contratos o acuerdos, o a través de exigencias tradicionales a las reguladas normalmente) y construyendo un cuerpo doctrinal cuyo reflejo se ha traducido en la conformación de un conjunto de normas de cuasi-obligado cumplimiento y que en muchas ocasiones se ha traducido en normas vinculantes. Son múltiples los ejemplos que en el derecho mercantil o del mercado de valores se pueden encontrar con estas características y que serán objeto de desarrollo posterior.

*seguridad*²²⁰ según la cual el elemento diferenciador de ambas normativas era la firmeza y seguridad, no puede por menos, que quedar desterrada en nuestros días. Cada vez son mayores los supuestos y los casos en los cuales es preciso el auxilio de elementos que den flexibilidad a esta normativa.

El profesor Martín-Retortillo en su trabajo *“El derecho administrativo ante la crisis”*²²¹ analiza esta evolución poniendo de manifiesto las diferentes circunstancias por las cuales el concepto tradicional de Estado tal y como lo veníamos entendiendo ha dado paso a unas nuevas fórmulas en la que trata de impulsar y mantener la defensa de unos principios esenciales para cuya garantía no tiene más remedio que recurrir a estas normas. *“Los Estados se han quedado pequeños para reaccionar ante determinadas actividades, evidenciándose cada vez más la necesidad de fórmulas y medidas de orden supranacional. Así, poner un par de ejemplos, la importante palanca que es hoy internet, necesita de fórmulas supranacionales para asegurar su funcionalidad, impidiendo, en cambio, que se convierta en una cueva de bandidos: bien por con es lo que se puede hacer al respecto desde el Estado nacional. Dígase lo mismo de lo decisivo que resulta para la defensa de la igualdad y de la solidaridad – para impedir la competencia abusiva, incluso-, una postura decidida frente a “los paraísos fiscales”. O lo mismo que para el control y supervisión de las grandes corporaciones supranacionales, etc.”*²²².

El profesor Martín-Retortillo considera que, sin duda como consecuencia de la aplicación de esta nueva dinámica creativa del derecho administrativo, *“se acabó la serenidad que el derecho administrativo producía”*. ¿Es este un signo de debilidad? ¿Constituye ello una situación en el que se perjudican los derechos de los administrados? O, por el contrario, ¿es este un mal menor e imprescindible para atender la complejidad de nuestro tiempo?

La contestación detallada a todas estas preguntas se realiza en diferentes apartados de este trabajo, lo que sí podemos completar aquí es lo que afirma el profesor Martínez-Retortillo en el sentido de que es imprescindible esta evolución del derecho administrativo para adaptarse a estas exigencias: *“En suma, es*

²²⁰ Cita de Otto Mayer dentro del artículo Martín-Retortillo Baquer. L. (2012) *El derecho administrativo ante la crisis*. Revista Española de Derecho Administrativo 157, págs 117-135.

²²¹ Véase Martín-Retortillo Baquer. L. *El derecho administrativo ante la crisis*. Op. citada.

²²² El profesor Retortillo se remite al profesor Cassese, S. (2006). *La globalización jurídica*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

evidente que el sistema administrativo está evolucionando de manera ininterrumpida, con crisis o sin ella, dada la necesidad de adaptar los conceptos y categorías a las nuevas aspiraciones y exigencias. Aparecen nuevos significados, se amenguan otros, a veces se paralizan para luego reaparecer, pesan sin falta las modas y los ejemplos foráneos, pero se puede concluir que el edificio permanece en su esencia. Lo que está muy lejos de los auspicios de los agoreros que anunciaban el fin del sistema). El Derecho administrativo se renueva y adquiere así nueva fuerza para afrontar los nuevos retos. Lo que significa que nuestras más importantes construcciones conceptuales, con las adaptaciones oportunas, siguen siendo válidas, y de enorme utilidad”²²³.

Esta fuente inspiradora del soft law en el seno del derecho administrativo se manifiesta como afirma el profesor Esteve en dos ámbitos: en primer lugar *ad-intra* al establecerse internamente dentro del derecho administrativo llamadas o referencias a normas flexibles o capacidad de autorregulación por parte de los particulares; y *ad-extra* cuando se produce su origen al margen del sistema, pero mediante una repetición de actos o actuaciones cuyo precedente y repetición acaba por convertirse en parte del propio derecho administrativo²²⁴.

Incluso el profesor Esteve afirma que la intensidad en la presencia del soft law se produce de una forma directamente proporcional a la vinculación del mismo a las normas de derecho estricto o hard law, al considerar que en esos ámbitos es donde la presencia del soft law es más acusada y donde constituye un complemento necesario que permita una mayor adecuación de las conductas y una mejor respuesta a los problemas suscitados. O también en el ámbito del “*ius puniendi*” es donde se produce un crecimiento más acusado del mismo²²⁵.

²²³ Véase Martín-Retortillo Baquer, L. *El derecho administrativo ante la crisis*. Op. Citada.

²²⁴ Véase el prólogo de Esteve Pardo, J. en el libro de Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El Soft Law Administrativo*. Op. citada, p. 17: “*Por lo demás, desde el derecho administrativo se pueden discernir dos especies de soft law atendiendo a su procedencia: la primera proviene de su propio sistema interno- con unos efectos que en ocasiones lo sobrepasarán y en otras no- y la segunda tiene su origen extramuros de ese sistema pero que perfectamente, como la práctica viene a poner de manifiesto, puede acabar por integrarse en él*”.

²²⁵ Véase el prólogo de Esteve Pardo, J. en el libro de Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El Soft Law Administrativo*. Op. citada, p. 21, “*Y si seguimos nuestro ascenso por la escala de dureza del derecho hasta situarnos en el ius puniendi (hardest law) nos percatamos que en esos ambientes el interés por el soft law es todavía más acusado, hasta hacerse patente un punto de inquietud y desconcierto. Es perfectamente explicable por cuanto en torno al derecho penal se ha desarrollado una rica y afinada dogmática, una red en la que sus logros conceptuales se entretajan con toda una serie de garantías formales, y que ahora se ve cruzada y horadada con cierta frecuencia por ciertas soluciones, determinaciones y referencias propias del soft law. Sobre todo en el caso de los delitos imprudentes en el seno de organizaciones cada vez más complejas, como puedan*

Y ello es así en la medida en la que para determinar la existencia de posibles incumplimientos o para afirmar sanciones de determinadas conductas, no se atiende a normas de estricto y obligado cumplimiento, sino a códigos de conducta o protocolos de actuación que permiten determinar y concretar los deberes exigibles a las personas en el ámbito concreto de su actividad. Esta relación determinaría que la presencia del soft law se produciría de una forma más intensa en tanto en cuanto se encuentre vinculado de forma directa al hard law. Y esta relación constituye el elemento calificador de la eficacia y utilidad del soft law como complemento de conductas punitivas.

Moviéndonos en este campo de sanciones, qué duda cabe de que uno de los temas más complejos es la vinculación de estas normas del derecho blando con las esencias del derecho administrativo o derecho punitivo cuya aplicación va a determinar el establecimiento de sanciones o medidas correctivas a los particulares, vinculándose ello a la mayor o menor legitimidad de sus fuentes creadoras. Pero esta es, sin duda, la propia raíz del problema que estamos analizando y el elemento común de discrepancia y/o aceptación como integrante de las fuentes del ordenamiento jurídico. En un sistema completo y con pluralidad de ordenamientos jurídicos como el que vivimos, la combinación de ambos tipos de normas constituye el elemento esencial para poder dar respuesta a las necesidades que se plantean. Si bien es cierto que en un primer momento el soft law se identificó con medidas o ámbitos internacionales, lo cierto es que en la actualidad se ha expandido de una manera considerable en el seno del derecho interno y ha adquirido legitimidad suficiente para sustentar decisiones y pautas de conducta en dicho ámbito.

Esta expansión en el ámbito del derecho interno se justifica fundamentalmente en la idea - y permítaseme el símil - de que el tradicional traje que se había venido tejiendo para el viejo Estado-nación ha reventado por varias de sus costuras, fundamentalmente por las consecuencias derivadas de vivir en un mundo abierto y

ser las empresas o las administraciones públicas, o en los delitos de peligro que pueden producirse en el poderoso tejido industrial y tecnológico del que nos hemos dotado, las referencias que se ofrecen desde el soft law – protocolos de actuación profesional, normas técnicas, códigos de conductas y buenas prácticas, instrumentos que describen estándares de conducta- pueden resultar determinantes para la configuración del tipo y sus elementos, especialmente en la determinación y concreción de los deberes exigibles a las personas que intervienen en la producción de un resultado, o de un peligro como es el caso de ciertos delitos vinculados al manejo del aparato tecnológico cuando exhibe un fuerte potencial de riesgo.”

mucho más global, en el que las viejas fronteras en el sentido puramente más tradicional han desaparecido y los destinatarios de las normas no son como antiguamente los ciudadanos de un Estado demarcado por un territorio, sino que son los habitantes de una demarcación indefinida, que realizan transacciones sin tener en cuenta sus fronteras. Ante esta situación, parece evidente que la capacidad tradicional del Estado para establecer normas, exigir su cumplimiento y enjuiciarlas se encuentra notablemente limitado²²⁶.

A su vez, y de forma paralela a este proceso de pérdida de vigencia del modelo tradicional de Estado, hay que señalar los intensos procesos de descentralización y de concentración de poder que se han producido en muchos ordenamientos, provocando una modificación del sistema de fuentes normativas que hasta este momento había predominado. Es indudable que un ejemplo paradigmático de esta situación es la que estamos viviendo en España, en donde el Estado o la Administración central están sometidas desde hace tiempo a dos fuerzas contrapuestas pero que van en la misma dirección: la pérdida paulatina de la capacidad de decisión respecto de algunos asuntos. Me explico, el proceso de descentralización administrativa que se ha llevado a cabo en España a raíz de la aprobación de la Constitución de 1978 ha dado lugar, después de más de 40 años de su aprobación, a uno de los modelos o sistemas de organización política más descentralizados del mundo, en donde coexisten junto a la Administración central, una pluralidad de Administraciones regionales cuyas competencias y capacidad de decisión han ido aumentando a lo largo de los años²²⁷.

Paralelamente a este proceso, y como consecuencia de su incorporación a la entonces Comunidad Económica Europea de 1986, el Reino de España ha ido

²²⁶ Véase el trabajo del profesor Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El Soft Law Administrativo*. Op. Citada, p. 22: "El legislador sólo resulta que, en su territorio, y ni siquiera goza de buenos reflejos a la hora de actuar en un contexto que requiere, como premisa una gran celeridad en la toma de decisiones. El mismo enquilosamiento vive el poder judicial, aplicando un ordenamiento no siempre adaptado a la realidad social, pero tampoco acostumbrado a manejar normas atípicas, procedentes del extranjero, de la órbita internacional o del mundo privado. La capacidad del Estado para hacer normas y posteriormente aplicarlas, acaba inevitablemente condenada a la frustración. Un estado de ánimo en el que actualmente nos encontramos, ya sea de forma consciente o inconsciente".

²²⁷ Véase el trabajo del profesor Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El Soft Law Administrativo*. Op. Citada, p. 34: "Los procesos de descentralización en aras del principio democrático han provocado una polarización de los sistemas de fuentes, con la aparición de nuevos actores territoriales en Estados tradicionalmente centralizados. Un proceso justamente inverso al vivido con la creación de organizaciones de integración económica, donde los Estados se ha desprovisto de sectores de regulación, con el fin de adaptarse a las exigencias de un mundo globalizado".

cediendo parcelas de competencia en aras del proceso de construcción europea para permitir una uniformización de la normativa y trasladando el eje de decisión de Madrid a Bruselas.

En este contexto, resulta evidente que el modelo tradicional de fuentes del derecho administrativo debe variar y debe responder con inteligencia y decisión a los nuevos retos planteados con el fin de evitar que se produzca un abismo regulatorio entre la realidad social y las normas que tratan de regularlo.

Se trata de un momento histórico en el que están puestos en tela de juicio los principios esenciales que han conformado el Estado moderno y sobre cuya base se ha venido construyendo el complejo edificio administrativo. La evolución de los Estados democráticos occidentales, unido a la radical transformación que ha sufrido la realidad social en la última mitad del siglo XX, es lo que ha dado lugar a un momento histórico de transformación esencial, no solo en el ámbito del derecho, sino también en el económico, político y cultural.²²⁸

Este proceso de transformación, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros momentos históricos, adquiere una velocidad exponencial con el paso de los años y provoca que las realidades de hoy puedan ser absolutamente diferentes a las necesidades de mañana. El mundo y la sociedad cambiante en la que nos encontramos requieren instrumentos flexibles, ágiles e inmediatos para responder a esas necesidades. Como algunos autores mencionan, el Estado contemporáneo no ha envejecido bien²²⁹ y ha provocado que estos embates del cambio hayan afectado a los tres poderes tradicionales: el ejecutivo, el legislativo y judicial. El problema se ha agravado en estos últimos años como consecuencia de una creciente insatisfacción social hacia el grado de respuesta que los políticos, Administraciones públicas y estructuras tradicionales han dado a esta realidad cambiante, provocando la aparición de unos movimientos que argumentando la

²²⁸ Este tema ya lo abordada el profesor García Pelayo, M. (1981). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. (1ª ed.). Madrid: Alianza Universidad, p. 1593. “Es obvio que nos encontramos ante un momento histórico caracterizado por grandes transformaciones en distintos aspectos y sectores tales como el cultural, el económico, el social, el internacional, etcétera, transformaciones que son mucho más profundas que las grandes divisiones políticas del planeta en Estados capitalistas, neocapitalistas y socialistas o en países desarrollados y en tránsito al desarrollo, aunque, naturalmente, las mencionadas transformaciones tengan modalidades distintas en cada uno de los países y sistemas. Parece no menos claro que el Estado no podía escapar a esta fundamental transformación y que, con o sin revoluciones políticas violentas, la estructura y función estatales han de sufrir también las correspondientes mutaciones”.

²²⁹ En este sentido, véase Sarmiento Ramírez-Escudero, D. *El Soft Law Administrativo*. Op. citada.

necesidad de devolver el poder al pueblo, tratan de alterar la estructura tradicional hasta ahora existente.

Esta crisis que podemos denominar de los populismos es similar a la ya vivida en otro momento histórico con los totalitarismos. La Europa que se desangró en la primera mitad del siglo XX era una Europa desencantada con la evolución de su sistema político, puesto de manifiesto por una grave situación de crisis económica, lo que desencadenó la aparición de unos movimientos totalitarios en ambos extremos: el comunismo y el fascismo. Ambos compartían un mismo mensaje: la reacción totalitaria frente a los regímenes democráticos que habían fracasado en sus postulados y habían provocado una situación de pobreza y de crisis económica. La realidad de lo que ocurrió es de sobra conocida por todos y no vamos a detenernos aquí, pero parece evidente que ninguno de estos movimientos respondió ante las expectativas creadas y, lejos de resolver los problemas, los agravó.

Hoy nos encontramos de nuevo en una situación similar, con la aparición de los movimientos populistas, unos en el ámbito de la izquierda y otros en el ámbito de la derecha. Caracterizados por la crítica al sistema tradicional y al modelo que nos ha regido durante los últimos decenios, caracterizados por un discurso fácil y demagógico que les está dando muy buen resultado sobre todo en un contexto de graves crisis migratorias y problemas humanitarios. La realidad lo que pone de manifiesto es que cuando estos partidos toman el poder lejos de solventar los problemas tienden a agravarlos.

Autorregulación y derecho público

Ligado estrechamente al soft law o, mejor dicho, formando parte del mismo, se encuentra lo que se viene denominando tradicionalmente como la autorregulación. Podemos identificar ésta, como el fenómeno a través del cual las entidades o asociaciones de particulares proceden a la elaboración de normas propias que les serán de aplicación directamente a su ámbito concreto de actividad.

La autorregulación resulta de extremada complejidad en las relaciones sociales. Y lo que es importante analizar es cuales han sido los cauces a través de los cuales esta autorregulación se ha ido imponiendo y cuales son las relaciones mediante las

cuales se articulan con respecto al derecho tradicional. La autorregulación - su expansión o el desarrollo del soft law - no puede suponer, en modo alguno, una limitación a la configuración ordinaria de lo que es el Estado de Derecho o lo que es la posibilidad de revisión por parte de jueces y tribunales de las obligaciones que se imponen a los particulares. Este es un debate fundamental, por cuanto defender lo contrario supone que podemos encontrarnos con un efecto de dilución del Estado de Derecho como consecuencia de la aparición de estos nuevos fenómenos autorregulatorios o de normativa, al margen de los cauces de elaboración tradicionales.

Sobre la autorregulación, es especialmente interesante el libro de la profesora Darnacullea denominado "*Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*"²³⁰. El libro aborda un complejo estudio sobre las diferentes facetas y ámbitos en los que se produce el desarrollo de la autorregulación y, sin perjuicio del análisis o contenidos y extractos del libro que posteriormente mencionaremos,

²³⁰Darnacullea y Gardella, M.M. (2005). *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons: "El objeto de dicha obra es el análisis de la autorregulación regulada, es decir, el análisis de las normas y de los controles privados que poseen relevancia para el Derecho público. A pesar de su aparente desvinculación con el Derecho Administrativo, la autorregulación es una tendencia que se percibe cada vez con mayor nitidez; es, claramente, un fenómeno que se asocia principalmente al uso de nuevas tecnologías, pero que desborda con mucho este ámbito. La autorregulación es una noción directamente relacionada con la transformación de las formas de gobernanza impulsada desde la Unión Europea; es una nueva técnica o instrumento que las normas jurídico-públicas, a través de numerosas remisiones a la autorregulación, ponen en manos de la administración para gestionar los fines que ésta tiene encomendados. Existe, sin embargo, una clara disociación entre las esperanzas puestas en la autorregulación y la falta de respuestas que ofrece el derecho positivo. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia y de la legislación que utilizan la voz autorregulación me ha llegado a concluir que este vocablo es en nuestro ordenamiento, un término sin concepto. En esta fuente se asimila la autorregulación con la capacidad de autonormación de un sujeto. Es el derecho comunitario el que la autorregulación como una alternativa o un complemento a la desreglamentación estatal y como una manifestación de un traslado de funciones y responsabilidades públicas a la sociedad. Por influencia del Derecho comunitario, el legislador pretende, a través de la autorregulación, alcanzar dos finalidades aparentemente contradictorias: (a) facilitar la función de garante que tiene atribuida el Estado, mediante una intervención más extensa i más intensa en las actividades privadas; (b) hacer efectivo los objetos propuestos con la desregulación, mediante una contención del ejercicio de la potestad reglamentaria y una disminución de los controles, preventivos o represivos, realizados directamente por la Administración. Para salvar esta contradicción, es necesario que el legislador establezca una regulación adecuada de la autorregulación. Dicha regulación es, hoy por hoy, manifiestamente insuficiente. Deberían fijarse con carácter general y no sólo puntualmente y por sectores- las medidas adecuadas para el fomento de la autorregulación; los efectos públicos que ésta posee en cada caso y, significativamente, las garantías y controles necesarios para contrarrestar tales efectos. Esto es, los principios que rigen la actividad administrativa deberían ser aplicados también a la autorregulación en aquellos casos en los que sus diversas manifestaciones poseen efectos similares a los que son propios de los reglamentos, las inspecciones o las sanciones administrativas. Esta propuesta deja abierta la cuestión acerca de la incidencia recíproca de ambas técnicas; esto es, la incidencia de la regulación pública en la autorregulación de origen privado y, a la inversa, el impacto del desarrollo de la autorregulación regulada en el ejercicio de las potestades reglamentaria, autorizatoria, y sancionadora de la Administración. Esta cuestión sólo puede ser contestada hoy caso por caso, de modo que la respuesta es distinta si se analiza una norma técnica, un código ético, un manual de buenas prácticas, una certificación privada del cumplimiento de normas técnicas, el ejercicio de la potestad disciplinaria privada o el arbitraje. De lo que no cabe duda alguna es que ni la autorregulación es sólo una actividad de interés privado, ni la regulación pública conserva hoy sus rasgos tradicionales".

quiero detenerme en el prólogo del mismo, elaborado por parte del profesor Esteve Pardo.

En dicho prólogo, el profesor Pardo realiza en apenas una veintena de páginas, un resumen de las principales características del fenómeno de la regulación y de los principales elementos configuradores del mismo, de las razones y motivos por el cual se ha venido desarrollando y de los riesgos que ello conlleva. Afirma el profesor Pardo que *“La autorregulación es hoy un fenómeno pujante, agresivo en ocasiones que contiene elementos muy positivos y dinamizadores pero que encierra también una tendencia expansiva puede ser disolvente”*²³¹.

En esta frase sintetiza el desarrollo que realiza posteriormente respecto de este fenómeno de la autorregulación. Se trata de un fenómeno pujante, que se está desarrollando con fuerza en los últimos tiempos y de un fenómeno agresivo, que va expandiéndose por los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico o de las relaciones sociales; agresivo en ocasiones con demasía por cuanto supone un riesgo también respecto de la propia configuración tradicional del Estado de derecho. Pero, sin embargo, también es un elemento que tiene unos efectos muy positivos y dinamizadores, que van a servir para darle una mayor agilidad al ámbito de las relaciones sociales y al ámbito de la complejidad socioeconómica que encontramos en el mundo actual.

Es evidente, que la aparición de este fenómeno regulatorio o manifestación del soft law requiere de un análisis de criterios absolutamente diferentes a los esquemas y modelos tradicionales. La esencia o característica de la autorregulación es que responde a unos estándares de funcionamiento absolutamente diferentes a lo que ha sido el modelo tradicional, funciona extramuros del sistema jurídico y extramuros, por tanto, de lo que son los cauces ordinarios de aprobación de las normas. El germen o el origen de la autorregulación están fundamentalmente en el ámbito de la sociedad. Luego veremos al detalle cuales son las causas o los motivos por los cuales la sociedad se autorregula. En unos casos, será como consecuencia de la falta de capacidad o de inmediatez o de respuesta por parte de las Administraciones públicas; pero en otros muchos, la causa es la necesidad que

²³¹ Ver prólogo de Esteve Pardo, J. en el libro *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*, Op. citada

ellos mismos tienen de dotarse de un sistema propio, con independencia del sistema tradicional administrativo o legislación tradicional, al objeto de dar mayor seguridad a sus relaciones jurídicas. En todo caso, lo que sí está claro es que ha sido la propia sociedad la que ha generado estos poderes que van más allá de los poderes estatales y que tienden a ocupar unos espacios cada vez más importantes.

Especialmente destacado, como señala el profesor Esteve, es en el ámbito de los medios de comunicación, de la calidad, de la seguridad industrial, de la ciencia o de las sociedades cotizadas. En definitiva, hoy en día es difícil configurar o identificar ciertos ámbitos sin esta presencia de la autorregulación: *“Es así como en la propia sociedad se han gestado unos formidables poderes que tienden a operar más allá de las estructuras estatales, o prescindiendo de ellas, en espacios tan relevantes y estratégicos como son la comunicación y sus medios, la calidad y seguridad industrial, la ciencia e investigación, las sociedades cotizadas, la publicidad, etc. Espacios, como es fácil, comprender, particularmente sensibles por la presencia en ellos de valores, derechos e intereses dignos de protección o de atención cuando menos”*²³².

Qué duda cabe que en la medida en que la autorregulación nace en el seno de la propia sociedad y al margen de la regulación jurídica tradicional y de los cauces ordinarios de elaboración y proclamación de las normas, se produce una cierta reacción de prudencia y cautela - como señala el profesor Esteve - respecto quién es este nuevo poder que surge con capacidad normativa propia. Este poder surge de la propia sociedad para ejercer sobre una poderosa sociedad o sector privado que amenaza en algunos frentes con disolver las referencias y garantías trabajosamente elaboradas a lo largo de los años, para darle legitimidad a las suyas, para darle legitimidad al ordenamiento. En fin, surge como propia reacción frente a esos poderes desorbitantes que se vienen ejerciendo por algunos ámbitos sociales.

Creo que ya ha quedado claro que en el marco de las propias complejidades sociales y de las relaciones jurídicas, la propia idea de un mundo abierto y sin fronteras, genera unas nuevas relaciones jurídicas que son difíciles de atender a

²³² Ver prólogo de Esteve Pardo, J. en el libro *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*. Op. citada. p. 17.

través de los medios tradicionales. Sin embargo, como indica el profesor Esteve, paradójicamente la autorregulación no responde al impulso desregulador como la contraria pretensión de ofrecer una regulación más rigurosa, vertical y adentrándose en el núcleo duro del problema. Es decir, en muchas ocasiones y cada vez más lo estamos observando en la normativa actual, es la propia legislación la que hace una llamada a los sectores particulares para que ellos establezcan su propia regulación, estableciéndose parámetros normas o indicadores que posteriormente serán analizados. Sirva volver a referirme al ejemplo de la obra de Yates y Murphy, "*Engineering rules: Global standard setting since 1880*"²³³, que demuestran el impacto que en nuestra vida cotidiana ha tenido el establecimiento de normas privadas e informales y permite entender los grandes cambios en la economía global.

Veremos en otros apartados de este trabajo cuales son los controles o mecanismos de revisión jurídica que se podrán realizar respecto de estas "llamadas" que realiza el sector público para la regulación por medio de los particulares. Sin embargo, debemos advertir de un posible riesgo que se produce cuando en el ámbito de la autorregulación, cuando en el ámbito de la aplicación de este tipo de soft law, se realiza una excesiva llamada a estas normas blandas o más bien a que sean los propios destinatarios de las normas los que establezcan su regulación. Ello podría provocar, lógicamente, que aquéllos tiendan a establecer unos criterios excesivamente flexibles o unas normas excesivamente adaptadas a sus propios intereses, con lo que la autorregulación perdería completamente su finalidad. Pensemos, por ejemplo, en el ámbito de temas de contaminantes o pensemos en el propio ámbito de los propios medios de comunicación social o de cualquier otro sector o ámbito social con intereses económicos fuertes. Es preciso, por ello, que se articulen los mecanismos adecuados de relación entre estas normas nacidas de la propia esencia de la sociedad, de los propios grupos de interés o de los propios sectores económicos afectados con los Tribunales y órganos judiciales encargados de resolver, analizar y neutralizar estos posibles efectos. De lo contrario, estaríamos ante normas de parte, que evidentemente no cumplirían la finalidad que

²³³ Yates, J. & Murphy, C. *Engineering Rules: Global Standard Setting since 1880*. Op. citada.

se persigue de establecer una regulación, sino de establecer una tutela individualizada y perjudicial en muchas ocasiones para los intereses generales.

El fenómeno de la autorregulación se ha producido en todos los ámbitos del derecho. Al igual que el soft law se está extendiendo de manera generalizada en todos los ámbitos del derecho- tanto del derecho público como del derecho privado - la autorregulación ha tenido un mayor desarrollo en aquellas áreas que tienen una mayor esencia del carácter constitutivo de la autorregulación. Es decir, si la autorregulación tiene su origen fundamentalmente en el ámbito de las relaciones de la sociedad, de los sistemas sociales que se van creando al margen de lo que es la estructura ordinaria del Estado, es aquí precisamente, donde mayores elementos configuradores se producen para la aparición del fenómeno de la autorregulación. La circunstancia de los últimos años, ocasionada principalmente como consecuencia de la brutal crisis económica que hemos estado viviendo, ha provocado una mayor proliferación si cabe en el ámbito económico del sector de la autorregulación. Y en muchas ocasiones las llamadas a la configuración de esta autorregulación se producen directamente por parte de las normas del derecho positivo, por parte del propio Estado o de la propia Administración, estableciéndose, no una sanción jurídica tradicional (como puede ser una multa, o una penalidad) sino una sanción social o una sanción de prestigio, o una sanción de reputación o, sobre todo y lo que es más terrible en el ámbito económico financiero, una sanción de credibilidad en el mercado.

Por ello, las zonas en donde se ha producido la confluencia de estas fuerzas sociales generadoras de normativas donde ordinariamente operan Administraciones independientes, son en el ámbito económico, en el ámbito de las grandes complejidades técnicas que requieren una mayor aportación por parte de los expertos internos de la propia ciencia y también, como señala el profesor Esteve, en el ámbito de los derechos fundamentales. En estos casos, la regulación se produce normalmente cuando sobre ellos existe una cierta duda, una cierta complejidad respecto de la necesaria configuración normativa o necesaria resolución de algunos de los problemas que a ellos se le han planteado. Normalmente, señala el profesor Esteve, esta complejidad es de carácter ético. Las complejidades o las cuestiones que se plantean más allá de las normas se refieren

a situaciones particulares con una problemática propia y, en estos casos, es necesario adaptarse a la realidad, resolver de la mejor manera posible y, en la medida de lo posible, respetando y aplicando las pautas del derecho positivo a aquellos casos y aquellos problemas que se hayan planteado.

Evidentemente mención especial merece la economía, cuya complejidad tiende al infinito, como las propias fórmulas matemáticas tan usadas en esa ciencia. La economía se ha convertido en el vector que ha movido la sociedad en los últimos años y, desgraciadamente, se ha configurado como nuestro acompañante permanente en el desarrollo de nuestra vida social. El mercado, su desarrollo, la complejidad de las relaciones a las que ha dado lugar y la inexistencia de las fronteras han exigido un despliegue y un plus de actividad por parte de los reguladores o por parte de los propios afectados al objeto de dar solución y respuesta inmediata, segura y fiable a los grandes desafíos que se han ido planteando en la actividad económica. El sistema financiero (y, en concreto, el sistema bursátil, está sometido a unas estrictas normas del mercado y a unas fórmulas de autorregulación muy exigentes que van encaminadas a generar y transmitir confianza a los inversores. La economía, en tanto en cuanto tiene por objeto el flujo ordinario de los recursos económicos necesarios para satisfacer las necesidades de los ciudadanos y de los pueblos, necesita como materia prima fundamental la financiación. Esta financiación, es propia o ajena, pero en todo caso, lo que necesita es la esencia de la confianza, y la esencia de la confianza requiere comportamientos éticos. Uno de los elementos que ha provocado mayor modificación y transformación se refiere fundamentalmente a los compromisos del buen gobierno.

Aunque se tratará más adelante, en el tema del buen gobierno, sí me voy a permitir hacer una pequeña diserción sobre el paso más allá que se ha producido en los últimos años relativo a la autorregulación y al buen gobierno. El buen gobierno²³⁴

²³⁴ De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Gobierno Corporativo es el conjunto de "Procedimientos y procesos con arreglo a los cuales una organización es dirigida y controlada. La estructura de Gobierno Corporativo especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes de la organización —como el consejo de administración, los gestores, los accionistas y los otros grupos de interés— y establece las reglas y los procedimientos para la toma de decisiones". Entre otros muchos autores que han definido el concepto de Gobierno Corporativo, cabe mencionar a Freeman R. E. (1983). Stockholders and stakeholders: a new perspective on corporate governance. *California Management Review*, Núm. 25, pp. 88-106; Keasey, K. & Wright, M. (1993). Issues in corporate accountability and governance: An editorial. *Accounting and Business Research*, Núm. 23, pp. 291-

de las sociedades, especialmente el de las sociedades cotizadas, es una constante que se había venido aplicando en los últimos años y que había venido siendo exigida a las sociedades cotizadas. Qué duda cabe que los acontecimientos a los que nos hemos enfrentado en estos últimos decenios han provocado un asentamiento definitivo de las normas del buen gobierno corporativo. Hoy nadie duda de la necesidad de tener un impecable buen gobierno. El buen gobierno ha sido uno de los claros ejemplos en los que se ha producido primero una incorporación de las normas por medio de un derecho blando, por medio del soft law, por medio de unos códigos de autorregulación; en definitiva, por medio de unas autolimitaciones que los operadores jurídicos han decidido imponerse para dar paso posteriormente, y como consecuencia de las propias exigencias del mercado, a su inclusión en la propia normativa positiva.

Y, ¿por qué se ha producido este fenómeno de pasar de un soft law a un hard law? Son muchas las explicaciones que están dando los autores y los mercantilistas. En mi opinión, el efecto fundamental es la prueba de los efectos beneficiosos que ha tenido el hecho de aquellas empresas que han tenido un buen gobierno corporativo en comparación con las otras que no lo han tenido. Una de las grandes características que ha imperado durante estos últimos años como consecuencia de la crisis económica y de las grandes debacles que se han producido en algunas de las empresas, ha tenido como consecuencia poner de manifiesto que la gestión que habían venido realizando los responsables de esas empresas no había respondido siempre a unos criterios éticos y profesionales. Como consecuencia de ello, se habrían ocasionado esos quebrantos y esas situaciones desagradables de falta de fondos para retribuir, no ya al accionista, sino para atender a sus más imperiosas necesidades financieras. Esta falta de adecuación a los parámetros y exigencias de buen gobierno es lo que se ha puesto de manifiesto y ha provocado que lo que era anteriormente una mera recomendación, pase a incorporarse en la normativa como derecho positivo obligatorio para todos los destinatarios de ésta. Se trata, por tanto, de un buen ejemplo paradigmático pero muy útil en el cual el soft law ha

303; La Porta, R., López De Silanes, F., Shleifer, A. & Vishny, R. (2002). Investor protection and corporate valuation. *Journal of Finance*, Núm. 52, pp. 1147-1170; y Hopt, K. (2011). Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation. *European Corporate Governance Institute: Law Working Paper*, Núm. 170/2011.

ayudado y ha conformado un hard law, que transforma el funcionamiento ordinario de las sociedades mercantiles.

Pero junto al gobierno corporativo estrictamente considerado como normas de buena gobernanza se ha producido un paso más, que es la normativa de compliance²³⁵. El establecimiento obligatorio por parte de las sociedades de un complejo sistema de compliance que permita establecer controles respecto de la conducta penal, respecto de posibles indicios de criminalidad, de las posibles anomalías dentro de la gestión de la sociedad es un plus que, en la actualidad, se está exigiendo con una virulencia brutal en todas las sociedades cotizadas y no cotizadas. En este caso, qué duda cabe de que el hecho de la reforma legal en España acontecida de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas²³⁶ ha ayudado notablemente al influjo e incorporación de estas materias

²³⁵ En esta materia la bibliografía es muy prolífica. Baste reseñar algunos ejemplos de consulta: Abia González, R. & Dorado Herranz, G. (2017). *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento - Compliance management system*. (1ª ed.). Madrid: Aranzadi; Agencia Española de Protección de Datos. (2007). Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de whistleblowing). *Consulta Gabinete Jurídico* en <https://www.aepd.es/informes/historicos/2007-0128.pdf>; Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M., Perrino Pérez, A.L. (2016). *Derecho penal de las personas jurídicas*. (1ª ed.): Madrid: Dykinson; Alarcón Garrido, A. (2016). *Manual teórico - práctico del compliance officer*. (1ª ed.): Madrid: Sepin; Alonso Alonso, E. (2012). Los informes de cumplimiento normativo – Compliance. *Colección Cuadernos de derecho para ingenieros*, Vol. 14; Alonso de Escamilla, A. (2014). La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. Una aproximación desde la perspectiva del compliance. En *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*. (1ª ed.) Madrid: Thomson-Reuters-Aranzadi; Álvarez Viñuela, J. (2016). La figura del Compliance officer en las Pymes. En: <https://www.abogacia.es/2016/10/27/la-figura-del-compliance-officer-en-las-pymes/>; Armendariz León, C. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito de las primeras resoluciones del Tribunal Supremo. En: <https://hayderecho.expansion.com/2016/05/04/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-a-proposito-de-las-primeras-resoluciones-del-tribunal-supremo/>; Ayala de la Torre, José María (2016). *Claves prácticas: Compliance*. (2ª ed.). Madrid: Francis Lefebvre; Bacigalupo Sagesse, S. (2011). Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP). *Diario La Ley*, Núm. 7541; Bajo Albarracín, J.C. (2017). *Auditoría de sistemas de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. (1ª ed.). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi; Bajo Fernández, M. (2016). Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español. En *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (1ª ed.). Madrid: Civitas; Balcarce, F.I. & Berruezo, R. (2016). *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. (1ª ed.). Buenos Aires: B de F.; Boldova Pasamar, M. Á. (2013). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Globalización y Derecho Penal*. Vol. 33, pp 219-263; Bonatti Bonet, F. (2017). *Sistemas de Gestión de Compliance: Normas ISO y UNE 19601*. En *Memento Experto Francis Lefebvre*. (1ª ed.). Madrid: Francis Lefebvre; Camacho, M. A. & Uria, A. (2015). El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de corporate compliance de las personas jurídicas. *Diario La Ley*, Núm. 8542; y Carrau Criado, R. (2016). *Compliance para PYMES*. (1ª ed.). Madrid: Tirant Lo Blanch

²³⁶ Aquí de nuevo la bibliografía es prolífica. Así, véase ad exemplum, Muñoz Conde, F. (1977). La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles. *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 3, pp. 154; Bacigalupo Sagesse, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (1ª ed.). Madrid: Bosch; Bajo Fernández, M. (1978). *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. (1ª ed.). Madrid: Civitas; Barbero Santos, M. (1986). ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? *Doctrina Penal*, Núm. 35, pp. 404-406; Silva Sánchez, J.M. (1995). Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane. En: *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. (1ª ed.). Madrid: Heyman, Ruiz Vadillo, E. (1991). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 1, pp. 327-348; Militello, V. (1992). La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, pp. 101-117; Jescheck, L. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil.

del compliance como una exigencia ineludible que debe ser aplicada por las diferentes sociedades. Pero se ha producido un fenómeno curioso, por cuanto no ha existido una normativa específica de compliance que obligara a las sociedades a realizar o a actuar en un determinado sentido. Lo que se ha producido es una configuración de una posible responsabilidad penal y, en paralelo a ello, los propios operadores mercantiles han diseñado el mecanismo a través del cual debe configurarse la normativa de compliance, para prevenir esas conductas o esas responsabilidades penales. Junto a ello, en otros ámbitos como el bancario o el de seguros, la normativa de compliance sí que es mucho más estricta, fruto sin duda de los procesos de rescate bancario a los que hemos asistido en estos últimos años e inspirados y auspiciados por parte de la UE.

Junto a los espacios que hemos mencionado, podríamos señalar una tercera franja de expansión; franja que como señala el profesor Esteve en la introducción de la presentación del libro anteriormente mencionado es la relativa al “galopante desarrollo tecnológico”. Ello no es más que el reflejo de la teoría del riesgo, es decir, al producirse un incremento del riesgo tecnológico en determinadas actividades y la imposibilidad de controlarlo o establecerlo con carácter previo por parte de la Administración por no tener los medios, la capacidad, la inmediatez o la rapidez para responder a este avance tecnológico, se encomienda (se delega o se autoriza, son varias las fórmulas que se emplean) a las propias entidades u operadores el que establezcan ese sistema de control del riesgo tecnológico. En muchas ocasiones, dicho control se produce y debe reflejarse en una mejoría de la seguridad para los particulares, llámese ésta: seguridad alimentaria²³⁷, gestión de los riesgos ambientales o en la gestión de los riesgos industriales.

(4ª Ed.). Berlín: Duncker & Humblot; Wessels, J. (1990). *Strafrechts Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*. (1ª ed.). Colonia: Muller; Schönemann, B. (1995). Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus europäischer Sicht. En: *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. (1ª ed.). Madrid: Heyman; Heine, G. (1995). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. (1ª ed.). Frankfurt: Nomos: En una interpretación puramente jurídica, al hablar del empresario como persona, se prescinde del significado humano. Sin embargo, este aspecto tiene un significado relevante penalmente al hablar de riesgo en una empresa, Eidam, G. (2001). *Unternehmen und Strafe: Vorsorge- und Krisenmanagement*. (2ª ed.). Colonia: Carl Heymanns.

²³⁷ Según Esteve Pardo, J. en el prólogo del libro *Autorregulación y Derecho Público: “La autorregulación regulada*. Op. citada. y siguiendo el ejemplo de la seguridad alimentaria: “este es el objetivo de la trazabilidad, un principio que tiende a ocupar una posición central en el modelo de seguridad y gestión de riesgos en materia de alimentación que se impone desde el Derecho Europeo y que obliga a los agentes del sector a dotarse de fórmulas para obtener y transmitir la información necesaria. Es al respecto bien elocuente el Reglamento Europeo de Seguridad Alimentaria, cuando establece que “los explotadores de empresas alimentarias deberán poder identificar a cualquier persona que le haya suministrado un alimento, un pienso, un animal destinado a la producción de alimentos, o cualquier sustancia destinada a ser incorporada en un alimento, o con

Esto no quiere decir que estas normas de autorregulación nazcan como consecuencia de un proceso de delegación o de encomienda de gestión que se haya realizado directamente por parte de la Administración y que sólo en estos casos podamos hablar estrictamente de existencia de autorregulación. No, el origen de la autorregulación que hemos mencionado anteriormente y que conviene diferenciarla de otras figuras, está básicamente en la fuerza normativa creadora que surge dentro de los propios colectivos afectados. Son éstos - con independencia de tener o no un mandato o una delegación o una encomienda por parte de la Administración - quienes crean esa norma, provocando la aparición de ese conjunto normativo de aplicación cuyo fin es resolver los conflictos, los riesgos o los problemas que han aparecido en el ámbito del desarrollo normal de su actividad. Por ello, como afirma el profesor Esteve, los que promueven la autorregulación son los profesionales, los propios técnicos, los propios afectados, que fueron los que tienen que resolver sus propios problemas y son los primeros interesados en poder darle una solución: *“Los espacios en los que la autorregulación tiende a ganar dominio y protagonismo pueden perfectamente localizarse tomando como referencias de orientación las premisas que ya conocemos: si la autorregulación se gesta en la sociedad o, si se quiere, en los sistemas sociales extramuros del Estado, y sus efectos, al menos los de la autorregulación que nos interesa, se acaban sintiendo e incorporando en el interior de éste y su sistema jurídico, resulta claro que los espacios propios de la autorregulación tenderán a concentrarse en torno a la difusa línea de contacto, y relación por ello mismo más compleja, entre Estado y sociedad. Es precisamente en esa zona, sujeta a la constante reivindicación de estas dos fuerzas, donde ordinariamente operan las llamadas administraciones independientes²³⁸, tratando*

probabilidad de serlo. Para tal fin, dichos explotadores pondrán sistemas y procedimientos que permitan poner esta información a disposición de las autoridades competentes si éstas así lo solicitan” (artículo 18.2). Sólo las empresas explotadoras disponen de la información primaria y directa, pues son ellas las que la generan. La norma europea establece aquí la obligación de ofrecer esta información –es la base, como nos consta, de la gestión de riesgos- pero no se concreta la fórmula o el procedimiento para obtenerla o transmitirla; eso se remite a la autorregulación que los operadores establezcan. Se observa, así, bien a las claras uno de los rasgos más destacados de las manifestaciones más recientes y significativas de la autorregulación: su regulación con la regulación pública que de alguna forma la promueve y dimensiona, en la línea de lo que se ha dado en llamar la autorregulación regulada”.

²³⁸ De las categorías de las Administraciones independientes, y de la supervisión administrativa como su ámbito propio de actuación, véase la interesante aportación de Magide Herrero, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. (1ª ed.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Con posterioridad a su publicación, han aparecido nuevos estudios sobre este tipo de organizaciones administrativas, o sobre alguna de ellas en particular, entre los que cabe destacar, por limitarse a las

de buscar la mayor distancia tanto de las presiones de grupos sociales con intereses en el sector de que se trate, como de las directrices de las estructuras burocráticas. La autorregulación que se desenvuelve en ese flujo y reflujo de las relaciones entre Estado y sociedad tiende a operar así también en esta zona²³⁹.

Lógicamente esta normativa debe respetar los estándares, los mínimos necesarios que el ámbito del Estado de Derecho ha configurado a lo largo de la historia. Y será eso uno de los elementos configuradores o indicadores de la subsistencia o no de esa buena o mala autorregulación, en tanto en cuanto la misma se ajuste en mayor o menor medida a los estándares o a esos parámetros necesarios que el Estado de Derecho ha venido configurando. La interacción que esta autorregulación va a producir respecto de las normas de derecho público o el reflejo que posteriormente vamos a encontrar en esas normas de derecho público, vendrá condicionada por esa bondad o maldad de las normas de la propia autorregulación que se hayan dado en los sectores públicos.

La utilidad para la Administración es clara, se ha ahorrado los costes de tener que innovar respecto de una determinada materia. Y son los propios autores, los propios operadores jurídicos, los propios interesados, los que han establecido ese sistema de controles: ellos mismos han indicado cuál debe ser la normativa aplicable, cuál debe ser el modo o manera de controlar esos riesgos y son ellos mismos los que lo han puesto en marcha. A la Administración le corresponde simplemente decepcionarlos en aquellos casos en los que así lo considere adecuado.

Entramos con ello en el fenómeno de cuándo y de qué manera se produce la incorporación de estas normas “privadas”, por decirlo de alguna manera, dentro del propio ordenamiento jurídico. Esas formas de incorporación pueden ser varias. Podríamos hablar de una incorporación directa en aquellos casos en los cuales lo que ha comenzado siendo una norma particular - una autorregulación - pasa posteriormente a ser incorporada a las normas de derecho público o de derecho privado. En las normas ordinarias, claro ejemplo de esto podría ser el caso del

monografías: Chillón Medina J.M. & Escobar Roca, G. (2001). *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. (1ª ed.). Madrid: Dykinson; Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. (1ª ed.). Barcelona: Ariel, Rallo Lombarte, A. (2002). *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*. (1ª ed.). Madrid: Tecnos, Madrid.

²³⁹ Según Esteve Pardo, J. en el prólogo del libro *Autorregulación y Derecho Público: La autorregulación regulada*. Op. citada. p. 21.

gobierno corporativo, en el que la Administración, después de haber realizado el análisis del mismo, considera la idoneidad, oportunidad y bondad de esas normas y las incorpora directamente a las normas del derecho privado, en las normas de los códigos mercantiles. Otro ejemplo puede ser aquel que, sin incorporarlo de una manera directa, realiza una remisión y establece unos controles a través de entidades. Estas entidades serían organismos reguladores que, en definitiva, lo que tienen que vigilar es la observancia o la aplicación debida de unos estándares, unos ratios o unas formas de actuación que han sido marcadas por parte de los propios operadores económicos. De esta manera, no se fijan por la Administración, no se incorporan a las normas de derecho positivo, pero la Administración autoriza que, habida cuenta del consenso social existente acerca de la bondad o acierto de esas autorregulaciones que se han establecido, la oportunidad de que se incorporen a los estándares, como índices o elementos a valorar a los efectos de poder ser configurados como criterios de aplicación o de actuación de los operadores.

El trabajo del profesor Esteve citado se muestra poco favorable al fenómeno de la autorregulación por entender que el mismo presenta ciertos aspectos problemáticos en cuanto que puede resultar excesivamente “agresivo” el cerco que éste hace a los centros de decisión y a la racionalidad y legitimaciones tradicionales que hemos venido conociendo en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, considera que no prestarle la debida atención puede constituir un grave error. El avance social en el que nos encontramos, la complejidad de las relaciones económicas que venimos mencionando, hacen necesarios unos mecanismos más ágiles de respuesta para atender la complejidad de las relaciones sociales y económicas planteadas por los particulares. Resulta imprescindible prestar atención a este fenómeno tan relevante de la autorregulación, pero sin dejar que este vaya a dominar el mundo jurídico. Coincido en este sentido con el profesor Esteve en que permanecer aferrados en nuestra atalaya jurídica y a los modelos tradicionales, nos puede llevar a que al final seamos excluidos por una realidad social que va mucho más rápida y que necesita otros mecanismos de respuesta completamente diferentes.

Sin embargo, la necesidad de mantener y respetar los esquemas tradicionales de funcionamiento y los elementos configuradores del Estado de Derecho, nos debe

llevar a buscar un adecuado estado del equilibrio entre las fórmulas tradicionales (a través de las cuales se han producido el reflejo de las normas, y que no es más que el resultado de un proceso evolutivo de los pueblos y las civilizaciones encaminados al imperio de la ley) y aquellas otras fruto del momento social y económico en el que nos encontramos. Ignorar la autorregulación sería como ponerle puertas al campo, no atender a lo que es la realidad social, o más bien, una demanda social.

Finalmente, el profesor Esteve señala los diferentes modos a través de los cuales las manifestaciones de la autorregulación se implican con el sistema jurídico y cuál es la relevancia que el mismo le otorga. Para ello, hace referencia a cuatro posibles efectos públicos de la autorregulación: En primer lugar, el que denomina los efectos indiciarios, en virtud del cual la referencia a la autorregulación puede ser un indicio inequívoco de la diligencia puesta para la ejecución o para la práctica de una determinada actividad. En segundo lugar, identifica el efecto presuntivo, poniendo como ejemplo el derecho europeo, donde se establece la presunción de cumplimiento de ciertas directivas quienes se sujeten a denominadas normas técnicas con origen establecido en la propia autorregulación. En tercer lugar, señala el efecto de integrarse directamente y asumirlo por el propio sistema jurídico, integrarse como un trámite de un determinado procedimiento o bien como un efecto sustitutivo de una intervención administrativa (como pueden ser determinadas inspecciones que se exigen en los ámbitos de los procedimientos administrativos y donde lo que se hace es que se permite que se haga una auto-auditoría²⁴⁰, un auto-informe, una auto-evaluación, confiriéndole a esta determinados efectos). Sin embargo, la máxima intensidad de los efectos públicos que identifica a la autorregulación, es lo que el Profesor Esteve denomina efecto integrador, esto es, cuando el sistema jurídico hace plenamente aplicables - por las referencias obtenidas - las consecuencias de la autorregulación. En este caso, claramente, no estaríamos hablando propiamente de autorregulación, por cuanto queda incorporado al propio ordenamiento jurídico y, en consecuencia, son aplicables los mismos sistemas de control jurídico o de control legal a posteriori que se realiza

²⁴⁰ En este sentido, resulta muy interesante el trabajo de Rodríguez-Campos González, S. (2003). El fomento de la ecoauditoría como estrategia interventora. *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 119, pp. 375-392.

respecto de cualquier otra norma; no puede adscribirse a la autorregulación y a su estudio los resultados de aquélla, porque acaban de integrarse plenamente en el sistema jurídico y con las claves propias identificadas de esta.

El soft law como instrumento útil para avanzar en el proceso de integración europea.

En el ámbito de la UE y del derecho comunitario y como consecuencia del destacado papel que el mismo tiene adquiere especial relevancia la clásica definición de soft law comunitario construida por el profesor Francis Snyder²⁴¹. En la misma, define el soft law como “*rules of conduct which in principle have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects*”²⁴². Lógicamente estos “efectos prácticos” que señala el profesor Snyder son, en mi opinión, una de las claves esenciales del concepto, en la medida que éstos han incrementado notablemente en la misma medida en la que se ha incrementado la labor legislativa de integración y armonización que se ha producido en el seno de la UE. Paralelamente a este desarrollo normativo legislativo, se ha incrementado de manera notable el interés doctrinal por el papel y relevancia que el soft law debe tener en el proceso de construcción europea y sus diversos ámbitos: el proceso de construcción de la Europa social; en el ámbito de gobierno y la regulación; en el ámbito fiscal, en el ámbito laboral, etc.²⁴³.

²⁴¹ Otros trabajos sobre este tema: Snyder, F. (1993). The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. *Modern Law Review*, Vol. 56, Núm. 1, pp. 19-54; y Wellens, K.C. & Borchardt, G.M. (1989). Soft Law in European Community Law. *European Law Review*, Vol. 14, pp. 267-280

²⁴³ En este sentido, Trubek & Trubek, L. *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination*. Op. citada; Jacobsson, K. *Between Deliberation and Discipline: Soft Governance in EU Employment Policy*. Op. citada; Joerges C. and Rödl, F. (2004) *Social Market Economy' as Europe's Social Model?* EUI Working Paper LAW 2004/8; Chalmers, D. & Lodge, M. (2003). The OMC and the European Welfare State. Economic and Social Research Council. *LSE Discussion Paper*, Núm. 11; Cosma, H. & Whish, R. (2003) Soft Law in the Field of EU Competition Policy. *European Business Law Review*, Vol. 14, Núm. 1, pp. 25-56; Scott, J. and Trubek, D. *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*. Op. citada; Klabbbers, J. (1998). The Undesirability of Soft Law. *Nordic Journal of International Law*, Vol. 1, Núm. 36, pp. 381-391; Héretier, A. *New Modes of Governance in Europe: Policy Making Without Legislating?* Op. citada; Cini, M. (2001). The Soft Law Approach: Commission Rule-Making in the EU State Aid Regime. *Journal of European Public Policy*, Vol. 8, Núm. 2, pp. 192-207; Sisson, K. & Marginson, P. (2001). Soft Regulation—Travesty of the Real Think or New Dimension? *Working Papers 32, One-Europe Programme*; Kenner, J. (1999). The EC Employment Title and the “Third Way”: Making Soft Law Work. *International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations* Vol. 15, Núm. 1, pp. 33-60; y Hillgenberg, H. (2010). A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of International Law*, Vol. 3, Núm. 10, pp. 499-515

El uso del soft law en el ámbito comunitario no ha estado evidentemente ajeno a las objeciones o críticas derivadas de la especial naturaleza y peculiaridad del mismo, indicándose una serie de obligaciones que debe contener al objeto de poder considerarse como esa fuerza normativa innovadora y con capacidad vinculante que se ha venido imponiendo en los últimos tiempos. Sin embargo, es necesario que este instrumento que dota de una mayor flexibilidad, tenga establecido un cierto nivel de claridad y precisión con el fin de procurar una cierta predictibilidad al marco regulatorio que tiene por objeto regular. Y, por otro lado, la imprecisión o vaguedad de los términos o de las obligaciones contenidas en el mismo, puede dar lugar a una dificultad adicional en su uso y aplicación.

Asimismo, el soft law debe tener un adecuado equilibrio y respeto absoluto con las previsiones imperativas que, sobre todo en el mercado de los derechos de los individuos, establecen los mercados comunitarios, debiendo actuar como un complemento en el desarrollo de las previsiones contenidas en los mismos. En este sentido, el soft law no podrá tener un efecto contrario a lo establecido por los órganos legislativos de la UE en el ámbito de sus competencias, lo que significa que su ámbito de aplicación debe quedar fundamentalmente delimitado en aquellas áreas en las que quepa un desarrollo, complemento o adición.

Íntimamente ligado a ello, hay que señalar que el ejercicio y uso de esta facultad de desarrollo normativo suave no puede suponer la puesta en tela de juicio respecto de la legitimación de los organismos comunitarios o de los sistemas a efectos de aplicar la normativa emanada con arreglo a las disposiciones comunitarias. Qué duda cabe que en el establecimiento de todos estos condicionantes se observa con claridad la influencia de aquellos que consideran el soft law como un “amigo peligroso”, cuyo uso excesivo puede ir en contra de los propios objetivos comunitarios. Por ello, se exige que los elementos esenciales de la integración y las normas que se dicten en aplicación del mismo deban venir necesariamente previstos en la normativa

La regulación que ha ido desarrollándose en el Estado moderno como consecuencia del proceso de expansión de las competencias que se le han asignado a la Administración pública, produce en un doble efecto: de un lado en el ámbito interestatal o internacional y, de otro, dentro de un propio Estado, por la

coexistencia de una pluralidad de Administraciones públicas. Un buen ejemplo de esta última se produce en el ámbito español por las legislaciones que las diferentes Comunidades Autónomas tratan de atraer la inversión empresarial mediante las ventajas o incentivos fiscales, lo que provoca en buena medida una mejora generalizada de las legislaciones, que tiene por objeto evitar la fuga de la inversión de una región a otra. Esto, por tanto, produce un efecto positivo provocado por la diversidad de centros de poder que trata de mejorar la situación competitiva de las empresas.

Algo similar ocurre en el ámbito internacional, donde esa competitividad se traslada también al ámbito regulatorio de cada uno de ellos, provocando un análisis o evaluación por parte de los agentes u operadores sobre el nivel competitivo de sus legislaciones y la calidad reguladora de sus normativas. La calidad de un Estado se mide también, sin duda, por la calidad de su regulación y de su ordenamiento jurídico como una variable más de las infraestructuras, servicios públicos, etc. Esta competencia entre Estados genera un proceso de armonización de las legislaciones y de convergencia con el fin de evitar situaciones de distorsión o desajustes, compitiendo los diferentes gobiernos - bien en el seno de una organización supranacional como puede ser la UE o bien al margen de ésta. Este proceso de armonización que los profesores Ballbé y Padrós²⁴⁴ denominan como competitiva es más flexible que la armonización que se pueda desarrollar en organizaciones o estancias supranacionales, como puede ser el caso de la UE y trata de incorporar estas técnicas de armonización mediante la llamada a prácticas más flexibles o mecanismos dinámicos que puedan surgir de los propios operadores. Y es aquí donde el soft law desarrolla una labor importante mediante la aportación de los instrumentos confrontadores y facilitadores de este proceso de armonización²⁴⁵.

²⁴⁴ Ballbé, M. & Padrós, C. *Estado competitivo y armonización europea*. Op Citada.

²⁴⁵ En este sentido véase Ballbé, M. & Padrós, C. *Estado competitivo y armonización europea*. Op. citada, p. 92: "el principio de ordenamientos legales competitivos debe verse de acuerdo con las siguientes tesis: la necesidad de empleo y de recaudación de impuestos, junto con la capacidad predictiva de los economistas y la habilidad de las empresas de realizar operaciones más allá de sus fronteras, supone una gran fuerza que obliga a adaptar los marcos reguladores a las necesidades de los negocios; las adaptaciones que hayan obtenido una respuesta positiva por parte del mercado es probable que sean copiadas por otros Estados. Este proceso puede verse como una armonización por el mercado en vez de como una armonización por la burocracia; un regulador que esté al caso de los efectos beneficiosos de esta dinámica deseará efectuar los cambios en su regulación tan pronto como sea posible; un solo regulador nacional o supranacional tiende a ser lento en el proceso de adaptar la regulación. El progreso de la regulación puede acelerarse al introducir alguna forma de competitividad reguladora".

Este proceso de armonización de legislaciones es una de las funciones esenciales que se atribuyeron por parte de los Estados al proceso de creación a la entonces incipiente UE. Sin embargo, al modelo tradicional de armonización utilizado por las instituciones comunitarias puso de manifiesto una gran lentitud en el proceso de adaptación y homogeneización de los Estados. A ello posteriormente se unía la resistencia - en algunos casos consciente - de los Estados para transponer al ámbito interno las modificaciones que les exigía el proceso de armonización. La incapacidad de este proceso se puso de manifiesto bien a las claras cuando la Comunidad incrementó su número de integrantes y se observó el riesgo de que el éxito del proyecto europeo pudiera sucumbir como consecuencia de la excesiva sobre-regulación y de los procedimientos de armonización²⁴⁶.

Conscientes de los obstáculos y problemas y de la complejidad del mecanismo interno, la CE, tomando también como referente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en concreto la sentencia “Cassis de Dijon” de 20 de febrero de 1979²⁴⁷, abordó en el Libro Blanco de 1985²⁴⁸ una nueva estrategia basada en el principio de la confianza mutua de los Estados, que tiene por objeto evitar la reglamentación y regulación excesiva y fundamentarse en el establecimiento de unos principios mínimos que deben cumplir los productos o mercancías para circular libremente por la Comunidad Europea. Con esta nueva estrategia de armonización, las instancias comunitarias fijan solamente las exigencias esenciales o estándares mínimos que han de respetar los productos o servicios y que deberán estar recogidos, en cada caso, por los mecanismos internos de cada uno de los Estados. Se trata, por ello, de un nuevo enfoque en el que se abandona una regulación excesiva y detallista y se permite una mayor flexibilidad para verificar el cumplimiento de esos requisitos mínimos al marco regulatorio; reglas del juego, o normativa interna que existe en cada uno de los países, comprometiéndose el resto a aplicar el principio del reconocimiento mutuo. Este mecanismo supone o puede suponer la entrada en funcionamiento y operatividad de unas regulaciones que no son estrictamente jurídicas sino de criterios, pautas o normas de calidad aprobadas por los operadores en cada uno

²⁴⁶ Siebert, H. (1990). The harmonization issue in Europe: Prior agreement or a competitive process? En: *The completion of the internal market*. Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel, p. 56.

²⁴⁷ Asunto 120/78 – Asunto Cassis de Dijon – 20 de febrero de 1979.

²⁴⁸ Comisión Europea, Completando el Mercado Interno, COM (85) 310 final, Luxemburgo, 1985.

de los Estados, estableciendo el límite de carácter negativo de que las exigencias en cada uno de los Estados no deben encontrarse tan separadas que impida o supongan un adecuado desarrollo competitivo o afecten a la seguridad o a la salud. Solo las denominadas “exigencias esenciales” serán objeto de armonización, dejándose el resto al cumplimiento de unas normas técnicas voluntarias²⁴⁹.

Un buen ejemplo de estas técnicas de armonización lo constituyen los certificados de calidad, que permiten la homologación de los diferentes estándares de calidad aplicados en los Estados mediante el reconocimiento mutuo que se hacen de los sistemas vigentes en cada uno de ellos dando validez a los controles, pruebas y análisis que se realizan con arreglo a la normativa interna o regulación específica que existen en los Estados. En el ámbito de la calidad y certificación de la misma se produce una intervención creciente de los operadores económicos por cuanto no es una institución estatal o pública la que otorga los certificados de calidad, sino que son instituciones privadas o empresas privadas cuyos certificados de calidad tienen reconocimiento en el resto de los Estados.

En el ámbito de las organizaciones internacionales (y sobre todo en su normativa y regulación) es donde se observa de una manera más clara y nítida el fenómeno de cómo va aumentando de forma progresiva su capacidad de influencia en la política interna de los países. Esta influencia se traduce, en muchas ocasiones, en la recepción directa que hacen de las normas emanadas por aquéllas.

A lo largo de los años, las organizaciones internacionales han venido adquiriendo una particular importancia en el desarrollo de normativa aplicable a sus miembros y han tenido una capacidad de influencia creciente que el mundo globalizado²⁵⁰ en el que nos movemos. Esta capacidad de influencia se produce tanto mediante la elaboración de tratados y acuerdos con arreglo a los principios tradicionales de elaboración, como mediante la creciente utilización de toda suerte de instrumentos al margen de éstos y que generan un mayor o menor grado de compromiso para sus destinatarios.

²⁴⁹ En este sentido, véase Ballbé, M. & Padrós, C. *Estado competitivo y armonización europea*. Op. citada.

²⁵⁰ Un buen ejemplo sobre la globalización en un determinado sector es la obra de Morales A. *La regulación nuclear globalizada*. Op. citada.

Lógicamente esta creciente influencia (y sobre todo cuando ella se lleva a cabo mediante unos instrumentos algo “*atípicos*”) provoca en no pocas ocasiones distorsiones relevantes. Es algo que resulta del todo natural pues se están combinando de una forma cada vez más rápida dos sistemas de elaboración, aprobación y, sobre todo, de aplicación de normas. Por un lado, el tradicional y habitual que ha estado vigente durante siglos y sobre cuya base se ha asentado tradicionalmente el Estado de derecho; y por otro lado, un variado conjunto de normas, códigos o recomendaciones de diferente intensidad y fuerza vinculante que convive cada día y con mayor presencia con el anterior.

Esta nueva situación tiene su reflejo en la creciente influencia que estos nuevos fenómenos - legislativos algunos de ellos - están teniendo en la realidad jurídica de los Estados y, por efecto directo de los mismísimos ciudadanos. Este análisis de la influencia de estas nuevas “formas normativas” emanadas de una pluralidad de sujetos y que son recepcionadas de diferentes formas en las realidades normativas de cada día, constituyen una parte esencial de ese concepto que cada día tiene más presencia entre nosotros y que es la *governance* en castellano o “*governance*” en anglosajón. Noción ésta que ha incrementado de una forma exponencial la atención y dedicación de los estudiosos en los últimos años.

Con este término, además, se analiza un profundo cambio que se ha producido en la sociedad en los últimos años al prestar mayor atención en “el buen gobierno de los asuntos públicos” que debe estar basada en la adecuada legitimidad de ejercicio del poder frente al clásica legitimidad de origen que ha estado vigente durante muchos años²⁵¹. Una de las características de este nuevo modelo es una mayor participación de los ciudadanos, bien de forma individual bien de forma colectiva, (a través de asociaciones u organizaciones) mediante los espacios habilitados para ello en el proceso que rodea a la creación de las normas jurídicas y de las políticas públicas. Otra de las características de este nuevo modelo es la necesidad de atender a objetivos en el ejercicio del poder, lo que se llama el paso de una *governance-by-law* a una *governance-by-objectives*, con un mayor compromiso voluntario y fomentado la cultura del acuerdo, ámbito donde el *soft law* adquiere un protagonismo destacado.

²⁵¹ En este sentido Barberis, M. *Europa del diritto*. Op. citada.

El concepto de *governance*²⁵² deriva claramente de *government* y, por lo tanto, estaba ligado en un primer momento y de una forma muy significativa a una fuente de poder que se articula y funciona a través del Estado de derecho y de la promulgación y divulgación de las normas emanadas del derecho. No vamos a entrar en detalle en el análisis, solo queremos traerlo a colación por el impacto que creemos que tiene en el tema que estamos tratando.

Debemos reconocer y aceptar que este concepto tradicional ha evolucionado notablemente en los últimos años como consecuencia de la influencia creciente de otros actores que operan en la realidad socio-política de los países, tratando de englobar en el mismo a otros colectivos que no son estrictamente miembros del Estado en el concepto tradicional. Con arreglo a ello, *governance* sería una estructura emergente en el sistema socio-político tradicional donde se produce la interacción e intervención de diferentes actores, lo cual significa que no es posible reducir esto a una lista cerrada de intervinientes²⁵³.

Este nuevo concepto de *governance* tiene un impacto directo con relación a las normas que van a ser emanadas. En esta nueva acepción, del concepto no queda reducido solamente a los miembros o representantes del parlamento o mecanismos gubernamentales o regulatorios, sino que refleja una nueva realidad de la estructura de poder de las organizaciones sociales, donde aparece con fuerza la autorregulación y la aparición de terceros operadores ajenos al sistema tradicional de poder²⁵⁴.

Si a este nuevo concepto de *governance* le añadimos el muy manido concepto de global, qué duda cabe que estamos incrementando el ámbito de aplicación al que estamos haciendo referencia a través de un incremento de los sujetos operadores y de los actores y mecanismos a través de los cuales interactúan. Ya no estamos

²⁵² Aquí la bibliografía es sumamente prolífica. Baste, a estos efectos, citar como texto fundamental en la materia los *Principios de gobierno corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos*, publicados en 1999 y revisados en 2004. Su finalidad es ayudar a los gobiernos de los países miembros y no miembros de la misma en la tarea de evaluar y perfeccionar los marcos legal, institucional y reglamentario aplicables al gobierno corporativo.

²⁵³ En este sentido, Kooiman, J. (1993). *Modern Governance: New Government-Society Interactions*. (1ª ed.). London: Sage: "seen as the pattern or structure that emerges in a socio-political system as a 'common' result or outcome of the interacting intervention efforts of all involved actors. This pattern cannot be reduced to one actor or group of actors in particular".

²⁵⁴ En este sentido, Rhodes, R.A.W. (1997). *Understanding Governance*. (1ª ed.). Buckingham: Open University Press: "refers to a change in the meaning of government, referring to a new process of governing...governance refers to self-organizing, interorganizational networks characterized by interdependence, resource exchange, rules of the game and significant autonomy from the state".

hablando solamente de las relaciones entre los Estados o de la actuación de los organismos internacionales: la nueva realidad global impone, a su vez, la presencia de sujetos globales, incluso no localizados geográficamente en un Estado o enmarcados en alguna organización internacional. En este concepto global, están incluidas las relaciones con y entre los particulares, los grupos sociales, y otras entidades y asociaciones transfronterizas. El global governance incluye normas sujetos y estructuras a todos los niveles y con una dimensión transnacional²⁵⁵.

Así, podemos entender el nuevo governance, como una suma o adición de las estructuras y modelos de gobernanza que se han venido sucediendo todos estos años y que quedan circunscritos a la organización o la formación en un concepto tradicional. En esta nueva realidad es necesario incluir otras formas de relación social y otras estructuras informales que tienen capacidad de influencia, tanto para desarrollarse como para intervenir en las relaciones transfronterizas.

En el seno de la UE, la discusión sobre el establecimiento del nuevo modelo de governance adquiere una importante connotación a la hora de dibujar el papel que el mismo debe desempeñar el soft law y la relación, siempre complicada, con el hard law en el ámbito de los diferentes instrumentos y métodos que la normativa comunitaria prevé. La búsqueda de soluciones o informes generales que permitan dotar a los diferentes gobiernos de la UE de los instrumentos jurídicos adecuados al objeto de construir un marco uniforme respetando adecuadamente las peculiaridades y singularidades de cada uno de los países, ha supuesto un desarrollo paulatino del soft law, desempeñando éste un papel predominante en el proceso de integración comunitario. Es en este ámbito en el que los autores analizan la utilidad del soft law en el proceso de construcción comunitario y en el desarrollo del “new governance” considerando útil la utilización del mismo como un complemento del instrumento regular del hard law. De esta forma podríamos decir que el desarrollo del “new governance” en la UE requiere que junto que con el hard law se establezcan medidas que permitan una adecuada flexibilidad por, entre otros, los siguientes motivos:

²⁵⁵ En este sentido Rosenau, J. (1992). *Governance, order, and change in world politics*. (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press: “*global governance is conceived to include systems of rules at all levels of human activity – from the family to the international organization – in which the pursuit of goals through the exercise of control has transnational repercussions*”.

1. El soft law permite dar una mayor tolerancia y atender particularmente a la diversidad que existe en los diferentes Estados miembros, siendo un instrumento más flexible que los instrumentos tradicionales.
2. El soft law permite responder a situaciones inesperadas que requieren en muchos casos experimentación, valoración, y ajuste de la medida adecuada para resolver los problemas. Ello exige en muchas ocasiones que con carácter previo exista una hard law que permita una fijación de las condiciones precedentes basada en el conocimiento previo de las que se podrán establecer estas peculiaridades.
3. El soft law requiere un procedimiento mucho más rápido para su aprobación, permitiendo una inmediatez en la solución del problema.
4. En muchas ocasiones el mero hecho de que una norma se establezca con carácter imperativo, plantea rechazo; la persuasión, la recomendación o el objetivo constituye un instrumento mucho más útil.

Ello nos lleva a proclamar una vez más la anfibológica relación entre una y otra norma, la suave y la dura, por cuanto consideramos que una no puede vivir sin la otra. No estamos, por tanto, ante una decisión de si somos más partidarios de una en comparación con la otra, sino ante la necesaria interacción entre ambas. Ambas son dos aproximaciones al “new governance” por cuanto operan en el mismo dominio y con los mismos actores.

En el ámbito de la UE el reciente desarrollo de los diferentes instrumentos y sistemas de gobierno, ha sido un campo propicio para la puesta en práctica de nuevos mecanismos de aplicación y de coordinación normativa, que han ido ganando en los últimos años eficacia y legitimidad. La utilización de los términos “códigos de conducta” o “libros blancos” ha sido empleado en diferentes ámbitos materiales del derecho comunitario como un instrumento político efectivo. Constituyen un escalón fundamental en los mecanismos comunitarios de integración y de coordinación con los diferentes Estados miembros. Cualquiera de ellos es un magnífico ejemplo de coordinación entre el soft law y el hard law, entre el derecho directamente aplicable y la recomendación; pero también son un buen ejemplo de cómo mantener el debido y adecuado equilibrio entre la normativa emanada de las instituciones comunitarias y la exigencia de la aplicación o la

recomendación de aplicación en los Estados miembros. Con esta adecuada combinación, la CE influye con el objetivo claro de crear un marco de opinión favorable a las debidas modificaciones legislativas que se deben aplicar en cada Estado.

Estos nuevos instrumentos paralegislativos han sido englobados y denominados por algún sector de la doctrina en el concepto de “nueva gobernanza” (*New Governance*) que es definido por Hans Gribnau como “*The term new governance is a multi-faceted concept which is fluid and variable in content. In part 1 of this diptych on “soft law” I analysed the “essentially contested concept” of (new) governance in a national context, with regard to public administration and organisations in the private sector, especially multinational corporations (corporate governance)*”²⁵⁶.

Como este mismo autor reconoce, el propio termino gobernanza tiene una variedad de significados, cada uno de ellos orientado a una faceta y con significado diferente en función del ámbito nacional, internacional o de organización internacional en el que nos encontremos. Pero siempre con una visión horizontal y una autoridad que permite una relación flexible con los tradicionales instrumentos normativos²⁵⁷.

La aparición de este new governance evidentemente responde a la necesidad de dar o demandar la resolución a los nuevos problemas que las relaciones internacionales exigen. Una vez aceptada la dificultad de utilizar los instrumentos tradicionales para el establecimiento y regulación de nuevos marcos entre los países, ha sido necesario articular unas nuevas relaciones y unos nuevos instrumentos que permitan a las instituciones internacionales - en este caso las comunitarias - dotarlas de la eficacia normativa suficiente para el establecimiento de unos estándares uniformes y coherentes en la aplicación de la norma. El establecimiento de estos mecanismos debe hacerse con sumo cuidado y bajo la debida premisa de respetar la autonomía normativa de los Estados integrantes de la UE y los grupos de interés que se vean afectados por ésta²⁵⁸.

²⁵⁶ Gribnau, H. (2008). *Soft Law and Taxation: EU and International Aspects. Legisprudence*, Vol. 2, Núm. 2.

²⁵⁷ En este sentido, acerca de la utilidad de las normas flexibles y voluntarias, ver Mörth, U. *Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem?* Op. citada.

²⁵⁸ Bernstein S. & Cashore, B. (2004). Non-State Global Governance: Is forest certification a legitimate alternative to a global forest convention? En: *Hard Choices, Soft Law: Combining Trade, Environment, and Social Cohesion in Global Governance*. (1ª ed.). Londres: Ashgate Press: “*This need not imply doing away with government; it conceptualizes the relationship between state(s) and stakeholders in a less vertical way. [...] There are also many non-state (global) governance schemes which “by definition lack the tradicional*

Este concepto de los grupos de interés constituye un referente fundamental a la hora de analizar la configuración normativa de finales del siglo XX y principio del siglo XXI. Los conocidos como stakeholders constituyen una nebulosa que como decía el profesor Peces Barba del estado autonómico “*no se sabe muy bien donde empieza ni se sabe muy bien donde termina*”, pero si tenemos la certeza absoluta de su existencia, influencia y significado. En ocasiones se ha llegado a hablar de esta confluencia entre gobierno y grupos de interés como el denominado “*Governing without Government*”, donde no existe un actor supremo en el ámbito del establecimiento y proliferación normativa, y donde sí que existe una relación de interdependencia entre los diferentes actores, por cuanto se necesitan unos a otros al objeto de que la compleja maraña de intereses, relaciones y regulación intersectorial funcione debidamente²⁵⁹.

Este complejo panorama supone una ruptura con la tradicional organización de poder o disposición o control basada en la estructura vertical de arriba a abajo y en la estricta separación entre el elaborador de la norma, el encargado de su aplicación, y el que vigila su cumplimiento. Ello nos lleva a considerar que la tradicional principio de separación de los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial recogido por Montesquieu a mediados del siglo XVIII en su obra “*Del Espíritu de las leyes*²⁶⁰” ha quedado superado por la concurrencia de otros actores imprescindibles que tienen un papel preponderante en las tres fases antes mencionadas. Los ciudadanos, los grupos de interés, los grupos de presión o los expertos han ido adquiriendo un papel relevante bien en la elaboración de estas normas, bien en la aplicación de las mismas o bien en el enjuiciamiento y sanción de este nuevo derecho. Esta nueva realidad fáctica convive en muchos casos con las clásicas estructuras de poder que continúan manteniéndose inalterables en muchos Estados que, ajenos al impulso y modificaciones de los tiempos, no han sido capaces de adaptarse a una realidad cambiante y a la concurrencia de unos nuevos factores y realidades sociales que es imprescindible tener en cuenta.

enforcement capacities associated with the sovereign state – the traditional site of authority in the international system where power, legitimacy, and political community appeared fused”.

²⁵⁹Bernstein S. & Cashore, B. Non-State Global Governance: is forest certification a legitimate alternative to a global forest convention? Op. citada: “*There are also many non-state (global) governance schemes which “by definition lack the traditional enforcement capacities associated with the sovereign state – the traditional site of authority in the international system where power, legitimacy, and political community appeared fused*”.

²⁶⁰ Montesquieu, M. (2008). *Del espíritu de las Leyes*. (1ªed.) Valladolid: Lex Nova.

El momento histórico en el que nos encontramos de desconexión paulatina - pero creciente - entre la sociedad y las estructuras político – sociales que han perdurado desde la conformación del Estado moderno desde el siglo XIX, puede responder en buena medida a esta falta de adaptación a la realidad que mencionábamos en el párrafo anterior. En tanto en cuanto la obsolescencia de la estructura organizativa de los Estados se ha ido agravando al no atender a la realidad irrefutable de la aparición de nuevos actores en escena, en la misma proporción, un alejamiento de esa sociedad respecto de estas estructuras obsoletas que no se encuentran representados en el esquema tradicional y que sienten la necesidad de articular y establecer nuevos mecanismos de relación. El reto histórico al que se enfrenta Europa en particular y el mundo en general requiere, en mi opinión, que los gobiernos y las estructuras de poder en la organización que tradicionalmente hemos venido conociendo atiendan a una realidad social cambiante y tengan en cuenta los nuevos actores que esta realidad ha ido imponiendo. Continuar legislando y gobernando a espaldas del movimiento social que impera es, en buena medida, el culpable de la desconexión, y lo que es peor, del descontento de los ciudadanos con su clase dirigente y sus gobiernos; caldo de cultivo que ha sido debidamente utilizado por los dirigentes y movimientos populistas que tratan de aprovechar esta coyuntura para erigirse en falsos salvadores de los problemas que nos afectan cuando en realidad no son más que una parte intrínseca del mismo.

En esta línea, el concepto que hablábamos de new governance requiere hacer un esfuerzo de participación y de integración de todos los actores potencialmente implicados al objeto de tener en cuenta sus contribuciones en el debate social abierto en relación a las instituciones y a las normas que han de regir nuestros destinos²⁶¹.

Estos nuevos actores tienen una dimensión tanto nacional como internacional. La máxima tantas veces formulada de que nos encontramos ante un mundo sin fronteras, se hace especialmente cierta en este momento en el que los foros de debate trascienden - con mucho - las fronteras tradicionales de los Estados e

²⁶¹ Gribnau, H. *Soft Law and Taxation: EU and International Aspects*. Op. citada: “The success of the term “governance” may thus come from the fact that it “allows all the potential players to contribute to the debates in the domain of institutions and rules. In this vein, Slaughter seeks to develop a new model for international law that goes beyond the traditional focus on states as the basic actors and creators of law”.

incluso de los continentes. Los nuevos actores disponen de unos nuevos instrumentos y exigen unas nuevas políticas capaces de generar nuevos consensos y mejores normas que respondan a los nuevos retos.

Es en este complejo contexto en el que el movimiento y la influencia del soft law a nivel nacional e internacional requieren de una atención significativa en función de los diferentes niveles que mantuvieren en el proceso de elaboración, aplicación y enjuiciamiento de las normas²⁶².

Un adecuado entendimiento del nuevo concepto de new governance facilita en gran medida la desconexión creciente entre los órganos de gobierno o la estructura de poder de los Estados y la realidad social. Es este uno de los retos que deben afrontar con decisión tanto los gobiernos nacionales, como las organizaciones internacionales. Las importantes transformaciones que, en uno u otro ámbito, se han venido produciendo en los últimos años requiere la adopción de medidas que permitan que la sociedad o que los ciudadanos se sientan debidamente representados y escuchados, debidamente resueltos sus problemas, y correctamente reflejadas sus necesidades. Para ello, para legislar adecuadamente, es imprescindible tener en cuenta las transformaciones que se van produciendo día a día en la sociedad y la velocidad a la que la misma se van sucediendo. La falta de respuesta y de inmediatez para atender estas necesidades es lo que está ocasionando un descontento generalizado y una desconexión masificada. Esta debida interacción entre estos elementos constituirá el elemento de legitimación necesario del que estamos necesitados en estos albores del siglo XXI²⁶³

La nueva gobernanza exige cambios en el proceso de decisión, en concreto, en los actores que deben participar en tal proceso (y que deben ser indudablemente escuchados) y, sobre todo, en los instrumentos que deben ser adoptados para atender y crear estos nuevos modelos de gobernanza. El modelo tradicional de Estado con sus instituciones que hemos venido conociendo a lo largo de los últimos

²⁶² Slaughter, AM. (2003). Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System. En: *Global legal prescriptions: the production and exportation of a new state orthodoxy*. (1ª ed.). Michigan: The University of Michigan Press: *This consensus moves "soft law" into firm principles of international law that focus on various levels of rule-initiation, rule-making and rule-enforcement process.*

²⁶³ Dezalay, Y & Garth, B. (2002). Legitimizing the New Legal Orthodoxy. En: *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*. (1ª ed.). Michigan: University of Michigan Press: *"They point to the fact that, in this way different disciplines may study the social construction of institutions and rules as well as the more informal spaces typically studied by anthropologists"*.

años y siglos debe virar hacia un esquema más flexible que permita la adopción de unos cauces de participación de los actores protagonistas. Asimismo, debe dotarse de los medios e instrumentos necesarios para responder con agilidad a las demandas que la realidad virtual en la que vivimos plantea con carácter casi inmediato y que deben ser lo suficientemente flexibles como para responder a esas necesidades e ir adaptándose día a día a las mutaciones que las mismas experimentan.

De la misma forma que en el ámbito tecnológico se van sucediendo con una velocidad de vértigo los cambios y nos vemos obligados a adaptarnos a ellos (lo que hace unos años era esencial como era un ordenador con disquetera, hoy en día constituye una pieza de museo; hoy ya no almacenamos en archivos ni siquiera en discos duros de ordenador y utilizamos la nube), es responsabilidad de los Estados y de las organizaciones internacionales el dotarse de los instrumentos y de actualizarlos permanentemente para atender a las necesidades que nos toca vivir. Ello requiere una mayor interacción entre la esfera pública y privada, transfiriendo ámbitos de responsabilidad que hasta ahora habían permanecido inalterados en el ámbito de lo público, hacia los particulares - individual o colectivamente organizados - con la finalidad de que sean estos los que participen en la fijación de los objetivos, en la identificación de los medios para su consecución y en el control de los resultados.

Esta desconexión de los ciudadanos con la realidad política es un fenómeno que nos está sorprendiendo en estos días, tanto en los países europeos como en la primera potencia, que es Estados Unidos. No es un problema nuevo, sino que son las consecuencias de un problema que arrastra desde hace bastante tiempo y que, sin embargo, no se ha sabido atajar debidamente. En el ámbito de la UE hace ya doce años, la CE elaboró un Libro Blanco sobre la Gobernanza²⁶⁴ europea con el objetivo de identificar cuáles eran los problemas a los que se enfrentaban los países

²⁶⁴ "La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco", Bruselas, 25.7.2001, COM (2001) 428 final, pp. 3 y 4: "*El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea se refiere a la manera en que la Unión utiliza los poderes que le otorgan sus ciudadanos. Y esa reforma debe iniciarse ya, para que la población perciba algún cambio mucho antes de que se proceda a la modificación de los Tratados comunitarios. El Libro Blanco propone abrir el proceso de elaboración de las políticas de la UE con el fin de asociar a un mayor número de personas y organizaciones en su formulación y aplicación, lo que se traducirá en una mayor transparencia y en una mayor responsabilización de todos los participantes. Esto debería permitir a los ciudadanos comprobar cómo los Estados miembros, actuando de manera conjunta en el marco de la Unión, son capaces de responder más eficazmente a sus preocupaciones*".

Europeos y las instituciones comunitarias y cuál era la mejor forma de resolverlos. Ya entonces, ponía de manifiesto en su documento la paradoja en la que se encontraban por el hecho de que, por un lado, los ciudadanos esperan de los gobiernos e instituciones comunitarias que encuentren soluciones a sus problemas, a la vez que estos ciudadanos incrementaban cada vez más la confianza en las instituciones, en los políticos, o simplemente, no mostraban interés alguno en ellos. Si esto - cuando este libro blanco vio la luz - era hace doce años, transcurrido este tiempo creo que podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que lejos de haberse resuelto este problema, se ha incrementado notablemente. El paulatino auge de partidos antisistema o simplemente populistas cargados de mensajes utópicos y de falsas promesas irrealizables, ha estallado como una bomba en el seno de la vieja Europa, cuna indudable de la democracia. No se trata de un fenómeno aislado o de una infección que esté concentrada en un solo país. De Norte a Sur y de Este a Oeste, por centrarnos en Europa, el auge de estos movimientos está provocando un auténtico terremoto político y social en el seno mismo de la UE, constituyendo en este momento uno de los principales riesgos de continuidad del proceso europeo.

Resulta especialmente paradójico el hecho de que la reacción de la población descontenta e insatisfecha con la falta de respuesta que recibe de la “política tradicional”, se ha transformado en un incremento del sentimiento nacionalista y en el apoyo a partidos que, lejos de defender un proyecto global e integrador, tienden a poner el acento de una forma especial en las diferencias entre los países y en el restablecimiento de las viejas fronteras. Los políticos y gestores del siglo XXI deberían analizar con detalle por qué motivo su incapacidad para atender las necesidades de una sociedad cada día más global y más abierta y que exige diferentes y más rápidas respuestas se ha tornado en una vuelta atrás en el proceso de integración europea en lugar de avanzar hacia unos planteamientos de mayor integración o globalidad²⁶⁵.

Si bien el resultado puede causar sorpresa, no puede hacerlo en modo alguno los motivos o las causas que nos han llevado a esta situación. En el análisis que realizó

²⁶⁵ Sobre las interacciones entre la globalización y la Unión Europea, puede verse el interesante artículo del profesor Mariscal, N. (2016). Globalización – Unión Europea – Globalización. *Cuadernos Europeos de Deusto*, pp. 27-59

la UE para la elaboración del libro blanco sobre gobernanza antes citado ya recoge de forma expresa el conocimiento que los gobiernos nacionales tienen de este problema y la preocupación que supone para éstos y para la UE. La complejidad del modelo burocrático administrativo que la UE se ha dado, ha supuesto una pérdida de confianza de los ciudadanos en ella y en su capacidad para resolver los problemas²⁶⁶.

El mencionado libro blanco realiza un detallado análisis de cuáles son las causas por las que se debe abordar la reforma de la gobernanza europea; cuáles son los principios de esa buena gobernanza y cuáles son los cambios propuestos. Como resumen del documento, podemos decir que se identifica correctamente cuál es la enfermedad - el diagnóstico del problema - pero a la hora de abordar las soluciones he de reconocer que tengo mis serias dudas sobre si son las adecuadas. Quizá la mejor prueba de lo que estoy diciendo es que doce años después de este libro, ni la UE ha avanzado como debiera en la consecución de estos objetivos de gobernanza y, lo que es más importante y en este caso más peligroso, los ciudadanos no han percibido este cambio hasta el punto de poder identificar la UE y sus instituciones como una institución cercana, interactiva con los grupos de interés y, sobre todo, capaz de resolver de una forma eficaz y rápida los problemas de los europeos.

El Libro Blanco realiza una apuesta por la utilización de instrumentos diferentes a los modelos legislativos tradicionales que se habían utilizado en los últimos años. Junto a un reconocimiento de la necesidad de atender e interactuar con los grupos de interés (con las asociaciones, en definitiva, con la sociedad civil debidamente organizada) se apuesta también por una mejora en la utilización de los instrumentos necesarios para responder más rápidamente a los problemas de los ciudadanos europeos, reduciendo notablemente los plazos que hasta ese momento se estaban aplicando. En este marco, el documento contempla expresamente la posibilidad de aplicar medidas mediante el modelo de “marco de corregulación”, entendiendo éste como un instrumento que combine de forma adecuada los instrumentos legislativos

²⁶⁶ “La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco”. Op. Citada, p.3: “Son muchos los que, frente a un sistema complejo cuyo funcionamiento apenas entienden, cada vez confían menos en su capacidad para realizar las políticas que ellos desean. A menudo se percibe a la Unión como algo remoto y, al mismo tiempo, demasiado intervencionista”.

tradicionales (sean leyes o reglamentos) con las medidas e instrumentos aportados por los agentes más interesados y afectados directamente por estas sobre la base de su experiencia práctica. El resultado que se espera conseguir con esta combinación es una mayor corrección y, por lo tanto, mayor efectividad en las medidas que se proponen, a la vez que un mayor grado de observancia aun cuando en ocasiones éstas no sean directamente vinculadas.

La corregulación se define como un método “*en que se combinan los instrumentos jurídicos y no jurídicos y el origen de la iniciativa – los agentes interesados o la comisión – variarán según los sectores*”. Este método es un modelo de soft law, que permite la inclusión en la normativa de unos objetivos generales con un adecuado marco de cooperación público-privada, dotándola de la suficiente flexibilidad e inmediatez para responder de forma inmediata a las necesidades que se planteen. El documento señala que estas medidas solo deberán emplearse “*en la medida en que representen un verdadero valor añadido y sirvan al interés general*”. La corregulación ya se ha empleado, por ejemplo, en ámbitos tales como el mercado interior (*adopción de normas sobre productos en el marco de las directivas denominadas de “nuevo enfoque”*) y el medio ambiente (*reducción de las emisiones contaminantes de los vehículos automóviles*)²⁶⁷ y debe utilizarse, siempre y cuando, no entren en juego ni derechos fundamentales o situaciones políticas importantes. Asimismo, señala la necesidad de que las organizaciones que participen deben ser suficientemente representativas, responsables y capaces de aplicar los procedimientos debidos para su implementación/control/ejecución.

Otra medida incluida en el Libro Blanco es el fomento de las diferentes agencias reguladoras encargadas de supervisar y controlar - en los diferentes ámbitos sectoriales - a los operadores afectados. Ello sin embargo y por la configuración que de las mismas se hace, no constituye ninguna novedad o avance en el camino deseado, por cuanto en muchas ocasiones supone la duplicidad de organismos reguladores (los nacionales y comunitarios) y/o la creación de duplicidades administrativas que, lejos de resolver el problema, lo incrementan considerablemente.

²⁶⁷ “La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco”. Op. citada, p. 24.

Creo que el documento, aun siendo interesante en cuanto al diagnóstico que realiza de la situación y de los objetivos que persigue, se queda muy lejos de lo que hubiera sido deseable en un proceso de modernización y de incorporación de principios de buena gobernanza. Transcurrida más de una década desde su publicación, creo que los hechos nos dan claramente la razón en el sentido de que lejos de haber avanzado Europa, sus instituciones y los gobiernos nacionales en la línea de simplificar, facilitar y agilizar las relaciones e interacción con los ciudadanos, han consolidado - cuando no incrementado - los problemas que acertadamente diagnostica el documento. Y creo que, desgraciadamente, podemos decir sin temor a equivocarnos que a día de hoy estamos en mucha peor situación de la que nos encontrábamos en el año 2001. El documento no solamente no ha tenido la debida aplicación práctica, sino que fundamentalmente en la formulación de las alternativas y de las soluciones, queda se queda muy lejos de donde debiera por cuanto apenas introduce novedades en lo que debería ser la resolución de los grandes retos que el panorama europeo plantea. En fin, que esta preocupación por la mejora de la gobernanza de los países de la UE no ha tenido el resultado práctico que se esperaba.

Unos años después, en 2004, la CE continuó trabajando en esta línea mediante la publicación de la “Comunicación sobre el gobierno y desarrollo de las políticas”²⁶⁸.

En dicha comunicación la Comisión va un paso más allá en la definición del concepto de gobernanza, identificándola como la vía para el ejercicio de las funciones públicas los recursos públicos, que deben ser manejados con los poderes regulatorios que tienen los gobiernos constituyendo ello el reto fundamental de estos²⁶⁹. Acorde con la CE, se establece una diferencia entre lo que es el gobierno o la gobernanza y el buen gobierno.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**) también ha trabajado en este sentido y en un documento de diciembre de 2007 define la buena gobernanza como los principios transformadores. no solo de la relación entre

²⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre Gobernanza y Desarrollo, COM (2003) 615 final

²⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre Gobernanza y Desarrollo, COM (2003) 615 final citada: “*The way public functions are carried out, public resources are managed and public regulatory powers are exercised is the major issue to be addressed in that context*”.

el gobierno y los ciudadanos y los parlamentarios, sino también como el efectivo ejercicio de las funciones de los gobiernos. Ello se plasmaría en el respeto por su puesto del Estado de derecho; necesidad de apertura y transparencia de las instituciones democráticas; buen hacer y equidad en las relaciones con los ciudadanos (incluyendo mecanismos de participación y de consulta); efectividad en los servicios; transparencia y facilidad para su aplicación en la ley y en la regulación; poniendo especial énfasis en la necesidad de un comportamiento ético²⁷⁰.

Por ello, la idea de buen gobierno va un paso más allá, refiriéndose al ejercicio de los poderes públicos para la consecución de unos objetivos para el interés de los ciudadanos a través de la utilización de los diferentes instrumentos que la regulación y la normativa pone a disposición de los gobiernos²⁷¹.

¿Quiere esto decir que la gobernanza y la buena gobernanza son conceptos diferenciados? La respuesta a esta sencilla pregunta no parece sin embargo simple, por cuanto la diferencia entre uno y otro está constituida básicamente por el establecimiento de un plus adicional que es el que otorga a la buena gobernanza un aditamento complementario que va más allá al que hasta ahora hemos venido entendiendo por el concepto genérico de gobernanza. Ese aditamento estará constituido necesariamente por el desarrollo e implementación de lo que son comúnmente denominados “best practices”²⁷², entendidas como el conjunto de principios que deben ser tenidos en cuenta y debidamente coordinados para el ejercicio del gobierno²⁷³.

²⁷⁰ En este sentido, vease el Informe OCDE, Directorate on Public Administration and Management.: “*These principles are: respect for the rule of law; openness, transparency and accountability to democratic institutions; fairness and equity in dealings with citizens, including mechanisms for consultation and participation; efficient, effective services; clear, transparent and applicable laws and regulations; consistency and coherence in policy formation; and high standards of ethical behaviour*”

²⁷¹ En este sentido el profesor Van Gerven, W. (2005). *The European Union. A Policy of States and Peoples*. (1ª ed.). Oxford: Hart Publishing: “*The idea of good governance, therefore, refers to the exercise of public power to pursue objectives and attain results in the interest of the people through a variety of regulative and executive processes*”.

²⁷² Nos referimos al concepto de “mejores prácticas disponibles”, sobre el que posteriormente volveremos. Vid., en este sentido, el excelente trabajo de Gutiérrez Alonso, J.J. (2005). La cláusula de mejores técnicas disponibles versus el criterio de la neutralidad tecnológica y su aplicación en el Derecho Administrativo español. *Revista española de derecho administrativo*, Núm. 128, pp. 639-668.

²⁷³ En este sentido el profesor Gribnau H. (2008) en su artículo *Soft law and Taxation: EU and International Aspects*. Op. citada: “*best practices as well as the principles that should be met in order to count as such as ‘best practice’, all seem to be captured by the same notion of governance*”. También Westerman, P. (2007). *Governing by Goals: Governance as a Legal Style. Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*. Vol. 1, pp. 51 - 72

Esta adecuada coordinación exige sin duda renovar y actualizar los tradicionales instrumentos normativos que se han venido utilizando y que requieren ser transformados. Para ello, no solo es necesario incrementar las vías de participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas, sino también buscar la ayuda complementaria de instrumentos no legislativos con los que se puedan alcanzar estos objetivos. Es en este punto donde el soft law, en una concepción amplia, adquiere una especial relevancia y se constituye en el elemento imprescindible para alcanzar esta ambiciosa meta. Como dice la CE, la legislación es solamente una parte de la solución, pero hay que buscar una adecuada coordinación con normas no vinculantes, como pueden ser recomendaciones o directrices²⁷⁴ e incluso autorregulación, para fijar un adecuado marco de funcionamiento entre ellos²⁷⁵.

Esta mejora de la gobernanza en la UE fija como objetivo, por un lado, una mejor legislación, por el otro, una mejor utilización de los diferentes instrumentos necesarios para ello. Parece claro el método, parece claro el objetivo, pero, sin embargo, no parece tan claro que se hayan conseguido los debidos resultados. Es cierto que en los últimos años se ha producido un incremento de las normas no directamente vinculantes en el seno de las instituciones europeas. Son numerosísimos los ejemplos, muchos de ellos comentados en el trabajo, en los cuales las instituciones comunitarias, el Consejo, las reuniones de ministros regulares o simplemente ad hoc, han utilizado estos mecanismos para responder con agilidad e inmediatez a las graves consecuencias de la crisis económica. Y hemos de constatar que gran parte de los resultados se han conseguido de manera más que satisfactoria. Sin embargo, ello no ha sido más que una expresión puntual de una necesidad temporal, resolver y atender una de las mayores crisis financieras que ha vivido la UE. En el aspecto global creo que no se ha logrado el objetivo deseado y recogido en las propuestas de la CE plasmados en los documentos del año 2001 y 2004 antes mencionados, que no era otro que la mejora de la

²⁷⁴ Un buen ejemplo de ello se da en el ámbito nuclear. En este sentido, hay que señalar la función capital que ha desarrollado la Organismo Internacional de Energía Atómica, al que pertenecen unos 137 Estados. Su función principal es la creación de documentos recomendarios cuyo contenido ha sido consensuado entre expertos de todos los estados miembros, en seguridad nuclear, protección radiológica, gestión de residuos radiactivos y transporte de materiales nucleares. Así, se crean a través de este proceso importantes documentos, como son, ente otros, los *Fundamentos de Seguridad*, los *Requisitos de Seguridad* y las *Guías de Seguridad*.

²⁷⁵ Libro Blanco de la Union europea sobre Gobernanza europea. Op. citada: “*Legislation is often only part of a broader solution cominig formal rules with other non-binding tools such as recommendations, guidelines, or even self-regulation within a commonly agreed framework*”.

gobernanza, con el establecimiento de nuevos mecanismos y un incremento de la participación de los ciudadanos. Quizá precisamente el hecho de que estos instrumentos ágiles flexibles y más modernos se hayan utilizado solamente para paliar los efectos de la grave crisis económica financiera mientras que el resto de materias en su día se sigue trabajando con los métodos tradicionales, ha incrementado la sensación de frustración y la correspondiente desconexión de los ciudadanos con sus instituciones. El histórico proceso de integración europea en el que estamos en curso, hubiera requerido quizás un mayor impulso en la utilización de estos instrumentos al objeto de responder de forma inmediata a TODOS los problemas de los ciudadanos y no SÓLO los problemas ligados al ámbito económico y financiero.

Europa debía haber sido más sensible a las necesidades de cambio que demandaban sus ciudadanos, fomentando una nueva cultura legislativa que permitiera una simplificación del complejo sistema normativo que nos hemos dado y que ha generado un descontento paulatino y creciente en buena parte de la población europea que lejos de ver a Bruselas y sus instituciones como una posible solución a sus problemas, lo ha visto en muchas ocasiones como el generador de los mismos. Es necesario que la política legislativa europea cambie al objeto de permitir un marco que dé a los ciudadanos las soluciones que precisan, reduciendo notablemente la excesiva carga regulatoria que está recayendo sobre los mismos. Para ello, su normativa debía ser más general y abstracta en sus formulaciones y no entrar a todos los detalles de la regulación, utilizando, una adecuada llamada a otros instrumentos complementarios de desarrollo, bien normativos o bien de autorregulación que permitan entrar en los detalles. Qué duda cabe que en la consecución de estas metas, el soft law se debería de haber convertido en un instrumento mucho más usado de lo que ha sido en los últimos tiempos²⁷⁶.

La idea sobre la que se asentaba estaba fundamentada en la necesidad de “elevar” el punto de mira de la legislación, haciéndola más general y abstracta, a un nivel superior donde se fijaran los grandes parámetros a los que debe responder la

²⁷⁶ En este sentido, “Comunicación de la Comisión: Report on Implementation of the Commission’s work programme for 1996, European Commission”, Bruselas, 16.10.1996, COM (2001) 428 final y Opinión de la Comisión “Reinforcing Political Union and Preparing for Enlargement”. También véase Resolución del Consejo de 8 de julio de 1996 sobre simplificación legislativa y administrativa en el campo del Mercado interior. Diario Oficial, C-224/5.

legislación europea, pero permitiendo la utilización de otros instrumentos legislativos más flexibles y útiles para la consecución de los objetivos propuestos. Es la máxima “menos legislación, pero mejor legislación” que, sin duda, debería haber sido puesta en práctica de una forma más intensa por los órganos comunitarios. Esta desregulación hubiera permitido una reducción de la complejidad del cuerpo normativo europeo a la vez que una mayor accesibilidad de los ciudadanos y los gobiernos de los países a esta y a la consecución de sus objetivos.

La utilización de diferentes instrumentos paralegislativos en el ámbito de organizaciones supranacionales europeas no constituye ninguna novedad ni ninguna excepción en el seno de la vieja Europa. La OCDE es un magnífico ejemplo de cómo se ha incrementado en los últimos años una aproximación y generalización de uso de los instrumentos del soft law en el marco de proceso de armonización y regulación europea. El ejemplo de la OCDE es el prototipo de organización intergubernamental que ha sabido combinar adecuadamente los instrumentos normativos tradicionales vinculantes con otro conjunto de diversos instrumentos no vinculantes que han permitido una adecuada aproximación a los problemas y una inmediata resolución de los mismos. La estimación que realizan algunos autores sobre esta diferente tipología normativa señala que, aproximadamente, solo el 20% de su producción normativa responde al concepto tradicional de legislación obligatoria y vinculante. El resto puede ser calificado como una pluralidad de instrumentos no vinculantes pero que han permitido una extraordinaria eficacia en su aplicación²⁷⁷.

La llamada al soft law de estas organizaciones intergubernamentales no se produce en el seno del proceso para la consecución de un fin, sino más bien como el necesario instrumento para la consecución de un objetivo, útil y eficaz para resolver los problemas. Un buen ejemplo de ello es el Código de Conducta de la Fiscalidad de los Negocios²⁷⁸ mediante el que se persigue la creación de unos parámetros

²⁷⁷ En este sentido, el profesor Gribnau H. en su artículo *Soft Law and Taxation: EU and International Aspects*, Op. Citada, p. 92.

²⁷⁸ El 1 de diciembre de 1997, el Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo adoptaron una Resolución relativa a un Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas, con el objetivo de luchar contra la competencia fiscal perniciosa. El Código de Conducta no es un instrumento jurídicamente vinculante, pero en él los Estados miembros asumen el compromiso político de revisar, modificar y derogar las medidas fiscales que constituyan competencia fiscal perniciosa

armonizados para un tema tan sensible es la imposición y el desarrollo económico. El uso del soft law en materia de impuestos directos constituye un instrumento mucho más pragmático que los recursos legislativos tradicionales que en muchas ocasiones se encuentran con el obstáculo de alcanzar la necesaria unanimidad para su aprobación. La opción de elegir estos códigos de conducta es un buen ejemplo del resultado de una política de objetivos²⁷⁹.

En esta línea, el concepto de soft law debe ser clarificado para diferenciar las diferentes alternativas que las instituciones o los gobiernos eligen para el ejercicio de sus funciones y el establecimiento de unos mecanismos globales de armonización y de ejecución. El término soft law es utilizado en el contexto de la UE como un conjunto indeterminado de instrumentos donde se incluyen las comunicaciones, códigos de conducta o recomendaciones, y es aquí donde algún autor defiende la necesidad de clarificar el concepto de soft law vinculándolo única y exclusivamente a aquellos casos en los que se emplea por las organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales. De esta forma, parece desprenderse que el concepto de soft law no puede ser utilizado directamente por los gobiernos²⁸⁰.

Sin embargo, no puedo estar más en desacuerdo con esta postura reduccionista del soft law, por cuanto supone identificarlo como un instrumento o recurso de última instancia a disposición de aquellas organizaciones supranacionales que recurren al mismo como último recurso y ante la imposibilidad de utilizar instrumentos vinculantes. La dinámica social que se produce en nuestros días no permite diferenciar entre organizaciones internacionales o supranacionales y

(desmantelamiento); y abstenerse de promulgar nuevas medidas de este tipo en el futuro (mantenimiento del *statu quo*). Aunque en un principio los principales destinatarios del Código de Conducta eran los Estados miembros, estos se comprometieron también a promover la adopción de los principios del Código en los terceros países y en los territorios a los que no se aplican los Tratados de la UE (véase la letra M del Código). Tal y como prevé la Resolución, el 9 de marzo de 1998 el Consejo Ecofin creó el Grupo «Código de Conducta» (Fiscalidad de las Empresas) en el marco del Consejo, con el fin de evaluar las medidas fiscales dentro del ámbito de aplicación del Código de Conducta. Según el Código de Conducta (letra B), “*deben considerarse potencialmente perniciosas y, por consiguiente, afectadas por el presente Código las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate*” (criterio de entrada). A partir de ahí, se utilizan cinco criterios para determinar si las medidas son efectivamente perniciosas.

²⁷⁹ Radaelli, C. (2002). The Code of Conduct against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination in Disguise. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Papers*, Núm. 43, donde señala que la elección voluntaria de un código de conducta se produce por una conveniencia política: “*Most governments felt that a directly would erode political sovereignty and would be difficult to manage*”.

²⁸⁰ En este sentido Kirton, J.J. & Trebilcock, M. J. *Introduction: Hard choices and soft law*. Op. citada.

gobiernos nacionales. La globalidad de los problemas y de la sociedad a la que les afecta, tal y como hemos venido defendiendo en páginas precedentes, nos lleva a considerar la utilización del soft law debe estar abierta no solo a estas instituciones sino también a los gobiernos nacionales. En caso contrario, estaríamos limitando o cercenando la posibilidad de solucionar problemas que a la vez que le estaríamos introduciendo una extremada rigidez en sus métodos de actuación.

Si entendemos y aceptamos la definición del soft law dada por el profesor Snyder²⁸¹, como “*rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects*”, parece claro que el soft law no queda ni puede quedar limitado al ámbito de las organizaciones supranacionales. En este sentido, creo que no es un criterio subjetivo el que identifica al soft law o quien lo puede utilizar, sino un criterio objetivo constituido por los diferentes elementos que integran el mismo y que permiten extraer unas características comunes. Dichas características son fundamentalmente una variedad en los instrumentos en los que se materializa; una carencia de fuerza jurídica vinculante a la par de una extraordinaria “autoritas”, que implica una voluntaria participación y fuerte auto aplicación por parte de los destinatarios de la misma. Sin duda, este último punto estará en relación directamente proporcional con la legitimidad del órgano o de la identidad del cual emana.

De la misma forma debemos realizar otra clasificación de nivel de utilización del soft law en función del ámbito internacional o supranacional en el que nos encontremos y de la mayor o menor configuración u organización preexistente en las instituciones supranacionales. Ello nos lleva a entender que el soft law puede tener un peso variable y un amplio abanico de posibilidades en función de que nos encontremos en un entorno o en otro. Nos estamos refiriendo a aquellos casos en los que la convivencia del soft law se produzca o no en el seno de instituciones u organizaciones supranacionales en el que convivan conjuntamente con él una capacidad normativa creadora que le permita adoptar por sí mismo instrumentos legislativos vinculantes. Esta es claramente la situación de la UE, donde en contraste con otras organizaciones internacionales, ella misma recoge en sus

²⁸¹ Snyder, F. (1993) Soft Law and Institutional Practice in the European Community. En: *The Construction of Europe – Essays in honour of Emile Noel*. (1ª ed.). London: Kluwer Academic Publishers.

propios tratados²⁸² una diferente tipología de instrumentos legislativos con los cuales podrá convivir y será más fácil alcanzar los objetivos el soft law.

Esta diferencia es absolutamente evidente con aquellos otros organismos que no gozan de esta capacidad normativa y donde el ámbito de acuerdo que han llegado sus miembros ha quedado reducida a las recomendaciones o genéricas exhortaciones para la realización de determinados cumplimientos o para la consecución de determinados objetivos. En contraste con ello, la UE tiene una multiplicidad de organismos e instrumentos para ejercer una presión compulsiva sobre los Estados miembros al objeto de exigir su cumplimiento²⁸³. Ello nos lleva a considerar la posible existencia de unas características diferentes en el soft law europeo en relación al que se puede producir en el ámbito del resto de organizaciones internacionales. En relación a ello, la doctrina considera la existencia de tres elementos fundamentales del soft law:

1. El soft law en el ámbito europeo queda referenciado fundamentalmente a las reglas de conducta o recomendaciones a los ciudadanos de la UE.
2. Estas reglas de conducta o estas recomendaciones se manifiestan a través de una fuerza obligatoria vinculante por lo que no será posible el establecimiento de una sanción legal.
3. Las reglas emanadas del soft law de esta manera tiene por objeto conseguir un impacto en el comportamiento de sus destinatarios más por la vía de la convicción que por la vía de la imposición²⁸⁴.

²⁸² En este sentido el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada, publicado en el DOUE el 30 de marzo de 2010.

²⁸³ En este sentido Gribnau, H. *Soft law and Taxation: EU and International Aspects*. Op. citada, p. 84: "There is often a subtle interplay between "soft law" and "hard law". This also goes for the Code of Conduct which was reinforced by a stricter application by the Commission of the Treaty rules of State aid. The State aid criteria and the Code of Conduct have a dominant influence on the national debates on corporate income tax. Thus, the combination of hardlaw and "soft law" was used to convince the Member States to take the obligations with regard to tax coordination more seriously. "Soft law" itself may also have hard edges. Notable is the fact that the results of the Primarolo report were presented as *acquis communautaire* in the negotiations with new Member States. Here, a switch appears to have been made: "soft law" became a form of "extremely hard law".

²⁸⁴ En este sentido Gribnau, H. *Soft law and Taxation: EU and International Aspects*. Op. citada, p. 95: "Nonetheless, the notion of "soft law" as used in the EU bears many similarities to conceptions of "soft law" in an international (as well as national) context. In the context of the EC, legal doctrine points to three core elements of "soft law". Firstly, the concept refers to "rules of conduct" or "commitments". The second element is that these rules or commitments are laid down in instruments which have no legally binding force (they are not directly enforceable) as such. Although "soft law" lacks the possibility for legal sanctions, it may nevertheless produce indirect legal effects. Thirdly, rules of "soft law" aim at, and may lead to, some practical effect or impact on behaviour".

Esta teoría, sin embargo, entiendo que encuentra algunos defectos esenciales en su formulación por cuanto los tres elementos anteriormente referenciados podrían ser aplicables - de la misma manera que a las normas emanadas en el seno de la UE - a aquellas que bajo el paraguas del soft law emanan en el seno de otras organizaciones internacionales. Asimismo, una de las características que se menciona como esencial (la inexistencia de una sanción en caso de incumplimiento de una de estas normas dictadas al amparo del soft law) ha devenido ineficaz en los últimos años porque la realidad práctica nos ha puesto de manifiesto una floreciente aplicación de recomendaciones que, sin tener un automático efecto vinculante, sí que han tenido un efecto relevante en las pautas de comportamiento de los Estados (fundamentalmente, en el ámbito del control de los efectos de la crisis económica). La crisis económica que hemos padecido en los últimos años, y cuyos efectos todavía seguimos padeciendo, ha tenido una consecuencia directa en la generalización de instrumentos normativos no vinculantes, pero con una gran fuerza de convicción. La necesidad de responder de forma inmediata a la acuciante crisis económica ha impulsado la aparición de una multiplicidad de variedades del soft law que ha permitido en buena medida atajar los problemas de ésta y poder afrontar con éxito alguna de las necesidades que el momento histórico requería.

Pero, en esta difícil combinación entre la utilización de instrumentos vinculantes y los recursos del soft law es preciso encontrar un adecuado equilibrio por cuanto no siempre será posible la utilización de estos últimos para la resolución de algunos problemas. Los actores privados, fundamentalmente agrupados a través de organizaciones o asociaciones, representan y ostentan un papel fundamental en la búsqueda de soluciones adecuadas a la complejidad de las relaciones sociales económicas que una sociedad globalizada demanda. De ahí a poder afirmar que, en todo caso y situación, estas agrupaciones o asociaciones (esta sociedad civil en general) sean el elemento imprescindible para que en todo caso tengan un papel en la ejecución y desarrollo de los cambios legislativos creo que es demasiado aventurado.

Algunos instrumentos de soft law en la UE

Me gustaría citar ahora dos ejemplos, creo que bastante ilustrativos de lo que estamos hablando y que es una prueba de esta utilidad y eficacia del soft law. En

numerosas ocasiones, la reciente crisis económica por la que estamos pasando, ha provocado una complejidad en las relaciones jurídico-económicas que ha exigido la adopción de mecanismos extraordinarios y, en muchas ocasiones innovadores, establecidos por los Estados y por las organizaciones supraestatales al objeto de la adopción de medidas que permitan una adecuada respuesta a las necesidades que el mercado exige. En este sentido, la UE no ha sido una excepción y aunque se trata de una situación que no es explicable desde una única perspectiva, sí que conviene señalar que el carácter asimétrico de la Unión Económica y Monetaria (**UEM**) en el que nos encontramos provoca como punto débil la insuficiencia de mecanismos de supervisión que habían venido siendo aplicados hasta el año 2010. La propia virulencia de la crisis con algunos países de la UE ha puesto de manifiesto la ineficacia de estos mecanismos y la necesidad de aplicar otros que vayan más allá de lo que es simplemente las facultades de supervisión que se habían establecido hasta ahora a través de la UEM.

Procedimiento de desequilibrio macroeconómico

Entre estos mecanismos debemos destacar fundamentalmente la reciente aparición de los sistemas de procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios económicos macroeconómicos, más denominado como Procedimiento de Desequilibrio Macroeconómico (**PDM**). El PDM ha sido aplicado por primera vez en el año 2012 con ocasión del segundo semestre europeo. Mediante el PDM lo que tratan los Estados es ir un paso más allá de la mera supervisión multilateral que se había establecido anteriormente en el ámbito de la política económica comunitaria configurando mecanismos de supervisión de aspectos presupuestarios que abarcan - mediante un procedimiento concreto - el análisis de cualquier desequilibrio macroeconómico que pueda producirse dentro de los Estados miembros (lógicamente cuando este desequilibrio pueda tener una influencia en el estado de las finanzas o en la percepción de los mercados de la situación de la moneda única comunitaria). La razón de ser de estos mecanismos del PDM y su incardinación en el marco del semestre europeo es analizado con detalle por el Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de la Rioja don Francisco Jesús Carrera

Hernández²⁸⁵. En el mismo, el profesor Carrera señala que los mecanismos de supervisión multilateral existentes hasta finales de 2012 no han permitido alertar ni prevenir del deterioro de las economías nacionales y señala que probablemente ello fue así porque no se estimó necesario configurar un mecanismo que contemplara una serie de mecanismos adicionales que permitieran realizar un seguimiento de ciertas variables para prevenir riesgos que consideraron superados en el marco de la UEM. Es de destacar, en la existencia de estos mecanismos y en el análisis que del mismo hace el profesor Carrera la vinculación sobre la configuración de algunas de las medidas que en el mismo se contempla como un auténtico soft law y resulta muy relevante el análisis que el profesor comenta sobre las consecuencias del incumplimiento de estas medidas y sobre todo de la posibilidad de revisión por parte de los organismos comunitarios.

Sin perjuicio de que no es el objeto de análisis detallado en este estudio, vamos a tratar de resumir muy sumariamente cuales son las características fundamentales del mecanismo del PDM que se ha impuesto en el ámbito del control económico de la UE y que estamos familiarizados constantemente por cuanto son permanentes las referencias que la prensa realiza a este mecanismo.

La primera fase del mecanismo, como señala el profesor Carrera tiene un carácter preventivo y de alerta y se centra fundamentalmente en realizar un análisis anual dirigido a estudiar la situación macroeconómica de cada Estado miembro, tratando de detectar la existencia de algún desequilibrio y las características del mismo, al objeto de analizar si procede o no la adopción de determinadas medidas cuando este desequilibrio pueda resultar excesivo. Para ello, se señalan tres instrumentos, los dos primeros son estudios de variables macroeconómicas, el informe sobre los mecanismos de alerta y los exámenes exhaustivos y el tercero expresa el poder de las instituciones para adoptar medidas preventivas cuando se han detectado dichos desequilibrios. Desde el punto de vista subjetivo, el marco concreto de ejecución del mecanismo del PDM corresponde fundamentalmente a la CE, que es la encargada de su impulso y desarrollo. Sin embargo, no constituye un instrumento única y exclusivamente de la CE, sino que corresponde al Consejo la última palabra

²⁸⁵ Carrera, F.J. (2013). Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: El procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos – PDM. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm 44, pp. 63-100.

al momento de adoptar las decisiones. Se trata de un mecanismo comunitario donde existe un necesario diálogo entre CE y Consejo por cuanto la capacidad del Consejo para la adopción de determinadas medidas debe estar basada o fundamentada en el trabajo previamente desplegado por parte de la CE. Por ello, como señala el profesor Carrera la CE actúa como eje central del procedimiento, pudiendo afirmarse que sus competencias tienen también un importante carácter discrecional desde el punto de vista político en algunos casos.

El mecanismo de alerta es el que pone en marcha el procedimiento y sirve para realizar una primera valoración sobre la existencia de esos desequilibrios. Se realiza por parte de la CE mediante un informe que consiste en evaluar la situación económica y financiera de carácter cualitativo de la UE y de la zona Euro. A continuación, se procede al examen exhaustivo de las circunstancias o de los índices que se han puesto de manifiesto y se realizan en relación con todos los Estados miembros con el objeto de que el sistema de alerta temprano de los desequilibrios resulte más efectivo. Conforme a este sistema, tras el informe sobre los mecanismos de alerta, la CE procede a realizar los exámenes exhaustivos individuales sobre la situación macroeconómica de los Estados miembros que presentan estos desequilibrios, obligando a los Estados a la presentación de los programas nacionales de reforma y a la ejecución de los mismos que han sido previamente remitidos a la CE.

Más allá del diálogo que se desarrolla con el Consejo, la CE mantiene contactos individuales con las autoridades nacionales de los Estados miembros. En el caso del PDM, este diálogo se desarrolla durante la elaboración de los informes por la CE y puede ser importante y determinante el camino que se siga en el procedimiento a partir de ese momento.

En efecto, y como señala el profesor Carrera, una vez presentados los informes exhaustivos y en relación con el Estado que hayan presentado los desequilibrios, el procedimiento puede terminar en la adopción de unas medidas preventivas o la apertura de un procedimiento si, como consecuencia de los desequilibrios que se han generado en ese Estado, han sido excesivos. Pero al margen de discrecionalidad siempre está presente en la adopción de estas decisiones por parte de la CE y son algunos los ejemplos que hemos visto en los últimos años por

cuanto la CE realiza la respuesta respecto de la adopción de una serie de medidas, pero finalmente corresponde al Consejo tener la última palabra respecto de las medidas que han sido adoptadas.

La tercera pata de las instituciones comunitarias, el Parlamento Europeo (**PE**) tiene un papel menos relevante en este ámbito y se encuentra relegado solamente a recibir los informes y las recomendaciones adoptadas siendo posteriormente analizados por parte de los eurodiputados en los debates correspondientes. Se puede realizar en este sentido, se produce un diálogo en el PE con las diferentes instituciones que intervienen en el procedimiento incluido el Eurogrupo y las propias autoridades nacionales, pero no corresponde - evidentemente - un papel protagonista al PE en la implementación de este procedimiento.

Las consecuencias de estas medidas para los Estados miembros son evidentes. Supone una necesidad de explicación frente a la opinión pública, frente a los mercados e incluso frente a los restantes socios comunitarios. Una explicación, decíamos, sobre cuáles son los desequilibrios y las causas que lo hayan provocado y fundamentalmente cuales son las medidas que están dispuestos a adoptar para el restablecimiento del equilibrio necesario. La existencia de una moneda única ha supuesto una ligación mucho mayor en las políticas económicas de los distintos países por cuanto que las suertes de unos están ligadas a los otros. Ello tiene como complemento lógico el hecho de que esta circunstancia ha sido considerada en muchas ocasiones como la verdadera "tabla de salvación" para aquellos países más incumplidores, dado que la capacidad de decisión de sus gobiernos queda claramente delimitada como consecuencia de pertenecer a este club elitista, que es sin duda el euro.

La exigibilidad del cumplimiento de las medidas reparadoras y restablecedoras del necesario equilibrio serán analizadas por parte del Consejo. El Estado en concreto deberá dar cuenta de los avances y de las mejoras que se han producido al objeto de que desaparezca la verdadera situación de riesgo. De no ser así, podríamos encontrarnos que el riesgo de desequilibrio se extienda al resto de los Estados.

Sin embargo y centrándonos en lo que a nosotros nos interesa, como afirma el profesor Carrera²⁸⁶ en esta primera fase del procedimiento nos encontramos con las normas del soft law. ¿Por qué? Porque la competencia nacional se encuentra limitada, pero no se recogen consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento; son más bien consecuencias desde el punto de vista reputacional o desde el punto de vista de imagen, que consecuencias estrictamente jurídicas. El Consejo con la asistencia de la CE, va a revisar cual es el grado de cumplimiento, y si no se produce una situación de mejora respecto de las variables que se le han indicado a cada uno de los Estados, se le establecerán las correspondientes recriminaciones y recomendaciones al Estado incumplidor. Pero estas recomendaciones no tienen un carácter compulsivo en el sentido de que vayan a ser exigidas al estado como pertenecientes o integrantes del selecto club del euro.

Lógicamente, en aquellos casos en los que los Estados necesitan ayuda o financiación comunitaria como se han producido en numerosas ocasiones a lo largo de estos últimos años sí que tienen un instrumento compulsivo mucho mayor cual es que no existirá la ayuda comunitaria, en definitiva la entrega de dinero a un interés económicamente ventajoso, en tanto en cuanto no se haya producido el cumplimiento y el restablecimiento de los desequilibrios que habían dado lugar o que ocasionan la petición de esta concreta ayuda. Ahí sí que, podemos decir, existe un mecanismo compulsivo cual es la necesaria justificación para recibir la ayuda solicitada. Pero fuera de estos casos no podemos afirmar la existencia de medidas convulsivas al estado para obligarle a su cumplimiento.

En el caso de que se haya producido este cumplimiento de nuevo se pone de marcha el mecanismo entre CE y consejo al objeto de señalar un plazo en el cual el estado deberá presentar el plan correspondiente de corrección que será valorado por la comisión europea mediante un informe, diálogo que se produce de nuevo entre los países infractores, la Comisión y el Consejo.

Además, y en relación con los Estados miembros de la zona euro, el PDM ha previsto la aplicación de sanciones en forma de multa anual cuando se adopten sucesivamente dos recomendaciones del Consejo por considerar que han sido

²⁸⁶Carrera F. J. *Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: El procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos*. Op. Citada.

insuficientes las medidas correctoras previstas en el plan. De esta forma, como afirma el profesor Carrera, se convierte en un instrumento en manos de una institución, destinada a constreñir al Estado miembro en causa a adoptar un plan de medidas correctoras de conformidad con las recomendaciones que se le han indicado. Se trata, por tanto, de un caso curioso en que se cuestiona aquí la consideración de un auténtico soft law por cuanto sí que existe en el ámbito de la zona euro una exigibilidad por medio de algo compulsivo: *“Conviene resaltar el hecho de que se extraigan consecuencias jurídicas y se sancione el incumplimiento de una Recomendación del Consejo, lo que cuestiona su consideración como soft law. Personalmente me resulta técnicamente aconsejable afirmar que estamos en presencia de recomendaciones sui generis. No se desencadenan los mecanismos habituales previstos en el TFUE para los casos de incumplimiento del Derecho de la Unión (por ejemplo, no procede la presentación de un recurso por incumplimiento contra el infractor), pero se aplican mecanismos sancionadores específicos creados ad hoc en relación con ciertos incumplimientos de ciertas recomendaciones adoptadas en el ámbito de la zona euro; extremo, este último que explica una diferente caracterización de los actos no obligatorios en función de la categoría de Estado miembro afectado”*²⁸⁷.

Lo que sí resulta muy importante es el análisis que realiza el profesor Carrera respecto del control y la participación que tiene otra de las instituciones comunitarias cual es el TJUE. Como señala, el TJUE, tiene pocas posibilidades de participar en la gobernanza económica de la UE y son escasas las sentencias que en el pasado se han producido relacionadas con la interpretación de las normas del tratado o los instrumentos introducidos en esta materia. Como en el caso que estamos mencionando, en la mayoría de los supuestos, nos encontramos en el ámbito de las normas del soft law. Por lo tanto, no caben medidas de carácter jurisdiccional, porque no estamos ante medidas de aplicaciones estrictas del derecho.

Sin embargo, si el TJUE no puede ser llamado a intervenir para analizar el requerimiento que se le haya realizado a algún Estado, sí que tiene dos vías de

²⁸⁷ Carrera F. J. *Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: El procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos*. Op. Citada.

intervención. Como señala el profesor Carrera: una primera es conocer del recurso de anulación, provocando un efecto contrario - en cierta medida judicializando algunos aspectos relativos a la decisión. Este tipo de intervención se produce en dos casos, primero cuando haya sido dirigida una decisión de constatación de un incumplimiento y se pretenda su anulación y, en segundo lugar, cuando lo que se impugna es la sanción que le ha sido impuesta en virtud del mecanismo del reglamento comunitario señalado anteriormente.

En ambos casos, la extensión o la capacidad de intervención que tendrá el TJUE es el que quedará circunscrita a los ámbitos por los motivos por los cuales se puede presentar el recurso de anulación. Esto es, respecto de la decisión que haya sido o el requerimiento que se haya dirigido a un Estado deberá analizarse única y exclusivamente la competencia por parte de la institución comunitaria para dirigir esa recomendación al estado. Podrá comprobar si la decisión de la anulación ha sido adoptada por una institución competente y dentro de los límites de la competencia de la UE, si el procedimiento de decisión ha sido respetado, si la decisión está motivada, si no constituye una violación del derecho de la UE, etc. Pero lo que no podrá realizar es un análisis sobre la corrección, o valoración si quiera, de las medidas a los que son requeridos al Estado.

En el caso de las sanciones, nos encontramos ante un caso similar. Estas son igualmente recurribles cuando se hayan producido como consecuencia del incumplimiento de una decisión, pero el análisis que vaya a realizar el TJUE debe limitarse a declarar la nulidad o la validez de la decisión adoptada por el consejo conforme a los motivos de anulación previsto en el TFUE: *“Si el TJUE no puede ser llamado a intervenir para constreñir a los Estados a respetar las recomendaciones del Consejo, ello no evita que se puedan plantear otro tipo de participaciones. Especialmente, puede conocer de recursos de anulación, provocando un efecto contrario y, en cierta medida, judicializando algunos aspectos relativos al PDM. Este tipo de intervenciones se pueden producir en dos situaciones: por in lado, cuando un Estado miembro al que le haya sido dirigida una Decisión de constatación de un*

*incumplimiento pretenda su anulación; por otro lado, cuando impugne la sanción que le haya sido impuesta*²⁸⁸.

Problema común a ambas situaciones, desde el punto de vista de la extensión de la intervención del TJUE, es que la presentación del recurso de anulación queda limitada a los motivos de alegación previstos en el artículo 263 TFUE. El TJUE no podrá entrar a valorar si efectivamente las medidas económicas adoptadas en un Estado miembro han sido las correctas, o si el plan de medidas correctoras era el más adecuado. Tampoco poco puede estudiar si realmente las medidas adoptadas por el Estado miembro se acomodaban a las recomendaciones que le han sido dirigidas. El tenor literal del artículo 3.3 del Reglamento PDM despeja cualquier duda al respecto señala que *“las decisiones... se considerarán adoptadas por el Consejo a menos que este decida, por mayoría cualificada, rechazar la recomendación...”*. Por tanto, hay acto del Consejo en caso de aprobación automática de la Recomendación de la Comisión, incluso cuando el Consejo no haya intervenido formalmente, por no haberse reunido. En su sentencia, el TJUE debe limitarse a declarar la nulidad o validez de la Decisión adoptada por el Consejo conforme a los motivos de anulación previstos en la TFUE²⁸⁹.

Open methods of Coordination

Uno de los instrumentos que recientemente ha tenido un gran desarrollo práctico en el seno de la UE y que ha sido analizado por los autores como consecuencia de la extensión que del mismo se ha dado son los los métodos abiertos de coordinación (Open Method of Coordination u **OMC**) de la UE. Estos instrumentos pueden tener diversos usos por parte de las Instituciones Comunitarias. En especial, se identifican tres fundamentalmente: el primero de ellos sería aquel encaminado a la adopción de medidas o de *guidelines* en el ámbito de la política económica, empleo o pensiones; el segundo grupo incluiría la utilización de este instrumento para el desarrollo de políticas que deben ser desarrolladas en el futuro, como son en materia tecnológica, política medioambiental, salud, etc.; y el tercer y

²⁸⁸ Carrera F. J. *Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: El procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos*. Op. Citada.

último grupo, sería aquel que se utiliza fundamentalmente en el ámbito de la política fiscal²⁹⁰.

Constituye un ejemplo paradigmático de cómo en el seno de la UE este movimiento del soft law se ha ido abriendo paso y lo ha venido a considerar como uno de los reflejos importante de lo que se llama el new governance, adquiriendo un papel destacado en el desarrollo del proceso de armonización e integración de las políticas sociales de la UE superando, en muchas ocasiones, los problemas tradicionales que los antiguos instrumentos habían venido planteando²⁹¹. El OMC constituye un elemento para fijar unos objetivos y “*guidelines*” en el comportamiento de los Estados miembro que, sin tener carácter obligatorio o exigibilidad del cumplimiento frente a la justicia, otorga unos estándares uniformes que deben ser construidos y respetados por todos los Estados miembros. En comparación con los instrumentos legislativos tradicionales de la UE, los OMC se han desarrollado de forma extraordinaria en áreas tales como empleo, educación y política social permitiendo la diversidad y particularidad de cada uno de los países, respetando el grado de desarrollo e implantación del grado de bienestar y la complejidad social del Estado pero señalando, a la vez de forma clara y tajante, cuales son las exigencias comunes que el proceso de construcción europeo requiere en estos ámbitos tan destacados.

Para ello, este nuevo mecanismo de coordinación debe tener en cuenta las peculiaridades de cada uno de los Estados y de los diferentes sectores afectados. Ello solo puede realizarse mediante el empleo de sistemas de participación y poder compartido en los diferentes sectores y niveles de esos sectores que puedan estar afectados haciendo un análisis descentralizado y basándose en un proceso deliberativo y de consulta flexible y revisable. El conocimiento y la experiencia de los sujetos destinatarios de la OMC es el mejor instrumento para que estas respondan y resuelvan el problema que tiene por objeto otorgando un marco adecuado que se acomode a la diversidad y peculiaridad de los objetivos marcados y de los Estados integrantes.

²⁹⁰ En este sentido Radaelli, C. *The Code of Conduct against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination in Disguise*. Op. citada.

²⁹¹ En este sentido, Zeitlin, J & Trubek, D. (2003). *Governing works and welfare in a new economy: European and American experiments*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press.

En palabras de Trubek, los defensores de este mecanismo de coordinación señalan tres razones que justifican su utilización.: *“Zeitlin and Sabel (2003) summarize the essential elements of the OMC as follows:*

- 1) *Joint definition by the member states of initial objectives (general and specific), indicators, and in some cases guidelines;*
- 2) *National reports or action plans which assess performance in light of the objectives and metrics, and propose reforms accordingly;*
- 3) *Peer review of these plans, including mutual criticism and exchange of good practices, backed up by recommendations in some cases;*
- 4) *Re-elaboration of the individual plans and, at less frequent intervals, of the broader objectives and metrics in light of the experience gained in their implementation”²⁹².*

Así, en primer lugar, las diferentes circunstancias y realidades sociales de los países que integran a la UE, máxime en un entorno tan complejo y políticamente sensible como es el de la política social o de empleo. En este ámbito, qué duda cabe que este instrumento blando otorga a los Estados un amplio abanico de posibilidades para resolver los problemas, a la vez que permite regular los adecuados sistemas de retorno de información sobre su eficacia con el fin de permitir adaptarlo en función de las circunstancias cambiantes que se vayan produciendo. Este es quizá uno de los aspectos más importantes que otorga el soft law: la falta de petrificación de la norma permite que esta pueda ser adaptada a la realidad social que, por su propia naturaleza, es esencialmente cambiante.

Como segundo aspecto, se destaca la adecuación de este mecanismo para resolver aquellas situaciones en que las que la separación entre la realidad social y la norma es muy acentuada. En estos casos, un cambio legislativo por medio de los mecanismos tradicionales puede provocar un efecto distorsionador y, en consecuencia, perder la finalidad que se perseguía con la modificación legislativa. Para estos casos, los mecanismos blandos permiten fijar niveles mínimos de exigencia a través de los cuales se podrá ir avanzando para superar esa barrera

²⁹² En este sentido, Trubek, DM., Cottrell, P. & Nance, M. *Soft Law, Hard Law, and European Integration*. Op. citada.

que en principio parecía infranqueable. Una vez más, el ejemplo de gobierno corporativo y el cambio que ha experimentado nos puede servir de ejemplo claramente ilustrativo. Si a finales del siglo XX se hubiera incorporado a las normas con carácter obligatorio las modificaciones que la Ley de Sociedades de Capital ha introducido, se hubiera provocado un efecto perturbador en el funcionamiento ordinario de las sociedades de capital que hubiera frustrado la finalidad que se perseguía. Con el sistema utilizado - de fijarlo primeramente como norma potestativa o recomendación - se ha dado a las sociedades el tiempo necesario para adaptarse progresivamente a las exigencias que hoy recoge la citada ley.

Como tercero y último elemento justificador de acierto de utilizar el instrumento del OMC se señala la legitimación, que procede de la amplia base social que se tiene en cuenta a la hora de su aprobación. A diferencia de los anteriores dos aspectos que hemos señalado, en los que la bondad de aplicación de este instrumento descansaba en la propia naturaleza intrínseca de éste, en este caso será necesario que el proceso de elaboración de la OMC atienda este principio de base de legitimación para que sirva a la finalidad que se persigue con ella. De otra forma, la mera denominación o utilización de este instrumento no lleva implícita la legitimación en sí misma, sino que requiere que el sujeto o sujetos actores encargados de la elaboración de esta realicen esa elaboración previa de consulta y evaluación de los stakeholders.

La utilidad de estos mecanismos abiertos de coordinación se basa en la capacidad que estos tienen de producir alguno o algunos cambios del comportamiento de los sujetos afectados. Para ello, es preciso que este cambio venga impulsado a través de uno o varios mecanismos de difusión o de interacción con los destinatarios. Pueden ser varios los niveles en los cuales esta difusión o interacción pudiera realizarse. Siguiendo a Trubek²⁹³ hay seis vías a través del cual los OMC pueden influir en el cambio del comportamiento:

1) *“Shaming. Member states will seek to comply with guidelines in order to avoid negative criticism in peer review and Council recommendations.*

²⁹³ En este sentido, Trubek, DM., Cottrell, P. & Nance, M. *Soft Law, Hard Law, and European Integration*. Op. citada.

2) *Diffusion through mimesis.* The guidelines and information provided by the Commission and peer states put before national policy makers a coherent policy model they are encouraged to copy; the iterative nature of the OMC, benchmarking, and peer review reinforce is this process.

3) *Diffusion through discourse.* The OMC process might result in the construction of a new cognitive framework or a “new perspective from which reality can be described, phenomena classified, positions taken, and actions justified.” Broadly conceived, discursive transformation may also include the development of a common vocabulary, use of symbols (e.g. indicators), and changes in ordering assumptions and views on causality.

4) *Networking.* The creation of new policy networks through the OMC within national governments (through correspondence in the formulation of National Action Plans, for example) and outside of government (soliciting input from civil society and social partners) will capitalize on a more robust and diverse body of knowledge, and facilitate social processes of deliberation and learning.

5) *Deliberation.* The process of deliberation among this diverse set of actors fosters exchange of policy knowledge and experience, allows actors to get to know each other’s governing systems and ways of thinking, and promotes a common identity through continued interaction, socialization, and persuasion.

6) *Learning.* Hemerijck and Visser define learning operationally as “a change of ideas and beliefs (cognitive and/or normative orientations), skills, or competencies as a result of the observation and interpretation of experience.” Trubek and Mosher observe that the OMC facilitates policy learning by a series of mechanisms: “...that destabilize existing understandings; bring together people with diverse viewpoints in settings that require sustained deliberation about problem-solving; facilitate erosion of boundaries between both policy domains and stakeholders; reconfigure policy networks; encourage decentralized experimentation; produce information on innovation; require sharing of good practice and experimental results; encourage actors to compare results with those of the best performers in any area; and oblige actors collectively to redefine objectives and policies.”

Estos mismos mecanismos nos pueden servir para evaluar el grado de aplicación y de efectividad que ha tenido el mecanismo de coordinación permitiendo, de esta manera, considerar lo acertado del mismo o la necesidad de introducir cambios.

En todo caso, y con independencia de que no siempre lo OMC han servido a la finalidad conseguida, sí que estamos en presencia de un instrumento fundamental en el proceso de la gobernanza europea y que forma parte junto con otros muchos de los instrumentos que se ha dotado la organización comunitaria en estos últimos años. De esta forma creemos que no constituye una alternativa excluyente respecto de los instrumentos tradicionales, en el sentido de que solo se podrá acudir a ello cuando no sea posible utilizar los primeros. Los OMC se han configurado como un instrumento más del cual se valen las instituciones comunitarias en función de las circunstancias concurrentes o del objetivo que se persiga, pero no como algo residual al que se recurre cuando no queda otro remedio²⁹⁴. Esta consideración ha adquirido en los últimos años una especial relevancia y confirmación como consecuencia del proceso de crisis económica que aun hoy estamos padeciendo. Para atajarlo, resolverlo o atenuarlo la UE ha recurrido a este instrumento no como último recurso o como una alternativa a los mecanismos tradicionales por no ser posible la utilización de aquellos, sino sobre la base del entendimiento de que es el instrumento adecuado a las circunstancias concurrentes, habiéndose extendido su ámbito de aplicación para la coordinación de políticas fiscales, de estabilidad y crecimiento de control del déficit.

Ello nos demuestra que en este complejo social y económico en donde nos estamos moviendo, los Estados miembro han evitado adoptar decisiones estrictas y han preferido acudir a mecanismos flexibles. Las razones que han motivado a ello creo que están íntimamente ligadas, en primer lugar, a la complejidad del problema al que se enfrentaba. En segundo, y más importante lugar, a la dificultad de resolverlo con soluciones únicas e inamovibles por cuanto la realidad nos ha puesto de manifiesto lo cambiante de la sociedad y de la economía en la que nos movemos.

²⁹⁴ En este sentido Armstrong, K & Kilpatrick, C. (2007). Law, governance, or new governance? The changing open method of coordination. *Columbia Journal of European Law*, Vol. 13, pp. 650-675: *"the most significant characteristic of the new EU employment governance: it is already a self-consciously integrated regime where the OMC, ESF, and employment law measures each play distinctive and overlapping roles in realising social justice and competitiveness objectives. From this perspective, one of the most central achievements of the EES is that it builds bridges between employment legislation...and the European Social Fund"*.

Para resolver este complejo escenario una adecuada combinación entre la norma tradicional y el soft law ha sido el mecanismo elegido para temas tan relevantes como los fiscales o la política de empleo. Este banco de prueba servirá, sin duda, para aportar elementos definitorios de lo que consideramos podría ser una nueva normativa o formas de regulación que podemos considerar híbridas.

Esta legislación híbrida surge de la superación entre esa separación entre las normas hard y las normas soft, que da una alternativa real y flexible a los problemas planteados. Será necesario que se avance en esta línea con el fin de superar los recelos mutuos, que todavía perduran en algunos sectores, y siendo conscientes de que estamos ante una nueva era en el ámbito de la regulación, sobre todo en el ámbito de la UE. Efectivamente, en la UE se deben superar los postulados apriorísticos racionalistas que basaban en la normativa tradicional el desarrollo del proceso de integración europea. Ante un momento como el que vivimos, en el que nos enfrentamos al reto histórico de definir, no ya el papel de la UE, sino la propia existencia y perdurabilidad del propio proyecto europeo, creo que el mantenerse en postulados y principio inamovibles que no atienden a la realidad social, económica e histórica sería el aliado perfecto de aquellos “nuevos salvadores” que están surgiendo en los diferentes países de la UE y que mediante una demagogia barata y trasnochada, pretenden volver a la Europa de las fronteras y de los nacionalismos con el discurso demagógico y fácil de que el causante de todos los problemas ha sido las cesiones de soberanía que hemos ido haciendo a la UE. Cuando, muy al contrario, ha sido el proceso de construcción europea el que nos ha permitido desarrollar la mayor época de paz y prosperidad en el viejo continente. Ahora bien, si no somos capaces de darnos cuenta de las circunstancias cambiantes que se están produciendo en el mundo en general y en Europa en particular en las realidades sociales de los países europeos, estaremos abocados al fracaso.

Lógicamente no es un problema que pueda resolverse única y exclusivamente mediante la promulgación de normas o mediante un debate doctrinal sobre si estas deben ser duras o blandas pero sí que es cierto que en el proceso europeo este debate que estamos mencionando adquiere un papel muy destacado²⁹⁵.

²⁹⁵ En este sentido, Trubek, DM., Cottrell, P. & Nance, M. *Soft Law, Hard Law, and European Integration*. Op. citada: “*First, accepting the mutual constitutiveness of agency and structure allows for a much deeper understanding of Europeanization including its impact on statehood in Europe. Second and related, emphasizing*

Sin embargo el debate más importante sobre la utilización de este u otros instrumentos similares derivados o relacionados con el soft law es el acomodo de los mismos en el modelo clásico de las democracias parlamentarias que hemos conocido tradicionalmente²⁹⁶, por cuanto resulta difícil en muchas ocasiones establecer un mecanismo adecuado que implique una deliberación democrática, con participación de los representantes parlamentarios en estas normas esencialmente regulatorias. Una posible justificación conforme a los parámetros democráticos estaría constituida por aquélla que establece el criterio interpretativo del soft law como una manifestación de la “pre norma”. Ello supone un reflejo de la capacidad normativa que surge de la propia sociedad y que aprueba, promueve o impulsa, una norma soft con la voluntad de convertirse, más pronto que tarde, en hard. Sin embargo, la aceptación de esta postura implicaría considerar el soft law como un mero punto intermedio en el camino a la creación de la norma en sentido tradicional. Sería tanto como negar la propia existencia autónoma y por sí misma del soft law y su capacidad de influir en las conductas y su cierta relevancia normativa, lo que rechazamos de todo punto. Supondría admitir que no existe la supuesta dicotomía entre soft y hard, todo es hard y el soft no es más que un estadio intermedio que necesariamente debe convertirse en hard ya que de lo contrario nunca sería law, es decir, nunca sería derecho.

Sin embargo, como digo, no resulta aceptable una interpretación en estos términos, ni aún en el loable intento de buscar una justificación o vinculación democrática en la aprobación de estas normas. Esa vinculación debe venir necesariamente por el camino de las habilitaciones legales necesarias, las delegaciones precisas o las llamadas normativas que reconozcan la existencia de otras fuentes creadoras del

the constitutive effects of European law, rules, and policies enables us to study how European integration shapes social identities and interests of actors. Third, focusing on communicative practices permits us to examine more closely how Europe and the EU are constructed discursively and how actors try to come to grips with the meaning of European integration”. Asimismo, es muy interesante el artículo que defiende esta misma idea de Jacobsson, K. & Borrás, S. (2004) *The Open Method of Co-ordination and New Governance Patterns in the EU. Journal of European Public Policy*, Vol. 11, Núm. 2, pp. 185-208: “*A theory of the OMC and its role for domestic policy change would have to take into account both the roles of ideas, interests, and power relations in explaining policy change. It would also have to take into account the interplay of interests and ideas. Ideational change may affect how actors perceive their interests, that is, interests may change as a consequence of learning and socialization...A theory of the OMC would, moreover, have to be a multi-level and multi-actor, able to take into account the interplay of actors, and thus interests as well as power relations, at various levels of governance: supranationally, nationally, and sub- nationally*

²⁹⁶ Dryzek, J.S. (2000). *Transnational Democracy. The Journal of Political Philosophy*, Vol.7, Núm. 1, pp. 30-51. Asimismo, Dryzek, J.S. (2002) *Deliberative Democracy and Beyond – Liberals, Critics, Contestations*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.

derecho que se encuentren previamente habilitadas por la norma. En esta línea es en la que entendemos estos mecanismos de coordinación comunitaria, en tanto en cuanto están reconocidos como instrumento adecuados de coordinación por la legislación europea y debe hacerse el debido uso del mismo con la finalidad de permitir una mayor flexibilidad y rápida respuesta a los problemas que tiene la UE²⁹⁷. El uso del soft law se encamina hacia un necesario complemento de los instrumentos tradicionales con la debida y previa autorización de los Estados participantes al objeto de permitir este instrumento más flexible en base a un consentimiento previamente otorgado²⁹⁸. La causa que permite afirmar el incremento paulatino que el uso del soft law se está produciendo en las instituciones comunitarias se justifica, fundamentalmente, por el gap existente entre la norma formal y el desarrollo diario de las actividades de los sectores afectados. Con ello, el debate sobre el sustento democrático y legitimidad de este nuevo modelo no debería plantear mayores problemas por cuanto, a la postre, este sistema tiene también su base y asiento en postulados democráticos²⁹⁹.

Crisis económica, gobierno corporativo y soft law

En el ámbito del derecho privado, el proceso de autorregulación ha venido desarrollando en los últimos tiempos un extraordinario desarrollo ligado al incremento de los principios del buen gobierno corporativo. El criterio general de maximización de beneficios en las empresas mercantiles ha sido matizado en buena medida por la necesaria consideración y respeto de unos principios éticos de actuación que garanticen la adecuada gestión de las grandes corporaciones.

No es objeto de estudio en este trabajo las causas que han provocado esta extraordinaria proliferación de las normas de gobierno corporativo. Sin embargo, si debemos reconocer que su aparición se debe a las situaciones de crisis de

²⁹⁷ En este sentido Carro Fernández-Valmayor, J.L. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público. *Revista de Administración Pública*, Núm. 193, pp. 11-44: “manifestación de este proceso de integración jurídica en el campo de la ejecución del Derecho europeo es el desarrollo de lo que la moderna doctrina alemana viene denominando como «un entramado o una unión administrativa europea» (europäischer Verwaltungsverbund), cuya estructura no ha sido hasta el momento claramente definida ni sistematizada, pero que apunta a formas de entrecruzamiento, a conexiones procedimentales y organizativas, entre la Administración de la Unión Europea y las Administraciones de los Estados miembros que han de ser explicadas a partir de la construcción de un específico Derecho administrativo europeo”

²⁹⁸ En este sentido Radaelli, C. *The Code of Conduct against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination in Disguise*. Op. citada.

²⁹⁹ Héretier, A. (1999). *Policy-Making and Diversity in Europe – Escape from Deadlock*. (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

funcionamiento que estas grandes instituciones han padecido en determinadas situaciones y que han puesto en clara amenaza los intereses de los accionistas, titulares últimos de las mismas. Por ello, como afirma el profesor Juan Sánchez Calero, *“Puede decirse que el Gobierno Corporativo³⁰⁰ nace también de una crisis de confianza, de una pérdida de credibilidad en la forma en la que se ejerce el poder en el seno de las grandes corporaciones y de la necesidad de recomponer la confianza en ese ejercicio”³⁰¹.*

Este fenómeno revisionista del derecho de sociedades ha supuesto un profundo cambio en la regulación de las grandes corporaciones prestando especial atención a ello las instituciones supranacionales. En nuestro ámbito es especialmente importante el impulso que por parte de los organismos comunitarios se ha producido y que ha dado lugar a la necesaria modificación de las normativas internas de los países.

El interés último que presiden estas reformas no es otro que el propio interés social al cual la gestión de la empresa debe atender de manera prioritaria. Como señala el propio profesor Calero en la obra citada, *“El del interés social es un concepto básico del derecho de sociedades, sometido a constante revisión y susceptible de una diferenciación básica en lo que aquí nos interesa”³⁰².*

El interés social ligado al interés último de los accionistas en la correcta y adecuada gestión del patrimonio empresarial, debe ser el eje vertebrador de estas reformas impulsadas con el ánimo de dar a las grandes corporaciones los principios inspiradores del gobierno corporativo. Es este un claro ejemplo de los casos que mencionábamos en otro apartado de esta obra en los cuales el soft law es utilizado

³⁰⁰ Sobre este asunto existe una prolífica bibliografía. Vid. ad exemplum:

Aguilera, R.F. & Cuervo-Cazurra, A. (2004). Codes of good governance worldwide: What is the trigger? *Organizational Studies*, Vol. 25, Núm. 3, pp. 415-443; Lizcano, J.L. & Otros (2004). Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa. *Documento AECA*, Núm.1; Azofra Valenzuela, V. & Santamaría Mariscal, M. (2002). Gobierno y eficiencia de las cajas de ahorros españolas. *Universia Business Review*, pp. 48-59; Carroll, A.B. (1987). In Search of the Moral Manager. *Business Horizons*, Vol. 30, pp. 7-15; Chaves Avila, R. (2004). Gobierno y democracia en la economía social. *Mediterráneo Económico*, Núm. 6; Crespí, R. & Gispert, C. (1999) *Block transfer. Implications for the governance of Spanish companies*. II Foro de Finanzas. Segovia; Coque Martínez, J. (2003). De la eficiencia cooperativa: El gobierno participativo bajo una perspectiva sistémica. *Acciones e Investigaciones Sociales*, Vol. 18, pp. 67-87; y Donaldson, L. & Davis, J. (1994). Boards and company performance research challenges the conventional wisdom. *Corporate Governance an International Review*, Vol. 2, Núm. 3

³⁰¹ Sánchez-Calero Guilarte, J. (2013). Crisis económica y Gobierno Corporativo. *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 287, pp. 63-68.

³⁰² En España y en otros ordenamientos véase la reciente contribución de Poracchia, D. & Martin, D. (2012). Regard sur l'intérêt social. *Revue des Sociétés*, Vol. 9.

como “campo de prueba” para el establecimiento de una normativa que ha de devenir definitivo y, con posterioridad, vinculante.

Ha sido la comunidad jurídica internacional, y en el ámbito europeo especialmente las instituciones comunitarias, las que se han constituido como la verdadera referencia y fuerza reformadora de las normas de gobierno corporativo, utilizando para ello no solo instrumentos normativos a su alcance (directivas, reglamentos, recomendaciones, etc.), sino también, en muchas ocasiones, la intervención de agencias privadas que a través de sus exigencias en el análisis en el derecho de voto han ido desarrollando una práctica forense que ha obligado al cambio en las normas de relación de las empresas con el mercado.

No todo ha sido fácil en este camino, por cuanto los problemas que se han tratado de resolver son diferentes en las distintas jurisdicciones y resulta muy complicado, por no decir imposible, el poder dar una solución global a determinados de ellos. En muchas ocasiones, porque estos problemas no tienen una raíz jurídica, sino que están ocasionados por la propia composición accionarial de las grandes corporaciones o por la relevancia de determinados inversores institucionales públicos y privados.

Como acertadamente señala el profesor Sánchez Calero no sólo las consideraciones jurídicas dan lugar a reglas o recomendaciones, sino que muchas de las soluciones toman en cuenta criterios metajurídicos. *“Se ha destacado cómo el gobierno corporativo es un ámbito en el que no son sólo consideraciones jurídicas las que dan lugar a reglas o recomendaciones, sino que muchas de las soluciones que se diseñan parten de una valoración de la gestión societaria que toma en cuenta criterios metajurídicos, en concreto, financieros. En suma, el gobierno corporativo no es algo que afecte sólo al Derecho y a los juristas, sino que se ha convertido en materia vinculada con cuantas disciplinas se ocupan de la gestión empresarial. En todo caso, ello no es un obstáculo para la mejora del Gobierno Corporativo de las empresas, por cuanto el derecho de sociedades no impide, como señala este mismo autor, que entren en juego orientaciones de naturaleza distinta. “En cualquier caso, el Derecho de sociedades no impide que en el gobierno de las empresas entren en juego orientaciones de naturaleza distinta. La fidelidad al interés social no se agota, por supuesto, en el respeto de las reglas imperativas o*

prohibitivas en la que la Ley traduce una conducta leal de todo administrador. Habrá muchas situaciones no previstas y, dentro de ellas, algunas en las que se consideren fundamentalmente, que no se actúa de forma ilícita. Mas ello no impedirá que sea ese principio de hacer lo más conveniente para la sociedad y sus intereses lo que dicte el criterio de actuación”³⁰³.

En cualquier caso, lo que será imprescindible es que se produzca una vinculación del deber de lealtad al interés social de la compañía, dejando un amplio margen a la libertad de organización de ésta. Ello es, por otro lado, consecuencia lógica de la necesaria adaptación a las circunstancias particulares que concurren en cada una de las empresas³⁰⁴. El gobierno corporativo no puede ser una solución precisa y compulsiva para todos los destinatarios de la norma. La amplia casuística que se produce en el ámbito del derecho de sociedades exige, sin duda, un mayor amplio margen de discrecional que permita a cada empresa adaptarse a las exigencias generales del gobierno corporativo. Una vez fijados los estándares, una vez fijados los principios inspiradores, debe ser la propia autonomía de voluntad empresarial la que decida, en cada caso, como y de qué manera los incorpora a su día a día. Y dependerá de ella, el si quiere cumplir única y exclusivamente aquellos principios que el ordenamiento exige de manera obligatoria o, por el contrario, quiere ejercer un liderazgo en las empresas de su entorno geográfico o sectorial. *“El gobierno corporativo no debe entenderse como una medida de alcance global, que diseña soluciones para un general cumplimiento y que reduce la autonomía de toda empresa a cumplir o explicar esas recomendaciones. El ordenamiento mercantil ha sido siempre propenso a la armonización, pero como vía para mejorar el marco legal de las empresas, sin que éstas renuncien a disfrutar del principio de libertad. El buen gobierno es una apelación al liderazgo de las empresas. Un liderazgo que es el resultado de competir entre ellas por contar con un mejor gobierno. Se trata de que las empresas diseñen y apliquen soluciones individuales en su gestión y en su actividad que terminen por convertirlas en referentes de la sociedad. No sólo porque cumplan el mayor número posible de recomendaciones, sino por superar*

³⁰³Sánchez-Calero Guilarte, J. *Crisis económica y Gobierno Corporativo*. Op. citada.

³⁰⁴ La preocupación por el gobierno corporativo en España arranca de la de denominada Comisión Olivencia pues la creación de la el Informe Olivencia fue el resultado del trabajo desplegado por la *Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades*; En este sentido también véase Aparicio, M.L. (2005). Gobierno corporativo: entre el Derecho y la ética empresarial. *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 257, pp. 1131-1146.

*éstas e ir más allá de aquellas o, incluso, por discrepar y dotarse de un sistema singular que sea adecuadamente explicado. Que lo hagan, además, no como forma de adaptarse a un marco general y uniforme, sino como un rasgo diferenciador, surgido de su autonomía estatutaria, que dote a la empresa de un liderazgo no sólo económico, sino también político y competitivo.*³⁰⁵

Los últimos años nos han permitido asistir a un proceso de aceleración en el establecimiento y aplicación de normas de gobierno corporativo y autorregulación por parte de las empresas. Nadie tiene la más mínima duda de que el complicado entorno económico en el que hemos estado situados ha servido de catalizador de este proceso. Las grandes crisis empresariales, unido a los descabros bursátiles que han producido importantes pérdidas a los accionistas, han ocasionado un incremento de la sensibilidad social respecto de estos temas. Hasta el punto de que podríamos decir que conductas que hasta hace cinco años considerábamos absolutamente normales, a día de hoy nadie duda que se consideran absolutamente inadmisibles.

¿Ha cambiado nuestra concepción de la bondad o maldad de esas conductas? o ¿ha cambiado la realidad social en donde las mismas se producen?

Sinceramente creo que es una unión de las dos cosas la que ha provocado este caldo de cultivo y la que nos ha llevado a una situación en la que las empresas han debido acelerar sus procesos de cambio al objeto de mantener el principio más importante que todo aquél que concurre al mercado debe tener en cuenta: la confianza. Solo aquellas empresas que en estos momentos de turbulencia económica han sido capaces de autoimponerse normas de comportamiento mucho más estrictas que aquellas que derivan de la mera aplicación de la norma, serán las que permanecerán en el tiempo y saldrán fortalecidas de la crisis, por cuanto han sido capaces de adaptar su gestión y funcionamiento a un entorno crítico. Y lo han hecho bajo el principio de libertad, no bajo la imposición de la norma imperativa sino bajo la convicción interna de que sólo de esta forma podrían dar una respuesta adecuada a las necesidades del mercado.

³⁰⁵ Sánchez-Calero Guilarte, J. *Crisis económica y Gobierno Corporativo*. Op. citada.

Este cambio se ha traducido también en el modo de funcionamiento de los tradicionales órganos de gobierno de las sociedades mercantiles. La regulación de éstos, fundamentalmente Consejo y Junta, se habían convertido en un modelo de supervisión del equipo directivo en el caso del primero o como un foro de ratificación y, en muchas ocasiones legitimación, de lo que ya había sido decidido, propuesto y a veces hasta ejecutado por parte del equipo directivo en el caso del segundo. Ello suponía, sin ninguna duda, una deriva de lo que debería ser la función inicial de la Junta General de Accionistas. En el entorno actual, este enfoque ha sufrido una notable transformación como consecuencia de la crisis del modelo que hemos conocido hasta ahora de los órganos de funcionamiento y de los poderes otorgados a éstos. Los accionistas han pasado de tener un papel “de mera comparsa” a propiciarse cada vez más una mayor participación en los órganos sociales. No se va a tratar solo de obtener una rentabilidad adecuada a la inversión que han realizado, junto a ello quieren tener un papel activo en la gestión de la compañía y una garantía de que ésta se hace de una forma adecuada.

Este fenómeno ha venido denominándose en los últimos años como la “primavera de los accionistas” y se caracteriza por una modificación sustancial en las tradicionales formas de participaciones de éstos en los órganos sociales (especialmente en la Junta General de Accionistas) y que se ha manifestado en un análisis minucioso por parte de éstos, con carácter previo a emitir su voto. No cabe duda de que el efecto de la crisis económica y los escándalos financieros que han salpicado en los últimos tiempos, han sido factores idóneos para propiciar este cambio de comportamiento. La aplicación y el debido cumplimiento de las normas de gobierno corporativo de las sociedades mercantiles, especialmente en las grandes sociedades cotizadas, que hasta hace unos años era considerado como un plus del que presumían algunas de ellas, en este momento es un deber para toda esta gran sociedad anónima que el mercado analiza con sumo detalle.

Como hemos señalado, este debido cumplimiento de unas normas voluntarias de gobierno corporativo³⁰⁶, se analiza por unos agentes externos que ejercen de forma

³⁰⁶ Puede verse en este sentido: Campins Vargas, A. (2012). Reforzamiento jurisprudencial del derecho de información de los accionistas en materia de cuentas anuales. *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 284, pp. 423-443; García Lapuente, A. (2010). Las cuentas anuales y el derecho de información y su ejercicio por los accionistas que titulan al menos el 25% del capital social. *Revista Derecho de Sociedades*, Núm. 35, pp. 267-276; Gómez Trinidad, S. (2011). Revisión del derecho de información en las sociedades de capital. *Revista de*

privada un control sobre la adecuación de las sociedades a los principios del buen gobierno y emiten una valoración de carácter casi vinculante para los inversores en estas compañías y que determina en muchas ocasiones el éxito o el fracaso de las propuestas de acuerdo sometidas a decisión de las Juntas Generales de Accionistas.

Como afirma el profesor Sánchez-Calero, la crisis del diseño legal de los poderes societarios y del funcionamiento de las propias sociedades no termina aquí, sino que parte en ocasiones de un desconocimiento de otros actores que intervienen de forma decisiva en la exigibilidad del gobierno corporativo. Ese papel determinante se lo otorga el profesor Sánchez-Calero, a los accionistas; mejor dicho, a los inversores, quienes han desarrollado en los últimos años una forma específica de intervenir en la gestión directa de las empresas. Qué duda cabe que la ligazón entre los inversores y las agencias de evaluación ha implicado, en los últimos años, un incremento reforzado del derecho de información y de intervención de éstos en la gestión de la compañía. Aquellas empresas que han sabido ver adecuadamente este movimiento de activismo accionarial y las consecuencias que ello podría acarrear, han impulsado las reformas de sus sistemas de gobierno corporativo al objeto de ser pioneras e ir mucho más allá de lo que la legalidad estricta les exigía, otorgándose con ello una clara ventaja respecto de sus competidores a la hora de atraer a los inversores institucionales y privados a sus compañías. En los últimos años, buen ejemplo de ello ha sido el relevante incremento que se ha producido de los votos en contra en algunas de las sociedades cotizadas españolas (entre ellas,

Derecho Mercantil, Núm. 281, pp. 213-249; González González, C. (2011). *Socios: derecho de información: ¿qué pueden solicitar y examinar?* En: <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-revista-aranzadi-doctrinal/socios-derecho-de-informacion-que-pueden-solicitar-y-examinar#>; Hernando Cebriá, L. (2012). Apuntes sobre el abuso del socio minoritario en las sociedades de responsabilidad limitada. *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 282, pp. 271-324; Martí Lacalle, R. (2003). *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada*. (1ª ed.). Navarra: Aranzadi; Martínez Flórez, A. (2010- 2012) *Los derechos individuales de los socios ante la modificación de los estatutos sociales en la sociedad limitada: tipología*. Segunda Parte. *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 35, pp. 33-63; Martínez Martínez, Mª T. (1999): *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*. (1ª ed.). Madrid: McGraw-Hill / Interamericana de España; Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. (18ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch; Muñoz Cuesta, F.J. (2010). Negar o impedir el derecho de información a socio: la no convocatoria de junta general de accionistas de sociedad motiva la aplicación del art. 293 CP. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 3, pp. 9-16; Pelayo Muñoz, T. (1999). *Las acciones: derechos del accionista, representación, transmisión, derechos reales, negocios sobre las propias acciones*. (1ª ed.). Valencia: CISS; Pulido Begines, J.L. (1997). *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada* (Arts. 51 y 86 LSRL). (1ª ed.). Madrid: Civitas; Romero Fernández, J.A. (2000). *El derecho de información documental del accionista*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons; y Sánchez-Calero Guilarte, J. (1997). *La información del socio ante la Junta General*. *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 8, pp. 119-143

sin duda y de forma destacada, las de IBEX 35) y que ha provocado que en ocasiones se hayan rechazado propuestas de los administradores a la Junta.

Estos nuevos elementos que intervienen en la gestión de societaria de las compañías (asesores de voto o también conocidos como agencias de Proxy³⁰⁷) supone la intervención de un tercero en una relación hasta ahora bilateral (accionista-empresa), siendo éste el que a modo de juez imparcial analice de forma independiente y según sus criterios, la adecuación y correcto funcionamiento conforme a las normas del buen gobierno corporativo de los órganos sociales.

Esta proliferación de asesores de voto y este notable incremento de activismo accionarial es una consecuencia de la crisis económica pero también, sin duda, de los graves escándalos que han salpicado en los últimos años la vida económica, no ya de España sino a nivel internacional. Sin embargo, pese a esta nueva exigencia, aún a día de hoy no son pocos los ejemplos en los que la aplicación y debido cumplimiento de esta “autorregulación corporativa” no pasa de ser una mera

³⁰⁷ Sobre este asunto, de nuevo, es abundante la bibliografía. Baste como ejemplo: Alba Fernández, M. (2009). *El deber de ejercicio de los derechos políticos del socio de las sociedades gestoras de fondos de inversión*. (1ª ed.) Madrid: Marcial Pons; Autoridad de los Mercados Financieros de Francia, Recomendación 2011-06, de 18 de marzo de 2011 (disponible en http://www.amf-france.org/en_US/Reglementation/Dossiers/thematiques/Societes-cotees-et-operations-financieres/Gouvernement-d-entreprise/Les-recommandations-de-l-AMF-sur-les-agences-en-conseil-de-vote.html); Best Practices Principles Group, Best Practice Principles for Providers of Shareholder Voting Research and Analysis (disponible en: <http://bpp.grp.info/wp-content/uploads/2014/03/BPP.-ShareholderVoting-Research-2014.pdf>); Canadian Securities Administrator. *Potential regulation of proxy advisory*. Consultation paper 25-401; Comisión Nacional del Mercado de Valores. Informe del Grupo de Expertos para evaluar la actividad de los Proxy Advisors en relación con los emisores españoles (disponible en <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Grupo/InformeProxyAdvisors.pdf>); Financial Reporting Council, UK Stewardship Code de 2010 (disponible en <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Codes-Standards/Corporate-governance/UK-Stewardship-Code.aspx>); Gallego Córcoles, A. (2013). Informe final de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) en materia de proxy advisors. *Revista de Derecho de Sociedades*, Vol. 40 (2013), pp. 595 a 606; Gallego Córcoles, A. (2014). Asesores de voto (proxy advisors) y el ejercicio del Derecho de voto en las sociedades cotizadas. (1ª ed.). Pamplona: Aranzadi; Garcimartín Alférez, F. (2006). La propuesta de Directiva sobre el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto. *Revista Derecho de Sociedades*, Núm. 26, pp. 203-217; Garcimartín Alférez, F. (2008). La cotización de sociedades españolas en mercados extranjeros: el rompecabezas normativo. *Revista de derecho del mercado de valores*, Núm. 3, pp. 135-146; Garrido, JM. (2002). La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales. (1ª ed.). Zaragoza: Real Colegio de España en Bolonia; Georgeson & Cuatrecasas Gonçaves Pereira (2016). El Gobierno corporativo y los inversores institucionales. En: https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/noticias/docs/1510588770es.pdf; Hernández Peñasco, R. (2013). El voto transfronterizo mediante intermediario financiero: el artículo 524 de la Ley de Sociedades de Capital. *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 40, pp. 245 a 271; Malenko, N. & Shen, Y. (2015). The role of proxy advisory firms: evidence from a regression-discontinuity design. *Review of Financial Studies*, Vol. 29, Núm. 12; Martínez Rosado, J. (2008). *La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (presentada por la Comisión el 5 de enero de 2006) sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado, por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE*. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 2008/16; Miranda Johansson, Borja (2015). Proxy advisors and proxy solicitors. Su aportación al desarrollo del gobierno corporativo. En: *Perspectivas del Gobierno Corporativo para la Economía Española*. (1ª ed.). Navarra: Thomson Reuters, Civitas; y Organisation for Economic Co-Operation and Development (2010). *Corporate governance and the financial crisis*.

declaración formal por cuanto se recoge, única y exclusivamente, en las normas de funcionamiento, pero no en el día a día de gestión de la compañía. Hasta tal punto ha sido así, que ha sido preciso transformar las normas potestativas de obligado cumplimiento en normas imperativas, obligando de esta manera mediante el derecho tradicional a la aplicación de los principios básicos del buen gobierno. Ello constituye, una vez más, un magnífico ejemplo de aquellos casos en lo que comienza siendo una norma del soft law o recomendación y se convierte en una norma directamente vinculante.

No faltan las voces críticas a la eficacia de un sistema de autorregulación en el ámbito de las sociedades mercantiles en el sentido de que la aplicación de estas recomendaciones no ha reportado resultados positivos en cuanto a la estructura y composición de los Consejos y ha sido este fracaso el que ha provocado la necesidad de transformar estas normas voluntarias en obligatorias: *“Pues bien, existe una percepción consolidada, a la que no escapan ni el legislador ni los órganos supervisores, de que el seguimiento de las principales recomendaciones en cuanto a la composición del consejo y a su estructura, no han dado lugar a resultados positivos. La figura de los consejeros independientes se ha visto acompañada de forma permanente por dudas más o menos expresadas con respecto a la cualidad fundamental de la independencia de muchos de los nombrados con ese título. La definición de lo que es un consejero independiente ha terminado por convertirse en materia normativa y es probable que otros aspectos fundamentales del estatuto singular de esa categoría de consejero, como es el caso igualmente polémico de la duración de los mandatos, sigan la misma suerte.*

Al mismo tiempo, ni la configuración de las comisiones principales del consejo, ni el desempeño de las cruciales tareas que tienen encomendadas han estado exentos de crítica. Son los hechos, en forma de litigios o instrucciones penales, los que abonan la creencia de la incapacidad de las comisiones del consejo para prevenir o corregir malas prácticas de gobierno. La aprobación de retribuciones inmerecidas o, sencillamente, abusivas, o la sorpresa que significa que a una auditoría sin mancha siga en brevísimo plazo la noticia de la insolvencia de la sociedad son hechos incompatibles con la afirmación de que las respectivas

Comisiones de Auditoría o de Nombramientos y Retribuciones han cumplido de forma adecuada su función supervisora e informadora.

El corolario de esos fracasos público del gobierno de las empresas afectadas termina por afectar la confianza general en el modelo español de gobierno corporativo y anima a reformar algunos de sus aspectos fundamentales.”³⁰⁸

No comparto en su totalidad la opinión del profesor Sánchez-Calero, sea dicho esto con los debidos respetos, por cuanto en mi opinión el buen gobierno de las empresas debe traducirse en el cumplimiento voluntario de un plus adicional de aquello que es única y exclusivamente el cumplimiento estricto de la norma. De igual forma que se dice que dar lo que te sobra no es compartir sino dar limosna, en el ámbito del derecho de sociedades y del gobierno corporativo, el estricto cumplimiento exigido por la norma imperativa no puede presentarse, en modo alguno, como una *hazaña* de la empresa. Ir más allá, exigirse más allá de lo que la propia norma establece, comprometerse en definitiva de una forma más estricta de lo que la mera aplicación normativa, implica es lo que entiendo que puede ser identificado como buen gobierno corporativo. ¿Puedo decir que todos los meses doy una parte importante de mi sueldo para el servicio de los demás cuando de lo que en realidad se trata es del descuento imperativo en mi nómina del correspondiente impuesto sobre la renta? Todos estaremos de acuerdo en que esto no es un acto de liberalidad, sino el cumplimiento estricto de lo que estoy obligado a hacer por la norma. Exactamente igual ocurre en el ámbito del buen gobierno corporativo, si eliminamos el cumplimiento voluntario y lo confiamos todo al estricto cumplimiento de la ley, no podríamos hablar de compromiso y de vocación de buen gobierno.

En este ámbito parece evidente que en el buen gobierno de las corporaciones se debe producir la confluencia de estos dos ordenamientos: de un lado, el voluntario, clara manifestación del soft law y de otro, las disposiciones legales directamente aplicables.

³⁰⁸ Sánchez-Calero Guilarte, J. (*Crisis económica y Gobierno Corporativo* en la Revista de Derecho Mercantil. Op. citada.

Crisis financiera mundial y el Consejo de Estabilidad Financiera

En el complejo panorama en el que nos hemos venido moviendo en los últimos años y al objeto de dar una debida respuesta a los problemas derivados de la acuciante crisis económica, no han faltado las voces de aquellos que entienden que quizá un exceso de soft law ha sido el culpable de esta crisis. Estos autores entienden que el causante principal de los problemas y desequilibrios económicos están ocasionados, de alguna manera, como consecuencia de la expansión desmesurada del soft law, que ha venido a sustituir al tradicional régimen ordinario normativo. Los elementos de “imputación” que se utilizan para sostener esta acusación se basan fundamentalmente en la idea de que gran parte de la normativa económico – financiera que se ha dictado en los últimos años ha sido al amparo de las decisiones adoptadas en el grupo de los países más desarrollados del mundo, que tras la expansión del originario G7, ha pasado a ser considerado G20 (desde 1999 después de la crisis financiera en Asia) y que ha incluido a países como Argentina, Australia, Brasil, Canadá, India, Indonesia, México o Sudáfrica. En el seno de ese grupo, las decisiones en el ámbito financiero se articulado a través de Consejo de Estabilidad Financiera, encargado de promover la estabilidad financiera internacional a través de la cooperación entre los supervisores y las instituciones de los diferentes países.

En el funcionamiento de este sistema, aducen estos autores³⁰⁹, dos son principalmente las causas identificadas como generadoras de estas distorsiones: promover la coordinación de los supervisores de las instituciones financieras más allá de las fronteras de cada uno de sus países y la coordinación de las soluciones para estas crisis a través de mecanismos de coordinación genéricos que no tenían una auténtica y directa fuerza vinculante. Para ellos, el soft law se ha demostrado como un instrumento ineficaz a la hora de servir para la adopción de mecanismos útiles y resolutivos que permitieran atender a las necesidades derivadas de la crisis económica. Lo que inicialmente comenzó siendo un soft law ha derivado, como

³⁰⁹ Arner D. W. & Taylor M. W. (2009) *The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the soft law of the international financial regulation?* University of New South Wales Law Journal, Vol. 32, pp. 488-513.

consecuencia de las discusiones y reelaboraciones realizadas por estas instituciones en un auténtico hard law³¹⁰.

Para ellos, estos mecanismos de coordinación y prevención solo han resultado verdaderamente útiles cuando se han sido utilizado a través de instituciones y organismos que permitieran o dispusieran de capacidad para el ejercicio de capacidades coercitivas. El establecimiento de estos mecanismos obligatorios constituye, en su opinión, el sistema más idóneo para atender con eficacia a este tipo de problemas³¹¹.

En este, como en otros puntos, no es posible hablar de una solución única e inequívoca. A estas alturas sería no solamente arriesgado, sino temerario, decir que uno u otro sistema es la panacea que hubiera permitido resolver con anticipación los problemas que se hubieran planteado o anticiparse a la verificación y puesta de manifiesto de estos. Como hemos venido defendiendo en otros apartados de este estudio, el soft law constituye un instrumento cuya eficacia queda condicionada a la adecuada coordinación y debida implementación con

³¹⁰ Arner D. W. & Taylor M. W. *The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the soft law of the international financial regulation?* Op. citada "At the other end of the spectrum, purely soft law cooperative arrangements (such as the Basel Committee and the 1988 Basel Capital Accord) as existed until 1999 have proven ineffective in preventing and resolving international crises such as the Asian financial crisis. Following financial crises in the 1990s, to some extent, the cooperative mechanisms were given a greater level of coordination through the FSF and a higher level of formality through the FSAP/ROSC monitoring mechanisms. Once again, however, a hardened soft law approach of coordinated networks with limited external monitoring of compliance proved insufficient to address either the prevention or the resolution of a truly global financial crisis. Discussion has thus turned towards intermediate arrangements. At the next level down from a hard law or international organisation approach are discussions of creating a hard law underpinning for the existing network model.⁷⁷ While this is the approach which is largely being pursued in the EU following the Larosière Report, with European authorities composed of domestic agencies responsible for setting regional regulation but with domestic enforcement, this approach has to date not been followed at the international level and may still prove impossible even in the EU context."

³¹¹ Arner D. W. & Taylor M. W. *The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the soft law of the international financial regulation?* Op. citada: "Overall, the FSB might work reasonably well when it comes to coordination and prevention functions without it being a hard law institution, but the issue which remains is how to handle cross-border financial institution failures. Although the FSB will play a role in facilitating discussion among its members, what is lacking from the system is the ability to put its members under binding obligations that will lead to a greater willingness to burden share the costs of cross-border bank failures. Some form of binding arbitration mechanism might be the best way to achieve this (and this in fact is the approach being pursued in the EU), but without a more formal and binding arrangement for burden sharing and dispute resolution arrangement, probably through a formal treaty and/or international organisation, the problems raised by the failure of global financial institutions will not be adequately addressed by the current approach to international financial regulation. As in many ways these were amongst the major causes of the systemic phase of the global financial crisis, failing to properly address these issues must be seen as either indicating that significant risks will continue to exist in the context of global finance or a tacit conclusion that finance and financial institutions will no longer in fact be global. Unfortunately, based on the unsuccessful experience of the IMF's proposals for a sovereign debt restructuring mechanism, the outlook in the context of the perhaps even more complicated arena of failure resolution mechanisms for crossborder financial institutions is not overly bright."

instituciones u organizaciones que, de una manera o de otra, permitan aportar soluciones a la crisis a la que nos hemos encontrado expuestos.

Creemos que el modelo adecuado debe partir de una adecuada combinación de ambos elementos. Así se permite resolver con rapidez los problemas que la realidad económica financiera y la crisis han provocado a la vez que dota de los instrumentos con suficiente capacidad coercitiva al objeto de exigir su aplicación. Esto que es imprescindible en el ámbito de las legislaciones nacionales y constituye el elemento fundamental de supervivencia - incluso configurador de su existencia - cuando estamos hablando de cooperación transfronteriza. En este sentido, el denominado Grupo de los 30³¹² ha señalado con claridad la necesidad de que exista 1) una mejor coordinación entre las diferentes organizaciones, 2) una mejor coordinación en los ámbitos estatales de los organismos nacionales, 3) cerrar los posibles gap que puedan existir en la regulación, y 4) desarrollar el significado adecuado del sistema de riesgos con la supervisión y la regulación que les aplica³¹³.

Normas comerciales y soft law

Algunos autores vinculan la aparición del soft law y relacionan su mayor o menor implicación en el ordenamiento jurídico de los países, en función de la existencia de una mayor o menor normativa propia y, sobre todo, en el ámbito civil existente en cada uno de ellos. En este sentido, resultaría relevante la existencia de un sistema francés codificado o un sistema similar al español donde tenemos una legislación y una normativa más amplia en comparación con aquéllos otros, como pueden ser los países nórdicos, donde existe una carencia de esta normativa. Y, por tanto, ha tenido que ser a través de la práctica de los usos (de la costumbre en

³¹² En este sentido puede verse el Group of Thirty (2009). *Financial Reform: A Framework for Financial Stability*; de Larosière, J. (y otros) (2009). *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU: Report*. European Commission; Turner, A. (2009) *The Turner Review: A Regulatory Response to the Global Banking Crisis*. Financial Services Authority.

³¹³ Group of Thirty. *Financial Reform: A Framework for Financial Stability*. Op. citada: "National regulatory authorities and finance ministers are strongly encouraged to adapt and enhance existing mechanisms for international regulatory and supervisory coordination. The focus of needed enhancements should be to: (i) better coordinate oversight of the largest international banking organizations, with more timely and open information sharing, and greater clarity on home and host responsibilities, including in crisis management; (ii) move beyond coordinated rule making and standard setting to the identification and modification of material national differences in the application and enforcement of such standards; (iii) close regulatory gaps and raise standards, where needed, with respect to offshore banking centers; and (iv) develop the means for joint consideration of systemic risk concerns and the cyclicity implications of regulatory and supervisory policies. The appropriate agencies should strengthen their actions in member countries to promote implementation and enforcement of international standards."

definitiva de los comerciantes) como se ha producido el crecimiento de ese soft law. En este sentido se expresa el profesor Ulf Bernitz en su artículo “*Commercial Norms and soft law*”³¹⁴, donde señala que los tres principales orígenes o causas a través de los cuales se ha presentado o aparecido el soft law son: (i) en primer lugar, en el ámbito de la legislación privada, las prácticas comerciales y otras costumbres habituales en la realización y en las prácticas de los comerciantes; (ii) las normas extrajudiciales que se han ido formando a través de las organizaciones de los propios comerciantes o de las asociaciones y corporaciones; y (iii) las normas en formación, basadas fundamentalmente en los acuerdos, en las prácticas, en las *best practices*³¹⁵ que tienen en los mismos. En definitiva, el profesor Bernitz habla fundamentalmente de la “self regulation”, de lo que hemos venido hablando hasta ahora, de la autorregulación. Son códigos de conducta que se establecen y aprueban y regulan directamente por los propios destinatarios de esta norma, por el propio sector comercial. Se trata, en definitiva, una vez más, de una vigencia imperativa, de unas normas, de una autorregulación impuesta para un sector de la actividad económica tan importante: una reaparición de las normas gremiales que hemos hablado en otro apartado de este trabajo.

Resulta clásica la diferenciación en los sistemas legales entre continental y anglosajón o de influencia anglosajona donde la costumbre representa un papel mucho más destacado como fuente del derecho. Ello, sin embargo, como es conocido, no constituye una excepción o una diferencia radical en el ámbito de los sistemas continentales. Recordemos que, en el ámbito español, el Código Civil reconoce como fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Lo importante es cómo se produce el balance de los mismos, esto es ¿cuál es el elemento que predomina uno respecto del otro?

En el ámbito de los derechos continentales, lo tradicional ha venido siendo el establecimiento de un imperio de la ley e ir recogiendo a través de normas

³¹⁴ Bernitz U. *Comercial Norms and Soft Law*. Op. citada.

³¹⁵ Sobre el particular, véase los trabajos Esteve Pardo, J. (1999). La adaptación de las licencias a las mejores tecnologías. *Revista de Administración Pública*, Núm. 149, pp. 23-46; Darnaculleta y Gardella. M. *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Op. Citada; Esteve Pardo, J. (2002). *Autorregulación: génesis y efectos*. (1ª ed.). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, Tarrés Vives, M. (2003). *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. (1ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanch; y Canals Ametller, D (2003). *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*. (1ª ed.). Madrid: Comares.

imperativas de derecho tradicional la regulación de la actividad económica, de los derechos y libertades o de las relaciones de los particulares con la Administración. Lo que está caracterizando precisamente en nuestro ordenamiento y es el elemento más destacado y que más llama la atención en este momento, es el hecho de que cada vez más, en estos sistemas continentales, se está produciendo un fenómeno de crecimiento de estas normas de soft law, de esta autorregulación autoimpuesta por parte de los destinatarios de la norma.

Este régimen, sin embargo, es normal en aquellos países que ha tenido un sistema de más de influencia anglosajona. El profesor Bernitz pone el ejemplo de Suecia, donde viene a establecer el relevante papel preponderante que adquiere la costumbre en cuanto a la regulación de la actividad y de las prácticas comerciales entre los particulares. Ello es especialmente particular en lo que se refiere al principio de las ventas, el “Sales of Goods Act”, que permite a los comerciantes y otros consumidores regular sus propias prácticas comerciales y establece una importante relevancia de las guías en relación con la interpretación de los contratos. Es más, como señala el profesor Bernitz, la normativa sueca no solamente reconoce vigencia y aplicación directa a la costumbre o a los usos o a la self regulation interna, sino también aquélla que se produce en el ámbito internacional o que son elaboradas por ejemplo con la International Chamber of Commerce (ICC).

El profesor Bernitz establece un ejemplo de los cuales en el Tribunal Supremo sueco ha tenido prevalencia de los usos comerciales en relación a la norma: *“One case illuminating the importance of generally accepted business practices as a yardstick is the Supreme Court case NJA 1983, p. 332. That case concerned a guarantee commitment in a letter of credit guarantee in favour of bank. The bank amended the conditions of the letter of credit without consulting the creditor, and this was considered permissible as the terms of agreement had been framed by the bank. Opinions obtained in the case by the Supreme Court from the Bank Inspectorate and the Swedish Bankers’ Assotiation showed the bank’s action to be contrary to the regular practice of other banks. With special reference to this latter*

point the Supreme Court found that the bank had acted unfairly under sec. 36 of the Contracts Act."³¹⁶

Al igual que en otros ordenamientos, la finalidad que se persigue con esta autorregulación - que tiene diferentes formas de manifestación a través de los diferentes códigos de conducta o la homologación o las buenas prácticas – es, en muchas ocasiones, el establecer y mantener unos altos estándares de calidad ética en la realización de los negocios y transacciones mercantiles. La realidad mercantil fluye y es variable y la necesidad de apartarse a esas exigencias requiere la inmediatez y el establecimiento de normas flexibles que permitan responder a esas exigencias. A su vez, los estándares éticos que puedan ser exigibles en determinadas circunstancias también son variables. Es evidente que, al día de hoy, no podemos analizar con los mismos criterios, conductas, actividades o proposiciones contractuales de hace 20 años. La conciencia social, el desarrollo ético, las conformaciones de compliance, el establecimiento de las buenas prácticas o los principios de buen gobierno han ido acuñando la exigencia de unos parámetros de conducta completamente diferentes a los que estaban en vigor hace unos años. Ello requiere de una adaptación normativa inmediata, de una respuesta rápida, de una normativa flexible que les dé a los operadores económicos la adecuada regulación para el entorno económico en el que ellos se mueven.

Como manifestación de la experiencia sueca en relación a las normas del comercio, a las actividades mercantiles y la relación con el soft law, menciona el profesor Bernitz diversos ejemplos, muchos de ellos hoy en día también completamente incorporados al ámbito del derecho español. Uno de estos ejemplos es el relativo al establecimiento de normas de autorregulación en el ámbito de los medios de comunicación social. Así, manifiestan la especial organización comprendida en el "*Office of the Press Ombudsman and the Press Council*", que establece unas normas éticas de aplicar al ámbito de la prensa. O bien el "*Intellectual Property Law and Marketing Practices Law*", que establece también en el ámbito de la propiedad intelectual y del marketing la práctica de estándares ético para los operadores económicos.

³¹⁶ Bernitz U. *Comercial Norms and Soft Law* Scandinavian Studies in Law. Op. citada.

En este ámbito adquieren especial relevancia los tribunales arbitrales, los medios de resolución de disputas, resolución de disputas que pueden ser fundamentalmente en el ámbito de consumo. En ese sentido se menciona el “*The National Board for Consumer Compliance*”, que es el órgano cualificado por miembros independientes y representantes de las empresas y de los consumidores en orden a resolver diferentes disputas como pueden ser las relativas a las reparaciones de coches, barcos, trabajos en casas, pisos, paquetes turísticos, etc. Las decisiones de este Board no son decisiones ejecutivas, sino que son meramente recomendaciones. Pero, sin embargo, pese a no ser “legally enforceable”, son muy numerosos los casos en los que se aplican (pudiendo ser entre 8000-9000 casos al año) y las decisiones constituyen una guía de resolución y de criterios de aplicación en el ámbito de la legislación del derecho a los consumidores.

Soft law y jurisprudencia

En el ámbito de la jurisprudencia también encontramos reflejo de la necesidad de adaptar los pronunciamientos jurisprudenciales no solo a las circunstancias concurrentes del caso, sino también a la adecuación o no del precedente jurisprudencial. Esto se produce de una forma prioritaria en el ámbito del *common law* anglosajón en el que la construcción jurídica se basa en el precedente teniendo éste una doble dirección: por un lado el precedente horizontal, que se refiere al deber de los jueces de resolver los casos conforme a los precedentes en casos similares y dentro de una misma jurisdicción; y en sentido contrario, el precedente vertical que se refiere a la obligatoriedad que tienen los órganos jurisdiccionales de rango inferior de pronunciarse con arreglo al criterio que ha sido decidido por los órganos superiores. Este precedente vertical supone una verdadera regla jurídica, un mandato obligatorio del que si se aparta el juez inferior puede ser revocada por el superior al no haber cumplido el criterio jurisprudencial, lo cual no implica que esto pudiera producirse en algún caso porque no estamos hablando de una sanción. Por ello, no puede confundirse la obligación jurídica que existe de seguir el precedente con la sanción que corresponde a un incumplimiento como afirma Hart “*reprobamos o sancionamos a un hombre porque ha quebrado la regla*”. Es

decir, la regla no es la sanción³¹⁷. A diferencia del precedente vertical, en el horizontal lo normal es que se siga la política judicial ya dictada, pero esto no se trata de un “mandato inexorable”. Esta expresión no es mía, sino de Justice Brandeis en su ya famosa decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el asunto *Burnet v. Coronado Oil*³¹⁸.

Sin entrar en el análisis detallado del caso y simplemente para colocarnos en situación, la Corte Suprema Estadounidense en el asunto citado estaba analizando un problema de inmunidad fiscal de ciertos bienes que tenía un precedente en la decisión *Gillespie vs Oklahoma* decidida en 1922, esto es diez años antes que el caso que nos ocupa. En este asunto Justice Brandeis, en contra del voto mayoritario de la sala, entendía que el precedente debería ser dejado a un lado, sin que fuese suficiente con interpretarlo estrictamente. Para ello Brandeis sostuvo su voto disidente en los tres siguientes argumentos: i) como hemos explicado anteriormente y a diferencia del precedente vertical en el horizontal no hay un mandato universal o inexorable que deba ser cumplido en todo caso, ii) la regla del precedente horizontal no debe tener una interpretación inflexible y debe permitir a la Corte Suprema en cada uno de los casos analizar y considerar la procedencia o no de la decisión en cuestión, iii) esto no significa una ruptura de la regla general que permite tener una certeza respecto de la norma de derecho establecida.

De esta forma Brandeis apunta que el precedente horizontal es más una guía moral que una obligación legal³¹⁹, lo que permite diferenciarlo del juez inferior que, si quiere actuar dentro de la legalidad tiene que cumplir el precedente.

Brandeis, en definitiva, señala una argumentación que ha marcado la historia jurídica posterior de los Estados Unidos, diferenciando dos posiciones relevantes. En primer lugar, lo que se refiere a las consideraciones que hace sobre el *stare decisis* en general sobre todas las materias legales y las que permite identificarlas en función del análisis detallado de las circunstancias que concurren en cada caso; y en segundo lugar, el *stare decisis* en aquellos asuntos que versan sobre decisiones sobre temas Constitucionales en los que los criterios son absolutamente

³¹⁷ Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*- (2ª ed). Oxford: Clarendon Press

³¹⁸ Voto disidente de Brandeis, J. (1932) en el asunto: *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406.

³¹⁹ En este mismo sentido Legarre, S. (2014). La obligatoriedad horizontal de la Corte Suprema Argentina y el *Stare decisis*. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Núm. 4, pp. 237-254

diferentes por cuanto con frecuencia la Corte Suprema se ha separado de sus precedentes atendiendo a las lecciones de la experiencia y al mejor racionamiento en el proceso de prueba-error³²⁰.

Más recientemente, en unas recientes conclusiones del Abogado General Hogan³²¹, en el asunto relativo a la compatibilidad de los Planes de Ahorro y Eficiencia Energética (**PAES**) con la normativa de la Unión, éste señaló los requisitos que debía de cumplir las obligaciones de servicio público (**OSP**): según la jurisprudencia, las OSP deben cumplir dos requisitos: (i) su finalidad ha de dirigirse hacia la consecución de un servicio de interés económico general; y (ii) su efecto es obligar la adopción de una conducta que las empresas no habrían adoptado en una situación de competencia. A esto requisitos, el Abogado General añade un tercero, recogiendo la tesis de la Comisión: la OSP debe obligar a las empresas a prestar servicios o entregar productos (y el que financia, como es el caso de esta financiación de los PAES, no presta servicios ni entrega productos). Analiza el uso del concepto de OSP en varias disposiciones legales del Derecho de la Unión y en documentos de soft law de la Comisión Europea y dice encontrar apoyo para su tesis. Asimismo, a diferencia de las OSP, entiende que no es probable que una obligación de financiación socave los objetivos de la Directiva (entiende que el impacto en la posición competitiva de las empresas es menor).

³²⁰ Bradeis en el asunto Burnet. Op. citada. *"En los casos en que se encuentra involucrada la Constitución Federal, en los que la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible, este tribunal ha modificado a menudo sus sentencias anteriores. La Corte se inclina ante las lecciones de la experiencia y la fuerza de un mejor razonamiento, reconociendo que el proceso de prueba y error, tan fructífero en las ciencias físicas, también es apropiado en la función judicial"*.

³²¹ Asunto 523/2019, Engie Cartagena contra Ministerio Transición Ecológica, 19 de septiembre de 2019.

SEGUNDA PARTE: EL IMPACTO DEL SOFT LAW EN EL DERECHO MEDIOAMBIENTAL INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN: VINCULO ENTRE EL SOFT LAW Y EL MEDIO AMBIENTE

Consideración preliminar

En esta segunda parte del trabajo, y como ya he señalado, pretendo centrarme en la influencia e impacto del soft law en una de las ramas del derecho que más desarrollo ha tenido y donde esperamos que, por el bien de todos, más desarrollo y aplicación tenga en los próximos años. Me estoy refiriendo a la evolución del DIA. Y en él pondré el foco.

Soft law y medio ambiente no son algo pasajero, se trata de dos realidades que están aquí para quedarse y, como veremos en a lo largo de estas páginas, la influencia del soft law en el DIA desde que dicha rama del derecho empezó a gestarse ha sido – y seguirá siendo – de vital importancia.

Varios han sido los motivos que dieron lugar a la internacionalización del derecho medioambiental. La toma de conciencia en los ámbitos científico, económico y político sobre los efectos que la explosión demográfica, una posible guerra atómica, y el aumento en los consumos de energía, tenían y podían llegar a tener sobre el equilibrio natural de un mundo que cuenta con recursos y territorio limitados, llevó a la comunidad internacional a tomar conciencia de que para alcanzar una adecuada protección del medio ambiente resultaba necesario el uso del instrumentario del DIA. Asimismo, una regulación internacional del medio ambiente fue considerada como indispensable cuando los Estados nacionales se vieron en la necesidad de superar los conceptos de soberanía e integridad territorial, con el objeto de controlar los daños al medio ambiente que repercuten en su territorio, pero que se originan en el territorio de otros Estados³²².

El DIA tiene pretensiones de evitación temprana, de reparación en especie y, por último, de regulación continua, en garantía de la efectividad normativa. Al DIA le

³²² Rojas Amandi, V.M. (2002). El derecho internacional público del medio ambiente al inicio del siglo XXI. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II, pp. 376-391.

interesa fundamentalmente la implementación, la efectividad, la ejecutoriedad, la aplicación de la norma. De manera que una de sus características es la pretensión de regulación continua. Por ello, es necesario construir una teoría de la implementación del derecho ambiental.³²³

Esta conexión entre DIA y soft law resulta de particular interés, en primer lugar, por la importancia decisiva que el medioambiente tiene para nuestra propia subsistencia y, en consecuencia, por el desarrollo exponencial que el soft law ha experimentado en los últimos años y que ha eclosionado de una forma nunca vista en el ámbito del derecho administrativo.

Las normas del soft law resultan particularmente atractivas para el DIA, pues suelen servir como el primer paso en la creación de un ambiente que pueda contribuir a la conclusión de instrumentos de hard law que establezcan normas obligatorias a cargo de los Estados. Esto se debe a que el soft law se basa sobre un acuerdo que tiende a uniformar, por lo menos, la consideración política de un problema, no solamente entre los grupos políticos, sino también en la opinión pública, con el propósito de fijar las bases para que en un futuro sea posible el establecimiento de normas obligatorias. De esta forma, las normas del soft law tienden un puente entre la política internacional y el DIA, para facilitar el consenso en vías al establecimiento de nuevas normas internacionales³²⁴.

En la práctica del DIA, las normas de soft law se utilizan cada vez más y su número se incrementa de manera vertiginosa. Esto quizá se deba a que, a pesar de sus debilidades legales – que expondré en este trabajo - políticamente resultan muy prácticas³²⁵. Incluso, en algunos círculos se ha llegado a considerar a este tipo de normas, como una nueva fuente de calidad inferior.

Como explicaré más adelante, el DIA se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XX, y lo hace en un difícil equilibrio entre el derecho soberano de los Estados sobre sus propios recursos —que hace que a estos competa fundamentalmente la

³²³ Lorenzetti, R. L. (1998). *Teoría del Derecho ambiental*. (1ª ed.). Pamplona: Aranzadi
Asimismo, Peña Chacón, M. (2016). Autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental. *Revista de derecho de la Hacienda Pública*, Núm. 6, pp. 32-45: “Chacón afirma que el principal problema actual del derecho ambiental es su falta de efectividad, el cual se verifica en el incumplimiento sostenido y recurrente de la normativa ambiental”.

³²⁴ Palmer, G. (1991). New Ways to Make International Environmental Law. *American Journal of International Law*, Vol. XXX, Núm. 5, pp. 270-278.

³²⁵ Palmer, G. *New Ways to Make International Environmental Law*. Op. citada.

responsabilidad de su protección—, y la obligación que todo Estado tiene de no dañar el medio ambiente de otros Estados o de los espacios comunes del planeta. Esta última circunstancia otorga a la Comunidad internacional un “título de intervención” para promover y regular, en cierta medida, la protección de los recursos que conforman el ecosistema humano.

Estas coordenadas del Derecho internacional ambiental explican que muchos de los instrumentos utilizados no revistan carácter obligatorio, constituyendo declaraciones de principios o normas programáticas —soft law— cuyo objeto es procurar el desarrollo y la armonización a nivel internacional del Derecho interno de los Estados. Las normas internacionales de carácter jurídicamente vinculante se han desarrollado, sobre todo, en relación con la protección de los espacios comunes del planeta, más allá de las jurisdicciones de los Estados, como es el caso de la alta mar, los fondos marinos y oceánicos, o la Antártida³²⁶.

Pero además de ello y, en segundo lugar, pondremos nuestro foco en él porque este crecimiento se ha realizado a través del uso y proliferación de instrumentos de soft law lo que ha permitido favorecer, al menos, las declaraciones programáticas que fueran creando el “caldo de cultivo” necesario en la comunidad jurídica internacional para tomar conciencia de la dimensión de este problema.

Por ello, y sin prejuzgar ni tratar de agotar lógicamente otros aspectos relevantes directa o indirectamente relacionados con el DIA, vamos a partir de unos puntos que creo esenciales y que justifican el tratamiento diferenciado que le vamos a dar a éste y su vinculación con el soft law. Así:

El medio ambiente es importante.

La protección ambiental- especialmente cuestiones como la prevención del cambio climático³²⁷ es importante. En palabras del Papa Francisco, “*el cuidado de los*

³²⁶ Yanguas Montero, G. (2019). Quien contamina paga. En: *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

³²⁷ Existe una abundante bibliografía de carácter eminentemente técnico sobre el cambio climático. Sírvase citar a modo de ejemplo: El clima. Libros de Investigación y Ciencia (1991); El efecto invernadero. Especial de Mundo Científico (1992); El clima y sus efectos: conocimientos e incertidumbres. Monográfico de la Revista de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales (1999); Cambio climático: Las lecciones del pasado. Dossier de Mundo Científico (1999); El cambio climático. El campo de las Ciencias y las Artes (2000); El clima. Temas de Investigación y Ciencia (2001); Cambio climático: Dossier de Mundo Científico (2002); Cambio climático. Hacia el calentamiento global. National Geographic España (2004); Mitos y realidades del cambio climático. Revista monográfica del Instituto de Estudios Económicos (2007); Cambio climático. Qué debes hacer. Qué puedes hacer. National Geographic (2008); Cambio climático. El reto de la humanidad. Vanguardia Dossier (2009); Vivir con el cambio climático. El reto de un nuevo cambio cultural. Monográfico de la revista

ecosistemas supone una mirada que vaya más allá de lo inmediato, porque cuando sólo se busca un rédito económico rápido y fácil, a nadie le interesa realmente su preservación. Pero el costo de los daños que se ocasionan por el descuido egoísta es muchísimo más alto que el beneficio económico que se pueda obtener. En el caso de la pérdida o el daño grave de algunas especies, estamos hablando de valores que exceden todo cálculo. Por eso, podemos ser testigos mudos de gravísimas inequidades cuando se pretende obtener importantes beneficios haciendo pagar al resto de la humanidad, presente y futura, los altísimos costos de la degradación ambiental”³²⁸.

Las razones por las que resulta indiscutible la necesidad del derecho medioambiental en la sociedad son múltiples. El cuidado del medio ambiente es importante para la existencia humana. Para el cuidado adecuado del medio ambiente, es importante tener alguna legislación en vigor. Las leyes que tenemos en materia de medio ambiente son una guía para que podamos cuidar el medio ambiente de una manera eficaz. Resulta necesaria una organización legal diferente que cuide del medio ambiente y abogue por la implementación de las reglas. Las leyes ambientales también están en primera línea para asegurarse de que se cumpla la ley cuando se trata de cuidar el medio ambiente. Dichas razones pueden resumirse en:

- Proteger la salud humana y el medio ambiente: La función principal del derecho ambiental es la protección de la salud humana y del medio ambiente. Algunas prácticas pueden interferir con la seguridad de la salud humana y el medio ambiente, y el trabajo de la ley es proteger a las personas en tales casos. Por ejemplo, el uso de pesticidas es una de las áreas de preocupación de la legislación medioambiental. La función del medio ambiente es asegurarse de que las prácticas utilizadas en el medio ambiente no causen daños al medio ambiente ni a la salud humana o animal.
- Gestión adecuada de los residuos: La gestión de residuos es un problema al que se enfrenta el mundo en la actualidad. Es importante buscar procedimientos de gestión de residuos eficientes y respetuosos con el medio ambiente. Dicha

Mètode (2015); La ciencia ante el cambio climático. Temas de Investigación y Ciencia (2015); La Tierra se calienta. Enfríala. National Geographic España (2015), El cambio climático en la biosfera. Temas de Investigación y Ciencia (2016); y Cambio climático. El planeta atormentado. Monográfico de eldiario.es (2017).

³²⁸ Papa Francisco (*Laudato Si'*, mayo 2015).

gestión adecuada hará que sea más fácil proteger del medio ambiente. El trabajo de la ley medioambiental es asegurarse de que el proceso de gestión de residuos no interfiera con el medio ambiente o la salud humana. La ley también garantiza que los materiales de desecho se eliminen de acuerdo con las normas y procedimientos establecidos.

- **Gobernanza de las industrias:** No podemos hablar de la creación de industrias y fábricas sin hablar de la legislación medioambiental. La ley ambiental asegurará que las industrias cumplan con todas las obligaciones legales que se requieren para su operación. También es el trabajo del derecho medioambiental asegurarse de que las industrias cumplan con todas las leyes y que se preocupen por la protección del medio ambiente.
- **Proteger a los funcionarios de medio ambiente:** Los oficiales de medio ambiente necesitan protección normativa para poder desarrollar su trabajo de la mejor manera posible. La ley también protegerá a los oficiales y a los encargados de hacer cumplir la ley para asegurarse de que tengan el poder de hacer su trabajo sin interferencias externas.

La relevancia del análisis del problema medioambiental radica fundamentalmente en el enlace que tiene con la propia supervivencia del ser humano, de ahí esa relación intensa y conflictiva que ha tenido a lo largo de la historia. Es indudable que la explotación por parte del hombre de la naturaleza se produce desde el mismo momento de la aparición de este sobre la faz de la tierra. Y que esta explotación o utilización de los recursos naturales no han sido siempre con criterios conservacionistas es una evidencia que han puesto de manifiesto estudios científicos³²⁹.

³²⁹ En este sentido véase Vercher Noguera, A. (2001). Derecho y Medio Ambiente. *Revista jurídica para el desarrollo sostenible*, Vol. II, Núm. 8, pp. 37-70. Cita una investigación realizada por científicos de las Universidades de Berna, Kiev y Copenhague en la que se ha comprobado la concentración de plomo acumulado en capas de turba de un antiguo pantanal suizo desde hace 14.000 años, lo que revela que este fenómeno superaba ya los niveles considerados naturales hace seis mil años, a consecuencia de la erosión del suelo producido por los primeros agricultores europeos. Por su parte, Fedeli, P. (1990). *La Natura Violata. Ecología e mondo romano*. (1ª ed.). Palermo: Sellerio. Palermo, tras estudiar el mundo romano en su relación con el ambiente, concluye que: “*La inevitable ósmosis entre el hombre y la naturaleza ha sido siempre causa de perturbaciones, algun as veces definitivas, del entorno ecológico, comenzando por el agotamiento de algunos recursos naturales. Desde los estadios iniciales, estas perturbaciones han mostrado cómo la actividad del hombre y su misma existencia se muestran de una forma singularmente ambivalente: el hombre, por un lado, ha mostrado enorme capacidad de crear y realizar un entorno mejor y mejores condiciones de vida, y por otro ha mostrado su tendencia a destruir aquello que había sido capaz de crear o a usar sus capacidades verdaderamente para cambiar a peor el entorno y las condiciones naturales*”. También alude al enorme impacto medioambiental causado por las civilizaciones antiguas Rodríguez Neila, J.F. (1996). *Ecología de la antigüedad*

Siendo esto cierto, es evidente que el avance experimentado en los últimos siglos ha supuesto un incremento exponencial de la degradación del medioambiente que ha ido en paralelo a los avances tecnológicos que el ser humano ha puesto en marcha y que ha puesto de manifiesto su capacidad de contaminación e incluso de autodestrucción, disponiendo en este momento recursos armamentísticos suficientes para destruir en varias ocasiones nuestro planeta.

Ello nos lleva a una situación paradójica en que a la vez que hemos alcanzado las más altas cotas de bienestar y calidad de vida que ha conocido la historia de la humanidad, a la vez que hemos aumentado la esperanza de vida de la población a límites desconocidos e inimaginables hace apenas cincuenta años, también es cierto y esta es la paradoja, que estamos en una situación límite en el ámbito de degradación del medioambiente que tampoco ha conocido parangón en la historia de la humanidad. Hoy ya nadie discute que la naturaleza no es un recurso inagotable y que se autoregenera de manera automática haga lo que haga el hombre. Es un recurso cada vez más escaso en el que la industrialización del ser humano ha creado perfectos instrumentos de destrucción que no existían anteriormente y que pueden ocasionar a una velocidad de vértigo deforestación, erosión y degradación del medioambiente. Piénsese por ejemplo en el proceso de deforestación del Amazonas que sólo es posible gracias al empleo de una maquinaria muy potente que permita realizar estos trabajos en un tiempo record. Por ello es preciso observar este fenómeno desde una perspectiva global y universal, solo mediante una actuación conjunta de todos los Estados con voluntad decidida se podrá abordar la solución del problema³³⁰.

clásica. (1ª ed.). Madrid: Arco Libros, pp. 32-35 y 64-66 acerca de las secuelas que dejaron las confrontaciones bélicas en tierras mediterráneas; desde una profunda deforestación por el uso incontrolado de madera para equipar a las flotas, pasando por la devastación de campos agrícolas y bosques por la destrucción de cosechas e instalaciones rurales.

³³⁰ En este sentido, véase García Ruiz, A. (2016). *El ruido: morfología medioambiental desde una perspectiva penal y criminológica*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, departamento de Derecho Penal, p. 209: “Esto implica la necesidad de concebir la protección que se le debe otorgar también de una forma global, de modo que cada persona, institución, disciplina, administración u organismo, desde su posición, puede y debe implicarse en la salvaguarda de los recursos naturales, llevando a cabo las conductas eficientes y provechosas que le competan, absteniéndose, por tanto, de realizar las que puedan ser perniciosas. Porque ya no hablamos tan sólo de contaminación, sino de destrucción, y así parece concebirlo también parte de la doctrina, por ello la diferenciación entre estos dos términos en la literatura científica aparece definitivamente consagrada”.

La protección del medio ambiente es un gran reto

Supone un gran reto en términos políticos, ya que en el siglo XXI la protección del medio ambiente es una prioridad en la mayoría de las personas. Además, supone un enorme reto en términos del tamaño de los problemas a los que se enfrenta y las soluciones que se requieren y en cuanto a la variedad de problemas y cuestiones que se suscitan: desde el problema mundial aparentemente insoluble del cambio climático hasta cuestiones más locales, pero no por ello menos importantes, como el desarrollo de la tierra y la protección de la fauna. Por último, es importante en términos de los conocimientos y habilidades que se requieren para entender un tema en particular.

Las leyes constituyen uno de los muchos elementos de lo que es un tema transversal importante. Y los juristas necesitan de una cierta comprensión de los procesos científicos, políticos, sociales y económicos implicados en la degradación del medio ambiente. Igualmente, y por su parte, todos aquéllos cuyas actividades e intereses se relacionan con el medio ambiente, deben de adquirir una comprensión de la estructura y el contenido de la legislación ambiental, ya que ésta tiene un papel cada vez más importante en la protección del medio ambiente.

La ley es un instrumento fundamental para la protección del medio ambiente

Ello es así a pesar del aumento en el uso de los instrumentos voluntarios y mecanismos de mercado, como los impuestos, subsidios u otros instrumentos que afectan el comportamiento de los consumidores (y, en todo caso, muchos de ellos tienen, alguna base legal). Dada la variedad de medidas legales y reglamentarias dirigidas a la protección del medio ambiente, puede ser difícil determinar el alcance exacto y la definición de “legislación ambiental”. A lo largo de este documento, trataremos este tema más en detalle.

En este punto, el derecho debe aportar un relevante grano de arena para dotar de los instrumentos necesarios en la consecución de este ambicioso objetivo. Y en ello el derecho internacional enfocado en el ámbito de la protección medioambiental se ha revelado en estos años como un instrumento de extraordinaria eficacia en la consecución de este objetivo. El régimen jurídico de protección del medioambiente, ha adquirido como veremos en esta parte del trabajo, el derecho a ser reconocido

como como una especialidad en el ámbito del derecho internacional, y dentro del mismo, el régimen de protección del cambio climático tiene ya el reconocimiento como capítulo o sector específico dentro del sector del derecho ambiental. Es en este campo y en este ámbito en el que el soft law va a tener un papel preponderante con un contenido esencial y con un protagonismo relevante³³¹. La utilidad del soft law en el ámbito de protección y defensa de lucha contra el cambio climático tiene especial relevancia en dos ámbitos. Primero, como veremos en detalle por permitir aglutinar a un conglomerado diversos de Estados en compromisos aspiracionales que constituyen un paso previo a la constitución a la norma vinculante y, en segundo lugar, por cuanto del contenido del medioambiente incluye una diversidad y variedad de criterios ortodoxos y flexibles que requieren un conjunto de normas que permiten adaptarse caso a caso³³².

Las leyes de protección del medio ambiente son muchas, en número y en complejidad

Los últimos 30 años han sido testigos de un aumento dramático en el número de leyes que buscan proteger el medio ambiente. Así, el informe titulado “Estado de Derecho Ambiental: Primer informe global”³³³ concluyó que, aunque el volumen de leyes ambientales se ha multiplicado por treinta y ocho desde 1972, la incapacidad de aplicar y hacer cumplir plenamente las regulaciones es uno de los mayores desafíos para mitigar el cambio climático, reducir la contaminación o detener la pérdida generalizada de especies y hábitats. Junto con los acuerdos y declaraciones a nivel internacional, se han aprobado numerosas directivas y reglamentos de la UE y también existen importantes piezas de legislación interna. También hay una gran cantidad de legislación secundaria (o “delegada”) sobre temas como el control de la contaminación y el suministro de energía, y una cantidad, aún mayor, de documentos con orientaciones y recomendaciones

³³¹ En este sentido véase al profesor Nava Escudero, C. *El acuerdo de París, predominio del Soft law en el régimen climático*. Op. citada, p. 119: “Empecemos por aclarar que el régimen climático pertenece a foros propiamente ambientales, es decir, es uno de los diversos regímenes internacionales de protección al ambiente. En efecto, ya desde hace algunos años la doctrina lo ha incluido como un sector o capítulo dentro del derecho internacional ambiental. Y desde el punto de vista normativo, este régimen se ha caracterizado por tener un desarrollo normativo ambiental altamente orientado al soft law. Esto se refleja en mayor o menor medida en los tres tratados más importantes en la materia: la CMNUCC de 1992, el PK de 1997 y el AP de 2015”.

³³³Environmental rule of law, First Global Report: 2019 United Nations Environment Programme. <https://drive.google.com/file/d/1YaHtUkEW4qIH0haZIWcggTv0P-KFHfCC/view>

políticas. Todo ello deriva en una gran complejidad, porque no todas estas normas y prácticas pretenden alcanzar los mismos objetivos de una manera armoniosa y coherente y no todas tienen el mismo grado de ejecutividad.

Cada vez son más frecuentes los conflictos ambientales y los asuntos con un elemento medioambiental

Cada vez se dan más casos en los que el público considera que los resultados de las decisiones ambientales son insatisfactorios. Esto es, hay una percepción de que las políticas y los procedimientos de toma de decisiones están fallando, tanto para el público como para el medio ambiente. Ello ha llevado a la creciente utilización del derecho - por parte de grupos ambientales - como alternativa a la acción directa, y para ejercer presión sobre la planificación y el sistema legal; puesto que los residentes locales tratan de proteger sus propios intereses personales y de propiedad contra los fenómenos no deseados.

En definitiva, el crecimiento global en la preocupación social por el medio ambiente natural ha sido uno de los avances más importantes en las últimas décadas. La globalización ha ayudado a conectar de manera muy estrecha a las sociedades con sus destinos ambientales. En paralelo, cada vez más los problemas ambientales cruzan fronteras nacionales y provocan graves efectos para la salud de la tierra. En consecuencia, el desarrollo global de leyes ambientales y sistemas legales más eficaces se ha convertido en algo crítico para orientar el desarrollo económico y el crecimiento hacia el camino de la sostenibilidad del medio ambiente.

Contenido del derecho ambiental

En la identificación de este tema, lo primero que debemos preguntarnos es si existe un solo cuerpo general de normas que podría denominarse “legislación ambiental”. Puede parecer un punto de partida innecesario, pero los límites de este tema no están bien definidos³³⁴. Esta falta de certeza doctrinal ha llevado a una serie de intentos para “justificar” la existencia de una rama del derecho conocida como ambiental y considerada como una rama discreta del derecho. Un

³³⁴ Ver Plater, Z. (1999). Environmental law and three economies: navigating a sprawling field of study, practice, and societal governance in which everything is connected to everything else. *Harvard Environmental Review*, Núm. 23, pp. 359; y en el mismo sentido, Lazarus, R. (1999). Environmental scholarship and the harvard difference. *Harvard Environmental Review*, Núm. 23, p. 327-359

objetivo importante de este trabajo es ilustrar como se ha desarrollado lo que conocemos como el derecho ambiental y, sin querer fijar unos límites obligatorios a dicha rama, proporcionar un esquema de los componentes clave que forman el corazón de la misma.

A la mayoría de los abogados nos han enseñado que existen un número de temas “core” o básicos que esencialmente tratan sobre las técnicas, y de los que pueden depurarse una serie de principios fundamentales de organización. El derecho penal, público, contractual, responsabilidad civil, o el derecho de daños son algunos ejemplos. La visión tradicional sería entonces que, junto a esas materias básicas, hay tantas áreas de derecho como áreas de la vida, y que en cada una de ellas se utilizan las técnicas de las materias básicas: por ejemplo, la legislación relativa a los derechos de propiedad intelectual o la legislación relativa a la vivienda. Pero, durante un período de tiempo, no hay duda de que estas áreas relacionadas con el tema acumulan sus principios y procesos de razonamiento propio; por ejemplo, a través de la aplicación y la interpretación de las leyes específicas y las políticas en la toma de decisiones, y a través de casos en los tribunales (jurisprudencia). Un buen ejemplo de este proceso sería el desarrollo de los principios de derecho de familia en los últimos 50 años.

Podríamos argumentar que el derecho ambiental tiene su propio aparato conceptual, en el sentido de que podemos afirmar que hay un conjunto de principios y conceptos que se extienden a todo el rango de temas cubiertos. Por ejemplo, el principio de “quien contamina paga” tiene estatus como principio de una buena gestión medioambiental y tiene una estrecha vinculación con el derecho ambiental. Claramente, este y otros principios ambientales -por ejemplo, el “principio de precaución”³³⁵ o el principio de prevención” -proporcionan un contexto teórico en el que ver el detalle del derecho medioambiental. Aunque sigue existiendo un debate válido sobre el significado de estos

³³⁵ El principio de precaución se menciona en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Pretende garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente mediante tomas de decisión preventivas en caso de riesgo. No obstante, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más amplio y se extiende asimismo a la política de los consumidores, a la legislación de la Unión Europea relativa a los alimentos, a la salud humana, animal y vegetal. La definición del principio también debe tener un impacto positivo a nivel internacional con el fin de garantizar un adecuado nivel de protección del medio ambiente y de la salud en las negociaciones internacionales. De hecho, ha sido reconocido por distintos convenios internacionales y figura, en particular, en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

principios y el grado de aceptación universal como principios³³⁶ con efectos jurídicos significativos, nadie cuestiona que han jugado un papel esencial en el establecimiento del derecho medioambiental como una disciplina del derecho propia y autónoma.

Además de estos principios subyacentes, también se puede sostener que hay una serie de temas “core” que englobarían el derecho medioambiental sustantivo. Si bien hemos de destacar en este ámbito la evolución que ha experimentado este derecho en los últimos años, ha puesto de manifiesto una relevante transformación de lo que son los temas básicos o nucleares del derecho medioambiental, fruto sin duda de la propia evolución que ha experimentado la realidad que tiene este derecho. Esto es, en un primer momento, el derecho ambiental se basa en la contaminación del agua, del suelo o del aire y en la adopción de medidas y cautelas exigibles para evitar esta contaminación o paliarla en la medida de lo posible. Sin embargo, la rápida evolución de los acontecimientos, así como de la internacionalización del problema, ha derivado hacia una ampliación de los temas esenciales o básicos de este derecho medioambiental pudiéndose centrarse todo en un objetivo único: la lucha contra el cambio climático y el calentamiento global. Todo aquello que gira alrededor de este punto esencial entra sin duda dentro de la categoría del contenido “core” del derecho internacional medioambiental como instrumento imprescindible para atajar el problema del cambio climático.

Hay, sin embargo, otros temas que pueden considerarse en la periferia del asunto. Ello no quiere decir que no sean importantes; de hecho, algunos están a la vanguardia de las preocupaciones modernas sobre el medio ambiente e incluyen temas como la degradación de los recursos naturales, la deforestación, el comercio internacional, el transporte, los organismos modificados genéticamente, agricultura, pesticidas, o la producción de energía. Esta lista, que en ningún caso es exhaustiva, ilustra el hecho de que hay decisiones difíciles respecto a cómo delimitar esta rama del derecho.

³³⁶ Según la Comisión Europea, puede invocarse el principio de precaución cuando un fenómeno, un producto o un proceso puede tener efectos potencialmente peligrosos identificados por una evaluación científica y objetiva, si dicha evaluación no permite determinar el riesgo con suficiente certeza. El recurso al principio se inscribe, por tanto, en el marco general del análisis de riesgo (que incluye, al margen de la evaluación del riesgo, la gestión del riesgo y la comunicación del riesgo) y, más concretamente, en el marco de la gestión del riesgo que corresponde a la fase de toma de decisiones. La Comisión subraya que el principio de precaución solo se puede invocar en la hipótesis de un riesgo potencial, y que en ningún caso puede justificar una toma de decisión arbitraria. Por tanto, el recurso al principio de precaución solo está justificado si se cumplen las tres condiciones siguientes: identificación de los efectos potencialmente negativos; evaluación de los datos científicos disponibles; ampliación de la incertidumbre científica.

Claramente, todos estos temas plantean cuestiones ambientales y todas tienen – de uno u otro modo - una dimensión legal. Sin embargo, existe el riesgo de que, si se establecen límites demasiado amplios, el asunto se denomine “medioambiente y derecho” y no “derecho medioambiental”. Aunque no hay nada malo en adoptar una definición amplia, una falta de foco y precisión puede obstaculizar el desarrollo de la normativa y de las instituciones que la gestionan.

En consecuencia, esta discusión explica la división de esta segunda parte del trabajo en dos grandes bloques:

1. Una primera donde analizaré las cuestiones generales que afectan a todos los problemas de la protección del medio ambiente, pero que son, en la práctica, una parte esencial de cualquier comprensión de la ley. Se analizará una breve historia, y algunos de los principales retos del derecho ambiental; perspectivas sobre el medio ambiente y cómo la ley se superpone con las cuestiones ambientales; la naturaleza de los sistemas de regulación adoptados para la protección del medio ambiente; y el sistema de fuentes del derecho ambiental.
2. Una segunda en la examinaré una normativa específica en materia de medio ambiente, la que está en mayor auge y la más conocida por la sociedad moderna: la regulación de la protección de cambio climático.

La importancia de las definiciones

Parte de la incertidumbre acerca de la definición de la legislación ambiental es que muchas de los elementos básicos de la misma son objeto de controversia. Es decir, ciertos términos o elementos no tienen una definición objetiva y con aceptación general. Esto puede ser el resultado de un choque entre lo objetivo y subjetivo, o de la distinción entre hechos y valores. Como veremos más adelante, ciertos términos como “medioambiente” y “contaminación” a menudo se utilizan para describir conjuntos particulares de hechos – por ejemplo, para describir nuestro entorno en cuanto a los medios ambientales. Esto se debe distinguir de interpretaciones de dichos términos que reflejen valores o juicios particulares. Por ejemplo, lo que para una persona puede ser un entorno salvaje digno de protección de cualquier influencia humana, para otra, puede ser la fuente de recursos naturales dignos de explotación, o para otro el hogar de pueblos indígenas que han ayudado a sostener y manejar la biodiversidad durante siglos. Al definir las cosas por referencia a valores, automáticamente las vemos de

acuerdo a la forma en que pensamos que deberían ser vistas. Y por supuesto, esto influye en nuestra respuesta a lo que pensamos que se debe hacer en términos de políticas y leyes ambientales.

Pero no podemos ignorar las definiciones, porque al menos marcan lo que se considera que es digno de protección. Las definiciones también marcan una diferencia porque, como se señala Dryzek el *“lenguaje importa... la forma en que construimos, interpretamos, discutimos y analizamos los problemas ambientales tiene todo tipo de consecuencias”*³³⁷. Para bien o para mal, el derecho ambiental nos proporciona parte del lenguaje con el que discutir y resolver los problemas ambientales.

Aunque existen muchas definiciones controvertidas, el desafío de definir los límites de la legislación ambiental está fundamentalmente interrelacionado con los dos conceptos centrales de lo que entendemos por “medio ambiental” (y las preguntas relacionadas de lo que queremos decir, por ejemplo, con “contaminación” y “daño”) y por “derecho”.

Como veremos más adelante, estos dos conceptos son objeto de muchos y muy variados significados, todos los cuales tienen alguna esencia, pero que son lo suficientemente diferenciadores como para dar lugar a muy diferentes en los límites de la materia.

Medioambiente

La definición del término “medioambiente” en el derecho ambiental es algo central, a la par que problemático. Generalmente, se considera que es una frase que no tiene una definición singular, ya que es un concepto relacional³³⁸. Su significado normal se refiere al “entorno”, pero el “entorno” varía dependiendo del objeto del que está rodeado. En este sentido, la legislación ambiental podría incluir prácticamente cualquier cosa. De hecho, se dice que Einstein se refirió a que *“El medio ambiente es todo lo que no soy yo”*³³⁹.

³³⁷ Dryzek, J.S. (2005). *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press, p. 100.

³³⁸ Barry, J. (1999). *Environment and Social Theory (Routledge Introductions to Environment: Environment and Society Texts*. (1ª ed.). Londres: Routledge, pp. 11-13.

³³⁹ Einstein, sin embargo, no presenta un cuadro completo, ya el mismo y cualquier individuo son parte del “medioambiente”.

En el contexto del derecho medioambiental, podemos dotar al “medioambiente” de un significado más específico – aunque siga siendo generalista y vago en sus términos – y se puede considerar que cubre el entorno físico que es común a todos nosotros, incluyendo el aire, espacio, agua, tierra, plantas y la vida silvestre. Por tanto, el medioambiente se define por referencia a medios ambientales físicos, no humanos, incluyendo la tierra, agua, aire, flora y fauna, y así sucesivamente. En este contexto, al medioambiente se le da alguna definición científica.

Se exponen a continuación algunas definiciones específicas:

- *“todos, o cualquiera, de los siguientes medios, a saber, aire, agua y tierra; el medio de aire incluye el aire entre edificios o el aire dentro de cualquier otra estructura natural o realizada por el hombre por encima o por debajo de la tierra”³⁴⁰*
- *“entorno en el que opera una organización, incluyendo el aire, agua, tierra, recursos naturales, la flora, la fauna, los humanos y su interrelación. El entorno en este contexto se extiende desde dentro la organización al sistema global ³⁴¹).*
- *“la combinación de elementos cuyas complejas interrelaciones constituyen los escenarios, entornos y condiciones de vida de los individuos y de la sociedad, tal y como son o se sienten”³⁴².*

En este sentido más específico, la idea de “medioambiente” es relativamente reciente y, en términos de política y regulación, la noción de “medioambiente” como algo digno de protección y mejora a través de controles públicos sólo data de la década de 1960. La idea de proteger algo por su contribución a la biodiversidad es una idea que se ha venido desarrollando en los últimos tiempos. Históricamente, los mecanismos de derecho privado, controlaban las actividades perjudiciales desde una perspectiva medioambiental, pero sólo en el contexto de interferencias con los derechos de propiedad de los bienes.

³⁴⁰ Environmental Protection Act 1990, que es la norma del Parlamento del Reino Unido y que define (desde el año 2008), la estructura fundamental y autoridad para la gestión de residuos y control de emisiones al medio ambiente. El texto completo está disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/43/contents>

³⁴¹ Estándar de Gestión Medioambiental ISO 14001.

³⁴² Primer Programa de Acción Medioambiental de la Unión Europea 1973-1976. Para más deficiones, ver Gilpin, A. (1996). *Diccionario de Medioambiente y Desarrollo Sostenible*. (1ª ed.). Chichester: Wiley.

En consecuencia, un elemento básico antes de que podamos decir que se ha activado algo “ambiental”, es que parece necesario que esté en juego algo “público” y “compartido”. Con ello, no queremos decir que el derecho ambiental no involucre preocupaciones de derecho privado (como los derechos de propiedad). Pero la esencia del derecho del medioambiente parece residir en la protección de algo que es de preocupación general³⁴³. Por ejemplo, puedo poseer un terreno que albergue una especie animal rara y puedo utilizar el derecho privado para defender esta tierra del daño de los vecinos. Esto supone usar el derecho privado para proteger la propiedad. El derecho ambiental se activa cuando se considera que la especie o hábitat deben conservarse en aras del interés público general.

Estas definiciones son útiles para establecer los parámetros de funcionamiento de la legislación ambiental, pero no nos llevarán más allá. Para poder definir el medioambiente, debemos conocer el tema al que se refiere. Por ejemplo, hay diferentes capas o construcciones legales del medio ambiente - internacional, europeo, nacional o local. Pero delimitar los límites del medioambiente de esta manera no tiene sentido alguno vis-à-vis la fauna y la flora: las aves migratorias no eligen pasar el invierno en España o en una reserva natural en particular. Las influencias sociales y culturales también juegan un papel en la definición del medioambiente: alguien que viva en una ciudad minera puede considerar que las grandes montañas de escoria son parte de su medioambiente; un habitante de la ciudad va a pensar en los parques, espacios abiertos y edificios; un habitante de un país puede considerar que el medioambiente son las piedras, campos arados, y bosques. Una consideración final es que el medio ambiente también debe tenerse en cuenta por referencia al tiempo. Hoy en día, al pensar en las leyes que protegen nuestro medio ambiente, tenemos que tener en cuenta que también es necesario que consideren el medio ambiente de las generaciones futuras.

La “contaminación” y el “daño”

A pesar de que definir el medioambiente es un punto de partida muy útil, la realidad es que, en la práctica, no es tan relevante. Esto se debe a que las leyes no tienen como objetivo el medioambiente, sino más concretamente el hacer frente a aspectos del

³⁴³ Aagard, T. (2010). Environmental Law as a Legal Field: An Inquiry in Legal Taxonomy. *Cornell Law Review*, Vol. 25, Núm. 2, pp. 222-282

mismo como la contaminación o avanzando ciertos niveles de calidad ambiental. Cuando usamos la regulación para controlar o promover algo, es porque anteriormente hemos tomado una decisión política antes de que ese “algo” es bueno o malo. La mayoría de las leyes que tienen que ver con la calidad del aire, agua o tierra, por ejemplo, definen qué se entiende por contaminación.

Una definición jurídica típica de contaminación es la utilizada en la *Environmental Protection Act de 1990*³⁴⁴: “La contaminación del medioambiente significa contaminación del medioambiente debido a la liberación (a cualquier medio ambiental) mediante cualquier proceso de sustancias que son capaces de causar daño al hombre o cualquier otro organismo vivo soportado por el medio ambiente”.

Así, contaminación supone la existencia de daño, que se define en la misma norma como: “Daño es el daño a la salud de los seres vivos u otros que interfieren con los sistemas ecológicos de los que forman parte y, en el caso del hombre, incluye la ofensa causada a cualquiera de sus sentidos o el daño a su propiedad”.

Es evidente que existe cierta circularidad en estas definiciones: contaminación significa contaminación y daño significa daño... Sin embargo, un punto básico es que estas definiciones son subjetivas y, en realidad, no demasiado útiles como guía de lo que es o no legal. Para ello se requiere una configuración de estándares más específica o la concesión de licencias y cumplimiento. De hecho, si el objetivo de la regulación es un determinado nivel de calidad del medioambiente, no está claro que definiciones como éstas realmente sean tan relevantes.

Un último punto a destacar en este apartado se refiere al grado o probabilidad de daño que desencadenaría una respuesta legal. Por ejemplo, el régimen de tierras contaminadas en Reino Unido se activa si hay un daño significativo al medio ambiente o a la salud humana, “o una posibilidad significativa de que se cause tal daño”. Este es un buen ejemplo de cómo la regulación no necesariamente va a responder a cualquier daño, sino que opera con umbrales (que, de nuevo, pueden ser subjetivos y necesitan ser elaborados).

³⁴⁴ Environmental Protection Act 1990. Op. citada.

Derecho

No pretendo describir, sin más, las diversas normas y reglamentos, ya que tal descripción nos daría poca idea de lo que sucede en la práctica. El cómo y si se aplica la regulación es tan importante como la propia norma. De hecho, dada la naturaleza discrecional de muchas de las facultades y obligaciones impuestas a los tomadores de decisiones medioambientales, no es realista establecer una distinción estricta entre lo que es la ley y cómo se usa.

A lo largo de este trabajo, las expresiones normas y derecho se usan indistintamente. Esto se debe a que la ley o regulación ambiental proviene de diferentes fuentes, muchas de las cuales no necesariamente caen dentro de la definición de la legislación o de las decisiones judiciales. Así, hay directrices, circulares, documentos oficiales de política, y códigos de práctica y todos tienen un importante efecto en la forma en que la ley funciona en la práctica. Por ejemplo, el 10 de mayo de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 72/277 titulada "Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente". La iniciativa de un Pacto Mundial por el Medio Ambiente tiene como objetivo proporcionar un marco general para el derecho ambiental internacional con la aspiración de consolidar y potenciar aún más el derecho ambiental internacional teniendo en cuenta los apremiantes desafíos ambientales. La iniciativa también tiene como objetivo mejorar la implementación de la legislación ambiental internacional en apoyo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (**ODS**), así como los objetivos y metas ambientales acordados a nivel mundial. Entender el papel de estas reglas y, en particular, los efectos jurídicos que crean, es crucial para entender la forma en la que la legislación ambiental funciona en la práctica.

A medida que crece el entendimiento acerca del impacto de la naturaleza global del medioambiente, hay un creciente reconocimiento de que si lo que se busca es un esfuerzo concertado para abordar cuestiones comunes, los principios y normas deben ser acordados en el ámbito internacional. Así, es evidente y muy relevante el papel desempeñado por los acuerdos y principios internacionales en influir y moldear nuestro derecho interno.

Finalmente, debemos enfatizar la relevancia de la legislación de la UE. Una gran parte de las leyes que cubrimos se originan en ese territorio, por lo que analizaré en un

apartado separado las normas constitucionales básicas de la Unión Europea, historia, la filosofía, y la dirección actual de su política ambiental.

Un derecho internacional nacido de la costumbre

El hecho de que la costumbre es una fuente del derecho, es algo ampliamente aceptado doctrinal y legislativamente. En el ámbito del DIA algunos autores identifican como tres las normas consuetudinarias que se integrarían con carácter general en el derecho del medioambiente:

1. La obligación de utilizar el propio terreno, pero sin causar daño a un tercero
2. El deber de información, consulta y notificación ante situaciones de emergencia a aquellos Estados que puedan resultar afectados por actividades de riesgo
3. El uso equitativo de los recursos naturales compartidos³⁴⁵.

Estas normas consuetudinarias suponen para los Estados una limitación a su capacidad de comportamiento por cuanto que se les exige el compromiso de poner y actuar con la debida diligencia al objeto de evitar situaciones de riesgo o perjuicio para un Estado vecino. Un precedente de esta plasmación jurisprudencial de este principio consuetudinario sería la sentencia en el asunto de la isla de Palma de 1928 que enfrentó a España y Estados Unidos en relación a la competencia que los Estados ejercen sobre su territorio³⁴⁶

Otro ejemplo es la decisión del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en la sentencia del 9 de abril de 1949 cuando condena a Albania por los daños que se había ocasionado por su negligencia a la Armada Británica en el Estrecho de Corfú³⁴⁷. En ambas sentencias se establece el principio de que la carga de la prueba corresponde al Estado demandante rechazando, por tanto, una posible presunción de su responsabilidad sobre el Estado demandado por el mero hecho de que los daños se hayan ocasionado en su territorio. Esto significa que el control que debe ejercer el Estado sobre su soberanía o sobre su territorio no implica que éste dé garantía de que no se vaya a producir daño alguno, sino que, como principio

³⁴⁵ Gutiérrez Espada, C. (1998). La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo. *Anuario español de derecho internacional*, Núm. 14, pp. 113-200.

³⁴⁶ Véase la Sentencia de 4 de abril de 1928, United Nations. Report of International Arbitral Awards/Organisation des Nations Unies. Recueil des sentences arbitrales, Vol. II, pp. 838-839.

³⁴⁷ Véase la Sentencia de 9 de abril de 1949, CIJ Recueil 1949, pp. 4 ss, en pp. 15-23 y 36.

general, debe demostrarse la existencia del mismo, aunque para ello puedan utilizarse medios de prueba indirectos como la propia sentencia antes citada reconoce.

Algo similar ocurre con el desarrollo reciente que se ha producido de las normas de protección medioambientales, donde algún sector de la doctrina lo ha calificado como de naturaleza consuetudinaria como lo califica algún sector de la doctrina³⁴⁸. Criterio éste que como señala el profesor Gutiérrez Espada³⁴⁹ el TIJ ha seguido en dos ocasiones:

- en el dictamen del 8 de julio de 1996 en el que señala que: *“la existencia de una obligación general a cargo de los Estados debe asegurarse de que las actividades que se llevan a cabo bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de zonas no sometidas a control nacional forma ya parte del corpus del Derecho Internacional del medioambiente³⁵⁰”*
- en la sentencia de 25 de septiembre de 1997 en el que destaca la importancia y relevancia que tiene la protección del medioambiente no en el ámbito de los Estados y su aplicación jurídica sino en general para toda la humanidad dándole por ello una trascendencia de aplicación genérica y preferente y de valoración por parte del mismo en el análisis y enjuiciamiento de los asuntos sometidos a su jurisdicción *“está claro, desde luego, que en uno y otro caso estamos ante obiter dicta³⁵¹, pero ello no empecé una importantísima conclusión: Para el TIJ resulta indiscutible que, en 1996-1997, la disposición*

³⁴⁸ En este sentido véase Brownlie, I. (1995). *International law at the fiftieth anniversary of the United Nations. Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 255; Dupuy, P. (1991). *Soft Law and the International Law of the Environment. Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, Núm. 2, pp. 420-435; Shaw, M. N. (1997). *International Law, a grotius publication*. (4ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge; y Sands, P. H. (2003). *Principles of International Environmental Law*. (2ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press

³⁴⁹ Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada.

³⁵⁰ Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. Citada, p. 149, donde, a su vez, cita el Asunto sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares, CIJ Recueil 1996, pp. 241-242 (párrafo 29). Op. Citada.

³⁵¹ En relación con el último de los asuntos citados, uno de sus comentaristas ha apuntado, en este sentido, que el Tribunal da a esta norma en concreto poco juego, pues cuando llega a condenar a Eslovaquia por desviar el curso del Danubio como respuesta al abandono por Hungría de sus trabajos en el proyecto conjunto tanto en Gabčíkovo como en Nagymaros, lo hace con base no en esta norma sino en otra (la que exige el uso equitativo y razonable de los recursos naturales compartidos).

a la que se refieren los principios 21 de la Declaración de Estocolmo y 2 de la de Río forman parte del Derecho internacional general³⁵².

En consecuencia, estas normas consuetudinarias suponen el establecimiento de unas obligaciones generales que imponen a los Estados el deber diligente de actuar para impedir aquellas actividades que en el ámbito de su soberanía o jurisdicción puedan ocasionar daños a otros debiendo imponerse a los Estados un deber genérico de comportamiento diligente³⁵³.

Este comportamiento diligente trasladado al ámbito medioambiental de estándares ecológicos exige para su objetivación la adopción de normas o de estándares que puedan permitir en determinadas circunstancias la prueba de su cumplimiento o incumplimiento³⁵⁴ ello significa que en el ámbito del derecho internacional público no existe una responsabilidad objetiva que obligue a los Estados a responder en todo caso por las actividades que pueda ocasionar un daño sino que ello deberá estar sujeto al análisis de si el Estado se ha comportado o no con la debida diligencia³⁵⁵

Como veremos, las respuestas a este problema han sido sorprendentemente progresivas. Muchos países están transponiendo a sus propios ordenamientos

³⁵² Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada. p. 149: "Me parece interesante añadir que, en 1974, con motivo del asunto sobre los ensayos nucleares (sentencia de 20 de diciembre, CIJ Recueil 1974, pp. 253 ss.) hubo una clara división en el seno del Tribunal. De entre los disidentes, mientras algunos parecían ver en la norma que aparece recogida en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo una regla de carácter consuetudinario (así los firmantes, Únyeama, Dillard, Jiménez De Aréchaga y w Aldock, de la opinión disidente colectiva, CIJ Recueil 1974, pp. 367-368), otros no compartían precisamente esa afirmación (GROS, PETREN, CIJ Recueil 1974, pp. 288-289, 305- 306; tampoco el juez PINTO en relación con la orden de 22 de junio de 1973, CIJ Recueil, 1973, pp. 99 ss., en p. 138)".

³⁵³ Citado por el profesor Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada. p. 152 y 153: "Como Sands (1997), p. 463, ha enfatizado, la indiscutida naturaleza consuetudinaria de esta regla no es el punto final. Pues a fin de cuentas " (...) No ha precisado (...) (Ni) las circunstancias en las cuales la regla debe considerarse violada y (ni) en particular la extensión de los daños necesarios para que se dé, por incumplimiento de esta regla, la comisión de un acto ilícito internacional (...)"

³⁵⁴ En este sentido Shaw, M. N. *International Law, a grotius publication*. Op. Citada, mencionado a su vez Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo*. Op. citada.

³⁵⁵ Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. Citada, p. 154: "No existe, pues, en el Derecho internacional público contemporáneo una responsabilidad objetiva, absoluta, por riesgo, estricta, por daño, sine delicto (liability) por las llamadas actividades "ultrapeligrosas", esto es, las que, siendo socialmente útiles y por tanto no prohibidas por el derecho, implican riesgos serios de daños (nucleares, espaciales, de explotación de yacimientos petrolíferos ...). No existe, por tanto, una norma que obligue a un Estado cuyas actividades de este tipo (o de personas bajo su jurisdicción y control) ocasionen daños al medio ambiente a hacerse responsable de estas por el simple hecho de que el daño se ha producido y sin tener en cuenta, pues, si el Estado en cuestión se ha comportado o no con la debida diligencia. En este mismo sentido véase ...sobre la diferente terminología de este tipo de "responsabilidad" en el plano del Derecho internacional, así como las diferencias entre ésta (liability) y la responsabilidad por hechos ilícitos (responsability)".

jurídicos normativa e innovaciones de política regulatoria de otras naciones. Y ello incluso siendo países con muy diferentes tradiciones legales y culturales. Muchas de las iniciativas regulatorias nacionales muestran un diseño y similitudes funcionales que revelan una creciente convergencia hacia unos enfoques comunes cuyo objetivo no es otro que estructurar la regulación medioambiental. El incremento en la cooperación entre los gobiernos, organizaciones no gubernamentales, corporaciones multinacionales, y el crecimiento de las redes ambientales transnacionales también han influido de manera significativa en el desarrollo de la regulación ambiental.

Es necesario lo que recordara sobre la responsabilidad internacional en este campo, José Juste Ruiz: *“Las extraordinarias implicaciones económicas que los daños ambientales pueden llegar a presentar y las graves responsabilidades que pueden derivarse de un uso abusivo de los recursos del planeta o de una degradación irreversible del mismo, han llevado a los Estados a bloquear la mayoría de los intentos de desarrollar el Derecho internacional en la materia. Esta actitud escapatoria se ha manifestado en una doble dirección: por una parte, los Estados han mostrado una cierta tendencia a evitar el planteamiento de reclamaciones basadas en perjuicios ambientales y, en todo caso, a canalizar dichas reclamaciones a través de cauces formales de solución de controversias, sobre todo de carácter jurisdiccional. Por otra parte, los Estados han dificultado el avance de la obra de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en la materia y han bloqueado sistemáticamente la elaboración de los mecanismos específicos de responsabilidad estatal previstos en diversos convenios ambientales”*³⁵⁶.

El resultado ha sido el surgimiento del DIA que es, en esencia, un campo del derecho que se configura como el conjunto de principios legales y prácticas de los sistemas de regulación medioambiental nacionales, internacionales y transnacionales para proteger el medio ambiente y la gestión de los recursos naturales. Como tal conjunto de leyes, se compone de una serie de diferentes principios sustantivos y métodos de procedimiento que son importantes y únicos para la gobernabilidad y la institución del medio ambiente en todo el mundo.

³⁵⁶ Juste Ruiz, J. & Castillo Daudí, M. (2014). *La Protección del Medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*. (1ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p.103.

Incluye: (1) el derecho público internacional del medio ambiente, que por lo general se refiere al conjunto de los tratados y los principios jurídicos internacionales consuetudinarios que rigen las relaciones entre las naciones, (2) la legislación ambiental nacional, que se refiere a los principios utilizados por los gobiernos nacionales para regular y gestionar el comportamiento de los particulares, las organizaciones y las instituciones gubernamentales sub-nacionales dentro de sus fronteras, y (3) el derecho transnacional entendido como la ordenación jurídica de un nuevo espacio transnacional: una suerte de sociedad internacional de comerciantes legisladores, caracterizada por su autonomía, intereses comunes, desvinculación de los poderes de los Estados y predominio de la voluntad privada. Es una sociedad paralela a la sociedad internacional de Estados y que, como ésta, forma y estructura su propia normativa para atender unos problemas que solo pueden y deben resolverse al margen del marco estatal. Una parte del actual *ius mercatorum* o derecho transnacional es objeto de recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales a través de los textos internacionales, con lo que, en definitiva, se amplía el contenido del Derecho internacional privado.

DIA: ¿fuente del derecho autónoma o accesoria?

Sin duda alguna uno de los debates más intensos en el seno de la doctrina es aquel que analiza si el *soft law* se refiere a derecho o por el contrario nos encontraríamos hablando de un concepto diferente. En esta discusión como señala el profesor Cesar Nava Escudero³⁵⁷, la discusión de la doctrina se ha basado en dos planteamientos: el primero sería aquel que parte de un modelo dicotómico y que no permitiría discernir más que entre derecho y otra cosa. De esta forma la expresión *soft law* debería evitarse porque no sería auténticamente derecho e induce a una confusión³⁵⁸.

³⁵⁷ Escudero Nava, C. (2015). *Debates jurídico-ambientales sobre los derechos de los animales: Debates jurídico-ambientales sobre los derechos de los animales. El caso de tlacuaches y cacomixtles versus perros y gatos en la Reserva Ecológica del Pedregal de San Ángel de Ciudad Universitaria*. (1ª ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

³⁵⁸ En efecto, se ha sostenido que tal “modelo de aproximación al fenómeno desde la contraposición formal *soft law/hard law* busca identificar como derecho (*hard*) solamente aquellas normas que hayan sido producidas mediante las denominadas “fuentes” tradicionales del derecho internacional, en particular, mediante los tratados y la costumbre, dejando fuera del ámbito de lo jurídico otras manifestaciones de voluntad de los sujetos de derecho internacional”. Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 524, y para la cita textual, p. 528.

El segundo grupo estaría constituido por aquellos autores que defienden una “graduación normativa” y que permitiría reconocer que el derecho puede tener diferentes grados de impacto y efectos, siendo el más riguroso y extremo aquel identificamos como *hard law* y en sentido contrario el derecho suave o *soft law*³⁵⁹.

Esta separación o diferencia sin embargo tiene el problema de situar un “suelo” en esa gradación normativa con el fin de diferenciar lo que venimos entendiendo pro *soft law* con otra suerte de disposiciones que no serían legales y que entrarían en el campo de la política, ética, moral, etc. Es lo que algunos autores han denominado “normas no legales.”³⁶⁰

Otros autores³⁶¹ distinguen entre lo que son normas legales de *soft law* y normas no legales de *soft law*. Las normas legales *soft law* serían aquellas que contienen preceptos relativos a reglas de conducta o comportamiento, aunque no generen una obligación directa y se constituyan meramente como preceptos de meras aspiraciones, pero están incardinadas dentro de una norma jurídicamente vinculante como sería un Tratado donde cobra sentido al realizar una interpretación conjunta de todos los preceptos que el Tratado contiene. En el otro extremo, cuando estos preceptos o disposiciones se encuentran dissociados de una norma más amplia y están más cerca de lo que son declaraciones políticas o informes o reportes de organizaciones u organismos estaríamos hablando de las normas no legales de *soft law*³⁶².

En todo caso, estas diferenciaciones, lo que ponen de manifiesto, son los diversos intentos de clasificación que por parte de la doctrina se ha realizado y que no vamos

³⁵⁹ En este sentido véase Peters, A. & Pagotto, I. (2006). *Soft law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*. *SSRN Electronic Journal*, pp. 6-9, de donde obtuvimos parte de esta discusión. También sugerimos Dixon, M. (2011). *Cases & Materials on International Law*. (5ª ed.). Oxford: Oxford University Press., pp. 48-52, quien recopila argumentos de diversos autores sobre el tema. Dos artículos más que enriquecen la discusión: Toro Huerta, M. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. *Op. citada* y Cárdenas Castañeda & Fabián Augusto (2013). *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft law and the Other Side of the Coin*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII. Finalmente, para una distinción entre las normas y las no normas, lo no legal y lo legal, o lo prelegal y lo legal, véase Weil, P. (1983). *Towards Relative Normativity in International Law?* *The American Journal of International Law*, Vol. 77, Núm. 3, pp. 415-435.

³⁶⁰ Véase Williamson, R.L. (2003). *Hard law, soft law, and non-law in multilateral arms control: Some compliance hypotheses*. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4, Núm. 1, pp. 59-82.

³⁶¹ Cárdenas Castañeda & Fabián Augusto. *A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft law and the Other Side of the Coin*. *Op. citada*.

³⁶² En este sentido Chinkin, C. *Normative Development in the International Legal System. Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*.

a continuar profundizando en ello por cuanto que casi este esfuerzo tendería al infinito.

Y surge la duda sobre si lo que se ha venido denominando DIA viene a constituir por sí mismo una rama separada y autónoma del derecho internacional o por el contrario es una parte del mismo, pero sin autonomía propia, como rama del derecho.

Acojamos una u otra teoría, lo que no hay duda es la importancia que el desarrollo histórico de este derecho ha tenido en el Derecho Internacional a través de un proceso de evolución histórica en el que el soft law ha tenido una importancia decisiva como frase previa para la positivización de algunos principios recogidos en el ámbito internacional.

La consideración de si es un sistema jurídico autónomo, como decíamos, genera debate en el seno de la doctrina inclinándose, en la mayoría de los casos, por un rechazo a entender el DIA como un sistema jurídico autónomo ya que ello implicaría la necesidad de que tuviera su propio sistema de fuentes, mecanismos, instrumentos, etc. En este sentido, se inclina más bien por considerarlo como una parte del derecho internacional y que solo como licencia didáctica se le da esta apariencia de autonomía³⁶³.

La aparición de esta rama del derecho va paralela al proceso de evolución histórica de las sociedades y economías en los países más desarrollados a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Y surge como un proceso de evolución normal en las fases del desarrollo económico una vez que se van avanzando en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, sobre todo en el ámbito europeo tras la dura fase de reconstrucción después de la segunda guerra mundial, este avance del desarrollo económico y en consecuencia del Estado del Bienestar va poniendo de manifiesto los sucesivos desequilibrios que en la siempre frágil naturaleza se van

³⁶³ Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada, p. 114: "El Derecho internacional del medio ambiente no es otra cosa que el conjunto (no siempre uniforme ni coordinado) de normas internacionales referidas a la protección del medioambiente. Por tanto, sólo mediante una "licencia didáctica" contrapongo ambos Derechos; del mismo modo y con el mismo objetivo, que suele hablarse de un *Derecho nuclear*, un *Derecho Económico Internacional* o, pongo por caso, un *Derecho del Espacio Ultraterrestre*". Se trata, ésta, de una posición doctrinal muy extendida y clara. Por ejemplo, cuando se afirma que "aunque el término Derecho del Entorno se utiliza comúnmente, las reglas sectoriales a las que él se refiere sólo con cierta benevolencia podrían describirse como un *régimen especial (...)*".

manifestando durante esta etapa. Ello provoca que esa creciente preocupación del medioambiente implique necesariamente al mundo jurídico tanto en el ámbito interno de los países como en el ámbito de la cooperación internacional.

En esta fase de evolución de la aparición del DIA, el profesor Gutiérrez Espada³⁶⁴ diferencia dos grandes etapas:

- i) Inicialmente, en los años sesenta, este incipiente DIA tiene dos limitaciones; una objetiva que se refiere solamente a unos campos concretos del medioambiente (el mar, las aguas dulces, la atmósfera, y la vida salvaje); y una limitación espacial en cuanto el ámbito de aplicación de estas normas se refiere a las cuestiones que surgen en la delimitación entre la soberanía o jurisdicción de los diferentes Estados, con el fin de solventar los problemas derivados medioambientales en Estados vecinos. Considerando como estos espacios insuficientemente protegidos por el derecho medioambiental³⁶⁵.
- ii) Como segunda fase el citado profesor señala el principio de los años ochenta e indica una evolución destacada como consecuencia de la alarma producida por determinados accidentes medioambientales que tiene graves consecuencias en la ecología, especialmente marina³⁶⁶. En esta nueva etapa el profesor Gutiérrez Espada señala una ampliación de los temas *sectorialmente* y una eliminación o superación del factor físico o geográfico por cuanto de lo que se trata es de extender la protección en todos aquellos casos en los que existe un riesgo objetivo por la sustancias o agentes contaminantes tratando de prevenir los daños que se ocasionen al medioambiente tanto la producción, como el transporte, almacenamiento, etc.³⁶⁷.

³⁶⁴ Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada.

³⁶⁵ En este sentido se menciona a Juste Ruiz, J. *La evolución del Derecho internacional del medio ambiente*. Op. citada, p. 399.

³⁶⁶ En este sentido se cita expresamente el caso del petrolero liberiano Torrey Canyon y el vertido de crudo que hizo en 1967 en las costas británicas.

³⁶⁷ El profesor Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada, p. 116: "Un ejemplo bien reciente de este fenómeno lo tenemos en la Convención común sobre la seguridad de la gestión del combustible utilizado y sobre la seguridad de la gestión de los desechos radioactivos (Viena, 29 de septiembre de 1997), que se ocupa detalladamente de un fleco (la gestión de los desechos radioactivos derivados del uso de la energía nuclear con fines pacíficos) pendiente tras la adopción, en 1994, del Convenio sobre seguridad nuclear". Asimismo "El

- iii) Finalmente, este proceso de evolución termina con la globalización de este DIA. Y en el que, como consecuencia de dicha globalización, se incrementan notablemente los actores ya que no son solamente los Estados, sino también organizaciones, ONGs, y, en general, integrantes de la denominada “sociedad civil”.

Tal y como lo expuso Federico Ramos de Armas, es conocido, desde hace décadas, el papel que los actores no estatales, en particular, las denominadas Organizaciones No Gubernamentales, han jugado en el desarrollo del Derecho del Medio Ambiente. Se ha hablado incluso de diplomacia abierta, pública o multilateral, frente a la diplomacia tradicional, a aquella que incluye en el ámbito de las “relaciones diplomáticas” la participación de las ONG en el impulso de Tratados, lo que ha sido muy destacado tanto en el ámbito del medio ambiente como en el de los derechos humanos. En las cumbres internacionales sobre medio ambiente es habitual que exista un foro paralelo al oficial en el que participa directamente la sociedad civil, pero también es muy palpable la influencia de la ONG en la propia negociación oficial, influyendo en las posturas de los negociadores, vetando o impulsando determinados contenidos, influyendo en la opinión pública sobre el avance de las negociaciones y los resultados alcanzados³⁶⁸. Asimismo, se produce también una globalización de todos los espacios objeto de protección ya que en los albores del siglo XXI ya nadie pone en tela de juicio la necesidad de abordar con soluciones los problemas medioambientales para evitar las consecuencias catastróficas que este deterioro puede ocasionar. Serían muchos los ejemplos que podríamos mencionar en este punto, pero hoy nadie duda de la realidad del problema del agujero de la capa de ozono, de las consecuencias del efecto invernadero; de la gran cantidad de especies de animales y vegetales en peligro de extinción de la deforestación; de los efectos del cambio climático de los países, cambios de temperatura en las estaciones. Efectos todos ellos que no conocen delimitación espacial o geográfica de los Estados, sino que nos afectan a todos en nuestro conjunto y que a todos nos corresponde corregir para evitar unas consecuencias irreparables. Ello es lo que condiciona que el DIA sea en este

texto del Convenio de 1997 en *Révue Générale de Droit International Public*, 1998, nº 1, pp. 275-304. Para un comentario sobre el mismo, Kageneck, 145-156.

³⁶⁸ Ramos de Armas, F. (2019). *Papel de los actores no estatales y entidades subnacionales*. Principios de derecho ambiental y Agenda 2030. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

momento total y global como única vía para solucionar un problema que nos afecta a todos³⁶⁹.

Este desarrollo del DIA se ha reflejado en los numerosos acuerdos, convenciones y conferencias internacionales, que se han producido estos años y que han dado lugar a una pluralidad de normativa jurídica de diferente tipología que analizaremos más adelante y que son ejemplo evidente de como el soft law ha ido ejerciendo su labor de derecho antecesor o precursor de la positivización de determinadas normas. De este modo, el soft law que no es obligatorio ni de aplicación directa, anuncia el *hard law* de mañana³⁷⁰. Pero, asimismo, este DIA ha sido también recogido por las Sentencias de los TIJs, como fue el caso de la sentencia del 25 de septiembre de 1997 entre Hungría y Eslovaquia o bien el tema de las pruebas o ensayos nucleares de 1974 y de 1995 entre Nueva Zelanda y Francia³⁷¹.

En la evolución de esta rama del Derecho Internacional se observa el fiel reflejo de lo que hemos venido denominando en la parte general de este trabajo la evolución o función del soft law como paso previo o conformador del derecho ordinario o hard law. De esta forma, y ejemplos como el que analizamos en este trabajo sobre el principio de precaución, la evaluación del impacto medioambiental; el principio de quien contamina paga, etc., son claros ejemplos de ese modelo en tanto su aparición se produce de una forma más suave para posteriormente ser recepcionados por la jurisprudencia y la legislación.

Igualmente, en este proceso evolutivo también se produce la participación del soft law como un instrumento de control del cumplimiento de normas. Esto traducido al

³⁶⁹ En este sentido Simma, B. (1994). *From bilateralism to community interest in international law. Recueil des Cours*. (1ª ed.). Leiden: Martinus Nijhoff. Simma ha puesto de manifiesto, "amenazan la base natural misma de la vida de todos los Estados y de los seres humanos". A su vez recogido en el artículo del profesor Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada. pp. 117 y 118.

³⁷⁰ Galiana Saura, A. (2016). La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa. *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 32: "De este modo, la norma de soft law, sin ser obligatoria y aplicable directamente, produce ciertos efectos jurídicos inmediatos, de tipo colateral, indirecto o de rebote. En este sentido se afirma que el soft law de hoy es o anuncia el Hard law de mañana. No se trata de una *lex imperfecta*, de un Derecho defectuoso, sino de un Derecho en gestación, *in statu nascendi*" A su vez referenciado en Abi-Saab, G. (1987). *Cours général de droit international public. Revue des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 207, p. 132 y en Abi-Saab, G. (1993). *Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain. Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, pp. 59-68

³⁷¹ Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada. pp. 124 y 125. Un comentario de la misma se realiza en esta misma recopilación por Rodrigo Hernando, A.: Orden de 22 de septiembre de 1995, solicitud de examen de la situación de acuerdo de la sentencia del Tribunal de 20 de diciembre de 1974 en el *asunto de los ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, *CJJ Recueil 1995*.

ámbito del DIA se manifiesta en la adopción de convenios o Tratados Marco en donde se diseñan de forma genérica y amplia los principios inspiradores del nuevo ordenamiento medioambiental, incluyendo los mecanismos de control y de vigilancia. Como una de las características de este derecho, en el que impera el principio de obtener el máximo consenso posible sobre la ejecutividad o coercitividad de las medidas, esta función también se realiza de una forma más “suave”. Se centra en hacer un seguimiento periódico de cómo va evolucionando las legislaciones y actuaciones de los Estados signatarios en la consecución de los objetivos que se han fijado y se ha acelerado exponencialmente en los últimos años al darnos cuenta de que el tiempo que disponíamos para reaccionar en la protección del medioambiente se nos va agotando³⁷² .

Algunos ejemplos de estos convenios de control serían la Convención de Viena para la protección de la capa de Ozono de 1985; la Convención Marco sobre el Cambio Climático de 1992 en relación a la lucha por estabilizar los gases del efecto invernadero o la convención de esa misma fecha sobre el mantenimiento de la riqueza de la biodinámica de la diversidad.

Todos estos textos comparten un mismo principio: el que han sido suscritos por una pluralidad de Estados y donde se fijan de forma genérica los objetivos que esos Estados persiguen y los procedimientos para su obtención.

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

³⁷² En este sentido Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Anuario de derecho internacional. Op. Citada, p. 171: *El Derecho del medio ambiente introduce en el Derecho bienes protegidos que los sistemas jurídicos habitualmente no tenían en cuenta -seres vivos no humanos- y aún conceptos desconocidos en el mundo del Derecho, como ecosistemas o procesos que sirven de fundamento a la vida. Además, el “derecho de las generaciones futuras” se ha proclamado sin que, hasta ahora, haya podido precisarse con claridad su contenido. En todo caso, toda la reglamentación relativa a la protección del medio ambiente tiende a proyectarse inevitablemente sobre el futuro. Así, la dimensión ‘tiempo’ juega un gran papel en el Derecho internacional del medio ambiente. Uno de los aspectos de este hecho es que el desarrollo de las normas debe tener en cuenta las posibilidades de evolución tanto de las situaciones dadas como de nuestros conocimientos.* Asimismo, véase Kiss, A. (1975). Los principios generales del Derecho del medio ambiente. *Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott* (Universidad, Valladolid), y Kiss, A. (1993). *Les Traités-cadres: Une technique juridique caractéristique du Droit international de l’environnement*. *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 39, pp. 792-797

tratados, cualquiera que sea el fundamento que las informa³⁷³. La norma jurídica es coercible, es decir, ante su incumplimiento se actualiza la consecuencia jurídica que es la sanción internacional, sabedor de que si la destaca se hace acreedor a una sanción internacional³⁷⁴.

Tradicionalmente se ha dicho que todo ordenamiento jurídico, o derecho, debe ser coactivo. Una sinonimia de coacción es la de *empleo de la fuerza*, y se considera como “*un medio de que dispone un órgano de autoridad para hacer cumplir una norma sancionadora*”³⁷⁵. Aunque en principio la idea de que un tratado produzca efectos jurídicos supone que sus normas serán “exigibles en derecho con todas las consecuencias que ello implica en caso de incumplimiento”³⁷⁶, no necesariamente deben existir sanciones para que se le considere *hard law*. El sentirse obligado por una norma cuyo cumplimiento no es opcional sino algo esperado, o mejor aún, requerido, juega un papel muy importante para determinar la naturaleza *hard* de una norma³⁷⁷.

Sin embargo, no se detallan ni el desarrollo pormenorizado o las consecuencias de un posible incumplimiento, sino que simplemente se dibujan unas líneas generales que dejan un amplio margen de actuación a los Estados. Se trata, por tanto, en primer lugar, de un sistema de convenio o acuerdo internacional que fijaría un mínimo común aplicable a todos los Estados parte, pero ese mínimo común es adaptable y flexible con el fin de recoger las peculiaridades y necesidades incluso que a posteriori pudieran surgir en los Estados signatarios. Constituye esto uno de los más importantes avances en el desarrollo del DIA y en la consecución de objetivos para la lucha contra el cambio climático y es este uno de los reflejos más evidentes de la finalidad que se persiguen con esta suerte de soft law: identificar claramente cuál es el problema y establecer y fijar los objetivos para resolverlo creando con ello a la vez la conciencia internacional necesaria que se traducirá

³⁷³ Sepúlveda, C. (2000). *Derecho internacional*. (20ª ed.). México: Porrúa, p. 139. En esta obra, al principio, se hace alusión a las doctrinas que abordan la teoría de la fuerza obligatoria de los tratados.

³⁷⁴ Arellano García, C. (2013). *Primer curso de derecho internacional público*. (7ª. ed.). México: Porrúa, p. 131.

³⁷⁵ Villoro Toranzo, M. (2012). *Introducción al estudio del derecho*. (21ª ed.). México: Porrúa

³⁷⁶ Palacios Treviño, J. (2007). *Tratados. Legislación y práctica en México*. (4ª ed.). México: Secretaría de Relaciones Exteriores-Universidad Iberoamericana, p.34.

³⁷⁷ Para ciertos autores, esto podría ser, en última instancia, lo que en realidad hace *hard* a una norma. Véase lo que al respecto ha señalado Bodansky, Daniel (2010). *The Art and Craft of International Environmental Law*. (1ª ed.). Boston: Harvard University Press, p. 101.

posteriormente en el reflejo de otros instrumentos que más pronto que tarde serán de carácter vinculante³⁷⁸ .

Esto no significa que estos convenios o acuerdos sean una mera declaración de principios o de intenciones que se agotan en sí mismos al momento de la firma sin que existan mecanismos de control o de vigilancia de su cumplimiento. En la mayoría de los casos, esta función se encomienda a lo que se llama Conferencia de Partes, órgano regulado en el propio convenio y que va a ejercer una función de información y control facilitando la adaptación, modificaciones o anexos que precisaran las partes o el convenio para la consecución de su objetivo. Creo que esta Conferencia de Partes constituye también un instrumento muy útil para evitar lo que decíamos antes y es que una vez alcanzado el acuerdo no hubiera seguimiento o bien fuera posible la ruptura sin más del convenio por incumplimiento de cualquiera de las partes. En algunas ocasiones esta Conferencia de Partes no está integrada por los mismos que han suscrito el convenio sino solamente por aquellos que voluntariamente se adhieran al protocolo para realizar ese seguimiento. Así se recoge en el protocolo de Kioto 1997 en su artículo 13.1 y 2 donde se dice: *“La Conferencia de las Partes, órgano supremo de la Convención [refiere al Convenio sobre el Cambio Climático de 1992], servirá como la sesión de las Partes en el Protocolo. Las Partes en la Convención que no lo sean en el Protocolo pueden participar como observadores en los debates de cualquier sesión de la Conferencia que se utiliza como reunión de las Partes en este Protocolo (...)*³⁷⁹.

³⁷⁸ En este sentido Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada. pp. 172 y 173: “Si tuviéramos que sintetizar una serie de características básicas comunes a todos ellos, estas serían las fundamentales:

1. Son "sistemas convencionales" que establecen un mínimo común denominador para los sujetos partes. Es decir, estos pueden asumir obligaciones jurídicas más "duras" (por ejemplo, en su Derecho interno) en relación con ellas, naturalmente siempre y cuando no resulten incompatibles con el Convenio-marco mismo.
2. Estipulan normas adaptables y flexibles, que pueden desarrollarse, y enmendarse, con relativa facilidad por medio de los mecanismos (normativos e institucionales) que el propio Convenio-marco crea.
3. Y, en fin, suelen establecer situaciones de diferenciación entre los Estados partes. Por ejemplo, ya conocemos como en el Convenio sobre el Cambio Climático (1992), los Estados desarrollados, los Estados con economías en transición a sistemas de mercado y los Estados en desarrollo tienen obligaciones diferentes; y también hemos dado cuenta que en el Protocolo de Kyoto (1997) se establece una marcada diferencia entre Estados desarrollados, que asumen compromisos adicionales a los de la Convención-marco y los Estados en desarrollo que reafirman sus compromisos de 1992 y su intención de aplicarlos, pero no compromiso adicional alguna”.

³⁷⁹ Artículo 13.1 y 2 del Protocolo de Kyoto. También recogido en el artículo *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Anuario de derecho internacional. XIV, p. 174 del profesor Cesáreo Gutiérrez Espada.

Con estos mecanismos de seguimiento, se consigue esa flexibilidad que permite vigilar y ayudar a los Estados al cumplimiento de los objetivos fijados sin la rigidez de los sistemas coercitivos tradicionales; mostrando que lo que debe prevalecer es el objetivo común que persiguen los Estados signatarios, y en la medida de lo posible, resolver las posibles situaciones de incumplimiento³⁸⁰.

Pero el efecto más importante que tienen este tipo de acuerdos es, como decíamos antes, el que sirvan de modelo para ulteriores desarrollos del DIA ya que si hay algo que caracteriza especialmente a esta rama del derecho internacional es la extremada variabilidad que se produce en su desarrollo íntimamente ligado a la creciente conciencia social que se está produciendo en el ámbito del medioambiente. Ello, unido a los largos tiempos de gestación de estos acuerdos internacionales, determina que cuando se consigue suscribir un acuerdo esto no es el punto y final, sino que es un punto y seguido en un proceso de crecimiento y evolución permanente.

A esta variabilidad y avance del Derecho Medioambiental ayuda notablemente el fenómeno del proceso de la globalización que también mencionábamos en la parte central de este trabajo, en tanto en cuanto nos permite conocer de forma inmediata y, en ocasiones con crudeza extrema, las consecuencias que se derivan del cambio climático. De ahí que la evolución a través de estos sistemas flexibles nos permite dotarnos de los instrumentos más adecuados en cada momento³⁸¹.

³⁸⁰ En este sentido Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada, p. 174: "Otra característica de estos "sistemas convencionales" es que los mecanismos de seguimiento que establecen suelen determinar procedimientos para que atiendan a supuestos de incumplimiento de los compromisos asumidos, en los que se utiliza el palo y la zanahoria, pero sobre todo la zanahoria, en la medida en que en situaciones de incumplimiento más que buscar la responsabilidad, la reparación, la represión del culpable, se pretende prevenir esta, disuadir de su comisión o, producida, ayudar al culpable a que no reincida en el futuro:

- Así estos procedimientos contemplan la aprobación de ayudas financieras y de transferencia de tecnología de unos Estados partes u otros con el decidido propósito de evitar violaciones de las normas acordadas.

- Utilizan también eufemismos descarados ("no cumplimiento", "non-compliance") para no hablar de violación, de hecho, ilícito, es decir, para transmitir la sensación de que no estamos ante "procedimientos acusatorios, de carácter contencioso", lo cual, como Pierre Marie Dupuy ha destacado, da a los órganos de gestión de la comunidad contractual de los Estados partes un margen de maniobra para llamar la atención al violador cortésmente, sin acritud, para inculparlo suave, "diplomáticamente".

- Establece mecanismos de asistencia financiera y tecnológica postviolación, cuyo fin evidente no es tanto el de obtener una ejecución forzosa del acuerdo por parte del que no lo respetó como el de llegar rápidamente a un acatamiento del mismo por todos, incluso por los que tienen más dificultades en ceñirse a lo acordado.

En suma, procedimientos de seguimiento estos en los que la figura de la responsabilidad internacional del Derecho internacional general no parece jugar según las reglas generales sino como último remedio y nunca en solitario".

³⁸¹ En este sentido Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada. p. 176: "los tiempos en que la adopción de un tratado como culminación de unas negociaciones más o menos largas venía a ser una especie de 'final feliz'

Esto nos permite afirmar que la importancia del soft law no es sólo como paso previo a la elaboración del hard law. Decir eso significaría tanto como entender que es prescindible en un determinado momento el uso de este derecho blando. Creo, por ello, que el soft law está aportando al desarrollo del DIA una ayuda fundamental e imprescindible y que en el futuro lo deberá seguir haciendo por cuanto es el instrumento más idóneo para afrontar los problemas medioambientales que estamos sufriendo. Incluso cuando este derecho blando es recepcionado por normas vinculantes internas, en ocasiones se redacta de una forma genérica y amplia como consecuencia también de la influencia del soft law. Ello ha sido criticado por algunos internacionalistas que consideran que la adopción de este tipo de Tratados para luego no tener instrumentos adecuados o vinculantes para exigir su cumplimiento es un ejercicio de cinismo.³⁸²

Nadie duda de que la protección del medioambiente supone un reto difícil y complicado, que luchamos cada vez más contra reloj, y que el riesgo que tenemos si no llegamos a tiempo puede incluso suponer nuestra extinción³⁸³.

La gravedad del problema nos exige continuar avanzando en la búsqueda de soluciones en el seno de nuestra disciplina jurídica y, qué duda cabe, de que la herramienta de la que disponemos para ello es el DIA y los instrumentos que él ha ido desarrollando. Avanzar en su perfeccionamiento, evolución y mejora servirá para avanzar en el fortalecimiento y protección del medioambiente, debiendo ello ir unido al incremento del nivel de compromiso entre las partes que se traduzca en la adopción de normas que aseguren la implementación de las medidas de forma rápida para enmendar el problema. Para ello es necesario tener un mejor derecho, un más completo y perfecto ordenamiento jurídico internacional en donde se recojan de forma paralela el catálogo de instrumentos necesarios y los organismos

perecen revueltos. Hoy, se da una tendencia hacia fórmulas de negociación permanente en las que la adopción de un tratado es una importante etapa, pero sólo una etapa (...). En suma, estas nuevas formas de legislación internacional se parecen a las que se utilizan en el interior de los Estados". A su vez mencionado en el artículo de Kiss, A.CH. Los principios generales del Derecho del medio ambiente, Op. citada.

³⁸² En este sentido Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada. p. 184: "Un segundo motivo de queja para un internacionalista sobre la situación actual del Derecho internacional del medio ambiente se basa en el hecho de que, incluso en sus manifestaciones de Hard law, normas básicas de esta rama se redactan de forma vaga, genérica en exceso cuando no, en ocasiones, si puedo decirlo con franqueza, pura y simplemente cínica. ¿O no es un patente ejercicio de cinismo adoptar un tratado para luego dejar indeterminadas y huera las obligaciones, los compromisos que en su texto se regulan?"

³⁸³ Informe de la Comisión sobre desarrollo sostenible, Doc. NU/A/S-19/14, E/1997/160, 27 mayo 1997.

y control de vigilancia que permitan actuar en un tiempo razonable si bien hay que ser consciente de las críticas existentes en relación a que estas mejoras que se postulan del derecho internacional son escasas y poco agresivas³⁸⁴ .

En esta evolución³⁸⁵, uno de los temas que habrá que clarificar es el de recoger expresamente la responsabilidad en los casos de incumplimiento sobre todo como cuando, como decíamos antes, el tiempo se nos está acabando. Así, hay autores que insisten en la idea de que es mejor avanzar en la prevención más que en la responsabilidad³⁸⁶. Sin embargo, no faltan las voces que exigen que haya un componente de esa responsabilidad, dado que no podemos esperar mucho más y el tiempo se nos agota debiéndose incluir una perspectiva de responsabilidad en el caso de incumplimiento de los acuerdos.³⁸⁷

En definitiva, la aparición y evolución del DIA va íntimamente ligada a la concienciación de la dimensión planteada de este problema por parte de todos los Estados, así como a la necesidad de avanzar en la consecución de soluciones operativas que permitan reducir los efectos del deterioro medioambiental. Es esto, precisamente, una de las características esenciales de esta rama del Derecho Internacional, por cuanto su evolución y protagonismo en el ámbito de éste ha sido exponencial en los últimos años vinculado, sin duda alguna, a la creciente

³⁸⁴ En este sentido Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada. p. 190: "Poco "agresivas", podría quizás pensarse, son estas sugerencias de mejora de la formación del Derecho internacional del medio ambiente. Pues posiblemente, pero "no hay más cera que la que arde". Bueno, no ignoro que siempre cabría formular propuestas magníficas. Por ejemplo, observamos que a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ámbitos de la cooperación o del comercio no se ha creado a escala mundial ninguna Autoridad Internacional (léase Organización Mundial del Comercio), ni siquiera, como ocurre en el sistema de la ONU, ningún Organismo o Agencia Especializada (como la OMM o la OIT) en temas de medio ambiente; sólo "un simple" Programa de Naciones Unidas para el Medio ambiente. Esta reflexión ha impulsado a algunos a pedir una "Autoridad Mundial" inspirada en la 'Autoridad de los Fondos Marinos y Oceánicos' encargada del análisis y vigilancia del estudio del medio ambiente, así como la promoción del Derecho internacional del medio ambiente, institución u organismo internacional que debería ser "capaz de ejercer una seria labor de control y de adoptar decisiones obligatorias".

³⁸⁵ Véase a su vez Herrero de la Fuente, A. (1997). Medio ambiente y seguridad. Reflexiones a raíz de la Segunda Cumbre de la Tierra. *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIII, pp. 561-581; y Juste Ruiz, J. (1992). La evolución del Derecho internacional del medio ambiente, *Autonomías: Revista catalana de dret públic*, Vol. 15.

³⁸⁶ En este sentido Brownlie, I. *International law at the fiftieth anniversary of the United Nations. General Course on Public International Law*". Op. citada

³⁸⁷ En este sentido Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada, p. 193 y 194: "Yo quería, sin embargo, apuntar que no podemos expulsar completamente del Derecho internacional del medio ambiente la idea de la responsabilidad. Las amenazas al medio ambiente son tan graves que pueden constituir, incluso, una amenaza a la seguridad internacional que exija medidas ex Capítulo VII de la Carta¹. Sabemos, asimismo, que el art. 19 del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos considera como un "crimen internacional" una violación grave de las normas que consagran la protección del medio ambiente, ejemplificando con la que suponga la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares".

concienciación que los sujetos internacionales han ido adquiriendo del problema medioambiental³⁸⁸ al que nos enfrentamos. Si el derecho tiene que hacer frente y adaptarse a una realidad social cambiante, qué duda cabe de que los efectos del cambio climático con las catástrofes y paradojas medioambientales que estamos viviendo son el catalizador más destacado del crecimiento de esta rama del derecho³⁸⁹.

Rasgos diferenciadores del DIA

Lo anterior determina que el DIA, que tiene por objeto la protección del medioambiente, posea unos ciertos rasgos originarios que le diferencian de otras ramas y que le vinculan de una forma muy estrecha con el soft law. Como hemos mencionado, la aparición de este derecho guarda una estrecha relación por los múltiples tratados y convenios internacionales que se han ido desarrollando en los últimos años (principalmente desde mediados del siglo pasado hasta la actualidad) y que han optado de una forma clara por la búsqueda de unos instrumentos que permitan la suficiente flexibilidad, primando de esta forma, el consenso sobre la exigibilidad de las obligaciones³⁹⁰. Por ello, en esta rama del derecho el soft law representa el instrumento más adecuado para identificar, proyectar y, si es posible, conseguir unos objetivos medioambientales que sean la pauta que guíe la actuación de los Estados³⁹¹.

Ello determina una peculiaridad en esta rama del ordenamiento jurídico que ha caracterizado desde el principio a esta parte del Derecho Internacional. Si la

³⁸⁸ Dupuy, P. *Soft Law and the International Law of the Environment*. Op. citada.

³⁸⁹ Juste Ruiz, J. (1985). *Derecho internacional del medio ambiente*. (1ª Ed.). Madrid: McGraw Hill, p. 45: "Pero sin duda el rasgo estructural más permanente del Derecho internacional del medio ambiente es, valga la paradoja, su extremada evolutividad, su constante adaptación a una realidad siempre cambiante, su incesante transformación normativa e institucional para la consecución de un objetivo que se escapa inevitablemente hacia el futuro". Este punto ha sido resaltado por el profesor Kiss, A. (1991) *Le droit de l'environnement: internationalisation et innovations*. Comunicación presentada en el Seminaire Droit et Environnement (Angers). *Mais, en fait, tout le droit de l'environnement n'est-il pas essentiellement justifié par l'avenir? Si l'on n'avait pas besoin de protéger des espaces, des espèces et des ressources naturelles, devrait-on se préoccuper non seulement du développement mais du développement durable et de tout ce qui en découle, notamment pour le droit? La finalité de la conservation de l'environnement est dans l'avenir et non point dans le présent comme c'est le cas de la majorité des règles de droit relatives, par exemple, au statut des personnes, à la famille, à la propriété, à l'ordre public, voire à la garantie des droits de l'homme*.

³⁹⁰ En este sentido González-Arruti, C.I. (2015). *El derecho internacional del medio ambiente y el principio de precaución: una atención a los organismos vivos modificados* (Tesis Doctoral). En este mismo sentido McIntyre, O. & Mosedale, T. (1997). The Precautionary Principle as a norm of Customary International Law. *Journal of Environmental Law*, Vol. 9, Núm. 2, pp. 221-242.

³⁹¹ Vid. en este sentido Lozano Cutanda, B. (2005). *Derecho ambiental administrativo*. (6ª ed.). Madrid: Dykinson.

finalidad del mismo es la protección del medioambiente y la articulación de medidas eficaces para su protección parece lógico que, como habla el profesor Juste Ruiz y ya hemos adelantado, estemos ante una serie de limitaciones objetivas.³⁹² Esta limitación objetiva, determina que el origen del DIA se centre en cuatro objetivos básicos de protección de la biosfera: las aguas (tanto el mar como las interiores), la atmósfera, la flora, y la fauna. Junto a esta limitación objetiva, el profesor Juste habla también de una segunda limitación geográfica, al implicar una limitación del ámbito de protección aquellos que se producen dentro de la soberanía o jurisdicción de los Estados, si bien debemos señalar que el avance y desarrollo de este derecho ha supuesto también la adopción de instrumentos internacionales que protejan territorios no sometidos estrictamente a la jurisdicción de un Estado.

Por otro lado, el profesor Juste en el artículo citado, señala las denominadas limitaciones subjetivas, que serían aquellas que vienen determinadas por los sujetos intervinientes en estos procesos de elaboración de las normas internacionales y que constituye un ejemplo claro de cómo el proceso evolutivo en la elaboración de esa nueva rama del Derecho Internacional ha significado que si bien en un primer momento existía un protagonismo casi único por parte de los Estados, en los últimos años hemos visto como el papel de otros sujetos intervinientes han ido ganando terreno³⁹³.

Esta ampliación subjetiva se produce no solo en el ámbito internacional, sino también dentro de los propios Estados, en el que se ha ido reclamando y plasmando normativamente la progresiva participación de los ciudadanos y las organizaciones, ONGs, en el proceso de elaboración de normas de carácter medioambiental³⁹⁴. Se trata, en consecuencia, de dar participación a los ciudadanos en algo de lo que son

³⁹² Juste Ruiz, J. *Derecho internacional público y medioambiente*. Op. citada, pp. 10-54.

³⁹³ Juste Ruiz, J. *Derecho internacional público y medioambiente*. Op. citada. p. 51: "Una primera manifestación de esta expansión subjetiva ha venido marcada por el papel transcendental que las Organizaciones No Gubernamentales, tanto representantes del movimiento ecologista como de intereses industriales y económicos, se han visto llamadas a desempeñar en este sector del ordenamiento. En efecto, aún con las limitaciones propias de su condición, las ONG han adquirido progresivamente un status y una participación esencial en los procesos de elaboración y aplicación del Derecho internacional del medio ambiente. Actuando informalmente a modo de representantes de los ciudadanos del mundo, las ONG han desarrollado un papel fundamental para la protección y preservación del medio ambiente a escala nacional y mundial".

En este mismo sentido véase Nelkin, D. (1987). Participation du public à la mise en œuvre d'un droit de l'environnement. En: *Environnement et droits de l'homme* (Unesco).

³⁹⁴ En este sentido artículo 3 de la directiva de la UE sobre libertad de acceso a la información en el medioambiente (Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990. DO n.º L 158 de 23, 6, 1990. Reproducida en *Revista de Derecho Ambiental*, Aº 6, pp. 66-69).

directos protagonistas y que va a tener una influencia destacada en las generaciones futuras. La idea de que la tierra es una herencia que tenemos que dejar a nuestros hijos para que la puedan disfrutar en las mismas condiciones que nosotros, es algo ya plenamente asumido y reconocido. Por ello, esta participación del individuo en la elaboración de normas medioambientales ha sido consagrado posteriormente por la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982³⁹⁵ como una idea fuerza del Derecho Internacional, así como en la Declaración de Río de 1992³⁹⁶.

Por último, podemos hablar también de las denominadas limitaciones normativas derivadas del modo o manera en el que se plasman los acuerdos internacionales o convenciones encaminadas a la protección del medioambiente. En este punto creo que, al igual que en el ámbito subjetivo, también se ha producido una evolución intrínsecamente ligada al propio concepto del DIA por cuanto como mencionábamos antes la exigibilidad de un Tratado o Convenio Internacional clásico con normas de obligado cumplimiento y mecanismos coercitivos de ejecución hubiera implicado la imposibilidad de alcanzar ningún tipo de acuerdo. Por eso se habla de una “particular flexibilidad” del contenido jurídico material de esta serie de convenios en la mayoría de los casos³⁹⁷.

Esta característica se manifiesta también en una limitación en el ámbito institucional ya que, a diferencia de otra serie de convenciones internacionales donde se ha creado una estructura permanente, en ocasiones ineficiente, para el desarrollo y ejecución de los convenios suscritos, en el ámbito del DIA estas estructuras son mínimas y lo que se encomienda es a los propios Estados para que a través de sus legislaciones internas y de sus propios órganos transpongan y ejecuten los objetivos fijados en los acuerdos y convenios internacionales. Creo que con ello se consigue una mayor eficacia por cuanto el éxito o fracaso de la consecución de los

³⁹⁵ En este sentido véase ONU, Asamblea General, Resolución de 28 de octubre de 1982, Preámbulo, apartado C).

³⁹⁶ En este sentido véase *Principle 3. The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations.*

³⁹⁷ Juste Ruiz, J. *Derecho internacional público y medioambiente*, Op. citada p. 47: “Por otro lado, el rigor jurídico-formal de la fuente convencional se ha visto inevitablemente contrapesado por una particular flexibilidad de su contenido jurídico-material en la mayoría de los casos. Así, los compromisos jurídicos establecidos en los tratados medioambientales han sido generalmente formulados en términos poco contundentes, acompañados de matizaciones reduccionistas y de prescripciones condicionales o, en ocasiones, abiertamente potestativas”.

objetivos fijados en ellos solo está ligado a la aplicación práctica que pongan en marcha los Estados.

Evidentemente que esta formulación de carácter general tiene una excepción y una peculiaridad en el seno de la UE en donde es la CE, como órgano supranacional, la que está impulsando la adopción de normativas y planes internos en cada uno de los países miembros para la consecución de estos objetivos. Ello es reflejo de que la UE y los países integrantes concurren simultáneamente como sujetos internacionales y actores en estos acuerdos internacionales.

En esta línea la UE ha desarrollado un extraordinario trabajo en la Comisión Juncker impulsado por el ex Comisario de Energía y Clima, Miguel Arias Cañete, que le permitió aprobar un ambicioso paquete de energía y clima en donde se fijan los principios rectores que los próximos años deberán seguir los países de la Unión Europea para hacer realidad los compromisos asumidos en la Cumbre de París. Dicha labor se ha continuado por su sucesora, la Comisaria Von der Leyden, con su recién anunciado Green Deal. A ambos me referiré más adelante. Simplemente me referiré al requerimiento del ex Comisario Cañete de requerir a cada uno de los Estados miembros la elaboración Plan Nacional de Energía y Clima (**PNIEC**) en donde se detallan la planificación y previsión temporal para la adopción de medidas y cambios normativos que van a permitir alcanzar los objetivos del protocolo de París. Más adelante trataré esbozar unas ideas sobre el carácter vinculante o no de estos PNIECs. Sin embargo, no cabe duda, que esto no es sino una excepción al principio general en esta materia.

Por todo ello, la expansión que el DIA ha tenido en estos últimos años pone de manifiesto la preocupación creciente de los Estados por la adopción de medidas que permitan evitar un desastre medioambiental que ya se vislumbra. Ello ha supuesto, como decíamos anteriormente, un incremento progresivo de las normas internacionales de protección medioambiental que si bien en un momento fueron regionales o sectoriales han adquirido ya una dimensión global³⁹⁸ .

³⁹⁸ En este sentido véase Vide Castillo Dandi, M. (1990). La protección internacional del medio ambiente atmosférico: estado de la cuestión. *Revista de Derecho ambiental*, Núm. 6, pp. 9-27. En este mismo sentido Juste Ruiz, J. *Derecho internacional público y medioambiente*. Op. citada. p. 50: "En una primera etapa se adoptó un convenio «regional» sobre la contaminación transfronteriza a larga distancia," para tratar de remediar los devastadores efectos de la «lluvia ácida», al que luego han venido a añadirse cuatro Protocolos adicionales." Más tarde fue necesario elaborar a escala global reglas convencionales para regular y prevenir otro fenómeno

Esta expansión y protagonismo destacado de la protección medioambiental unido al incremento de la concienciación de los Estados y de los individuos por este problema medioambiental ha llevado a que se considere como uno de los derechos esenciales y fundamentales del hombre la protección y defensa del medioambiente recogido ya por primera vez en la Declaración de Estocolmo de 1972³⁹⁹ y en este sentido cabe citar el artículo 45 de la CE.

Aparición del derecho fundamental al medioambiente: Bien jurídico protegido

La singularidad y relevancia que hemos venido mencionando en páginas anteriores en relación al medioambiente nos lleva a una realidad evidente que debemos calificar como positiva: la sensibilidad medioambiental y ecológica que están experimentando las legislaciones en particular, y el derecho en global, de cara a regular de una forma más detallada y precisa la protección del medioambiente con el fin de evitar la degradación que se ha incrementado en los últimos años. Ello ha llevado a defender a algunos autores la necesidad de dar sustantividad propia a la naturaleza y a sus recursos en aquellas legislaciones que les afectan justificando plenamente los efectos de ese derecho del medioambiente⁴⁰⁰. Este reconocimiento de entidad digna de protección a la Naturaleza como tal, implica la articulación de los mecanismos que permitan una amplia legitimación activa a la hora de poder poner en marcha instrumentos de protección, fundamentalmente en el campo del

atmosférico no menos insidioso y temible, la disminución de la capa de ozono, lo que se hizo mediante la adopción del Convenio de Viena de 1985 y el Protocolo de Montreal de 1987." La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992 con la participación de 178 Estados, ha adoptado un Convenio sobre cambio climático, que tiene por objeto poner las bases para la regulación de las emisiones de gases productores del llamado «efecto invernadero» y del calentamiento global del planeta. La protección de la atmósfera constituye así el ejemplo más patente de la tendencia a la mundialización de las reglas internacionales para la protección del medio ambiente".

³⁹⁹ En este sentido, véase el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972, que ya afirmaba que "El hombre tiene el derecho fundamental (al) disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida sana y gozar de bienestar...". La Declaración de Río de 1992 afirma también en su Principio 1: *human beings are at the centre for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature.* En este mismo sentido, artículo 45 de la Constitución Española aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978 ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S. M. El Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978: "1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

⁴⁰⁰ En este sentido, véase al profesor Esteve Pardo, J. (2007). Protección penal y accesoriedad administrativa en la nueva regulación para la protección del medioambiente. En: *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, pp. 119-138. (1ª ed.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

derecho penal. Es lo que se ha venido denominando el “Green Criminology” que defiende la necesaria punición de aquellos atentados contra el Medioambiente por afectar éstos a los Derechos Humanos esenciales⁴⁰¹.

Nos estamos refiriendo a una realidad que está desde el origen de los tiempos y que, por lo tanto, de haber tenido entidad de bien jurídico debería ser desde el principio. Sin embargo, el debate se centra en la actualidad por la conciencia colectiva que hemos ido alcanzando de la limitación de los recursos naturales y del riesgo que supone para todos nosotros la realización de determinadas actividades que lo pongan en peligro, no ya aquellas desarrolladas por las grandes corporaciones, sino también por todos y cada uno de nosotros a título individual ya que la protección del medioambiente es algo que nos incumbe a todos.

Sin embargo, al hablar de medioambiente como bien jurídico, entramos en un interesante debate doctrinal vinculado a la punición de aquellas actividades que puedan causar un daño al mismo. El medioambiente, como hemos indicado, es un bien jurídico colectivo en el que el ataque al mismo se viene produciendo desde el mismo momento de la aparición del hombre sobre la faz de la tierra y no se trata, por tanto, de acciones ligadas única y exclusivamente a un sector productivo o industrial, ya que la acción u omisión que podemos realizar todos y cada uno de nosotros tiene también un impacto muy considerable en el medioambiente. De esta forma, y como ejemplo, el Código Penal español en su regulación desde 1995 conceptúa el medioambiente como un fin en sí mismo, sin necesidad de vincularlo a una acción concreta o a la acción unitaria del hombre. De tal forma que, existe una agravación en el supuesto de que el daño medioambiental afecte a los seres humanos pero el bien jurídico protegido en sí mismo, es el medioambiente⁴⁰².

Esta idea lo que significa es que el bien jurídico protegido es el medioambiente en sí mismo considerado, con autonomía respecto del impacto u otro que tenga en el ser humano o de otros bienes jurídicos individuales⁴⁰³. Esto supone un desarrollo

⁴⁰¹ En este sentido Nieto Martín, A. (2011). Bases para un futuro derecho penal internacional del medioambiente. *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 82, pp. 477-500

⁴⁰² De esta opinión es Quintero Olivares, G. (2013). *Derecho Penal Ambiental*. (1ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanch

⁴⁰³ En este sentido véase Conde-Pumpido Tourón, C. (1997). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid, (1ª ed.). Madrid: Trivium: “*El medio ambiente se protege penalmente por sí mismo, como bien jurídico nuevo, con entidad propia, y no en función del daño que su perturbación ocasione a otros valores como la vida humana, la salud pública o individual, la propiedad de las cosas, animales o plantas, etc., que son bienes jurídicos ya protegidos tradicionalmente por el Derecho penal, y que si se ven afectados dan lugar a otros delitos en concurso con el delito ecológico*”. Con anterioridad, en los mismos términos, en De la Cuesta Aguado, M. Paz.

del campo de la ética al reconocer valores inherentes y dignos de protección a otras especies o a otros ámbitos como el medioambiente. Se trata del denominado ecocentrismo, que considera un ser moral y digno de protección a toda la naturaleza íntegramente concebida frente a una concepción biocéntrica que circunscribe el concepto de seres morales solamente a los seres vivos⁴⁰⁴. La adopción de uno u otro criterio, al margen del intenso debate doctrinal que el tema ha suscitado y que no nos vamos a detener por razones evidentes por no ser materia en este trabajo, tiene su importancia sobre si el medioambiente como concepto en sí mismo es un bien jurídico susceptible de protección. Este debate, llevado a sus últimos extremos, plantearía la duda sobre si existiría una legitimación diferente al ser humano para exigir determinadas medidas de reparación o de restauración del daño causado. Es más, cabría el debate relativo a si dentro de los seres humanos existiría una legitimación individualizada de aquellos que sin haber participado en ningún momento en el desarrollo de actividades que pudieran causar un perjuicio al medioambiente podrían exigir responsabilidades al mundo desarrollado, al no entender el ser humano como un todo⁴⁰⁵.

Trasladado este debate al ámbito de los países, éste se plasma en las posibles exigencias de responsabilidades sobre todo por parte de los países subdesarrollados respecto de aquellos otros cuyo desarrollo ha causado el daño ecológico en el que nos encontramos, hablándose incluso del concepto de deuda ecológica de uno respecto de los otros⁴⁰⁶. Esto exige articular un mecanismo que reequilibre esta situación y que permita dar algún nivel de compensación o

(1999). Causalidad de los delitos contra el medio ambiente. (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch: Concibe al bien jurídico medio ambiente como *el conjunto de relaciones, de reglas naturales, bióticas, biológicas, ecológicas, etc.*, [...] que han permitido el desarrollo del hombre y la aparición y mantenimiento de la vida en el planeta tierra. Por tanto, como concepto autónomo, pero a la vez restringido.

⁴⁰⁴ En este sentido como principales exponentes del ecocentrismo, vid. Eckersley, R. (2016) *Environmentalism and Political Theory. Toward an Ecocentric Approach*. (1ª ed.). Albany: State University of New York Press; Callicott, B. J. (1999). *Beyond the Land Ethic: More Essays in Environmental Philosophy*. (1ª ed.). Albany: Suny Press; y Wenz, P. S. (2001). *Environmental Ethics Today*. (1ª ed.). Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press

⁴⁰⁵ Boff, L. (2011). *El Planeta Tierra. Crisis. Falsas soluciones. Alternativas*. (1ª ed.). Madrid: Rústica, p. 33. "No basta decir que es andrópico, o sea, producido por el ser humano. ¿Qué ser humano? ¿Los indios, los esquimales? Necesitamos decir con todas las letras que el calentamiento ha sido producido por aquella porción de hombres que introdujeron la producción industrial hace ya tres siglos"

⁴⁰⁶ En este sentido véase Martínez Alier, J. (2010). *¿Quién debe a quién?: Deuda ecológica y deuda externa*. (1ª ed.). Madrid: Público, pp. 43-78. Se decanta por impulsar la discusión, al menos sobre la reclamación de la deuda ecológica, por más difícil que resulte cuantificarla y sin adoptar la perspectiva del simple canje naturaleza-deuda externa (como ya ha ocurrido), sino de sentar las bases de un "ajuste ecológico": "No creo que el argumento dependa de una cuantificación exacta, que es por otro lado imposible (por ejemplo, al exportar madera del bosque tropical húmedo, se ha perdido y se pierde biodiversidad que no está tan siquiera inventariada, mucho menos es pues valorable en dinero)".

resarcimiento a los países subdesarrollados mediante la asunción de una mayor responsabilidad y compromiso de los países desarrollados. Lógicamente y como hemos mencionado, el fenómeno de la globalización dificulta en muchas ocasiones que este mayor esfuerzo realizado por los países desarrollados sea verdad, al deslocalizar algunas de sus producciones más sucias en los países subdesarrollados. Ello pone de manifiesto la necesidad de avanzar en un modelo global que aúne la consecución de objetivos medioambientales con el establecimiento de unos parámetros comunes de gobernanza de todos los países implicados que evite estos efectos no deseados⁴⁰⁷. Se trata de un área del derecho internacional medioambiental que adquiere un protagonismo propio en la idea de alcanzar un grado de universalidad en la consecución de estos objetivos y que elimine, para la consecución de los mismos, esa diferencia entre los países del primer o tercer mundo.

Para ello, no cabe duda de que el derecho internacional medioambiental es el instrumento que brinda las mejores oportunidades para el establecimiento de unas medidas de protección a nivel supranacional. Y dentro de ello, el soft law constituye la piedra angular de este edificio al aportar el instrumento útil que permite solventar las reticencias que un tratado de carácter vinculante podría plantear.

El soft law y su eficacia en las normas internacionales

La aparición del DIA, es como hemos mencionado, relativamente reciente y ha tenido un crecimiento exponencial en esta primera parte del siglo XXI. Una vez que se han ido superando algunas reservas en cuanto a su aplicación y que se ha producido la conciencia de los Estados de la necesidad de su implantación. Se trata de una normativa que presenta como principal peculiaridad la utilización del soft law como parte integrante del mismo y como una manifestación necesaria de su flexibilidad para adaptarse a situaciones diversas, lo que no ha impedido que en

⁴⁰⁷ En este sentido véase Jáuregui, G. (2012). La emergencia de un nuevo orden jurídico-institucional: el Estado y la Constitución en la era de la globalización. En: *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. (1ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch; Mercado Pacheco, P. (2012). Desarrollo sostenible y gobernanza: retóricas del derecho global y de la justicia ambiental. En *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. (1ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanc. Desde un punto de vista crítico, *vid.* Schünemann, B. (2012). La destrucción ambiental como arquetipo del delito. En *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. (1º ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 430. “La ficción de la gobernanza, desde un punto de vista politológico y de Teoría del Estado, representa el dominio del más fuerte y de los intereses particulares más notables, frente a la supuesta cualidad de modernidad positiva y necesaria que aporta”.

ocasiones esto se refleje posteriormente en normas de carácter estricto mediante la recepción por los derechos nacionales, lo cual no impide que se afirma que ninguna otra rama del Derecho Internacional está tan afectada como ésta por el soft law⁴⁰⁸.

En el ámbito del DIA, el soft law se manifiesta de diversas maneras fundamentalmente en función de la fuerza jurídica vinculante del mismo o no, reflejado en acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales. Mediante su aplicación, el soft law sirve a una importante función de reiteración y referencia para la protección del medioambiente y para el establecimiento de estándares necesarios de cumplimiento por parte de los Estados destinatarios constituyendo normas de contenido programático que recogen principios esenciales que aun cuando no hayan sido recogidos todavía de forma expresa por el derecho tradicional va adquiriendo una cierta eficacia normativa, dotando de una necesaria flexibilidad para adaptarse a los cambios⁴⁰⁹.

Para que estas normas tengan esa cierta eficacia normativa de la que hablamos, Hohmann⁴¹⁰ considera que deben cumplirse 4 condiciones: en primer lugar, que el uso continuado de la misma vaya progresivamente imponiéndose generando con ello una suerte de opinio iuris entre los destinatarios de la norma; como consecuencia de ello, el cumplimiento de esta opinio iuris es lo que serviría de nexo de unión a los integrantes de las asociaciones u organizaciones internacionales. Ello implica, y esta sería la tercera condición, que estas normas, pautas o comportamientos hayan sido recepcionadas de alguna manera por un acuerdo o convenio de forma expresa o tácita y que, como finalmente sea incluida en los acuerdos que se adopten. De esta forma, la comunidad cuenta con un instrumento que permite fijar unos objetivos ambiciosos con una norma más flexible que permite

⁴⁰⁸ En éste sentido González-Arruti, C. I. *El derecho internacional del medio ambiente y el principio de precaución: una atención a los organismos vivos modificados*. Op. citada: "porque ninguna otra rama del derecho internacional está influenciada de tal multitud de declaraciones, resoluciones y otros instrumentos que nos llevan al soft law". Véase McIntyre, O. y Mosedale, T. *The Precautionary Principle as a norm of Customary International Law*. Op. citada. Y en este mismo sentido González-Arruti, C. *El derecho internacional del medio ambiente y el principio de precaución: una atención a los organismos vivos modificados*: "El denominado soft law representa para el derecho internacional del medio ambiente un instrumento o recurso que permite proyectar principios y criterios jurídicos ambientales que, sin ser aún vinculantes u obligatorios, marcan la pauta de la normativa internacional".

⁴⁰⁹ En este sentido Juste Ruiz, J. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Op. citada, p. 47.

⁴¹⁰ En este sentido Hohmann, H. (1994). *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*. (1ª ed.). Londres: Graham & Trotman.

una participación de organismos internacionales y sociedad civil con una mayor capacidad de respuesta para resolver los problemas y otorgando un mayor grado de innovación sobre los mecanismos a seguir para solventarlos⁴¹¹ .

Como hemos identificado anteriormente en el derecho Internacional en general y en particular en el que regula o contempla los aspectos medioambientales, el soft law ha venido representando un papel muy destacado como derecho anticipador y como derecho impulsor de mecanismos que propicien y favorezcan la adopción de determinados instrumentos jurídicos que gocen de la suficiente flexibilidad para abordar problemas graves y buscar soluciones globales que puedan ser aceptados por una pluralidad de destinatarios, sin que ello provoque el rechazo inicial por existir un compromiso obligacional con características coercitivas.

Al definir como un derecho más flexible nos estamos refiriendo a la posibilidad de abordar fenómenos heterogéneos ofreciendo soluciones dinámicas que permitan que diferentes Estados en situaciones políticas o económicas muy diferentes puedan asumirlos, aun cuando la interpretación que inicialmente de esa asunción pueda derivarse, puedan ser distintos para unos u otros. Asimismo, esta flexibilidad permite dotar de una mayor capacidad de adaptación de las normas a una sociedad cambiante a una velocidad mucho más rápida de la que estábamos acostumbrados; así como a recoger y contemplar la posibilidad de participar de otros sujetos distintos de los que tradicionalmente han intervenido en el proceso de elaboración normativa⁴¹² .

Por ello está el concepto de flexibilidad está ligado íntimamente a la capacidad que debe tener la norma jurídica para adaptarse a un dinamismo y realidad cambiante. Siguiendo al profesor Martín Rodríguez⁴¹³, esta flexibilidad la podemos entender en dos aspectos: la dinámica y la estática.

⁴¹¹ En este sentido Kiss, A. (1989) *Droit International de l'environnement*. Etudes internationales, Núm. 3, pp. 349-380.

⁴¹² En este sentido Galiana Saura, A. La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa. Op. Citada: "A veces se emplean para describir el fenómeno de adaptabilidad de las normas al cambio social; otras, en cambio, pretenden hacer referencia a la posibilidad de modular los efectos de las normas; e incluso se utilizan en el ámbito del Derecho Internacional para hacer alusión a la capacidad de las partes en un tratado internacional para excluirse de las obligaciones jurídicas dimanantes de la norma convencional" A su vez Liñán, D. J. en el Prólogo de Martín Rodríguez, P. J. (2003) *Flexibilidad y tratados internacionales*. (1ª ed.). Madrid: Tecnos

⁴¹³ En este sentido Galiana Saura, A. La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa. Op. Citada, p. 303 y 304: "El término «flexibilidad normativa» está, pues, relacionado con la adaptación del Derecho a la heterogeneidad y dinamismo de la realidad social regulada; pudiendo así incluso

La primera se refiere a la capacidad de la norma para adaptarse de una manera eficaz a las modificaciones o cambios normativos sirviendo como elemento imprescindible para ir renovando el ordenamiento jurídico.

Complementario de lo anterior, la acepción estática de flexibilidad se referiría a la mayor o menor amplitud de los preceptos o las definiciones recogidas en la norma con el fin de albergar una pluralidad de conductas o supuestos variados en cuanto a su definición y también en cuanto a las consecuencias o formas de su cumplimiento. Ello lógicamente obliga a diferenciar hasta donde llega el soft law y a partir de qué punto estamos hablando de hard law. Porque como ya analizamos en la parte general de este trabajo entendemos perfectamente posible y compatible (e incluso recomendable, sobre todo en un ámbito normativo como en el que nos estamos refiriendo) la concurrencia de ambas normas, rechazando la incompatibilidad de éstas al entender que son un complemento interesante y muy útil para resolver situaciones como la que estamos analizando⁴¹⁴.

Por ello, cuando nos estamos refiriendo a derecho flexible no debemos caer en la reducción intelectual de identificar el concepto de derecho flexible como soft law. El derecho flexible puede y en muchas ocasiones tiene, un contenido de hard law dictado en unos términos más amplios que permitan dar mayor margen de interpretación⁴¹⁵.

determinar dos acepciones de la flexibilidad: la dinámica y la estática (Martín Rodríguez: 2003, 26-29). La acepción dinámica de la flexibilidad se relaciona con la modificación o cambio normativo. La flexibilidad es utilizada en este sentido para determinar la mayor o menor capacidad de renovación del contenido normativo del Derecho. La acepción estática, por su parte, hace referencia al contenido normativo, a la amplitud del precepto para albergar conductas variadas, para prescribir un imperativo no demasiado concreto, sino que admita cierta variación, esto es, diversas formas de cumplimiento. Se considera que la norma es flexible porque es capaz de perfilar un contenido no rígido, sino variable. La flexibilidad estática, así entendida, determina la necesidad de analizar cuál es el umbral de la normatividad (lo jurídico de lo no jurídico), e incluso puede cuestionar el propio concepto de norma jurídica, al distinguir grados en su fuerza imperativa”.

⁴¹⁴ Galiana Saura, A. *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. Op. Citada, p. 304: “esa misma ambigüedad o mezcla de términos que parecen no casar entre sí, y que ha llevado a no pocos autores a ver en ella un oxímoron o contradictio in terminis, es lo que hace de la nueva acuñación algo especialmente feliz para dar cuenta de los nuevos (y no tan nuevos) fenómenos normativos del Derecho internacional. Ha sido esa conciencia de estar asistiendo a algo nuevo en ese mundo normativo lo que ha unido la nueva expresión a la nueva realidad”.

⁴¹⁵ En este sentido Galiana Saura, A. *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. Op. Citada, p. 304: “En cualquier caso, y sea cual fuere el sentido atribuido, las propiedades del Derecho flexible siempre terminan definiéndose por oposición a las propias del Derecho clásico, del también denominado Hard law. Frente a la lógica de la vinculación y de la sanción a la que responde éste, aquél obedece a la lógica de la oportunidad y de la persuasión (Valdés Dal-Re: 2005, 41), aunque no solo es Derecho flexible aquél que tiene un contenido no vinculante, sino también normas de Hard law dictadas en términos vagos o ambiguos que dejan un gran margen a la interpretación. Debido a esta característica relacionada con su no vinculatoriedad (que también se predica del Derecho flexible en algunas de sus manifestaciones) en nuestro ámbito doctrinal es cada vez más frecuente el empleo de la expresión anglosajona «soft law» 15 (como contraposición al Hard law) para referirse a la flexibilidad jurídica. En cualquier caso, considero necesario

En el ámbito del Derecho Internacional se suele emplear la denominación soft law para referirse a aquellos preceptos o actos que son dictados por organismos internacionales tengan o no capacidad normativa adoptando diferentes formas más allá de los convenios, acuerdos, o tratados y entrando en las denominadas recomendaciones, resoluciones, guías, códigos, etc..⁴¹⁶ Lo que sí podemos identificar como elemento de diferenciación frente al tradicional hard law es que se trata de unas normas, como hemos analizado en la parte general de este trabajo, que carece de una eficacia directa y “*erga omnes*” pero que constituyen una herramienta extremadamente útil para influir, como la realidad ha puesto de manifiesto, en el derecho interno de los países, teniendo como efecto que las conductas de los Estados, legislaciones se vean influidas entre estos *principios rectores* por estas reglas que no contienen una eficacia normativa similar al hard law⁴¹⁷.

Esta capacidad de influencia que se reconoce al soft law en el derecho internacional permite que desarrolle una función muy destacada en la elaboración de principios o normas generales (a las que me referiré más adelante) que reflejen pautas o estándares uniformes de interés general para la comunidad jurídica⁴¹⁸. Esta influencia le permite tener una eficacia jurídica mediante una cierta capacidad de persuasión que ejerce la comunidad internacional con la adopción de estos principios o acuerdos sobre los Estados y los individuos teniendo un doble efecto; en primer lugar, esa falta de rigidez se traduce en una mayor capacidad para modificar estos principios, porque el nivel de compromiso o el nivel de formalidades asumido son menores⁴¹⁹. Pero a su vez, en segundo lugar, la utilización del mismo de una forma creciente en el ámbito medioambiental viene motivado por la existencia de una pluralidad de actores intervinientes que sobrepasa con creces los

apuntar que en realidad no se trata de fenómenos idénticos, pero sí que mantienen ciertas similitudes (especialmente por su conexión con la flexibilidad estática), por lo que creo que se debe también realizar alguna precisión conceptual respecto a este último término, confuso y no unánimemente definido por la doctrina. Así mismo, Robilant, A. Genealogies of soft law. Op. citada: “Precisamente uno de los mayores problemas para intentar definir el soft law es la heterogeneidad y pluralidad de instrumentos que pueden entrar en esta calificación”.

⁴¹⁶ En este sentido véase Shaw, M. N. *International Law, a grotius publication*. Op. citada.

⁴¹⁷ En este sentido véase Wellens, K.C., & Borchardt, G.M. (1989). *Soft Law in European Community Law*. *European Law Review*, Vol. 14, pp. 267-280.

⁴¹⁸ En este sentido véase Pastore, B. (2003). *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*. *Lavoro e diritto*, Vol. XVII, Núm. 1

⁴¹⁹ En este sentido véase Bodansky, D. (2010). *The Copenhagen Climate Change Conference - A Post-Mortem*. *American Journal of International Law*, Vol. 104, pp- 230-240.

conceptos tradicionales de poderes con entidad o capacidad normativa. La presión de estos poderes fácticos manifestada en organizaciones o convenios internacionales donde participan ONGs supone un reto destacado a las instituciones e instrumentos normativos tradicionales de los Estados, que generan en muchas ocasiones desconfianza ante los ciudadanos y ante la comunidad en general por su incapacidad de resolver de una manera ágil - y sobre todo eficaz - un problema tan acuciante como es la crisis medioambiental⁴²⁰.

Ello permite que el soft law se despliegue de una forma más rápida y eficaz y de forma complementaria a ámbitos normativos y subjetivos donde no ha llegado o es difícil que llegue el hard law⁴²¹, trazando los principios y orientaciones por los que se debe avanzar en la adopción de mecanismos o instrumentos jurídicos eficaces que luchen contra el cambio climático, sirviendo así de precursor en el desarrollo de este derecho⁴²².

Lógicamente, este papel destacado del soft law en el ámbito del DIA no es una excepción y es frecuente el uso del mismo en otras ramas del derecho internacional, como es por ejemplo en el ámbito de los derechos humanos donde se observa la extrema utilidad que tienen las Comunicaciones u observaciones que se hacen para analizar el cumplimiento por parte de los Estados⁴²³. En estos casos, el soft law sirve como un instrumento que permite la fijación de parámetros de análisis y crítica del cumplimiento por parte de los Estados de obligaciones internacionales. Ello no es más que un reflejo de una sociedad civil cada día más activa y beligerante en este ámbito⁴²⁴, así como en el ámbito medioambiental.

⁴²⁰ Galiana Saura, A. en *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. Op. citada p. 304: "Entre las razones que motivan la utilización del soft law, y sintetizando, se suelen citar las siguientes (Escudero: 2012, 114): la presión de los poderes fácticos ante las instituciones democráticas; la pérdida de confianza en las autoridades e instrumentos tradicionales; la demanda de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones políticas; la desafección del ciudadano hacia las instituciones y organizaciones supranacionales llamadas a cobrar un papel decisivo en un mundo globalizado; la intención de reservar determinados ámbitos de decisión a la opinión de los hipotéticos «expertos» en la materia; o el progresivo abandono de la regulación estatal en el marco de las relaciones económicas, entre otras muchas".

⁴²¹ En este sentido Abi-Saab, G. (1993). Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain. *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, pp. 59-68.

⁴²² Galiana Saura, A. en *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*: "el soft law puede explorar los nuevos ámbitos de expansión de la regulación jurídica, trazar las líneas generales que debe seguir la regulación, incitar a los Estados a avanzar en la elaboración de la misma o a afinar más en su contenido y en sus instrumentos, sirviendo así de precursor en el proceso de desarrollo del Derecho".

⁴²³ Damián Colmegna, P. (2012). Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Vol. 8

⁴²⁴ En este sentido Abbott, K. & Snidal, D. (1998). Why States Act Through Formal International Organizations. *Journal of Conflict Resolution*, Vol 42, Núm.1, pp. 3-32.

En palabras del profesor Luciano Parejo: *“Se ha dicho con acierto que son dos las grandes conquistas del Derecho internacional: el reconocimiento amplio de los derechos humanos y el desarrollo de normas e instituciones de tutela del medioambiente, y que éstas, a pesar de alcanzadas de forma separada y asincrónica, se ofrecen estrechamente interrelacionadas en cuanto un medio ambiente sano es presupuesto del disfrute pleno de los derechos humanos y, a la inversa, el ejercicio de estos últimos (incluidos los derechos a la información, participación y acción) es crucial para la protección del medio ambiente.”*⁴²⁵

De esta forma, el conglomerado de actores y sujetos intervinientes en la comunidad internacional y preocupados por el problema de la degradación que está sufriendo el medioambiente actúan como acicate de la comunidad internacional e impulsan la adopción de mecanismos e instrumentos eficaces que permitan luchar contra este fenómeno y fijar las bases de una normativa de futuro.⁴²⁶

Para ello, se ha generalizado la utilización de una serie de conceptos de gran flexibilidad, que permiten a los Estados suscribir los acuerdos sin asumir de una forma jurídicamente vinculante unos resultados concretos. Para ello es muy frecuente utilizar expresiones como cooperar, coordinar, hacer los mejores esfuerzos, vigilar, etc. Todos ellos términos que no pasan de ser meras declaraciones pero que, al menos, han servido como un instrumento muy eficaz para sentar las bases de una voluntad de consenso entre los Estados y, lo que es más importante, una toma de conciencia de la magnitud del problema y dar un primer paso hacia la adopción de decisiones eficaces.

En este sentido, los diferentes Tratados Internacionales que afectan al medioambiente se caracterizan como señala el profesor Juste Ruiz⁴²⁷, por tres notas desde el punto de vista normativo: en primer lugar, no generan los mismos

⁴²⁵ En el mismo sentido Knox, J. & Pejan, R. (2018). *The Human Right to a Healthy Environment*. (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

⁴²⁶ Galiana Saura, A. en *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. Op. Citada, p. 311: *“Las normas del soft law resultan frecuentes, como he indicado anteriormente, en el Derecho Internacional Ambiental, ya que suelen servir como la primera aproximación a la problemática que puede contribuir a la conclusión de instrumentos de hard law que establezcan normas obligatorias a cargo de los Estados. Esto se debe a que el soft law se basa sobre un acuerdo que tiende a uniformar, por lo menos, la consideración política de un problema, no solamente entre los grupos políticos, sino también en la opinión pública, con el propósito de fijar las bases para que en un futuro sea posible el establecimiento de normas obligatorias. De esta forma, las normas del soft law tienden un puente entre la política internacional y el Derecho Internacional Público, para facilitar el consenso en vías al establecimiento de nuevas normas internacionales”*.

⁴²⁷ En este sentido profesor Juste Ruiz, J. *La evolución del Derecho internacional del medioambiente, Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Op. citada.

derechos y obligaciones para las partes y son, por ello, asimétricos. Con ello, se resuelve el problema de que en ocasiones es difícil que todos los Estados asuman el mismo nivel de compromiso sobre una pluralidad de materias permitiéndose un consenso más amplio sobre este tema muy delicado. En segundo lugar, habla de la relatividad de los compromisos, puesto que en muchas ocasiones éstos no van aparejados a unas consecuencias de su incumplimiento, sino que se deja un amplísimo margen a la voluntariedad y compromiso de los países para alcanzar algunas de las metas fijadas. Y, en tercer lugar, señala la continuidad del proceso, por cuanto no se trata de una excepción o una actuación esporádica, sino de un proceso evolutivo que, como veremos a continuación, observa un crecimiento en el compromiso de los Estados y en la consecución de los objetivos propuestos. Ello permite, que los principios que recogen estos acuerdos en el ámbito del DIA vayan siendo introducidos poco a poco en los ordenamientos internos de los diferentes países.

Sin duda, hubiera sido mucho mejor un instrumento jurídicamente vinculante que hubiera establecido desde el principio objetivos ambiciosos de obligado cumplimiento para los Estados. Esas declaraciones vagas y esa asimetría y relatividad que hablábamos antes puede producir, en muchas ocasiones, una sensación de falta de compromiso y decisión en la resolución de los problemas. Sin embargo, no tengo ninguna duda de que si hubiéramos ido por esa vía no se hubiera podido alcanzar ningún compromiso de carácter multilateral y estaríamos en una fase mucho más incipiente en el proceso de lucha contra el cambio climático. Creo, por ello que el soft law ha desempeñado un papel relevante y protagonista en el avance significativo que se ha producido en estos últimos años para la consecución de instrumentos eficaces frente al cambio climático⁴²⁸. Discrepo por ello de aquellos que consideran que el soft law ha causado quizás un efecto pernicioso en el sentido de que ha pervertido su naturaleza y no ha ofrecido una

⁴²⁸ En este sentido de utilidad del soft law en el ámbito del derecho internacional véase Williamson, R.L. *Hard Law, Soft Law, Soft Law, and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses*. Op. citada: "Diplomats and their governments sometimes prefer concluding soft law instruments because doing so can be easier than adopting treaties. Soft law instruments are advantageous because they avoid constitutional and other domestic legal requirements in most democracies for entry into force that apply to treaties. Another commonly cited advantage is the very fact that soft law is nonbinding, making it easier to induce a reluctant state to become a party, and overcoming a state's fears that it might be committing".

vía eficaz para que el derecho de protección de medioambiente tome fuerza y capacidad suficiente para luchar contra el cambio climático.⁴²⁹

Es lo que el profesor Gutiérrez Espada habla la doble cara del soft law: un Doctor Jekyll benéfico pero un Mr. Hyde que no ofrece soluciones eficaces.⁴³⁰

HISTORIA Y DESAFÍOS DEL DIA

Visión general: lecciones del pasado

Lo que ahora denominamos derecho medioambiental ha tendido a desarrollarse de forma incremental, a menudo sin orden o concierto, en vez de a través de saltos revolucionarios. Esto significa que parte de su forma y contenido todavía están bajo la influencia de lo que ha ido antes. Pero en la regulación de las industrias contaminantes y en cómo hacer frente a problemas ambientales, debemos de apreciar los desafíos que han surgido y las lecciones que hemos aprendido⁴³¹. A lo largo de los apartados que siguen, realizaré una breve exposición de los orígenes y la evolución del derecho y la política ambiental y examinaré algunos de los principales retos para el futuro, y las posibles tendencias de la legislación ambiental, así como los costes de cumplir y de no cumplir con dicha legislación.

Aunque el ser humano tardó más de 4.500 millones de años en aparecer en la Tierra, pronto comenzó a utilizar y dominar los recursos que le rodeaban. Tendría que pasar mucho tiempo hasta que esa capacidad de transformar el entorno mostrara su cara más amarga en forma de contaminación y pérdida de biodiversidad, pero lo cierto es que ya en las primeras civilizaciones surge la

⁴²⁹ En este sentido Székely, A. (1997). Non-binding commitments: A commentary on the softening of International Law evidenced in the environmental field. *International Law on the eve of the twenty-first century: Views from the International Law Commission*. (1ª ed.). Nueva York: Naciones Unidas.

⁴³⁰ Gutiérrez Espada, C. en *La contribución del Derecho internacional del medioambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada: "Y si antes hablaba de quejas refiriéndome a las que puedan manifestar los internacionalistas ante un corpus iuris en buena parte integrado por "Derecho blando", estas se multiplicarían si uno de ellos tuviera razón cuando nos avisa de que la figura del soft law que conocíamos está cambiando: Este venía a ser una especie de Dr. JECKYLL benéfico, en la medida en que las reglas de soft law de la década de los sesenta eran únicamente la semilla de la que podía y eventualmente sería una regla emergente o "Derecho internacional duro", que se materializaría cuando el tema estuviese suficientemente maduro; es decir, el soft law de toda la vida tenía como función y misión prefigurar el Derecho del futuro; aún no lo era, pero acabaría siéndolo. Ese soft law, decía, ha visto pervertida su naturaleza, en particular en estos temas de medio ambiente, convertido en un Mr. HYDE que no pretende en absoluto ofertar propuestas de legeferenda, sencillamente porque su objetivo más que prefigurar el Derecho del futuro es impedir que el Derecho tome forma, dando simultáneamente la impresión, dirigida a la opinión pública internacional, de que el tema se trata con el amoroso y minucioso cuidado que merece por los siempre atentos organismos internacionales".

⁴³¹ Vid. STC 53/2017, sobre la Ley de Evaluación Ambiental: se mantiene el esquema procedimental común y se anulan o reinterpretan algunos preceptos.

necesidad de proteger la naturaleza y regular el uso de bienes tan preciados como el agua o la tierra.

Son los orígenes del derecho ambiental.

La preocupación por el tema medioambiental tiene origen hace varios siglos, si bien que desde una perspectiva distinta a la que contemplamos estos días. A este respecto no debemos olvidar que el mundo en el que nos movemos y gran parte de la realidad geográfica en la que vivimos tiene su origen en algunos cambios traumáticos del clima, que dieron paso a transformaciones casi apocalípticas que produjeron, permítaseme la expresión, un auténtico reseteo de la superficie de la tierra.

Al margen de estas transformaciones ocasionadas por fuerzas de la naturaleza, los primeros pueblos de los que tenemos referencias más ciertas - como son los griegos y los romanos - nos ponen de manifiesto la existencia de cierta preocupación a la hora de abordar el impacto del desarrollo de su vida y de actividades militares, agrícolas y urbanizadoras sobre el medioambiente⁴³².

En estos primeros tiempos, la protección de la naturaleza estaba directamente vinculada a las creencias que tenían estos pueblos y que conducía a la identificación como señales enviadas por los dioses de ciertas manifestaciones o representaciones de la naturaleza.⁴³³ Quizás las cuatro representaciones

⁴³² En este sentido véase Olfina Cantos, J. & Martín Vide, J. (1999). *La influencia del clima en la historia. Cuadernos de Historia*. (1ª ed.). Madrid: Arco Libros. La repercusión de unas condiciones a veces extremas y otras benignas en la historia, se traduce en que su propio curso nos hubiera podido relatar determinados acontecimientos decisivos de forma muy distinta: "No es aventurado pensar que la historia del mundo pudo ser distinta si la Armada Invencible [...] no sufriera su práctica destrucción por una gran tempestad en ruta hacia las Islas Británicas. Lo mismo podría decirse del fracaso de la campaña de Hitler durante el invierno de 1941-1942 en las estepas rusas, en parte por causa de una crudísima ola de frío. Soportaban los efectos perniciosos de una ocupación humana en desequilibrio. Vid. Rodríguez Neila, J.F. *Ecología de la antigüedad clásica*. Op. citada: Relata la impronta que dejaban las actividades agrícolas incontroladas, talas de árboles que degradaban el suelo (deforestación), minería u otras labores artesanas que contaminaban cauces fluviales, cacerías de animales salvajes que provocaron la disminución e incluso la extinción de muchas especies y la masificación en núcleos urbanos, que provocaba fuentes de ruido, de residuos, etc. Centra su estudio en los diferentes elementos e influencias en la topografía romana, que sufrió mutaciones varias de importancia, tanto por causas naturales como accidentales. Alude a la deformación del terreno, su elevación y aplanamiento, citando la acción producida por grandes agentes naturales como la lluvia (inundaciones) o los terremotos, resaltando además la complejidad de determinar causas artificiales tales como incendios, hundimiento de edificios, superposición de monumentos, medidas de higiene y acontecimientos bélicos.

⁴³³ En este sentido véase Rodríguez Neila, J. F. *Ecología en la Antigüedad clásica*. Op. Citada, p. 12. "El roble a Zeus, el laurel a Apolo, el sauce a Hera, etc. En ellos moraban espíritus que podían perecer si se talaban. Similares tabúes protegían a los animales que allí vivían. El pecado de Agamenón, matar un ciervo en un espacio sagrado, debía ser evitado por los cazadores. Por idénticas razones no se podía pescar en las aguas de muchos santuarios [...] Entre todas las divinidades la mayor protectora de la Naturaleza era Artemis, la Diana de los romanos, una diosa – ecologista". El autor explica que, por otra parte, los griegos se llegaron a plantear cuestiones que hoy serían puramente ecológicas a través del análisis filosófico, no mediante la

tradicionales que han tenido identificación mitológica han sido el fuego, el aire, el agua y la tierra y, por encima de todos, el sol, al que le han rendido culto históricamente todos los pueblos desde el origen de los tiempos.⁴³⁴

Esta estrecha relación con la mitología se pone de manifiesto en el cuidado o descuido que los griegos o los romanos tenían en relación con el mayor o menor interés con alguna de estas divinidades, considerando en algunos casos que ciertas obras podían suponer un reto para los dioses y que, su malestar podía implicar un castigo. Esta vinculación de la naturaleza con los dioses condujo a una cierta sacralización, por ser el reflejo y necesaria interpretación de los mensajes que éstos enviaban al pueblo. Por ello, hay algunos autores que afirman que el desarrollo del derecho ambiental precisa de un análisis histórico que profundice en esta visión primigenia de los pueblos en relación a la protección de la naturaleza.⁴³⁵

Siguiendo esta teoría, se podrían identificar diferentes escuelas que desde hace más de dos mil quinientos años resaltaban la necesidad de articular el ordenamiento jurídico en una necesaria armonía entre el hombre y la naturaleza. Así, la escuela de Pitágoras (500 años A.C.) impulsaba una reforma en el que mediante la práctica de diversas ciencias buscaba un orden de vida racional en correcta armonía con la naturaleza.⁴³⁶ Un siglo después, el padre de la medicina

interpretación mítica; cita para sustentar tal teoría a Anaximandro, que percibió los peligros de un medio ambiente hostil para la especie humana, más débil que otras para adaptarse a situaciones extremas, lo que revela un incipiente interés por las relaciones entre los diferentes seres vivos entre sí y de éstos con su entorno natural. Ver Hughes, D. J. (1975). *Ecology in ancient civilizations*. (1ª Ed.). New México: University of New Mexico Press

⁴³⁴ En este sentido resulta muy ilustrativo de Olfina Cantos, J. & Martínvide, J. *La influencia del clima en la historia Cuadernos de Historia*. Op. citada.

⁴³⁵ En este sentido véase Brañes, R. (2010). *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. (2ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica, p. 38. En el mismo sentido, Jaquenod De Zsögön, S. (1991). *El derecho ambiental y sus principios rectores*. (3ª Ed.). Cheltenham: Edward Elgar, donde alude al Código de Hammurabi (1700 a.C.), en el que una de sus disposiciones prohibía la sobreexplotación de animales, no en el sentido de su protección como miembros de la Naturaleza, sino como merma de las capacidades productivas del dueño de un animal dañado.

⁴³⁶ En este sentido véase Macé, F. (2001) *La sabiduría pitagórica. Más de 200 sentencias pitagóricas escogidas, con dos hermosas versiones de los celeberrimos versos de oro precedidas de comentarios sobre la vida de Pitágoras y su escuela filosófica*. (1ª ed.). Sevilla: Marsay. Pitágoras resultó ser un gran "reformador" que, inspirándose en las leyes de la Naturaleza, acuñó un novedoso orden de vida racional y científico, practicando numerosas ciencias como las matemáticas, la biología, la física o los arcanos de la Naturaleza "sabía también que una doctrina religiosa, para no ser arrastrada por las supersticiones que muy a menudo provoca, debe fundarse sobre una concepción racional y científica del universo". Asimismo, se le puede considerar uno de los primeros vegetarianos, pues opinaba que comer carne era algo impuro, e inició a sus discípulos en las virtudes curativas de las plantas a través de sus enseñanzas. Una de sus famosas sentencias recoge este pensamiento: "No gastes más tiempo en preparar tus alimentos que en consumirlos". Sus teorías influyeron de forma acusada a Hipócrates, que vivió 200 años después que él. Rodríguez Neila, J.F. *Ecología en la Antigüedad clásica*. Op. cit.: Pitágoras también influyó en el pensamiento de Platón respecto a la idea de una Naturaleza viva, de una Tierra madre y señora que gobierna la totalidad y es sólo a ella a la que todo lo demás obedece ciegamente.

Hipócrates, vinculaba el medioambiente al propio comportamiento del cuerpo humano señalando que este influye de forma importante tanto en el aspecto físico como espiritual de los seres humanos recomendando que “*ni la sociedad, ni el hombre, ni ninguna otra cosa deben sobrepasar para ser buenos los límites establecidos por la naturaleza*”⁴³⁷. Platón también tiene un planteamiento ecológico cuando considera que la erosión y deforestación que había tenido lugar en los años anteriores suponía una degradación del medioambiente y muestra su preocupación por las consecuencias que ello pudiera tener⁴³⁸. La escuela Aristotélica también aborda este tema de la relación del hombre con la naturaleza, si bien que desde un planteamiento antropocéntrico puro en el que considera o afirma la supremacía jerárquica del ser humano por encima del resto de las especies y considerando la naturaleza como autónoma del ser humano, aunque estrechamente interrelacionada con ella analizando como la alteración de la naturaleza puede generar cambios climáticos importantes⁴³⁹. De esta forma, el discípulo de Aristóteles, Teofrasto es considerado por algunos autores como el padre de la ecología por dos de sus obras principalmente “*Investigación en las plantas*” y “*Metafísica*”⁴⁴⁰.

⁴³⁷ En este sentido véase Hughes, D. J. *Ecology in Ancient Civilizations*. Op. cit. p. 97; y Rodríguez Neila, J.F. *Ecología en la Antigüedad clásica*. Op. cit., p. 14. Las enseñanzas de Hipócrates sobre cómo el clima y los vientos influyen en la fisiología del hombre sugieren que existe una relación directa entre las reacciones del cuerpo humano y el ambiente. “*Hipócrates [...] añade que las fechas más importantes y peligrosas son las siguientes: ambos solsticios, especialmente el de verano, y los dos llamados equinoccios, en particular, el de otoño*”. Para corroborar la tesis de Hipócrates y al hilo de la actualidad, basta referirse a desastres medioambientales de diverso alcance producidos en nuestro país por la peligrosa y generalizada práctica de ocupar los cauces secos de los ríos, por ejemplo, que consiguen inundar algunos centros de poblaciones cuando llueve intensamente. En Aquenod De Zsögön, S. (1999). *Iniciación al Derecho Ambiental*. (2ª ed.). Madrid: Dykinson, se recoge la enorme influencia que Hipócrates tuvo en la obra de Claudio Galeno (médico personal de Marco Aurelio), que examinó más de 400 remedios de origen vegetal, mineral y animal.

⁴³⁸ En este sentido véase De Azcárate, P. (1872). *Obras completas de Platón (Tomo VI)*. (1ª ed.). Madrid: Medina y Navarro; Rodríguez Neila, J.F. *Ecología en la Antigüedad clásica*. Op. Citada; y Hughes, D. J. *Ecology in Ancient Civilizations*. Op. citada, Fedeli, P. *La Natura Violata. Ecología e mondo romano*. Op. Citada.

⁴³⁹ Se hace eco de esta primera pugna de teorías Rodríguez Neila, J.F. en *Ecología en la Antigüedad clásica*, Op. citada, pp. 16-18. Teofrasto estudió las plantas en ecosistemas vírgenes y en zonas previamente cultivadas por el hombre. “*Su percepción ecológica más interesante fue comprobar que ciertas labores humanas (drenaje o deforestación de tierras) pueden generar cambios climáticos locales, afectando a lo que hoy llamaríamos microclimas [...] comprobó que en Creta los bosques montañosos habían sido assolados, permitiendo a los vientos soplar sin ningún obstáculo con perniciosos resultados para la agricultura, al perderse el efecto protector de los árboles y erosionarse el suelo cultivable*”. En Hughes, D. J. *Ecology in Ancient Civilizations*. Op. Citada: Teofrasto merece el título de “padre de la ecología” porque sus estudios no se pueden considerar pasajes aislados, sino un punto de vista o teoría solvente y consistente, que se puede encontrar en dos de sus obras: *Investigación en las plantas, y Metafísica*”.

⁴⁴⁰ En Olfina Cantos, J. & Martín Vide, J. *La influencia del clima en la historia. Cuadernos de Historia*. Op. Citada, también aluden a Teofrasto como estudioso de la climatología en relación a la botánica. “*Teofrasto [...], nos transmite la percepción del cambio climático ocurrido en los alrededores de Larissa, en Tesalia, a consecuencia de unos trabajos de avenamiento [...] los olivos que antes eran más gruesos y bellos han desaparecido y las viñas se ven muy dañadas por el frío y las heladas [...]* Por último, señala que en las

Resulta evidente, por ello, que desde hace miles de años el problema del medioambiente y su influencia, relación o afección al ser humano y a la realidad social que le envuelve, ha sido objeto de preocupación y de tratamiento. Esta preocupación estaría en consonancia con las consecuencias medioambientales que ese uso o abuso del medioambiente se ha realizado por parte del ser humano, y todo ello bajo una concepción de supremacía de la raza humana y de sometimiento y utilidad de la naturaleza y sus recursos como medio útil para la dominación o la lucha con otros pueblos⁴⁴¹. Por ello, la degradación o el problema medioambiental tiene su origen, como una especie de pecado original, con el propio ser humano que es, en definitiva, su verdadero responsable.

En este sentido resulta muy interesante el análisis histórico que realiza de todo este proceso la profesora Ascensión García Ruiz en su tesis doctoral titulada "*El ruido-morfología medioambiental desde una perspectiva penal y criminológica*"⁴⁴². En dicha tesis se analiza todo el proceso de evolución histórica y todas las corrientes filosóficas que se han sucedido en la historia en el ámbito de la protección medioambiental, centrandó su estudio en el análisis de la legislación en relación al ruido. En ese análisis general, se observa como a lo largo de los siglos el ser humano ha influido de una manera decisiva en la naturaleza afectándola de una forma definitiva, explotando o destruyéndola.

Así, resulta interesante un estudio realizado por la Universidad de Berna, Kiev y Copenhague en el que, a través del análisis de la existencia de plomo en un antiguo pantano suizo, se observa efectos de erosión en el suelo desde hace más de 600 años a consecuencia del trabajo realizado por los agricultores europeos de aquella época⁴⁴³.

cercanías de Filipos helaba más antes que ahora, debido a que la puesta en cultivo de superficies forestales permite la acción directa del sol, consiguiendo un clima más cálido" en *La influencia del clima en la historia*.

⁴⁴¹ En este sentido véase Rodríguez Neila, J.F. en *Ecología en la Antigüedad clásica*, Op. citada, pp. 18 y ss. "*La aplastante imposición de Roma sobre el mundo mediterráneo tenía también una explicación ecológica. Su superioridad era resultado, precisamente, del mejor hábitat en que los romanos vivían, Italia, la mejor tierra por todos los conceptos, incluidos los factores climáticos y medioambientales*".

⁴⁴² García Ruiz, A. *El ruido: morfología medioambiental desde una perspectiva penal y Criminológica*. Op. Citada.

⁴⁴³ En este sentido véase Vercher Noguera, A. (2001). Derecho y Medio Ambiente. *Revista jurídica para el desarrollo sostenible*, Vol. II, Núm. 8, pp. 37-70. Cita una investigación realizada por científicos de las Universidades de Berna, Kiev y Copenhague en la que se ha comprobado la concentración de plomo acumulado en capas de turba de un antiguo pantanal suizo desde hace 14.000 años, lo que revela que este fenómeno superaba ya los niveles considerados naturales hace seis mil años, a consecuencia de la erosión del suelo producido por los primeros agricultores europeos. Fedeli, P. *La natura violata*, Op. Citada, tras estudiar el mundo romano en su relación con el ambiente, concluye "*La inevitable ósmosis entre el hombre y la*

La consecuencia lógica de esta realidad es la aparición de determinadas normas que tienden a establecer, por unas razones u otras, medidas: unas coercitivas y otras recomendaciones encaminadas a la protección del medioambiente. De esta forma, por ejemplo, encontramos en la antigua Roma una de las primeras normas de protección medioambiental, Se trata de una norma sobre delimitación del transporte de vehículos y tenía por objeto prohibir la circulación de carros y otros vehículos en la ciudad de Roma entre la salida del sol y la hora de cima, excepto los vehículos dedicados al servicio público; medida que iba encaminada más bien a facilitar el tráfico rodado en estas horas, por la inseguridad y congestión que provocaban los vehículos, que por un tema medioambiental⁴⁴⁴.

Esta protección parcial y segmentada en materia de medioambiente se ha venido sucediendo a lo largo de los siglos, dando lugar a una proliferación de normas con relevantes altibajos que se han desarrollado más bien en el ámbito civil y administrativo como prueba de un interés no siempre prioritario en el ámbito de la protección del medioambiente.

naturaleza ha sido siempre causa de perturbaciones, algunas veces definitivas, del entorno ecológico, comenzando por el agotamiento de algunos recursos naturales. Desde los estadios iniciales, estas perturbaciones han mostrado cómo la actividad del hombre y su misma existencia se muestran de una forma singularmente ambivalente: el hombre, por un lado, ha mostrado enorme capacidad de crear y realizar un entorno mejor y mejores condiciones de vida, y por otro ha mostrado su tendencia a destruir aquello que había sido capaz de crear o a usar sus capacidades verdaderamente para cambiar a peor el entorno y las condiciones naturales". Rodríguez Neila, J.F. *Ecología en la Antigüedad clásica*. Op. Citada también alude al enorme impacto medioambiental causado por las civilizaciones antiguas acerca de las secuelas que dejaron las confrontaciones bélicas en tierras mediterráneas; desde una profunda deforestación por el uso incontrolado de madera para equipar a las flotas, pasando por la devastación de campos agrícolas y bosques por la destrucción de cosechas e instalaciones rurales.

⁴⁴⁴ Al intervalo entre la salida del sol y dos horas antes del ocaso alude Rodríguez Neila, J.F. *Ecología en la Antigüedad clásica*. Op. Citada. Recoge legislación romana sobre redes viarias, así como la preocupación del Derecho Romano por el fenómeno del tráfico y la circulación, calificando determinados bienes (vías por las que se circula) como *res publica* según Carcopino, J. (2001). La vida cotidiana en Roma en el apogeo del Imperio (1ª ed.). Madrid: Temas de hoy: si bien la necesidad de limitar la circulación en las ciudades se debió a los problemas de inseguridad y congestión que provocaban los vehículos, otras finalidades como la tutela y conservación de las vías públicas se fueron imponiendo a través de diferentes interdictos. Menciona también la *Lex Iulia Municipalis* refiriéndose a ella como *-La Ley póstuma de César-*, en refrendo a la opinión de que gracias a ella los habitantes de Roma sufrían durante la noche el incesante ruido de los carros: "*Sin embargo, al llegar la noche comenzaba un incesante trasiago de carros que llenaba la ciudad con su estruendo*". Menciona el contenido de esta importante ley municipal en cuanto a las funciones de los ediles y sus subordinados en materia de vialidad (limpieza de calles, pavimentado y reparación, ordenar la recogida de basura y despojos que provenían de casas y mercados, y otras labores de asistencia pública, como distribuciones o servicios médico-sanitarios. En relación a la circulación de vehículos, otro extracto incluido en los versos 56-68, tras reproducirse la prohibición a la que nos venimos refiriendo: "*Los carros que durante la noche entren en la ciudad, siempre que estén vacíos o para ser empleados en la recogida de basuras, tendrán derecho, como anteriormente, a circular arrastrados por bueyes o por otras bestias de tiro, dentro de la ciudad de Roma o en los mil pasos a contar desde la ciudad de Roma, después de la salida del Sol durante las diez primeras horas del día. La presente ley no establece derogación alguna a este respecto*". Este principio, aunque después aumentaron los destinatarios y actividades sujetas a excepción, se mantuvo hasta los últimos tiempos del Imperio en *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*.

En esto España no ha sido una excepción, y encontramos legislación en el antiguo Imperio Romano como la “*Lex Irnitata*” (del municipio del El Saucejo, Sevilla) que recoge las funciones que corresponden a los responsables municipales incluyendo, entre otras, lo relativo a algunos temas medioambientales⁴⁴⁵.

La mayor o menor protección del medioambiente ha estado vinculado al desarrollo económico que, a lo largo de la historia, han sufrido las diferentes civilizaciones notándose una relevante decadencia en aquellos períodos más oscuros de la historia y vinculado al desarrollo que hayan tenido las ciudades y el proceso de industrialización⁴⁴⁶. En esta línea, la Edad Media supuso un cambio relevante en temas medioambientales, coincidiendo con una etapa de decadencia de las ciudades y de regresión en cuanto a algunas de las normas básicas de protección medioambiental lo que provocó en algunas ocasiones el desarrollo de graves epidemias, como la peste que a mediados del siglo XIV asoló Europa y que algunos han calificado como una pequeña Edad de Hielo⁴⁴⁷.

Esta legislación segmentada y fragmentada se ha sucedido con mayor o menos éxito a lo largo de los siglos en los diferentes países, en función de su grado de avance y participación en el mundo sin tener una posición potente, aunque en ocasiones han existido relevantes excepciones. No nos vamos a detener en el

⁴⁴⁵ Mangas Manjarrés, J. (2001). *Leyes coloniales y municipales de la Hispania romana*. (1ª ed.). Madrid: Arco Libros. El Capítulo 19 de la *Lex Irnitana* se refiere a las competencias y funciones de los ediles, magistrados de segundo rango por detrás de los *dunviros*: “*Los que han sido nombrados ediles en ese municipio (antes de la presente ley) en virtud del edicto del emperador [...] sean ediles del municipio Flavio Irnitano. Tengan éstos derecho y potestad de exigir y repartir suministro, templos, lugares sagrados y religiosos, villa, calles, barrios, cloacas, baños, mercado, pesas y medidas*”.

⁴⁴⁶ En este sentido véase Pinon, P. (2001). La transición desde la ciudad antigua a la ciudad medieval: permanencia y transformación de los tejidos urbanos. En: *La ciudad medieval: de la casa al tejido urbano*. Actas del primer Curso de Historia y Urbanismo Medieval organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha. (1ª ed.). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha. Establece una única diferencia urbanizadora entre ambos universos, oriental y occidental; apunta que en éste último, desde la Baja Edad Media, se produce una reconquista del espacio público, “*por las reglas edilicias y las prácticas de alineamiento, de localización y de urbanización regulares, lo que ha otorgado parcialmente de nuevo a las ciudades occidentales una nueva ordenación, mientras que en Oriente ha sido necesario esperar al siglo XIX para que tal concepción comience a ser adoptada, bajo la influencia europea*”. Vid. Asenjo González, M. (1996). Las ciudades en el occidente medieval. *Cuadernos de Historia*, Vol. 14, pp. 9-12: En esta época renacieron o se construyeron la mayoría de ciudades que en la actualidad componen la red urbana de Europa Occidental. Desde el punto de vista de la climatología urbana, Olfina Cantos, J. & Martín Vide, J. *La influencia del clima en la historia*. Op. citada, interpretan que, si bien esta especialidad nace en los inicios del siglo XX, tanto el mundo clásico como el medieval conocían los procesos urbanos que modifican el clima.

⁴⁴⁷ En este sentido véase Morales Muñoz, A. & Morales Muñoz, D. (2001) *El medio natural en la España medieval*. Actas del I Congreso sobre ecohistoria e historia medieval. Julián Clemente Ramos (1ª ed.) Cáceres: Universidad de Extremadura: “*La climatología relativamente benigna de los siglos pleno medievales (XI-XIII) se deterioró a partir de la mitad del XIV, en lo que ha venido a llamarse pequeña edad del hielo, coincidiendo con una etapa de crisis cuya imagen más paradigmática es la peste negra y sus terribles consecuencias en la demografía y en los paisajes ibéricos*”.

desarrollo pormenorizado de toda la legislación que se ha producido en el ámbito de la protección medioambiental, pero son múltiples los ejemplos que podríamos expresar de esta legislación fragmentada y diseminada a lo largo de los años.

Sin embargo, no se tiene una visión global y completa del problema hasta bien entrado el siglo XX, en el que ya se empieza a percibir de forma directa los efectos masivos de una degradación masiva y generalizada del medioambiente fundamentalmente en el solar europeo. Este fenómeno se va agilizando al mismo tiempo que va avanzando los años del siglo XX y paralelo al proceso de industrialización y evolución que experimenta Europa después de la segunda Guerra Mundial.

En 1962, la bióloga norteamericana Rachel Carson publica su libro “La Primavera Silenciosa”⁴⁴⁸. El libro se convierte en un bestseller y en una de las bases fundamentales del ecologismo moderno. El despertar de la conciencia ambiental indujo a la ONU a tomar cartas en el asunto y organizar una convención internacional para tratar por primera vez los problemas del entorno de una manera global.

Es difícil diferenciar claramente entre fases consecutivas de la normativa ambiental, porque algunas de las características de los controles más tempranos siguen estando vigentes hoy en día. Sin embargo, en la década de 1970, estaba claro que los desarrollos iniciados en las etapas finales del siglo XIX habían ganado impulso, y hubo un reconocimiento generalizado de que el Estado tenía que tomar un papel más activo en el control de la contaminación y la protección del medio ambiente.

Hay una serie de posibles explicaciones para este cambio, que van desde lo teórico (por ejemplo, que el derecho privado no fuese capaz de reflejar los costes externos de la contaminación o de proteger el interés de las generaciones futuras mediante la conservación de recursos y los cambios en la conciencia pública en una era post-industrial), hasta lo práctico y político (por ejemplo, la inminente adhesión a la Comunidad Europea o el crecimiento de la regulación ambiental en otros países desarrollados, lo que requiere algún tipo de respuesta gubernamental).

⁴⁴⁸ Carson, R. (2016) *La Primavera Silenciosa*. (1ª ed.) Madrid: Critica

Cualquiera que sea la razón, el principio de la Edad Moderna de la legislación ambiental se caracterizó por la aprobación de leyes ambientales o marcos estatutarios en relación con aspectos de la protección medioambiental. Típicamente, estas leyes ambientales se basaron en un modelo que se ha conocido como control y mando, mediante el cual se establecen y vigilan estándares medioambientales centralizados por una combinación de gobierno y organismos reguladores.

También ha habido un cambio en el énfasis de las leyes, para reflejar las preocupaciones medioambientales más recientes. Muchos de los problemas simplemente no fueron percibidos como tales en la década de 1960, o estaban subordinados a otros asuntos más urgentes, como la elevación del nivel de vida o la prestación de pleno empleo. El énfasis en aquella etapa era en materia de salud y seguridad.

En comparación, el foco de las leyes que han sido promulgadas en los últimos treinta años ha sido el control de la contaminación, considerando cada vez más el medio ambiente como digno de protección por derecho propio. Esto no quiere decir que al medioambiente se le hayan dado por “derechos”, pero es innegable que las leyes de control de la contaminación han pasado de preocupaciones basadas en la salud para abarcar una gama mucho más amplia de cambios adversos en el medio ambiente natural. También ha habido una preocupación creciente, y las consiguientes respuestas legales, a problemas globales y transfronterizos, especialmente el cambio climático, el control de sustancias y procesos peligrosos, la minimización y la gestión de los residuos, la conservación de los recursos naturales y la protección de los ecosistemas. En resumen, las preocupaciones actuales tienden a reflejar la necesidad de controlar los casi inevitable by-products de la era post-industrial, moderna, tecnológica y de la información.

Efectivamente, la década de los setenta constituye, sin duda, el punto de partida de la actual preocupación por los problemas medioambientales como consecuencia de la realidad empírica que los ciudadanos empiezan a comprobar que ésta tiene. Supone la aparición de una nueva ideología que tiende a buscar la concienciación y establecimiento de mecanismos de reacción para proteger el medioambiente. Los informes del Club de Roma de los años setenta, así como los efectos nocivos que en ella produjo algunos accidentes nucleares - como por ejemplo el de Chernóbil -

ponen de manifiesto a la sociedad, la necesidad de abordar un problema que no permite demora alguna⁴⁴⁹.

El 5 de junio de 1972 se celebra en Estocolmo (Suecia) la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano que marca un punto de inflexión en el desarrollo de la política internacional en materia de medio ambiente. Con la participación de representantes de 113 países, 19 organismos intergubernamentales, y más de 400 organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, se aprueban 26 principios y 109 recomendaciones que ponen las bases de todas las políticas ambientales futuras y constituyen la guía del DIA; el acta de nacimiento de una nueva rama de las ciencias jurídicas como han llegado a denominar historiadores y expertos en derecho ambiental.

El preámbulo de la Declaración de Estocolmo reconoce la capacidad del hombre para transformar lo que le rodea y causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente: *“a nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la tierra, niveles peligrosos de contaminación del agua, del aire, de la tierra y de los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado. Especialmente en aquel en que vive y trabaja”*.⁴⁵⁰ La degradación del medio ambiente y la contaminación transfronteriza acaparan los debates de la Conferencia de Estocolmo; un concepto, sobre todo este último, de gran trascendencia ya que subraya el hecho de que la contaminación no entiende de límites políticos o geográficos, y afecta a todos los

⁴⁴⁹ En este sentido véase Fernández De Gatta Sánchez, D. (2012) *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*. (1ª ed.). Salamanca: Ratio Legis. Informes del Club de Roma, como el titulado “*Los límites del crecimiento*”, de 1972 o “*La humanidad en la encrucijada*” de 1975, las aportaciones de Rusell, Hardin, Carson o Commoner, y el impacto de accidentes ambientales como los accidentes nucleares en ciudades de la antigua Unión Soviética: “*Posteriormente hasta la actualidad (p. ej., los sucesos de Seveso, Harrisburg, Bhopal, Rin, Valdez-Alaska, Chernobil, Tokaimura, Erika, Doñana, Prestige, Ibiza, Gibraltar, vertido en Ajka (Hungría), hasta por ahora el accidente en la central nuclear japonesa de Fukushima, en 2011)*”. Vid. Brañes, R. *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*. Op. citada: Recoge la importancia y alcance que EE.UU. alcanzó en el posterior desarrollo normativo de la materia en países industrializados, subrayando la enorme confusión de principios entre capitalismo y Derecho ambiental, encabezado precisamente por América del Norte, a raíz de la promulgación de la Ley sobre Política Nacional del Ambiente de 1969 (*National Environmental Policy Act –NEPA–*), como un instrumento ambiental de primer orden y germen del conocido mecanismo de Evaluación de Impacto Ambiental. En “Lozano Cutanda, B. *Derecho ambiental administrativo*. Op. Citada: “*los más importantes instrumentos de protección ambiental, como es el caso de la evaluación de impacto ambiental, provienen de las reformas introducidas en el Derecho norteamericano durante la época de la Administración Nixon*”.

⁴⁵⁰ Preámbulo Declaración de Estocolmo 1972. Naciones Unidas.

países y regiones por igual. La Conferencia también designó el 5 de junio como Día Mundial del Medio Ambiente, instando a los Gobiernos y las organizaciones de la ONU a poner en marcha actividades que reafirmen su preocupación por la protección y la mejora del medio ambiente con el objeto de incrementar la conciencia de los pueblos sobre los problemas de la Tierra.

En torno a esta cumbre, se crean las dos principales organizaciones no gubernamentales de defensa de la naturaleza, Greenpeace y WWF, y algunos Estados miembros comienzan a trasladar los principios y las recomendaciones medioambientales de Estocolmo a su ordenamiento jurídico. La preocupación por el medioambiente es, precisamente, lo que lleva a los redactores de la CE de 1978 a incluir uno de los textos legislativos más innovadores y reformadores en esta materia. El artículo 45 constituye el derecho de todos los españoles *“a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*. Para lo cual insta a los poderes públicos *“a velar por un uso racional de todos los recursos naturales”*, y anuncia el establecimiento de *“sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”* a todos aquellos que violen lo dispuesto en esta ley.

Unos años más tarde, en 1987, el Informe Brundtland⁴⁵¹, promovido por la Comisión de Derecho Económico de Naciones Unidas, supone una llamada de atención a la Comunidad internacional sobre las tensiones ambientales y sociales existentes en el planeta, e introduce por primera vez en los ámbitos de decisión internacional el concepto de desarrollo sostenible, de uso común en la actualidad, definido en el documento *como “aquel que garantiza las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”*. De ese modo la protección ambiental deja de ser un problema aislado para vincularse de forma directa al desarrollo económico, la eliminación de las barreras sociales y la erradicación del hambre en el mundo. En las conclusiones, el informe plantea la necesidad apremiante de alcanzar un modelo de progreso que tenga en cuenta el futuro, basado en políticas de sostenibilidad y desarrollo económico, social y ambiental; tres factores íntimamente relacionados entre sí que comparten un destino común. En palabras de la misma Comisión, *“el informe no*

⁴⁵¹ Informe realizado por la doctora Gro Harlem Brundtland para la ONU. Oxford University Press, 1987.

pretende ser una predicción futurista, sino una llamada urgente en el sentido de que ha llegado el momento de adoptar las decisiones que permitan asegurar los recursos para sostener a esta generación y a las siguientes”.

Tras la publicación del Informe Brundtland, justamente cuando se cumplen 20 años de la celebración de la Conferencia de Estocolmo, tiene lugar la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro en Brasil entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Con la participación de 172 países, 108 jefes de Estado y de Gobierno y representantes de múltiples organizaciones no gubernamentales, se firman dos instrumentos de gran fuerza jurídica: uno dedicado a la lucha contra el cambio climático, que más tarde culminaría en el Protocolo de Kioto; y otro a combatir la pérdida de biodiversidad, que establece como objetivo el uso sostenible de los recursos naturales. También se aprobaron tres importantes acuerdos internacionales: la Declaración los Bosques; la Declaración de Río, una carta de la Tierra que sería la sucesora de la Declaración de Estocolmo, y define los derechos civiles y obligaciones de los Estados; y la Agenda 21, preludio de los ODS, un ambicioso programa de acción para el desarrollo sostenible⁴⁵².

La Agenda 21 es un plan de acción planetario que pretende establecer un nuevo orden económico mundial sobre la base del respeto a la naturaleza, la consecución del desarrollo sostenible y la reducción de los daños ambientales. Contiene más de 2.500 recomendaciones prácticas que deben poner en marcha los Estados Miembros a nivel mundial, nacional y local para reducir los impactos humanos sobre el medio ambiente.

El capítulo 28 de este documento hace un llamamiento a las corporaciones locales para que elaboren una Agenda 21, por ser las que deben emprender la estrategia y las que deben trabajar con los ciudadanos, organizaciones locales y empresas privadas para llegar, mediante el consenso y la participación de todos, a la mejor estrategia de desarrollo sostenible para sus municipios. Por esta razón, la Agenda 21 Local se puede considerar como la herramienta más adecuada para gestionar el territorio y sus usos, pues permite a la localidad donde se va a implantar crecer de una forma ordenada desde el punto de vista económico, social y ambiental.

⁴⁵² Declaración de Estocolmo 1972. Naciones Unidas

Gracias a estos programas, España sigue siendo el país europeo con mayor grado de implantación de la Agenda 21 Local.

Los acuerdos alcanzados en Río, a pesar del tiempo transcurrido desde 1992, siguen vigentes en la actualidad. Tras la Cumbre de la Tierra en Brasil, la preocupación por el destino del planeta provocó multitud de acuerdos internacionales y la aparición de una amplia legalidad ambiental, representada por tratados, leyes, decretos y reglamentos, ya sean globales o locales, para hacer frente al progresivo deterioro del medio ambiente. Aunque la efectividad de muchas de esas normas está ahora en entredicho, el camino hacia la sostenibilidad ya no tiene marcha atrás: el ser humano se ha dado cuenta, por fin, de que es imposible continuar por la senda del crecimiento económico a costa del entorno natural y los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

Características de la era moderna

Auge del derecho medioambiental comunitario

La característica clave del derecho medioambiental de la edad moderna ha sido el aumento de la legislación ambiental de la UE. En efecto, el factor más importante en todos estos cambios ha sido la influencia de la UE, que cuenta con una política ambiental bien desarrollada y que ha aprobado numerosas legislaciones ambientales desde que adoptara su Programa de Acción Ambiental en el año 1973⁴⁵³, alguno de los cuales hacen referencia explícita al medio ambiente en el Tratado de la Unión Europea, que no se produjo hasta la firma del Acta Única Europea de 1987. Algunos de éstos se han implementado a través del marco de la legislación nacional, mientras que otros se implementarán a través de legislación secundaria.

A nivel general, la pertenencia a la Unión Europea ha llevado a la consideración y adopción de nuevos métodos de control, y a la necesidad de afrontar los problemas ambientales de una manera organizada a nivel del gobierno central. Más específicamente, la legislación y la presión de la UE ha dado lugar a muchos cambios y propuestas de ley, por ejemplo, en las emisiones de dióxido de azufre, conservación de la naturaleza, y las reducciones en emisiones de vehículos. Algunos de estos,

⁴⁵³ www.europal.europa.eu/fastsheets/es.

ilustran la forma en la que el derecho internacional ha jugado un papel importante en la evolución de la legislación ambiental española en la era moderna.

Internacionalización

Una característica de la edad moderna de la legislación ambiental ha sido la dimensión internacional⁴⁵⁴ de muchos problemas. Temas de alto perfil (tales como el cambio climático, la conservación de la capa de ozono, y la conservación global de la diversidad biológica) han impulsado el interés en temas ambientales; y un número cada vez mayor de normativa implementa obligaciones internacionales, ya sea directamente o a través de la legislación de la Unión Europea.

Como se ha señalado más arriba, grandes conferencias en Estocolmo en 1972 y en Río de Janeiro en 1992, en particular, han desempeñado un papel importante en llevar a la acción a la comunidad mundial. Hay pocas dudas de que la mayor parte de la agenda del futuro se establecerá, cada vez más, en la escena internacional y que los acontecimientos internacionales moldearán la legislación nacional.

Desarrollo sostenible e integración del medio ambiente

En los últimos 30 años, un concepto central ha sido el de “desarrollo sostenible”⁴⁵⁵ una idea que se desarrolló originariamente por la Comisión Mundial sobre el Desarrollo y el Medio Ambiente (la Comisión Brundtland) en su informe, *Nuestro Futuro Común*, del año 1987, antes citada. Podemos pensar en el desarrollo sostenible como un puente entre el nacimiento y el desarrollo de un conjunto de leyes del medio ambiente, de la época victoriana en adelante, a algunos de los futuros desarrollos y retos a que trataremos más adelante.

Tal y como lo ha expuesto Victor Tafur⁴⁵⁶, *“No obstante el claro avance de la política ambiental (internacional y nacional) a través de, entre otros, pero muy especialmente, el principio de integración, es mayoritaria la opinión de que el problema está en su implementación, es decir, en lograr que este principio resulte realmente operativo. Así, aunque es común entre la doctrina considerar el principio*

⁴⁵⁴ Vid. en este sentido, Alda Fernández, M. & Galera Rodrigo, S. (2017). La dimensión internacional del medio ambiente y su incidencia en el desarrollo de las políticas ambientales. En: *Construyendo el futuro: conversaciones jurídicas sobre la globalización*. (1ª ed.) Barcelona: Atelier

⁴⁵⁵ Bifani, P. (1999). *Medio ambiente y desarrollo sostenible*. (1ª ed.). Madrid: IEPALA.

⁴⁵⁶ Parejo, T & Tafur, V. (2019) El principio de integración y desarrollo sostenible. En: *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

de integración como norma de derecho internacional general obligatoria para los Estados, algunos autores creen que, a pesar de ser el más importante de todos los principios de derecho ambiental, no es una regla jurídicamente vinculante porque su implementación depende de la voluntad y capacidad institucional de los Estados. En definitiva, son la falta de claridad sobre su verdadero significado las diversas opiniones existentes sobre su idoneidad para producir efectos jurídicos exigibles a los Estados, y su importancia para el desarrollo sostenible, lo que justifica su inclusión, como se verá, en un texto internacional jurídicamente vinculante”.

Hay tres aspectos clave del Informe Nuestro Futuro Común.

1. En primer lugar, se define el desarrollo sostenible en términos generales como el *“desarrollo que cubra las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para cubrir sus propias necesidades”*, lo que sugiere que los recursos mundiales (incluidos los recursos medioambientales) deben de medirse con el objetivo de garantizar que no se agoten con el tiempo. Claramente, esta idea requiere de desarrollo adicional, sobre todo en lo que respecta a como una persona tiene capacidad para medir activos globales intangibles y si cabe sustituir un tipo de activo por otro.
2. En segundo lugar, su preocupación central era la creciente globalización de diversas crisis (ambientales, de desarrollo, energía, etc.) y las conexiones entre ellas. Al respecto, el informe señaló: *“Todos son una”*. E hizo hincapié en que sólo habrá un avance real si las conexiones entre, por ejemplo, la protección del medio ambiente y la energía se podrían hacer.
3. En tercer lugar, aunque el desarrollo sostenible representa un compromiso con el crecimiento económico, el crecimiento se ve como positivo si está orientado en la dirección correcta. Por ejemplo, dado que toda la contaminación supone una pérdida de algo (energía, materias primas, etc.) para quien contamina, entonces las empresas deben ser capaces de reducir la contaminación y, al mismo tiempo, aumentar las ganancias. En otras palabras, la política ambiental debe trabajar con el mercado y pasar, de simplemente penalizar al que contamina, a tratar de que se internalicen los costes externos de su contaminación; o difundiendo buenas prácticas sobre cómo reducir el

desperdicio en sus diversas formas. Este es uno de los aspectos de lo que se conoce como la “modernización ecológica” y que veremos más adelante.

Segunda generación de la política ambiental

Tras la adhesión a la UE y la presión ahora ejercida por toda la comunidad internacional sobre cuestiones ambientales, es difícil separar las políticas nacionales de las que son globales o regionales. También es difícil predecir su futuro en esta área, debido a que la política ambiental sigue siendo un área altamente politizada.

Hay, sin embargo, un claro cambio que pasa por querer controlar el impacto de la contaminación, al diseño de la contaminación y de otros daños ambientales, como consecuencias perjudiciales sobre la naturaleza. Dicho de otra manera, hay un cambio de foco: de la lucha contra los síntomas más evidentes de los problemas ambientales, hacia la determinación de cómo combatir su fuente. A menudo nos referimos a esta evolución como la segunda generación de la política ambiental moderna. Algunos ejemplos de este cambio se pueden ver en el siguiente cuadro:

Primera generación	Segunda generación
Eliminación y gestión de residuos	Minimización y eliminación de residuos
Control de fuentes fijas de contaminación (chimeneas)	Control de los efectos de los contaminantes (cambio climático) derivado de fuentes difusas y móviles
Conservación de especies específicas y áreas protegidas	Conservación de la biodiversidad y servicios de los ecosistemas
Foco en industrias contaminantes	Responsabilidad compartida para problemas ambientales entre el gobierno, productores y consumidores
Regulación medioambiental (enfoque descendente, fundamentalmente a través de regulación de “mando y control”)	Gobernanza medioambiental (más difusa, incremento de la participación pública en el sistema regulatorio, mayor atención a los intereses de terceras

Primera generación	Segunda generación
	partes, y mayor énfasis en auto-regulación reflexiva)

Una característica de este cambio es que las actividades que antes se consideraban “buenas” ahora se ven de manera más negativa. Por ejemplo, la maximización de la eliminación de residuos antes era un valor de salud pública de primer orden, y ahora se torna en problemático en términos de objetivos de gestión de residuos, tales como la reducción de residuos destinados a vertedero.

La prevención del daño ambiental

El énfasis se está alejando de los métodos más tradicionales y reactivos de resolución de problemas medioambientales y acercándose a la prevención del daño. Hay diferentes vertientes: por ejemplo, el daño se puede prevenir mediante el establecimiento de límites estrictos de emisiones o incluyendo la prohibición de ciertas sustancias que entran en el medio ambiente natural. Aunque esto se parece a la regulación tradicional de comando y control, la novedad que es que no se puede configurar un nivel seguro para determinadas sustancias peligrosas.

Como alternativa, el daño se puede prevenir mirando no sólo el proceso de producción, sino también tratando de identificar los diversos daños derivados de tal producción. Este es el enfoque adoptado, por ejemplo, con los vehículos más antiguos, cuya eliminación da lugar a diversos problemas ambientales. En virtud de la Directiva 2000/53/CE⁴⁵⁷ relativa los llamados “vehículos al final de su vida útil”, los productores están obligados a establecer sistemas de recogida para garantizar que un porcentaje mínimo de cada vehículo se recicla y se reutiliza. Esto impone la carga de la prueba en el productor, que está claramente en mejor posición para saber en qué se han utilizado materiales.

Considerar todo el ciclo de vida del producto es también el enfoque que se está realizando de cara a la reducción de residuos en general. Así, durante muchos años, tanto el derecho como la regulación, colocaron a la minimización de residuos en la parte superior de la jerarquía de controles sin ningún impacto notable (de hecho, la

⁴⁵⁷ DOCE 269, de 21 de octubre de 2000, pp. 34 - 43.

cantidad de residuos que se generaba seguía aumentando). Una forma de hacer frente a esto, es desviar la atención de lo que debemos hacer con los residuos, a la pregunta de cómo podemos generar menos residuos. Este enfoque de cambiar la atención hacia el producto alejándose de los residuos que genera, está en el corazón de la política sobre productos integrados que está fomentando la UE.

Compensación y ajuste

Un enfoque diferente es la idea de que la regulación debe de permitir que se reduzca el impacto creado por procesos o actividades perjudiciales en un punto distinto a donde ocurre la actividad dañina. Los ejemplos pueden pasar por incluir un hábitat compensatorio para reemplazar el hábitat perdido como consecuencia del desarrollo, o esquemas de compensación de carbono. Una cuestión más amplia en esta área es la idea de que los daños ambientales deben tratarse al menor coste (tanto para los que contaminan, como para la sociedad en general).

Algunos de los principales retos en este ámbito están en los términos de la supervisión - por ejemplo, determinar si el nuevo hábitat en realidad compensa por lo que se perdió, lo que significa adoptar una visión a largo plazo del anillo de la responsabilidad - y asegurando que estas medidas son realmente adicionales. La idea de que el derecho debería centrarse más en compensar a los perjudicados, (incluido el propio medio ambiente, a través de la limpieza y restauración), es también un tema de moda en las reformas actuales de la aplicación del derecho medioambiental.

Establecimiento de objetivos medioambientales

La primera generación de derecho y regulación medioambiental tuvo como objeto, como hemos dicho, gestionar los efectos de los excesos de la industrialización, dado que sólo impactaban a los humanos afectados (por ejemplo, mediante la prevención de la propagación del malestar o destrozo del medio ambiente). Existen indicios de que la nueva era también juzgará la legalidad de las actividades en contra de un medio ambiente libre de nocividad y de actividad humana. De hecho, este es el enfoque adoptado en la Directiva Marco del Agua de la Unión Europea del año 2000 (2000/60/CE)⁴⁵⁸. Aunque su obligación principal es tratar de lograr un buen estado del agua (es decir, buen estado químico y ecológico), su aspiración real es el

⁴⁵⁸ DOCE número 327 de 22 de diciembre de 2000.

establecimiento de un alto estándar ecológico en el que (entre otras cosas): *“No haya, o sólo de manera menor, alteraciones antropogénicas de los valores de las propiedades físico-químicas y elementos hidro-morfológicos para el tipo de masa de agua superficial de los normalmente asociados con ese tipo bajo condiciones inalteradas”*.

Aunque no está exento de dificultades analíticas y aunque existen serias dudas sobre cuánto esfuerzo hay que invertir para lograr este buen estado ecológico, se trata de un paso de “control negativo” a “control positivo” de la contaminación, tratando de establecer y alcanzar objetivos de calidad ambiental.

Además, estos objetivos no consideran que el medioambiente sea el vínculo de cualquier daño a los seres humanos: la calidad ambiental claramente se considera como un fin en sí misma.

Responsabilidad compartida

La UE ha defendido la noción de “responsabilidad compartida⁴⁵⁹”, lo que significa que la responsabilidad de los problemas ambientales se comparte entre el Gobierno, los productores y los consumidores. Al sugerir que los productores y los consumidores tienen la facultad de tomar decisiones con impacto en el desempeño ambiental, implícitamente se está reconociendo el desarrollo de una gama más amplia de respuestas legales y regulatorias a los problemas ambientales.

Hay otra dimensión a la idea de la responsabilidad compartida. Y que es que las cuestiones importantes de política medioambiental no son sólo la preocupación de un

⁴⁵⁹ La estrategia de la Unión Europea sobre el medio ambiente hasta el siglo XXI contenida en su 5º Programa de Acción, se construye sobre la clave de bóveda de la responsabilidad compartida o la corresponsabilidad. Una responsabilidad que tiene, en primer lugar, una faceta internacional de cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales: En la Declaración de Dublin, el Consejo Europeo insitió en la responsabilidad particular de la Comunidad y de sus Estados miembros a la hora de fomentar y participar en la actuación internacional para combatir los problemas ambientales de alcance mundial". Pero también una responsabilidad en el seno de la Unión Europea, en la que hace descansar parte importante del éxito de la política ambiental. La responsabilidad compartida no es otra cosa que la intervención y participación de todos los sujetos públicos y privados- en la conformación y aplicación de la política y el derecho ambiental; desde la propia Comunidad Europea hasta cualquier ciudadano en particular, pasando por los Estados miembros, las entidades subestatales, las empresas y los grupos sociales, son todos ellos decisivos e importantes protagonistas de la tarea en favor de la mejora y protección del medio ambiente. A la vital participación de todos los agentes implicados se une otra de las claves: la ampliación de la gama de instrumentos de protección ambiental. Ya no basta con la aprobación de reglamentaciones que aseguran un nivel elevado de protección y sus tradicionales técnicas de control. Sin perjuicio de éstas, la responsabilidad habrá de articularse, cada vez más, mediante la equitativa aplicación del principio "quien contamina, paga", operativo a través de las diversas fórmulas de mercado, financieras y fiscales. En modo alguno ello deberá acarrear una "desregulación" del derecho ambiental que ponga en peligro las conquistas alcanzadas, sino más bien la búsqueda de la adhesión por parte de los destinatarios y protagonistas de la actividad económica y social.

grupo remoto de individuos o empresas con la etiqueta de “contaminadores” (y cuyo cambio de comportamiento haría que todo fuera bien), sino que la protección ambiental es un asunto de todos y cada uno de nosotros, e implica que adoptemos decisiones informadas acerca de nuestros propios estilos de vida.

Aunque algunos delitos generales de contaminación se pueden cometer por cualquiera, la ley no siempre ha impuesto las mismas responsabilidades sobre los individuos y sobre las empresas. Tradicionalmente, por ejemplo, las unidades familiares no tenían obligaciones en materia de gestión de residuos; hoy sí, mediante el pago de tasa o la obligación de reciclaje. O, en la práctica, las personas pueden no sentir la fuerza de la ley de la misma forma que las empresas: por ejemplo, cualquier persona puede verter pintura por un desagüe y es poco probable que se le juzgue, ya sea porque la cantidad individual de contaminación es mínima o, más probablemente, porque la regulación simplemente no está diseñada para identificar, regular y castigar a las personas en esta situación. Resulta más fácil y efectivo regular para la fábrica de disolvente. Pero cuando se obtienen los primeros beneficios regulatorios y buscamos mejoras adicionales, debemos pasar a la regulación de la conducta individual (por ejemplo, con normas que castiguen al individuo por no separar residuos domésticos). Cuanto más regule la ley el comportamiento individual (en lugar de tratar de dirigirlo), más probable será que surjan conflictos entre la protección del medioambiente y otros valores (como la libertad de las personas).

Un punto final a destacar es que la ley debe encontrar el equilibrio adecuado sobre aquellos cuyo comportamiento puede modificarse para hacer frente a un problema ambiental y esto es una cuestión que preocupa desde hace tiempo. Por ejemplo, el envejecimiento de la base industrial en España crea dificultades cuando se introducen nuevos controles y estándares mejorados. La equidad requiere que a los productores existentes se les dé un tiempo para adaptarse a las nuevas normas, sin embargo, al mismo tiempo, se deriva un problema de injusticia si se introducen controles, pues hay una desigualdad entre productores nuevos y existentes. El tema es complicado porque se trata de tomar decisiones sobre los costes de la regulación ambiental en la empresa, algo que históricamente se ha sobreestimado por los negocios.

El mismo problema básico surge en la UE y en el DÍA. Por ejemplo, todos los nuevos Estados miembros de la UE tienen excepciones que les permiten posponer durante

años el cumplimiento de las exigencias que, en materia ambiental, imponen las Directivas Comunitarias. Y a nivel internacional, una cuestión realmente central es el grado en el que los países desarrollados y en desarrollo deberían tener diferentes responsabilidades respecto de problemas ambientales, como el cambio climático. También existe el problema del reparto de la responsabilidad de las emisiones (pensemos, por ejemplo, si las emisiones procedentes de la fabricación de un juguete de plástico en China, que luego se vende en el Reino Unido, son emisiones que deben de asignarse a China o Reino Unido).

Gobernanza ambiental

En términos muy simples, el término gobernanza⁴⁶⁰ es un término utilizado para distinguir formas de toma de decisiones que se han desarrollado de manera menos descendente que los enfoques tradicionales, en los que el poder legislativo adopta normas con poco input del público. Algo básico para la gobernanza es ampliar la participación del público en la toma de decisiones. Se dice que la participación de una comunidad de interés más amplia:

- proporciona una mayor legitimación en el proceso de toma de decisiones (algo importante cuando la aplicación de las normas queda en manos de órganos especializados no electos) y;
- conduce a una mayor calidad de la toma de decisiones, ya que permite la participación de los actores clave en el proceso de elaboración de normas y la mejora de los procesos de retroalimentación, lo que permite a los reguladores mejorar las formas existentes de hacer las cosas.

Pero lo anterior no está exento de críticas, dado que puede dar lugar a normas negociadas en vez de uniformes y que no sean tan estrictas como deberían con ciertos sectores de la industria.

Derecho medioambiental: Reflexiones y perspectivas futuras

La incertidumbre acerca de cómo será el desarrollo de la regulación ambiental se magnifica cuando se trata de hacer una previsión de la futura evolución de la misma. Por ejemplo, las obligaciones contraídas con arreglo a la CMNUCC supusieron una

⁴⁶⁰ Vid el muy interesante artículo sobre este concepto Brower Beltramin, J. (2016). En torno al sentido de gobernabilidad y gobernanza: delimitación y alcances. *Revista Internacional de Filosofía*, Núm. 67, pp. 149-162.

serie de obligaciones, pero no se identificaron los instrumentos jurídicos específicos (o de otro tipo) que tendrían que utilizarse para su implementación. Incluso cuando la orientación regulatoria está bastante clara, sigue existiendo un grado de incertidumbre en saber qué camino (y en qué medida) tomará la regulación para alcanzar sus objetivos.

El punto de partida es, sin embargo, repetir la premisa de que la legislación medioambiental no se ha desarrollado como una disciplina en sí misma, sino que simplemente ha tomado prestados conceptos de otras ramas del derecho. Un resultado es, sin duda, un cierto grado de incoherencia; pero otro, es que el objetivo de la protección del medioambiente no siempre queda mejor servido por los mecanismos jurídicos disponibles ya que las otras ramas del derecho no se han desarrollado teniendo en mente los problemas específicos de protección del medio ambiente. Por ejemplo, el derecho privado se concentra en la protección de los intereses privados y tiene dificultades cuando trata de proteger los intereses comunes o públicos en un medioambiente sin propietarios. No se pagan daños por daños al medioambiente como tal, sino que sólo aquellos con derechos personales o de propiedad podrán iniciar una acción (lo que excluye a animales, árboles, ríos, etc.). No se otorga valor alguno al medioambiente, y la protección medioambiental es simplemente un sub-producto incidental de la protección de otros intereses.

Ha habido algunos intentos de utilizar los mecanismos de responsabilidad privada para combatir los problemas particulares - por ejemplo, fondos de responsabilidad ambiental para sufragar los costes de limpieza después de vertidos de petróleo o para el pago de la restauración del medio natural. Recientemente, además, se han adoptado algunas medidas limitadas para usar la responsabilidad civil⁴⁶¹ como mecanismo de apoyo para reforzar otros regímenes ambientales, como la protección

⁴⁶¹ En España podemos citar la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, ha instaurado un régimen administrativo de responsabilidad medioambiental de carácter objetivo e ilimitado, basado en los principios de "prevención de daños" y de que "quien contamina, paga". Esta Ley, desarrollada parcialmente por medio del Real Decreto 2090/2008, establece un nuevo régimen de reparación de daños medioambientales de acuerdo con el cual los operadores que ocasionen daños a los recursos naturales o amenacen con ocasionarlo, deben adoptar las medidas necesarias para prevenirlos o, cuando el daño se haya producido, para limitar o impedir mayores daños medioambientales, así como devolver los recursos naturales dañados al estado en el que se encontraban antes de que se produjese el daño. Los recursos naturales protegidos por esta ley son los que están recogidos en el concepto de daño medioambiental, es decir: los daños a las aguas, los daños al suelo, los daños a la ribera del mar y de las rías, y los daños a las especies de la flora y de la fauna silvestres presentes permanentemente o temporalmente en España, así como a los hábitats de todas las especies silvestres autóctonas.

de especies y hábitats. Pero, de nuevo, la respuesta ha sido parcial y todavía estamos lejos de tener leyes generales que permitan a organismos como las ONGs interponer demandas por daños cuando algún aspecto “sin dueño” del medio ambiente se vea perjudicado.

El derecho público reconoce el interés público, pero surgen las dificultades derivadas de la falta de aceptación de la idea de que el medio ambiente tiene un estatus o valor independiente, a diferencia de lo que ocurre con los derechos conferidos a individuos y comunidades. Incluso la ley penal ha luchado históricamente contra los crímenes medioambientales.

De hecho, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008⁴⁶², relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal recoge que la Comunidad considera preocupante el aumento de los delitos medioambientales y sus efectos, que se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados en los que esos delitos se cometen. Tales delitos suponen una amenaza para el medio ambiente y, por lo tanto, requieren una respuesta apropiada.

Señala, además, que la experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente. Este cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil.

En consecuencia, se establecen medidas relacionadas con el Derecho penal para proteger con mayor eficacia el medio ambiente

Por otro lado, una crítica de las leyes de control y mando ha sido siempre que las sanciones que se pueden imponer pueden ser inapropiadas. En la actualidad nos encontramos con normativa que despenaliza ciertos tipos de comportamientos mediante la distinción de las infracciones, que distintos entre aquella de naturaleza administrativa de las demás infracciones, más graves, como los casos flagrantes de imprudencia ambiental. Aunque en ambos casos el detonante para su aplicación es

⁴⁶² DOCE número 328 de 6 de diciembre de 2008.

una violación de la ley penal, en los casos menos graves, el regulador u órgano administrativo puede imponer sanciones o exigir compromisos de limpieza sin necesidad de recurrir a los tribunales. Esto pone el foco en la recuperación del medio ambiente y en la prevención de daños futuros.

Existe, tal vez, una creciente conciencia de que las diferentes ramas del derecho - el derecho público, derecho privado y derecho penal y nacional, la UE y la legislación internacional – tan sólo proporcionan un conjunto de herramientas con las que lograr un determinado objetivo, en este caso, la protección del medio ambiente.

Por ejemplo, en relación con la tierra contaminada⁴⁶³, hay cuatro posibles actores que pueden pagar:

- La responsabilidad recae sobre el contaminador (esto es, el principio de quien contamina paga)
- La responsabilidad recae sobre el propietario u ocupante actual
- El Estado paga través de algún tipo de mecanismo de limpieza, lo que supone que a posteriori, se repercutiría a la sociedad a través de algún tipo de fiscalidad
- La pérdida está donde cae – esto es, la aplicación del principio de quien contamina paga – lo que supone que el medioambiente, las comunidades locales, las compañías de agua, etc. son responsables.

⁴⁶³ Los suelos contaminados en España están regulados en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminados y en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados. Los aspectos esenciales recogidos en ambas normas son:

1. La definición de un conjunto de actividades económicas que tienen la consideración de potencialmente contaminantes del suelo.
2. El establecimiento de un régimen de información en materia de suelos contaminados entre los titulares de las actividades potencialmente contaminantes y las administraciones regionales competentes.
3. Los criterios por los que un suelo puede ser declarado como contaminado tomando en consideración el riesgo que el mismo puede suponer para la salud de las personas o el medio ambiente.
4. La obligación, con carácter general, para los causantes de la contaminación o propietarios de los suelos afectados de acometer tareas de descontaminación. Igualmente establece un régimen voluntario de descontaminación a los que pueden acogerse los que así lo deseen sin que medie una declaración formal de suelo contaminado, debiendo quedar registrada la descontaminación voluntaria en la Comunidad Autónoma correspondiente.

Las Comunidades Autónomas, conforme a dicha norma, tienen la obligación de elaborar un inventario de los suelos contaminados existentes en su ámbito territorial, así como una relación priorizada de éstos. A partir de esta información, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente elaborará el inventario estatal de suelos contaminados. Así mismo, el Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015 aprobado en el Consejo de Ministros el 26 de diciembre de 2008 contempla una serie de objetivos en materia de suelos contaminados cuyo alcance es el de establecer las condiciones necesarias para hacer efectiva una política de protección del suelo frente a la contaminación.

Para los reguladores, el quid de la cuestión es cómo adoptar soluciones que sean efectivas, eficientes y justas, teniendo en cuenta que las herramientas disponibles incluyen, pero no están limitadas, a mecanismos jurídicos.

La amenaza de la legislación ambiental

La premisa básica es que - aunque lentamente y a menudo de manera poco sistemática - las leyes han dado respuesta a determinados problemas medioambientales (a veces con más éxito que otras). Sin embargo, las leyes también pueden obstaculizar los esfuerzos para hacer frente a los problemas ambientales: las leyes de propiedad pueden permitir a los propietarios de tierras demasiado control sobre su tierra en aspectos de interés medioambiental y el derecho mercantil ha protegido a directores de la responsabilidad individual por la contaminación causada por sus empresas. Hoy en día, puede ser que tengamos que añadir las propias leyes ambientales a la lista de leyes que impiden abordar los problemas ambientales de manera adecuada. Esto no se entiende en sentido estricto - que las leyes que tenemos no son suficientes o lo suficientemente rápidas - sino que hoy en día las leyes ambientales se pueden usar para bloquear lo que algunos consideran esencial para obtener un mayor nivel de protección del medio ambiente. Un ejemplo es el uso (sin éxito) de las leyes de impacto ambiental en relación, por ejemplo, con los proyectos renovables (de los que se dice que pueden infringir la conservación de la naturaleza). Uno de los principales desafíos es asegurar que las leyes medioambientales sean parte de la solución a los problemas ambientales y no el problema en sí mismo.

Los costes de cumplimiento

Cualquiera que sea la dirección exacta que la regulación adopte, una cosa está clara sobre el futuro: el coste de cumplimiento de la normativa va a aumentar bruscamente, tanto para contaminadores, como para la sociedad en general. Esto se debe, principalmente, a que los estándares regulatorios son cada vez más estrictos y están aplicándose de forma más rigurosa. Pero hay otros factores, tales como una mayor percepción del verdadero coste ambiental de muchas actividades (que se incrementa aún más cuando se establecen vínculos explícitos con la fiscalidad ambiental) y el aumento de la presión que se está ejerciendo por el público, grupos ecologistas y consumidores verdes e inversores.

Hay otros aspectos a considerar relacionados con los costes de cumplimiento. Es posible que en el futuro se exija a determinados operadores tener un seguro que cubra los costes de limpieza y restauración del medio ambiente en caso de un daño perjudicial (de la misma forma que los conductores han de tener un seguro obligatorio frente a terceros). También está el tema de los subsidios ambientales y otros incentivos que los gobiernos pueden dar para promover las tecnologías limpias y la generación de energía libre de carbono. En un contexto europeo y cada vez más globalizado, éstos estarán bajo el escrutinio de los posibles efectos que puedan tener sobre la libertad de comercio.

Los costes de incumplimiento

Aparte del coste directo del negocio de cumplir con los estrictos controles regulatorios, las responsabilidades en caso de incumplimiento también están aumentando. Estas responsabilidades se dividen en seis categorías generales:

1. Responsabilidades penales: El número de infracciones penales por incumplimiento de la legislación ambiental es enorme y está en aumento, y las agencias reguladoras han mostrado una mayor disposición a recurrir a la persecución. La acusación particular es también una posibilidad. Las multas serán las sanciones que establezca la norma, aunque, en algunos casos, se han impuesto penas de prisión. Los niveles máximos de las multas han aumentado, al igual que los niveles reales de las multas impuestas.

En este sentido los datos ponen de manifiesto un aumento considerable de los delitos contra el medioambiente, pasándose de 130 delitos en el año 2007 a 606 en el año 2017, siendo también muy relevantes las cifras de las infracciones administrativas por incumplimiento de la legislación ambiental y que representan entre el 97 y el 98% del total de supuestas infracciones ⁴⁶⁴.

2. Sanciones administrativas: En la mayoría de los sistemas de regulación, hay una gama de opciones disponibles para el regulador, incluyendo la modificación, suspensión o revocación de una licencia. Debido a que esto puede llevar al cierre de una planta es, evidentemente, de importancia capital.

⁴⁶⁴ Artículo Sociedad Española de Ornitología Bird Live de 31 julio, 2019 <https://www.seo.org/2019/07/31/los-delitos-contra-el-medio-ambiente-se-han-mas-que-cuadruplicado-en-la-ultima-decada-en-espana/>

3. Otras sanciones administrativas: Si los Estados miembros no cumplen con sus obligaciones de conformidad con la legislación ambiental de la UE, pueden ser multados. Bajo la normativa española, los entes locales pueden ser multados por infringir las leyes medioambientales de la UE en la medida en que se consideran responsables (lo que originará disputas sobre quién es responsable de la violación de la ley). En última instancia, por lo tanto, son los residentes locales los que pagarán por el incumplimiento, a través de los recortes a los servicios públicos locales, en tanto que gobierno local quiere participar más en las normas ambientales que le son aplicables.
4. En el ámbito internacional también se ha ampliado la esfera de protección penalmente. El 15 de septiembre de 2016, la Corte Penal Internacional publicó su documento *“Policy paper on case selection and prioritisation”* en donde la Corte señala que, en la selección de casos y priorización, debe tenerse en cuenta que *“el impacto de los crímenes puede evaluarse a la luz de, entre otras cosas, el aumento de la vulnerabilidad de las víctimas, el terror causado en consecuencia, o el daño social, económico o medioambiental causado a las comunidades afectadas. En este contexto, la Oficina prestará especial consideración a la persecución de los crímenes comprometidos a través del Estatuto de Roma o que tengan como resultado la destrucción del medioambiente, la explotación ilegal de los recursos naturales o el despojo ilegal de las tierras”* (Criterios de selección de casos. La gravedad del delito)⁴⁶⁵. Ello permite a las víctimas acudir a esta instancia en el supuesto de que sus reclamaciones no sean atendidas en sus tribunales nacionales, lo que permitirá ejercer un mayor control sobre estos graves delitos.
5. Costes de saneamiento: En la mayor parte de la normativa ambiental, existe la opción de limpiar después de un incidente de contaminación y recuperar, posteriormente, el coste del contaminador o, en algunos casos, del ocupante. Estos costes, a menudo, superan el nivel de la multa que pudiera imponerse.
6. La responsabilidad civil: Las acciones de derecho privado pueden ser un valioso complemento a la regulación administrativa y, aunque la responsabilidad a

⁴⁶⁵ The Office of the Prosecutor (2016) Policy Paper On Case Selection and Prioritisation. International Criminal Court. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf.

menudo es difícil de establecer, el tamaño de las reclamaciones puede ser muy alto.

7. La publicidad adversa: En la práctica, la publicidad consecuencia de las infracciones de la ley puede ser casi tan costosa como los costes directos.

A la luz de todos los riesgos expuestos (por no mencionar el aumento de los costes de eliminación de residuos y de cumplir con los más estrictos estándares), los más relevantes y recientes desarrollos en la rama medioambiental, se refieren a cuestiones de gestión. Por ejemplo, existe un estándar internacional para sistemas de gestión medioambiental (ISO14001). Aunque este sistema es voluntario (en el sentido de que no hay obligación de unirse), hay presiones para su cumplimiento desde dentro de la industria (esto es, dentro de la cadena de suministro) y desde fuera (por ejemplo, desde el público, las aseguradoras y las instituciones financieras). Ello significa que, en la práctica, los sistemas de gestión ambiental deben ser adoptados.

Pero, dicho lo anterior, desde mi punto de vista, el aspecto que adquiere una especial relevancia en el ámbito del derecho medioambiental es el impacto que el mismo puede tener en aquellos ámbitos más intangibles de la realidad de las empresas y grandes corporaciones pero que más repercusiones está teniendo.

Me estoy refiriendo al ámbito de la reputación.

El establecimiento de obligaciones de carácter voluntario supone una alternativa al ejercicio directo de la autoridad gubernamental y la imposición legislativa otorgando al soft law un carácter de cuasi legislación, que permite que aquellos actores que sobre todo tienen ámbito de influencia y de actividad en un mundo globalizado tengan que acomodar sus pautas de conducta a los impactos y demandas que las exigencias de la responsabilidad social corporativa establecen⁴⁶⁶. De esta forma podemos decir que existe una sociedad civil de carácter global que ejerce una fuerte influencia en el ámbito de las corporaciones y multinacionales y que deben atender a la cada día más altos niveles de exigencia de la responsabilidad social corporativa. Así, los inversores y analistas en los reportes y valoraciones que hacen

⁴⁶⁶ Jackson, K. (2010). Global Corporate Governance: Soft Law and Reputational Accountability. *Brooklyn Journal of International Law*. Vol. 35, Núm. 1: "Also as known as "soft law" or quasi-legislation," voluntary civil regulations will prove an important alternative to governmental authority in the era of globalization. These emerging trends are arguably only the "tip" of a larger global social contract that has been forming in light of society's demand for corporate social responsibility".

en las empresas, no se ciñen únicamente en la consecución de los objetivos económicos o de la materialización de las metas que se hubieran fijado de cara a los inversores, sino que entran cada vez más en el análisis y evaluación de los principios y valores de los derechos humanos, protección medioambiental, responsabilidad social, credibilidad, etc.⁴⁶⁷

Este nuevo marco es lo que ha provocado una generalización de una regulación que señala criterios de conducta transnacionales que deben ser atendidos por las corporaciones para ajustar su comportamiento a las exigencias de las mejores prácticas. No se trata por ello de cumplir simplemente la ley o la norma sino de ir un paso más allá en la adopción voluntaria de unas exigencias o bien son señaladas por organizaciones, asociaciones que fijan los estándares mínimos exigibles o bien son autoimpuestas como un compromiso de la empresa para con la sociedad⁴⁶⁸.

De esta forma, la exigibilidad del cumplimiento de esas normas del soft law impacta de forma directa en el análisis de otras variables de la vida diaria de las empresas y que determinarán, a la postre, el informe final que se haga sobre su gobierno corporativo y su regularidad financiera y social. Son múltiples los ejemplos a los que nos podemos remitir, quizá por todos ellos traigamos el tema de los bonos verdes o sistemas de financiación verde que permite el conceder un régimen financiero más bonificado condicionado a que el destino de los mismos sea la realización de inversiones de carácter medioambiental.

Si bien es cierto que el soft law no lleva aparejado su incumplimiento una sanción, no es menos cierto que la sociedad ha recogido una sanción quizá mucho más grave a la sanción legal, que es la sanción reputacional, aquella en virtud de la cual existe una tacha generalizada desde el punto de vista social ligada a una asociación de conductas o comportamientos que no atienden a las exigencias que la sociedad de hoy demanda y que no se basa solamente en qué es lo que haces sino también

⁴⁶⁷ Ver Frederick, W. (1991). The Moral Authority of Transnational Corporate Codes. *Journal of Business Ethics*, Vol. 10, Núm. 3: discute cómo las directrices morales incorporadas en varios instrumentos regulatorios influyen en diversas prácticas corporativas.

⁴⁶⁸ Jackson, K. Global Corporate Governance: Soft Law and Reputational Accountability. Op. citada, pp. 45 y 46. "The fact that transnational firms adopt civil regulations voluntarily in order to build credibility in the eyes of global civil society - i.e., the fact that firms proactively comply with the new global social contract-presupposes that international businesses are able to distinguish moral choices and then make them.

en cómo lo haces y en cómo estás ligado al cumplimiento de esos objetivos de responsabilidad social⁴⁶⁹.

Todo ello condiciona el comportamiento y la credibilidad de las empresas por el impacto reputacional que su conducta puede tener. Este análisis está expuesto de forma magistral por el profesor Kevin Jackson⁴⁷⁰ en su artículo "*Global Corporate Governance: Soft Law and Reputational Accountability*", en donde se menciona y analiza en sumo detalle los diferentes ámbitos de impacto reputacional que tiene para las grandes corporaciones el cumplimiento voluntario de los más altos estándares en materia de gobernanza, entendida ésta en un sentido amplio y con una directa vinculación con la responsabilidad social corporativa.

En este sentido, la profesora Archie Carroll señala cuatro clases de obligaciones que deben tener en cuenta las empresas en el ejercicio de su actividad y que serían la económica, la legal, la ética y la discrecional⁴⁷¹. A través del análisis del cumplimiento de estas obligaciones se realizará una valoración objetiva del adecuado comportamiento de empresas en relación, no solamente a sus empleados, consumidores o clientes sino también a sus suministradores, state holders y la sociedad en general. En definitiva, esta vinculación del cumplimiento voluntario de las normas que es lo que significa el soft law se convierte en el elemento de prueba para analizar el adecuado comportamiento de las empresas e incluso llegando a dar indicaciones respecto de aquellas que responden a estos estándares y que conviene o es adecuado tener relación con ellas de aquellas que son demonizadas.

Y esto solo puede realizarse a través del soft law, porque no puede exigirse con carácter legal e imperativo para todas las empresas el establecimiento de unos estándares uniformes de exigibilidad, que provocaría la imposibilidad de cumplimiento por parte de todos los operadores económicos. Además, de lo que estamos hablando es exclusiva y únicamente del cumplimiento de la ley; no existe criterio alguno que permita diferenciar el mayor o menor grado de compromiso ético y social de las empresas, nos estaríamos ciñendo al cumplimiento de la ley, por ello

⁴⁶⁹ Jackson, K. *Global Corporate Governance: Soft Law and Reputational Accountability*. Op. citada, p. 54: "*Responding to social demands is much more than deciding what to do. There remains the management task of doing what one has decided to do, and this task is far from trivial.*"

⁴⁷⁰ Jackson, K. *Global Corporate Governance: Soft Law and Reputational Accountability*. Op. citada.

⁴⁷¹ Ver Carroll, A. B. *A three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Social Performance*. Op. citada.

el soft law, el establecimiento de parámetros voluntarios de cumplimiento o la autorregulación permite realizar una valoración de aquellos que van un poco más allá de lo que es el simple cumplimiento de la ley.

¿Funciona el derecho medioambiental?

Aunque hemos estudiado los cambios en la naturaleza del derecho medioambiental, poco hemos dicho sobre el impacto de éstos en el propio medio ambiente. Tratar de determinar el impacto de cualquier regulación es siempre difícil, porque las leyes operan junto a otros factores que influyen en el comportamiento. Y es especialmente difícil con el derecho ambiental debido a que hay muchos factores, incluyendo cambios naturales, que influyen en la calidad del medio ambiente. Por ejemplo, en las recesiones económicas ciertos tipos de contaminación (por ejemplo, las emisiones de gases de efecto invernadero) tienden a disminuir debido a que la actividad económica disminuye. Sin embargo, una recesión también puede hacer que sea más difícil cumplir con los costes de la legislación medioambiental, por lo que algunas formas de daños (como el vertido ilegal de residuos) podrían, en realidad, aumentar.

No es posible afirmar aquí, de manera generalizada, cuál es el impacto de la legislación ambiental. Pero es importante tener en cuenta que las leyes que se aplican adecuadamente o que regulan un cambio en el comportamiento, no necesariamente mejoran la calidad del medio ambiente, ya que los contaminadores pueden cambiar su comportamiento de manera dañina para el medioambiente. La medición de la calidad del medioambiental puede ser, en sí misma, polémica. Las mejoras generales pueden enmascarar problemas más localizados. O el problema puede, en efecto, exportarse. Es importante examinar de cerca cualquier afirmación acerca de la mejora de la calidad ambiental y que nos preguntemos que se dice en realidad sobre la calidad ambiental, su evidencia, etc. Finalmente, es importante resaltar una realidad. Para muchos de los que se comprometen con el derecho medioambiental, la preocupación mayor (más que la mejora en la calidad medioambiental) es la comercial: el qué las normas medioambientales sean lo suficientemente claras como para que se sepan las potenciales responsabilidades.

VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS MEDIOAMBIENTALES

Introducción

La complejidad es una de las características definitorias de los problemas medioambientales; complejidad, en el sentido de que este tipo de problemas a menudo tienen muchos elementos interconectados y variables. Hay, por ejemplo, fuertes vínculos entre la quema de combustibles fósiles, las emisiones derivadas del transporte, la deforestación, el agotamiento de la capa de ozono y el cambio climático. Tratar de resolver problemas ambientales significa abordar diferentes aspectos del problema, cada uno de los cuales dará lugar a sus propios retos y desafíos. Como ya he explicado en la primera parte de este trabajo, *“el proceso de construcción del DIA como rama autónoma en formación ha decantado unos principios en torno a los cuales se aglutina”*⁴⁷². En palabras de Andrés Betancor, *“En efecto, estimamos que los principios generales y en especial los principios básicos propios de una rama específica del derecho, sirven para resolver contradicciones que puedan existir entre los fines y funciones de una disciplina jurídica particular y determinadas normas que quieran aplicarse a tal disciplina. Constituyen, en tal sentido, una limitación al avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. También actúan como plataforma para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación, de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad. Poseen, en consecuencia, una función informadora de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos”*⁴⁷³.

Por ejemplo, una solución parcial al cambio climático puede ser la reducción de la cantidad de energía producida a partir de combustibles fósiles, lo que podría lograrse mediante el aumento de la utilización de la energía eólica o nuclear. Pero, desafortunadamente, estas soluciones tienen sus propios problemas conectados, incluido el impacto visual, interferencia con los intereses de conservación de la naturaleza, la capacidad (esto es, un suministro bajo de energía que requiere enormes parques eólicos), y la eliminación de residuos nucleares y sus riesgos asociados. Otras

⁴⁷² Jordano Fraga, J. (1995). *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. (1ª Ed.). Barcelona: José María Bosch.

⁴⁷³ Betancor Rodríguez, A. (2014). *Instituciones de derecho ambiental*. (1ª ed.). Madrid: La Ley.

soluciones podrían incluir la creación de más bosques como sumideros de carbón o reducir el uso del automóvil; éstas también tienen sus desventajas, tales como la pérdida de terreno agrícola y la limitación de la autonomía individual.

Esta complejidad de los problemas ambientales significa que hay múltiples maneras de mirar, pensar e incluso hablar, sobre el mismo problema. Al igual que una ilusión óptica hace que veamos dos cosas diferentes al mismo tiempo, las perspectivas sobre los mismos problemas medioambientales también varían. Para algunos, los parques eólicos son una fuente alternativa de energía sostenible; para otros constituyen una fuente ineficaz de energía eléctrica, un mero ejemplo de simbolismo verde, que no sirve para cumplir con los objetivos ambientales. El que estas alternativas sean más o menos atractivas dependen, en gran medida, de los valores que se unan a las diferentes variables.

El derecho medioambiental puede proporcionar alguna ayuda para resolver este tipo de tensiones a través del control de la contaminación o la legislación urbanística, que establecen un marco para la toma de decisiones. No hay, sin embargo, conexión alguna necesaria entre este marco y las decisiones sobre qué contaminantes prohibir, a qué nivel establecer un estándar jurídico de emisión aceptable, o si aprueba una solicitud individual de permiso o autorización de control de la contaminación.

Es precisamente en esta brecha entre el marco procedimental y las decisiones de fondo donde los valores ambientales juegan un papel crítico.

Valores y derecho medioambiental

¿Qué queremos decir por valores? Para realizar una primera aproximación, debemos acudir a un texto del derecho anglosajón. Así, en su Informe 21, la *Royal Commission on the Environmental Pollution*⁴⁷⁴ (Comisión Real sobre Contaminación Ambiental) sugirió que los valores son las creencias, ya sean individuales o sociales, sobre lo que es importante en la vida y, por lo tanto, sobre los fines u objetivos que deben regir y dar forma a las políticas públicas. La Comisión fue más allá e incluso identificó ciertos factores que pueden influir en las actitudes de los individuos para con el medio ambiente.

⁴⁷⁴ <https://www.gov.uk/government/organisations/royal-commission-on-environmental-pollution>.

Se citan factores tales como el medio ambiente como un recurso vital para el ser humano, la riqueza de la biodiversidad, y la importancia cultural, histórica o social del medioambiente. Por ejemplo, un paisaje industrial puede ser una parte importante del medioambiente local, como podrían ser las características naturales del Parque Natural de Ordesa.

Tomando como punto de partida la amplia definición de valores de la Comisión, podemos caracterizar los valores ambientales como aquello que la gente cree que es importante del medio ambiente y que, por lo tanto, deberían ser las prioridades de la regulación y política ambiental y, en última instancia, del derecho ambiental. Sin embargo, al principio, es importante diferenciar, por un lado, opiniones y actitudes y, por el otro, los valores más amplios y profundos que están en manos de los grupos y sectores de la sociedad en su conjunto. Los valores individuales pueden llegar a considerarse como opiniones que fluctúan o que son inconsistentes entre sí; incluso en el peor de los escenarios pueden llegar a considerarse algo más que una preferencia del consumidor por su marca favorita de chocolate o detergente. Los valores representativos de los grupos y sectores de la sociedad deben de ser el producto de un debate, participación, y, cuando sea posible, consenso; de esta forma es más factible que sean acordes con la normativa sobre toma de decisiones.

La definición de los valores adoptados para el propósito de este apartado, distingue a los valores ambientales de una categorización diferente de ética ambiental. En este último punto no me detendré en exceso, dado que mi objetivo es intentar introducir los valores como parte de una matriz, que se sostenga de manera sólida por posiciones morales y éticas, y principios medioambientales, tales como desarrollo sostenible y el principio de cautela. También trataremos el derecho formal y otras normas, así como los valores que ellos se contienen, como puede ser la necesidad de tener en cuenta los intereses de las generaciones futuras o valores jurídicos tales como la seguridad jurídica o el respeto al Estado de derecho. Considero, por tanto, que no hay necesidad de realizar un análisis profundo de los aspectos éticos subyacentes, o que haya cabida para la denominada ética normativa, esto es, la cuestión de lo que está bien o mal o lo que la ley debería decir contrariamente a lo que dice.

Las cuestiones normativas no son irrelevantes; tampoco lo son estos aspectos de la ética medioambiental⁴⁷⁵. Sin embargo, no existe una conexión necesaria entre la ética medioambiental normativa y la forma en que las personas se comportan en la práctica, al igual que la mayoría de los asesinos probablemente creen que el asesinato es algo malo. Hay muchas personas que suscriben la idea de que la protección del medio ambiente es importante y que ciertas acciones son buenas o malas, pero ese punto de vista no tiene impacto alguno en la forma en que viven su vida. Por otra parte, hay otros sujetos que siguen lo que podríamos llamar un estilo de vida verde, como aquellos que no poseen un coche o que reciclan, pero que no adoptan esta postura desde una perspectiva ambientalista.

Además, los tribunales nacionales no parecen estar interesados en el concepto de la ética normativa medioambiental. Esto es cierto tanto desde una óptica del derecho público y administrativo, como jurisprudencial. Aunque muchos de los participantes en los conflictos medioambientales que terminan en los tribunales se preocupan por las cuestiones fundamentales de lo que está bien o mal, el poder judicial tiende a centrar la atención en la interpretación legalista de la norma.

Aunque no existe una conexión directa entre los valores medioambientales y la forma en que se hace y funciona la ley en la práctica, hay muchas maneras en que los valores juegan un papel indirecto en el funcionamiento de un sistema de regulación medioambiental.

Activación de la formulación de nuevas políticas y leyes

Las leyes ambientales surgen, a menudo, como consecuencia de fines y objetivos políticos, y de la necesidad de fijar estándares científicos. Pero el inicio del apartado regulatorio también puede traer causa en cambios en los valores ambientales, en el sentido de que pueden detectarse nuevas prioridades para las que son necesarias acciones. Esto puede ser por cambios generales en la opinión pública, o motivados e incentivados por grupos de interés específicos.

Estos cambios en los valores tienden a ser poco concentrados y se han traducido en una legislación fragmentaria y reactiva. Por esta razón, deben distinguirse de los cambios más fundamentales en la forma en que vemos el medioambiente. El público

⁴⁷⁵ Vid en este sentido Lecaros Urzúa, J.A. (2013). La ética medio ambiental: principios y valores para una ciudadanía responsable en la sociedad global. *Acta Bioethica*, Vol. 19, Núm. 2, pp. 177-188.

en general es ahora mucho más consciente de la necesidad de protección del medio ambiente a nivel individual, local o regional, nacional e internacional. Esto significa que, aunque los valores basados en cuestiones siguen siendo importantes, hay cambios en la forma general de considerar las cuestiones ambientales (particularmente en relación con el impacto futuro en los niveles de contaminación actuales y la búsqueda de la meta del desarrollo sostenible).

Influyendo en la interpretación y aplicación de leyes medioambientales

La interpretación del día a día de la legislación ambiental se desplaza lentamente para reflejar el cambio de los valores públicos. La jurisprudencia también refleja estos cambios. A veces, es difícil distinguir entre causas y efectos, sobre todo cuando aparecen nuevas normas que establecen nuevos derechos o enfoque. Por ejemplo, la influencia de la UE ha impactado la forma en que se interpreta la legislación ambiental nacional; esto, a su vez, afecta a la forma en que el público y los profesionales del derecho usan a ley para proteger el medio ambiente. Podemos tomar otros ejemplos más generales, como el del principio de cautela o de precaución, daños a la biodiversidad o el desarrollo sostenible. Conceptos que eran desconocidos hace 30 años han tenido un impacto significativo en la forma en que las leyes se interpretan y elaboran hoy en día.

Influyendo en la toma de decisiones individuales

El enfoque español al derecho medioambiental está fuertemente dominado por la toma de decisiones discrecionales con base en factores políticos. Es posible identificar el impacto que los valores cambiantes tienen sobre la forma en que se da peso a las nuevas políticas en el contexto de la toma de decisiones individuales.

Como veremos más adelante, puede ser particularmente difícil traducir en medidas concretas los principios de desarrollo sostenible y de cautela. Sin embargo, los principios se pueden usar de manera interpretativa más que prescriptiva, lo que ayuda a dar cuerpo y virtualidad práctica a las políticas y decisiones individuales. Por ejemplo, la política de desarrollo de terreno industriales contaminados y el consiguiente efecto sobre las aplicaciones de planificación para tales desarrollos, refleja una comprensión y aceptación de la necesidad de utilizar los recursos de manera eficaz y sostenible. También podemos ver el efecto de la percepción pública en los riesgos medioambientales y sus valores asociados en la secuencia de los casos de

planificación, lo que sugiere que, incluso en los casos en que tales percepciones de riesgo sean infundadas, puede que se tengan en cuenta a la hora de adoptar decisiones de desarrollo.

Influyendo en lo regulado

La modificación de los valores públicos puede afectar a aquéllos que estén sujetos (entendidos en sentido amplio) a regulación. Por ejemplo, las empresas reguladas pueden cambiar su comportamiento en respuesta a los cambios en los valores de consumo, incluso cuando sus actividades cuenten con apoyo al más alto nivel.

Los cambios en los valores pueden tener un impacto más general en el regulado. Hay una creciente dependencia en los instrumentos de autorregulación o instrumentos voluntarios en la regulación ambiental, algo que desarrollaremos más adelante. Estos instrumentos incluyen aspectos tales como la emisión de informes de sostenibilidad por las empresas o la introducción de sistemas acreditados de gestión ambiental.

Hay varias explicaciones para este crecimiento de la privatización en la regulación del medio ambiente. En este sentido es especialmente relevante la Comunicación de la Comisión y del Parlamento Europeo para simplificar y mejorar el marco regulatorio en materia de medio ambiente. El 5 de junio de 2002, la CE adoptó el Plan de acción titulado "Simplificar y mejorar el marco regulador"⁴⁷⁶, de conformidad con el mandato dictado por el Consejo Europeo de Lisboa, que fue confirmado en las Cumbres de Estocolmo, Laeken y Barcelona. La simplificación y mejora del marco regulador obedecen a la voluntad de conseguir, en beneficio de los ciudadanos, que la legislación comunitaria esté más en sintonía con los problemas reales, con el reto de la ampliación y con las condiciones técnicas y locales. Tienen por objeto, además, garantizar un grado elevado de seguridad jurídica en toda la UE, permitir a los agentes económicos y sociales aumentar su dinamismo y contribuir así a reforzar la credibilidad de la Comunidad.

En ese Plan de acción, la CE insiste en que puede hacerse un uso apropiado de otros instrumentos alternativos a la legislación sin que ello suponga menoscabo alguno de las disposiciones del Tratado ni de las prerrogativas del legislador. Hay una serie de medidas que pueden utilizarse para alcanzar los objetivos del Tratado,

⁴⁷⁶ Comunicación de la Comisión, de 5 de junio de 2002, "Plan de acción Simplificar y mejorar el marco regulador" [COM (2002) 278 final - no publicada en el Diario Oficial].

simplificando al mismo tiempo la labor legislativa y la propia legislación (corregulación, autorregulación, acuerdos voluntarios sectoriales, método abierto de coordinación, intervenciones financieras, campaña de información, etc.). En el caso de la autorregulación y la corregulación puede aplicarse una gran variedad de planteamientos. La meta principal debe ser encontrar la solución menos onerosa y más adecuada para alcanzar los objetivos perseguidos. Aunque la CE va a mostrarse estricta a la hora de fijar objetivos ambiciosos y de controlar los resultados con rigor, apoyará asimismo cualquier esfuerzo serio que se haga por realizar avances que merezcan la pena por medio de acuerdos voluntarios. No obstante, la CE debe seguir teniendo libertad para ejercer su derecho de iniciativa y los colegisladores, su derecho de control.

En el ámbito de la política de medio ambiente se dispone de gran experiencia reciente con la autorregulación y los acuerdos voluntarios sectoriales. En 1996, la Comisión presentó una Comunicación relativa a los acuerdos sobre medio ambiente a nivel nacional, pero esa comunicación no se ocupaba de forma prioritaria de ese tipo de acuerdos a nivel comunitario. Ahora que la CE ha adoptado el Plan de acción "Simplificar y mejorar el marco regulador"⁴⁷⁷ citado es posible explicar ya cómo pueden aplicarse las propuestas de ese plan a la corregulación, la autorregulación y los acuerdos voluntarios sectoriales en el marco de los acuerdos medioambientales a nivel comunitario. La Comunicación debe entenderse sin perjuicio de la aplicación del Plan de acción en otros sectores políticos. Tiene por objeto, asimismo, materializar la meta establecida en el VI Programa de Medio Ambiente⁴⁷⁸ consistente en realizar mejoras medioambientales de una manera más rentable y más rápida.

Los acuerdos medioambientales pueden tener distintas procedencias. En primer lugar, pueden obedecer a una decisión espontánea adoptada por interesados en una amplia gama de cuestiones en las que la CE no ha propuesto ninguna medida legislativa ni ha expresado la intención de hacerlo. La CE anima a esos interesados a adoptar una actitud anticipadora a la hora de desarrollar tales acuerdos. En

⁴⁷⁷ Comunicación de la Comisión, de 5 de junio de 2002 "Plan de acción Simplificar y mejorar el marco regulador" [COM (2002) 278 final - no publicada en el Diario Oficial].

⁴⁷⁸ Publicado por Redacción EFE verde. 24 enero, 2019 Nairobi, ONU MEDIOAMBIENTE. Aumenta la legislación ambiental mundial, pero flaquea su aplicación. <https://www.efeverde.com/noticias/leyes-ambientales-onu/>

segundo lugar, pueden constituir una respuesta de las partes interesadas a la intención manifestada por la CE de legislar en un campo determinado. En tercer lugar, pueden iniciarse por iniciativa de la Comisión. Los criterios de evaluación y los requisitos sobre el procedimiento aplicable al tratamiento de los acuerdos medioambientales dependerán en parte del origen de la iniciativa.

En los últimos años, los responsables políticos han mostrado un interés creciente por los acuerdos medioambientales. Nadie duda ya de que esos acuerdos entre partes interesadas (con frecuencia asociaciones de empresas) contribuyen a la realización de objetivos de la política de medio ambiente. Los Estados miembros y la Comunidad han adquirido ya cierta experiencia con ese tipo de acuerdos, y los resultados obtenidos hasta ahora son muy alentadores. Aunque tales acuerdos no son la panacea ni el instrumento óptimo en todas las circunstancias, pueden ser muy útiles como complemento (no sustitutivo) de otros instrumentos políticos, en particular de carácter legislativo.

Lo primero que debe hacerse es establecer definiciones claras. Los términos acuerdo voluntario, acuerdo medioambiental o acuerdo a largo plazo suelen utilizarse indistintamente, aunque el contenido y la forma jurídica de esos instrumentos pueden variar enormemente. La palabra acuerdo, por otra parte, se aplica con frecuencia a instrumentos que, desde el punto de vista jurídico, son compromisos unilaterales de empresas e industrias. Por motivos de sencillez y claridad, pues, en la Comunicación se utiliza únicamente el término "acuerdo medioambiental".

Los acuerdos sobre medio ambiente a nivel comunitario son aquellos por los que las partes se comprometen a lograr una reducción de la contaminación conforme a la legislación medioambiental o a cumplir objetivos medioambientales enunciados en el artículo 174 del Tratado⁴⁷⁹. La Comunicación se entiende sin perjuicio de las disposiciones que se adopten en el acuerdo interinstitucional y de las modalidades y criterios que se apliquen a los acuerdos voluntarios en otros ámbitos distintos del medio ambiente, y no afecta a la legislación de nuevo enfoque. La CE no participa en la negociación de los acuerdos medioambientales. Pero puede reconocerlos bien mediante un intercambio de correspondencia, bien por una recomendación de la

⁴⁷⁹ Artículo 174, antiguo artículo 130 R del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

CE, bien mediante una recomendación acompañada por una decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un plan de seguimiento del acuerdo correspondiente, bien con arreglo a una corregulación decidida por los legisladores comunitarios. Esos acuerdos medioambientales deben distinguirse de los acuerdos medioambientales que presentan los Estados miembros como medida nacional de aplicación de una directiva comunitaria.

Pero una razón relevante es el creciente reconocimiento entre los agentes comerciales de la importancia de los valores medioambientales como contrapeso a la acumulación de ganancia. También influyen los (no siempre) menores costes de administrar la regulación privada en comparación con la regulación pública, y los beneficios de reputacionales para las empresas que se dan a conocer por tomarse en serio la protección del medio ambiente.

Equilibrio entre derecho y valores ambientales

Existe un consenso general de que la protección del medio ambiente es una cuestión – de hecho, una de las justificaciones para la introducción de un sistema de regulación integral del medioambiente es que estaba - y está - en el interés público el proteger medio ambiente. En consecuencia, todo el mundo, desde el poder judicial a los reguladores, a las partes interesadas industriales, consideran que la protección del medioambiente debe estar en el centro de nuestras actividades. Por decirlo de otra manera, es muy raro escuchar una visión en contra de esta afirmación – esto es, que resulta deseable destruir el medio ambiente. Este consenso general, sin embargo, enmascara diferencias fundamentales en las elecciones que los diferentes interesados pueden hacer y en el énfasis que pueden colocar en la importancia del medio ambiente como contrapeso a otros factores.

El derecho medioambiental es controvertido y, por tanto, interesante, porque trata sobre cuestiones relativas a valores cambiantes y, por tanto, con diferentes prioridades. La pregunta clave es determinar cómo interactúa la ley con el proceso de cambio. El espectro de puntos de vista sobre la importancia de la protección del medio ambiente es amplísimo; desde un extremo en el que los intereses ambientales son de suma importancia y todas las demás consideraciones quedan anuladas; al extremo en el que los intereses ambientales son intrascendentes y no juegan un papel importante en cualquier aspecto de la vida. Por supuesto, visiones simplistas como éstas tienden

a caricaturizar los problemas implicados en la regulación de la protección del medio ambiente. Por ejemplo, ¿debe una ley obligar a limpiar una tierra a sus propietarios a pesar de no ser responsables de la contaminación original? ¿Qué pasa si el dueño es una compañía que tuvo que despedir a sus trabajadores para equilibrar las cuentas? ¿Qué pasa si la empresa entra en quiebra? Estas son preguntas muy específicas, pero hay otras preocupaciones más generales, como la forma en que debemos utilizar los recursos de hoy para que puedan utilizarse por las generaciones futuras.

Cada uno de estos temas magnifica el problema de establecer un marco jurídico que pueda ayudar en el equilibrio de los intereses en competencia. También plantean la cuestión de si la ley debe tener que ver con estas cuestiones o no. Algunos pueden argumentar que la ley es inadecuada para hacer frente a actos de equilibrio político en el que los intereses en competencia deben ser negociados. Podríamos argumentar que la ley fomenta la coherencia, la transparencia y la responsabilidad en la toma de decisiones y controla la discrecionalidad de quien toma las decisiones. Hay, sin embargo, otras cosas que la ley puede hacer, tales como aumentar la legitimidad de algunos de los principios ambientales que se plantean más adelante.

Uno de los factores que se coloca en la balanza de la toma de decisiones medioambientales es la naturaleza y el alcance del riesgo para el medioambiente y la salud humana. En este contexto, el término riesgo cubre la probabilidad de que un evento cause daño al medioambiente o la salud en relación con la magnitud de que ese evento ocurra.

Muchos de los debates sobre cuestiones medioambientales se centran en la relación entre el riesgo y la percepción de tal riesgo. Si pensamos en el cambio climático, la controversia sobre el peligro potencial de los cultivos de alimentos genéticamente modificados, podemos ver que los desacuerdos y las dudas sobre las implicaciones a largo plazo de los riesgos asociados sólo han ayudado a oscurecer - aún más - los procesos de toma de decisiones. El problema del riesgo no está, sin embargo, limitado a cuestiones individuales, sino que alcanza al conjunto de la regulación medioambiental.

El problema del riesgo plantea preguntas interesantes acerca de la intersección entre el derecho medioambiental y la ciencia. La ciencia desempeña un papel en la identificación y evaluación de riesgos ambientales. El conocimiento sobre riesgos

ambientales es, a menudo, incierto: en gran parte como consecuencia de la compleja naturaleza de los problemas ambientales. Es por ello que los científicos han desarrollado métodos de evaluación del riesgo para cerrar la brecha entre esta incertidumbre científica y la necesidad de un marco objetivo para la toma de decisiones. Aunque existen métodos cuantitativos para la evaluación de riesgos, tales como la clasificación de peligros en relación con el tamaño del riesgo, la objetividad y la fiabilidad de estos métodos para proporcionar todas las respuestas falla por varias razones:

- Cuando se lleva a cabo una evaluación científica, se realizan ciertas suposiciones. Éstas pueden ser en términos de la naturaleza del peligro, la agregación de diferentes eventos, la existencia de alternativas, o anticipar tendencias futuras en contra de los conocimientos actuales. A menudo, estas suposiciones se determinan en función de criterios subjetivos y no científicos.
- Como consecuencia de las diferentes hipótesis en las que se basa la evaluación de riesgos, las conclusiones finales pueden variar. Por ejemplo, una evaluación del riesgo llevada a cabo sobre los efectos potenciales de los escapes accidentales de amoníaco resultó en once estimaciones de riesgo diferentes
- Una evaluación del riesgo científica no tiene en cuenta la percepción pública del riesgo, que no necesariamente se apoya en criterios objetivos.

Principios medioambientales

Introducción

En los párrafos precedentes, he dejado abierta la cuestión de los principios y conceptos definatorios que subyacen en el DIA. Por lo tanto, ahora trataré de desarrollar la caracterización del DIA que antes he esbozado. Además, el análisis de los principios y conceptos de la legislación ambiental internacional supone un paso importante en el estudio de sus aspectos sustantivos, que serán discutidos más adelante cuando analicemos el régimen concreto lucha contra el cambio climático.

Los principios tienen un papel relevante en el derecho ambiental: Son un indicador de que se trata, efectivamente, de un nuevo campo de la ciencia jurídica en sentido estricto. La autonomía del DIA se consolida en la medida en que se produce, poco

a poco, una teoría general fundamentada en principios que son ampliamente reconocidos y pasan a orientar las actividades administrativas, legislativas y judiciales. Tales principios nacieron en el espacio internacional y enseguida fueron internalizados por los ordenamientos jurídicos estatales, de manera expresa o implícita. Muchos de ellos están presentes en las constituciones de los países que tomaron parte en la Cumbre de Naciones Unidas sobre el medio ambiente⁴⁸⁰.

Para entender la importancia de los principios y conceptos del DIA, así como la diferencia entre estas dos categorías, es útil introducir algunas distinciones analíticas que nos permitirán presentar los principios y conceptos fundamentales que conforman la estructura del derecho internacional del medio ambiente a la luz de dos de los valores principales presentados por esta rama del derecho, la prevención y el equilibrio. Además, trataremos de vincular estos principios y conceptos al régimen ambientales de cambio climático citado.

Algunas distinciones analíticas

En primer lugar, hay que distinguir entre el uso del término principio para referirnos a un tipo de declaración o formulación de una norma⁴⁸¹, y su uso para describir el fundamento legal de una norma, ya sea un tratado, el derecho internacional consuetudinario o, subsidiariamente, un principio general del derecho⁴⁸². Se trata de dos cuestiones diferentes, porque la formulación de una norma como principio, por ejemplo, en un instrumento de soft law, puede plantear controversia como en una fuente formal del derecho internacional. La evaluación de si un principio concreto tiene un carácter jurídico es un ejercicio que debe realizarse caso por caso.

En segundo lugar, resulta útil clasificar las normas ambientales atendiendo a tres categorías (conceptos, principios, normas)⁴⁸³, en función de su grado de

⁴⁸⁰ Hernández San Juan, I. (2019). Principios de investigación e innovación. En: *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁴⁸¹ Beyerlin, U. (2007). *Different Types of Norms in International Environmental Law*. En: D. Bodansky, J. Brunnée and E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (1ª ed.). London: Oxford University Press.

⁴⁸² Abi-Saab, G. (1994). Les sources du droit international: Essai de deconstruction. En: *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. (1ª ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Internacional.

⁴⁸³ Esta distinción se ha tomado de Dworkin, R. (1977) *Taking Rights Seriously*. (1ª ed.). Cambridge: Harvard University Press, p. 22. Además, esta distinción se ha utilizado en el contexto medioambiental por Beyerlin, U. & Maruhn, T. *International Environmental Law*. Op. citada.

generalidad / particularidad. Intuitivamente, esta distinción sugiere que, a medida que una norma se vuelve más abstracta, su aplicación práctica en un determinado caso es propensa a controversia, y viceversa. Vamos a explicar esto con un ejemplo que nos permita una mayor claridad sobre lo que estamos hablando. Una norma como la obligación de prohibir el vertido de residuos en el mar (regla)⁴⁸⁴ requiere claramente una conducta más específica que la norma que prescribe la obligación de los Estados de garantizar que las actividades bajo su control no causen daños al medio ambiente (principio)⁴⁸⁵. Esto último es, a su vez, más preciso que la declaración de que los fondos marinos fuera de la jurisdicción nacional son un patrimonio común de la humanidad⁴⁸⁶ o que la conservación de la diversidad biológica es “na preocupación común de la humanidad⁴⁸⁷ (conceptos).

En tercer lugar, un enfoque alternativo al análisis de los principios y conceptos es mirar a las funciones que realizan. Una función importante es la de proporcionar una cierta identidad colectiva en un campo del derecho internacional. De la misma forma en que el derecho administrativo se diferencia de la legislación laboral o penal por el funcionamiento de una serie de principios específicos para cada una de estas ramas del derecho interno, las diversas ramas del derecho internacional también tienen algunas características distintivas.

Una característica distintiva del DIA es la protección de un objeto en particular, a saber, el medio ambiente. Esta función de identidad se puede realizar por principios que no son específicamente del medio ambiente (por ejemplo, el principio de ningún daño), siempre y cuando se hayan reformulado en términos medioambientales.

Así en primer lugar, la función del principio de ningún daño ya no es proteger el territorio de otros Estados, sino el medio ambiente en sí, tanto en otros Estados como en zonas fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Segundo, cuando se analiza desde la perspectiva de las relaciones entre el derecho internacional del medio ambiente y otras ramas del derecho internacional, los principios y conceptos también pueden realizar una función de conciliación. Por

⁴⁸⁴ Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias de 29 de diciembre de 1972, modificado por el Protocolo de 7 de noviembre de 1996

⁴⁸⁵ La formulación moderna de esta norma (principio de prevención) se proporciona en el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el medioambiente y desarrollo, de 13 de junio de 1992

⁴⁸⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982

⁴⁸⁷ Convenio sobre la biodiversidad biológica de 5 de junio de 1992.

ejemplo, el concepto de desarrollo sostenible sirve como matriz conceptual para articular las exigencias - a veces incompatibles - de la legislación ambiental internacional y derecho económico internacional. Como señaló la CIJ en el asunto relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros: *“La necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medioambiente se expresa acertadamente en el concepto de desarrollo sostenible”*.⁴⁸⁸

Tercero, los conceptos y principios también pueden realizar una función arquitectónica, ya que pueden sentar las bases de un régimen medioambiental. Por ejemplo, como veremos más adelante, el régimen de cambio climático se ha construido sobre el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

El mismo régimen sirve para ilustrar una cuarta función de los conceptos y principios, su función interpretativa. Los preámbulos del Protocolo de Kioto, así como ciertas decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes de la CMNUCC o por la Reunión de las Partes del Protocolo de Kioto se refieren a los principios consagrados en el artículo 3 de la CMNUCC como una guía para la interpretación. La función interpretativa también opera más allá de la aplicación directa de estas normas e instrumentos ambientales, en particular cuando la aplicación de otras normas de derecho internacional pueda tener un impacto en el medio ambiente. A modo de ilustración, la CIJ ha declarado que el principio de la prevención de daños medioambientales debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar los términos del derecho a la autodefensa.

Por último, estos principios pueden tener una función de toma de decisiones o, en otras palabras, de operar como normas primarias. Por citar sólo un ejemplo, el Asunto Trail Smelter, un conflicto ambiental líder - se decidió sobre la base del principio de ningún daño⁴⁸⁹

Finalmente, se puede hacer una cuarta distinción entre los principios pertinentes a la noción de prevención en un sentido amplio y principios y conceptos relevantes a consideraciones de equilibrio. Por prevención nos referimos a la necesidad de

⁴⁸⁸ Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1997-2002: http://legal.un.org/icsjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1_add2.pdf

⁴⁸⁹ Ver texto del laudo arbitral de 1938 y de 1941 junto con el texto del acuerdo de arbitraje de 1935 en *Recueil des Sentences Arbitrales*, Naciones Unidas, Vol.III, pp. 1906-1982.

evitar, siempre que sea posible, cambio o daños al medio ambiente que serían de difícil o imposible reparación.

La primera categoría incluye tanto los principios sustantivos, como los principios de ningún daño y prevención y el principio de precaución; así como algunos principios procesales, tales como los principios de cooperación, notificación y / o consulta, el requisito para llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental y el principio del consentimiento fundamentado previo. Estos principios son los únicos que son aplicables a todos los Estados de la misma manera. Como tal, no se pretende introducir ninguna diferenciación formal de los Estados o entre los muchos sectores de la actividad humana. Aunque en la práctica, puede tenerse en cuenta el grado de desarrollo de un determinado Estado o su posición financiera y tecnológica, el propósito de estos principios no es tener en cuenta tales consideraciones (u otras consideraciones de justicia distributiva). La expresión en DIA de estas otras consideraciones se canaliza a través de una serie de principios (como el principio de quien contamina paga, el principio de responsabilidad común pero diferenciadas el principio de la participación y el principio de equidad intergeneracional) y conceptos (tales como los de desarrollo sostenible, área común, la herencia común de la humanidad o la preocupación común de la humanidad). El objetivo práctico de estos principios y conceptos es regular el acceso a ciertos recursos o para distribuir, entre los Estados y diferentes sectores de la actividad humana, la carga de administrar ciertos problemas medioambientales.

Esta última distinción es la más útil para comprender la forma en que los principios y conceptos que analizaremos en los párrafos siguientes dan forma a la legislación ambiental internacional moderna. Se basa en las distinciones analíticas realizadas anteriormente, pues de lo contrario no sería posible distinguir los conceptos y principios o entender su funcionamiento o base legal. La siguiente figura proporciona una visión general de la matriz conceptual del derecho internacional medioambiental visto desde este cuarto punto de vista.

PRINCIPIOS Y CONCEPTOS

PREVENCION		BALANCE	
Principios sustantivos	Principios de procedimiento	Principios	Conceptos
Ningún daño	Cooperación, notificación y consulta	Quien contamina, paga	Desarrollo sostenible
Prevención	Consentimiento informado previo	Responsabilidad compartida pero diferenciada	Áreas comunes
Precaución	Evaluación impacto ambiental	Participación	Patrimonio común de la humanidad
		Equidad intergeneracional	Preocupación común de la humanidad

El análisis que se presenta a continuación se organiza en torno a las dos ideas principales que subyacen en el DIA: la necesidad de prevenir daños ambientales a la par que se logra un balance satisfactorio entre las diferentes consideraciones en juego, esto es, prevención versus equilibrio.

Dentro de estos bloques – prevención y equilibrio – analizaré, por un lado, los principios sustantivos y de procedimiento que integran la idea de prevención y, por otros, los principios y conceptos que se engloban dentro de la idea de equilibrio.

Estos principios están redactados de una forma general y suponen una indicación genérica que debe guiar la actuación de los sujetos destinatarios de los mismos sean Estados, asociaciones o particulares. No implican, por ello, un compromiso de actuación concreta ni una especificidad de ejecución lo cual permite diferenciarlo de las tradicionales reglas jurídicas que sí contienen un axioma y una consecuencia inmediata derivada o impuesta por la regla⁴⁹⁰.

Se ha considerado que estos principios de DIA expresan más bien objetivos que normas si bien por las propias peculiaridades de los mismos constituyen una estructura compuesta en el que tienen una implicación conjunta y dependencia

⁴⁹⁰ En este sentido, véase a Marong, A.B.M. (2003-2004). From Rio to Johannesburg: Reflections on the Role of International Legal Norms in Sustainable Development. *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 21, pp. 21-73.

común unos de otros. Contienen por lo general un contenido sustantivo complejo cuya construcción sea debido a un proceso consuetudinario comúnmente aceptado por parte de los Estados como consecuencia de la repetición en convenios, normas, tratados, internacionales o bien por la labor desplegada por el Tribunal de Justicia⁴⁹¹.

Como hemos mencionado anteriormente, son principios específicos del DIAy por tanto diferentes de los principios generales del derecho y de los principios generales del derecho medioambiental si bien lógicamente derivan de estos y tienen una estrecha relación. Constituyen la base sobre la que se asienta este moderno sistema legal medioambiental⁴⁹². En definitiva, como expresa García Enterría, los principios generales *“tienen [...] una capacidad heurística (para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución), inventiva (para organizar o descubrir combinaciones nuevas), organizativa (para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica); son ellos los que prestan a ésta su dinamicidad característica, su innovación y su evolución incesantes”*. Asimismo, se trata de principios que permiten evitar la entrega de un poder excesivo al aplicador de las normas, pues delimitan su marco de acción dentro de los postulados que éstos establecen, proporcionándole criterios que condicionan su labor, criterios cuya fuerza radica en la importancia estructural que tienen en el seno del derecho ambiental. Al respecto, Jiménez de Parga y Maseda inquiere con elocuencia: *“con lo que surge ya desde el comienzo la cuestión de saber si la protección de la naturaleza no es acaso uno de los grandes principios que debieran estructurar el conjunto del ordenamiento jurídico”*.⁴⁹³

⁴⁹¹ En este sentido véase a Drnas De Clément, Z. (2011). Fuentes del Derecho Internacional del Medioambiente. En: Derecho Internacional del Medio Ambiente: una visión desde Iberoamérica. (1ª ed.). Madrid: CMP Electronics Group: *“Se ha señalado que los principios generales del DIMA expresan más bien objetivos que normas. Por nuestra parte, entendemos que su contenido sustantivo complejo -al igual que los principios generales del Derecho Internacional Público y de otras ramas del derecho, si bien, más acentuado en la rama jurídica que nos ocupa- hace que los principios generales del DIMA estén imbricados uno en el otro de modo que no pueden ser interpretados aisladamente. Además, son de estructura compuesta en tanto se integran por una serie de obligaciones concretas de comportamiento, exigibles en virtud de su carácter normativo”*.

⁴⁹² En este sentido véase a Casese, A. *International Law*. Op. citada. Véase también a Sand, P.H. *International environmental law after Rio*. Op. citada.

⁴⁹³ Femenías J.A. & Irarrázabal Sánchez, R. (2019). El deber de cuidar el medio ambiente como principio jurídico del derecho ambiental en *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch P. 48.

Los principios que expresan la idea de prevención encuentran su origen en un organismo más antiguo del derecho internacional general relativo a las relaciones de amistad entre Estados vecinos. Este cuerpo de principios ha evolucionado durante los años para reflejar la aparición de preocupaciones medioambientales globales transfronterizas. Desde una perspectiva histórica, el principio de ningún daño fue el primero en aparecer. La adaptación de este principio para cubrir las preocupaciones ambientales resultó en una expansión de su alcance, así como en una comprensión más concreta de la forma en la que se aplicaría.

Una expansión de su alcance era necesaria para ir más allá del marco limitado de daño transfronterizo al territorio de otro Estado. Era importante dejar claro que el medio ambiente debía de protegerse como tal y no sólo como parte del territorio de otro Estado. Por lo tanto, los Estados tienen la obligación positiva de evitar daños al medio ambiente per se. Esta expansión resultará más tarde en la aparición de un principio más amplio de prevención. Se ha intentado incluso una expansión aún más amplia, tratando de ir más allá de la prevención e introduciendo el principio de precaución⁴⁹⁴ o cautela. Pero, como se verá más adelante, el estado de este principio en el derecho internacional general sigue siendo objeto de debate. En cuanto a la dimensión de la aplicación, existe un amplio reconocimiento en los tratados y en el derecho consuetudinario de que el deber de prevenir daños ambientales debe realizarse por referencia a otras funciones de procedimiento, incluidas las de cooperar, notificar, consultar, buscar el consentimiento fundamentado previo de las partes afectadas o llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental. Analizaremos, a continuación, estos principios de forma individual.

Principio de ningún daño

Con el fin de comprender el origen y el contenido del principio de no causar daño - y por lo tanto su relación con el principio de la prevención - es útil recordar su desarrollo histórico. La formulación clásica del principio ningún daño en un contexto ambiental aparece en asunto ya citado de Trail Smelter, donde el tribunal declaró

⁴⁹⁴ La definición inicial del principio precautorio o de precaución se adoptó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro en 1992, al señalar que: “*Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”.

que ningún Estado tiene el derecho a utilizar o permitir el uso de su territorio de una manera tal como para causar lesiones por los humos en el territorio de otro o a las propiedades o personas del mismo, cuando el caso sea de consecuencias serias y la lesión se establezca mediante pruebas claras y convincentes.

La CIJ confirmó el carácter consuetudinario de este principio en 1949, en el caso del Canal de Corfú, en referencia a la existencia de *“ciertos y bien reconocidos principios generales, a saber.... la obligación de todo Estado de no permitir que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados”*⁴⁹⁵. En ambos casos, este principio fue utilizado como una norma primaria con el fin de determinar la responsabilidad del Estado por los daños causados a otro Estado.

Este entendimiento limitado del principio duró varias décadas. En la década posterior a la adopción de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1803 (XVII), el principio de no causar daño llegó a ser considerado como corolario al principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Por lo tanto, la explotación de los recursos naturales soberana estaba limitada por la obligación de no causar daños a otros Estados. A pesar de esta limitación no se menciona en el texto de la Resolución citada, se reconoció explícitamente en 1972, con la aprobación de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano. Así, el principio 21 de dicha Declaración vinculó explícitamente el derecho soberano de un Estado de explotar sus propios recursos a la responsabilidad de no causar daños al medio ambiente. El alcance de tal deber es difícil de circunscribir en abstracto, teniendo en cuenta que ciertas medidas o actividades relacionadas con el uso de los recursos naturales, aunque legales, pueden tener efectos en otros Estados. Sería demasiado restrictiva limitar tales actividades sólo por esta razón. La pregunta es, por lo tanto, en qué momento específico se puede señalar que tales efectos están causando “daño” y por lo tanto violando el principio de “no causar daño”. El Tribunal en el asunto Smelter Trail utiliza el término “graves consecuencias”.

En el marco de los esfuerzos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la “Ley de usos no navegables de

⁴⁹⁵ Caso del Canal de Corfú (Fondo Del Asunto). Fallo de 9 de abril de 1949. *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia*, 1948-1991, Naciones Unidas Nueva York, 1992, pp. 297. https://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1.pdf

cursos de agua”, se hizo referencia a la obligación de no causar “daño significativo”. Más recientemente, en el asunto relativo a las Plantas de celulosa sobre el río Uruguay⁴⁹⁶, la CIJ se refirió a un “*daño importante al medio ambiente de otro Estado*”⁴⁹⁷. El principio 21 de la Declaración de Estocolmo no califica el término daño con cualquier adjetivo, lo que sugiere que la magnitud del efecto o daño debe evaluarse en concreto, sobre la base de criterios tales como la probabilidad de efectos perjudiciales significativos sobre el medio ambiente o sobre las actividades llevadas a cabo en otro Estado, la relación entre los costes de prevención y el potencial daño, el impacto sobre la capacidad de los otros Estados a utilizar sus riquezas y recursos naturales de una manera similar, la salud de la población de otro Estado, etc.

Es importante subrayar que el Principio 21 fue más allá de la simple idea de daño transfronterizo, refiriéndose también a la obligación de no causar daño “*al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional*”. Esta referencia abrió la puerta a una noción más amplia de la prevención. Sin embargo, esta nueva concepción sólo se convirtió en parte del derecho internacional positivo en la década de 1990, cuando la CIJ reconoció, en su opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares, que el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo suponía la codificación del derecho internacional consuetudinario⁴⁹⁸.

Esta idea del derecho internacional humanitario tiene su esencia en la voluntad de establecer una posible conciliación entre los intereses derivados de la actividad militar de los Estados en conflicto con las exigencias propias de la protección de la población civil y la prohibición de causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos. Se trata por ello de establecer un límite al derecho de los Estados a utilizar cualquier tipo de arma en los conflictos bélicos. Para ello el Tribunal sienta las bases de la existencia de una serie de principios de carácter consuetudinario que no es objeto de discusión y al que habría que añadir aquellos otros que van

⁴⁹⁶ Juste Ruíz, J. & Bou Franch, V. (2011). El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril 2010. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 21

⁴⁹⁷ Sentencia de 13 de julio de 2006, número 135.

⁴⁹⁸ Asamblea General de Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996. <https://www.icj-cij.org/files/advocatory-opinions/advocatory-opinions-1996-es.pdf>.

surgiendo con posterioridad de los pronunciamientos fundamentalmente de Naciones Unidas y del Consejo de Seguridad.

De esta forma la CIJ afirma textualmente “*que todos los Estados han de cumplir esas normas fundamentales, hayan o no ratificado los convenios que las estatuyen, porque constituyen principios intransgredibles al Derecho Internacional consuetudinario*” supone esto una aportación muy relevante al aceptar la existencia y eficacia de estos principios⁴⁹⁹.

Sin embargo, y pese a la relevancia de esta calificación, la CIJ no da un paso más allá como se le pedía de calificar estos principios como derecho obligatorio o *ius cogens*. El método a través del cual se exime de realizar esta declaración es un elemento formal por cuanto no se le había planteado la cuestión del carácter del derecho humanitario que se aplicaría al empleo de armas nucleares llegando a firmar por unanimidad “la amenaza o el empleo de las armas nucleares debe ser también compatible con los requisitos del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados, particularmente a los principios y normas del derecho internacional humanitario⁵⁰⁰”.

En todo caso el punto más conflictivo de esta opinión consultiva es precisamente es si el uso de las armas nucleares es o no compatible con el derecho internacional humanitario, optando la CIJ por una mayoría ajustada de 7 contra 7 y con el voto dirimente del Presidente en no pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del empleo de las armas nucleares en aquellos casos en que actúan en legítima defensa y exista un peligro del Estado⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ En este sentido véase Lanfranchi M. P. & Christakis, T. (1997). La liceité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour Internationale de Justice. Analyse et documents. *Centre d'études et de recherches internationales et communautaires Economica*, p. 88.

⁵⁰⁰ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia párrafo 105, 2[D].

⁵⁰¹ En este sentido, Corte Internacional de Justicia, opinión consultiva 105(2): “*de los requisitos anteriormente mencionados se infiere que la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del Derecho internacional aplicable a los conflictos armados, particularmente los principios y normas del Derecho humanitario; No obstante, habida cuenta de la situación actual del Derecho internacional y de los elementos de hecho de que dispone, la Corte no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremadas de legítima defensa, en las que corriera peligro la propia supervivencia de un Estado*”. En este mismo sentido, véanse los trabajos recogidos en el número especial de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 139, enero-febrero 1997; también los trabajos de: Fernández Sánchez, P.A. ¿Podría ser proporcional el arma nuclear? Op. citada; Salado Osuna, A. (1997). Una respuesta inconclusa de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 18 de julio de 1996. En: *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados: IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*. (1ª ed.). Sevilla: Universidad de Huelva; y la introducción de Pons Ráfols, X. (1997) a la publicación de la *Associació per a les Nacions Unides a Espanya*, Opinión consultiva del Tribunal

En el transcurso de los años 1970 y 1980, una concepción limitada del principio de no causar daño parecía prevalecer. Dos ejemplos tomados de la práctica internacional ilustran este punto. El primer ejemplo es proporcionado por Asunto relativo a las Pruebas Nucleares. La disputa concernía las consecuencias de los ensayos nucleares atmosféricos realizados por Francia en el Pacífico Sur. Nueva Zelanda hizo una solicitud de medidas cautelares ante la Corte Internacional de Justicia bajo el argumento de que, debido al potencial de lluvia radiactiva a partir de estas pruebas, Francia había violado tanto los derechos de todos los miembros de la Comunidad internacional, como los derechos específicos de Nueva Zelanda. En su providencia, la CIJ otorgó dichas medidas cautelares para salvaguardar los derechos específicos de Nueva Zelanda, en contraposición a los derechos reclamados por Nueva Zelanda en nombre de toda la comunidad internacional. El segundo ejemplo se extrae de la labor de la Comisión de Codificación sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional. La resolución de la Asamblea General de la ONU lanzando los resultados de la Comisión, así como los posteriores informes presentados por los relatores especiales entre 1978 y 2006, claramente sugieren que el objetivo del trabajo había sido el daño transfronterizo en vez de la prevención de daños al medio ambiente per se. Encontramos rastros de esta estrecha concepción en los textos finales adoptados por la Comisión de Codificación relativos a la *“Prevención de Daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”*⁵⁰² y la *“Asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”*⁵⁰³. De hecho, estos dos instrumentos únicamente se refieren a daños transfronterizos y, a pesar del énfasis del primero en la prevención de tales daños, el segundo se ocupa específicamente de la asignación de la carga de reparar el daño.

Los ejemplos que hemos proporcionados ilustran la concepción restrictiva del principio de “no causar daño” que prevaleció durante varias décadas. Como analizamos a continuación, la aplicación de este principio a la protección del medio

Internacional de Justicia sobre la legalidad de l’amenaza o l’ús de les armes nuclears, Barcelona, en especial, pp. 16-18.

⁵⁰² https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_487.pdf

⁵⁰³ <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/61/36>

ambiente condujo a una significativa expansión de su alcance, que finalmente cristalizó en un deber más amplio de prevención.

Principio de prevención

La formulación actual del principio de prevención en el contexto del medio ambiente se introdujo en 1972 en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano: *“Los Estados tienen... el derecho soberano de explotar sus propios recursos... y la responsabilidad de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional”*.

Como ya se ha señalado, el contenido del Principio 21 era a la vez un reflejo de derecho internacional general (reafirmando el principio de “no causar daño”) y un intento de desarrollo progresivo de esta área del derecho (la introducción de la responsabilidad de los Estados de no causar daño a las áreas fuera de la jurisdicción del Estado). Lo que el Principio 21 pretende dar a conocer no es tanto la protección de los intereses de otros Estados, sino del medio ambiente per se. Una vez que esta advertencia se ha hecho explícita, es más fácil de entender la diferencia entre el daño y la prevención real. El enfoque de esta nueva perspectiva no está en la determinación de la responsabilidad por daño ya causado a otro Estado sino en la obligación de evitar daños en el medio ambiente en general. La concepción subyacente era que la prevención es particularmente importante en el contexto de la protección del medio ambiente debido a que los daños ambientales eran, a menudo, irreversibles. Esta preocupación por el medio ambiente ya había empezado a estar en el ojo del huracán a finales de 1960, después del desastre del hundimiento del petrolero liberiano Torrey Canyon, cerca de la costa británica. Pero era, en todo caso, una nueva perspectiva, lo que requería el replanteamiento - en general - de la relación entre los Estados y las diferentes zonas del planeta. Esta nueva perspectiva tenía que moldearse caso por caso antes de ser admitida en el derecho internacional general.

Por ello no es sorprendente que el principio de prevención se presentara por primera vez en los instrumentos de soft law y en algunos tratados, antes de ser reconocido como un principio. Puede ser útil, en este sentido, referirnos a una serie

de instrumentos internacionales que han proporcionado base jurídica al principio de prevención.

Por ejemplo, el artículo 193 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁵⁰⁴ (**Convención**), establece que “*los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a sus políticas ambientales y de acuerdo con su obligación de proteger y preservar el medio marino*”. Esta disposición está precedida por una obligación general, en virtud del artículo 192, de “*proteger y preservar el medio marino*”, y seguida por una declaración más específica (artículo 194.2), que recuerda la formulación de Principio 21 de la Declaración de Estocolmo. Es de destacar que el medio marino no se limita al territorio de los Estados o de zonas bajo su control, sino que también incluye áreas comunes. En consecuencia, se deben tomar medidas para prevenir, reducir o controlar la contaminación del medio marino como consecuencia de las actividades realizadas en el “área”, es decir, bajo el lecho marino en alta mar más allá de los límites de la jurisdicción nacional. Del mismo modo, la explotación de los recursos vivos de la alta mar debe cumplir con los requisitos de conservación y gestión establecidos en los artículos 116 a 120 de la Convención. Además, el preámbulo de la CMNUCC y el artículo 3 del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁵⁰⁵ (**CDB**) se refieren al principio de prevención en su versión ampliada introducido en la Declaración de Estocolmo y, posteriormente, tomada por el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Es esta formulación amplia por la que han optado las decisiones de los tribunales internacionales que aplican el principio de prevención. Como ya se ha señalado, la transición desde un principio basado en un tratado a una costumbre se hizo evidente en 1996, cuando la CIJ, en su opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares, sostuvo que el principio de prevención, consagrado en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y el Principio 2 de la Declaración de Río era parte del derecho internacional general: “*La existencia de la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades bajo su jurisdicción y control respetan*

⁵⁰⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

⁵⁰⁵ BOE nº 27, de 1 de febrero de 1994, páginas 3113 a 3125.

el medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de control nacional, es ahora parte del corpus del derecho internacional relativo al medio ambiente”.

La CIJ ha confirmado posteriormente la naturaleza consuetudinaria del principio de prevención. En el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros antes citado, la CIJ declaró que: *“en el campo de la protección del medio ambiente, la vigilancia y la prevención son necesarias a causa del carácter a menudo irreversible de los daños al medio ambiente y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daños”.*

Más recientemente, en el ya mencionado asunto de Plantas de celulosa, la CIJ confirmó este principio y especificó que su origen estaba en el principio de no causar daño” En este último caso, la Corte aclaró también la obligación de diligencia debida que se deriva, para cada Estado, del principio de la prevención. Aunque el análisis del Tribunal se refiere a las disposiciones del Estatuto del Río Uruguay, su razonamiento sugiere que el principio de prevención requiere: (i) una obligación de conducta y, más específicamente, de la cooperación para la implementación y aplicación de medidas adecuadas para la preservación del medio ambiente, así como (ii) la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental, donde es probable que la actividad propuesta tenga un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo, especialmente con respecto a un recurso compartido. Este entendimiento ha sido adoptado en la opinión consultiva de la Sala del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar sobre responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades respecto a las actividades en el “área”⁵⁰⁶. Esta opinión se refiere específicamente al párrafo 187 del Asunto Plantas de Celulosa para caracterizar la “obligación de garantizar” que se deriva del artículo 139(1) de la Convención como una obligación “de conducta” o “diligencia debida”. Esta obligación se asimila posteriormente a la que se deriva del artículo 194.2 de la Convención y, lo que es más importante para los propósitos actuales, el significado de “debida diligencia” se especifica más. Por lo tanto, según la Cámara de los Fondos Marinos, la obligación de “diligencia debida” abarca: (i) la

⁵⁰⁶ En este sentido Guerrero Peniche, J.N. (2012). La opinión consultiva del Tribunal Internacional del Mar: aspectos relativos a la determinación del vínculo efectivo entre los Estados y las personas jurídicas a las que patrocinan para llevar actividades en la zona. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 5, pp. 2145-4493.

obligación de los Estados de adoptar medidas apropiadas y asegurar, de manera razonable, su cumplimiento; (ii) la obligación (basada tanto en la Convención como en el derecho internacional consuetudinario) de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental; y (iii) la obligación de aplicar el criterio de precaución no sólo como una exigencia de la normativa aplicable de la Autoridad de los Fondos Marinos, sino también como un componente de la obligación de “diligencia debida” y, posiblemente, del derecho internacional consuetudinario.

Como se discute a continuación, la opinión consultiva citada señala una tendencia hacia la extensión de la idea de la prevención, al menos en el derecho de los tratados, para cubrir situaciones en las que el impacto de una actividad sobre el medio ambiente es sólo hipotético.

Principio de precaución

Para comprender el significado del principio de precaución o precautorio —también llamado de acción cautelar en Europa— me gustaría deternemo de nuevo en las nociones de peligro y riesgo tal y como han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia en derecho ambiental. En efecto, la explicación del principio precautorio —y su aparición en el derecho como herramienta jurídica de tutela del medio ambiente— se puede ofrecer a partir del análisis y la vinculación que existe entre ambos conceptos. Así, mientras entendemos por peligro la capacidad que tiene una actividad de producir un daño, la noción de riesgo, en tanto, nos indica la probabilidad de que tal capacidad se manifieste en un daño concreto⁵⁰⁷.

En este campo conviene también recordar al autor Cass Sunstein⁵⁰⁸, quien aboga por la idea de que las autoridades que se ocupan de las políticas de regulación deberían tomar medidas contra posibles daños, aun cuando las cadenas causales sean inciertas y no sepamos si es probable que los daños se concretarán. En concreto, refiriéndose al cambio climático⁵⁰⁹ señala que en lugar de adoptar el

⁵⁰⁷ Betancor Rodríguez, A. (2014). *Instituciones de derecho ambiental*. (1ª ed.). Madrid: La Ley.

⁵⁰⁸ Sunstein, C. (2003). Beyond the Precautionary Principle. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, Núm. 3, pp. 1003-1059

⁵⁰⁹ Además sobre el tema el autor Sunstein, C. *Beyond the Precautionary Principle*: “The precautionary principle has been highly influential in legal systems all over the world. In its strongest and most distinctive forms, the principle imposes a burden of proof on those who create potential risks, and it requires regulation of activities even if it cannot be shown that those activities are likely to produce significant harms. Taken in this strong form, the precautionary principle should be rejected, not because it leads in bad directions, but because it leads in no direction at all. The principle is literally paralyzing—forbidding inaction, stringent regulation, and everything in between. The reason is that in the relevant cases, every step, including inaction, creates a risk to health, the

principio de precaución, propone tres pasos: un principio anti catástrofe limitado, diseñado para los riesgos más serios; especial atención a los costos y a los beneficios, y un enfoque denominado paternalismo libertario, que respeta la libertad de elección y guía a los individuos a tomar decisiones que mejorarán sus vidas. Asimismo, muestra cómo las sociedades libres pueden proteger la libertad aun inmersas en el miedo al terrorismo y en un clima de gran preocupación por la seguridad nacional. Bajo este escenario, el principio precautorio opera en un estado intermedio entre ambos, esto es, se activa frente a un peligro donde no es posible determinar, a ciencia cierta, la presencia de un riesgo. Es decir, la precaución es un instituto jurídico que se manifiesta en hipótesis de incertidumbre⁵¹⁰.

Así, este principio cobra relevancia cuando, por un lado, el daño ambiental no puede ser averado concluyentemente por material científico-técnico definitivo, ora porque no es materialmente posible conocer todos los efectos nocivos de una actividad a mediano o largo plazo, ora porque el grado de conocimiento científico es imperfecto o limitado en el estado actual del arte; y por otro, como una natural consecuencia de lo anterior, porque no es posible adoptar anticipadamente las medidas para evitar los daños que se avizoran, los que tampoco pueden ser conocidos a cabalidad⁵¹¹.

De esta forma, y aunque exista una gran variedad de formulaciones del principio⁵¹², el significado de éste consiste en la idea de que ante una sola amenaza de daños (considerados suficientemente serios) al medio ambiente no se debe esperar a que se obtenga una certidumbre científica absoluta para tomar las debidas medidas protectoras⁵¹³. Antes bien, se deberá actuar incluso sin contar con una evidencia

environment, or both. This point raises a further puzzle: Why is the precautionary principle widely seen to offer real guidance? The answer lies in identifiable cognitive mechanisms emphasized by behavioral economists. In many cases, loss aversion plays a large role, accompanied by a false belief that nature is benign. Sometimes the availability heuristic is at work. Probability neglect plays a role as well. Most often, those who use the precautionary principle fall victim to what might be called "system neglect," which involves a failure to attend to the systemic effects of regulation. Examples are given from numerous areas, involving arsenic regulation, global warming and the Kyoto Protocol, nuclear power, pharmaceutical regulation, cloning, pesticide regulation, and genetic modification of food. The salutary moral and political goals of the precautionary principle should be promoted through other, more effective methods"

⁵¹⁰ McIntyre, O. & Mosedale, T. *The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law*. Op. citada.

⁵¹¹ Betancor Rodríguez, A. (2014). *Instituciones de derecho ambiental*. (1ª ed.). Madrid: La Ley.

⁵¹² Según Sunstein existen más de 20 definiciones. Vid. Sunstein, C. (2009). *Leyes de Miedo. Más allá del principio de precaución*. (1ª ed.) Buenos Aires / Madrid: Katz Editores

⁵¹³ Betancor Rodríguez, A. *Instituciones de derecho ambiental*. Op. citada. p. 275.

científica relativa⁵¹⁴. En palabras de una autora “*si no somos capaces de conocer, no debemos ser atrevidos en nuestros comportamientos porque lo que sí sabemos es que los efectos de nuestras acciones pueden ser irreversibles*”⁵¹⁵.

En este sentido, pensamos que el principio opera como un complemento del principio preventivo⁵¹⁶. En efecto, el principio precautorio refuerza al preventivo en todas aquellas hipótesis en que no exista certidumbre respecto a los posibles daños que una determinada actividad ocasionará, ni tampoco de las medidas concretas que deberían adoptarse para evitarlos⁵¹⁷.

Esta circunstancia si bien no le resta autonomía absoluta —especialmente cuando el daño que se avizora puede ser irreversible—, sí impide proponer su completa independencia. Por tanto, “*por nuestra parte, creemos que, si se entiende y concreta el principio de precaución en su verdadero significado, esto es, como complementario mas no sustitutivo del principio de prevención, sino regulando riesgos muy significativos o importantes o, más estrictamente, los irreversibles, entonces creemos que el principio precautorio es un principio estructural de Derecho ambiental, y lo es tanto en un plano universal como en otro (u otros) de tipo particular*”⁵¹⁸.

En síntesis, la aplicación del principio de precaución conduce a una suerte de balance entre el riesgo (y/o la probabilidad de que el daño se produzca) y los costos económicos de las medidas propuestas, así como respecto de la probabilidad que las medidas sean efectivas para evitar el daño⁵¹⁹.

Como es posible apreciar, la vinculación de este principio con el deber de cuidar el medio ambiente se presenta en cuanto el precautorio es fundamento de los deberes de abstención que emanan del deber de cuidar el medio ambiente. Y ello

⁵¹⁴ de Cózar Escalante, J. M. (2005) Principio de precaución y medio ambiente. *Revista Española de Salud Pública*, vol. 79, p. 1: Así ha sido resuelto por el TJUE en el Asunto C-219/07 (apartado 38). Vid. también el Asunto C-157/96.

⁵¹⁵ Jimenez de Parga y Maseda, P. (2001). *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*. (1ª ed.). Madrid: La Ley.

⁵¹⁶ En un sentido muy similar, vid. Jiménez de Parga y Maseda, P. *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*. Op. citada. Por su parte, Plaza Martín, C. (2013). Comunidad Europea: Objetivos, Principios y Condiciones de la Acción Ambiental Comunitaria. En: *Diccionario de Derecho Ambiental*. (1ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch indica que, a los efectos, que el principio fue introducido en Europa con la finalidad de reforzar el de acción preventiva, superando algunas de sus limitaciones.

⁵¹⁷ Betancor Rodríguez, A. *Instituciones de derecho ambiental*. Op citada.

⁵¹⁸ Vid. Jiménez de Parga y Maseda, P. *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*. Op. citada, p. 21.

⁵¹⁹ Kiss, A. C. & Shelton, D. *Manual of European Environmental*. Op. citada.

fundamentalmente, las personas naturaleza y jurídicas, incluso en situaciones de incertidumbre, deben abstenerse de realizar conductas que puedan resultar lesivas para el ambiente. En concreto: si existen dudas de que una determinada acción puede infringir los mandatos del deber de cuidado, por imposición del principio precautorio, los sujetos se verán imposibilitados de actuar, so pena de incurrir en las responsabilidades pertinentes y de encontrarse privados de invocar causales de justificación.

La precaución como un término legal tiene su origen en el Vorsorgeprinzip introducida por la legislación de la República Federal de Alemania. La idea subyacente es que la falta de certeza científica sobre los efectos reales o potenciales de una actividad no debe impedir que los Estados tomen las medidas pertinentes. Más allá de este contenido elemental, las implicaciones legales de la precaución son, sin embargo, difíciles de circunscribir con precisión.

El principio de precaución está íntimamente ligado a la propia naturaleza humana por cuanto constituye un criterio ambiguo la bondad y el acierto de aquellos que ajustan su comportamiento a las normas de la debida prudencia y ha constituido desde antiguo una recomendación en todos los órdenes de la vida. La prudencia tiene así mismo una ligazón con la experiencia en tanto en cuanto constituye una recomendación frente a aquello en lo que no tenemos certeza frente a lo desconocido buscando la minoración de los riesgos y el evitar los daños o males innecesarios aun cuando estos no son ciertos sino supuestos. Lógicamente y en esta línea su vinculación en el ámbito del derecho internacional medioambiental va unida a la necesidad de ajustar nuestro comportamiento a unos criterios éticos y sociales que permitan la adecuada coexistencia entre el necesario desarrollo tecnológico y la conservación del medioambiente⁵²⁰.

El principio de precaución tiene ciertas peculiaridades que puede inducir a error en relación a otro principio de derecho medioambiental como es el principio de prevención, sin embargo, la diferencia se basa en que, en éste último, en el de prevención lo que tratamos de evitar es un riesgo cierto mientras que en el de

⁵²⁰ Jonas, H. (1985). *The Imperative of Responsibility: In search of ethics for the technological age*. (1ª ed.) Chicago: University of Chicago Press. Interesante trabajo sobre los problemas éticos y sociales emergentes de los desarrollos tecnológicos, señalando que la supervivencia humana dependía de sus esfuerzos por cuidar del planeta en el futuro.

precaución, como hemos dicho antes se basa en la prudencia debida ante un posible riesgo que en este momento desconocemos⁵²¹.

Se trata de un principio que ha tenido una gran acogida en el ámbito de los convenios internacionales de la forma más variada pero ligado todos ellos a la precaución ambiental en los que todos persiguen la evitación de un daño al ámbito medioambiental exigiendo una actuación cautelar, precautoria⁵²². En todos ellos, se exige que aquel que pretenda desarrollar una actividad debe acreditar que la misma no causa un perjuicio al medioambiente. Se produce por ello lo que podríamos llamar una inversión de la carga de la prueba pese a que algunos autores no lo consideran tal ya que la carga que cae sobre aquel que pretende desarrollar una actividad es demostrar la razonabilidad de su actuación y, apoyar en criterios científicos la afrontabilidad de los riesgos⁵²³.

A pesar de numerosos intentos de aclarar lo anterior, la naturaleza, base normativa, y el contenido de la precaución en el derecho internacional todavía son objeto de discusión. Esto es probablemente debido a la diversidad de ángulos desde los que ver el concepto de precaución. Mientras que algunos ven el concepto de precaución como un principio, otros, incluyendo la CIJ, lo consideran un mero enfoque. En ambos casos, la base normativa de la precaución no está resuelta. Aparte de que exista una obligación de precaución en los tratados, algunos comentaristas abogan por el reconocimiento de un principio de precaución basado en el derecho internacional consuetudinario o como un principio general del derecho en el sentido del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ. Otros, incluyendo el Órgano de Solución

⁵²¹ Vease Drnas de Clément, Z. (1989). Colonialismo formal, neocolonialismo, colonialismo interno. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. III; y Drnas de Clément, Z. (2008). *El Principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. (1ª ed.). Córdoba: Lerner.

⁵²² Trouwborst, A. (2006). *Precautionary rights and duties of states*. (1ª ed.). Leiden: Martinus Nijhoff

⁵²³ Drnas De Clément, Z. (2011). Fuentes del Derecho Internacional del Medioambiente. En: *Derecho Internacional del Medio Ambiente: una visión desde Iberoamérica*. (1ª ed.). Madrid: CMP Electronics Group: *“Es de tener en cuenta que, en el caso del principio precautorio, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que la misma no es peligrosa para el medio ambiente. Esta “inversión de la carga de la prueba” ha sido largamente criticada por considerarse que daña al progreso científico. Sin embargo, entendemos que no es correcto hablar de “inversión” de la carga de la prueba. La carga es la de rebatir la presunción científicamente sostenida de riesgos concretos que conlleva una actividad determinada por lo que la carga de la prueba que debe hacer el interesado en llevar adelante la actividad tiene objeto definido: demostrar razonablemente y con criterios científicos la afrontabilidad de los riesgos. Caso contrario, dado que los efectos habrían de resultar sobre toda la sociedad, no cabe considerar admisible que alguien en beneficio comercial particular (aun cuando pueda ser en beneficio científico o de desarrollo de toda la comunidad) pueda ser autorizado a disponer con ligereza de los bienes comunes. Ello, especialmente, cuando se trata de actividades que se sospecha con base en fundamentos científicos que pueden tener resultados catastróficos o graves de modo irreversible para las generaciones futuras”.*

de Diferencias de la OMC, se niegan a darle fundamento jurídico alguno bajo el derecho internacional general. Las dificultades planteadas por la precaución no acaban aquí. Aunque se admitiera la existencia de un principio de precaución consuetudinario, su contenido tendría que definirse. ¿Es obligatorio actuar a pesar de la falta de evidencia suficiente sobre el peligro que una actividad supone para el medio ambiente? ¿Una simple autorización para tomar tales medidas? ¿se trata de una norma de procedimiento que invierta la carga de la prueba (o rebaja el nivel de prueba para facilitar ese cambio) cuando ciertas actividades son potencialmente dañinas para el medio ambiente? Todas estas cuestiones hacen que la tarea de anclar el concepto jurídico de precaución en el derecho internacional sea difícil.

Para identificar algunos de los elementos clave del debate, puede ser útil revisar el concepto de precaución de los tratados, los instrumentos de soft law y las decisiones de órganos judiciales o cuasi-judiciales.

Íntimamente ligado al principio de responsabilidad en el ámbito medioambiental y como uno de los elementos determinantes en esta rama del ordenamiento jurídico aparece el principio de precaución ligado a la realización de actividades que pueden causar daño al medioambiente y que es recogido por primera vez en el artículo 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992⁵²⁴ .

Este principio de precaución es aceptado por la doctrina, si bien plantean dudas respecto de su consideración como una norma de carácter consuetudinario general⁵²⁵, por cuanto puede tener una cierta similitud y vinculación con el concepto de debida diligencia, pero sin reunir las mismas características de ésta. Además, por razones prácticas hemos encontrado algunos ejemplos en el que la alegación del principio de precaución no ha sido estimada por parte de los Tribunales.

Quizá el caso más representativo es el que se planteó en 1995 entre Nueva Zelanda y Francia como consecuencia de la reanudación por parte de esta última de sus

⁵²⁴ Gutiérrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada, p. 165. “Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del Cambio Climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas (...)”.

⁵²⁵ En este sentido véase, por ejemplo: Brownlie, I. *International law at the fiftieth anniversary of the United Nations*. Op. citada; Dupuy, P. *Soft Law and the International Law of the Environment*. Op. citada; y Fernández de Casadevante Romani, C. (2018). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la protección del Medio Ambiente*. (1ª ed.) Madrid: Iustel Publicaciones.

ensayos nucleares. Nueva Zelanda alegó este principio de precaución exigiendo que fuera Francia la que aportara la prueba de que la realización de estas pruebas era inocua. Según Nueva Zelanda, Francia estaba obligada⁵²⁶. El Tribunal Internacional de Justicia no se pronunció sobre este caso en concreto pero el Tribunal desestimó la demanda planteada por Nueva Zelanda.

Quizás las dudas sobre la aplicación de este principio de precaución puedan venir provocadas por las diferentes posiciones doctrinales que sobre el mismo se pueden adoptar. En este sentido el profesor Sands⁵²⁷ identifica tres posibles posiciones sobre el principio de precaución: en primer lugar, estarían aquellos que entienden que este principio significa que los Estados deben actuar de una forma prudente cuando vayan a adoptar cualquier decisión que vaya a causar daños al medioambiente⁵²⁸. Esta interpretación significa identificar o situar en la misma posición el principio de precaución con el principio de la debida diligencia y podría ser el defendido por Nueva Zelanda en su demanda contra Francia; en segundo lugar, y en el lado opuesto, estaría la interpretación más radical en la que incluso se produce una inversión de la carga de la prueba de tal forma que corresponde al Estado que vaya a hacer una actividad probar que éste no va a causar un daño al medioambiente. Y, por último, una tercera interpretación que llevaría a los Estados a tener la obligación de tener disposiciones normativas o reglamentarias que directamente prohíban las actividades a agentes o sustancias que puedan causar un perjuicio al medioambiente.

Con independencia de la acepción que se considere del mismo lo que sí parece indudable es el hecho de que el principio de precaución ha iniciado un camino para su incorporación o recepción por el derecho consuetudinario y la declaración de Río que antes hemos mencionado es un primer ejemplo de su reflejo en el ámbito del DIA. Sin embargo, algunos autores remontan su aparición a mediados del siglo XIX,

⁵²⁶ Gutiérrez Espada, C. La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo. Op. citada. p. 167. "Antes de emprender nuevos ensayos nucleares subterráneos a probar que estos no introducirían dicho material [material radioactivo] en ese entorno [el medio marino], de acuerdo con el 'principio de precaución' muy ampliamente aceptado en el Derecho internacional contemporáneo" (CIJ Recueil 1995, p. 290, párrafo 5)".

⁵²⁷ En este sentido Sands, P. H. (1997). L'affaire des essais nucléaires 2 (Nouvelle Zélande c. France): Contribution de l'instance au Droit international de l'environnement. *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 102, Núm. 2, pp. 447-474

⁵²⁸ En este sentido, Von Schomberg, R. (2011). The Precautionary Principle: Its use within hard and soft law. *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 3, Núm. 2, pp. 147-156

más concretamente a una recomendación del médico investigador John Snow, al relacionar el crecimiento de contagios del cólera con una deficiente salubridad de la calidad del agua lo que provocó la elaboración de una disposición gubernamental para quitar la manija de la bomba de agua de la calle Broad. En ese caso lo que se hizo fue una evaluación entre el coste potencial de la equivocación que era menor que el de ignorar el riesgo que se estaba corriendo⁵²⁹.

Siguiendo a este autor debemos establecer la diferencia entre el principio de precaución y el principio de prevención. El primero, constituiría una actuación vinculada al buen gobierno siendo, por tanto, o definiéndose como carácter de voluntario, mientras que la prevención va más ligada a un deber del Estado⁵³⁰. En el ámbito internacional esta diferencia también se refleja en la jurisprudencia cuando define la diligencia de vida y los estándares de comportamiento mínimos que corresponde a un Estado.

Vemos, por ello, que en función de si se responde o no a la idea de diligencia de vida estaremos hablando del principio de prevención, mientras que el de precaución va un paso más allá y ante la posible duda sobre el efecto pernicioso que pueda tener una determinada conducta prefiere pecar de exceso que sufrir las consecuencias. Como hemos dicho anteriormente, no existe certeza de que el riesgo se vaya a producir, ni si quiera existe certeza en la relación causa – efecto, pero, aun así, se prefiere adoptar una medida de precaución por el posible riesgo que pueda tener la acción de que se trate.

Moviéndonos en este terreno es importante determinar cuáles son las consecuencias de no atender este principio de buen gobierno, esta cautela y si ello supone o no una violación de una obligación o de un comportamiento ya que en muchas ocasiones el daño causado irá mucho más allá del coste evitado o del

⁵²⁹ Dnas de Clément, Z. *Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución*. Op. citada. p. 7.

⁵³⁰ Dnas de Clément, Z. *Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución*. Op. citada. p. 7 y 8: “La diferencia sustancial entre el principio de precaución y el de prevención radica en la certeza del riesgo que importa determinada acción u omisión. La precaución constituye un comportamiento de “buen gobierno”, en principio, de carácter voluntario, llevado adelante en ejercicio del derecho del soberanía e imperio de un Estado u otro sujeto de derecho, el que, en su gestión, ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa para el medio ambiente, prefiere limitarla o prohibirla, privilegiando las seguridades de lo conocido. A diferencia de la precaución, la prevención (“diligencia debida”), es un deber de los Estados, verdadero eje de articulación entre el lícito y el ilícito internacional, dada la certeza del riesgo que ciertas actividades importan. En expresión resumida, podemos afirmar que la precaución basa su acción en el riesgo dudoso en tanto la prevención en el riesgo cierto (daño dudoso)”.

beneficio obtenido pudiendo incluso ser un daño de los denominados irreparables. Dejar esto a la decisión libre de los Estados, implica otorgarles una capacidad de decisión en la realización de actividades que nos pueden afectar a toda la humanidad y de ahí el motivo por el que va teniendo acogida en el ámbito de los Tratados y acuerdo Internacionales. Ya que, a diferencia del principio de prevención que puede actuar con posterioridad a que haya ocurrido un hecho dañoso, el principio de precaución tiene que actuar siempre ex ante en tanto actúan siempre frente a un potencial riesgo de hechos lesivos sin tener base o justificación suficiente o, como decíamos antes, relación de causalidad⁵³¹. Se aplica, por tanto, en base a unas convicciones sobre el posible riesgo que pudiera tener una determinada conducta, apoyado siempre en alguna suerte de datos o valoraciones científicas si bien que sin que éstas estén suficientemente acreditadas⁵³². En definitiva, estamos ante un concepto jurídico indeterminado, mejor dicho, ante un principio jurídico indeterminado que siempre debe ser valorado con criterios de racionalidad y equilibrio por lo que en la aplicación de este principio tiene un protagonismo destacado el Estado de la ciencia a la que habrá que recurrir a la hora de valorar las circunstancias concurrentes y el posible impacto nocivo de las mismas. Ello significa que el principio de precaución debe ir acompañado de un principio de proporcionalidad que verifique y garantice que los medios elegidos son adecuados para conseguir el objetivo pretendido con el fin de evitar que estas medidas no vayan más allá de la consecución de este fin⁵³³.

Son múltiples los ejemplos que en los últimos años del siglo XX y primeros de esta centuria han reflejado en textos normativos el principio de comportamiento precautorio en el terreno de protección del medioambiente⁵³⁴.

⁵³¹ En este sentido véase Rey Caro, R. J. (1998). El Principio de Prevención. En: *Derecho Ambiental. Nuevas Tendencias*. (1ª ed.). Córdoba: Marcos Lerner

⁵³² En este sentido véase a Sands, P. L’Affaire des Essais Nucléaires II (Nouvelle-Zelande c. France): Contribution de l’Instance au Droit International de l’ Environnement. Op. citada.

⁵³³ En este sentido, asuntos del Tribunal de Justicia de la UE: Asunto C-183/95, Affish BV / Rijkdienst voor de keuring van Vee en Vlees, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1997; Asunto C-286/94, C-401/95, C-47/96. Garage Molenheide BVBA y otros/Belgische Staat, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997.

⁵³⁴ Entre otros muchos, y a modo de ejemplo, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985); la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992); la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992); el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono (1987); la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992); o el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2000).

Así mismo el principio de precaución también ha tenido su reflejo en la jurisprudencia internacional. De esta forma, lo mencionamos anteriormente en el caso de Nueva Zelanda contra Francia relativo a las pruebas nucleares. En esta sentencia si bien mayoritariamente no fue aceptado el pronunciamiento de las declaraciones de Nueva Zelanda, la opinión disidente del juez Palmer defendía la necesidad de la aplicación del principio de precaución cuando “*las actividades puedan tener un efecto significativo en el medioambiente*”. Asimismo, en este mismo asunto, el juez Weeramantry también disidente considera que el principio de precaución es una parte integrante del derecho del medioambiente (sentencia de 20 de diciembre de 1974). Posteriormente, la CIJ en su sentencia de 25 de septiembre de 1997⁵³⁵ reconoce la obligación de los Estados de garantizar que las actividades que realicen en territorios bajo su jurisdicción no debe causar prejuicios más allá de sus fronteras posteriormente han sido otras muchas las resoluciones internacionales que en el seno del Tribunal Internacional de Justicia o el órgano de apelación de la Organización Mundial de Consumo han reflejado y relacionado el principio de precaución.

En el ámbito de la UE también el TJUE se ha pronunciado sobre ello en varias ocasiones⁵³⁶. Entre todos ellos vamos a destacar con la repercusión mediática que tuvo el denominado caso de la enfermedad de las vacas locas cuando en su sentencia del 5 mayo de 1998 mencionó⁵³⁷ que, cuando subsistan dudas científicas sobre la existencia de riesgos para la salud humana o sobre su alcance, las instituciones comunitarias pueden adoptar medidas de protección en virtud del principio de precaución sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos.

En lo que respecta, a los tratados, hay cada vez más y más tratados que incorporan referencias a la precaución en sus diversas formas. El primer régimen que hace referencia explícita al concepto de precaución es el establecida por la Convención

⁵³⁵ En este sentido véase ,el asunto Gabčíkovo-Nagymaros, en sentencia de 25 de septiembre de 1997.

⁵³⁶ En este sentido véase los ejemplos: Danish Bees (C-67/97 (1998); Productos modificados genéticamente (C-6/99 (2000)). Recogidos Drnas de Clément, Z. *Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución*. Op. citada.

⁵³⁷ Drnas de Clément, Z. *Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución*. Op. citada, p. 15 “*Cuando hay incertidumbre sobre la existencia o extensión de los riesgos sobre la salud humana, las instituciones pueden adoptar las medidas protectivas que crean convenientes sin tener que esperar a que la realidad o seriedad de esos riesgos se vuelva puramente aparente*” (Fundamentos: p. 99”).

de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 y desarrollada por el Protocolo de Montreal de 1987. A partir de 1990, el número de tratados que se refirieron al concepto de precaución se ha incrementado. Dichas referencias se encuentran no en el preámbulo de la CMNUCC, sino también en el cuerpo de la CMNUCC, cuyo artículo 3.3 establece que: *“Las Partes deben tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para posponer tales medidas”*.

Más recientemente, el concepto de precaución se ha incorporado en el texto de muchos otros acuerdos ambientales multilaterales (**AAM**), tales como el Acuerdo de 1995 sobre las poblaciones de peces, el Protocolo de Bioseguridad de la Convención del 2000 o la Convención de Estocolmo de 2001 sobre contaminantes orgánicos. Por otra parte, el concepto de precaución también ha recogido, en diversos grados, en los tratados ambientales regionales e incluso en los tratados sobre otras materias.

En cuanto al concepto de precaución en los instrumentos de soft law, la aprobación por la Asamblea General de la ONU de la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982 se refirió ya a la precaución en una de sus variantes: “en aquellos casos donde los efectos adversos potenciales no se entienden en su totalidad, no se debe proceder con las actividades”. Diez años más tarde, este concepto se ha consagró en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en los siguientes términos: *“A fin de proteger el medio ambiente, el criterio de precaución deberá aplicarse ampliamente por los Estados conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”*.

Esta es la formulación más aceptada en las discusiones generales sobre el concepto de precaución en el derecho internacional. Sin embargo, se presentan algunas dificultades, tales como la determinación de los conceptos de “daño grave o irreversible”, “incertidumbre científica” o la distinción entre los “derechos” de los Estados “de acuerdo a sus capacidades”. Ante tal incertidumbre, cabría esperar

que los tribunales y cortes internacionales hubieran aclarado el concepto de precaución. Sin embargo, la jurisprudencia sobre esta cuestión sigue estando dividida.

De hecho, un estudio de las muchas decisiones pertinentes a esta cuestión no ofrece una solución más clara. Mientras que el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (**OSD**) parece reacio a admitir la existencia de un principio de precaución en el derecho internacional general, otros tribunales internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos (**TEDH**) o el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar (**TIDM**) se han mostrado más receptivos al reconocimiento de este principio. La posición de la Corte Internacional de Justicia está entre medias de estos dos extremos. En el Asunto de Plantas de celulosa, Argentina argumentó que el derecho internacional consuetudinario reconocía la existencia de un principio de precaución cuyo efecto era trasladar la carga de la prueba a Uruguay. Sin embargo, la CIJ no siguió la posición de Argentina, y se limitó a señalar que “si bien un enfoque preventivo puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las disposiciones del Estatuto, ello si significa que se invierta la carga de la prueba”. Este punto de vista se puede contrastar con la de la jurisprudencia reciente del TEDH, que, revirtiendo su reticencia para aceptar el principio de precaución, reconoce que: *“La importancia del principio de precaución (consagrado por primera vez en la Declaración de Río), que se pretende aplicar con el fin de garantizar un alto nivel de protección de la salud, la seguridad de los consumidores y el medio ambiente en todas las actividades de la Comunidad”*.

Del mismo modo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁵³⁸ señaló en dos ocasiones que los Estados deben “actuar con prudencia y cautela” o que la “prudencia y cautela” exigen a los Estados cooperar para proteger el medio ambiente, y más recientemente ha adoptado el enfoque de precaución en una opinión consultiva: *“La Sala observa que el principio de precaución se ha incorporado a un número cada vez mayor de tratados internacionales y otros instrumentos, muchos de los cuales reflejan la formulación del Principio 15 de la Declaración de Río. En opinión de la Sala, esto ha iniciado una tendencia hacia la*

⁵³⁸ Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Órgano judicial independiente establecido en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982.
https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/brochure/1605-22023_Itlos_Selbsttd_Sp.pdf

formulación de este enfoque como parte del derecho internacional consuetudinario”.

En el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal de Primera Instancia (**TPI**) y el TJUE han reconocido claramente la base normativa del principio de precaución como principio general del derecho europeo.

Estas diferencias en el reconocimiento del concepto de precaución pueden explicarse, entre otros factores, por la mención explícita que del citado principio realiza el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, más allá del marco de la Unión Europea, por la naturaleza de los casos que los diferentes tribunales conocen. De hecho, tanto el TEDH y como el TIDM son, por su propia naturaleza, propensos a conocer casos en los que el cumplimiento de ciertas normas ambientales son un tema importante, ya sea en relación con la aplicación de las disposiciones humanas con contenido ambiental o de las disposiciones de la Convención que protegen el ambiente marino. Por el contrario, en el derecho internacional económico, la protección del medio ambiente se sigue percibiendo como una limitación al libre comercio y a la inversión. Esta división hace que la posición de la Corte Internacional de Justicia sea la más importante, en tanto que guardiana del derecho internacional general.

Principios procedimentales asociados a la prevención

Cooperación, notificación y consulta

La existencia de un deber general de cooperación está bien establecida en el derecho internacional. Este deber se formula, entre otros, en el Principio 4 de la Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), sobre los “Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados”.

En el contexto de la legislación ambiental, sin embargo, el deber de cooperación ha tomado adoptado diferentes formas. El Grupo de Expertos convocados por el Comité de Desarrollo Sostenible (**CDS**) en 1995 para identificar los principios del derecho internacional del medio ambiente distingue entre el deber de cooperar “*en un espíritu de solidaridad mundial*” y el deber de cooperar en “*un contexto transfronterizo*”. La primera abarca las relaciones entre los Estados con respecto a

los bienes comunes globales, y se ha cristalizado en principios y conceptos como la preocupación común de la humanidad, el patrimonio común de la humanidad, las comunes pero diferenciadas responsabilidades de los Estados o, más generalmente, el trato diferencial que puede concederse a los Estados sobre la base de su situación particular.

El segundo deber cubre, de acuerdo con este Grupo de Expertos, algunos requisitos mínimos de cooperación en un contexto transfronterizo a través de normas tales como el principio de uso razonable y equitativo de recursos compartidos, el deber de consulta y notificación con los Estados potencialmente afectados por una actividades que tenga consecuencias sobre el medioambientes, la obligación de llevar a cabo un análisis de impacto ambiental, el principio de consentimiento informado anterior, o el deber de impedir la reubicación de actividades dañinas para el medioambiente.

Así, el deber de cooperación en materia de medio ambiente parece ser de naturaleza sustantiva (en lugar de procedimental), en tanto que abarcaría principios fundamentales y conceptos. De hecho, la conceptualización ofrecida por el Grupo de Expertos se entiende como un intento de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional del medio ambiente. Como tal, puede no reflejar con precisión la naturaleza y el contenido del deber de cooperación en el derecho internacional general. La cooperación sigue siendo una obligación de conducta cuya manifestación específica depende de lo que podría esperarse de un Estado que actúa de buena fe. Debido a la naturaleza relativamente vaga de tal deber, hay varias formas en las que podemos entenderlo.

Como regla general, se incentiva a los Estados a buscar, si es necesario, la asistencia de una organización internacional o concluir un tratado que regule específicamente el procedimiento mediante el cual se llevará a cabo la cooperación. Y donde dichos arreglos dejen espacio a diferentes interpretaciones, se puede utilizar el deber de cooperar de buena fe para especificar el contenido de una obligación del tratado. Una consecuencia importante es que, en la práctica, siempre y cuando el procedimiento de cooperación entre las partes para evitar un daño significativo esté en marcha, el Estado que quiera iniciar la actividad planificada está obligado a no autorizar este tipo de trabajo y, a fortiori, no llevarla a cabo.

En algunos casos, el contenido del deber se puede definir por un tribunal internacional. En el contexto del medio ambiente, el deber de cooperación se ha interpretado como requiere de un intercambio de información, la evaluación conjunta de impacto ambiental de ciertas actividades o, más recientemente, la consulta al Secretariado de un tratado ambiental en particular.

Consentimiento informado previo

El requisito del consentimiento informado previo (**CIP**) tiene dos significados en el derecho internacional. En primer lugar, se refiere a la obligación de consultar a los pueblos indígenas que puedan verse afectados por la adopción de una medida. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales establece la obligación de consultar y obtener el CIP de los pueblos indígenas como condición para su excepcional “desplazamiento” o “reubicación” por el gobierno de un Estado. Del mismo modo, la Resolución 61/295 de la Asamblea general de la ONU, titulada “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, establece en su artículo 10 que “*los pueblos indígenas no se desplazarán por la fuerza de sus tierras*” y que “*la reubicación no se llevará a cabo sin el consentimiento libre, previo y el consentimiento informado de los pueblos indígenas interesados*”. Una variante de este primer significado aparece en el régimen de la biodiversidad. El artículo 8(j) del CDB requiere la aprobación y la participación de los pueblos indígenas como condición para la utilización de su conocimiento tradicional. Este requisito se ha especificado más en el Protocolo sobre acceso y participación en los beneficios adoptado en Nagoya, en octubre 2010⁵³⁹.

En segundo lugar, el requisito de CIP también se refiere a la obligación asumida por un Estado de no exportar determinados residuos, sustancias o productos a otro Estado menos que este último haya dado su CIP. El objetivo de este requisito es garantizar que tales residuos, sustancias o productos sólo se envían a los Estados que están dispuestos a aceptarlos y que tienen la capacidad técnica para su

⁵³⁹ Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica. (2011). Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Montreal.

gestión. En general, hay dos maneras de implementar el requisito del CIP, a saber (i) un procedimiento general de CIP (por sustancia); y (ii) un procedimiento específico de CIP (por envío). El primer enfoque puede ilustrarse por referencia a la Convención de Rotterdam de 1998⁵⁴⁰ sobre el procedimiento del CIP, también conocida como la Convención PIC. En vigor desde el año 2006, la Convención ha establecido un sistema de identificación de productos y el intercambio de información. Para cada producto sujeto al procedimiento de CIP (enumerados en el anexo III), se emite un documento de orientación, que se comunica a los otros Estados parte para que cada uno de ellos puede tomar una decisión sobre la admisibilidad de dicho producto en su territorio. La información acerca de qué Estado acepta la importación de un producto determinado se circula posteriormente a las partes por la secretaría. Los Estados exportadores deben tomar medidas para asegurar que los exportadores con sede en su territorio cumplen con la decisión de los países importadores.

El enfoque anterior se contrapone al procedimiento específico de CIP recogido en el artículo 6 del Convenio de Basilea sobre residuos peligrosos (Convenio de Basilea⁵⁴¹). Esta disposición establece un sistema mediante el cual la autoridad competente del Estado exportador debe notificar (respetando ciertos requisitos) a su contraparte en el Estado de importación (y a cualquier Estado de tránsito) cualquier proyecto de traslado de desechos peligrosos u otros desechos (o requerir a los operadores privados a que lo hagan). Posteriormente, el Estado de exportación podrá autorizar el movimiento transfronterizo de desechos si ha recibido el consentimiento por escrito del Estado importador. El artículo 6(6) y 6(8) también proporciona para una versión simplificada de este procedimiento, que se podría asimilar al procedimiento de PIC general. Bajo este procedimiento simplificado, los residuos con características físicas y químicas similares se pueden enviar bajo la misma autorización de manera periódica durante un período máximo de doce meses. A pesar de estas similitudes con el procedimiento general de CIP,

⁵⁴⁰ Convenio de Rotterdam fue adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios (Rotterdam, 10 de septiembre de 1998). El texto fue posteriormente modificado por la Conferencia de las Partes, en la Primera Reunión (Ginebra, 20 - 24 septiembre de 2004), en la Cuarta Reunión (Roma, 27 - 31 octubre de 2008), en la Quinta Reunión (Ginebra, 20 - 24 junio de 2011), en la Sexta Reunión (Ginebra, 28 abril - 10 mayo de 2013), en la Séptima Reunión (Ginebra, 4-15 de mayo de 2015), y en la Octava Reunión (Ginebra, 24 abril - 5 mayo de 2017).

⁵⁴¹ Convenio de Basilea (1989). Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Ginebra. <http://www.basel.int/>

el procedimiento del artículo 6(6) y (8) sigue siendo un procedimiento específico, dado que se aplica a un exportador particular y está basado en el envío.

En cuanto al estatus de derecho internacional general del requisito del CIP (en cualquiera de sus versiones), parece prematuro considerarlo como una costumbre internacional. Sí que se observa, sin embargo, que la naturaleza procesal de este requisito no es en sí mismo un obstáculo para su reconocimiento en el derecho internacional general, tal y como lo sugiere la posición adoptada por la CIJ en relación con la situación jurídica de otro principio procesal, a saber, la obligación para llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental.

Evaluación del impacto ambiental

Los orígenes de la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental⁵⁴² (EIA) se remontan a la legislación nacional de algunos Estados y, sobre todo, a la Ley Nacional de Política Ambiental adoptada por Estados Unidos en 1969⁵⁴³. Posteriormente, esta obligación se introdujo en la legislación interna de muchos otros Estados, así como en una serie de tratados con alcance regional y universal. También se incorpora en el Principio 17 de la Declaración de Río, que establece: *“la evaluación de impacto ambiental, como un instrumento nacional, se llevará a cabo para aquellas actividades que probablemente produzcan un impacto negativo significativo sobre el medio ambiente y estará sujeta a una decisión de una autoridad nacional competente”*.

En el seno de la UE, este principio se ha plasmado directamente en la necesidad de realizar una evaluación del impacto medioambiental en todas aquellos procesos

⁵⁴² A este respecto, cabe citar una legislación variada: Ley 21/2013 de 9 de diciembre de Evaluación Ambiental, Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (Disposición derogada), Texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero (Disposición derogada); Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental. (Disposición derogada); Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente; Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación ambiental de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, hecho en Espoo en 1991; Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente de la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, firmado en Kiev en 2003; o el Protocolo de Actuación entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República.

⁵⁴³ *National Environmental Policy Act* (1969) PL 91-190.

o decisiones que pudieran tener impacto en el medioambiente. Así lo ha recogido la Directiva relativa a la evaluación de la repercusión de los proyectos públicos o privados en el medioambiente⁵⁴⁴. También ha recogido este principio las Naciones Unidas mediante la firma del Convenio de 25 de febrero de 1991 para la evaluación del impacto medioambiental en caso de operaciones que afecten a varios Estados⁵⁴⁵.

La evolución de este principio de necesidad de analizar y evaluar el impacto medioambiental que comenzó como algo no vinculante, ha tenido un extraordinario desarrollo en las normativas internas de la mayoría de los países y constituye, hoy en día, una de las limitaciones principales a la hora de realizar cualquier tipo de proyecto u obra, bien sea de infraestructura pública o privada, al exigirle que sean analizados minuciosamente los impactos medioambientales que la misma pudiera tener. Es un reflejo, por tanto, de una evolución de como un principio creado al amparo de una voluntad de consenso ha sido recepcionado por los Estados destinatarios e incorporándolo a sus legislaciones. Qué duda cabe que algunas de las grandes obras de infraestructuras sean de transporte, sean energéticas, o sean de otro tipo no podrían ser realizadas a día de hoy al no poder superar la evaluación del impacto medioambiental.

Para comprender el alcance de la obligación de realizar una EIA, es necesario abordar tres cuestiones: (i) la fuente formal de la que deriva la obligación (tratado, costumbre, principios generales del derecho); (ii) el alcance espacial de la exigencia (nacional, transfronterizo, global); y (iii) el contenido específico de la obligación.

Con respecto al primer punto, algunos tratados prevén la obligación de llevar a cabo una EIA. Un ejemplo importante es la Convención sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo⁵⁴⁶ (Convención de Espoo), aprobada en 1991 como parte de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. En virtud de esta Convención, los Estados parte deben introducir en su derecho

⁵⁴⁴ En este sentido, véase la Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. En España esta Directiva fue transpuesta mediante el Real Decreto Legislativo 1302/198, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental (texto *ibid*, pp. 64-69).

⁵⁴⁵ En este sentido, véase la Convención relativa al análisis de impacto en un contexto transfronterizo.

⁵⁴⁶ *Convenio Sobre La Evaluación Del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo*. Hecho en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991. Comisión Económica Para Europa. Naciones Unidas Nueva York y Ginebra 1994.

interno la obligación de realizar una EIA antes de autorizar ciertas actividades (enumeradas en el Apéndice I) que pueden tener un “impacto transfronterizo adverso y significativo”. Más allá del derecho convencional, la CIJ ha reconocido en el Asunto de plantas de celulosa, que la obligación de realizar una EIA tiene una base consuetudinaria. Según el Tribunal, se ha desarrollado una práctica: *“que en los últimos años ha ganado tanta aceptación entre los Estados que ahora puede considerarse como un requisito bajo la ley internacional general para llevar a cabo una EIA, donde existe el riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo, en particular, sobre un recurso compartido”*.

La declaración de la CIJ nos lleva directamente al segundo punto identificado, esto es, el alcance espacial de la exigencia. Tanto el Convenio de Espoo (así como otras convenciones) como el derecho internacional general parecen limitar la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental al contexto transfronterizo. Ello deja abierta la cuestión de si la obligación consuetudinaria también cubre situaciones en las que la actividad propuesta se lleva a cabo en un contexto puramente nacional o cuando se trate de áreas fuera de la jurisdicción nacional.

Estas cuestiones aún no se han asentado en la jurisprudencia. Cabe señalar, sin embargo, que la formulación del Principio 17 de la Declaración de Río⁵⁴⁷ (que se refiere a la EIA como un instrumento nacional) o en el artículo 206 de la Convención (que tiene como objetivo evitar la “contaminación sustancial o cambios importantes y perjudiciales en el medio marino medio ambiente” en general) parecen estar a favor de la ampliación del ámbito espacial de la obligación habitual de llevar a cabo un EIA. Por otra parte, la Sala del TIDM ha señalado, en una opinión consultiva, que la obligación de realizar una EIA aplica más allá de un contexto transfronterizo: *“El razonamiento de la CIJ en un contexto transfronterizo también puede aplicarse a actividades con incidencia en el medio ambiente en un área más allá de los límites de la jurisdicción nacional; y las referencias de la Corte a los recursos compartidos también se pueden aplicar a los recursos que son patrimonio común de la humanidad”*.

⁵⁴⁷ Principio 17 de la *Declaración de Río sobre Medio ambiente y desarrollo*. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, habiéndose reunido en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

En cuanto al contenido específico de la EIA, ello depende de la fuente de la obligación. En general, el contenido de la obligación de EIA que se deriva de un tratado se puede identificar con bastante precisión, pero si se deriva de la norma consuetudinaria se establece, según la CIJ, por el derecho interno de los Estados. Una cuestión importante es si la EIA debe incluir, necesariamente, la consulta con las poblaciones potencialmente afectadas. En el marco del Convenio de Espoo⁵⁴⁸, la pregunta se responde de manera afirmativa en los artículos 2(6) y 3(8), y cuenta como criterio para determinar la importancia del impacto ambiental de una actividad. La política operativa sobre el medio ambiente seguida por la Corporación Financiera Internacional (IFC) en sus actividades de financiación de proyectos establece expresamente la obligación de consultar. Fuera del Tratado y del marco administrativo, la cuestión es menos clara. El artículo 13 del ILC Prevention establece la obligación de proporcionar información al público. La cuestión se suscitó en el Asunto Plantas de celulosa, pero la CIJ se limitó a concluir que “*sobre la base de los instrumentos invocados por Argentina*” no existía obligación legal de Uruguay de consultar a las poblaciones afectadas y que, en cualquier caso, sí que había habido consulta. Esta conclusión no resuelve la cuestión porque la CIJ evitó la cuestión de si la obligación de consultar (incluso con un contenido mínimo) existía o no en el derecho internacional general

El equilibrio en el DIA

Principios que expresan la idea de equilibrio

Los principios que se presentan a continuación tienen por objetivo distribuir los esfuerzos involucrados en la protección del medio ambiente entre los diversos grupos de interés y encontrar el equilibrio entre tal protección y otras consideraciones. Entre estos diversos principios, el primero en salir en su forma actual fue el llamado principio de “quien contamina paga”, que busca “internalizar” el coste de la contaminación o, en otras palabras, asegurar que la carga financiera de este tipo de contaminación corra a cargo de quien los causó. El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, también conocido como de

⁵⁴⁸ Convenio Sobre La Evaluación Del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo. Hecho en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991. Comisión Económica Para Europa. Naciones Unidas Nueva York y Ginebra 1994. op. citada.

“equidad intrageneracional”, tiene como objetivo distribuir el coste de las políticas ambientales entre los diferentes Estados de acuerdo con sus responsabilidades históricas y sus respectivas capacidades. A nivel de los individuos, el principio de participación realiza la función de sopesar los intereses de los diversos grupos e individuos involucrados en (o afectadas por) una actividad con consecuencias ambientales. En cuanto al principio de “equidad intergeneracional”, se pretende distribuir la carga de los esfuerzos de protección del medio ambiente entre las generaciones presentes y futuras.

El principio de quien contamina paga

El principio de quien contamina paga⁵⁴⁹ se puede entender de diferentes maneras. A primera vista, podría parecer como una mera versión de la obligación de reparar el daño causado a los demás tal y como se aplica en un contexto ambiental. Sin embargo, un entendimiento tan limitado privaría a este principio de cualquier contenido autónomo, dado que ese derecho está bien establecido en el derecho internacional consuetudinario a través tanto del principio de no causar daño y de prevención.

De un examen más detallado, el principio de quien contamina paga tiene un contenido lo suficientemente diferenciado. Para captar tal contenido, hay que tener en cuenta la manera en que se llevaron a cabo las operaciones industriales antes de la aparición de consideraciones de protección medioambiental. A este respecto, el punto de partida es la teoría de las externalidades, que se caracteriza como el impacto de una transacción (o, más generalmente, de una actividad económica) sobre terceros que no participan en ella. Cuando este impacto es negativo y no se compensa, se puede hablar de una externalidad negativa. Por ejemplo, la contaminación de los ríos por el funcionamiento normal o accidental de una empresa impone un coste para la sociedad. Surge entonces la pregunta de quién debe pagar el coste: ¿la empresa, los consumidores o la sociedad en general? Si no se hace nada, la sociedad en general o aquellos individuos más directamente afectados, asumirán el coste. Del mismo modo, si las autoridades intervienen para tratar el agua contaminada, el coste también se asume por la sociedad en general

⁵⁴⁹ Es copiosa la bibliografía sobre este asunto. Tan sólo mencionar la Recomendación de la OCDE, adoptada el 26 de mayo de 1972 o la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Asimismo, resulta de especial interés Lozano Cutanda. *Derecho ambiental administrativo*. Op. citada.

(ya que correrá a cargo de los contribuyentes). Sin embargo, si el coste se asume por la empresa que contamina o se transfiere a los consumidores que impulsan la demanda del producto en cuestión, se podría hablar de una “internalización” de costes. Esta idea fue formulada inicialmente en la Recomendación del Consejo de la OCDE en 1972⁵⁵⁰. De acuerdo con este instrumento “*el coste de [las medidas adoptadas por las autoridades para combatir la contaminación] debería reflejarse en el coste de los bienes y servicios que causan la contaminación en la producción y / o consumo*”. El principio de quien contamina paga está consagrado en el Principio 16 de la Declaración de Río⁵⁵¹, que establece que: “*Las autoridades nacionales procurarán fomentar la internalización de los costes y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costes de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio y las inversiones internacionales*”.

Es difícil circunscribir las modalidades específicas de esta internalización porque varios de sus parámetros necesitan definirse, empezando por el propio coste social, la probabilidad (en el caso de un accidente o cuando los efectos de una actividad no se conocen con certeza), la determinación de la participación de cada contaminador (donde una externalidad negativa es el resultado de las actividades de varias empresas), las modalidades de compensación (ex ante o ex post), y muchos otros factores. En el contexto de ciertas convenciones sobre responsabilidad civil por accidentes nucleares y daños de contaminación por hidrocarburos, la internalización de costes se efectúa a través de un sistema que consiste en: (i) un régimen de responsabilidad objetiva del operador comercial, (ii) la obligación de contratar un seguro adecuado; y (iii) capas adicionales de compensación basadas en las contribuciones del estado o de la industria. En cuanto a la protección de los ríos, algunos tratados incorporan el principio de quien contamina paga como principio rector. Una serie de instrumentos de soft law, además de la Declaración de Río, también mencionan este principio.

⁵⁵⁰ Recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), adoptada el 26 de mayo de 1972 o la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Op. citada.

⁵⁵¹ Principio 16 de la *Declaración de Río sobre Medio ambiente y desarrollo*. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, habiéndose reunido en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Op. citada.

El alcance de estos instrumentos es esencialmente promover la internalización de los costes a nivel de individuos y empresas. Por lo tanto, sería difícil de invocar el principio de quien contamina paga en la distribución de los costes sociales (aquellos en los que incurre la comunidad internacional) generados por los Estados. A este respecto, parece más apropiado referirse al principio de no causar daño, el principio de la prevención o el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, que se discuten a continuación.

El principio de responsabilidad común diferenciada

El principio de responsabilidad común diferenciada tiene como objetivo distribuir el esfuerzo necesario para gestionar los problemas ambientales de carácter global, tales como la protección de la capa de ozono, la lucha contra el cambio climático o la conservación y uso de la biodiversidad, entre Estados.

Otro de los principios que ha seguido un recorrido parecido ha sido el vinculado a la responsabilidad derivada de los daños medioambientales tanto en el ámbito internacional como de forma simétrica en la recepción de los Estados. De esta forma, el principio 13 de la declaración de Río señala⁵⁵²: “*States shall also cooperate in an expeditious and more determined manner to develop further international law regarding liability and compensation for adverse effects of environmental damage caused by activities within their jurisdiction or control to areas beyond their jurisdiction*”.

Este principio de atribución de responsabilidad ha penetrado con fuerza y ha evolucionado hacia la máxima denominada quien contamina paga. En virtud de la cual la responsabilidad medioambiental que hubiera sido ocasionada por un agente deberá ser reparada, en la medida de lo posible, mediante el correspondiente desembolso económico. Este principio ha sido recepcionado de una forma directa en el seno de la Unión Europea al recogerlo en el artículo 130 del TFUE.

En el ámbito internacional también se encuentra recepcionado, si bien que de una forma algo más matizada, en la declaración de Río en su principio 16⁵⁵³: “*National*

⁵⁵² Principio 13 de la *Declaración de Río sobre Medio ambiente y desarrollo*. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, habiéndose reunido en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Op. citada.

⁵⁵³ Principio 16 de la *Declaración de Río sobre Medio ambiente y desarrollo*. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, habiéndose reunido en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Op. citada.

authorities should endeavor to promote the internalization of environmental costs and use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to public interest and without distorting international trade and investment”.

Situado en la intersección entre el desarrollo y la protección del medio ambiente, este principio tiene por objeto conciliar los requisitos potencialmente conflictivos. Por un lado, los países en desarrollo lo ven como una manera de obtener el reconocimiento de sus necesidades de desarrollo, su capacidad reducida para contribuir a la gestión de los problemas ambientales y también su menor contribución a su creación. Por otro lado, los países desarrollados lo consideran como una herramienta para asegurar la participación de los países en desarrollo en la gestión de los problemas ambientales y para asegurar que el proceso de desarrollo se lleva a cabo dentro de ciertos límites medioambientales.

Estas consideraciones subyacen en el texto de Principio 7 de la Declaración de Río⁵⁵⁴, que establece que: *“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de las diferentes contribuciones a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen su responsabilidad en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de los que disponen”.*

Esta formulación muestra tanto la dimensión común del principio, expresada como el deber de cooperar *“en un espíritu de asociación global”* para proteger el medio ambiente, así como la dimensión diferencial, expresada como el reconocimiento por parte los países desarrollados de su responsabilidad principal en la degradación ambiental y el aumento de su capacidad para hacer frente a sus consecuencias. El origen de estas dos dimensiones del principio se puede encontrar en dos ideas anteriores, a saber, la idea de una comunidad de intereses con respecto a ciertas

⁵⁵⁴ Principio 7 de la *Declaración de Río sobre Medio ambiente y desarrollo*. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, habiéndose reunido en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Op. citada.

zonas como la Antártida, el espacio exterior o el fondo del mar, y la idea de un tratamiento diferencial, presente en derecho de comercio internacional o el derecho del mar.

A pesar de sus similitudes con estas dos ideas, el principio es un nuevo concepto incorporado, por primera vez, en el régimen del ozono y desarrollado en 1992 con la aprobación de la Declaración de Río. Estos tres contextos normativos (ozono, el cambio climático y la biodiversidad) también pueden verse como tres formas de hacer operativo el principio. En relación con el régimen de ozono, el preámbulo de la Convención de Viena de 1985⁵⁵⁵ hace referencia a *“las circunstancias y requisitos particulares de los países en desarrollo”*. Este elemento también se incluyó en el texto de la Convención, según el cual las partes han de cumplir con sus obligaciones *“de acuerdo con los medios a su disposición y sus capacidades”*, así como en la forma de un derecho de cooperar, también en relación con la transferencia de tecnología. El Protocolo de Montreal⁵⁵⁶ fue más allá y estableció obligaciones diferenciadas para los países en desarrollo. Esto equivalió, esencialmente, a la concesión de períodos de tiempo más largos, bajo ciertas condiciones, para cumplir con las obligaciones en virtud del Protocolo. Una segunda manera de poner en práctica el principio se ilustra por la CMNUCC y su Protocolo de Kioto. El artículo 3(1) de la Convención Marco⁵⁵⁷ consagra explícitamente el principio en los siguientes términos: *“Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en la lucha contra el cambio climático y sus efectos adversos”*.

⁵⁵⁵ La confirmación científica del agotamiento de la capa de ozono impulsó a la comunidad internacional a establecer un mecanismo de cooperación para tomar medidas para proteger la capa de ozono. Esto se formalizó en el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, que fue aprobado y firmado por 28 países, el 22 de marzo de 1985.

⁵⁵⁶ En 1994, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el 16 de septiembre Día internacional de la preservación de la capa de ozono, en conmemoración de la fecha de la firma, en 1987, del Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono (Resolución 49/114).

⁵⁵⁷ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El sistema de las Naciones Unidas está a la vanguardia de los esfuerzos para salvar nuestro planeta. En 1992, la Cumbre para la Tierra dio lugar a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) como primer paso para afrontar el problema.

La principal responsabilidad de los países desarrollados (es decir, los que figuran en el Anexo I de la CMNUCC) bajo la Convención Marco ha sido implementada por el Protocolo de Kioto, que les obliga a cumplir los objetivos de emisiones cuantificadas según lo previsto en el anexo B. Para países en desarrollo, no se imponen nuevas obligaciones (es decir, aquellos que no figuran en el anexo I de la CMNUCC). Una tercera manera de poner en práctica el principio de responsabilidad común pero diferenciada se ilustra por el CDB, que parece condicionar el cumplimiento por los países en desarrollo con sus obligaciones de conservación en el cumplimiento previo de las obligaciones financieras y de transferencia de tecnología llevadas a cabo por los países desarrollados.

Más allá de buscar la base de este principio en los tratados o en otros contextos, su situación jurídica sigue siendo controvertida. Esta incertidumbre por ahora no plantea problemas importantes, ya que este principio hasta ahora ha tenido que acometer dos funciones principales: influir en el contenido de determinados acuerdos y ayudar en la interpretación de sus disposiciones.

En definitiva, este principio ha sido una constante en el Derecho Internacional desde los años setenta y, más en concreto, ha sido muy relevante en el ámbito del DIA. Y consiste en el reconocimiento de que no se les puede exigir a todos los Estados el mismo grado de compromiso en base a los diversos niveles de desarrollo que estos presentan. En materia de cambio climático, esto se traduce a que, pese a que todos compartimos la responsabilidad de cuidar el planeta, no se les va a exigir a todos los Estados la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al mismo nivel. Este principio constituye una forma de satisfacer los intereses de los países en vías de desarrollo al reconocer que, en primer lugar, no tienen la misma responsabilidad histórica que los países industrializados en causar el problema medioambiental y, en segundo lugar, que no tienen la misma capacidad de estos países para contribuir a la mitigación de las emisiones.

En materia de cambio climático, este principio se reflejó inicialmente en la Convención de 1992⁵⁵⁸, cuyo artículo 4.2 estableció una serie de obligaciones

⁵⁵⁸ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El sistema de las Naciones Unidas está a la vanguardia de los esfuerzos para salvar nuestro planeta. En 1992, la Cumbre para la Tierra dio lugar

concretas para los Estados listados en el Anexo I de la Convención, compuesto por los Estados desarrollados en la época y aquellos de Europa del Este que estaban en régimen de transición. Lo mismo se repitió en el Protocolo de Kioto donde, tras el Mandato de Berlín de 1995, se incluyó de manera explícita el principio de responsabilidades diferenciadas excluyendo de cualquier nuevo compromiso a aquellos países que no estuviesen excluidos en el Anexo I de la Convención (artículo 3). Además, en este último instrumento también se imponían a los países desarrollados obligaciones en materia de financiación y de transferencia tecnológica hacia los países en vías de desarrollo.

El principal problema que plantea este principio es su falta de dinamismo y, por lo tanto, alejamiento de la realidad al congelar la lista de los “países desarrollados” en un Anexo. Así lo ha demostrado la experiencia cuando, en pleno siglo XXI, algunos de los países más ricos del mundo (como Singapur o Catar), algunos ya miembros de la OCDE (como México o Corea del Sur) o incluso el mayor contaminante mundial, aún seguían estando en la lista de países en vías de desarrollo y, por tanto, sin ninguna responsabilidad de reducción de emisiones contaminantes. Esta situación era totalmente injusta, especialmente para países desarrollados, como Portugal o Grecia, cuya fortaleza económica no puede ni compararse a la de estos países anteriormente citados.

En el régimen post-Kioto se intentó acabar con esta situación, de manera pionera en los Acuerdos de Copenhague y de Cancún, donde se intentó crear obligaciones para todos los Estados Partes firmantes, lo cual probablemente contribuyó al fracaso de ambas negociaciones. No sería hasta la Conferencia de Durbán de 2011 donde se aceleró el movimiento de los países desarrollados de alejarse de la estructura binaria de Kioto y la Convención. En esta Conferencia se dijo explícitamente que el nuevo acuerdo sería aplicable a todas las Partes, sin hacer mención alguna al Anexo I de la Convención.

En el documento “Lima para la Acción Climática” de 2014 es donde se acuerda la expresión terminológica que estaba llamada a matizar desde entonces este principio clásico de responsabilidades comunes pero diferenciadas y las

a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático como primer paso para afrontar el problema. Op. citada.

capacidades respectivas, *teniendo en cuenta las diferentes circunstancias nacionales*. Esta nueva versión del principio fue fruto del acuerdo que habían alcanzado Estados Unidos y China unas semanas antes de la COP de Lima⁵⁵⁹.

Estaba preparado ya el camino para que, en palabras del profesor Rodrigo, se pasase de un sistema de diferenciación binaria a uno de diferenciación contextualizada por las circunstancias nacionales. Así, surgió en el Acuerdo de París el sistema de las contribuciones determinadas a nivel nacional, de manera que ya no sería un Anexo estático quien determinase los compromisos de cada Estado Parte, sino que sería individualmente cada Estado quien analizase sus posibilidades y capacidades para hacer esfuerzos mitigadores. En este sentido, como veremos, podemos afirmar que el régimen procedimental de presentar las CDNN es común a todos los Estados partes (no presenta diferenciación), mientras que el contenido concreto de cada CDNN se adapta al nuevo régimen de la auto-diferenciación.

Ha sido en materia de mitigación (artículo 4) donde principalmente se ha recogido este principio de diferenciación es su nueva versión dinámica y matizada por las circunstancias nacionales, pues en relación con otras obligaciones del Acuerdo de París el principio se ha mantenido más cercano a su concepción binaria tradicional, si bien formulado de manera más flexible y adaptativa. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de financiación, donde se mantienen las clásicas obligaciones a los países desarrollados (artículos 9-11) o en materia de transparencia

El principio de participación

Este principio habitualmente se presenta acompañado de otros dos, próximos a él y funcionalmente vinculados, como son el de acceso a la información ambiental y el de acceso a la justicia. Estos tres principios tienen una proximidad material innegable. En efecto, la sociedad industrial y crecientemente compleja en la que hoy se desenvuelve la vida del ser humano configura un escenario sociológico conflictual en el que se desarrolla progresivamente un nuevo status del ciudadano en relación con los asuntos ambientales (“democracia ambiental”). Integrado por

⁵⁵⁹ COP 20: Conferencia de la ONU sobre el Cambio Climático – Lima. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. <https://www.undp.org/content/undp/es/home/presscenter/events/2014/december/climate-action.html>

una posición crecientemente activa y participativa, este estatus recoge una nueva sensibilidad que se descompone materialmente en tres hijuelas. Por un lado, el interés, jurídicamente tutelado, por conocer el estado del ambiente en el que se vive. Por otro, el progresivo *entitlement* de los ciudadanos para participar activamente en las decisiones que los poderes públicos adoptan en materia ambiental. Finalmente, la posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia para que éstos tutelen los intereses ambientales difusos, y el correcto reconocimiento de los dos derechos antes mencionados. Se entiende por lo tanto que este principio de participación fuerza otros dos valores institucionales basales de nuestra convivencia, el de transparencia y el de democracia⁵⁶⁰.

Si bien el principio de la sección anterior se refiere a las relaciones entre los Estados, el principio de participación - o más concretamente, el deber de los Estados de proporcionar diversos canales de participación a los grupos y personas que puedan verse afectadas por los proyectos, actividades o políticas ambientales - tiene en cuenta los intereses de estos actores en sus relaciones (por ejemplo, entre las empresas y los individuos afectados), o entre los actores privados y el Estado. Al igual que el principio de cooperación, el principio de participación es de carácter general, en tanto que se extiende más allá de la esfera de los asuntos medioambientales. A modo de ilustración, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁵⁶¹ prevé un derecho general a participar en los asuntos públicos. Es, sin embargo, en el ámbito del medio ambiente donde el principio de participación ha tenido mayor auge en las últimas dos décadas. Algunos aspectos de la participación ya se han discutido en relación con el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas. En este apartado, me centraré en dos puntos principales: (i) las fuentes; y (ii) el contenido de este principio.

En cuanto a las fuentes, la idea de una mayor participación pública en temas medioambientales se ha afirmado en el Principio 10 de la Declaración de Río⁵⁶²,

⁵⁶⁰ Moreno Molina, A. M. (2015). El principio de participación pública. En: *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*. (1ª ed.). Albacete: La Ley.

⁵⁶¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Alto Comisionado. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁵⁶² Principio 10 de la *Declaración de Río sobre Medio ambiente y desarrollo*. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, habiéndose reunido en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Op. citada.

que establece que: *“Las cuestiones medioambientales se manejan mejor con la participación de todos los ciudadanos interesados, al nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de la que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y actividades peligrosos en sus comunidades, y la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación poniendo la información a disposición de todos. Se proporcionará acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, incluido el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”*.

Esta formulación sugiere que la participación pública es importante no sólo como un instrumento distributivo (de ponderar los intereses en juego), sino también, en cierta medida, como un instrumento de prevención, a través del control democrático de toma de decisiones en materia de medio ambiente. Otros instrumentos, en particular algunos tratados, han proporcionado una base más firme a este principio de la participación en el derecho internacional positivo, aunque la cuestión de su carácter consuetudinario todavía es objeto de discusión. En particular, la adopción de la Convención de Aarhus, bajo los auspicios de la CEPE ha dado un fuerte impulso a las cuestiones de participación en materia de medio ambiente. La influencia de esta Convención, que está abierta a la adhesión de cualquier Estado, se puede detectar en tres niveles: en la obligación de los Estados a adoptar medidas internas de la participación pública en materia de medio ambiente, en el establecimiento de un procedimiento de incumplimiento abierto al público, y en como considera la jurisprudencia del TEDH, que se ha referido a la Convención de Aarhus para la interpretación de ciertos derechos humanos.

En cuanto al contenido, el Principio 10 de la Declaración de Río introdujo los tres componentes principales de lo que puede denominarse como *“democracia ambiental”*, esto es, el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones sobre cuestiones ambientales, y un derecho a un recurso judicial, especialmente (aunque no circunscrito) al supuesto de negación los derechos anteriores. Como ya se ha señalado, estos derechos posteriormente se han desarrollado en los artículos 4(5) (acceso a la información),

6(8) (toma de decisiones) y 9 (acceso a la justicia) de la Convención de Aarhus. Las interacciones entre la Convención y otros tratados han allanado el camino para esta tríada se haya tenido en cuenta al interpretar una disposición como el artículo 8 de la CEDH, no sólo en los casos en que el Estado demandado es una parte de la Convención de Aarhus (Rumanía), sino también en los que no es (Turquía). Mientras que el último punto sugiere que el principio de participación podría tener una base consuetudinaria, en el Asunto de plantas de celulosa, la CIJ parecía – aunque en términos ambiguos - rechazar este punto de vista. De hecho, en relación con ciertos instrumentos invocados por Argentina (que no incluían el Convenio de Aarhus). el Tribunal señaló que de estos instrumentos no se derivaba “*la obligación legal de consultar a las poblaciones afectadas*”. Sin embargo, la conclusión de la Corte, en su formulación actual, no afirma expresamente o niega la existencia de un principio consuetudinario de participación. La cuestión queda abierta.

En cualquier caso, incluso en el contexto de un instrumento tan progresista como el Convenio de Aarhus, el requisito de la participación no llega tan lejos como para proporcionar los grupos afectados con un veto sobre las actividades propuestas.

Para finalizar este principio, no debemos olvidarnos del papel de las ONGs en el ámbito del derecho internacional ambiental y, en concreto, en lo relativo al principio de participación pública. Una de las características del momento histórico en el que nos encontramos en el ámbito jurídico respecto del soft law es el creciente incremento de la participación de la sociedad civil en la adopción y promulgación de instrumentos jurídicos. Esta participación se centra a través de las denominadas organizaciones no gubernamentales en su mayor parte, si bien, también se materializa a través de asociaciones u otro tipo de entidades con voz propia.

Las organizaciones no gubernamentales son quizá el elemento o el vector más importante de participación/lobby en el ámbito del sistema jurídico medioambiental⁵⁶³. La participación de estas ONGs en el ámbito del medioambiente ha sido en muchas ocasiones impulsada por las propias instituciones como es el

⁵⁶³ La definición de lo que es una ONG internacional se encuentra en la Resolución 288 de 27 de febrero de 1950, párrafo 8 [E/1661]

caso de la UE que elaboró un programa de acción comunitaria de fomento de las ONGs principalmente en el ámbito medioambiental⁵⁶⁴.

El problema de estos actores puede venir motivado por las circunstancias determinantes de su independencia y/o autonomía de decisión por cuanto muchas de estas organizaciones no gubernamentales han crecido en el caldo de cultivo de los países más ricos y están siendo las que impulsan los parámetros del cumplimiento ambiental lo que puede ir en detrimento de aquellos otros países que, por razones principalmente económicas o políticas al no existir en entorno jurídico que permita la creación de estas entidades⁵⁶⁵. Esta situación ha provocado que en algunas ocasiones esto haya sido denominado como un Neocolonialismo al estar situada la sede en la metrópoli (normalmente países con altos ingresos) para actuar en aquellos otros con una menor renta. Esto no es sino un efecto más de la globalización⁵⁶⁶.

En todo caso, es evidente que nos encontramos ante una nueva era que como mencionábamos antes la sociedad civil tiene un papel predominante no solo ya en el impulso de normativa medioambiental sino también en la función de control y de exigencia y presión a los gobiernos para alcanzar los objetivos de protección medioambiental. Ello se debe en muchas ocasiones, a la posición privilegiada que pueden tener para la observancia de posibles infracciones de carácter medioambiental en aquellos países en los que desarrollan proyectos. Estamos hablando de estas grandes organizaciones como Greenpeace que tiene capacidad de hacer un análisis seguimiento y recolección de múltiples datos en relación a protección medioambiental denunciando las infracciones que se pudieran cometer⁵⁶⁷. Incluso su labor de control no queda circunscrita única y exclusivamente a la denuncia sino también al reconocimiento expreso de una capacidad procesal para el inicio de expedientes o actuaciones jurídicas en relación a la defensa de los

⁵⁶⁴ Decisión nº 466/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2002, por la que se aprueba un Programa de acción comunitario de fomento de las organizaciones no gubernamentales dedicadas principalmente a la protección del medio ambiente.

⁵⁶⁵ En este sentido el estudio Stretesky, P.B. & Knight, O. (2013). The uneven geography of environmental enforcement INGOs. En: *Emerging issues in green criminology. Critical criminological perspectives*. (1ª ed.). Londres: Palgrave Macmillan. p. 184.

⁵⁶⁶ Vid. Schünemann, B. (2012). La destrucción ambiental como arquetipo del delito. En *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. (1º ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, que cita la debilidad de las ONGs frente al sistema político de la sociedad globalizada.

⁵⁶⁷ South, N & Brisman, A. (2013). *Routledge International Handbook of Green Criminology*. (1ª ed.). New York: Routledge, en especial p. 93.

temas medioambientales. Así ocurre en el seno de la UE en el que la Directiva 2004/35⁵⁶⁸ establece los principios para un marco de prevención de prevención y reparación de daños ambientales y reconoce a las organizaciones no gubernamentales la legitimación suficiente siempre que cumplan con los requisitos establecidos por sus legislaciones nacionales algo que ocurre en el seno de nuestro ordenamiento jurídico interno en el que para determinados delitos se contempla la posibilidad del ejercicio de la denominada acción popular.

Consagradas estas organizaciones no gubernamentales como el instrumento habitual a través del cual se produce la participación pública e incluso el acceso a la justicia en materia de medioambiente son múltiples las leyes que en España han canalizado la participación de estas entidades en los procesos de audiencia pública. Entre ellas destacamos por su condición de normativa general la Ley 27/2006 de 18 de julio⁵⁶⁹ donde se regula, entre otras cosas, la participación pública y el derecho a recibir información ambientalmente relevante. Así mismo, la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, regula también esta participación y acceso a la información si bien que la gradúa para evitar que la misma pueda tener un efecto perjudicial.

Como mencionábamos anteriormente de forma complementaria a estas organizaciones constituidos no gubernamentales se han establecido cauces de participación para otras entidades no formalmente constituidas como son asociaciones plataformas o grupos de interés con la finalidad de abrir el espectro de la participación de la sociedad civil en la elaboración de normas y en la evaluación del impacto de las mismas⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales

⁵⁶⁹ Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). BOE-A-2006-13010.

⁵⁷⁰ En este sentido la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. Véase también: Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a la evaluación y gestión del ruido ambiental y Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas

El principio de equidad intergeneracional

El principio de equidad intergeneracional tiene como objetivo distribuir la calidad y disponibilidad de los recursos naturales y los esfuerzos necesarios para su conservación entre las generaciones presentes y futuras. Como tal, este principio se puede considerar como una manifestación de la vieja idea de la conservación de la naturaleza y del concepto más reciente del desarrollo sostenible.

Hay rastros de estos orígenes en instrumentos tanto antiguos como nuevos. Por ejemplo, en el preámbulo de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de 1946⁵⁷¹ contiene una referencia al interés de "*naciones del mundo en la salvaguarda para las generaciones futuras de los grandes recursos naturales representados por las poblaciones de ballenas*". Del mismo modo, cuando en 1972 la Conferencia de Estocolmo intentó circunscribir el ámbito de protección del medio ambiente a través de la adopción de la Declaración de Estocolmo señaló que: "*El hombre... tiene la responsabilidad solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras*". Posteriormente, cuando el Informe de la Comisión Brundtland introdujo el concepto de desarrollo sostenible en 1987, la atención se centró en satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las de las futuras. Es en este sentido en el que se expresa el principio moderno de la equidad entre las generaciones del Principio 3 de la Declaración de Río, que establece que: "*el derecho al desarrollo se debe ejercer de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de la actualidad y de las generaciones futuras*".

Del mismo modo, en el caso Gabčíkovo-Nagymaros⁵⁷², la CIJ señaló que: "*debido a nuevos conocimientos científicos y a la creciente conciencia de los riesgos para la humanidad - para generaciones presentes y futuras - de búsqueda de este tipo de intervenciones en la naturaleza a un ritmo inconsiderado y sin descanso, ha sido necesario desarrollar nuevas normas y estándares*".

⁵⁷¹ Convenio Internacional para la regulación de la pesca de la ballena Washington, 2 de diciembre de 1946. <https://iwc.int/convention-es#convention>

⁵⁷² Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia). Fallo de 25 de septiembre de 1997. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1997-2002. Naciones Unidas.

Sin embargo, a pesar de los importantes esfuerzos para definir los contornos del principio en los tratados y la jurisprudencia, el fundamento del principio en el derecho positivo sigue siendo objeto de debate. Un paso interesante en esta materia es el realizado por el Tribunal Supremo de Filipinas en el Asunto Menores Oposa. Allí, el principio de equidad intergeneracional sirvió de base para la admisibilidad de una demanda colectiva iniciada por un grupo de niños filipinos que representaban sus intereses, así como los intereses de las generaciones futuras. El uso efectivo de la equidad intergeneracional como norma primaria en este caso no debe llevarnos, sin embargo, a subestimar las considerables incertidumbres que rodean el estado del principio y su contenido en el derecho internacional.

Conceptos que expresan la idea de equilibrio

Información general

Desde su concepción moderna, el derecho ambiental internacional se ha ido formando por una serie de conceptos o programas, cuya función no es la de operar como normas primarias, sino más bien, guiar la formulación de tales normas y, en general, la estructura general de ciertos regímenes ambientales. En esta área, la terminología varía de manera considerable, por lo que es difícil identificar los conceptos más relevantes o especificar las relaciones entre ellos. Por tanto, es necesario tener en cuenta el tipo de programa que subyace al uso de tales conceptos en un régimen ambiental. En términos generales, estos conceptos están diseñados para distribuir los beneficios y la carga del uso del medio ambiente, ya sea en el contexto del crecimiento o desarrollo de las políticas de un Estado o, más específicamente, en el reparto de un recurso común entre Estados.

Discutiremos cuatro conceptos seleccionados sobre la base de los programas que tratan de expresar. El primero es el concepto de desarrollo sostenible – al que ya nos hemos referido en otros apartados - cuyo objetivo es integrar, de muchas maneras, las demandas de crecimiento y desarrollo (económicos y sociales) con la protección del medio ambiente. A continuación, nos fijaremos en tres conceptos que, a pesar de su proximidad terminológica, expresan programas separados: los conceptos de espacio común (acceso libre y prohibición de la apropiación de un recurso, acompañado de ciertas obligaciones), la herencia común de la humanidad (gestión conjunta de un recurso situado fuera de control del Estado) y preocupación

común de la humanidad (cooperación en la gestión, por cada Estado, de un recurso cuyo “carácter común” no está vinculado a su ubicación).

Desarrollo sostenible

No se ha usado y abusado más que un concepto del derecho ambiental internacional como del de desarrollo sostenible. Como ya he dicho, originalmente introducido en 1980 en un informe conjunto publicado por el PNUMA, el World Wide Fund y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, el concepto de desarrollo sostenible ganó su reconocimiento con la publicación por la Comisión Brundtland del Informe Nuestro futuro común en 1987. Posteriormente, se incluyó ampliamente en textos de muy diversa índole, sobre todo tras la Conferencia de Río en 1992. Sin embargo, la utilización política de este concepto es menos relevante que su uso legal. Por esta razón, nos centramos aquí en su fundamento jurídico, así como su función en el derecho medioambiental internacional. En otras palabras, analizaré el tipo de programa legal (en contraste con el programa operacional expresado en la Agenda 21) transmitido por el concepto de desarrollo sostenible.

La esencia de este concepto se expresa en el Principio 4 de la Declaración de Río, que dispone que: *“con el fin de lograr el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no se podrá considerar de forma aislada”*.

Esta definición se especificó aún más diez años después en la Cumbre de Johannesburgo⁵⁷³ sobre el Desarrollo Sostenible. Allí, se adoptó una Declaración Política cuyos términos jugaron un papel importante en el esclarecimiento de los componentes del concepto de desarrollo sostenible. De acuerdo con el párrafo 5 de este instrumento de desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente *“constituyen los pilares interdependientes y complementarios de desarrollo sostenible”*. Poco antes, la Asociación de Derecho Internacional adoptó la Declaración de nueva Delhi sobre los principios de derecho internacional aplicables el desarrollo sostenible, cuyo preámbulo contenía el programa propuesta

⁵⁷³ Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible. Tercera Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo – 2002. <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0667148.pdf>

por el concepto de desarrollo sostenible como: *“un enfoque global e integrado a los procesos económicos, sociales y políticos, que tiene por objeto la utilización sostenible de los recursos naturales de la Tierra y la protección del medio ambiente de la que dependen la naturaleza y la vida humana, así como el desarrollo social y económico; y que busca la consecución del derecho de todos los seres humanos a un nivel de vida adecuado sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios resultantes de los mismos, teniendo debidamente en cuenta las necesidades e intereses de las generaciones futuras”*.

Esta formulación contiene los componentes principales que la doctrina atribuye al concepto de desarrollo sostenible: (i) la necesidad de tener en cuenta los intereses de las generaciones futuras; (ii) el deber de todo Estado de explotar sus recursos naturales de manera sostenible; (iii) al hacerlo, el deber de cada Estado de tener en cuenta los intereses de otros Estados; y (iv) la obligación de los Estados de incorporar consideraciones ambientales en sus políticas de desarrollo.

Ya hemos estudiado los tres primeros componentes en el análisis de los principios de equidad intergeneracional, de ningún daño y de prevención. Sin embargo, para entender el programa que transmite el concepto de desarrollo sostenible es necesario ir más allá; primero porque aún no hemos desarrollado ciertos aspectos del programa (como el aspecto de integración de consideraciones medioambientales en las políticas de desarrollo) y segundo porque la doctrina a menudo se refiere a otros principios para expresar el programa de desarrollo sostenible.

En cuanto a la cuestión de la integración, ya se ha hecho hincapié al hablar de la Conferencia de Estocolmo, cuyo Principio 13 estipula que: *“Con el objetivo de lograr una gestión más racional de los recursos y, por lo tanto, de mejorar el medio ambiente, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado en su planificación del desarrollo, a fin de garantizar que sea compatible con la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente en beneficio de su población”*.

La Declaración de Río se hace eco de este punto de vista en el Principio 4, aunque en términos más generales. Aunque caracterizado, el tema de la integración plantea una importante cuestión práctica: ¿cómo aplica el deber de la integración en la

solución de diferencias? En el Asunto Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, la CIJ se refirió a la inclusión del concepto de desarrollo sostenible, sin darle el carácter de una norma primaria o principio. La Corte señaló que “esta necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente se expresa acertadamente en el concepto de desarrollo sostenible”. Sin embargo, esta conclusión se cuestionó por el Vice-Presidente de la Corte, Juez Weeramantry, cuya Opinión indicaba: *“El Tribunal se ha referido a ello como un concepto en el párrafo 140 de la Sentencia. Sin embargo, considero que es más que un mero concepto, es más bien un principio con valor normativo que es crucial para la determinación de este caso”*.

El tribunal de arbitraje en el Asunto sobre el Arbitraje del Ferrocarril Iron-Rhin (Bélgica / Países Bajos) de mayo de 2005 confirmó la posición del juez Weeramantry señalando que donde el desarrollo puede causar un daño significativo al medio ambiente hay un deber de prevenir o, al menos mitigar, tal daño. Este deber, en opinión del Tribunal, se ha convertido en un principio del derecho internacional general y se aplica no sólo en las actividades autónomas, sino también en las actividades que se llevan a cabo en aplicación de los tratados específicos entre las partes.

Sin embargo, en la decisión de la CIJ en el Asunto de Plantas de celulosa, la Corte confirmó la concepción de desarrollo sostenible expresada por mayoría en el Asunto Gabčíkovo-Nagymaros, esto es, que se trata de un concepto u objetivo que debe guiar las negociaciones entre las partes. Bajo estas circunstancias, debemos concluir que la cuestión de si el desarrollo sostenible puede funcionar como una norma primaria aún no ha quedado resuelta en el derecho internacional general.

Con respecto al uso de otros principios para transmitir el programa de desarrollo capaz de sostenibilidad, existen instrumentos (tales como la Declaración de Nueva Delhi, el Informe del Grupo de Expertos convocado por el CSD, o el informe elaborado por la CE en 2000) que sugieren que efectivamente existen otros principios que juegan un papel importante. Se refieren, por ejemplo, a los principios relativos a la eliminación de la pobreza, la precaución, buen gobierno, valor estético de la naturaleza, la restauración obligatoria de los ecosistemas perturbados, el *“desarrollo de los ecosistemas frágiles y pequeños”*, *“cooperación para prevenir la*

reubicación de las actividades y sustancias nocivas”, el “*cumplimiento de las obligaciones internacionales*” o “*vigilar el cumplimiento de las obligaciones internacionales*”. Parece claro que al menos algunos de estos principios son meros desarrollos conceptuales sin base legal en derecho internacional. Esto aplica, por ejemplo, al “*principio del valor estético de la naturaleza*”, que es un intento de incorporar ciertos instrumentos de la legislación nacional en el nivel internacional. Otros “principios” son generalizaciones de ciertas obligaciones emanadas de los tratados ambientales o de los objetivos perseguidos por estos últimos o, incluso, de componentes específicos de principios bien establecidos. Es el caso, por ejemplo, de la serie de principios relativos a la “cooperación para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia de actividades y sustancias que causan la degradación ambiental grave o son perjudiciales para la salud humana”. Por último, algunos de estos “principios” son esencialmente intentos de generalizar algunos procesos, tales como la “supervisión de las obligaciones internacionales” o la “aplicación nacional de las obligaciones internacionales”, que se encuentran en una serie de tratados ambientales. Sin dejar de reconocer el valor de estos esfuerzos hacia el desarrollo progresivo del derecho internacional del medio ambiente y la reorganización de sus conceptos o componentes, con el fin de facilitar el análisis de los fundamentos jurídicos de ciertos principios o conceptos en el derecho internacional parece deseable una mayor uniformidad de los mismos. En un apartado posterior me detendré en la relación entre ODS y cambio climático.

Las áreas comunes

El concepto de espacio común o *res communis* es muy antigua. Desde sus fuentes originarias antiguas en el derecho romano a su desarrollo por los juristas del siglo XVI (Vitoria, Suárez) y su sistematización por Grocio en el siglo XVII, este concepto se usó por primera vez para expresar el estatus de la alta mar en el derecho internacional. El programa transmitido por este concepto se caracteriza por dos componentes principales: el libre acceso a un recurso común y la imposibilidad de apropiación. Sin embargo, este es un programa que potencialmente podrían abrir la puerta a los abusos en el uso de las áreas comunes de los Estados, especialmente los Estados dominantes.

Una posible solución a este problema consiste en correlacionar el acceso y uso del recurso común con funciones para asegurar su protección. Este es uno de los enfoques adoptados por la Convención, que garantiza el libre acceso y uso de la alta mar, al tiempo que impone restricciones en el uso de los recursos biológicos y en algunas tareas relacionadas con la protección del medio marino y los intereses de otros Estados. La libertad de la alta mar también incluye la libertad de volar sobre el espacio aéreo, lo que equivale a la distribución de otro espacio común.

Un segundo ejemplo de un área común es la Antártida. El preámbulo del Tratado Antártico, firmado en 1959, reconoció que era en “*el interés de toda la humanidad*” el que la Antártida se usara exclusivamente para fines pacíficos. El programa expresado por este concepto es relativamente similar a la de las otras dos áreas comunes mencionadas, pero con algunos matices importantes. Por ejemplo, el Tratado congela todas las reclamaciones de soberanía sobre la zona antártica durante su vida útil, lo que implícitamente sugiere que la “*apropiación*” podría ser posible en algún momento futuro. La utilización de los recursos de la Antártida (biológicos, minerales, u otros) está sujeta a un régimen bastante detallado establecida por una serie de tratados de la “*Sistema del Tratado Antártico*”.

Un tercer ejemplo de área común es el espacio exterior, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. Los principios de libre acceso y no apropiación en este contexto fueron establecidos por la Asamblea General de la ONU en 1963 con la adopción de la “*Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre*”, haciendo hincapié en “*el interés común de toda la humanidad*” en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos. Esto se confirmó con la adopción del Tratado sobre el espacio ultraterrestre en 1967, que recoge en sus artículos I y II, los principios de libre acceso y la prohibición de apropiación. Por lo tanto, los riesgos asociados con la ocupación y explotación del espacio exterior, en cierta medida, se han mitigado. Adicionalmente, el Tratado sobre el espacio ultraterrestre introdujo otras obligaciones tales como la prohibición de colocar en la órbita armas de destrucción masiva, el deber de evitar la contaminación del espacio exterior o cambios en el entorno de la Tierra, y un régimen de responsabilidad por daños a otro Estado parte. Esta situación jurídica se modificó posteriormente por el Tratado

de la Luna, concluido en 1979, lo que colocó a la Luna bajo la condición de patrimonio común de la humanidad.

Herencia común de la humanidad

El concepto de patrimonio común de la humanidad transmite un programa diferente de los que hemos examinado hasta ahora. Mientras que excluye la apropiación de un recurso (como es el caso para las áreas comunes), este programa pone la explotación de los recursos bajo gestión común. Como resultado, el acceso al recurso está reservado exclusivamente a la entidad encargada de la gestión conjunta. Sin embargo, el objetivo de la gestión conjunta es el beneficio de todos los Estados, tanto los que tienen los recursos técnicos y financieros para explotar el recurso como los que no lo tiene. Por supuesto, los detalles del programa pueden variar de un caso a otro.

En el contexto del Tratado de la Luna⁵⁷⁴ que, como hemos señalado, otorga a la Luna la condición de “patrimonio común de la humanidad”, el artículo 11 (5) establece que: *“Los Estados Parte... se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna, puesto que dicha explotación está a punto de ser factible”*.

Sin embargo, en ausencia de ratificación del tratado por los Estados más activos en la explotación del espacio exterior, su efecto práctico es muy limitado. El concepto de patrimonio común de la humanidad se ha desarrollado aún más en relación con la gestión de los fondos marinos. El primer desarrollo se produjo en 1970 cuando la Asamblea General de la ONU adoptó la *“Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional”*, que coloca la “Zona” y sus recursos bajo el estado de patrimonio común de la humanidad. Esta caracterización también se ha adoptado en la Parte XI de la Convención, que somete la zona a un régimen de gestión internacional. En particular, el artículo 137(2), dispone que: *“Todos los derechos*

⁵⁷⁴ Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre. Texto de los tratados y principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas: <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>

sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables. No obstante, los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse con arreglo a esta Parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad”.

El programa transmitido por esta disposición fue muy controvertido, impidiendo entrada en vigor de la Convención durante más de una década. Dicha entrada en vigor fue posible con la aprobación, en 1994, del Acuerdo de Nueva York sobre la aplicación de la Parte XI de la Convención. Aunque bajo el Acuerdo de Nueva York se suavizó de manera considerable el régimen de exploración y explotación de la Zona en respuesta a las preocupaciones de los países industrializados representa, no obstante, la expresión más clara del programa transmitido por el concepto de patrimonio común de la humanidad.

Más allá de estos dos ejemplos, escasean las referencias al concepto de patrimonio común de la humanidad. Destacan las referencias a este concepto de la Convención de la UNESCO de 1972 sobre la protección del patrimonio cultural y natural mundial⁵⁷⁵ y, en un contexto diferente, en la “*Declaración Universal de los Derechos del Genoma Humano y Humanos*”⁵⁷⁶ de 1997. Sin embargo, a diferencia de los ejemplos anteriores, estas referencias no están vinculadas a un programa de gestión conjunta del objeto en cuestión. Dicho esto, formulaciones posteriores sí que incluyen este vínculo, lo que explica, en parte, por qué los Estados han sido cada vez más reacios a utilizar este concepto y han preferido referirse al concepto de “preocupación común de la humanidad”.

Preocupación común de la humanidad

Aunque encontramos ideas similares antes, el concepto de la preocupación común de la humanidad surgió en la década de 1990. El programa transmitido por este concepto es claramente diferente de la asociada con el concepto de patrimonio común de la humanidad en tanto que el objeto puede ser explotado por los Estados de manera individual y no se administra conjuntamente como un recurso común.

⁵⁷⁵ Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 17ª, reunión celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972. <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>

⁵⁷⁶ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. 11 de noviembre de 1997. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Por el contrario, los Estados están sujetos a ciertos requisitos relativos a la explotación individual, que varían dependiendo del contexto, pero el énfasis está en la cooperación, la regulación del acceso y / o la protección de un recurso. Los dos ejemplos principales de este concepto lo encontramos en el CDB y la CMNUCC.

En cuanto a la primera, la reticencia de los países en desarrollo (que detentan la mayor parte de los recursos biológicos de la Tierra) impidió la aplicación del concepto de patrimonio común de la humanidad a la diversidad biológica como recurso. Como tal, el preámbulo de la CDB se limitó a afirmar que *“la conservación de la diversidad biológica es una preocupación común de la humanidad”* añadiendo que *“los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos”* y que *“son responsables de la conservación de su diversidad biológica”*. En consecuencia, el CDB establece deberes de conservación de los Estados respecto de la diversidad biológica y un sistema de acceso (limitado) por otros Estados a recursos biológicos (genéticos y en particular).

En cuanto a la CMNUCC, el énfasis está en el deber de cooperación para hacer frente a los efectos adversos *“del cambio climático en el planeta”*, que es una *“preocupación común de la humanidad”*. Por lo tanto, a diferencia de la CDB, la CMNUCC se centra en un recurso global indirectamente definido en el artículo 2 de la Convención. Este recurso es, en esencia, un sistema climático estable, y debe preservarse a través del control de interferencias antropogénicas con la composición atmosférica. Aunque este “recurso” es global porque trasciende el territorio de cualquier y de todos los Estados, su conservación, sin embargo, requiere la adopción de medidas adecuadas por cada Estado individualmente (medidas nacionales) y / o en cooperación con otros Estados (medidas internacionales).

De los principios a la regulación: Especial referencia al Pacto Mundial sobre el Medioambiente

La matriz conceptual del derecho ambiental internacional que hemos analizado, se puede ver, en la práctica, como un conjunto de “políticas” que se implementan en los tratados ambientales. La comprensión de estas políticas, su funcionamiento y

su base legal, supone aprender los fundamentos de regímenes ambientales más sofisticados, unos de los cuales, el de cambio climático, será objeto de estudio en este documento

En algunos casos, un tratado se dedica totalmente al avance de una de estas políticas. Los ejemplos incluyen el Convenio de Aarhus⁵⁷⁷, que encarna el principio de participación, o el Convenio de Espoo, que explica la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los regímenes ambientales implementan más de una política más de una política. A modo de ilustración, la Convención de Estocolmo se basa tanto en el enfoque de precaución como en el principio de la prevención. Del mismo modo, los regímenes de ozono y de cambio climático se apoyan en varios principios, entre ellos, los de precaución, responsabilidad común pero diferenciada y equidad intergeneracional. Diferentes regímenes pueden contener la misma política subyacente de diferentes maneras.

Puede haber casos en los que una política se establezca como la base subyacente de un tratado, pero el contenido del último impide que dicha política se traduzca de manera efectiva. Esto puede ocurrir bien cuando el tratado es demasiado elemental, como la Convención de la ONU de 1997⁵⁷⁸ sobre los cursos de agua, o cuando es demasiado ambicioso, como la Parte XI de la Convención que sitúa a la Zona bajo un régimen de patrimonio común que, hasta ahora, ha sido difícil de implementar.

Para nuestro objetivo, no obstante, lo que más importa es mantener estas consideraciones en mente cuando nos embarquemos en el estudio del régimen de protección de cambio climático.

Antes de entrar en ello, no obstante, me gustaría referirme a un intento, clara muestra de soft law de regulación futura del medioambiente: El Pacto Global para

⁵⁷⁷ *Convenio de Aarhus*. Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005 sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (2005/370/CE). Diario Oficial de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005D0370&from=EN>

⁵⁷⁸ *La Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*. La Convención fue aprobada el 21 de mayo de 1997, como anexo de la resolución 51/229 de la Asamblea General.

el Medioambiente⁵⁷⁹. Su particular relevancia deriva de ser un intento codificador del DIA otorgándole una naturaleza de soft law e introduce el debate sobre la posibilidad de que prospere, así como de las lagunas existentes en la gobernanza del DIA, sobre la base de Informe del Secretario General de Naciones Unidas de noviembre de 2018.

Antecedentes

En junio de 2017, un grupo think-tank francés - Le Club des Juristes - lanzó una iniciativa para crear un pacto mundial para el medio ambiente. El grupo propuso el establecimiento de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para reunir los principios articulados en una serie de declaraciones políticas sobre el medio ambiente⁵⁸⁰. Los objetivos eran codificar los principios del derecho ambiental internacional, introducir un derecho humano a un medio ambiente ecológicamente racional y crear un sistema coherente de derecho ambiental internacional. La propuesta esbozaba veintiséis artículos y permitiría a los tribunales nacionales supervisar el cumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales, lo que actualmente no es posible.

Este pacto, si bien aspira - en palabras del Presidente del Consejo Constitucional francés Laurent Fabius con ocasión de su presentación en París - a establecer nada menos que una tercera generación de derechos fundamentales, la de los asociados al medio ambiente, lo que establece en realidad —según resulta de su estructura interna— es una serie de principios generales entreverada con formulaciones en forma de declaración de derechos.

En esta última categoría destaca, operando como verdadera base del entero texto, la de un derecho-deber: el derecho es de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud, bienestar, dignidad, cultura y desarrollo; y el deber es el de todo Estado o institución internacional y toda persona de cuidar ese medio

⁵⁷⁹ El 10 de mayo de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 72/277 titulada "*Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente*". ONU. Programa para el medioambiente. <https://www.unenvironment.org/es/events/conferencia/hacia-un-pacto-mundial-por-el-medio-ambiente>

⁵⁸⁰ En este sentido, para el objeto y ventajas del pacto, ver: Parejo Navajas, T. (2018). Primera aproximación al Pacto Global del Medio Ambiente, por qué es una buena idea. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, Núm. 40, pp. 177-189; Parejo Navajas, T. (2018). Primera aproximación al Pacto Global del Medio Ambiente, por qué es una buena idea. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, Núm. 40, pp. 177-189; Burger, M; Parejo, T. & Sachs, L (2018). Global Perspectives on a Global Pact for the Environment, *Climate Law Blog*, *Sabin Center for Climate Change Law*, y Thieffry, P. (2018). The proposed global pact for the environment and European law. *European Energy and Environmental Law Review*. Vol. 27, Núm. 5, pp. 182-187

ambiente en función de sus posibilidades⁵⁸¹. Se acerca, así, el pacto global a una cada vez más necesaria concepción del medio ambiente como bien o cosa común de genuino interés general que concierne a toda la humanidad y al que debe servirse en términos de lo comunal (básicamente, en origen, los elementos producidos por la naturaleza para uso y disfrute de todos) o, si se prefiere de commons, recuperando así las viejas cosas comunes desde el recuerdo de que — como ha destacado W. G. Vegting— los romanos entendían que la categoría de las *res communes*⁵⁸² expresaba la existencia de deberes elementales y, en particular, el de no privar a nadie de lo que es indispensable para la vida.

Como indicado, en mayo de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 72/277⁵⁸³ (Hacia un Pacto Mundial para el Medio Ambiente) que estableció un grupo de trabajo especial de composición abierta copresidido por los Representantes Permanentes de Portugal y Líbano ante la oficina de las Naciones Unidas en Nueva York. En noviembre de 2018, el Secretario General de las Naciones Unidas publicó un informe sobre “Brechas en el Derecho Ambiental Internacional y en Instrumentos Relacionados con el Medio Ambiente: Hacia un pacto mundial para el medio ambiente”⁵⁸⁴. La propuesta del Club de Juristas ha dado lugar a un proceso dirigido por los Estados, que podría culminar en una conferencia intergubernamental para adoptar un nuevo instrumento internacional.

Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente

Los gobiernos y los expertos reconocen la existencia de una serie de lagunas y deficiencias en el derecho y las políticas ambientales internacionales. Las lagunas

⁵⁸¹ El pacto contiene todo un capítulo de deberes de los Estados que lleguen a ser parte en el mismo, concretamente los de: adopción de las normas precisas para la efectividad de la preservación del medio ambiente y el aseguramiento de la implementación y el cumplimiento de las mismas; el de adopción de las medidas pertinentes de mantenimiento y restauración de la diversidad y capacidad de los ecosistemas y comunidades humanas a los efectos de lograr su resistencia a las alteraciones y degradaciones medioambientales y su capacidad de recuperarse y adaptarse (resiliencia); el de abstención de permitir actividades o adoptar normas que tengan como efecto la reducción del nivel global de protección ambiental garantizado ya legalmente; el de buena fe y espíritu de colaboración global para la implementación de las disposiciones del pacto; y el de adopción de las medidas posibles de protección del medio ambiente en conflictos armados según las obligaciones de Derecho internacional.

⁵⁸² Sobre las dificultades para la interpretación de los textos romanos, véase W. G. VEGTING-. *Domaine public et “res extra commercium”*. Etude historique du droit romain, français et néerlandais, Ed. N. Samsom n.v. y Recueil Sirey, Países Bajos y París, pp. 3 y ss.

⁵⁸³ Resolución 72/277. *Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente*. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de mayo de 2018. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/Res/72/277>

⁵⁸⁴ <https://globalpact.informea.org/report>

pueden ser de hecho o normativas. Las lagunas de hecho, que existen cuando no se aborda una cuestión, pueden ser:

- sustantivas (no existe ningún instrumento sobre el tema en cuestión)
- legales (existen directrices, pero no son jurídicamente vinculantes)
- relacionadas con la membresía (algunas partes están excluidas de todos o de ciertos compromisos)
- geográficas (un instrumento no se aplica a todas las regiones)
- institucionales (no existe ninguna institución/organización/instrumento o se le ha encomendado la realización de determinadas funciones) o
- relacionadas con el cumplimiento o su ejecución (esto es, existe un acuerdo, pero el mecanismo de cumplimiento es muy blando).

Existe una laguna normativa cuando no existe consenso acerca de la necesidad de abordar una determinada cuestión. Por ejemplo, puede haber consenso en que no existe un instrumento para una cuestión concreta (una laguna sustantiva), pero no en que ese instrumento sea necesario. También es importante considerar si una laguna es el resultado de una elección deliberada de diseño al negociar un instrumento jurídico. Ejemplos de ello son la posibilidad de excluir una especie regulada por la CITES, la posibilidad de excluir la moratoria comercial en virtud de la Convención Internacional sobre la Caza de Ballenas⁵⁸⁵, y los objetivos jurídicamente no vinculantes en virtud del Acuerdo de París.

El cumplimiento de los compromisos y obligaciones contraídos en virtud del derecho internacional del medio ambiente es la preocupación más importante y tal vez la laguna más relevante del derecho ambiental y de los instrumentos relacionados con el medio ambiente. Los mayores impedimentos para la implementación no son la falta de instrumentos legales, sino la falta de recursos, información, capacidad de implementación y voluntad política. En términos generales, se pueden citar las siguientes características centrales de las lagunas, y las posibles de acciones para llenar dichas lagunas:

- Enmienda de un instrumento existente (si la laguna está dentro o relacionada con el alcance de un acuerdo u otro instrumento existente);

⁵⁸⁵ Convenio Internacional para la regulación de la pesca de la ballena Washington, 2 de diciembre de 1946. International Whaling Commission. <https://iwc.int/convention-es>

- Creación de uno o más instrumentos nuevos, ya sean regionales o globales, o de naturaleza es legal, no legal o híbrida;
- Medidas que no requieren necesariamente un instrumento nuevo o enmendado y que podrían adoptarse a través de otros mecanismos, incluido el aumento de la financiación de una o más instituciones financieras existentes o de la atención internacional a través de una cumbre, el diálogo y el suministro de información;
- Otros esfuerzos para promover la eficacia de la legislación y las políticas ambientales internacionales, como la elaboración de legislación modelo o el aumento o creación de mayor capacidad para la aplicación de la legislación nacional;
- Forjar alianzas y coaliciones fuertes e involucrar activamente a las partes interesadas en la creación de un acuerdo, marco o plan de acción;
- Creación de grupos de trabajo o en reuniones conjuntas con organismos activos en el ámbito temático concreto e incorporación de expertos de otros sectores;
- Creación de líneas de reporting. Cumplimiento e implementación de acuerdos multilaterales ambientales

Entre las cuestiones clave que deben tenerse en cuenta al evaluar las lagunas y las posibles medidas, figuran su importancia ambiental y la urgencia, la necesidad y conveniencia de adoptar medidas. Asimismo, es clave la viabilidad de llegar a un acuerdo sobre las posibles medidas. Es importante que se aborden las preocupaciones jurisdiccionales, por ejemplo, si la laguna se encuentra dentro de un acuerdo multilateral ambiental existente o si la Asamblea General de las Naciones Unidas debe participar en su solución.

El informe del Secretario General de las Naciones Unidas de 2018 identificó lagunas y deficiencias en el derecho ambiental internacional y en los instrumentos relacionados con el medio ambiente, que pueden agruparse de la siguiente manera:

- Ausencia de un marco normativo general que recoja, en un solo documento, los principios establecidos del derecho internacional del medio ambiente; y falta de claridad sobre el contenido y la situación de los principios inmaduros;

- Lagunas en los regímenes reguladores sectoriales, incluida la falta de sinergias, los déficits de aplicación, la insuficiencia de los planes de presentación de informes y de revisión, y el alcance limitado de la reglamentación;
- Falta de coherencia entre los organismos multilaterales;
- Falta de financiación y de capacidad institucional a nivel nacional e internacional;
- Falta de reglas claras y efectivas para la participación de los grupos de interés.

Consideraciones del Informe sobre los principios del DIA

El informe del Secretario General sugiere que se aclare el contenido y la situación jurídica de los principios que aún no se han desarrollado plenamente. Lo que es más importante, esto incluye el derecho de toda persona a un medio ambiente ecológicamente sano que proteja su salud, bienestar, dignidad, cultura y realización⁵⁸⁶. Si bien la comunidad internacional reconoce desde hace cincuenta años el derecho humano a un medio ambiente sano (Declaraciones de Estocolmo y de Río), y si bien al menos 155 países lo reconocen constitucionalmente, ningún acuerdo mundial lo consagra explícitamente. Un pacto global daría la oportunidad de desarrollar una tercera generación de derechos para complementar los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sobre Derechos Civiles y Políticos, ambos adoptados en 1966. El desarrollo de un instrumento sobre derechos ambientales podría basarse en los dieciséis principios marco desarrollados por el Relator Especial sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente. Los mecanismos existentes podrían hacer valer el derecho a un medio ambiente sano a nivel internacional.

Se destaca la importancia de codificar los principios del DIA y sugiere reunir los principios en un documento unificador con fuerza jurídica. Esto requiere un análisis sistemático o el reconocimiento regional de estos principios. Por ejemplo, el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia son apoyados por el derecho ambiental internacional en sólo dos regiones: a través de la Convención de Aarhus (Europa) y el Acuerdo de Escazú (América Latina y el Caribe). La

⁵⁸⁶ Kenig-Witkowska, M.M. (2018). The Draft Global Pact for the Environment. *Client Earth Prawniczy dla Ziemi Foundation*

aplicación legal de estos principios significaría extender su actual reconocimiento regional al nivel global. La creación de un marco normativo general que comprenda todos los principios existentes es una de las opciones a considerar. Las posibles interacciones entre un posible nuevo instrumento jurídico internacional y los principios existentes del derecho internacional del medio ambiente son preocupantes.

Principios como el de que quien contamina paga, prevención, precaución y evaluación ambiental aparecen dentro de un contexto muy específico en numerosos acuerdos multilaterales ambientales y en otros instrumentos de derecho indicativo, y han sido incorporados a estos instrumentos por razones específicas⁵⁸⁷.

De igual importancia es que algunos principios no se han incluido en ciertos AAM, lo que plantea la cuestión de si un pacto global superpondría principios que están ausentes en los citados acuerdos. En otras palabras, un documento global que integre múltiples principios sin un contexto específico, según los estudiosos, dificultaría la determinación del principio del instrumento que prevalecerá en caso de conflicto. Sin embargo, las relaciones entre los artículos generales y las disposiciones más específicas contenidas en los AAM, existentes podrían resolverse mediante una cláusula de conflicto⁵⁸⁸. Es importante tener en cuenta la causa probable de las eficiencias y comprender en qué medida las medidas propuestas se ocuparían de la dinámica subyacente y de las circunstancias especiales en los distintos países y regiones.

La propuesta de un pacto mundial se centra en la idea de transformar los principios del derecho indicativo en derecho vinculante mediante la adopción de un tratado multilateral jurídicamente vinculante. La asunción de partida es que la tasa creciente sin precedentes de deterioro del medio ambiente mundial exige la creación de un nuevo instrumento jurídico más eficaz y vinculante. Se trata de una tarea difícil, y muchos Estados miembros y analistas cuestionan que las nuevas leyes duras puedan dar lugar a la resolución efectiva de los problemas ambientales y a la viabilidad de tal medida en el actual clima geopolítico.

⁵⁸⁷ Biniarz, S. (2017). 10 Questions to Ask About the Proposed Global Pact for the Environment. *Sabin Center for Climate Change Law*. Columbia Law School.

⁵⁸⁸ Raith, J. (2018). The 'Global Pact for the environment': A new instrument to protect the planet? *Journal for European Environmental and Planning Law*, Vol. 15, Núm. 1, pp. 3-23.

Habrá que esperar a ver como evoluciona. La negociación de ese instrumento general, independientemente de su naturaleza jurídica, requeriría mucho tiempo y recursos. Además de los problemas que plantea la aplicación, puede mencionarse el valor añadido - posiblemente limitado - del posible nuevo marco como argumento clave en contra de su desarrollo.

Consideraciones sobre los regímenes regulatorios sectoriales

El marco de gobernanza internacional para la protección del medio ambiente tiene lagunas sustanciales, como los bosques, la contaminación plástica, el suelo, los derechos humanos, el cambio climático, los nanomateriales y algunas actividades de geoingeniería. Obviamente se necesita un análisis más detallado, en particular, para determinar dónde resulta más urgente actuar. Algunas lagunas pueden subsanarse mediante los acuerdos multilaterales existentes, pero otras podrían requerir nuevos instrumentos jurídicamente vinculantes. Por ejemplo, el grupo especial de expertos de composición abierta del PNUMA sobre desechos marinos y microplásticos ha debatido el posible desarrollo de una estructura mundial nueva y global complementada por las convenciones regionales y mundiales existentes. Sin embargo, los académicos y los responsables de la formulación de políticas han observado que la proliferación de los acuerdos multilaterales existentes ha causado fatiga en los tratados a medida que aumenta el reconocimiento de que el número de tratados no se correlaciona con su eficacia.

Con este fin, la atención se ha centrado en mejorar las sinergias entre los acuerdos multilaterales existentes para reducir la fragmentación institucional y mejorar la coordinación. El informe de la Secretaría General hace hincapié en que la agrupación de los acuerdos multilaterales existentes relacionados puede mejorar la coherencia de las políticas y garantizar una aplicación que se apoye mutuamente, elogiando los esfuerzos ya realizados en los grupos de productos químicos y desechos y en los grupos de la diversidad biológica. Otras soluciones blandas propuestas para reducir la fragmentación de los acuerdos multilaterales existentes incluyen:

- mapeo de los acuerdos existentes para identificar las lagunas e interrelaciones
- promover la presentación integrada de informes

- compartir las lecciones aprendidas y las mejores prácticas
- elaboración de directrices de aplicación para los acuerdos multilaterales ambientales y
- mejorar la cooperación entre los organismos científicos que apoyan los acuerdos multilaterales ambientales.

Estas inconsistencias se explotan por ciertas partes interesadas, tal y como lo demuestra el tráfico ilegal de vida silvestre y productos químicos, la eliminación destructiva de desechos y la caza furtiva. Sin embargo, los acuerdos multilaterales ambientales son instituciones dinámicas y en evolución, capaces de aprender y autocorregirse. Es necesario reformar los acuerdos multilaterales ambientales existentes para que puedan cumplir los mandatos que se les han encomendado. Esto requerirá la participación activa de los gobiernos con el apoyo de la sociedad civil y el mundo académico. Es necesario realizar un examen exhaustivo de las lagunas y deficiencias que dificultan la aplicación y el seguimiento efectivos y eficientes de los principales tratados mundiales sobre el medio ambiente para poner en marcha una reforma sistemática. Una revisión podría identificar las áreas que han progresado bien en los acuerdos multilaterales ambientales.

Por ejemplo, la Convención del Patrimonio Mundial ha tenido un impacto positivo en la conservación de la biodiversidad debido a su gran visibilidad y al compromiso de los países de aplicar las recomendaciones del Comité del Patrimonio Mundial. El análisis podría abordar las convenciones individualmente, así como las oportunidades concretas para mejorar las sinergias, por ejemplo, la posibilidad de desarrollar un sistema integrado de presentación de informes. Además, los datos sobre la presentación de informes podrían utilizarse mejor para hacer un seguimiento de los progresos y proporcionar información sobre el desempeño del sistema de tratados en su conjunto, mediante una base de datos consolidada y una plataforma en línea. Cualquier convención futura debe diseñarse para evitar los desafíos inherentes a los acuerdos ambientales multilaterales existentes. El papel de los acuerdos ambientales multilaterales en el tratamiento de los nuevos desafíos ambientales será indispensable si se diseñan en torno a prácticas que han demostrado ser eficaces. Sin embargo, una dimensión jurídicamente vinculante de los instrumentos recientemente negociados (como el Acuerdo de París) es

principalmente respecto del procedimiento y está relacionada con la realización de esfuerzos más que con el logro de resultados específicos⁵⁸⁹. Tras la negociación del Acuerdo de París, queda por ver si los nuevos acuerdos multilaterales ambientales dependan de la transparencia y la facilitación del cumplimiento para la rendición de cuentas y la eficacia, en lugar de en mecanismos tradicionales de aplicación y cumplimiento⁵⁹⁰.

Necesidad de fortalecer de la gobernanza ambiental a nivel internacional

Muchas de las deficiencias identificadas en el informe del Secretario General han estado en el centro de la reforma, incluidas las relativas a las sinergias entre los acuerdos ambientales multilaterales y otros órganos multilaterales, la financiación y la creación de capacidad, y la participación de las partes interesadas. El papel del PNUMA, en particular a través del Programa de Montevideo, es relevante para abordar las lagunas y deficiencias identificadas. Desde 1982, el Programa de Montevideo ha puesto de relieve las lagunas y los desafíos, y ha contribuido progresivamente a desarrollar principios y obligaciones jurídicas en el ámbito del medio ambiente. El programa ha sido reconocido por su labor de fomento de la capacidad, pero en general adolece de escaso interés por parte de los Estados miembros, a pesar de que fue concebido para sentar las bases de la labor del PNUMA “para promover el desarrollo del derecho internacional del medio ambiente con miras al desarrollo sostenible”. Hasta la fecha, los esfuerzos de reforma han pasado por alto esta función.

El Programa de Montevideo podría transformarse en una plataforma dinámica para detectar y abordar de manera proactiva las lagunas del derecho ambiental internacional, por ejemplo, vinculándolo más estrechamente con la labor científica del PNUMA, así como con la creación de capacidad a nivel regional. La posible elaboración de un nuevo tratado internacional general exige que se tengan en cuenta los posibles riesgos y oportunidades.

⁵⁸⁹ Bodle, Ralph (2016). The Paris Agreement: Analysis, Assessment and Outlook. En *Beyond COP21: What does Paris mean for future climate policy?*

⁵⁹⁰ Bodansky, D. Legally Binding versus Non-Legally Binding Instruments. *Towards a Workable and Effective Climate Regime*. Op. citada, pp. 155-166

Kotze y French⁵⁹¹ destacan que un pacto global daría la oportunidad de hacer un cambio de paradigma en el derecho ambiental internacional al ampliar su enfoque hacia un sistema más amplio de derecho del sistema terrestre - "Lex Anthropocenae" - centrado en los cambios biofísicos del planeta en el ámbito socioeconómico. Si bien una transformación tan ambiciosa podría no ser factible, el afianzamiento de un pacto en la ciencia podría llevarse a cabo teniendo en cuenta la opinión de que una legislación ambiental eficaz debe, como mínimo, impedir que las actividades humanas superen las fronteras planetarias.

En este punto me gustaría referirme a lo señalado por la politóloga Elinor Ostrom⁵⁹², Premio Nobel de Economía 2009 por su análisis de la gobernanza económica y especialmente de los recursos compartidos, el cambio climático es un mal mundial, de gran escala y largo plazo, y nadie está excluido del incremento de los GEI. Sin embargo, no se debe esperar a que existan soluciones globales para este problema, y no hay una única y simple salida. Por el contrario, en lugar de una gran solución global, debemos pensar en alternativas de múltiples escalas, con el reconocimiento de que, como individuos, podemos hacer la diferencia: *“No podemos esperar a que se resuelvan los debates y distintas posturas, y a que los grandes tomadores de decisiones emprendan acciones; tenemos que avanzar, porque no sólo se trata del calentamiento global, sino de la variabilidad climática, extremos meteorológicos, como la elevación del nivel del mar que provoca la pérdida de zonas costeras e islas”*.

Ostrom considera que la teoría de la acción colectiva tradicional se basa en el supuesto de las acciones en conjunto de los individuos y esa visión plantea que, si no hay acción colectiva, los individuos y gobiernos continuarán con el uso excesivo de energía; eso también lleva a muchos a recomendar acciones mundiales como las únicas posibles. La teoría convencional no es completamente cierta: si los usuarios de un recurso común perciben que tienen capacidad de decisión real, se comprometen y tienden a vigilar más. Por ello, Ostrom considera que se requiere

⁵⁹¹ Kotzé, L.J. & French, D. (2018). A critique of the Global Pact for the environment: a stillborn initiative or the foundation for *Lex Anthropocenae*? *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*. Vol. 18, Núm. 6, pp 811–838

⁵⁹² El concepto de bienes comunes en la obra de Elinor Ostrom: <https://www.ecologiapolitica.info/?p=957>. Véase además su obra, Ostrom, E. (1990) *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press

transformar los supuestos sobre la teoría tradicional y la escala de la acción necesaria, que no debe ser forzosamente global. Hay que basarse en la teoría de la conducta social humana, donde los individuos no siempre buscan sólo sus propios beneficios de corto plazo, porque mucha gente los hace en el largo, y no sólo para ella misma, sino para otros. Desde los vecindarios y hasta escalas mayores, debe llevarse a cabo la reducción de emisiones contaminantes; si lo hacemos, será más fácil replicarlo para otros. Hay que trabajar a nivel de las familias, empresas, comunidades. Más de 70 por ciento de toda la electricidad que se genera en Estados Unidos se usa para calentar, enfriar e iluminar edificios, prosiguió, y 20 por ciento de ella, podría ser ahorrada si se corrigieran fallos, como el mal funcionamiento.

Vinculación entre desarrollo sostenible y cambio climático: importancia de la labor de los sectores público y privado

Con carácter previo al análisis al régimen jurídico de protección de cambio climático, considero de vital importancia volver a incidir en la vinculación existente en los ODS y el cambio climático y la labor que han de jugar los diferentes stakeholders en este ámbito.

Agenda de desarrollo sostenible

En septiembre de 2015, más de 150 jefes de Estado y de Gobierno se reunieron en la histórica Cumbre del Desarrollo Sostenible en la que aprobaron la Agenda 2030. Esta Agenda contiene 17 objetivos de aplicación universal que, desde el 1 de enero de 2016, rigen los esfuerzos de los países para lograr un mundo sostenible en el año 2030. Los ODS son herederos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y buscan ampliar los éxitos alcanzados con ellos, así como lograr aquellas metas que no fueron conseguidas.

Estos nuevos objetivos presentan la singularidad de instar a todos los países, ya sean ricos, pobres o de ingresos medianos, a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el planeta. Reconocen que las iniciativas para acabar con la pobreza deben ir de la mano de estrategias que favorezcan el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales, entre las que cabe señalar la educación, la salud, la protección social y las oportunidades de

empleo, a la vez que luchan contra el cambio climático y promueven la protección del medio ambiente.

A pesar de que los ODS no son jurídicamente obligatorios, sino que operan como una suerte de soft law o autorregulación, se espera que los gobiernos los adopten como propios y establezcan marcos nacionales para su logro. Los países tienen la responsabilidad primordial del seguimiento y examen de los progresos conseguidos en el cumplimiento de los objetivos, para lo cual es necesario recopilar datos fiables, accesibles y oportunos. Las actividades regionales de seguimiento y examen se basarán en análisis llevados a cabo a nivel nacional y contribuirán al seguimiento y examen a nivel mundial.

Relación entre desarrollo sostenible y cambio climático

El cambio climático ya afecta a la salud pública, la seguridad alimentaria e hídrica, la migración, la paz y la seguridad. Si no se tiene en cuenta el cambio climático, este hará retroceder los logros alcanzados en los últimos decenios en materia de desarrollo e impedirá realizar nuevos avances.

Retomando lo indicado en la primera parte de este trabajo y tal y como ha manifestado el Premio Nobel de Economía, Willian Nordhaus⁵⁹³, frenar el alcance del calentamiento global es uno de los mayores retos a los que se enfrenta la sociedad actual. Se trata de un proceso enormemente complejo que implica tomar decisiones políticas, económicas y tecnológicas. Un proceso que pasa por tres claves ineludibles: entender y aceptar la gravedad del calentamiento global desconfiando de quienes proponen una y otra vez retrasar la adopción de soluciones; la aprobación de medidas que encarezcan las emisiones de CO₂ y otros gases de efecto invernadero por parte de los gobiernos; y, por último, buscar tecnologías que permitan realmente sustituir el uso de los combustibles fósiles, lo que requerirá una intensa colaboración entre los actores públicos y privados para conseguir grandes innovaciones.

En concreto, y respecto de las soluciones propuestas por Nordhaus, cinco son los enfoques existentes para atenuar el problema de las externalidades causadas por las emisiones de GEI:

⁵⁹³ Nordhaus, W. *The Climate Casino. Risk, Uncertainty, and Economics for a Warming World*. Op. citada.

- 1) Imposición de tasas: es la solución propuesta por Pigou en 1920 y consiste en un impuesto directo sobre el causante que origina la externalidad.
- 2) Derecho de propiedad: este sistema pretende transferir derechos sobre la propiedad entre agentes causantes de las externalidades. Exige el funcionamiento de un mercado eficiente que comercialice esos derechos e implica que la formación de precios viene dada por la oferta y la demanda de permisos para emitir, lo cual no siempre es cierto, dado que los gobiernos pueden conceder los permisos con un amplio margen de subjetividad.
- 3) Restricciones cuantitativas: se imponen restricciones para limitar el volumen de emisiones, creándose un organismo de control y vigilancia con capacidad de sancionar a las empresas que no observen las limitaciones impuestas. La Clean Air Act de 1977 implantó este modelo en Estados Unidos para el control de las emisiones de azufre en las nuevas plantas que se ponían en explotación.
- 4) Sistemas de responsabilidad civil: inscritos en el marco de la legislación de responsabilidad civil, el causante de las externalidades estaría obligado por ley a pagar los daños que hubiera causado a terceros.
- 5) Negociaciones privadas: desarrolladas en el marco de las leyes de responsabilidad civil, evitarían recurrir a la intervención directa del Estado.

Una solución que, de nuevo, pone de manifiesto la labor que el soft law juega en el ámbito climático.

En línea con lo propuesto por Nordhaus, las inversiones en desarrollo sostenible ayudarán a hacer frente al cambio climático al reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y reforzar la resiliencia al clima. Y a la inversa, las iniciativas en la esfera del cambio climático impulsarán el desarrollo sostenible. En este sentido es de relevancia destacar la labor de los inversores que, cada vez más, adoptan el papel de reguladores, tornándose en muy relevante el papel de los mercados financieros mundiales en la promoción de la sostenibilidad y los desafíos de

gobernanza derivados de este fenómeno⁵⁹⁴. Una gama creciente de instrumentos y estrategias financieras catalizan el deseo de los inversores y las corporaciones de apoyar una actividad comercial ambiental y socialmente sostenible.

Un ejemplo son los bonos verdes, una forma de financiación de la deuda cuyos ingresos se destinan específicamente a proyectos y actividades comerciales verdes respetuosos con el medio ambiente. Al haber surgido en los últimos tres años, se espera que los bonos verdes desempeñen un papel integral en la respuesta a la amenaza existente y a los enormes costes que plantea el cambio climático. En el aún incipiente mercado de bonos verdes faltan en gran medida los reguladores gubernamentales. En cambio, su gobernanza está descentralizada y está formada principalmente por regímenes de gobernanza privados (como normas de inversión, sistemas de certificación, calificaciones y evaluación de terceros), que compiten entre sí o colaboran entre sí para su adopción en el mercado. Como ya he señalado, en comparación con la regulación pública, la gobernanza privada es a menudo más rápida de aplicar y responde mejor a las necesidades de los participantes en el mercado, pero puede adolecer de falta de legitimidad, rendición de cuentas y coherencia. Para abordar estos déficits, en un futuro próximo veremos cómo se perfila un marco regulador híbrido público-privado para optimizar los intereses de los inversores y las partes interesadas.

Hacer frente al cambio climático y fomentar el desarrollo sostenible son dos caras de la misma moneda que se refuerzan mutuamente; el desarrollo sostenible no se logrará si no se adoptan medidas contra el cambio climático. Y a la inversa, muchos de los ODS abordan los factores desencadenantes del cambio climático.

La comunidad internacional, con la aprobación en 2015 del Acuerdo de París sobre cambio climático y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, ha introducido una nueva gobernanza en el tablero de la geopolítica mundial aplicable a todos los países, que requiere de nuevas fórmulas de cooperación. Ambos acuerdos están estrechamente relacionados: de los diecisiete ODS; siete tienen que ver directamente con el cambio climático y el medioambiente, y otros cinco se verán afectados irremediabilmente por los impactos que el cambio global está ejerciendo

⁵⁹⁴ Park, S. (2018) Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 54, Núm. 1.

en las zonas más vulnerables del planeta. Así, el Objetivo 13 se centra en la adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. Efectos que ya se están produciendo y que irán en aumento si, según los compromisos asumidos por cada país en el Acuerdo de París, no adoptamos políticas y medidas que contribuyan a conseguir que el incremento medio de la temperatura no sobrepase el umbral de los 2°C o el 1,5°C respecto a la era preindustrial.

Los gobiernos han dado una respuesta conjunta, indivisible y transversal apostando por un modelo innovador de desarrollo sostenible que requiere considerar tres dimensiones: económica, social y ambiental. Y va a demandar conocimiento, innovación tecnológica, y flujos de inversión. El medioambiente se ha colocado en la primera línea de las agendas políticas, y ha superado su ámbito sectorial y público para dar paso a una nueva economía mundial. Los ODS y el Acuerdo de París son una clara llamada a que todos participemos en las soluciones del nuevo modelo.

El reto va más allá del esfuerzo individual de un gobierno y, por ello, debe abordarse con la participación de todos: empresas, científicos, sociedad civil y administraciones. La adopción de acciones para combatir el cambio climático, orientando nuestros patrones de desarrollo hacia modelos de producción y consumo bajos en CO₂ para descarbonizar la economía, es la única manera de promover la paz, la prosperidad y el futuro sostenible de nuestras sociedades.

Para ello es necesario identificar ideas innovadoras, soluciones pioneras, nuevos modelos de negocio y partenariados. En otras palabras, esta innovadora y necesaria transformación deberá ser impulsada tanto desde el sector público, como desde el sector privado y financiero.

En la actualidad, el mundo está inmerso en una crisis energética que pone a prueba nuestra capacidad para mantener los niveles de vida en el Norte y mejorarlos en el Sur. Con la aceleración de la demanda de combustibles fósiles y el relativo estancamiento de los suministros, las bases fundamentales de nuestros sistemas de transporte, energía y agricultura están siendo cuestionadas. Los biocombustibles proporcionan una tecnología más factible que otras renovables que podrían servir inmediatamente para sustituir a los productos del petróleo en el

transporte. Sin embargo, los biocombustibles han sido muy vilipendiados por llevar a un aumento de los precios de los alimentos y por ser poco respetuosos con el medio ambiente.

Como ya ha puesto manifiesto Michael Barzelay, el cambio climático no sólo se ha tratado a través de iniciativas de los gobiernos y empresas, sino que también se ha hecho a través de iniciativas unilaterales, como el caso del etanol en Brasil. Es un ejemplo de cómo se han movilizado recursos financieros para apoyar programas que han tenido impacto en los sistemas energéticos y en las emisiones de gases de efecto invernadero. Es un ejemplo que proporciona lecciones a utilizar al definir paquetes de financiación para mitigación futura en países en desarrollo y muestra cómo se convenció⁵⁹⁵ al gobierno de Brasil a movilizar recursos para financiar fuentes de energía que en aquel momento no era competitivas, vis-à-vis las energías convencionales a las que estaban reemplazando.

Así, Brasil fue pionero en el uso de biocombustibles y es un caso clave para estudiar las posibilidades, las compensaciones, los costes y los beneficios del etanol como alternativa al petróleo. Brasil tiene un programa activo desde hace más de 30 años y es el líder mundial tanto en tecnología como en uso de etanol. Con economías de escala relativamente bajas, varios países en desarrollo podrían adoptar con éxito el sistema brasileño, reduciendo su elevada dependencia del petróleo. La evolución del sistema brasileño de etanol y sus parámetros son, por lo tanto, de interés primordial para los stakeholders en la política energética en todo el mundo.

Las políticas estatales brasileñas fueron directamente responsables del éxito del programa de etanol. Esencialmente, había tres aspectos clave de la intervención estatal para el éxito del programa⁵⁹⁶: establecer un apoyo al mercado en su fase de industria incipiente y durante su crisis de mercado; invertir en infraestructura y otras inversiones a largo plazo⁵⁹⁷, incluyendo investigación y desarrollo para permitir que

⁵⁹⁵ Vease en este sentido Barzelay, M. (1986). *The Politicized Market Economy Alcohol in Brazil's Energy Strategy*. (1ª ed.). California: University of California Press, p. 109: "My argument begins with a tautology: A political product that generates high levels of conflict among state officials with not benefit from a consistently favorable policy set unless the conflict is substantially resolved. With this tautology in mind, we can separate the struggle over policy into the twin processes of conflict generation and conflict resolution"

⁵⁹⁶ Vease en este sentido Barzelay, M. *The Politicized Market Economy Alcohol in Brazil's Energy Strategy*. Op. citada, p. 59: "This simple modeling exercise tells us that the selection of capital projects by private investors depends on three "independent" variables: current policy, investors' expectations of future policy, and market opportunities and risks"

⁵⁹⁷ Vease en este sentido Vease en este sentido Barzelay, M.: "The Politicized Market Economy Alcohol in Brazil's Energy Strategy. Op. citada, p. 58: This stylized analysis of the capital budgeting problem suggests how

los mercados de etanol funcionen con el aumento de eficiencia; y el retiro del apoyo estatal una vez que el mercado sea viable. El empuje del gobierno a la industria condujo directamente al avance tecnológico de los vehículos flexibles que ha hecho viable el mercado en las políticas a largo plazo dirigidas a apoyar el mercado, incluyendo los requisitos mínimos de mezcla, el precio floor, y los principales subsidios⁵⁹⁸.

Los principales impedimentos en este momento son la necesidad de inversión en infraestructura, como gasoductos para el desarrollo de las exportaciones, y los altos niveles de proteccionismo en el Norte. Sin embargo, el etanol a base de azúcar podría ser replicado en muchos otros países en desarrollo con grandes beneficios. Brasil muestra que existen alternativas viables a una economía basada exclusivamente en el petróleo, si el Estado está dispuesto a dar forma a los mercados y las tecnologías en direcciones productivas⁵⁹⁹.

Esta idea, que podemos llamar de enfoque experimental o más comúnmente llamado como mecanismo de prueba o error ha tenido muy recientemente un reconocimiento en su área económica en el último premio nobel de economía que ha sido otorgado a los economistas Abhijit Banerjee (MIT), Esther Duflo (MIT) y Michael Kremer (Harvard). Precisamente a Banerjee y Duflo se le ha galardonado, en su libro *Repensar en la pobreza*⁶⁰⁰, precisamente por “su enfoque experimental

the mutual adjustment process is structured by the investors' option to make their own resource allocation decisions. If we could complement this microeconomic analysis with an equally parsimonious description of the state's decision problem, the cells of Matriz 1 could be filled with ordered pairs, representing the payoffs of each outcome that would accrue to the two players. Then the equilibrium of the game could be predicted by invoking one of the familiar game theoretic solution concepts”.

⁵⁹⁸ Vease en este sentido Vease en este sentido Barzelay, M. *The Politicized Market Economy Alcohol in Brazil's Energy Strategy*. Op. citada, pp. 117-118: “Let us quickly retrace some steps before pushing on to analyze the conditions under which central decision makers are likely to be thwarted in their attempts to induce private resources to shift between sectors of the economy. We began with the simple point that political signals play an important role in helping investors forecast future policy. This role becomes even more important if investors use a model of the policy-making process to interpret political signals. By employing such a model, I argued, investors could more accurately estimate the probability that future policy would be less favorable than current policy. When favorable signals fail to generate optimistic expectations, economists say that the signals are “inefficient”. Similarly, when favorable political signals, such as a consistently favorable current policy set, do not engender optimistic expectations of future policy, we can say that political signals are inefficient. In a steered economy, inefficient political signaling obviously impairs central decisions makers' control of private investment flows”.

⁵⁹⁹ Vease en este sentido Vease en este sentido Barzelay, M. *The Politicized Market Economy Alcohol in Brazil's Energy Strategy*. Op. citada, p. 77: “Analytically, we have seen, the mutual adjustment process between state officials and private investors cannot be squeezed into either the categories of cooperative or noncooperative games. This process always falls short of cooperative game since state officials, in their attempts to lure private resources across sectors at to, cannot usually bind the government to a specific set of incentives at t1. Because of this constraint, the precision of government control over resource flows in steered economies depends heavily on whether investors fear that current policy and stated intentions are poor predictors of future policy”.

⁶⁰⁰ Duflo, E. & Banerjee, A. (2019) *Repensar la pobreza*. (1ª ed.). Madrid: Taurus.

para aliviar la pobreza mundial". Los estudios de esos autores han supuesto un cambio radical en cuanto a los análisis que se venían realizando respecto del modo y manera en que se podría incentivar o adoptar medidas de apoyo para el desarrollo económico para los países menos favorecidos. Su técnica se basa en la adopción de medidas y propuestas que estén asentadas en experimentos y en resultados de los mismos que permitan de esta forma garantizar el éxito de las medidas. Se trata de cambiar un análisis más macro de la economía que implica el desarrollo de medidas que en la teoría deberían funcionar por otras más ligadas a la relación causa-efecto que permite incrementar la eficiencia de los incentivos.

En esta línea, los autores premiados se preguntaron de qué manera desde la adopción desde determinadas decisiones que podían adoptarse por las políticas públicas a un determinado grupo seleccionado y comparar los resultados de los mismos. Con ello, se consiguen evidencias científicas rigurosas sobre el impacto real que tienen estas intervenciones en la lucha contra la pobreza y permite corregir de forma inmediata, aquellos desajustes que puedan aparecer. Quizás se pueda explicar a través de un ejemplo: en relación a la vacunación de algunas de estas zonas, se observó que si las vacunas eran gratis el incremento de la vacunación de población pasaba de un 18 a un 75% pero además si se incentivaba mediante unidades móviles el desplazamiento a los lugares donde se encontraba la población y se incentivaba la vacunación con una entrega de alimentos, los resultados son espectaculares.

Esta metodología permite dar una mayor relevancia a aquellas políticas públicas que basadas en la experiencia y en evidencias, consigue altas cotas de mejora en el bienestar de las personas y en el funcionamiento de la sociedad. No se trata por ello de políticas que intuyen que van a funcionar mejor o peor sino de políticas de incentivación que tiene demostración empírica de su correcto funcionamiento. Estas teorías se han puesto en marcha por organismos multilaterales y el banco mundial que han empezado a exigir el análisis y evaluación del impacto de las medidas programas de ayuda al desarrollo. Se trata de una nueva concepción de desarrollo de políticas públicas que debería ser asumido por aquellas agencias y organismos gubernamentales de todos los países con la finalidad de adaptar la

racionalidad de sus políticas, sobre todo las de fomento, al resultado de la experimentación.

Pero, además, y sin por supuesto menospreciar la labor de los Gobiernos, progresivamente, se está produciendo un importante cambio de mentalidad y de prioridades en el sector empresarial que, junto a los riesgos y amenazas que el cambio climático supone para una empresa y que, en consecuencia, conviene integrar en el balance, sabe aprovechar el factor positivo de las numerosas oportunidades de negocio asociadas al cambio climático. Asimismo, las inversiones en eficiencia, en mejoras tecnológicas se traducen en última instancia en ahorros, de modo que la apuesta por la acción temprana a favor de acciones que reduzcan nuestras emisiones contribuirá a una mayor competitividad del sector empresarial. Este camino ya se ha iniciado; los nuevos flujos de inversión verde y la creciente penetración de las energías limpias son buena prueba de ello.

No se trata de una misión imposible. España y la UE ya han probado que las políticas climáticas funcionan. Además, la descarbonización de la economía ofrece oportunidades de creación de empleo que debemos aprovechar. Estudios recientes indican que hacia 2030 se podrían crear en el mundo del orden de 380 millones de empleos verdes al año. Por ello, hoy podemos afirmar con rotundidad que la disociación entre el crecimiento económico y el crecimiento de las emisiones no sólo es posible, sino que es una realidad.

Involucrando a los sectores clave se apuesta, en definitiva, por dos políticas que van forzosamente unidas: la reducción de emisiones y el progreso hacia un nuevo modelo productivo y de consumo sostenible.

La labor de las empresas: ¿Cómo pueden las empresas contribuir al Objetivo 13?

Las empresas, sobre todo las grandes, ya están incorporando las metas del desarrollo como suyas⁶⁰¹. Y ése es un camino de ida y vuelta: las empresas

⁶⁰¹ Por ejemplo, empresas como Iberdrola han incorporado a su estrategia empresarial y a su Sistema de gobierno corporativo los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por la ONU en septiembre de 2015. el grupo Iberdrola enfoca su esfuerzo en el suministro de energía asequible y no contaminante (objetivo 7) y la acción por el clima (objetivo 13), y para ello ha creado un plan específico de incentivos a largo plazo. Además, el grupo contribuye directamente a asegurar agua limpia y saneamiento (objetivo 6), ha aumentado su inversión en actividades de I+D+i (objetivo 9), promueve el respeto hacia la vida de los ecosistemas terrestres (objetivo 15) y trabaja por establecer alianzas para lograr los objetivos (objetivo 17). La compañía también contribuye de manera indirecta al resto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y para su consecución ha lanzado una

contribuirán a profesionalizar y con ello mejorar las acciones que se orienten al desarrollo, pero el marco de los ODS contribuirá a que las empresas obtengan un matiz en la calidad de sus procedimientos, porque les permiten redefinir el valor de la empresa, no sólo el valor financiero, sino especialmente el valor social y ambiental. Las empresas pueden contribuir de diferentes maneras al Objetivo 13. Hay determinadas empresas cuyo núcleo de negocio está más directamente ligado a este objetivo⁶⁰², como las del sector energético o las del sector industrial. No obstante, todas las empresas, independientemente de su sector, pueden tomar medidas para contribuir a este ODS.

A nivel interno de la empresa algunas fórmulas de colaboración pasar por las siguientes:

- Elaborando estrategias y planes de actuación contra el cambio climático, midiendo la huella de carbono en todas las actividades de la empresa y estableciendo metas en relación a la reducción de emisiones de CO₂ a corto y largo plazo, a través de plazos e indicadores específicos.

primera línea de crédito con indicador sostenible. La aportación del grupo al desarrollo social y económico de las comunidades en las que opera y a la protección del medio ambiente se articula a través de su modelo de negocio energético sostenible. Asimismo, el programa internacional de Voluntariado Corporativo de Iberdrola está alineado con los ODS y enfocado, principalmente, en los objetivos número 3, 4, 7, 10 y 13. Este programa ha sido galardonado con el premio Innovation Award 2018 de la red IMPACT 2030, en la categoría *Sector Privado. Activación*, por ser "una empresa que innova para educar, inspirar y unir empleados alrededor de los ODS en su comunidad y brindar oportunidades para que sean agentes del cambio y consigan impacto". El grupo Iberdrola ha participado también en la puesta en marcha de SDG Evaluation Tool, una herramienta desarrollada por Trucost, referente en análisis de datos y riesgos aplicado al carbono y el medio ambiente, destinada a ayudar a las compañías a identificar riesgos y oportunidades de negocio alineándose con los ODS. Además, Iberdrola contribuye de manera indirecta al resto de los ODS, siendo de destacar la contribución al 5 (igualdad de género). En el grupo Iberdrola mantienen un firme compromiso con su capital humano como principal activo y clave de éxito, y apuestan por un modelo social comprometido con la excelencia profesional y la calidad de vida de sus empleados. Su política corporativa se enfoca a crear un marco favorable de relaciones laborales basado en la igualdad de oportunidades, la no discriminación y el respeto a la diversidad. El compromiso y la contribución del grupo Iberdrola con la no discriminación de género ha sido reconocido en 2019 por Bloomberg al incluir a la compañía en el 2019 Bloomberg Gender-Equality Index. Por segundo año consecutivo, es la única eléctrica española presente en este informe, que busca reconocer a aquellas empresas que hayan asumido un compromiso firme y sólido con la igualdad de género. Y es que Iberdrola, tal y como se recoge en su Política de Conciliación de la Vida Personal y Laboral e Igualdad de Oportunidades, considera que la igualdad entre hombres y mujeres forma parte de los valores esenciales de la compañía, y para ello ha puesto en marcha más de 70 medidas tan solo en España.

⁶⁰² De nuevo, viendo el caso de Iberdrola, la contribución a este ODS cabe resumirse en: (i) las emisiones de CO₂ de la compañía ya son un 57% inferiores a la media del sector eléctrico europeo (activos en Europa de las principales *utilities* 2017); (ii) Iberdrola se ha comprometido a reducir su intensidad de emisiones en el año 2030 un 50% por debajo de su nivel en 2007 y ser neutra en carbono en 2050; (iii) Iberdrola ha propuesto el cierre de todas sus centrales de carbón; (iv) La mayor planta fotovoltaica construida por Iberdrola en el mundo está en México; (v) Iberdrola se suma al primer observatorio de España para promover el uso del vehículo eléctrico y la extensión de la movilidad sostenible.

- Implantando sistemas de gestión ambiental certificados conforme a las normas ISO.
- Disminuyendo gradualmente el uso de combustibles fósiles en las operaciones de la empresa en toda su cadena de valor, y sustituir su uso por el de fuentes de energía renovable, para alcanzar la neutralidad de carbono en sus operaciones a largo plazo.
- Invirtiendo en tecnologías más sostenibles y menos intensivas en la emisión de carbono e introducir las progresivamente en las actividades e instalaciones de la empresa.
- Formando a empleados, proveedores y grupos de interés en la lucha contra el cambio climático, para capacitarlos en sus puestos y concienciarlos entorno al fenómeno.
- Integrando la cultura de lucha contra el cambio climático en la cadena de suministro, exigiendo a proveedores certificaciones y políticas ambientales y calculando las emisiones de carbono de los proveedores.
- Divulgando las actuaciones y resultados de la empresa en materia de cambio climático, a través de la memoria de sostenibilidad y otros medios.
- Fomentando la movilidad sostenible de empleados, proveedores y en relación a la distribución de productos y servicios, para reducir emisiones provocadas por el transporte terrestre, aéreo y marítimo.
- Establecer criterios de eficiencia energética, uso de energías renovables, reducción de emisiones y resiliencia a los desastres climáticos en los edificios e instalaciones de la empresa.
- Introduciendo la eco-eficiencia en las actividades de la empresa, utilizando los recursos naturales y materias primas de manera eficiente, empleando materiales reciclados y reutilizados y reduciendo los residuos y desechos en las actividades de la empresa.
- Respetando los ecosistemas y la biodiversidad en las operaciones de la empresa, llevando a cabo procesos para evitar impactos negativos en las áreas donde la empresa opere.

- Estableciendo medidas de eficiencia energética e invirtiendo en tecnologías de alta eficiencia a lo largo de la cadena de suministro, para ayudar a reducir el coste energético de todas las actividades de la empresa.
- Diseñando e implementando planes de mitigación de riesgos, preparación, respuesta y recuperación en relación a los desastres naturales a través de la cadena de valor, especialmente en zonas de alto riesgo.

A nivel externo de la empresa:

- Utilizando los productos y servicios de la empresa para encontrar soluciones al cambio climático, por ejemplo, una empresa del sector energético, utilizando fuentes de energía renovable incipiente como la biomasa o la geotérmica en detrimento de las fósiles o una empresa del sector de transportes, invirtiendo y utilizando vehículos limpios y no contaminantes.
- Creando herramientas que favorezcan el cálculo de la huella de carbono y el ahorro energético en las organizaciones y fomente la creación de alianzas entre diferentes actores.
- Creando campañas de publicidad y marketing para concienciar a la población sobre los impactos negativos del cambio climático.
- Promoviendo enfoques sectoriales en relación al cambio climático, para identificar soluciones y prácticas específicas para cada tipo de industria.
- Ofreciendo orientación a las autoridades públicas y otras empresas y compartiendo herramientas para que sus prácticas sean más respetuosas con el medio ambiente.
- Apoyando la participación del sector privado en las negociaciones internacionales en materia de cambio climático.
- Invirtiendo en I+D+I para encontrar nuevas soluciones al cambio climático.
- Difundiendo buenas prácticas en workshops y jornadas en materia de lucha contra el cambio climático en la organización.
- Apoyando la iniciativa “Caring for Climate” del Pacto Mundial de Naciones Unidas, destinada a guiar a las empresas en la lucha contra el cambio climático.

- Realizando proyectos de cooperación al desarrollo destinados a mitigar los efectos en las comunidades consecuencia del cambio climático, especialmente en relación a los grupos vulnerables.
- Creando alianzas público-privadas con ONG, universidades, sector público y otras empresas para realizar proyectos que contribuyan a la lucha contra el cambio climático.

ODS y futuro

Se han cumplido cuatro años desde que las Naciones Unidas aprobara la Agenda 2030 y, con ella los ODS, una hoja de ruta que define 17 ámbitos en los que trabajar para garantizar un desarrollo humano sostenible en los próximos años. Educación, colaboración e innovación son conceptos clave para poder alcanzar algunos de estos ODS. Pero, además, es preciso recuperar las esencias y elementos más transformadores que hicieron que la Agenda 2030 se contemplara como una oportunidad para los cambios que nuestro mundo necesita: su carácter universal, el diagnóstico de interdependencia de los grandes desafíos y la necesidad de abordarlos todos de forma conectada y simultánea en un trabajo armónico y sistémico que requiere coherencia entre todas las acciones emprendidas.

Los ODS han abierto un importante marco para que el sector privado entienda, interiorice y contribuya a solucionar los mayores retos que afectan a la humanidad y al futuro del planeta. Suponen una oportunidad, que podrán salir beneficiadas tanto por el proceso de alcanzar los ODS como por el resultado de poner fin a los problemas que abordan. Las generaciones de hoy y las próximas necesitan que lo hagamos mejor porque solo tenemos 11 años para alcanzar el futuro que imaginamos en la Agenda 2030. Para ello, es vital que los ODS o, al menos, el espíritu y los desafíos que hay detrás de ellos, han de estar integrados en la estrategia de ambas instituciones.

EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO: EL CAMINO HACIA EL PACTO MUNDIAL

Introducción

Como he señalado en las páginas anteriores, el soft law en el ámbito del DIA abarca a muchos y muy variados regímenes ambientales (protección de la fauna, fondo marino, cambio climático, etc.). Dado que es imposible centrarme en todos, he optado por analizar el régimen jurídico internacional en la lucha contra el cambio climático pues es este régimen el que, sin duda, ha tenido más desarrollo por las implicaciones que su falta de protección puede tener en la sociedad.

El medioambiente y, más en concreto, el cambio climático está cobrando cada vez más importancia, tanto en el sector académico como en el debate público y político. Cada vez existe una mayor evidencia científica de las catastróficas consecuencias del aumento de la temperatura terrestre y, sin embargo, da la impresión de que la política y el Derecho se muestran reacios a tomar medidas efectivas. Tras el fracaso de las negociaciones de la continuidad del Protocolo de Kioto, se puede afirmar que, por fin, la Sociedad Internacional llegó a un tratado internacional histórico: el Acuerdo de París.

Sí que me gustaría realizar una aclaración preliminar: la regulación del cambio climático se hace a diversas escalas (internacional, europeo y nacional), y aunque el Acuerdo de París sea el instrumento más global, ello no quita para que a nivel europeo, nacional o incluso autonómico puedan fijarse estándares que van más allá de aquél. Trataré de hacer referencias a todos estos niveles en las páginas que siguen.

Así, al igual que en la primera parte de este trabajo hablábamos de la necesidad de que en la regulación competencial por parte de un Estado se tuviera en cuenta la regulación de otros Estados del entorno o a nivel global como consecuencia de la presión competitiva que puede resultar del ajuste entre una u otra regulación, en el ámbito de la regulación de la protección medioambiental se produce un ejemplo claro de cómo la regulación nacional puede provocar efectos en la competencia internacional de las empresas en el sentido de que el establecimiento de unas normas estrictas puede originar obligaciones o cargas sobre las empresas

nacionales generando ventajas competitivas para las empresas extranjeras⁶⁰³. Sin embargo, como afirma los profesores Ballbé y Padrós⁶⁰⁴, esta afirmación choca con la realidad de que países con una estricta regulación como Estados Unidos y Alemania son los líderes del mercado.

En todo caso, lo que sí es necesario es que los Estados mantengan una regulación que no genere ineficiencias o desventajas competitivas por cuanto ello perjudicará a sus empresas nacionales. Para ello los Estados tienen los instrumentos necesarios que permitan a la vez aunar ambos esfuerzos: mantener la competitividad de sus empresas y una adecuada regulación medioambiental.

Además, y como consecuencia del efecto de la globalización cada vez nos encontramos más ante un mercado abierto que tiende hacia una homogeneización de sus normas por cuanto es una exigencia fundamental de la época en la que vivimos en el que quedaron obsoletas las ideas de proteccionismos estatal excesivo y la integración debe ser vista como un valor de un objetivo que permita mantener la diversidad dentro de unos ciertos parámetros. De esta forma esta homogeneización entre las regulaciones se puede producir en el ámbito internacional como consecuencia de la competencia que existe entre las soluciones legales que se dan en cada uno de los Estados lo que provoca que a la hora de someter a la legislación una determinada operación los agentes se sometan voluntariamente a las normas que consideran más fiables o competitivas⁶⁰⁵.

Mi objetivo en este apartado es analizar la importancia y repercusión que dicho Acuerdo ha supuesto en el régimen jurídico internacional de la lucha contra el cambio climático. Para ello, en primer lugar, haré un recorrido histórico por los precedentes del Derecho Internacional de la lucha contra el cambio climático, especialmente sus mayores exponentes: la CMNUCC y el Protocolo de Kioto (tanto el primer como el segundo periodo de aplicación). Posteriormente, me centraré en el análisis del Acuerdo de París, en particular, su peculiar naturaleza jurídica y las obligaciones que se desprenden de su régimen jurídico. Realizaré, además, una

⁶⁰³ En este sentido véase Stewart. (1992) Environmental Regulation and International Competitiveness. *Yale Law Journal*, vol. 102, nº 8, p. 20.41. Vid. los demás artículos de este número que analizan los efectos que la regulación tiene sobre la competitividad económica, desde diferentes perspectivas.

⁶⁰⁴ Ballbé, M. & Padrós, C. *Estado competitivo y armonización europea*. Op. citada.

⁶⁰⁵ Ballbé, M. & Padrós, C. *Estado competitivo y armonización europea*. Op. citada. En este mismo sentido también véase a Kay, J. & Vickers, J. (1990). Regulatory reform: an appraisal. En: *Deregulation or Reregulation*. (1ª ed.) Londres: Majone

breve referencia a lo logrado en la última COP en Katowice, por la relevante que ha supuesto en garantizar el futuro del acuerdo de París y lo que se ha concluido en la COP 25 celebrada en Madrid. Finalmente, trataré de evaluar si la proclamada importancia del Acuerdo de París es tal o, si, por el contrario, es un acuerdo más en la historia de la lucha contra el cambio climático que poco va a aportar a evitar el calentamiento global. Seguidamente, me referiré a la estrategia climática de la UE, el actor internacional más comprometido hasta la fecha con la lucha contra el cambio climático, haciendo mención especial a su régimen de comercio de derechos de emisión y al futuro europeo de la acción por el clima. Finalizaré con una breve referencia al estado de la cuestión en España, que se basa en meras declaraciones de intenciones y queda como asignatura pendiente para el siguiente Gobierno que se forme consecuencia de las elecciones de noviembre de 2019.

El cambio climático en el ámbito del DIA

Los científicos medioambientales entienden el cambio climático como un cambio estable y durable en la distribución de los patrones de clima en periodos de cambio que van desde décadas hasta millones de años. Para nuestro trabajo, tiene más sentido aplicar este concepto a la política medioambiental, definiéndolo como el calentamiento global antropogénico, es decir, aquel aumento de las temperaturas causado por la acción humana. Como es bien sabido, los efectos sobre la vida humana, animal, vegetal, así como sobre el clima y el propio planeta se antojan bastante perturbadores, como está poniendo continuamente de manifiesto la comunidad científica y, más de nuestro interés, la Asamblea General de Naciones Unidas en diversas resoluciones. En definitiva, el cambio climático se presenta como *“una cuestión moral”*, en palabras del Secretario General de las Naciones Unidas⁶⁰⁶.

Si bien el problema del cambio climático puede estudiarse desde diferentes enfoques – económico, científico, tecnológico, político o social – en el presente trabajo me centraré en su perspectiva jurídica y, en concreto, en el prisma adoptado por el DIA. Esta decisión se justifica en el propio adjetivo que califica al

⁶⁰⁶ El Secretario General de ONU, Ban Ki-moon lo ha repetido en varios contextos, por ejemplo, junto al Papa Francisco en Ciudad del Vaticano. Diario La Nación del 28/05/2015. Recuperado el 16/02/2017 de <http://www.lanacion.com.ar/1788278-para-francisco-y-ban-ki-moon-lucharcontra-el-cambio-climatico-es-unacuestion-moral>.

calentamiento como global, pues si algo demuestra la experiencia científica es que los problemas a los que nos estamos enfrentando como sociedad no pueden resolverse desde un prisma estatal, propio del Derecho Público, sino más bien desde el Derecho Internacional Público y, por tanto, conviene utilizar como herramienta su propio ordenamiento jurídico. Como expone el profesor Juste Ruiz, se pueden enumerar cuatro peculiaridades que, por un lado, van a dotar al cambio climático de características propias que van a informar la regulación jurídica internacional que se va a ir adoptando en cada momento histórico y que, por otro lado, van a justificar dicho enfoque global.

En primer lugar, se afirma que la regulación del cambio climático debe tener un carácter internacional por sus efectos deslocalizados. Los puntos de emisión de los gases de efecto invernadero – o la lluvia ácida, por ejemplo – se encuentran en todo el planeta, así como los efectos de dichos fenómenos. Es más, la relación causa y efecto que suele verificarse en todo problema jurídico es imposible de observarse en la problemática del cambio climático. Al igual que en otros ámbitos del DIA, los regímenes jurídicos pasan por determinar dicha relación de causalidad, como es el caso de la contaminación de un río, en que suele ser fácil comprobar cuál es el Estado contaminante y cuál es el Estado perjudicado; las características propias de los gases de efecto invernadero – su origen y sus consecuencias – hacen imposible determinar dicha responsabilidad vecinal, quedando como única alternativa la llamada a la Comunidad Internacional.

En segundo lugar, cabe mencionar el carácter aleatorio de los efectos del cambio climático, que limita la capacidad cognitiva de los científicos. Así, con el estado de los conocimientos actuales, es muy difícil predecir, más allá de su fehaciente carácter catastrófico y perturbador, cuáles serán en concreto las consecuencias de un aumento de la temperatura terrestre y dónde se producirán éstas. Se sabe, pues, que el cambio climático es responsable de la desertización, de la sequía extrema, del aumento de la pluviosidad, de las salvajes tormentas, de los flujos masivos de refugiados ambientales o de islas que se verán sepultadas por el aumento del nivel del mar a causa del deshielo de los polos. Sin embargo, determinar qué regiones de la Tierra quedarán inundadas o privadas de agua es harto difícil de predecir. Por

ello se habla de un contenido variable⁶⁰⁷: “*El contenido y alcance del derecho no pueden ser, pues, únicos y uniformes, sino diversos por dependientes de las regulaciones de las diversas dimensiones o, dicho de otra forma, el goce pleno y efectivo de un medio ambiente sano o saludable tiene como presupuesto la acción positiva y continuada de los poderes públicos. Lo que remite a su necesario carácter prestacional o, si se prefiere y en terminología del Tribunal Constitucional español, su condición de derecho de configuración legal. Lo que en definitiva significa: su dependencia de aquella acción positiva normativa y ejecutiva de los poderes públicos o, en otros términos y hoy por hoy, de la acción del doble escalón de las organizaciones internacionales y de los Estados nacionales*”.

En tercer lugar, y derivado también de la dinámica de los gases de efecto invernadero, nos encontramos con el problema temporal. Normalmente, el derecho internacional se enfrenta a situaciones con ciclos cronológicos cercanos que van a resolverse en un horizonte temporal más o menos próximo. Sin embargo, los efectos del cambio climático se manifiestan a muy largo plazo, pues se producen con retardo. Así, los actuales problemas que estamos viviendo son fruto del proceso de deterioro medioambiental iniciado con la revolución industrial del siglo XVIII, y las malas políticas medioambientales del presente tendrán su coste ambiental en sucesivas generaciones. Esto tiene una implicación política crucial y es que cualquier medida encaminada a luchar contra el medio ambiente beneficiará a los responsables de las políticas públicas del futuro, produciendo a los actuales únicamente perjuicios económicos – y electorales – pues las políticas ecológicas se caracterizan por su alto coste político e impopularidad.

Bodansky⁶⁰⁸ nos ilustra los límites que la política impone a la acción por el cambio climático en el caso paradigmático de Estados Unidos, donde la mayoría de uno de los principales partidos políticos se cuestiona abiertamente la ciencia que subyace al cambio climático, haciendo imposible promulgar una adecuada legislación preventiva y la ratificación de convenciones internacionales. En efecto, el cambio climático requerirá a las sociedades e individuos llevar a cabo medidas potencialmente costosas para abordar estas amenazas inciertas y de largo plazo.

⁶⁰⁷ Luciano Parejo, A. (2015) *El Derecho ante la Innovación y los Riesgos Derivados del Cambio Climático* (1ª ed.). Madrid: Tirant Lo Blanch.

⁶⁰⁸ Bodansky, D. *Legally Binding versus Non-Legally Binding Instruments*. Op. citada.

Asimismo, implicará virtualmente el uso de casi todas las políticas internas de un Estado, desde la energética a la de transportes, pasando por la agraria.

Un cuarto y último problema, siguiendo a Juste Ruiz, aparece a la hora de considerar el papel del crecimiento económico y el desarrollo de los países. Las políticas medioambientales realizadas hasta la fecha ponen de relieve la necesidad de los Estados parte en desarrollo y los Estados parte menos adelantados de desarrollarse de manera sostenible, lo cual es directamente imposible para estas economías sin una ayuda externa pues, de base, un desarrollo sostenible es mucho más costoso que el desarrollo clásico de los países emprendido durante los siglos precedentes, basado en la industrialización y el comercio internacional. Así, ecologismo y crecimiento económico se plantean como conceptos antitéticos, ambos deseables y difíciles de conjugar. Junto a estos problemas básicos se plantean otros problemas éticos como, ¿es justo imponer a un Estado sumido en la pobreza la obligación de no contribuir al cambio climático mientras su población vive en la miseria? Como veremos en el apartado siguiente todas estas cuestiones han sido tenidas en cuenta a lo largo de la evolución del régimen jurídico internacional de lucha contra el cambio climático.

Como ya he indicado, el cambio climático y el desarrollo sostenible no pueden ser dos eventos separados, inevitablemente tienen que ir de la mano. El desarrollo sostenible se entiende como el uso de los recursos naturales con el fin de satisfacer las necesidades del presente, pero teniendo en cuenta también las necesidades de las generaciones futuras, entendiendo que el uso de los recursos debe ser de forma racional y gradual. Si no hay una preocupación por establecer políticas que hagan frente al cambio climático, los problemas en el futuro se agudizarán. Es importante generar conciencia de que el mundo no es solo el presente, debemos cuidarlo con miras a que nuestros hijos y nietos puedan tener un lugar apto para vivir y esto, es parte del desarrollo sostenible. Por lo tanto, debemos entender que la práctica de los recursos de forma sostenible debe ser el motor de lucha en los próximos años. El cambio climático es una realidad que no podemos negar, pues hagamos del

desarrollo sostenible el arma para combatirla, generando consciencia, actuando responsablemente, cuidando la naturaleza y trabajando en conjunto⁶⁰⁹.

El camino de Río 1992 a París 2015

Antes de analizar el actual régimen jurídico internacional de la lucha contra el cambio climático, recogido en el Acuerdo de París de 2015, me gustaría recordar el principal precedente del Derecho Internacional relativo al cambio climático, especialmente la CMNUCC, el Protocolo de Kioto y el segundo periodo de aplicación del Protocolo de Kioto, el cual ha convivido con la gestación del Acuerdo de París.

Pese a que existen precedentes más remotos, un hito en la historia de la lucha contra el cambio climático lo supuso el ya citado Informe Brundtland– oficialmente llamado *Nuestro futuro común* o *Our Common Future* en su versión original – elaborado por una serie de Estados en 1987, pertenecientes a la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, encabezada por la primera ministra noruega, Gro Harlem Brundtland. Este Informe constata que el actual avance social se está llevando a cabo a un coste medioambiental muy elevado y emplea por primera vez el término desarrollo sostenible, entendiéndolo como aquel nivel de desarrollo económico que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones.

Así, una gran mayoría de Estados comenzó a preocuparse a finales de los años ochenta por el fenómeno del cambio climático y diversas Resoluciones de la Asamblea General⁶¹⁰ reconocieron que el cambio climático era una preocupación común de la humanidad y determinaron la necesidad de actuar con urgencia para tratar el problema. Además, se firmaron otras declaraciones internacionales como la Declaración de la Haya sobre el Medioambiente de 1989, firmada por veinticuatro Estados que llamaba a establecer una nueva autoridad institucional bajo el auspicio

⁶⁰⁹ Cima, Dolores (2017). Cambio climático y desarrollo sostenible: dos factores que se retroalimentan. En <https://www.unir.net/ingenieria/revista/noticias/cambio-climatico-y-desarrollo-sostenible-dos-factores-que-se-retroalimentan/549203025118/>

⁶¹⁰ En diciembre de 1988, la Asamblea General de Naciones Unidas dictó la Resolución titulada “Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras” (A/RES/43/53), que dispone que los cambios climáticos constituyen una preocupación común de la humanidad, haciendo suya la decisión de establecer el Grupo Intergubernamental sobre cambios climáticos, encargado de proporcionar evaluaciones científicas de la magnitud de los cambios climáticos, coordinadas internacionalmente).

de las Naciones Unidas para combatir el calentamiento global y para negociar los instrumentos legales necesarios.

Más interés tiene la creación de un órgano subsidiario de asesoramiento científico, técnico y tecnológico, que se creó bajo el impulso del PNUMA y la Organización Meteorológica Mundial en 1988, bajo el nombre de Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés *Intergovernmental Panel on Climate Change*)⁶¹¹. Se creó con la misión de “*analizar, de forma exhaustiva, objetiva, abierta y transparente, la información científica, técnica y socioeconómica relevante, para entender los elementos científicos del riesgo que supone el cambio climático provocado por las actividades humanas, sus posibles repercusiones y las posibilidades de adaptación y atenuación del mismo*”

Como destaca Lago Candeira⁶¹², es llamativo que, en el caso del cambio climático, precediera el órgano técnico a la estructura jurídica y política (que sería la futura Convención de 1992). Este Panel se creó “*con la finalidad de proporcionar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta*”, siendo su principal producción los informes periódicos de evaluación del cambio climático a escala global.

El primer Informe, de 1990, fue el detonante fundamental para el inicio de las negociaciones en la elaboración de un tratado internacional sobre el cambio climático, bajo el amparo de la tutela de Naciones Unidas. Dicho informe constató que la concentración de GEI estaba llevando al aumento de la temperatura, lo que conllevaba a cambios climáticos, generando la información que llevó a la Asamblea General de la ONU a establecer un Comité Intergubernamental de negociación de una convención sobre cambio climático. Así se llegó a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992. Finalmente, al acabar la quinta sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro – Cumbre de la Tierra de Río –, se adoptó la CMNUCC de 9 de mayo de 1992.

⁶¹¹ Organización Meteorológica Mundial Res. 4 (EC-XL) –Intergovernmental Panel on Climate Change. Recuperado el 16/02/2017 de https://www.ipcc.ch/docs/WMO_resolution4_on_IPCC_1988.pdf.

⁶¹² Lago Candeira, A. (2016). El Acuerdo de París. ¿Solución al cambio climático o el principio del fin del actual multilateralismo ambiental? *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, Núm. 14, pp. 20-32

La CMNUCC tiene en su haber el ser el primer acuerdo internacional sobre tema climático con un cierto contenido vinculante si bien que ese carácter vinculante podemos definirlo de grado menor o derecho suave⁶¹³ ya que el texto está lleno de formulaciones genéricas y de compromisos con un cierto grado de imprecisión pero con un objetivo común cual es el de avanzar en la consecución de unas metas que es el estabilizar al menos la emisión de gases de efecto invernadero⁶¹⁴, además se trata de un convenio marco que prevé un desarrollo posterior a través de normas particulares, característica que ayuda a que hablemos de una normativa suave donde el contenido obligacional deberá recogerse con posterioridad en los protocolos de desarrollo⁶¹⁵. Ello se refleja no solamente en un lenguaje de carácter aspiracional donde se utiliza fundamentalmente los compromisos donde los Estados deberán realizar alguna cosa, sino también en el hecho de que la consecución de tales objetivos está supeditada a los propios intereses de los países que lo suscriben tal y como recoge el artículo 4 de la CMNUCC.

La repercusión de esta Convención ha sido clara, tanto que el ex vicepresidente de Estados Unidos, Al Gore y el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas, ganaron el premio Nobel de la Paz en 2007 por alentar la toma de conciencia respecto al cambio climático.

La Conferencia de Río

La conferencia de Río constituye otro de los hitos destacados en el proceso de construcción del DIA. Su objetivo es limitar la concentración de los gases que producen el efecto invernadero evitando con ello los perniciosos efectos que tienen para la biosfera. Esta CMNUCC es una convención marco cuyas obligaciones no precisaban ni recogían ni plazos para su ejecución, ni cifras concretas en las que los Estados se comprometían a su reducción o fijación de límites de las emisiones. Una vez más, nos encontramos ante una convención que establece un listado de compromisos vagos y genéricos para intentar atraer lo más posible el mayor número de adhesiones de países al objetivo común que se persigue con ella. En

⁶¹³ Juste Ruiz, J. *Derecho internacional del medio ambiente*. Op. citada

⁶¹⁴ El artículo 2 respectivo señala: "El objetivo último de la presente Convención... es lograr... la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel *debería lograrse en un plazo suficiente* para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático".

⁶¹⁵ Kiss, A. & Shelton, D. *International Environmental Law*. Op. citada

buena parte el objetivo se consiguió cuando a comienzos de 1997 la convención contaba con 166 partes.

Un buen ejemplo de estos compromisos vagos o genéricos es la redacción del artículo 4.2 A en donde los Estados se comprometen específicamente a: *“Cada una de esas Partes adoptará políticas nacionales y tomará las medidas correspondientes a mitigación del Cambio Climático, limitando sus emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero (...). Esas políticas y medidas demostrarán que los países desarrollados están tomando la iniciativa en lo que respecta a modificar las tendencias a más largo plazo de las emisiones antropógenas de manera acorde con el objetivo de la presente Convención, reconociendo que el regreso antes de fines del decenio actual a los niveles anteriores de emisiones antropógenas de dióxido de carbono u otros gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal contribuiría a tal modificación (...)”*⁶¹⁶.

Se confirma con ello la declaración programática del convenio, cuya finalidad va más bien encaminada a conseguir unos principios comunes aceptados por todos los países que la exigibilidad y el carácter coercitivo de esos compromisos. Creo que es muy destacable este mecanismo que permite una manifestación global de una voluntad política que es un nada despreciable primer escalón en la lucha contra el cambio climático⁶¹⁷.

Lo destacado de este mecanismo es la fijación de un sistema que permita revisar esos objetivos en reuniones posteriores incrementando, en la medida de los posible, el nivel de compromiso de estos objetivos genéricos. Así, la primera reunión de conferencia de partes se produjo en Berlín en abril de 1995. De ahí surgió el denominado mandato de Berlín, por el que se decidió reforzar los compromisos alcanzados en el convenio mediante la suscripción de un protocolo o

⁶¹⁶ Gutierrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada.

⁶¹⁷ En este sentido profesor Gutierrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada: *“Así las cosas, el avance de la Convención en este asunto radica más en su propia existencia, en la voluntad política de los Estados partes de hacer públicas sus aspiraciones, que en una normativa sólida y precisa por ella establecida. Y su éxito en manos queda de la citada voluntad de quienes la elaboraron. Felizmente, de momento la han demostrado cuando cinco años después de la Convención elaboraron el Protocolo de Kyoto (1997), escalón importante en el asunto que merece algunos comentarios”*. Véase a su vez Juste Ruiz, J. & Castillo Daudí, M. (2014). *La Protección del Medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*. (1ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

cualquier otro instrumento vinculante. Otro hito importante que representa esta conferencia de Berlín es el compromiso de los Estados más desarrollados en avanzar en la reducción de emisiones, aunque no haya expresamente un compromiso adicional. Esto es identificado por algunos autores como una aceptación implícita de los postulados de los países del tercer mundo que defendían, en definitiva, que aquellos que habían generado el problema debían ser los que más colaboraran en su solución⁶¹⁸.

Inicialmente firmada por 155 Estados, la CMNUCC entró en vigor el 21 de marzo de 1994 y, a día de hoy, cuenta con 197 Estados Parte que la han ratificado (UE inclusive), convirtiéndose pues en un instrumento jurídico casi universal. La primera característica que es reseñable de la CMNUCC es su carácter Marco, lo cual implica que debe enmendarse o desarrollarse con el tiempo para que los esfuerzos frente al calentamiento atmosférico y el cambio climático puedan orientarse mejor y ser más eficientes.

Como expresa el artículo 2, su objetivo es lograr *“la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”*. Se declara asimismo que *“ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”*.

La Convención hace caer su carga más pesada sobre los países industrializados o, en la jerga diplomática, los países incluidos en el Anexo I, que son básicamente los países desarrollados pertenecientes a la OCDE. Instaura de esta manera la CMNUCC el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, distinguiendo, a la hora de aplicar sus medidas, entre países en vías de desarrollo y países desarrollados. En este sentido, la Convención pide que los Estados Parte

⁶¹⁸ Véase profesor Gutierrez Espada, C. *La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo*. Op. citada: *“Es importante el dato, pues la Conferencia parece aceptar en lo fundamental una vieja tesis del Tercer Mundo: los creadores del problema (al del Cambio Climático me refiero) han sido “otros” no ellos (los Estados industrializados); digo, no obstante, en lo fundamental, pues parece innegable que al ritmo que van algunos de los “Estados del Sur” pronto ellos también estarán contribuyendo y decisiva mente a su agravamiento. La Conferencia de Partes creó un grupo de trabajo ad hoc para aplicar el mandato de Berlín, que mantuvo a lo largo de 1995, 1996 y 1997 ocho reuniones, y elaboró el Proyecto de texto que sirvió de base a las negociaciones de la Cumbre de Kyoto (diciembre 1997)”*.

establezcan balances precisos y periódicamente actualizados de las emisiones de gases de efecto invernadero (art. 4.1.a)) y que hagan todo lo posible por reducir las emisiones de las chimeneas y tubos de escape y que aporten la mayor parte de los recursos necesarios para los esfuerzos que se deban realizar en otros lugares.

Es interesante observar la naturaleza jurídica de las disposiciones que contiene la Convención, todas ellas caracterizadas por ser normas de soft law, lo cual es propio de un acuerdo marco, pues suelen establecer obligaciones generales, crear arreglos institucionales básicos o determinar procedimientos para la adopción futura de obligaciones más precisas en protocolos subsecuentes. Por tanto, suscribiendo las palabras de Nava Escudero, *“no sorprende que este tratado tenga un alto contenido de normativa suave”*⁶¹⁹.

Dentro de dichos arreglos institucionales, es reseñable la creación de la Conferencia de las Partes (COP, por sus siglas en inglés, *Conference of Parties*), órgano supremo de la propia CMNUCC, a quien le corresponde examinar la aplicación del tratado y de todo instrumento jurídico conexo que adopte, así como tomar las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz del mismo (artículo 7 de la Convención). Como veremos en los siguientes epígrafes, la Conferencia se reúne anualmente durante dos semanas bien en la ciudad sede de su secretaría, Bonn, o bien en cualquier otra ciudad que se ofrezca como anfitriona, lo cual suele ir rotando por los cinco continentes. Básicamente, cada año desde 1995, las naciones que son partes de la CMNUCC se han juntado para reuniones de la COP y cada una de estas conferencias se celebra para discutir cómo el mundo puede trabajar de manera conjunta para resolver el problema del medio ambiente. La última COP se celebró en Madrid durante los primeros días de diciembre de 2019.

Por último, y en relación con las normas procedimentales, es importante señalar una limitación que establece el artículo 15 de la Convención: Para tomar decisiones en relación a la CMNUCC, se debe alcanzar el consenso, pues los Estados no han alcanzado un acuerdo sobre posibles procedimientos de votación para cuando no sea posible alcanzar el consenso. Esto implica directamente que la disensión de uno de los 196 Estados Partes supone un derecho de veto, reduciendo las

⁶¹⁹ Nava Escudero C. *El acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático*. Op. citada.

negociaciones no ya a un mínimo común denominador, sino al interés individual de cada Estado Parte.

En definitiva, la CMNUCC fue el primer paso, la respuesta política internacional al cambio climático comenzó con la adopción de la misma, que establece un marco para la acción cuyo objetivo es la estabilización de la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera, para impedir “*interferencias antropógenas peligrosas*” en el sistema climático.

El Protocolo de Kioto de 1997

Primer periodo de vigencia

Tras la entrada en vigor de la CMNUCC, el año siguiente se tuvo la primera reunión de la COP en Berlín, donde se acordó que los compromisos de reducción de emisiones por parte de los países desarrollados del art. 4.2 de la Convención no estaban siendo correctamente implementados y se pensó en crear un instrumento jurídico que mejorase su implementación. Un año después, en 1996, la COP-2 se reunió en Ginebra y adoptó una Declaración ministerial instando también a la creación de un instrumento jurídico fortalecedor. Ambas aspiraciones se harían realidad con el Protocolo adoptado en Kioto el 11 de diciembre de 1997.

Como decíamos antes, la CMNUCC es un acuerdo marco que preveía el desarrollo posterior a través de protocolos. Para ello se creó el órgano específico, la conferencia de partes, a quien corresponde la aplicación y el impulso de la convención para promover la aplicación eficaz del mismo mediante los correspondientes protocolos (artículos 7 y 17 de la Convención). Estos protocolos deberían ya tener compromisos más específicos que permitieran avanzar en la consecución del objetivo genérico plasmado en la convención. Sin embargo, ello no significa que estos protocolos estén completamente carentes de postulados o enunciados de soft law y que incluso se mantengan ciertas limitaciones o condicionantes en función de las circunstancias particulares que concurren en los países. Esta fórmula corresponde a la necesidad de esquivar resistencias de algunos países que de no haber sido así no hubieran suscrito el acuerdo. En esta línea el protocolo de Kioto constituye el primer paso de avance después de la CMNUCC, pero esta redacción ambigua o de derecho suave fue criticada por

algunos autores al entender que era un avance simplemente cosmético y que, por lo tanto, no aportaba los beneficios que se esperaban de él⁶²⁰.

Es cierto que el protocolo de Kioto podía haber sido más ambicioso en cuanto al objetivo de reducción de emisiones, pero también debemos ser conscientes de las dificultades que entrañaba el poner en marcha un mecanismo de estas características e imponer medidas de reducción sin discriminación alguna sobre todo en relación a los países en vías de desarrollo. Algunas de las críticas en esta línea se basan precisamente en los efectos perniciosos de esta discriminación positiva en favor de los países en vías de desarrollo ya que se considera que con esta medida se ha provocado un desplazamiento de las emisiones sucias de los países desarrollados a los países subdesarrollados o en vías de desarrollo con lo que el efecto no ha sido ni siquiera neutro sino negativo⁶²¹.

El Protocolo de Kioto puede concebirse como un instrumento con medidas y objetivos individuales concretos y jurídicamente vinculantes de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para todos aquellos Estados que figuren en el llamado Anexo I, es decir, los Estados desarrollados. En concreto, los Estados que ratificaron el Protocolo se comprometieron a reducir sus emisiones en al menos un 5% con respecto al nivel de 1990 durante el período 2008-2012. Es reseñable cómo la UE ejerció un papel preponderante en esta cuestión comprometiéndose a unas reducciones del 8%. Por su parte, el Protocolo fue mucho más laxo con los países en desarrollo, estableciendo únicamente la obligación de que cumplieran con los compromisos que ya hubiesen suscrito previamente.

Además de las propias medidas nacionales de reducción de emisiones que los países puedan aprobar, el Protocolo propone como novedad una serie de mecanismos que podrían ayudar a los Estados Parte a cumplir sus compromisos. Sin perjuicio de que más adelante analice cómo la UE ha articulado dichos mecanismos, vamos a mencionar en qué consiste cada uno de ellos.

⁶²⁰ Al respecto, véase Antal, E. (2004). *Cambio climático: desacuerdo entre Estados Unidos y Europa*. (1ª ed.). México: Plaza y Valdés-UNAM, Centro de Investigaciones sobre América del Norte. Véase lo señalado en Beyerlin. *International Environmental Law*. Op. citada.

⁶²¹ Esta crítica la tenemos en Klein, N. & Santos, A. (2015). *Esto lo cambia todo. El capitalismo contra el clima (Estado y Sociedad)*. (1ª ed.). Barcelona: Paidós.

En primer lugar, tenemos el comercio de los derechos de emisión, un instrumento basado en el mercado que, según el artículo 17 del Protocolo, permite que los países que tengan unidades de emisión de sobra (emisiones que tienen permitidas, pero a las que no llegan) vendan ese exceso de capacidad a países que sobrepasan sus metas.

En segundo lugar, nos encontramos con el mecanismo de desarrollo limpio (**MDL**) el cual, según el artículo 12 permite que un país que en virtud del Protocolo de Kioto haya asumido el compromiso de reducir o limitar las emisiones (Parte del anexo B) ponga en práctica proyectos de reducción de las emisiones en países en desarrollo. A través de tales proyectos se pueden conseguir créditos por reducciones certificadas de las emisiones (**RCE**), cada uno de los cuales equivale a una tonelada de CO₂, que cuenta para el cumplimiento de las metas. El MDL es un buen ejemplo de intentar conjugar los dos objetivos antitéticos de desarrollo y protección del medioambiente.

En tercer lugar, nos encontramos con la posibilidad de aplicación conjunta del Protocolo, según su artículo 6, permitiendo que un Estado Parte que en virtud del Protocolo de Kioto se haya comprometido a reducir o limitar sus emisiones (Parte del anexo B) gane unidades de reducción de las emisiones generadas en un proyecto de reducción o eliminación de las emisiones de otra Parte del anexo B, cada una de ellas equivalente a una tonelada de CO₂, que cuenta para el logro de su meta de Kioto. En definitiva, viene a ser una aplicación del MDL referida a un proyecto realizado en un país desarrollado en vez de en vías de desarrollo.

Otra novedad de Kioto es la importancia dada a los llamados sumideros de carbono, entendidos como diversas formas de mejorar la retención natural de carbono (como océanos o bosques en formación). En este sentido, el artículo 3 permite a los países con grandes bosques deducir una cierta porción de sus emisiones, facilitando el acceso al nivel de emisiones fijado.

El Protocolo crea un Comité Encargado del Cumplimiento con una doble función de facilitación y control de los objetivos propuestos. Asimismo, dentro de la Conferencia de las Partes de la CMNUCC, se organiza en cada encuentro una reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto.

Valorando la importancia del Protocolo de Kioto, cabe decir que su principal debilidad fue la negativa de Estados Unidos de ratificarlo, pues no estaba dispuesto a asumir unos objetivos de reducción jurídicamente vinculantes mientras sus principales competidores, en especial China, un importante contaminador, no iban a asumir ninguna obligación de reducción pues no se encontraban en el Anexo I de la Convención de países desarrollados. Pese a la negativa de Estados Unidos (que representaba en el momento el 25% de las emisiones totales a nivel mundial), el Protocolo pudo entrar en vigor pues lo aprobaron “*al menos 55 Partes de la Convención cuyas emisiones totales representasen por lo menos el 55% del total de las emisiones de dióxido de carbono de las Partes del Anexo I correspondiente a 1990*”. Fue clave para la ratificación la estrategia diplomática que la UE tuvo que seguir con Rusia (17% de las emisiones totales) para poder sacar adelante el Protocolo. Desde el punto de vista de las fortalezas, su importancia reside en que ha sido el primer instrumento jurídico vinculante en materia de cambio climático, teniendo en cuenta todas las peculiaridades que hemos dicho, especialmente que solo afecta a los países desarrollados.

Finalmente, el Protocolo de Kioto entraría en vigor el 16 de febrero de 2005, para su primer periodo de aplicación de 2008 a 2012, pasando de los iniciales 37 Estados Parte firmantes a 193, entre ellos, la UE en bloque. Pese a la tardanza de su entrada en vigor, a partir de 1997 se sucedieron diversas COP para precisar las distintas normas y procedimientos necesarios para la aplicación de los elementos del Protocolo de Kioto. Así, la COP-4 de Buenos Aires se centró en el mecanismo de control de cumplimiento del Protocolo que no llegaría a aprobarse ni allí ni en la COP-6 celebrada en la Haya. No sería hasta la COP-7 de Marrakech que se elaboraría un completo y riguroso documento jurídico acerca de la ejecutividad del Protocolo, facilitando, promoviendo y exigiendo el cumplimiento de los compromisos asumidos.

El segundo periodo de vigencia del protocolo de Kioto: Las negociaciones internacionales en el contexto de la COP

Tras el Protocolo de Kioto, se empezó a negociar un nuevo acuerdo internacional a la vez que se empezó a idear el nuevo periodo de vigencia del Protocolo. En este apartado analizamos dichas negociaciones internacionales sobre el futuro post-

Kioto y, especialmente, la política que la Unión Europea ha emprendido para estos fines.

A partir del año 2005, los Estados Partes de la Convención comenzaron a plantearse qué ocurriría una vez finalizase el periodo de aplicación del Protocolo de Kioto en 2012. Se llegó a una triple conclusión: se precisaba de más tiempo para dar una respuesta al cambio climático, más esfuerzo en la reducción de emisiones y deberían incorporarse al sistema propuesto todos los miembros de la sociedad internacional. En relación a la última conclusión, cabe recordar que el Protocolo de Kioto no fue ratificado por Estados Unidos y por otra serie de Estados que en su momento se consideraron en vía de desarrollo, pero que no cabe duda de que son fuertes potencias emergentes económicamente que contribuyen ampliamente a la emisión de gases de efecto invernadero. Estamos hablando de Estados como China, India, Brasil, México, Sudáfrica y Corea del Sur, cuya relevancia económica actual nadie pone en entredicho.

En 2005, en la COP-11 de Montreal (primera Conferencia de los Miembros del Protocolo, o CMP-1), se inició el proceso para negociar el futuro acuerdo sobre reducción de emisiones que sustituyera al Protocolo de Kioto en 2012, creándose un Grupo de Trabajo ad hoc. Un año después, en la CMP-2/COP-12 de Nairobi, se plantearon tres modelos posibles sobre el futuro régimen de lucha contra el cambio climático:

1. Continuar definiendo nuevos compromisos para los países desarrollados a partir del 2012. Esta opción planteaba el problema de la resistencia tanto de Estados Unidos como de los países emergentes; acentuando la de por sí ya tensión existente entre las actuaciones llevadas a cabo en el marco de la Convención y aquellas enmarcadas en el Protocolo de Kioto, pues Estados Unidos era Parte en la primera pero no en el segundo²⁷.
2. Establecer nuevas acciones de cooperación a largo plazo entre todos los países.
3. Establecer procedimientos para aprobar compromisos voluntarios de todos los Estados Parte de la Comisión. Como veremos, esta opción planteada por la delegación rusa saldría adelante en el modelo del Acuerdo de París.

En 2007 en Bali⁶²², se aprobó el “Plan de acción de Bali” el cual, de manera novedosa, establecía el procedimiento de negociación para adoptar un nuevo instrumento jurídicamente vinculante por parte de todos los Estados Parte de la Convención, enmarcándose así en la segunda propuesta de la COP de Nairobi.

Este Plan llevaría a la reunión de Copenhague en 2009⁶²³ donde se acumularon muchas expectativas sobre alcanzar un novedoso acuerdo jurídicamente vinculante. Se propuso por primera vez establecer como objetivo reducir al menos un 50% las emisiones de CO₂ en el año 2050 respecto a 1990, con el objeto de mantener el aumento de la temperatura mundial por debajo de 2° C. En este sentido, se establecía por primera vez en este ordenamiento jurídico un enfoque bottom-up, según el cual se dejaría a los Estados Partes del Anexo I que voluntariamente establecieran los compromisos de reducción de emisiones a que se iban a comprometer. Para el resto de Estados que no formaban parte del Anexo I también se les imponía el deber de adoptar medidas de mitigación, de forma voluntaria y con apoyo financiero (comenzando a erosionar de esta manera el tradicional principio de diferenciación). A este último efecto se creó el Fondo Verde del Clima y se recogieron novedades en materia de transferencia de tecnología.

Como vemos, en Copenhague confluyeron las dos líneas en las que se estaba desarrollando el Derecho del Cambio Climático: por un lado, los partidarios del régimen de Kioto a través de los objetivos de Montreal de 2005 y sus desarrollos y, por otro lado, las Partes de la Convención a través del Plan de Acción de Bali.

Sin embargo, el ambicioso Acuerdo de Copenhague terminó siendo un estruendoso fracaso de la diplomacia internacional debido a una importante brecha entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo, que llevó a que en la fase final de las negociaciones se intentara llegar a un texto consensuado entre un grupo pequeño de países con escasa transcendencia. Al final, Estados Unidos y China lideraron una propuesta que no logró el consenso de la COP, siendo pues rechazado en cuanto tratado jurídicamente vinculante y reduciéndose su importancia a un mero acuerdo político redactado en términos abstractos.

⁶²² (COP-13/CPM-3)

⁶²³ (COP-15/CMP-5)

Un año después, en Cancún⁶²⁴, se aprobaron los Acuerdos de Cancún, los cuales carecen de eficacia jurídica vinculante, limitándose a aprobar el procedimiento de prórroga del Protocolo de Kioto ante el fracaso de encontrar un nuevo Acuerdo. Asimismo, se realizaron otros pequeños progresos como la implementación del Fondo verde para el clima, el establecimiento de un mecanismo de apoyo a la adaptación, incentivos para reducir emisiones debidas a la deforestación y nuevos mecanismos de medición, información y verificación.

En la siguiente reunión en Durbán en 2011⁶²⁵ se amplió el Protocolo de Kioto a un segundo periodo de cumplimiento, que debería comenzar en 2013 hasta el 31 de diciembre de 2017 (o de 2020), si bien hay que reconocer que este primer sistema carecía de la fuerza necesaria para ser efectivo pues Estados Unidos siguió estando ausente y determinados países clave como Japón, Rusia o Canadá lo abandonaron, quedando el Protocolo de Kioto casi como un asunto de carácter europeo.

En la reunión de Doha de 2012⁶²⁶, se adoptó finalmente la decisión de prorrogar durante un segundo periodo de vigencia el Protocolo de Kioto, del 2013 al 2020, con un objetivo medio de reducción del 18%. Probablemente el único valor de esta COP fue subrayar el papel de la UE como líder mundial en compromiso y acción medioambiental.

El Acuerdo de París de 2015

A continuación, analizaré el contenido del Acuerdo de París, comenzando por el proceso negociador y su entrada en vigor, sus objetivos, su naturaleza jurídica y, finalmente, los principales instrumentos que incorpora para cumplir sus fines.

Acuerdo de París: Predominio del soft law

En el ámbito del derecho internacional no cabe duda que el instrumento principal es el Tratado, utilizando este término para identificar un Tratado en concreto con características definidas o bien un concepto más genérico donde podríamos incluir cualquier suerte de instrumento vinculante en el ámbito del derecho internacional. Desde el punto de vista legal el Convenio de Viena de 1969 establece en su

⁶²⁴ (COP-16/CMP-6)

⁶²⁵ (COP-17/CMP-7)

⁶²⁶ (COP-18/CMP-8)

articulado 2 que Tratado es “*un Acuerdo Internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya consta en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”.

En ocasiones el término Tratado se reserva para aquellos instrumentos que versan sobre temas o materias de mayor importancia, aunque esto no es un criterio inequívoco puesto que es un muy común la utilización de concepto genérico de tratado de cualquier instrumento⁶²⁷. Lo que sí que es relevante es la naturaleza jurídica vinculante que va ligada al concepto utilizando otras como puede ser carta o declaración para la identificación de instrumentos de diferente naturaleza. En este sentido la Carta Mundial de la Naturaleza del 28 de octubre de 1982 que no es un Tratado jurídicamente vinculante. Sin embargo, una vez más nos encontramos con que la realidad práctica nos lleva a constatar que esta separación tiene sus excepciones como es uno de los Tratados más importantes en el ámbito internacional como es la carta de organización de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 y que es un verdadero Tratado.

Vemos por tanto que desde el punto de vistas lingüístico no será posible establecer un criterio que nos permita discernir de una forma clara cuando estamos hablando de una norma jurídicamente vinculante (*hard law*) o una norma que no goza de esa naturaleza vinculante (*soft law*), teniendo en cuenta en todo caso que cuando hablamos de vinculante no podemos asimilarlo de forma idéntica a una norma de derecho interno. Dicho de otra forma, las obligaciones internacionales surgidas de los Tratados tienen naturaleza de obligación y de coercibilidad, pero de una forma diferente a las que surgen del derecho interno⁶²⁸. Esto significa que el carácter jurídico obligatorio de los Tratados podría existir aún sin el concepto complementario de sanción en la idea tradicional que conocemos, pero no podría existir sin el concepto de exigibilidad de un Estado hacia otro como consecuencia

⁶²⁷ Para más detalles, véase Palacios Treviño, J. (2007). *Tratados. Legislación y práctica en México*. (4ª ed.). México: Secretaría de Relaciones Exteriores-Universidad Iberoamericana.

⁶²⁸ Véase Seara Vázquez, M. Derecho internacional público. Op. citada: “*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*”.

de suscribir el Tratado internacional⁶²⁹. Esto es será necesario que se hayan adoptado las normas internas previstas en los ordenamientos jurídicos de los países a efectos de haber sido debidamente recepcionados en el Derecho Interno⁶³⁰.

Lo que sí deberíamos hacer es diferenciar la existencia de este tipo de Tratados o Acuerdos internacionales que no pierden el carácter de derecho vinculante a pesar de que no lleven anexas la sanción por su posible incumplimiento de aquellos otros supuestos en el que conviven dentro de la misma norma derecho vinculante con soft law, identificándose estas partes del Tratado como declaraciones de intenciones, compromisos, aspiraciones pero que no solamente no tendrían sanción sino que no serían vinculantes. Dentro de ellas podríamos incluir una pluralidad de denominaciones como declaraciones, políticas aspiracionales y de una forma genérica derecho blando o soft law. Es indudable que el desarrollo que ha experimentado en los últimos años el soft law en el ámbito del derecho internacional ha superado todas las expectativas y, aquello que era un primer momento una excepción o una peculiaridad, se ha generalizado en los últimos años en el ámbito del derecho internacional y son múltiples los autores que analizan su influencia⁶³¹.

En la parte general de este trabajo ya hemos mencionado las diferentes posturas doctrinales sobre la existencia del soft law y los intentos de clasificación del mismo tratando de articular diferenciaciones como la de legal o non legal soft law o bien aquellos más extremos que entienden que cuando no hay fuerza vinculante no estamos ante un auténtico law.

Con independencia de ello en el ámbito del derecho internacional y con arreglo del convenio del Viena y tal y como se recoge en la CE los Tratados internacionales válidamente celebrados y recepcionados en el derecho interno son normas jurídico

⁶²⁹ Peters, A. & Pagotto, I. *Soft law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective*. Op. citada: En esta línea hay autores que defienden que la existencia o no de sanciones no es un elemento constitutivo del derecho y no serviría, por tanto, como criterio para distinguir una norma vinculante de otra que no lo es

⁶³⁰ En este sentido debemos recordar el artículo 96.1 de la Constitución Española de 17 de diciembre 1978 recoge expresamente que "los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno.

⁶³¹ En este sentido referencias como las de Shelton, D. *Comments on the normative challenge of environmental soft law*. Op. citada.; Toro Huerta, M. El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. Op. citada; Casese, A. *International Law*. Op. citada; y Herdegen, M. (2005). *Derecho internacional público*. (1ª ed.). México: Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

vinculantes. Ello no es obstáculo para que dentro de ese tratado internacional podamos encontrar normas de derecho duro que exijan actuaciones concretas o impongan, en su caso, sanciones por el posible incumplimiento con otro tipo de normas de derecho blando o flexible donde haya una menor o menor graduación de sus obligaciones pero que no podemos negar que tenga relevancia jurídica teniendo en cuenta que, como hemos dicho en varias ocasiones en este trabajo, esa naturaleza pseudo obligacional o de finalidad teológica de la norma de *soft law* ejerce en muchas ocasiones una influencia mayor que el derecho tradicional siendo así mismo antecedente inmediato de éste. Diferenciar dentro de un mismo Tratado cuando nos encontramos ante una norma de cada uno de estos tipos no es una tarea fácil y será preciso realizar un análisis caso por caso sin que podamos establecer una regla firme⁶³².

En el ámbito del DIA que estamos analizando es donde mayor crecimiento se ha producido de la coexistencia de *soft law* junto a derecho regular hasta el punto que ha sido denominado por el profesor Juste Ruiz como “fenómeno dominante”⁶³³ tomando una gran variedad de manifestaciones. La razón es evidente y hemos hablado en este trabajo en varias ocasiones de ella y no es otra que la extremada utilidad de este tipo de normas que permite una mayor flexibilidad para alcanzar consenso entre los Estados en materias medioambientales que serían difíciles de conseguir mediante instrumentos directamente vinculantes, es lo que el profesor César Nava denomina como un win-win escenario⁶³⁴. A ello debemos unir la

⁶³² En este sentido, Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del Soft law en el Régimen Climático*. Op. citada: “Tercero, y no obstante lo anterior, admitimos, como lo hacen otros doctrinarios, que no es fácil distinguir cuándo una norma en un tratado es de *hard law* y cuándo de *soft law* (o cuándo es más rigurosa o cuándo es menos suave). Desde luego, hay que atender al origen y características del precepto mismo (es decir, intencionalidad, negociación, redacción, lenguaje, precisión, generalidad, etcétera), y al hecho de sentirse obligado por una norma, pero no siempre existe la nitidez normativa que se quisiera para lograr tal diferenciación”.

⁶³³ Juste Ruiz, J. *Derecho internacional del medio ambiente*. Op. citada.

⁶³⁴ En este sentido Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del Soft law en el Régimen Climático*. Op. citada. “Independientemente de la existencia de otros criterios que pudieran ser útiles en la identificación de normas de *soft law* en los tratados (como detectar la falta de mecanismos normativos o institucionales para el cumplimiento de un precepto convencional determinado), es relevante referirnos a dos de las razones más importantes por las que los Estados optan por este tipo de normas. En primer lugar, la propia flexibilidad o elasticidad de la norma de *soft law* permite a los Estados alcanzar cierto consenso respecto a un asunto ambiental, lo cual no se lograría si la naturaleza misma del precepto fuera muy rigurosa. Esto se explica en parte porque los Estados pueden tener intereses políticos y socioeconómicos muy divergentes sobre un tema, que les impidan llegar a un acuerdo en relación con la adopción de una obligación ambiental común.⁶¹ Entre más vaga, imprecisa, genérica o relativizada se encuentre la norma, el Estado podrá adecuarse con mayor facilidad a ella, sin la presión del cumplimiento forzoso de la misma o de la posibilidad de ser sancionado por incumplimiento. En segundo lugar, la norma de *soft law* es una herramienta muy útil que supone (aunque no infaliblemente) un escenario donde todos los Estados y el objetivo del tratado en cuestión puedan beneficiarse (*win-win* escenario), al menos en términos temporales y con la expectativa de que así será. En efecto, el derecho suave convencional destraba no sólo

extraordinaria proliferación que en los últimos años ha experimentado el DIA con el consiguiente desarrollo del soft law.

Este método para adquirir obligaciones internacionales contractuales en materia medioambiental (esto es el sistema de convenciones marco, seguidas de protocolos) supone que la obligación internacional se adquiere de manera dosificada en dos etapas. En la primera, las partes negocian en una convención un acuerdo marco, el cual conmina a las partes a cooperar en la realización de determinados objetivos de protección medioambiental, y donde no se prevén obligaciones concretas a cargo de las partes⁶³⁵. Posteriormente, las partes de la convención negocian protocolos por separado, cada uno de los cuales establece en forma de obligación la ejecución de medidas específicas para el logro de los objetivos propuestos en la convención⁶³⁶.

En el ámbito del DIA, uno de sus elementos configuradores, como hemos señalado antes, es el buscar la consecución de unos objetivos o metas ambiciosas. Para ello la utilización del soft law es el instrumento que permite conseguir estas declaraciones programáticas y que se plasma en muchas ocasiones en un alto contenido aspiracional que estos Tratados o normas de derecho internacional contienen. Esto se refleja mediante la inclusión de unos principios comunes a los Estados firmantes y que, constituyen la plasmación de un eje rector que debe inspirar su actuación y regir su comportamiento⁶³⁷.

aspectos de difícil consenso entre las partes, sino también cuestiones relativas a conductas o resultados que supondrían una respuesta rápida o sujeta a plazos muy específicos, pero que no siempre es bienvenida. En ocasiones, los Estados prefieren actuar con cierta cautela, a mediano o largo plazos, esperando la cooperación y el financiamiento de otras naciones u organizaciones inter nacionales; a veces esta conducta es resultado de la naturaleza del problema ambiental a enfrentar.⁶² A su vez, se abre la posibilidad de consolidar procesos que formen hacia el futuro obligaciones de hard law. Recordemos que ante la negativa de ciertos Estados para adoptar compromisos vinculantes en tal o cual sentido en un tratado, un precepto de soft law podría dar la pauta para que su contenido se incluya posteriormente en otros instrumentos.⁶³ Así como el soft law puede crear más soft law, también puede crear hard law. Esto contribuye, como ya lo señalamos, a la formación eventual y hacia el futuro del derecho internacional convencional o consuetudinario”.

⁶³⁵ Así, por ejemplo: Convención de Viena para la protección de la capa de ozono. ILM, 25, pp. 1529, 1532 y 1533.

⁶³⁶ Así, por ejemplo: Protocolo de Montreal sobre sustancias que dañan la capa de ozono (ILM, 26, p. 1541), que se negoció para fijar los medios necesarios para alcanzar los objetivos de la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono.

⁶³⁷ Cada autor realiza las especificaciones pertinentes sobre lo que para ellos significa el *soft law*. En este mismo sentido, por ejemplo, en Bodansky, D. *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?* Op. citada; Dupuy, P. *Soft Law and the International Law of the Environment*. Op. citada; Guruswamy, L. & Leach, M. (2003). *International Environmental Law*. (2ª ed.). London: Thomson-West; Kiss, A. & Shelton, D. *International Environmental Law*. Op. citada; Maljean-Dubois, S. (2011). *The Making of International Law: Challenging Environmental Protection*. En *The Transformation of International Environmental Law*. (1ª ed.). London: English Pedone; y Rey Caro, J. *Temas de derecho internacional ambiental*. Op. citada.

Estos principios en muchas ocasiones son ubicados dentro de las declaraciones programáticas o preámbulos de los Tratados debiendo diferenciarse estos principios aspiracionales de carácter medioambiental de los principios generales del derecho internacional⁶³⁸. De esta forma, algunos autores hablan de la existencia de “*principios fundamentales del derecho internacional ambiental*” para diferenciar los primeros de los segundos⁶³⁹.

Como mencionábamos anteriormente estos principios cuando pasan de la declaración programática o de los preámbulos internacionales a insertarse dentro del propio contenido del Tratado se incrementa un grado más el carácter obligacional de ese principio⁶⁴⁰. Esta mudanza de los principios de derecho internacional medioambiental de la parte programática o no obligacional al contenido más vinculante se podría producir también como consecuencia del derecho convencional o del derecho consuetudinario postura esta defendida por algún sector de la doctrina internacional⁶⁴¹. Ello sería posible por la frecuente referencia que se hace a la aplicación de estos principios en normas de derecho internacional e incluso en resoluciones de la Corte Internacional de Justicia⁶⁴².

La utilización de estos principios tiene, en opinión de algunos autores, una doble finalidad por cuanto si bien es cierto, como hemos dicho, que son la plasmación de un objetivo común y ambicioso para la protección y desarrollo de normas

⁶³⁸ En este sentido, véase Sands, J. *Principles of International Environmental Law*. Op. citada.

⁶³⁹ En este sentido, ejemplos son Kiss, A. (1976). Survey of current developments in international environmental Law. *Revue Juridique de l'Environnement*, Vol. 2; y Nava Escudero, C. (2005). Guía mínima para la enseñanza del derecho internacional ambiental en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 38, Núm. 113, pp. 815-844, y Juste Ruiz, J. *Derecho internacional del medio ambiente*. Op. citada.

⁶⁴⁰ En este sentido Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del Soft law en el Régimen Climático*. Op. citada: “*Es común que estos principios, originariamente plasmados en instrumentos de derecho suave, sigan siendo soft al insertarse en un tratado, particularmente cuando el propio principio en texto convencional se liga a verbos o expresiones como los arriba descritos. Esto sucedió en su momento con el principio de precaución en la CMNUCC (adoptada el 9 de mayo de 1992), la cual incluyó en diversas ocasiones el verbo “deberían”, y dejó como potestativa la cooperación entre aquellas partes que estén interesadas para hacer frente al cambio climático. Así lo establece el artículo 3.3 de dicho tratado: Artículo 3. Principios.3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas. Algo similar podría ocurrir cuando se incorporan principios generales de derecho al tratado. Es el caso del tema de la responsabilidad y reparación de daño, donde ha llegado a utilizarse un lenguaje en “tono esencialmente exhortatorio, cercano a un pronunciamiento de mera lege ferenda”.*”

⁶⁴¹ Véase lo que al respecto explica Kerbrat, Y. & Maljean-Dubois, S. (2011). *The Transformation of International Environmental Law*. (1ª Ed.). London: Pedone Hart, p. 88.

⁶⁴² Más detalles en Sands, P. H. *Principles of International Environmental Law*. Op. citada, p. 236.

medioambientales no es menos cierto que el hecho de que estén redactados de una forma amplia, laxa o ambigua, sirve también para enmascarar o encubrir posibles desacuerdos que puedan existir entre los destinatarios⁶⁴³.

Sin embargo, en mi opinión lejos de constituir eso un elemento criticable, creo que es extremadamente útil el que las discrepancias no provoquen la paralización de un posible acuerdo o transacción. De hecho, creo que esta es una de las grandes aportaciones que el soft law ha realizado al DIA, por cuanto su utilización permite continuar avanzando en la plasmación de objetivos y en la búsqueda de un compromiso cada vez más vinculante en la lucha contra el cambio climático. Si fuera preciso el compromiso firme y jurídicamente vinculante de los Estados para llegar a suscribir un acuerdo internacional creo que estaríamos muy lejos del punto en el que nos encontramos ahora mismo. Los avances que se han producido en los últimos 25 años en las normas de acuerdos internacionales son, en mi opinión en buena medida fruto de la adecuada utilización del soft law como instrumento de consenso y de creación de conciencia jurídica internacional.

Consideraciones previas

Después del Protocolo de Kioto los Estados firmantes de la CMNUCC fueron conscientes de la necesidad de avanzar de una forma más decidida en la consecución del objetivo de reducir las emisiones sustituyendo por ello este primer protocolo por otro más ambicioso que permita tener unos principios reforzados en la lucha contra el cambio climático. Sin embargo, las primeras reuniones desarrolladas en las sucesivas COP de Copenhague y Cancún en el año 2009 y 2010 y en ninguna de ellas se alcanzó en un acuerdo que permitiera alcanzar.

Ante este impase, la Cumbre de 2012 celebrada en Doha acordó ciertas modificaciones del protocolo de Kioto señalando un segundo período de ocho años que alcanzaba hasta el 2020 a la vez que fijaba nuevos compromisos de limitación

⁶⁴³ En este sentido Nava Escudero, C. *El acuerdo de París. Predominio del Soft law en el Régimen Climático*. Op. citada, p. 118. "Lo criticable de estas razones es que no representan en lo absoluto la mejor respuesta que plantea un problema ambiental de características globales para un accionar concreto, rápido y específico de los Estados. Si bien las normas de soft law en los tratados sirven para consolidar principios básicos ambientales, guiar o dirigir el comportamiento y conducta de las partes contratantes, y constituirse como un antecedente del derecho duro, también son utilizadas para enmascarar desacuerdos interestatales y la falta de compromisos verdaderos de algunos Estados para enfrentar conjuntamente dilemas de la mayor trascendencia. Conducirse de manera laxa, posponer decisiones, o comportarse de tal o cual manera en la medida en la que otros se comporten sin sentirse obligados a ello, es característico de la norma convencional en el derecho internacional ambiental".

o reducción de emisión para ese periodo, pero manteniendo los mecanismos flexibles que había establecido Kioto. Junto a ello la gran aportación de la conferencia de Doha es el compromiso de los Estados firmantes para firmar un nuevo acuerdo mundial en el 2015. Este es el origen del acuerdo de París que se alcanzó in extremis a finales de ese año 2015.

De nuevo el acuerdo supone una conjunción de normas hard law y soft law pero se incluyen determinados principios que supone un avance con relación al texto anterior de esta forma se habla de conceptos como la justicia climática, los estilos y pautas de producción sustentables y se reconoce que el problema del cambio climático es un problema de toda la humanidad sin embargo no son pocos los que critican que para la consecución de ese objetivo de reducción de emisiones y de mantener el incremento de la temperatura del planeta por debajo de los dos grados no se acordarán compromisos rígidos, vinculantes, sino mediante figuras y estructuras de soft law⁶⁴⁴. La consecución de los objetivos fijados se realizará mediante las contribuciones que debe realizar cada uno de los países a la reducción de las emisiones. Para ello, cada Estado deberá presentar sus propuestas de reducción con la finalidad de que la suma de todas ellas logre los objetivos o metas que habían sido fijados en el acuerdo. Estas metas deberán ser renovadas cada 5 años y deberá ser cada una de ellas más ambiciosa que la anterior. Por ello, un objetivo vinculante, como es el de la reducción de las emisiones, se regula a través de un mecanismo flexible como son estas contribuciones que deben realizar cada uno de los países⁶⁴⁵. Este es quizá uno de los elementos que más críticas ha recibido al entender que estamos de nuevo ante una oportunidad perdida para avanzar en la lucha contra el cambio climático⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Así lo describe (*soft structure*) el profesor Jorge E. Viñuales, director del Cambridge, Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance de la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Para más detalles sobre las NDC desde su perspectiva, véase Viñuales, J. E. (2016). *The Paris Climate Agreement: An Initial Examination (Part II of III)*. *Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

⁶⁴⁵ Rodiles, Alejandro. *El Acuerdo de París: un empujoncito hacia la justicia climática*. Op. citada.

⁶⁴⁶ Algunas voces críticas sobre tales metas aspiracionales y el contenido del Acuerdo de París señalan, entre otras cosas, lo siguiente: *i)* "...el acuerdo es una excusa que tienen los políticos para poder decir: tenemos una meta de dos grados e intentaremos hacerlo mejor cada cinco años..." (James Hansen, profesor en la Universidad de Columbia); *ii)* "...a la meta ambiciosa de la temperatura le faltan los medios ambiciosos para la mitigación... Para llegar al objetivo de 1,5° C hay que rebajar las emisiones del 70% al 95% a mediados de siglo..." (Steffen Kallbekken, director del Centre for International Climate and Energy Policy del Research Council of Norway), y *iii)* "el calentamiento causado por las actividades humanas se está acercando ya a un grado y es muy posible que llegue a 1,2° C en 2030 con la tendencia actual... Quedarnos en 1,5° C en 2050 va a ser realmente un reto" (Myles Allen, profesor en la Universidad de Oxford). Más sobre esto, en un reportaje de Fresneda, Carlos. *El Acuerdo de*

Negociación y entrada en vigor

La relevancia de la reunión de Durbán no descansa únicamente en haber prorrogado el Protocolo de Kioto, sino que también se pusieron los pilares del futuro Acuerdo de París, mediante la creación de la Plataforma de Durbán, a través de la cual se inició el procedimiento que llevaría al Acuerdo de París, es decir, se emprendieron las negociaciones de un acuerdo jurídicamente vinculante que incluyera a todos los Estados Partes de la Convención, iniciándose estas a mediados de 2012 y debiendo terminar a finales de 2015 con objeto de que se adoptase el nuevo texto en la COP-21. Esta propuesta la promovieron los países emergentes (China, India, Brasil y Sudáfrica), de manera que se comenzaron a dilucidar las diferencias de trato entre países desarrollados y en vías de desarrollo.

Un año más tarde, en Doha, se decidió que los objetivos de reducciones en los que trabajaba la Plataforma de Durbán tendrían que tener como horizonte el año 2050.

En Varsovia 2013 (COP-19/CMP-9), se articuló el enfoque bottom-up del futuro acuerdo internacional, estableciendo que los Estados Parte tenían que determinar sus contribuciones determinadas a nivel nacional (CDNN o INDCs, por sus siglas en inglés: *Intended Nationally Determined Contributions*), fijando así individualmente sus compromisos vinculantes respecto de las emisiones de gases de efecto invernadero. Estas contribuciones deberían ser notificadas por las Partes a más tardar en el primer trimestre de 2015, para poder ver su efecto global dentro del objetivo del futuro tratado de limitar el aumento de la temperatura global a 2°C.

Por último, en la reunión de 2014 (COP-20/CMP-10) con la Llamada de Lima a la Acción Climática se reafirma el compromiso de las Partes para alcanzar un ambicioso acuerdo en 2015 basado en el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas según las respectivas capacidades nacionales y en la ayuda financiera por parte de los países desarrollados. Asimismo, se definieron cuestiones técnicas acerca de la determinación de las contribuciones nacionales, preparando el camino para París.

Finalmente, las dos grandes potencias contaminadoras actuales, Estados Unidos y China, anunciaron en noviembre de 2014 la intención de llevar a cabo una amplia

París: ¿éxito o fraude? El Mundo, 13 de diciembre de 2015. Disponible en: www.elmundo.es/ciencia/2015/12/13/566dc1dfee2704ece3d8b4614.html.

cooperación para prevenir el cambio climático, produciendo un aumento de las expectativas favorables de llegar a un acuerdo internacional.

En febrero de 2015, el grupo de trabajo de la Plataforma Durbán comenzó a negociar un borrador, mientras las Partes iban registrando sus contribuciones determinadas a nivel nacional de carácter provisional. Cuando comenzó la Conferencia de París (COP-21/CMP-11), más de 180 Estados Parte habían cumplido la obligación de Varsovia, de manera que el grupo de trabajo ad hoc pudo concluir su trabajo al final de la primera semana de la COP-21, entregando el borrador a los asistentes.

Finalmente, el último día de la COP-21, 12 de diciembre de 2015, se adoptó el Acuerdo de París por consenso de los 195 Estados Partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Unión Europea. El artículo 21 del Acuerdo prevé que éste entraría en vigor un mes después contado desde la fecha en que al menos 55 Estados Partes de la Convención, cuyas emisiones estimadas representen globalmente al menos un 55% del total de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, depositasen sus instrumentos de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación.

El Acuerdo se abrió a ratificación el 22 de abril de 2016 en la sede de Naciones Unidas en Nueva York. El 1 de abril de 2016 China y Estados Unidos⁶⁴⁷, que juntos emiten el 40% del total, publicaron una declaración conjunta en que se comprometían a ratificar el Acuerdo. El mismo 22 de abril, 174 Estados Partes y la Unión Europea firmaron el Acuerdo y más de 20 países comunicaron de alguna manera que se comprometían hacerlo lo antes posible. Una vez que la Unión Europea hubo ratificado el Acuerdo (el 4 de octubre de 2016, tras la aprobación del Parlamento Europeo), éste pudo activar el artículo 21 y entrar en vigor el 4 de noviembre de 2016.

Objetivos

Los objetivos a largo plazo de mitigación pueden establecerse en función de varios parámetros, como la concentración en la atmósfera de gases de efecto invernadero,

⁶⁴⁷ Estados Unidos inició el día 3 de noviembre los trámites para su salida del Acuerdo de París. Según marca el Art 28 del Acuerdo de París, tras tres años desde la entrada en vigor del Acuerdo una *Parte* (Estados Unidos) puede iniciar los trámites de salida del mismo, que durarán un año. De esta manera, la salida efectiva no tendría lugar hasta el 4 de noviembre de 2020 (un día después de las elecciones en Estados Unidos).

el aumento de la temperatura terrestre o el número de emisiones. La Convención de 1992 optó por la primera alternativa al establecer como objetivo principal: *“lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas en el sistema climático”*.

Como puede observarse, este objetivo se establece mediante un criterio cualitativo pues no se establece ninguna cifra concreta con la que se pueda hacer un seguimiento del cumplimiento. Ahora bien, ¿qué podemos entender por un calentamiento peligroso para el ser humano? La propia Convención realiza unas precisiones: *“ese nivel [de calentamiento] debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”*.

Como explica el profesor Moreno⁶⁴⁸, desde finales de los años ochenta, diversas publicaciones científicas estuvieron de acuerdo en que ese nivel de calentamiento que impediría daños antropogénicos es de 2°C de incremento medio global de la temperatura en la superficie terrestre sobre niveles preindustriales. Ello no quiere decir que con calentamientos inferiores no haya consecuencias perjudiciales, sino que es a partir de ese nivel cuando los impactos ya tendrían una gran magnitud.

Los acuerdos de Copenhague y de Cancún fueron los primeros en marcar un límite cuantitativo como objetivo de calentamiento en 2°C respecto de los niveles preindustriales, si bien el segundo defendió que de ser posible habría que tomar seriamente en consideración acortar el objetivo a 1,5°C. De esta forma cambia el enfoque mantenido hasta el momento en las negociaciones climáticas, dejando de tener como objetivo las emisiones para que lo tuviese el aumento de las temperaturas.

Durante las negociaciones del Acuerdo de París, los pequeños Estados isleños tomaron como prioridad principal que el objetivo se marcara en 1,5°C, pues tienen un especial interés como parte afectada por el calentamiento global.

⁶⁴⁸ Moreno, J.M. *El Acuerdo de París, un primer paso*. Op. citada.

“¡1,5 para seguir vivos!”. Ese fue el lema que Tony de Brum, en representación de la Alianza de los Estados-Isla, coreó con fuerza en la capital francesa. Gracias a su impulso, su reivindicación fue tomando fuerza hasta cuajar en la así llamada coalición de la gran ambición, en la que acabaron embarcándose la Unión Europea y Estados Unidos

Las Marshall, las Salomón, los Estados Federados de la Micronesia y países-isla de resonancias tan exóticas como Vanuatu, Kiritabi y Tuvalu sufrieron los estragos del ciclón Pam y del tifón Maysak. La erosión costera, la degradación de los hábitats marinos o la salinización de las aguas son también los efectos directos del cambio climático en el Pacífico. El presidente de Tuvalu, Enele Sosene Sopoaga, también se sumó a la coalición del 1,5, recordando los estragos del ciclón Pam que ha destruido el 95% de la agricultura local: “Nuestro pequeño país es el símbolo de lo que le espera al planeta si no actuamos pronto. Necesitamos salvar Tuvalu para salvar el mundo”, reclamó. El mensaje del “1,5 grados para seguir vivos” ha calado también en las islas del Caribe, y en especial en Jamaica, donde le han puesto ritmo de reggae. África se sumó en bloque al llamamiento (con la excepción de Nigeria) y la Unión Europea y Estados Unidos le dieron el último impulso en la COP-21, que ha elevado el proverbial número a la condición de salvavidas.

Finalmente, a su pesar, la redacción del artículo 2 marcaría como objetivo *“mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2º C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5ºC con respecto a los niveles preindustriales, reconocimiento que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático”*.

Como vemos, a diferencia del Protocolo de Kioto, no hay objetivos o cuotas específicas para cada Estado, sino que se determina un objetivo global máximo de 2ºC y una aspiración de que fuese menor. Muchos autores⁶⁴⁹ han destacado que la previsión del Acuerdo de París, más que tener un carácter normativo, ejerce una

⁶⁴⁹ Ver entre otros: Slaughter, AM. (2015). The Paris Approach to Global Governance. Project Syndicate; Rodrigo, A.J. (2016). El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático. Entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva. En: https://www.researchgate.net/publication/325178812_El_acuerdo_de_Paris_sobre_el_cambio_climatico_Entr_e_la_importancia_simbolica_y_la_debilidad_sustantiva_y Bodansky, D. The Paris Climate Change Agreement: A New Hope? Op. citada.

función más expresiva o defensora de lo que los Estados deberían hacer, convirtiéndose en una suerte de fuente de autoridad para cualquier actor que quisiera hacer valer su argumento de que deben emprenderse acciones para evitar un calentamiento superior al objetivo marcado por el Acuerdo de París.

Sin embargo, y a pesar de este objetivo, expertos en ecología han analizado ya, con las CDNN recibidas por la mayoría de los países, y asumiendo que todos ellos cumplen el objetivo comprometido hasta 2030, y que ello se mantiene constante más allá, que la probabilidad de no exceder 1,5°C de calentamiento es nula; la de no exceder 2°C es de menos del 10% y la de no sobrepasar los 3°C es menor del 60%⁵². Es decir, que, si bien el Acuerdo de París va en la dirección indicada, los Estados tendrán que alcanzar un nivel de ambición mucho más alto pues cuanto más tiempo se retrase la reducción efectiva, más difícil será conseguir el objetivo, entrañando unos mayores costes e impactos.

El objetivo marcado por el artículo 2 debe leerse en relación con el artículo 4, el cual expresa el objetivo de alcanzar cuanto antes el punto máximo de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero para, a partir de ese momento, reducir rápidamente dichas emisiones, alcanzando un equilibrio entre las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción antropógena por los sumideros en la segunda mitad del siglo. Como señala Bodansky⁶⁵⁰, de este precepto se echa de menos una mayor concreción tanto de los marcos temporales en que se mueve el objetivo, como de una cuantificación del mismo a medio plazo.

Por último, obedeciendo las disposiciones de la Plataforma Durbán, el Acuerdo de París también dispone objetivos en relación con la adaptación y la financiación, de manera cualitativa – en contra de los deseos de los Estados africanos de establecer cantidades numéricas. En lo que respecta a la adaptación, el artículo 2 expresa el objetivo de aumentar la capacidad de adaptación a los efectos negativos del cambio climático, promover la resiliencia al clima y reducir la vulnerabilidad; mientras que, respecto de la financiación, se habla de que existan flujos de capital orientados a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, tanto por parte del sector público como del privado.

⁶⁵⁰ Bodansky, D. *Legally Binding versus Non-Legally Binding Instruments. Towards a Workable and Effective Climate Regime*. Op. citada.

Naturaleza jurídica del acuerdo.

El Acuerdo de París presenta un gran interés en cuanto al análisis de su naturaleza jurídica se refiere, al ser un instrumento jurídico innovador en materia del Derecho Internacional relativo al cambio climático. En concreto, vamos a hacer referencia a su carácter jurídico, al principio de diferenciación que impera todo el régimen jurídico y al novedoso enfoque bottom-up que domina las disposiciones particulares.

Forma jurídica

Una preocupación general a la hora de regular el régimen del cambio climático es la forma jurídica que va a tomar el instrumento adoptado. El primer hito de este ordenamiento, esto es, la Convención de Río de 1992, adoptó la forma de Convención Marco, de acuerdo con el mandato negociador de la Asamblea General, por lo que no cabía duda de su naturaleza de tratado internacional. Lo mismo ocurrió con el Protocolo de Kioto, cuyo mandato para las negociaciones precisaba que el resultado de éstas debía ser un tratado⁶⁵¹.

Otros instrumentos que han sucedido a estos tratados no han sido tan afortunados en su calificación jurídica. El Acuerdo de Copenhague se esperaba que fuera un éxito jurídico sin precedentes, si bien las tensiones entre países desarrollados y menos desarrollados imposibilitaron la creación de un instrumento jurídicamente vinculante, por lo que el Acuerdo acabó siendo un mero acuerdo político. Lo mismo ocurrió con el resto los Acuerdos de Cancún y el resto de decisiones tomadas por las Conferencias de las Partes. Esto cambiaría con el Acuerdo de París, donde el debate sobre la forma jurídica tuvo – y aún tiene – gran relevancia y repercusión.

El carácter de Tratado Internacional

La Plataforma de Durbán acordó que las negociaciones tornaran alrededor de “un protocolo, otro instrumento legal o una conclusión acordada con fuerza jurídica”. Esta formulación vaga respondía especialmente al debate entre los Estados con una gran ambición reguladora que querían obtener un nuevo tratado internacional (como la UE) y aquellos que, como la India, preferían dejar el tema de la forma

⁶⁵¹ Mandato de Berlín, Dic. 1/CP. 1, pmbi. (7 de abril de 1995) (llama a la negociación de un “protocolo u otro instrumento legal”)

jurídica abierto. Dentro de las tres opciones propuestas por Durbán, las dos primeras constituyen claramente tratados internacionales, mientras que el significado de la tercera opción es bastante ambiguo, entre otras razones, por ser novedoso en la terminología del Derecho Internacional. Esta ambigüedad le permitió a la India argumentar que un resultado con fuerza vinculante bajo cada uno de los Derechos nacionales era suficiente para satisfacer el mandato de Durbán.

A medida que fueron avanzando las negociaciones del Acuerdo de París, y especialmente tras el borrador de febrero de 2015, resultó más evidente que el Acuerdo tomaría la forma jurídica de acuerdo internacional. Los países más reticentes a tomar esta opción fueron poco a poco aceptándola y centraron sus esfuerzos negociadores en una cuestión más relevante en la práctica: el carácter vinculante o no de disposiciones concretas que crearan obligaciones jurídicas. Finalmente, la negociación se zanjó distinguiendo entre la forma jurídica del acuerdo (un tratado internacional) y el carácter jurídico de las disposiciones concretas.

No obstante, se han alzado voces en la doctrina internacionalista argumentando que el Acuerdo de París no es un tratado internacional, basándose principalmente en tres argumentos, de más a menos genérico⁶⁵²: Greenpeace ha negado totalmente su condición de acuerdo jurídico, otros han resaltado su carencia de obligatoriedad jurídica mientras que otros han puesto el acento en la ausencia de obligaciones específicas de reducción de emisiones. Básicamente, lo que se ha negado ha sido su carácter de tratado internacional⁶⁵³, calificándolo de derecho internacional voluntario o *soft law*⁶⁵⁴. Sin embargo, considero que, al igual que la gran mayoría de la doctrina⁶⁵⁵ el Acuerdo de París se trata de un Tratado Internacional al que le es aplicable el Derecho de los Tratados de la Convención de Viena. Recordemos que el art. 2.a) de la misma indica que la denominación de un tratado, como instrumento, protocolo, convención, convenio, etc. es indiferente para

⁶⁵² Rodrigo, A.J. *El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático. Entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva*. Op. citada.

⁶⁵³ Slaughter, AM. *The Paris Approach to Global Governance*. Op. citada.

⁶⁵⁴ Falk, R. (2016). Voluntary International Law and the Paris Agreement. En: <https://richardfalk.wordpress.com/2016/01/16/voluntary-international-law-and-the-parisagreement/>

⁶⁵⁵ Valga por todos, el profesor Bodansky, D. *Legally Binding versus Non-Legally Binding Instruments*.

su consideración como acuerdo internacional jurídicamente vinculante regido por dicha Convención. Un segundo argumento para defender nuestra postura lo encontramos en el ya citado mandato atribuido a la Plataforma Durbán. Un último motivo se encuentra al analizar los últimos preceptos del Acuerdo (artículos 20-29) entre los que se incluyen disposiciones típicamente usuales en los tratados internacionales, tales como las modalidades de manifestación del consentimiento (artículo 20); los requisitos para la entrada en vigor del acuerdo (artículo 21); el procedimiento de enmiendas (artículo 22); las enmiendas de anexos (artículo 23); los mecanismos de arreglo de controversias (artículo 24); la prohibición de formular reservas (artículo 27) o los efectos de la denuncia del Acuerdo (artículo 28) así como información sobre los textos auténticos y el depósito de tratados (artículo 29).

Por lo tanto, cabe afirmar el carácter del Acuerdo de París como un tratado internacional bajo el régimen de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados si bien, como iremos matizando, esta fuerza vinculante del tratado no se va a observar en cada una de las disposiciones del mismo, pues muchas no están formuladas como obligaciones jurídicas.

La denominación de “acuerdo”

Ahora bien, de entre todos los posibles nombres que puede adoptar un tratado internacional – recordemos que todos son iguales a los ojos de la Convención de Viena - ¿cuáles fueron las razones para que la Conferencia de las Partes adoptase un Acuerdo de París y no un acuerdo de implementación o un protocolo?

Recordemos que en el régimen de la lucha contra el cambio climático contamos actualmente con una CMNUCC y con un Protocolo (actualmente activado en su segunda fase). Admitiendo que no es fácil hacer una diferenciación entre estas figuras, podemos afirmar que la CMNUCC recoge un régimen de lucha contra el cambio climático caracterizado por el principio de diferenciación de obligaciones entre países desarrollados y países en vías de desarrollo (como veremos más adelante) y que el Protocolo lo que hace es desarrollar dicho régimen. Como analizaremos, uno de los objetivos del Acuerdo de París es superar el principio de diferenciación binaria en materia de obligaciones y redistribuir entre todos los Estados el esfuerzo de la carga en materia de mitigación de emisiones por lo que, al intentar plantear un nuevo esquema, los Estados negociadores adoptaron la

denominación de Acuerdo para evitar que se confundiese con un nuevo protocolo que estuviese enmarcado en la misma estructura binaria que la Convención.

No obstante, hemos de advertir que, a pesar de la denominación, el Acuerdo de París sigue estando muy vinculado a la CMNUCC pues, como afirma en su artículo 2.1, su objetivo es “mejorar la aplicación de la Convención”. Por otro lado, sus requisitos de entrada en vigor se refieren a las Partes firmantes de la Convención (artículo 21.1); se remite a las normas de enmienda de la Convención (artículo 22); emplea el mecanismo financiero de la Convención (artículo 9.8) y, finalmente, utiliza la arquitectura institucional de la Convención, esto es, la Conferencia de las Partes, la Secretaría y demás órganos subsidiarios (artículos 16 a 19).

Una segunda razón de peso para evitar fórmulas que calificasen al Acuerdo de París como un tratado internacional lo constituyen las previsiones del derecho constitucional estadounidense. Como es evidente, para evitar los errores del pasado excluyendo a los Estados Unidos del régimen de lucha contra el cambio climático, la delegación estadounidense tuvo un gran peso en la negociación del Acuerdo cuando afirmaron que Estados Unidos nunca podría ratificar un instrumento que constituyese un tratado internacional o que incluyese obligaciones jurídicamente exigibles (especialmente nuevos compromisos financieros u objetivos de reducción de emisiones vinculantes). De haberse calificado el Acuerdo de París como *treaty*, el Derecho estadounidense habría exigido la aprobación por 2/3 del Senado o, si se hubiese calificado como *congressional-executive agreement*, la aprobación por mayoría simple del Congreso. En la situación política de Estados Unidos a finales de 2015, donde partidos negacionistas del cambio climático tenían la mayoría decisoria, el presidente Barack Obama dejó claro que la única forma de aprobarlo era que él mismo lo ratificase bajo un *presidential-executive agreement*, para lo cual se necesitaba calificarlo de manera más neutra y ambigua, como finalmente se hizo.

Sin embargo, los efectos más relevantes de este problema planteado por Estados Unidos no tienen que ver con lo aquí expuesto sobre la denominación del Acuerdo, sino sobre la cuestión más relevante del carácter de las obligaciones contenidas en el Acuerdo, como veremos al analizar el régimen jurídico de las contribuciones determinadas a nivel nacional.

Grados de normatividad de las obligaciones

En relación con lo planteado en el párrafo anterior, cabe anunciar como una de las características principales que se va a ver reflejada a lo largo del Acuerdo, los distintos grados de normatividad de las disposiciones del mismo en función de la redacción de cada una de las disposiciones que regulan las obligaciones. Esto es una característica del Derecho Internacional contemporáneo y, más en particular, del DIA. Parte de la doctrina ha identificado esa normatividad relativa de los tratados internacionales como una patología del ordenamiento jurídico internacional⁶⁵⁶, mientras que otros autores⁶⁵⁷ consideran esta diversidad como un ejemplo de la variedad normativa del ordenamiento internacional. Sin embargo, la postura más coherente probablemente sea la de considerar, siguiendo al profesor Rodrigo⁶⁵⁸, que estos tratados de protección de intereses generales van destinados a una multiplicidad de Estados diferentes y, por tanto, los tipos de obligaciones deben establecerse en función de los destinatarios. Además, en temas tan complejos como puede ser la lucha contra el cambio climático, el adoptar normas de soft law ayuda en gran medida a que los tratados tengan una mayor acogida (como ha sido el caso del Acuerdo de París) pues si no, podrían encontrarse con muchas dificultades a la hora de ratificarlos en sus procedimientos internos que, en definitiva, originarían la ineffectividad total del Acuerdo, como ocurrió en la COP de Copenhague. Así, el Acuerdo de París es fruto de esta tendencia internacional de incorporar normas de soft law, pudiéndose identificar obligaciones jurídicas de comportamiento, requerimientos, recomendaciones o incluso meras expectativa y reconocimientos.

Dentro del primer grupo de *obligaciones de comportamiento*, el Acuerdo se suele referir a ellas utilizando la expresión *deberán* (*shall*, en su versión original), como ocurre a la hora de proporcionar las informaciones necesarias para que las CDNN sean transparentes (artículo 4.8); la obligación de comunicar las CDNN cada cinco años (artículo 4.9); rendir cuentas (artículo 4.13); prestar un informe sobre el

⁶⁵⁶ Weil, P. (1982). *Vers une normativité relative en droit international?* *Revue Générale de Droit International Public*

⁶⁵⁷ Baxter, R.R. (1980). *International Law in Her Infinite Variety*. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, Núm. 4

⁶⁵⁸ Rodrigo, A.J. & Abegón, M. (2017). *El concepto y los efectos de los tratados de protección de intereses generales*. *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 69, pp. 167-193

balance nacional de las emisiones (artículo 13.7) o presentar información necesaria para hacer un seguimiento de la aplicación del Acuerdo (artículo 13.7.b)⁶⁵⁹.

En un segundo lugar, el Acuerdo establece obligaciones según las cuales los Estados Partes deberían (should), reflejando una normatividad inferior, por ejemplo, adoptando medidas para conservar y aumentar los sumideros de GEI (artículo 5.1).

En un tercer escalón nos encontramos con requerimientos a los Estados Partes, por ejemplo, para que refuercen su cooperación para potenciar las labores de adaptación (artículo 7.7) o para que fortalezcan la cooperación en el desarrollo tecnológico (artículo 10.2). También nos encontramos con recomendaciones o invitaciones a que muestren apoyo financiero de manera voluntaria (artículo 9.2) o, ya en el escalón menos normativo, con meros reconocimientos que determinan la responsabilidad que tienen todos los Estados Partes en común de luchar contra el cambio climático⁶⁶⁰.

El principio de diferenciación

Aunque ya nos hemos referido a este principio con anterioridad, sí que me gustaría volver a él en el contexto del análisis del Acuerdo de París. Es un principio del derecho internacional desde los años setenta y ha sido muy relevante en el ámbito del DIA⁶⁶¹: consiste en el reconocimiento de que no se les puede exigir a todos los Estados el mismo grado de compromiso en base a los diversos niveles de desarrollo que estos presentan y queda muy bien reflejado en el Acuerdo de París. En materia de cambio climático, esto se traduce a que, pese a que todos compartimos la responsabilidad de cuidar el planeta, no se les va a exigir a todos los Estados la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al mismo nivel. Este principio constituye una forma de satisfacer los intereses de los países en vías de desarrollo al reconocer que, en primer lugar, no tienen la misma responsabilidad histórica que los países industrializados en causar el problema medioambiental y, en segundo lugar, que no tienen la misma capacidad

⁶⁵⁹ Sin perjuicio de exponer algunos ejemplos ilustrativos de los diferentes grados de normatividad de las disposiciones, al analizar el régimen jurídico del Acuerdo se irá especificando de qué grado es cada obligación.

⁶⁶⁰ Véase el artículo 7 en general

⁶⁶¹ Pueden citarse la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo de 1992 (Principio 7) o la Declaración de Nueva Delhi sobre los principios del Derecho internacional relativo al desarrollo sostenible de 2002 (Principio 3) como ejemplos.

de estos países para contribuir a la mitigación de las emisiones⁶⁶². En materia de cambio climático, este principio se reflejó inicialmente en la CMNUCC, cuyo artículo 4.2 estableció una serie de obligaciones concretas para los Estados listados en el Anexo I de la Convención, compuesto por los Estados desarrollados en la época y aquellos de Europa del Este que estaban en régimen de transición. Lo mismo se repitió en el Protocolo de Kioto donde, tras el Mandato de Berlín de 1995, se incluyó de manera explícita el principio de responsabilidades diferenciadas excluyendo de cualquier nuevo compromiso a aquellos países que no estuviesen excluidos en el Anexo I de la Convención (artículo 3)⁶⁶³. Además, en este último instrumento también se imponían a los países desarrollados obligaciones en materia de financiación y de transferencia tecnológica hacia los países en vías de desarrollo. El principal problema que plantea este principio es su falta de dinamismo y, por lo tanto, alejamiento de la realidad al congelar la lista de los países desarrollados en un Anexo. Así lo ha demostrado la experiencia cuando, en pleno siglo XXI, algunos de los países más ricos del mundo (como Singapur o Catar), algunos ya miembros de la OCDE (como México o Corea del Sur) o incluso el mayor contaminante mundial⁶⁶⁴, aún seguían estando en la lista de países en vías de desarrollo y, por tanto, sin ninguna responsabilidad de reducción de emisiones contaminantes. Esta situación era totalmente injusta, especialmente para países desarrollados, como Portugal o Grecia, cuya fortaleza económica no puede ni compararse a la de estos países anteriormente citados⁶⁶⁵. En el régimen post-Kioto se intentó acabar con esta situación, de manera pionera en los Acuerdos de Copenhague y de Cancún, donde se intentó crear obligaciones para todos los Estados Partes firmantes, lo cual probablemente contribuyó al fracaso de ambas negociaciones. No sería hasta la Conferencia de Durbán de 2011 donde se aceleró el movimiento de los países desarrollados de alejarse de la estructura binaria de Kioto y la Convención. En esta Conferencia se dijo explícitamente que el nuevo acuerdo sería aplicable a todas las Partes, sin hacer mención alguna al Anexo I de la Convención.

⁶⁶² Bodansky, D. *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?* Op. citada.

⁶⁶³ Rodrigo, A.J. *El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático. Entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva.* Op. citada.

⁶⁶⁴ En efecto, según un informe (China's Carbon Emissions Report 2015, de ZHU Liu) China contamina prácticamente al nivel de los Estados Unidos y la Unión Europea juntos.

⁶⁶⁵ Bodansky, D. *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?* Op. citada, p. 16.

En el Llamado de Lima para la Acción Climática de 2014 es donde se acuerda la expresión terminológica que estaba llamada a matizar desde entonces el clásico principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias nacionales. Esta nueva versión del principio fue fruto del acuerdo que habían alcanzado Estados Unidos y China unas semanas antes de la COP de Lima. Estaba preparado ya el camino para que, en palabras del profesor Rodrigo, se pasase de un sistema de diferenciación binaria a uno de diferenciación contextualizada por las circunstancias nacionales.

De esta manera, surgió en el Acuerdo de París el sistema de las contribuciones determinadas a nivel nacional, de manera que ya no sería un Anexo estático quien determinase los compromisos de cada Estado Parte, sino que sería individualmente cada Estado quien analizase sus posibilidades y capacidades para hacer esfuerzos mitigadores. En este sentido, como veremos, podemos afirmar que el régimen procedimental de presentar las CDNN es común a todos los Estados Partes (no presenta diferenciación), mientras que el contenido concreto de cada CDNN se adapta al nuevo régimen de la auto-diferenciación. Ha sido en materia de mitigación (artículo 4) donde principalmente se ha recogido este principio de diferenciación es su nueva versión dinámica y matizada por las circunstancias nacionales, pues en relación con otras obligaciones del Acuerdo de París el principio se ha mantenido más cercano a su concepción binaria tradicional, si bien formulado de manera más flexible y adaptativa⁶⁶⁶. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de financiación, donde se mantienen las clásicas obligaciones a los países desarrollados (artículos 9-11) o en materia de transparencia.

El enfoque bottom-up

Muy relacionado con la naturaleza jurídica de las obligaciones del tratado y con el concepto de diferenciación contextualizada, se encuentra la problemática del enfoque que adopta el acuerdo a la hora de crear obligaciones para los Estados Parte. Tradicionalmente en los tratados internacionales de protección de intereses generales se ha seguido un modelo top-down de creación de obligaciones, es decir,

⁶⁶⁶ Bodansky, D. *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?* Op. citada, y Rodrigo, A.J. *El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático. Entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva.* Op. citada.

las Partes negociadoras llegaban a un acuerdo sobre determinadas obligaciones las cuales se imponían a los Estados firmantes sin ningún margen de actuación. Este fue el modelo seguido tanto por la CMNUCC como por el Protocolo de Kioto.

Con el tiempo, importantes Estados – como Canadá, Estados Unidos y otros emergentes – mostraron su desacuerdo con este enfoque, pues las obligaciones de reducción de emisiones tenían un amplio impacto en casi cualquier política económica interna, por lo que, al rechazar el primer borrador top-down del Acuerdo de Copenhague, estos países comenzaron a impulsar la dinámica bottom-up, mostrando, en este mismo acuerdo final, que tenía una mayor eficacia que el enfoque anterior. Y esto pues es un enfoque mucho más flexible y respetuoso con las políticas nacionales de los Estados, lo cual permite que haya una mayor aceptabilidad y disposición a la ratificación.

La mayor manifestación del enfoque bottom-up en el Acuerdo de París puede encontrarse al analizar el contenido de las CDNN. Como dice su nombre, estas contribuciones están determinadas a nivel nacional, por lo que son los propios Estados quienes van a fijar su compromiso para con el resto de Partes. Es cierto que esta concesión para facilitar la generalización y ratificación del Acuerdo se produce en detrimento de la ambición ecológica del Acuerdo, por ello, introduce otra serie de preceptos basados en el enfoque top-down, como por ejemplo: la obligatoriedad de comunicar las CDNN previstas siguiendo un calendario y metodología prefijado por las Partes negociadoras; normas sobre transparencia, contabilidad y actualización de las CDNN; objetivos a largo plazo; los ciclos de balances globales cada cinco años y, por último, las expectativas de progreso que están presente en todos los ámbitos del Acuerdo: mitigación, adaptación y financiación.

Así pues, podemos calificar al Acuerdo de París como un tratado internacional, con una arquitectura jurídica híbrida que mezcla un enfoque bottom-up con diversas disposiciones top-down, unos preceptos con diversos grados de obligatoriedad jurídica y, finalmente, que adopta el principio de diferenciación contextualizada – o de responsabilidades comunes pero diferenciadas adaptadas a las capacidades nacionales.

Instrumentos jurídicos del acuerdo

El Acuerdo de París se encuentra anexo a la decisión de la COP de París, siendo relativamente breve, con 29 artículos, en los que se tratan los temas especificados en la Plataforma de Durbán, a saber: mitigación, adaptación, financiación, transferencias tecnológicas, creación de capacidad y transparencia en las acciones y ayudas. La decisión que lo acompaña trata otros temas referentes a las CDNN planeadas, a los esfuerzos de actores internacionales que no son Partes del Acuerdo (ONG, sector privado, autoridades locales, instituciones financieras), entre otros asuntos relativos a la entrada en vigor del acuerdo y a los objetivos de mitigación previos al 2020. En este apartado analizaremos los principales temas referentes al régimen jurídico que crea el Acuerdo.

Mitigación y balance mundial

La mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera se articula en el Acuerdo de París a través de las CDNN. Aunque ya hemos adelantado varias de las siguientes características conviene recopilarlas aquí al objeto de ver la novedad del sistema de París, en contraposición al régimen precedente de Kioto:

- Las CDNN se determinan a nivel nacional en lugar de estar negociadas a nivel internacional. En otras palabras, esto supone el paso del enfoque top-down al bottom-up, el cual empezó a alumbrarse tras la Conferencia de Varsovia, sin perjuicio de la naturaleza jurídica que posteriormente se le diera a dichas CDNN.
- Como dijimos al hablar de la naturaleza jurídica, las CDNN no son vinculantes jurídicamente pues no se establece una obligación de cumplimiento. Las CDNN deben registrarse en un registro público establecido por la secretaría en lugar de en un Anexo al Acuerdo, como algunos Estados Partes propusieron.
- Las CDNN son exigibles – su formulación – a todos los Estados Partes, en lugar de solamente a aquellos que figurasen en un listado.

Un debate central por lo tanto en las negociaciones del Acuerdo fue qué compromisos exigibles incluir en el Acuerdo en relación con las CDNN de cada Estado. El consenso generalizado se produjo en exigir unas obligaciones de

procedimiento, de manera que todos los Estados Partes tuvieran que “*preparar, comunicar y mantener las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar*”, como establece el artículo 4.2. Mayor controversia, como ya hemos adelantado, generó el debate de si los Estados estarían obligados por sus propias CDNN, especialmente entre los Estados que con mayor recelo miraban al régimen de Kioto, como Estados Unidos, China o India. Tampoco parece adecuado considerar que exista una obligación de implementación de las CDNN, por mucho que negociadores como la UE o países en vías de desarrollo insistieran en su inclusión.

Puede afirmarse, por tanto, que las CDNN no conllevan una obligación de resultado, sino que nos encontraríamos, si atendemos al artículo 4.2, ante una obligación de comportamiento, de “*preparar, examinar y mantener*” las CDNN; estando el contenido de las mismas abierto al margen de discrecionalidad de las Partes. Como indica el profesor Rodrigo⁶⁶⁷, “*es una obligación formalmente multilateral pero de determinación unilateral*”. Esa unilateralidad puede observarse al seguir leyendo el artículo 4.2, donde se dice que “*las Partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones*”. Según Bodansky⁶⁶⁸, esta última matización presume la buena fe de las Partes en la puesta en marcha de las medidas internas.

Respecto del principio de diferenciación, podemos decir que los compromisos básicos en lo que respecta a las CDNN no están diferenciados, es decir, aquellos relacionados con las obligaciones procedimentales de presentar las obligaciones siguiendo el cauce establecido. Podemos encontrar la diferenciación matizada, en lo que se ha dado en llamar el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en atención a las distintas circunstancias nacionales, en la propia formulación de las CDNN, pues cada Estado Parte la hará como crea conveniente, expresando la auto-diferenciación. Una diferenciación más pura, en el sentido binario, la encontramos en relación con las expectativas que se esperan de cada Estado Parte. Así, se dice que los países desarrollados deben continuar “*encabezando los esfuerzos, adoptando metas absolutas de reducción de las*

⁶⁶⁷ Rodrigo, A.J. *El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático. Entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva*. Op. citada

⁶⁶⁸ Bodansky, D. *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?* Op. citada.

emisiones para el conjunto de la economía”; mientras que únicamente se anima a los países en desarrollo a que “*con el tiempo, adopten metas de reducción de las emisiones para el conjunto de la economía*” (artículo 4.4). En este sentido también se indica que los países en desarrollo recibirán apoyo para implementar los compromisos de mitigación (artículo 4.5) o que se dará flexibilidad a los países menos adelantados y los pequeños Estados isleños (artículo 4.6).

En otro orden de cosas, una de las mayores críticas que se les presentó a los Acuerdos de Copenhague y Cancún fue su falta de transparencia y comprensión, de ahí que en Varsovia y en Lima se decidiera dar una importancia a la presentación de las CDNN en una manera clara, transparente y comprensible. El Acuerdo de París incorporó estas previsiones en el artículo 4.8 indicando que las Partes deberán comunicar sus CDNN con “*claridad, transparencia y comprensión*”, remitiéndose a la decisión 1/CP.21. Algo parecido se dice en el artículo 4.13 a la hora de establecer la obligación de rendimiento de cuentas sobre las emisiones y absorciones antropógenas, las cuales deberán promover la “*transparencia, exactitud, exhaustividad, comparabilidad, coherencia y velar por que se evite el doble cómputo*”.

Además de las reglas contenidas en el Acuerdo de París, el propio texto en diversos apartados del artículo 4 autoriza a la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes del Acuerdo de París (en adelante, CMA) a: 1) especificar información adicional que las Partes hayan de proveer cuando comuniquen sus CDNN (artículo 4.8); 2) considerar los plazos comunes para futuras CDNN (artículo 4.10) y 3) adoptar unas orientaciones sobre el rendimiento de cuentas (artículo 4.13).

Por último, hay que hacer alusión a uno de los grandes éxitos del Acuerdo de París, que es su mecanismo de actualización de las CDNN, de manera que estas vayan incrementando progresivamente con el paso del tiempo. Como ya comentamos al hablar de los objetivos, los actuales compromisos no son suficientes para obtener un calentamiento menor a 2°C por lo que este mecanismo se convierte en una pieza clave para el futuro. Este mecanismo de actualización funciona en ciclos quinquenales y se basa en cuatro elementos:

- La COP, en calidad de CMA, realizará un balance mundial del Acuerdo “*para determinar el avance colectivo en el cumplimiento de su propósito, uno de sus objetivos a largo plazo*”, cada cinco años, comenzando en 2023, a no ser que la CMA disponga otra cosa. Estos balances se realizarán de manera global y facilitadora, examinando la mitigación, la adaptación, la financiación, transferencia de tecnologías, a la luz de la equidad y de la mejor información científica posible (artículo 14, apartados 1 y 2).
- Se le obliga a cada Parte a comunicar una CDNN cada cinco años, teniendo en cuenta los resultados del balance mundial del artículo 14 (artículo 4.9).
- Se establece la expectativa de que cada CDNN sucesiva representará una progresión con respecto a la CDNN anterior, reflejando una mayor ambición (artículo 4.3).
- Se recomienda a las Partes a que formulen y comuniquen estrategias a largo plazo para el desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero (artículo 4.19).

Como esquematiza Bodansky, el mecanismo de actualización establecido en la Decisión de París fija el siguiente cronograma de actuación en relación con la mitigación de emisiones, el cual se repetirá por ciclos de cinco años:

Año	Medida
2018	Las Partes convendrán un dialogo facilitador centrado en la mitigación para analizar el progreso colectivo en el alcance de los objetivos del artículo 4.1.
2020	Las Partes con CDNN fijadas para 2025 deberán comunicar unas nuevas, teniendo en cuenta el dialogo facilitador.
2020	Las Partes podrán comunicar sus estrategias de desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero para la mitad del siglo
2023	La CMA elaborará su primer balance mundial.

2025	Todas las Partes deberán comunicar sus sucesivas CDNN, teniendo en cuenta el balance mundial, antes de la siguiente reunión
2028	La CMA elaborará su segundo balance mundial, que informará las sucesivas CDNN que cada Parte debe comunicar en 2030.

Mecanismos basados en el mercado

La expresión mecanismos basados en el mercado se refiere básicamente al mercado de derecho de emisiones y al MDL, ambos pilares fundamentales de la arquitectura del Protocolo de Kioto. Por esta razón, al negociarse el Acuerdo de París no estaba claro si se iban a incluir estos mecanismos en el mismo para facilitar la mitigación de emisiones. Más de la mitad de las CDNN⁶⁶⁹ que se han entregado incluía el uso de estos mecanismos, por lo que el amplio apoyo que tuvieron estas medidas provocó su inclusión en el Acuerdo. Sin embargo, puesto que un pequeño grupo de países liderado por Bolivia se manifestó en contra de estos mecanismos, su inclusión en el Acuerdo se hizo sin hacer referencia expresa al mercado. Así, el artículo 6 habla de la importancia de los enfoques de no mercado, si bien, realmente, a su vez también provee dos mecanismos basados en el mercado.

El primero de ellos se recoge en el artículo 6.2 donde se dice que las Partes podrán voluntariamente cooperar entre ellas utilizando resultados de mitigación de transferencia internacional (ITMOs, por sus siglas en inglés) con el objetivo de cumplir con sus CDNN. Esta no es si no otra manera de denominar al clásico mercado de comercio de emisiones. El precepto también incluye una fuerte obligación de llevar una contabilidad fiable que evite, entre otras cosas, el doble cómputo de reducción de emisiones. Por lo demás, autoriza a la CMA a que elabore cuantas instrucciones crea conveniente.

El segundo mecanismo se recoge en el artículo 6.4 y viene a equivaler al MDL de Kioto. En este caso se le ha denominado Mecanismo de Desarrollo Sostenible (**MDS**) y tiene el objetivo de promover la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero a la vez que potenciar el desarrollo sostenible. Como su

⁶⁶⁹ International Carbon Action Partnership (ICAP), Emissions Trading Worldwide: Status Report 2016.

predecesor, este mecanismo se basará en las compensaciones de reducción de emisiones entre países, de manera que todos puedan lograr sus CDNN. Sin embargo, a diferencia de su predecesor, este mecanismo no se limita solamente a proyectos, pues se podrá destinar también a política o programas de reducción de emisiones. Además, este mecanismo ignora el principio de diferenciación binaria del Protocolo de Kioto y reúne tanto el Mecanismo de Desarrollo Limpio como el Mecanismo de Implementación Conjunta, de manera que el SDM podrán utilizarlo tanto países desarrollados como aquellos en vías de desarrollo, eliminándose la separación existente anteriormente.

Por último, como establece el artículo 6.7 se encarga a la CMA que nombre a un cuerpo supervisor para el nuevo mecanismo, y que desarrolle normas, modalidades y procedimientos basándose en la experiencia previa de los mecanismos de Kioto.

Adaptación

El artículo 7 define el objetivo de adaptación como el aumento de la capacidad de adaptación, el fortalecimiento de la resiliencia y la reducción de la vulnerabilidad al cambio climático, contribuyendo al desarrollo sostenible y dando una respuesta de adaptación adecuada a los objetivos fijados en el artículo 2. Sin embargo, la única obligación exigible que crea el Acuerdo se encuentra en el apartado 9 en el que se dice que cada Parte deberá *“emprender procesos de planificación de la adaptación y adoptar medidas”* si bien, el ya de por sí genérico deber se abstrae aún más al añadir la expresión *“cuando sea el caso”*.

Además de este requisito de planificación, el Acuerdo exhorta a las Partes a que emprendan mayores esfuerzos de adaptación utilizando unos términos más indirectos como, por ejemplo, reconociendo que la adaptación es un desafío global; encargando a la CMA que desarrolle modalidades de adaptación para los países en desarrollo; recomendando a las Partes que entreguen comunicaciones sobre la adaptación adjuntas a sus CDNN o subrayando la importancia de apoyar a los países en desarrollo en materia de adaptación.

La razón de ser de que el Acuerdo sea tan blando en los términos en que regula la adaptación es que, a diferencia de la mitigación, no se considera un problema colectivo, por lo que no se considera que sea un bien público al que debe destinarse la cooperación internacional. Por el contrario, se considera que la adaptación

provee mayormente beneficios locales, de manera que son los Estados quienes deben reunir los incentivos para adaptarse, independientemente de lo que los otros Estados hagan, haciendo pues la acción colectiva innecesaria. En las emisiones de gases de efecto invernadero se producen unos efectos secundarios en la mayoría de los Estados, provocando daños transfronterizos, lo cual da una razón de ser a la cooperación. Sin embargo, y pese a los esfuerzos del Marco de Cancún sobre la Adaptación, los países necesitados de adaptación no han podido convencer al resto de la necesidad de esta herramienta.

De ahí que, pese a los esfuerzos de los Estados africanos de establecer objetivos cuantitativos de financiación a la adaptación específicos, basándose en un reconocimiento de impacto y de costes de adaptación, la mayoría de los Estados desarrollados y en vías de desarrollo hayan optado por una formulación general y cualitativa que, en el fondo, no le comprometa a nada.

Pérdidas y daños

Dentro de las negociaciones sobre el cambio climático, un debate recurrente es el de si incluir las previsiones sobre pérdidas y daños dentro de las referentes a la adaptación o si, por el contrario, dotarlas de entidad propia e independencia. Durante muchos años, los Estados más vulnerables al cambio climático – esto es, los pequeños Estados isleños, los Estados costeros con una plataforma continental poco profunda y los Estados africanos propicios a tener áreas con sequías – han buscado el reconocimiento independiente de las pérdidas y daños, argumentado que la adaptación actúa a priori y de modo preventivo a las catástrofes, mientras que las pérdidas y daños tienen un carácter retrospectivo y tienen que ver siempre con sucesos ocurridos e inevitables. Por su parte, el resto de Estados negociadores se han opuesto a estas pretensiones, considerando que su inclusión con carácter vinculante podría suponer una escalada incontrolable de reclamaciones de responsabilidad e indemnización.

La Conferencia de Varsovia de 2013 estableció el Mecanismo Internacional de Varsovia para las Pérdidas y los Daños relacionados con las Repercusiones del Cambio Climático, el cual se negociaría en la COP-22 si bien, las presiones de los Estados interesados ocasionaron que finalmente el Acuerdo de París, en su artículo 8, hiciera mención expresa a esta cuestión.

Como es de esperar, este precepto contiene poca sustantividad, si bien el hecho de que se haya separado la cuestión de las pérdidas y los daños de la de la adaptación supone una conquista histórica para los Estados más afectados, a partir de la cual podrían construir sus pretensiones futuras en relación con la materia. Como contrapartida, es reseñable que Estados Unidos forzó a que en la Decisión de París se dijera que del artículo 8 nunca se originaría responsabilidad alguna para las Partes, lo cual desdibuja el sentido y la efectividad de las previsiones del precepto.

El artículo 8 enumera una serie de áreas en las que se debería actuar de manera cooperativa y facilitadora, en relación con las pérdidas y daños, a saber: los sistemas de alerta temprana, la preparación para situaciones de emergencia, los fenómenos de evolución lenta, los fenómenos que puedan producir pérdidas y daños permanentes e irreversibles; la evaluación y gestión integral del riesgo, los servicios de seguros de riesgos, las pérdidas no económicas y, finalmente, la resiliencia de las comunidades, los medios de vida y los ecosistemas.

Financiación y otros mecanismos de implementación

Un tema clave para poder llevar a cabo las políticas expuestas anteriormente de mitigación y adaptación es el de la financiación de dichas medidas. Problema especialmente grave para aquellos Estados en vías de desarrollo que, sin una estrecha cooperación financiera de los Estados desarrollados, van a encontrarse con una ausencia de fondos para llevar a cabo sus iniciativas. De ahí la problemática y tensión: nos encontramos con Estados que piden y Estados que se niegan a adquirir mayores compromisos en materia de financiación. Finalmente, en las negociaciones fueron los Estados en desarrollo quienes cedieron y, por consiguiente, hicieron posible que el Acuerdo de París pudiera contener previsiones en relación con esta cuestión. Nos encontramos con tres medidas fundamentales.

En primer lugar, sobre los compromisos financieros, el artículo 9 de Acuerdo se limita a reiterar las obligaciones establecidas en la Convención de 1992, en la que se requería a los Estados de la OCDE que otorgaran asistencia financiera a los Estados en desarrollo para posibilitar la mitigación y adaptación. No introduce ninguna obligación sustantiva nueva, más allá de recomendar que cualquier movilización financiera que se hiciese debería ir creciendo progresivamente. Lo que

sí hace el Acuerdo es crear una serie de obligaciones de información, entre ellas, informes bienales que incluyan los niveles esperados de inversión pública.

En segundo lugar, el artículo 9.2 trata de extender el grupo de Estados que se van a considerar donantes, contribuyendo así a borrar la línea que separa a los Estados que necesitan de los Estados que proveen, en concordancia con la pretensión del Acuerdo de suprimir el principio de diferenciación binaria. Lo que hace el Acuerdo es animar a otras Partes a que también provean apoyo financiero de manera voluntaria. Si bien es un precepto de soft law que ayuda poco a los Estados necesitados, tiene su importancia en cuanto rompe la barrera entre donantes y donatarios.

Por último, el Acuerdo guarda silencio a la hora de hablar del compromiso adquirido en Copenhague de destinar anualmente 100.000 millones de dólares en financiar la lucha contra el cambio climático⁹⁰. Sin embargo, un objetivo de financiación cuantitativo aparece en la Decisión de París, párrafo 54, que extiende a los países desarrollados el compromiso de movilizar 100.000 millones de dólares hasta 2025, para posteriormente decir que las Partes deberán marcar un nuevo objetivo previo a 2025 que tenga los 100.000 millones como base mínima.

Transparencia

El artículo 13 del Acuerdo establece el mecanismo de transparencia como una pieza clave del mismo con el fin de fomentar la confianza mutua y de promover la aplicación efectiva. La transparencia es especialmente importante en este tipo de tratados internacionales que recogen normas jurídicas de soft law porque, puesto que hay una falta de mecanismos coercitivos legales para implementar las obligaciones vinculantes que se crean, es el único medio de poder conseguir una mínima eficacia y aplicabilidad del Acuerdo, pues permite dar a conocer al público en general lo que sus Estados están o no haciendo en concordancia con lo que se habían comprometido a hacer.

Hasta el momento, el principio de diferenciación binaria también se había aplicado a la transparencia y, de hecho, el Acuerdo de Cancún diferencia dos sistemas de transparencia: el International Assessment and Review (**IAR**) para países desarrollados y el International Consultations and Analysis (**ICA**) para países en vías de desarrollo. Como veremos a continuación, es difícil afirmar si el Acuerdo de

París prosigue la vía de la diferenciación o no, pues depende de los casos, pero lo que sí que podemos afirmar es que subyace la idea de que se está creando un único marco de transparencia para todos los Estados Parte. Ahora bien, el propio artículo 13.2 ya matiza que dicho marco ofrecerá flexibilidad a las Partes que son países en desarrollo, teniendo en cuenta sus capacidades, por lo que la diferenciación no se introduce en términos binarios sino desde la perspectiva de la flexibilidad y las diferentes capacidades. Más en concreto, podemos hablar de la transparencia referida a los tres siguientes asuntos:

- En lo que se refiere a mitigación, se establece un sistema común y obligatorio, de manera que todas las Partes tienen obligación de dar a conocer sus inventarios de gases de efecto invernadero (los Estados en desarrollo cada dos años y los Estados desarrollados anualmente), así como proveer la información necesaria para hacer un seguimiento de los progresos alcanzados en la aplicación y el cumplimiento de las CDNN (artículo 13.7). Toda esta información se someterá a un examen técnico por expertos (artículo 13.11), el cual consistirá en considerar el grado de cumplimiento de las CDNN. Además, hará recomendaciones sobre las áreas en que se puede mejorar, evaluando la coherencia de la información con las modalidades, procedimientos y directrices elaborados por la CMA (artículo 13.12).
- Por lo que se refiere a la adaptación, las normas de transparencia no imponen ninguna obligación, sino que recomiendan a las Partes que provean información, pero no se establece ningún mecanismo de análisis (artículo 13.8).
- Por último, respecto de la financiación, se establece un marco de transparencia obligatorio, pero claramente diferenciado, en consonancia con la diferenciación de las normas sustanciales sobre financiación. Según el artículo 13.9, los países desarrollados han de informar de la ayuda financiera que presten a los países en desarrollo. Sin embargo, estos últimos no están obligados a informar del apoyo recibido o del apoyo que, eventualmente, prestasen a otros países (artículo 13.10). Al igual que con la información sobre la mitigación, estos informes serán evaluados por técnicos.

Mecanismo de cumplimiento e implementación

El artículo 15 establece un mecanismo para facilitar la aplicación y el cumplimiento del Acuerdo, el cual consistirá en un comité de expertos, con carácter facilitador, que trabajará de manera transparente, no contenciosa y no punitiva. Hasta ahí llega la somera descripción del Acuerdo, el cual se remite a futuras regulaciones que la CMA pudiera adoptar. Efectivamente, en la COP-22 de Marrakech, en noviembre de 2016, comenzaron a desarrollar el mecanismo de implementación si bien este no verá su luz, según las previsiones, hasta 2018.

De París a Madrid: ¿hemos avanzado algo?

COP-24: Katowice

En términos generales se podría decir que la Cumbre Climática de Katowice cumplió parte importante de las expectativas al conseguir acordarse el Libro de Reglas del Acuerdo de París que aplica a todos los países que lo integran, con algunas flexibilidades para aquellos que tienen menos capacidades. Estas reglas permiten hacer operativos los grandes principios y objetivos incluidos en el Acuerdo, así como homogeneizar la formulación de todos los compromisos que deben presentar los países en 2020, lo que aumenta la transparencia entre ellos y permite comparar mejor sus grados de ambición.

Por tanto, se podría decir que se alcanzó el principal objetivo que se había encomendado a los negociadores al contarse con gran parte de las medidas necesarias desde un punto de vista técnico. Sin embargo, junto a este diagnóstico moderadamente positivo hay que destacar en sentido contrario que hubo un menor grado de intensidad en los anuncios políticos del que cabría esperar ante el proceso de revisión de CDNN que se presenta por delante en el horizonte 2020.

La situación política en Francia, con la movilización ciudadana de los "chalecos amarillos", estuvo muy presente en los debates desarrollados durante la COP reforzando, por un lado, la necesidad de aumentar la formación de la sociedad en los problemas del cambio climático y la contaminación local y, por otro, la importancia de medidas de apoyo a la transición justa para los colectivos vulnerables, que sean simultáneas a las que se implementen para descarbonizar la economía.

Los resultados de la COP-24 se pueden estructurar en 3 partes:

- Una parte técnica (negociaciones), que cumplió en gran medida con el mandato de establecer los instrumentos— el denominado Libro de Reglas — que permiten: hacer operativos y comparables en términos homogéneos la distinta información y compromisos; establecer gobernanza de cumplimiento del Acuerdo; desarrollar la metodología de diagnóstico global; reforzar los temas de adaptación y la transferencia de tecnologías; lanzar negociaciones para objetivo de financiación climática a 2025. El resultado de esta parte puede valorarse de forma positiva, aunque se deja para 2019 gran parte del tema de mecanismos de cooperación (artículo 6) - por ejemplo, los mecanismos de intercambios internacionales de derechos de emisión. La negativa de Brasil a vincular estos mecanismos con las medidas asociadas a las reducciones de emisiones por medidas que mitiguen la deforestación y promuevan la regeneración forestal fue una de las claves que explican este resultado.
- Una segunda parte política, en la que muchos países siguieron demostrando una fuerte ambición (liderazgo UE), reforzando los mensajes ya planteados en París, pero también algunos otros que siguen mostrando reticencias a una mayor urgencia o una mayor ambición (por ejemplo, Brasil, Estados Unidos, grupo de países petroleros...). Es destacable que no se produjeron grandes anuncios de revisión de contribuciones climáticas (NDCs) o estrategias de reducción de emisiones de largo plazo más allá de la anunciada por la Comisión Europea a finales de noviembre.
- La tercera parte corresponde al movimiento y ambición demostrado por las "no partes", donde se incluyen los numerosos movimientos e iniciativas de la sociedad civil: ONGs, empresas, instituciones, filántropos, organizaciones juveniles, etc., así como las actuaciones en las administraciones *sub-nacionales* (regiones, provincias/estados o ciudades). Aquí se puede comprobar cómo los compromisos e iniciativas son crecientes en tamaño, número y ambición.

En definitiva, la comunidad internacional ha conseguido en Katowice (Polonia) sentar las bases para que el Acuerdo de París de lucha contra el cambio climático esté plenamente operativo en 2020 con unas reglas de juego claramente definidas. La plena operatividad del Acuerdo de París a partir de 2020 dará continuidad al Protocolo de Kioto que ha regido la lucha contra el cambio climático a nivel mundial desde 2005.

La COP-24 arrancó en Katowice el 3 de diciembre de 2018 con un objetivo, el de redactar esa letra pequeña que permita la implementación del Acuerdo de París, y el objetivo, a la vista del texto que han sellado los representantes de 197 países presentes en la cumbre, está cumplido.

COP-25: Madrid

El reto quedó en la XXV Conferencia sobre Cambio Climático de la ONU, oficialmente 25ª Conferencia de las Partes y 15ª Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto (COP 25/CMP 15).

Se celebró entre el 2 y 13 de diciembre de 2019 en Madrid. En principio, la COP iba a tener lugar en Chile, lo que otorgaba mucha importancia política a toda la región latinoamericana y las iniciativas que se están poniendo en marcha en esta región tanto por parte de gobiernos como por la sociedad civil. Ha sido como consecuencia de las manifestaciones que se desarrollan en la capital chilena desde hace semanas, tras las decisiones económicas anunciadas por el gobierno, cuando se ha decidido por la ONU que sea Madrid quien acoja la celebración de la próxima Cumbre⁶⁷⁰.

Bajo el lema “Tiempo de actuar”, la COP 25 se gestó como un llamamiento para que todos los países aumenten sus compromisos para combatir el cambio climático. Así, la COP25 pretendía plantear ir más allá del propósito fijado en el Acuerdo de París e insistir en la necesidad de caminar hacia escenarios climáticos y energéticos que aseguren que dicho incremento no supere los 1,5 °C.

La agenda política y técnica de la conferencia se estructuró en torno a cuatro ámbitos de trabajo principales:

- (i) Completar la implementación del Artículo 6 del Acuerdo de París: Se trata de un marco para la creación de un sistema de cooperación entre países que permita transferir competencias en materia de reducción de emisiones. Este sistema sería la base para establecer un modelo de carbon pricing global, es decir, para asignar un precio a las emisiones de CO₂, monetizando los costes

⁶⁷⁰ Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la Secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kioto y el Acuerdo de París, hecho en Madrid y Bonn el 25 de noviembre de 2019 (BOE de 21 de diciembre de 2019).

derivados de las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de los gases de efecto invernadero.

- (ii) Cerrar detalles técnicos del Libro de reglas de Katowice: En concreto, aquellos relacionados con los compromisos políticos asumidos por los países, la transparencia, la gobernanza y la financiación climática, entre otros. Un ejemplo serán los trabajos desarrollados para concretar y homogeneizar los horizontes y contenidos de las Contribuciones Determinadas a nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés). El Acuerdo de París contempla este documento tipo como eje de las acciones políticas que llevará a cabo cada país en materia de acción climática, pero todavía están por concretar los horizontes de los objetivos y algunos de los detalles que guiarán el diseño y actualización de esos compromisos.
- (iii) Revisar el Mecanismo Internacional de Varsovia: Se trata de una instancia creada en 2013 —en la COP19— para analizar acciones que permitan hacer frente a las pérdidas y daños inmediatos que genera el cambio climático, como los desastres provocados por huracanes o tornados.
- (iv) Otros temas: El papel de los océanos, la incorporación de la perspectiva de género en las temáticas de trabajo, y la transición justa y el apoyo a colectivos vulnerables serán otras de las materias a las que se prestará especial atención, por lo que podrían dar lugar al lanzamiento de plataformas e iniciativas específicas.

Por su parte, antes del inicio de la COP-25, las instituciones comunitarias adoptaron posturas sobre lo que esperaban de la COP.

Así, el día 4 de octubre de 2019, el Consejo de la UE adoptó una primera postura respecto de lo que esperaba de la COP-25⁶⁷¹. Entre las prioridades de la UE para las próximas negociaciones de Santiago cabe mencionar las siguientes:

- ultimar las directrices de aplicación del mecanismo de cooperación voluntaria del Acuerdo de París (artículo 6);

⁶⁷¹ Preparations for the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) meetings (Santiago de Chile, 2-13 December 2019) - Council conclusions

- finalizar la segunda revisión del Mecanismo Internacional de Varsovia para las Pérdidas y los Daños;
- finalizar el examen del Programa de trabajo de Lima sobre el género;
- imprimir impulso a los trabajos técnicos sobre las disposiciones asociadas al Marco de Transparencia Reforzado.

En las Conclusiones se expone la posición de la UE en relación con estos objetivos y se expresa un claro mensaje político sobre la urgente necesidad de reforzar la acción mundial, sobre la firme adhesión de la UE al proceso multilateral y sobre las aspiraciones de la Unión. El Consejo expresa su profunda preocupación por las repercusiones cada vez más acusadas del cambio climático en el deterioro de la biodiversidad y de los ecosistemas y recursos hídricos en el mundo, y por los informes de las Naciones Unidas que confirman que las contribuciones determinadas a nivel nacional que han presentado las Partes y las actuales trayectorias de emisión de GEI están aún muy lejos de lo que sería necesario para alcanzar los objetivos a largo plazo del Acuerdo de París. Toma nota del claro llamamiento de la sociedad civil y los ciudadanos, en particular los jóvenes, en favor de una acción más decidida, de una mayor ambición. El Consejo reitera la importancia de intensificar la acción mundial por el clima y destaca que la UE sigue consiguiendo desvincular eficazmente su crecimiento económico de sus emisiones: entre 1990 y 2017, la tasa de crecimiento de la economía de la UE fue del 58%, mientras que las emisiones totales de gases de efecto invernadero disminuyeron en un 22%. En consecuencia, el Consejo señala que lo más probable es que la UE y sus Estados miembros –aplicando las políticas ya previstas en el conjunto de medidas de la Unión Europea sobre clima y energía para 2020– superen el objetivo de reducir en un 20 % para 2020 las emisiones de GEI en su territorio.

Por su parte, el Parlamento Europeo también está considerando una propuesta de Resolución⁶⁷² con su posición no vinculante con respecto a la COP25 y que será objeto de votación en la sesión plenaria de finales de noviembre. En otros muchos aspectos, enfatiza la importancia los actores públicos y privados y en la labor

⁶⁷² Draft motion for a resolution further to Questions for Oral Answer B9-0000/2019 and B9-0000/2019 pursuant to Rule 136(5) of the Rules of Procedure on 2019 UN Climate Change Conference in Santiago, Chile (COP 25) (2019/2712(RSP))

fundamental que desempeñan en la lucha contra el cambio climático: *“Role of non-state actors: Expresses its satisfaction with the growing global mobilisation of an ever-broader range of non-state actors committed to climate action with concrete and measurable deliverables; highlights the critical role of civil society, the private sector and sub-state governments in pressurising and driving public opinion and state action; calls on the EU, the Member States and all Parties to stimulate, facilitate and engage with non-state actors, who increasingly become frontrunners in the fight against climate change”*.

Finalizada la COP-25, desde un punto de vista general, podría decirse que se han cumplido en parte las expectativas, que ha ocupado una posición intermedia entre una COP 24 (Katowice), que aprobó las reglas técnicas del Acuerdo de París (Libro de Reglas de Katowice), y la COP-26 (Glasgow), a la que se la otorgado ya un papel político preeminente al considerarse como una plataforma para visibilizar la renovación de los planes climáticos de los gobiernos que tiene que, según el Acuerdo de París, realizarse durante 2020.

El análisis de los resultados de la cumbre se podría estructurar a efectos didácticos en tres grandes bloques.

En primer lugar, en el apartado de negociaciones climáticas dentro del proceso de Naciones Unidas, cabe destacar que las referencias a ambición climática y ciencia en los textos y la aprobación de bastantes cuestiones técnicas evitan, en mi opinión, hablar de un resultado catastrófico. En este marco, destaco a continuación algunos de los aspectos acordados y “no acordados”:

- Unas Decisiones marco de carácter político (Chile Madrid tiempo de actuar) que reconocen la necesidad de aumentar ambición para cumplir la brecha de emisiones entre los compromisos climáticos actuales y los necesarios para ir hacia escenarios de 2 grados (o incluso 1,5 grados), invitan a los países a utilizar la información del IPCC para sus diagnósticos y decisiones políticas, y muestran la necesidad de ambición política en 2020 para revisar CDNN y presentar estrategias de reducción de emisiones a 2050. Este último tema (aunque no es un llamamiento explícito) es importante dado que muchos países querían retrasar esta cuestión para las próximas cumbres (por ejemplo, para 2023 tras el diagnóstico global de acción climática). Dentro de estas

Decisiones de carácter más general, también me ha parecido interesante el reconocimiento al papel de los agentes no gubernamentales en el dinamismo de la acción climática, la importancia de la transición justa y la necesidad de un nuevo Plan de Género para dar respuesta al efecto desigual del cambio climático en las mujeres y niñas.

- Entre las cuestiones que finalmente no se han podido acordar, son destacables las guías generales sobre el Artículo 6, mecanismo voluntario de cooperación entre países para cumplir objetivos climáticos a través del intercambio de unidades de reducción de emisiones (mercados de CO₂). Este tema ha sido muy polémico por las posiciones encontradas entre países como, Brasil, China o India, que defendían reglas relativamente poco integras medioambientalmente frente a posiciones como la de la UE, y también la de muchos países de Latinoamérica y Estados insulares especialmente vulnerables. Estos segundos apuestan por normas robustas que minimicen el riesgo de alejarnos de la senda de reducción de emisiones que marca el Acuerdo de París. Es importante destacar, en todo caso, que la ausencia de reglas del Artículo 6 no supone ninguna barrera para el funcionamiento de los mercados internacionales de CO₂ ni tampoco para seguir avanzando en el cumplimiento del Acuerdo de París, tal y como han destacado en sus intervenciones en los plenarios los representantes de la UE.

En segundo lugar, el bloque de declaraciones y presentación de compromisos políticos, en la que no ha habido grandes anuncios, pero sí se ha puesto de manifiesto el liderazgo político europeo en materia de acción climática con la presentación del European Green Deal (al que me referiré más abajo) y la aprobación del objetivo de emisiones netas a nulas a 2050 en el Consejo Europeo. También han sido destacables en este marco la adhesión de nuevos países a la Coalición de la Ambición Climática impulsada por Chile con el objetivo de extender el objetivo de emisiones netas nulas a 2050 y la ambición pre 2020 en el máximo número de jurisdicciones. Aquí también hay que mencionar que parte de estos anuncios ya fueron hechos en la cumbre de acción climática de septiembre en Nueva York, organizada por el Secretario General de Naciones Unidas.

La tercera parte corresponde a la visibilidad y ambición demostrado por la sociedad civil que en esta cumbre ha tenido un especial dinamismo a pesar del reducido tiempo para la preparación de eventos y campañas tras el cambio de ubicación. Entre los aspectos más destacados se encuentran: la participación de hasta 177 grandes empresas globales en la declaración a favor de emisiones netas nulas a 2050 (Business Ambition for 1.5°C), el lanzamiento de importantes alianzas y campañas financieras para alinear flujos de inversión con objetivos climáticos y la presentación de una gran variedad de informes científicos de las principales organizaciones multilaterales sobre escenarios e impactos climáticos.

Aunque en general creo que ante todo desafío hay que mantener el optimismo, el camino hacia la COP-26 en Glasgow, la de la ambición política, estará cargado de retos en un mundo en el que precisamente hay cierta escasez de liderazgo político en materia de acción climática y no pocas incertidumbres sobre la capacidad del multilateralismo para alcanzar acuerdos efectivos ante los grandes retos globales.

La Unión Europea y la acción por el clima

Introducción

La UE ha sido la región del mundo en la que más políticas climáticas se han aplicado y en la que la experimentación práctica de políticas en el ámbito del medio ambiente y el cambio climático se ha llevado a cabo a un ritmo más acelerado durante los últimos veinticinco años. Esto ha dado lugar a un éxito considerable en la reducción de la contaminación, la disociación de las emisiones del crecimiento económico y el fomento del liderazgo tecnológico mundial.

La UE tiene una fuerte tradición multilateral. De hecho, como parte del nuevo orden mundial de la posguerra, las naciones europeas apoyaron firmemente la creación de instituciones multilaterales, conocidas como la Pax Americana. De hecho, el propio desarrollo institucional de la UE es una expresión de ese mismo multilateralismo. Hoy en día, los europeos creen firmemente que los problemas mundiales deben abordarse multilateralmente, en el contexto de las Naciones Unidas, a pesar de las preocupaciones y decepciones en cuanto a su eficiencia y eficacia. En el ámbito de la protección del medio ambiente, las Naciones Unidas

han sido el foro preferido para debatir cuestiones relacionadas con la contaminación transfronteriza.

La política climática de la UE comenzó básicamente como parte de la política medioambiental, que tenía una base jurídica sólida establecida por el Acta Única Europea, que entró en vigor en 1987. A través de esa ley, se añadieron nuevas disposiciones al Tratado de la Unión Europea relativas al medio ambiente. Éstas establecían que el Consejo (es decir, los representantes de los Estados miembros de la Unión Europea) podría, junto con el Parlamento Europeo, decidir sobre la legislación medioambiental sobre la base de la mayoría cualificada, una disposición que ahora se denomina procedimiento legislativo ordinario. Hoy, 25 años después, existe casi un conjunto completo de legislación de la UE que aborda la protección medioambiental de la calidad del aire, el agua, los residuos y la biodiversidad.

En retrospectiva, no es de extrañar que las decisiones sobre política medioambiental se hayan trasladado al ámbito europeo. A menudo, los países se enfrentan a problemas similares, y la contaminación a menudo se extiende más allá de las fronteras. Por ejemplo, los vertidos en el Rin, el Mosa o el Danubio pueden causar contaminación en otro país aguas abajo. Lo mismo ocurre con la contaminación atmosférica, como quedó claramente demostrado en los años ochenta con la lluvia ácida causada por las centrales eléctricas de carbón del Reino Unido que dañaron los bosques y los lagos de Escandinavia. Cuando surgió la preocupación por el cambio climático, se reconoció inmediatamente que las acciones de un país afectaban a todos los demás, y que los efectos también eran a menudo transfronterizos. Además, rápidamente quedó claro que la UE necesitaba hablar con una sola voz en las negociaciones internacionales.

Además, el desarrollo del mercado único de la UE se aceleró en los años ochenta y noventa. El aumento de la competencia entre productos y servicios producidos en diferentes Estados miembros suscitó dudas sobre el falseamiento a corto plazo de la competencia como resultado de las medidas de política medioambiental desarrolladas a nivel de los Estados miembros. La iniciativa institucional plasmada en el Acta Única Europea reflejaba la opinión general de que sería mejor que la UE adoptara normas para proteger el medio ambiente a escala europea, minimizando así el riesgo de distorsiones de la competencia en el mercado interior de la UE.

En los años siguientes a la aplicación de las nuevas disposiciones institucionales, se desarrolló un debate sobre qué tipo de instrumentos eran los más adecuados. En particular, se planteó la cuestión de si la combinación de políticas debería ampliarse para incluir instrumentos económicos. Tuvo lugar un largo y exhaustivo debate sobre la fijación de precios de la externalidad económica y cómo ponerla en práctica. Los precios son una forma muy eficaz de transmitir información a través de la economía e influir en el comportamiento, hasta los niveles de los productores y consumidores individuales. Esto puede lograrse mediante impuestos o, alternativamente, mediante el establecimiento de límites globales sobre los niveles de contaminación (un tope). En otras palabras, los instrumentos económicos pueden funcionar directamente mediante la fijación de precios para la contaminación (por ejemplo, mediante impuestos) o mediante la definición de las cantidades de contaminación permitidas (por ejemplo, mediante la limitación de los niveles de contaminación).

En la década de 1990, la forma preferida de fijar los precios era a través de los impuestos. Ya en 1992, la CE presentó una propuesta de impuesto combinado sobre el carbono y la energía. Esto dio lugar a controversias en el Consejo y el Parlamento, siendo la cuestión principal si la adopción debía hacerse por unanimidad (cuando todos los Estados miembros tienen que llegar a un acuerdo, por ejemplo, en materia de fiscalidad) o por mayoría cualificada (cuando los votos de los Estados miembros se ponderan en función de su tamaño, tal como se aplica a las cuestiones relacionadas con el medio ambiente). Al final, tras casi una década de difíciles negociaciones, se abandonó la vía fiscal a nivel europeo, en particular debido a las reservas de algunos Estados miembros, como el Reino Unido, al dar a las instituciones supranacionales de la UE la posibilidad de opinar sobre las políticas fiscales de los Estados miembros.

El debate sobre los instrumentos económicos a nivel de la UE pasó a la fijación de límites máximos y al comercio de derechos de emisión. Estados Unidos introdujo en el debate internacional sobre el cambio climático las ventajas que un instrumento como el cap-and-trade podría aportar para fomentar la rentabilidad global de las soluciones políticas. Liderados por su exitosa experiencia política en la reducción de emisiones de azufre y NOx, los Estados Unidos presionaron con éxito para que

se introdujera en el Protocolo de Kioto, lo que provocó la irritación de los europeos de la época. Pasó un tiempo antes de que los europeos se dieran cuenta de que fijar un límite a la cantidad total de emisiones supone, realmente, un beneficio para el medio ambiente. Además, la UE se fue dando cuenta de que la legislación para tales instrumentos podía decidirse por mayoría cualificada en el Consejo, lo que constituía una diferencia positiva tras el estancamiento institucional que había obstaculizado el progreso en materia de impuestos sobre el carbono y la energía.

En conclusión, desde la modificación del Tratado de 1987, la UE decide la legislación en el ámbito del medio ambiente por mayoría cualificada de los Estados miembros con el Parlamento Europeo. Esto ha permitido la elaboración de un conjunto completo de nueva legislación ambiental y ha facilitado una respuesta política sin tropiezos en relación con el cambio climático.

Referencia a la acción por el clima en la Unión Europea

En el ámbito de la UE son numerosas las actuaciones para hacer frente al reto del cambio climático. En este sentido, el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo han aprobado numerosas Directivas, Decisiones y Reglamentos relacionados con la lucha contra el cambio climático. La política climática de la Unión Europea que se ha ido aprobando durante los últimos años se basa en cuatro pilares fundamentales:

- Políticas y medidas en relación con el primer periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, incluido el Régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (EU ETS, *EU Emissions Trading Scheme*) (2008-2012).
- Paquete de medidas sobre clima y energía hasta 2020, para alcanzar los objetivos del segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, incluido el Régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (EU ETS, *EU Emissions Trading System*) y los objetivos nacionales de reducción de emisiones (2013-2020).
- Marco sobre clima y energía para 2030, que constituye la base de las CDNN de la Unión Europea (2021-2030).
- Una economía baja en carbono para 2050, constituyendo una estrategia a largo plazo (2031-2050).

- El Green Deal Europeo

Medidas para cumplir los objetivos del segundo periodo del Protocolo de Kioto

No cabe duda de que a día de hoy el Acuerdo de París ocupa el centro de la discusión en lo que se refiere al régimen jurídico internacional en la lucha contra el cambio climático, por su novedad y trascendencia. Sin embargo, también sigue formando parte de este mismo régimen, aunque de manera comparativamente más residual, el segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto. Tras el desconcierto en los foros internacionales de qué ocurriría una vez acabado el periodo de aplicación de Kioto en 2012, la negociación climática siguió una doble vía: la conclusión de un nuevo acuerdo internacional (el Acuerdo de París) y la prórroga de los compromisos del Protocolo de Kioto. Puesto que la primera vía la analizamos ahora después, vamos a comentar las repercusiones de la segunda.

El 8 de diciembre de 2012 se aprobó la Enmienda de Doha, la cual prorroga los objetivos del Protocolo de Kioto a un nuevo horizonte temporal 2013-2020. La UE, sus Estados miembros y algún otro Estado, como Australia, se comprometieron a alcanzar el objetivo de reducción del 20% de las emisiones de gases de efecto invernadero respecto a los niveles de 1990. Como hemos visto, con el actual ritmo de reducción de emisiones del 24%, es muy probable que la UE vaya a cumplir estos objetivos para 2020.

Este objetivo de la UE se materializa en la política comunitaria en el Paquete de clima y energía de 2020, adoptado en 2009, que incluye el objetivo 20-20-20: reducir en un 20% las emisiones de gases de efecto invernadero según los niveles de 1990; aumentar uso de energías renovables en un 20% y reducir el consumo total de energía primaria en otro 20% (aumento de la eficiencia energética).

El objetivo del 20% se reparte entre los Estados miembros de la UE e Islandia (pues se comprometieron conjuntamente) utilizando fundamentalmente el régimen de comercio de derechos de emisión, que es el mecanismo fundamental por el que la UE va a implementar el segundo periodo de compromiso del Protocolo de Kioto (además de la importancia que reviste también para el Acuerdo de París, el cual hace mención expresa a los mecanismos de mercado, como ya hemos visto). De

esta manera, la Unión Europea es responsable de las emisiones originadas en los sectores incluidos en el régimen del mercado de derechos de emisión (aproximadamente el 45%) y los Estados miembros son responsables del resto de emisiones originadas en sectores al margen de este mecanismo.

Régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea (EU ETS).

El régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (en adelante, EU ETS por sus siglas en inglés) se creó en virtud de la Directiva 2003/87/CE⁶⁷³, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, entrando en funcionamiento el 1 de enero de 2005.

Es un mecanismo de mercado que funciona siguiendo el principio de limitación y comercio, de manera que se reparten derechos de emisión de gases de efecto invernadero a una serie de empresas contaminantes, teniendo dichas empresas el derecho a contaminar esa cantidad de toneladas de CO₂ (o la cantidad equivalente de N₂O o PFC). Puede producirse dos consecuencias: o bien que a la empresa le sobren derechos y los venda en el mercado, o bien que la empresa tenga necesidad de contaminar más y los compra en el mercado³⁹, aplicándose así el principio de quien contamina, paga.

El EU ETS afecta en la actualidad a aproximadamente 11.000 empresas contaminantes, la mayoría centrales eléctricas, plantas de producción y manufacturas especialmente relevantes; dentro de los veintiocho Estados de la Unión Europea, más Islandia, Liechtenstein y Noruega. Además, también afecta al sector de la aviación civil entre aeropuertos del EEE (queda pendiente en la OACI la decisión de ampliar este régimen a la aviación civil internacional). Aproximadamente, el EU ETS cubre el 45% de las emisiones totales de gases antropogénicos originadas en la Unión Europea.

El EU ETS ha pasado por cuatro fases hasta llegar al momento en el que nos encontramos actualmente. En la primera fase (2005-2007) comenzó a funcionar con éxito, sin embargo, se ofrecieron demasiados derechos de emisión por lo que, según la ley de oferta y demanda que impera en este mercado, los precios cayeron

⁶⁷³ DOUE nº 275 de 25 de octubre de 2003

a cero al haber un exceso de oferta. La segunda fase (2008-2012), con el objeto de solucionar el problema de los precios bajos, redujo en un 6,5% el número de derechos ofertados, si bien la crisis económica de 2008 produjo un shock que redujo la demanda, volviendo a haber un excedente de derechos y, por lo tanto, un precio muy bajo que poco incentivaba los objetivos del EU ETS. En la tercera etapa (2013-2020) se produjeron intensos cambios, entre ellos, la introducción de un límite máximo de emisiones en la UE que se reduciría progresivamente cada año en un 1,74%, con el objetivo de reducir la oferta e incentivar la transición a una economía hipocarbónica.

La novedad más relevante de la reforma de la tercera fase es la introducción de la subasta como método corriente de realizar la asignación de derechos de emisión. Anteriormente, el sistema más común era el de la asignación gratuita de derechos de emisión. Actualmente este mecanismo de asignación gratuita se mantiene para las empresas manufactureras (cuyo porcentaje de derechos gratuitos irá descendiendo anualmente hasta llegar en 2020 al 30%) y para el sector de la aviación (con un 82% de derechos gratuitos). Este sistema de reparto se basa en normas armonizadas que garantizan la equidad entre tipos de empresas semejantes.

Asimismo, mediante la asignación gratuita se incentiva que sectores afectados por la fuga de carbono pueda seguir siendo competitivos, de manera que se les da un tratamiento favorable. Este fenómeno consiste en la posibilidad de que determinadas empresas transfieran su producción contaminante a otros países más tolerantes con la política medioambiental, de manera que en el fondo se produce una pérdida del tejido industrial europeo y no se evitan las emisiones de gases de efecto invernadero.

Con el nuevo mecanismo de la subasta, se incentiva una manera más transparente y una aplicación más efectiva del principio de “quien contamina, paga” pues va a suponer que las empresas cada vez tengan que comprar un porcentaje mayor de los derechos que planean utilizar. En la mayoría de los sectores la transición del sistema de asignación gratuita al de la subasta se está haciendo progresivamente (aproximadamente el 57% de los derechos actualmente), mientras que para las empresas de generación de energía la subasta se aplica totalmente.

Al menos la mitad de los ingresos recaudados en las subastas y el total en lo referente al sector de la aviación, se deben dedicar a la lucha contra el cambio climático en la Unión Europea o en cualquier lugar del mundo. Las subastas las organizan los gobiernos nacionales, aunque están abiertas a cualquier comprador sito en el EU ETS, realizándose diariamente con una estructura común (a excepción de Alemania, Polonia y Reino Unido).

El 17 de julio de 2015, la Comisión Europea propuso revisar el EU ETS de cara a la cuarta fase (2021-2030). Esta propuesta se enmarca en el objetivo de reducir para 2030 al menos el 40% de las emisiones antropógenas, según el Marco de Clima y Energía y como parte de las CDN del Acuerdo de París. Asimismo, la Comisión tiene en cuenta el problema coyuntural del mercado en el que, debido a la recesión económica, hay un exceso de oferta que causa que no existan incentivos para cumplir los objetivos de reducción de emisiones a través del EU ETS.

La primera medida que se plantea es aumentar el ritmo de reducción de emisiones, queriéndose llegar a un 43%, respecto de los niveles de 2005. Para ello, el número total de derechos de emisión disponibles descenderá a un ritmo anual del 2,2%, superior al actual de 1,74%.

En segundo lugar, se quiere revisar la asignación de derechos de emisión gratuita, se manera que sea más específica y dinámica. Así, se pretende realizar una clasificación más específica de los sectores que realmente se encuentran en riesgo de fuga de carbono (la Comisión calcula pasar de 170 a unos 50); se quiere hacer una asignación gratuita más acorde con los niveles de producción; así como actualizar los parámetros de referencia para reflejar los avances tecnológicos y dar un mayor reconocimiento a la innovación. También se pretende incentivar con asignaciones gratuitas a las instalaciones nuevas y en expansión.

En tercer lugar, se pretenden establecer nuevos mecanismos de ayuda a la financiación de las tecnologías hipocarbónicas innovadoras y la modernización del sector energético. Se prevén en concreto dos nuevos fondos: a) el fondo de innovación, que amplía la ayuda ya existente a la demostración de tecnologías innovadoras; y b) el fondo de modernización, que facilita la modernización del sector energético, aumentando la eficiencia energética en los diez Estados

miembros con ingresos más bajos (así mismo a estos Estados también se les seguirá ofreciendo la asignación gratuita de derechos).

Perspectiva temporal 2030

Centrándonos en la perspectiva temporal de 2030, el Marco sobre clima y energía contiene unos objetivos de reducción de las emisiones domésticas de gases de efecto invernadero en, al menos, un 40% respecto a niveles de 1990; un porcentaje de al menos el 27% del consumo final de energía formado por energías renovables y al menos un 27% de mejora de la eficiencia energética (40-27-27). Especialmente relevante a efectos del estudio de la implementación del Acuerdo de París es el objetivo del 40%, pues esta es la base de las CDNN presentadas por la Unión Europea. Por lo tanto, la política del Marco sobre clima y energía para 2030 sirve a los efectos de la implementación del Acuerdo de París.

En relación con el Acuerdo de París podemos afirmar que se trata de un triunfo de la diplomacia europea y, en particular de la francesa en cuanto organizadora de la COP y mediadora en las dispuestas de intereses contrapuestos. Muchas de las previsiones características del Acuerdo fueron propuestas de la negociación europea. En este sentido, cabe destacar como triunfos que los objetivos de mitigación se apliquen a todas las Partes del Acuerdo; que haya un proceso de reevaluación quinquenal; la importancia de que todas las Partes se comprometan a un plan de adaptación; el hecho de que todo esfuerzo de cooperación financiera deba ir en incremento progresivo o, por último, la importancia central de las normas de transparencia y contabilidad.

En la Comunicación se recogen las propuestas de la Comisión para avanzar hacia una economía baja en carbono e implementar el Acuerdo de París. Entre las medidas se recoge:

- Transición de la Unión de la Energía, de manera que la actual economía dominada por combustibles fósiles vaya variando hacia una economía comprometida con las alternativas energéticas limpias.
- Innovación y competitividad. Con el objetivo de ser más competitivos en un mundo bajo en carbono, la UE se plantea unirse a la iniciativa “Misión

innovación”, que fue lanzada en la COP de París, con el objetivo de estimular la innovación en energías limpias y el desarrollo de tecnología puntera.

- Mercados de capital e inversión. El Portal Europeo de Proyectos de Inversión (PEPI) ha sido creado para atraer a potenciales inversores hacia la UE, para fomentar la economía baja en carbón.
- Tarificación de las emisiones de carbono y de las subvenciones a los combustibles fósiles. La fiscalidad verde y las transacciones de derechos de emisión son un sistema muy efectivo para potenciar la transición a una economía baja en carbono. En este sentido se recomienda la colaboración con Estados como China o Corea del Sur que CDNN presentadas por la Unión Europea. Por lo tanto, la política del Marco sobre clima y energía para 2030 sirve a los efectos de la implementación del Acuerdo de París.
- El papel de las ciudades, la sociedad civil y los interlocutores sociales. La UE considera especialmente a las *smart cities* como pieza clave del proceso de transformación, en línea del principio arraigado en la acción comunitaria de *think globally, act locally*.
- Diplomacia climática y acción global. La Comisión apunta que si se quiere mantener el clima actual – previo a la Presidencia de Donald Trump – de avanzar en la lucha contra el cambio climático, la colaboración en todas las materias con los países en desarrollo es inevitable.

Estrategia 2050

El 28 de noviembre de 2018, la Comisión presentó su visión estratégica a largo plazo para una economía próspera, moderna, competitiva y neutra desde el punto de vista del clima de aquí a 2050. La estrategia muestra cómo Europa puede liderar el camino hacia la neutralidad climática mediante la inversión en soluciones tecnológicas realistas, la capacitación de los ciudadanos y la armonización de la acción en ámbitos clave como la política industrial, la financiación o la investigación, garantizando al mismo tiempo la justicia social para una transición justa.

A raíz de las invitaciones formuladas por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, la visión de la Comisión para un futuro climáticamente neutro abarca prácticamente todas las políticas de la Unión Europea y está en consonancia con el objetivo del Acuerdo de París de mantener el aumento de la temperatura global

muy por debajo de 2 C y de proseguir los esfuerzos para mantenerlo en 1,5 °C. Para la Unión Europea, conducir al mundo hacia la neutralidad climática significa alcanzar dicho objetivo de aquí a 2050.

La finalidad de esta estrategia a largo plazo no es fijar objetivos, sino crear una visión y una dirección adecuada, trazar un plan para ello, e inspirar y permitir a las partes interesadas, investigadores, empresarios y ciudadanos por igual desarrollar nuevas e innovadoras industrias, empresas y empleos asociados.

La estrategia a largo plazo analiza el abanico de opciones disponibles para los Estados miembros, las empresas y los ciudadanos y cómo estas pueden contribuir a la modernización de la economía y mejorar la calidad de vida de los europeos. Pretende garantizar que esta transición sea socialmente justa y refuerza la competitividad de la economía y la industria de la Unión Europea en los mercados mundiales, garantizando empleos de alta calidad y un crecimiento sostenible en Europa, permitiendo simultáneamente ayudar a resolver otros retos medioambientales, como la calidad del aire o la pérdida de biodiversidad.

El camino hacia una economía climáticamente neutra exigirá una acción conjunta en siete ámbitos estratégicos: eficiencia energética; despliegue de energías renovables; movilidad limpia, segura y conectada; industria competitiva y economía circular; infraestructuras e interconexiones; bioeconomía y sumideros naturales de carbono; captura y almacenamiento de carbono para hacer frente a las emisiones restantes. La prosecución de todas estas prioridades estratégicas contribuirá a hacer realidad nuestra visión.

La Comisión Europea invita al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social a considerar la visión de la Unión Europea para una Europa climáticamente neutra de aquí a 2050. A fin de preparar a los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE para configurar el futuro de Europa en el Consejo Europeo de 9 de mayo de 2019 en Sibiu, los ministros de todas las formaciones pertinentes del Consejo deben celebrar amplios debates políticos sobre la contribución de sus respectivos ámbitos políticos a la visión global.

La estrategia a largo plazo es una invitación a la participación de todas las instituciones de la Unión Europea, de los parlamentos nacionales, del sector empresarial, de las organizaciones no gubernamentales, de las ciudades y de las

comunidades, así como de los ciudadanos, y especialmente de los jóvenes, en la tarea de garantizar que la Unión Europea pueda seguir mostrando liderazgo e inspirar a otros socios internacionales a hacer lo mismo. Este debate con conocimiento de causa a escala de la Unión Europea deberá permitir a la Unión Europea adoptar y presentar a la CMNUCC una estrategia ambiciosa a más tardar a principios de 2020, tal como se solicitó en el Acuerdo de París.

Los Estados miembros han presentado los ya citados PNIEC a la CE, que son fundamentales para la consecución de los objetivos climáticos y energéticos para 2030 y que deben orientarse al futuro y tener en cuenta la estrategia a largo plazo de la Unión Europea. Además, un número creciente de regiones, municipios y asociaciones empresariales están elaborando sus propias visiones para 2050, lo cual enriquecerá el debate y contribuirá a definir la respuesta de Europa al desafío mundial del cambio climático.

En el plano internacional, a lo largo del próximo año, la Unión Europea debería ampliar su estrecha cooperación con sus socios internacionales, a fin de que todas las Partes del Acuerdo de París elaboren y presenten de aquí a 2020 una estrategia nacional a largo plazo para mediados de siglo, a la luz del reciente informe especial del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático relativo a un recalentamiento de 1,5 °C.

La nueva Comisión y el Green Deal

El 11 de diciembre de 2019, la nueva presidenta de la CE, Ursula Von der Leyen, presentó su plan verde para la UE, el European Green Deal, con el que Europa incrementa su ambición en la lucha contra la emergencia climática, elevando del 40% al 50% (con la recomendación de llegar al 55%), el objetivo de reducción de las emisiones de CO₂ para 2030, y se compromete a eliminar al 100% sus emisiones para 2050. El documento recoge de manera expresa el compromiso de la UE para seguir liderando la lucha climática y la conservación de la biodiversidad.

El European Green Deal implica a todos los componentes de la arquitectura institucional comunitaria: la Comisión Europea, el Consejo, el Parlamento, el Consejo Europeo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones. Con ello la UE quiere dejar claro que lo que se apruebe en una institución no será frenada en otra.

La seriedad del compromiso europeo parece claro dado los muchos deberes que Bruselas se ha fijado para este 2020: el objetivo de ser neutros en carbono se fijará por ley, que se presentará como muy tarde en marzo de 2020, las mismas fechas para las que debe lanzarse el Pacto Europeo por el Clima. Para junio se deberá contar ya con una propuesta sobre el mecanismo para una transición justa, incluida la dotación de un fondo europeo y un Plan de Inversión Sostenible para Europa.

Además, los Estados están llamados a presentar en el mes de junio la evaluación final de sus planes nacionales de energía y clima, y para el próximo verano deberá estar terminado el plan para reducir las emisiones un 50-55% en toda la Unión en 2030.

Tanto la estrategia industrial de la UE como el Plan de Acción para la Economía Circular deberán estar listos para el marzo de 2020, mientras que la legislación que debe regir la estrategia para las baterías tendrá un margen un poco mayor: el mes de octubre. 2020 también es al año en que deberá estar listo el borrador para el plan de apoyo a la industria del acero que quiera alcanzar las cero emisiones en 2030.

Por lo que respecta al camino hacia las energías limpias y sostenibles, a lo largo del año se revisarán los resultados de la Red Transeuropea de la Energía para abordar su actualización y rediseño, la renovación de los planes de descarbonización del sector de la construcción, y una nueva estrategia para el aprovechamiento eólico en el mar.

El transporte sostenible y la smart mobility también se atenderá a través de una estrategia que deberá fijarse en 2020, y se solicitarán fondos para apoyar el despliegue de puntos de recarga para energías alternativas, al tiempo que se trabajará en una legislación para la producción de nuevos combustibles.

Las propuestas para los sectores más complejos deberán esperar hasta 2021: será entonces cuando se abordarán las medidas agrícolas, tanto en el desarrollo de una agricultura de cercanía como para la reducción de pesticidas y otros elementos contaminantes y generadores de CO₂. También la imposición de normas más estrictas sobre los vehículos de motor de combustión, y la revisión de directivas sobre transporte combinado, ferrocarril y vías navegables.

El European Green Deal también establece la creación de una política verde común y otras medidas hasta superar el medio centenar, que deberán ponerse en marcha entre 2020 y 2021.

Cabe resaltar que este plan verde de Von der Leyen necesita del visto bueno de todos los organismos europeos, tanto de la propia Comisión como del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo donde se sientan los 28 Estados Miembro de la Unión Europea.

España

España, como parte de la UE, y como país firmante de la CMNUCC y su Protocolo de Kioto, tiene la obligación de aplicar las diferentes normas que se acuerdan tanto a nivel internacional como a nivel europeo. Nuestro país ya está inmerso en la lucha contra el cambio climático, y el Gobierno está trabajando en la hoja de ruta de las próximas décadas en materia energética y medioambiental.

En febrero de 2019, el Gobierno lanzó su propuesta de “Estrategia de Energía y Clima a 2030”⁶⁷⁴, que incluye el borrador de PNIEC, un Anteproyecto de Ley de cambio climático y un documento de estrategia de transición justa. Estos 3 documentos son los tres pilares esenciales cuyo efecto, en suma, es que garantiza que España cuente con un marco estratégico estable y certero para la descarbonización de su economía. Sirven para cumplir con los objetivos de la Unión Europea en materia de sostenibilidad, así como los recogidos en el Acuerdo de París. Todo responde, en definitiva, a la necesidad de definir un marco a medio y largo plazo para garantizar una transición ordenada de nuestra economía hacia un modelo bajo en carbono y que se adapte a los retos del clima.

Dicho lo anterior, la situación de desestabilidad política, con un Gobierno en funciones y unas elecciones para el 10 de noviembre de 2019, hace que las valoraciones que ahora realizo sea sobre documentos en borrador o de los que no se tiene certeza como serán en su redacción final o si estas realmente llegaran a aplicarse.

⁶⁷⁴<https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/participacion-publica/marco-estrategico-energia-y-clima.aspx>

Plan Nacional Integrado de Energía y Clima

El PNIEC 2021-2030 es un mandado del Reglamento UE 2018/1999, de Gobernanza y define los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, de penetración de energías renovables y de eficiencia energética. Determina las líneas de actuación y la senda que, según los modelos utilizados, es la más adecuada y eficiente, maximizando las oportunidades y beneficios para la economía, el empleo, la salud y el medio ambiente; minimizando los costes y respetando las necesidades de adecuación a los sectores más intensivos en CO₂

Los PNIEC son instrumentos de planificación política: identifican problemas, fijan objetivos y adelantan las medidas que se van a adoptar. Actualmente, el borrador español ya ha sido informado por la Comisión, de manera en general positiva.

En relación con los PNIEC, y en virtud del Reglamento UE 2018/1999, los Estados miembros asumen obligaciones jurídicas vinculantes, pero consisten más en obligaciones procedimentales (de presentación del proyecto de PNIEC en su fecha, de atender las recomendaciones de la Comisión o motivar por qué no las ha atendido, etc.) que en exigencias “duras” sobre el contenido sustantivo del instrumento (que, en su caso, están recogidas en el Acuerdo de París o en otras disposiciones de la Unión sobre el asunto (ver, por ejemplo, considerando 6 del Reglamento UE 2018/1999).

Los PNIEC, al ser instrumentos de planificación, actúan principalmente como soft law. El mecanismo fundamental de enforcement de los PNIEC es el shaming: la Comisión emite recomendaciones que se ponen a disposición del público (art. 34.1 del mismo Reglamento) y han de ser atendidas por el Estado “en un espíritu de solidaridad” (bien para asumir lo recomendado por la Comisión, bien para motivar la decisión de no tenerla en cuenta) (art. 34.2). La Comisión luego explica públicamente (al Parlamento y al Consejo) si los Estados han cumplido o no en el Informe sobre el Estado de la Unión de la Energía (arts. 35 y 36).

Dicho lo anterior, esas obligaciones jurídico-formales generan también un cierto grado de vinculación al contenido sustantivo del PNIEC y de las recomendaciones de la Comisión. Así, si un Estado miembro se separa materialmente de una recomendación de la Comisión, debe dar una motivación suficiente para ello; y la

intensidad de ese deber formal de motivación será mayor cuanto mayor sea la separación sustantiva en el contenido.

Así, los PNIECs son una clara modalidad de lo que en la dogmática tradicional se solían llamar normas (aun no siendo norma en puridad) programáticas, que expresan objetivos que han de instrumentarse luego mediante actos o disposiciones jurídicas vinculantes, pero que carecen por sí de eficacia jurídica inmediata. Esta conclusión parece evidente si se atiende al contenido que les atribuye el artículo 3 del Reglamento 2018/1999 (y ello dejando al margen las obligaciones puramente formales que puedan resultar de las recomendaciones que la Comisión pueda realizar en el marco de la evaluación prevista en el artículo 29).

Tal es la conclusión que también se infiere del artículo 4 del Anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, que califica al PNIEC como *"herramienta de planificación estratégica nacional que integra la política de energía y clima, y refleja la contribución de España a la consecución de los objetivos establecidos en el seno de la Unión Europea en materia de energía y clima, de conformidad con lo establecido en la normativa europea en vigor"*, detallando luego un contenido mínimo absolutamente programático. Y aunque se afirma que será aprobado por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta de la Ministra para la Transición Ecológica, ello no quiere decir que necesariamente tenga naturaleza reglamentaria (a nuestro entender no la tiene, pues no comporta por sí una modificación del ordenamiento jurídico), toda vez que, de acuerdo con el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, del Gobierno, toman la forma de Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros no solo *"las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste"*, sino también *"las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica"*.

En definitiva, su naturaleza sería similar a la de la Planificación Energética Indicativa que regulaba el artículo 79 de la Ley 4/2011 o a la de los contenidos no vinculantes de la Planificación eléctrica referida en el artículo 4 LSE. Por tanto, consideramos que un particular o una empresa no sufrirán ninguna consecuencia negativa solo por la aprobación del PNIEC o por el incumplimiento de su contenido por el Estado miembro: serían a lo sumo las medidas concretas de implementación (que, ya sean normativas, ya revistan la forma de actos administrativos, tendrán en

todo caso plena eficacia jurídica) las que puedan generar efectos sobre la posición jurídica de los particulares.

Anteproyecto Ley Cambio Climático

El texto que hoy conocemos presenta un alto grado de remisiones a futuros desarrollos reglamentarios, para los que se concede una amplia habilitación al Gobierno. Esto convierte a una considerable parte de sus preceptos en un conjunto de declaraciones programáticas o de grandes principios, en las que un buen número de cuestiones esenciales quedan pendientes de futuros Reales Decretos. Así:

- a. Los PNIECs que serán aprobados por Real Decreto del Consejo de Ministros (no se establece plazo).
- b. El Gobierno aprobará una Estrategia de Bajas Emisiones a 2050 (no se dice cuándo).
- c. El Gobierno desarrollará reglamentariamente nuevos instrumentos de fomento de la generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable (no se dice cuándo, ni en qué consistirán tales instrumentos, salvo que "se otorgarán mediante procedimientos de concurrencia competitiva")
- d. Al margen de lo anterior, el Gobierno desarrollará, durante el periodo 2020-2030, procedimientos de concurrencia competitiva para impulsar la construcción de un mínimo de 3.000 MW de potencia al año.
- e. El Gobierno aprobará mecanismos de apoyo a combustibles sintéticos fabricados a partir de materias primas y energía de origen renovable, así como a la inyección de gases renovables en la red de gas natural. El Gobierno aprobará en el plazo de un año un sistema de certificados de origen renovable para estos combustibles.
- f. El Gobierno regulará el fomento de biocarburantes en el transporte aéreo.
- g. El Consejo de Ministros aprobará el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, como instrumento de planificación básico para la acción coordinada frente a los efectos del cambio climático.

- h. El Gobierno aprobará cada cinco años, mediante Real Decreto, Estrategias de Transición Justa.
- i. El Gobierno regulará las obligaciones de inversores, empresas cotizadas y sector financiero, en relación con la sostenibilidad y el riesgo financiero asociado al cambio climático.

Algunos aspectos en los que existen determinaciones concretas en relación con el régimen de las energías renovables son:

- Impulso de las energías renovables, estableciendo objetivos a alcanzar en el año 2030 (a) una penetración de energías de origen renovable en el consumo final de energía de un 35%, y (b) un sistema eléctrico con al menos un 70% de generación de origen renovable (llegando al 100% en el año 2050).
- Los PNIECs concretarán las cuotas de penetración de las energías renovables por periodos de 5 años y sub-periodos de dos años y medio que permitan concretar y planificar la producción de energía de origen renovable.
- Se habilita al Gobierno a desarrollar reglamentariamente nuevos instrumentos para el fomento de la generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. El Anteproyecto de Ley no concreta -como ya se ha señalado- en qué consistirán tales instrumentos, pero apunta una serie de criterios generales:
 - Se otorgarán mediante procedimientos de concurrencia competitiva
 - Se menciona la innovación tecnológica y la gestionabilidad como factores que podrán tenerse en cuenta en tales procedimientos
 - El elemento central será la “energía o potencia instalada”
 - Durante el periodo 2020-2030 estos procedimientos de concurrencia competitiva se desarrollarán en relación con un mínimo de 3.000 MW de potencia cada año o una cantidad de energía equivalente a la que potencialmente producirían tales instalaciones
 - Estos instrumentos de apoyo serán al margen del actual régimen retributivo específico, de forma que (i) las instalaciones actualmente

acogidas al régimen retributivo específico podrán seguir en él, y (ii) una misma instalación no podrá percibir simultáneamente el régimen retributivo específico y la retribución derivada de estos nuevos instrumentos

La valoración de este punto debe ser positiva, en cuanto introduce un elemento de estabilidad y seguridad, frente al actual sistema de subastas para la asignación del régimen retributivo específico al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 650/2017, de 16 de junio, para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables en el sistema eléctrico peninsular, de aplicación a las tecnologías eólica y fotovoltaica (en el que no existe seguridad de que se celebren todos los años, ni se fija un mínimo anual, sino un cupo revisable).

Sin embargo, queda sin concretar un elemento importante, a saber: cuáles serán los incentivos que se establezcan para participar en esos procedimientos competitivos, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo de fomento que se establece en paralelo con el régimen retributivo específico, que se mantiene.

- El Gobierno establecerá un marco normativo estable, predecible, eficiente y claro en relación con la generación eléctrica procedente de fuentes renovables. También se apuntan algunos principios generales de este marco normativo:
 - Simplificación de cargas y procedimientos administrativos
 - Coste sostenible en concordancia con evolución tecnológica del sector
 - Se reconoce primacía en instalación de plantas de generación eléctrica de origen renovable frente a otras tecnologías
 - Prioridad en acceso y conexión a redes de transporte y distribución
- Prohibición de establecimiento de nuevos subsidios u otros incentivos que favorezcan el consumo de combustibles fósiles (artículo 12). Debe valorarse positivamente, si bien parece un aplazamiento excesivo establecer todo un año sólo para que el Ministerio de Hacienda realice "un informe" sobre el

régimen fiscal aplicable a los combustibles fósiles, a partir del cual el Consejo de Ministros apruebe (sin plazo) un calendario para su revisión.

- Promoción de movilidad sin emisiones (artículo 15). Sin duda merece una valoración positiva, si bien nos encontramos de nuevo ante un objetivo a muy largo plazo (2050), para el que el Anteproyecto se limita a decir que las distintas Administraciones "adoptarán medidas". La única que contiene un mandato directo es la previsión de prohibición de matriculación a partir de 2040, de turismos y vehículos ligeros con emisiones directas de CO₂.
- Obligación de instalación de puntos de recarga eléctrica. Al respecto, sorprende que no se fije un objetivo cuantitativo y temporal. La Ley francesa de transición energética de 2015 estableció un objetivo de siete millones de puntos de recarga instalados para 2030.
- A destacar la referencia relativa a que la electricidad suministrada para la recarga deberá tener "garantía de origen renovable". Esto puede suponer un auge del mecanismo regulado por la Orden IET/ 931/2015, de 20 de mayo y la Circular 1/2018, de 18 de abril de 2018, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), por la que se regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovable y de cogeneración de alta eficiencia

En cuanto a la valoración de este Anteproyecto, destacar dos aspectos que sorprenden desde una perspectiva jurídica.

En primer lugar, la ausencia de un planteamiento general sobre la relación entre las distintas Administraciones. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional relativa a la distribución territorial de competencias en relación con el cambio climático, ha señalado la necesidad de establecer un tratamiento unitario o "unidad de tratamiento" en la lucha contra el cambio climático y por la reducción de los gases de efecto invernadero, lo que puede justificar la ampliación de la capacidad del Estado para usar sus competencias exclusivas o una mayor intensidad de la legislación básica⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ STC 165/2016, de 6 de octubre

De forma sorprendente, el Anteproyecto ha dejado en blanco la disposición relativa al carácter básico o no básico de los distintos preceptos. Tampoco ha establecido instrumentos concretos de colaboración o cooperación entre las distintas Administraciones, más allá de establecer una obligación para las Comunidades Autónomas y municipios de más de 10.000 habitantes de "contar con planes de energía y clima antes del 31 de diciembre de 2021" (artículo 31); obligación cuyo cumplimiento, por razones obvias, va a resultar de muy difícil imposición desde la Administración central.

En cambio, ha dedicado un extenso y detallado artículo 30 a regular, con minuciosidad más propia de un reglamento, un órgano denominado Comité de Cambio Climático y Transición Energética que, además está desprovisto de funciones ejecutivas y tiene una naturaleza de mero órgano consultivo.

En segundo lugar, se trata de un Anteproyecto de Ley de transición sin disposiciones transitorias. Finalmente, resulta sorprendente que un texto legal que pretende transitar desde un modelo energético basado en los combustibles fósiles a otro asentado en energías renovables, carezca de una sola disposición transitoria. Máxime si se tiene en cuenta que la gran mayoría de sus medidas contemplan un horizonte de ejecución a muchos años vista. Esta es una muestra clara de la deficiente técnica legislativa de que adolece el Anteproyecto (otras que podrían citarse son el elevado número de disposiciones finales dirigidas a modificar otras leyes, o el hecho de que los autores del texto no hayan llegado a identificar qué preceptos son básicos y cuáles no).

Esta deficiente estructura del Anteproyecto ha llevado a que en algún caso se introduzcan previsiones transitorias en el articulado: caso del artículo 11, referido a los permisos y concesiones de explotación de hidrocarburos, que contienen referencias a los permisos y concesiones ya otorgados, aunque con unas salvedades ("sin perjuicio de") que generan inseguridad jurídica.

La ausencia de un régimen transitorio, que cabe suponer será corregida en futuras versiones del texto, daría lugar a situaciones de vacío legal. Piénsese, por ejemplo, en que la disposición derogatoria, además de la habitual cláusula genérica de derogación, establece como única determinación expresa que se deroga "la disposición adicional quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de

Presupuestos Generales del estado para el año 2013 (es decir, las aportaciones para la financiación de los costes del sistema referidos a fomento de energías renovables). Esta derogación tiene sentido, sin duda, en la medida en que es coherente con la eliminación de los límites máximos para la afectación de los ingresos estimados por la subasta de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero; pero ocurre que el artículo 26 del Anteproyecto remite a "las leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año" la concreción última del destino de dichos ingresos dentro de "los objetivos establecidos en esta Ley", lo que supone dejar abierto un periodo -entre la entrada en vigor de la Ley y la aprobación de los Presupuestos- carente de cobertura legal. Lo mismo cabe decir de los criterios que aseguren la financiación de las Comunidades Autónomas y el acuerdo sobre atribución de fondos que integren los condicionantes climáticos en la políticas e inversiones cofinanciadas, que se remiten a las propuestas que -en el plazo de un año- formule el Ministerio de Hacienda al Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Documento de estrategia de transición justa⁶⁷⁶

El Acuerdo de París reconoce que la implementación de las políticas contra el cambio climático deberá tener en cuenta "los imperativos de una transición justa en el mundo del trabajo y la creación de trabajo decente y de calidad". Esta demanda proviene de las organizaciones sindicales que, a cambio de comprometerse en la defensa de la acción climática, pidieron ciertas garantías socio-laborales para que los cambios no se produjeran a costa de los trabajadores. La Transición Justa es un eje prioritario de las políticas del Ministerio para la Transición Ecológica. Así, el Gobierno de España y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) firmaron en julio 2018 un acuerdo estratégico para implementar las directrices sobre Transición Justa de esta organización internacional -consensuadas y aprobadas por gobiernos, organizaciones sindicales y patronales empresariales- como marco orientador y herramienta práctica de acción, del que la Estrategia Nacional de Transición Justa es el primer elemento. En la Cumbre del Clima de Katowice (Polonia, diciembre de 2018), el presidente del Gobierno en funciones, Pedro

⁶⁷⁶<https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/la-estrategia-de-transicion-justa-ser-el-marco-de-actuacion-para-optimizar-las-oportunidades-de-la-transicion-ecologica-tcm:30-487299>

Sánchez ratificó el compromiso de España firmando la Declaración de Silesia sobre Transición Justa.

La Estrategia de Transición Justa, siguiendo las directrices de la OIT y las recomendaciones del Acuerdo de París, tratará de maximizar las oportunidades de empleo de la transición hacia un modelo de desarrollo bajo en carbono. La Estrategia, que ha sido sometida a información pública, forma parte del Marco Estratégico del Gobierno de Energía y Clima, enfocado a facilitar la modernización de la economía hacia un modelo sostenible y competitivo que contribuya a poner freno al cambio climático.

El punto de partida de la Estrategia es el reconocimiento de que en España es particularmente importante optimizar los beneficios de la Transición Ecológica para generar más y mejores empleos. La tasa de paro duplica la media de la UE y es la segunda peor de la zona. Estamos a la cabeza entre los países desarrollados con mayor nivel de contratación temporal (27,5%) y de trabajadores/as. La Estrategia será el instrumento que permitirá la identificación y adopción de medidas que garanticen a trabajadores y territorios afectados por la transición hacia una economía baja en carbono, un tratamiento equitativo y solidario. El objetivo es que no se produzcan impactos negativos sobre el empleo ni la despoblación. Para ello, impulsará el diseño de políticas industriales, de investigación y desarrollo, de promoción de actividad económica, y de empleo y formación profesional con el fin de asegurar que el tránsito hacia un nuevo escenario productivo sea justo y socialmente beneficioso para todos. La Estrategia identifica y se alinea con las áreas del PNIEC con mayores oportunidades de creación de empleo: rehabilitación de edificios, energías renovables (subastas, repotenciación, promoción del autoconsumo) y el desarrollo del almacenamiento, la movilidad eléctrica o el desarrollo de combustibles alternativos como el biometano y el hidrógeno. Contempla propuestas para mejorar el acompañamiento a las empresas, adaptando los instrumentos de apoyo de los que ya dispone la Administración General del Estado, impulsando planes de acompañamiento para la transición en la industria y otros sectores, como el Estatuto del Consumidor Electrointensivo, para el mantenimiento y refuerzo de la competitividad industrial.

Para aquellas comarcas donde la transición energética y ecológica pueda suponer dificultades para la actividad económica y las empresas, el Gobierno propondrá la firma de un Convenio de Transición Justa. Este convenio articulará un plan de acción orientado a generar proyectos integrales de desarrollo territorial que garanticen el empleo a medio y largo plazo, y dinamicen la transición hacia un nuevo escenario productivo. Estos convenios animarán y canalizarán la participación de los diferentes actores implicados: empresas, organizaciones sindicales, universidades, centros educativos, asociaciones y organizaciones ambientales no gubernamentales, así como las distintas Administraciones, donde las entidades locales están llamadas a desempeñar un papel fundamental. Este planteamiento permite la combinación de participación social y profesionalización del proceso. Como apoyo financiero, ofrecerán acceso asistido y ágil a líneas de apoyo de la Administración General del Estado (AGE), asistencia técnica para ventanas de financiación europea, priorización en líneas de ayudas existentes a través de puntuación adicional -tras la valoración de su idoneidad por parte del Ministerio de Hacienda y de Trabajo, Migraciones y Seguridad- o herramientas de política energética, como las subastas específicas de energías renovables. Para el apoyo técnico a la elaboración e implementación de los Convenios de Transición Justa, el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras se transformará en el Instituto de Transición Justa que reforzará y ampliará su espectro a más zonas en transición y a más sectores de actividad. Para la realización de Convenios de Transición urgentes se habilitan 130 millones en líneas de ayuda para el marco 2019-2021. Los Convenios de Transición Justa son producto de las experiencias previas relacionadas con la reconversión de sectores productivos que han destilado procesos bien diseñados, con amplia participación de actores y con la transparencia como base.

La Estrategia hace especial énfasis en la creación de empleo verde en el mundo rural, en sintonía con la Estrategia Española contra la Despoblación. Algunas de las líneas propuestas en este ámbito son el impulso a las energías renovables como biomasa o biogás, el apoyo a la Estrategia de Bioeconomía, diseñada para generar valor económico, activando mercados locales para productos y subproductos, o la revisión del Plan Forestal Español. El documento propone la integración de la Transición Ecológica en los Planes Anuales de Política de Empleo, prestando

especial atención a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres o la mejora de los servicios de empleo en territorios vulnerables a través del SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal) en colaboración con las Comunidades Autónomas y los agentes sociales.

La Estrategia se compromete con un aprovechamiento solidario y de cohesión social de las oportunidades de empleo y mejora de la competitividad que genere la transición ecológica de la economía. Incluye medidas para revisar los contenidos de la enseñanza secundaria obligatoria, la formación profesional y la enseñanza universitaria para la inclusión de contenidos sobre la transición ecológica y otros vinculados, como la digitalización. También la promoción de una Formación Profesional Dual entre empresas de sectores verdes y jóvenes en formación.

TERCERA PARTE: CONSIDERACIONES FINALES

CONCLUSIONES

Comienzo la última parte de este trabajo, no sin dejar de reconocer que me enfrento quizá al reto más complicado por dos razones fundamentales.

En primer lugar, por la necesidad de sintetizar el conjunto de reflexiones y de mensajes que he abordado de manera profusa en las páginas precedentes, centrándome en aquellas ideas que quiero que queden como resumen de lo que pretende ser un trabajo de investigación y reflexión.

En segundo lugar, la dificultad también radica en el gran número de temas que se abordan; la propia materia sobre la que versa esta tesis doctoral - el soft law – es, en sí misma, una materia transversal y, en consecuencia, tiene una dimensión que hace que esté presente en las más variadas facetas de la vida jurídica.

En todo caso, y *por mor* del imperativo académico, abordo esta última fase con la satisfacción de haber realizado a lo largo de estos años una recopilación de información sobre la materia que ha superado, en muchas ocasiones, las expectativas iniciales y las ideas sobre las que se asentaba este proyecto de investigación en sus fases embrionarias.

En estos años, hemos sido testigos de un intenso proceso de transformación en el ámbito económico y social motivado, en buena medida, por una de las mayores crisis económicas que ha vivido la historia. A ello, se une un fenómeno sociológico que aquí solamente he apuntado, pero que considero muy relevante y que está motivando cambios muy decisivos en democracias tan consolidadas como la inglesa o la americana.

Desde que comencé este proyecto, la sociedad a nivel mundial de este nuevo mundo globalizado ha experimentado transformaciones relevantes y decisivas. Por ello, me gustaría presentar una serie de consideraciones preliminares para situar este trabajo en su adecuado contexto social, sin extenderme más allá de lo debido. Sin duda, es el entorno social el que tiene un impacto inmediato y decisivo en la materia sobre la que versa este trabajo. Así, puedo anticipar que durante el largo periodo en el que he realizado esta investigación (quizás me atrevería a decir que demasiado), el mundo ha cambiado mucho. Pero no por una circunstancia

excepcional, sino porque este es el mundo en el que vivimos: un mundo cambiante y en permanente proceso de transformación.

Como primer aspecto relativo al entorno social citaré la primavera árabe. Cuando iniciaba este trabajo, asistíamos a un movimiento social hasta entonces sin precedentes en ciertos países. Me refiero a lo que fue conocido como la primavera árabe y por el cual parecía que se iba a producir una transformación decisiva en los países del norte de África y del Magreb como consecuencia de los sucesivos movimientos sociales que se estaban produciendo en los mismos y que ocasionaron la caída de los regímenes políticos tan veteranos como Egipto, Libia, o Túnez. En otros muchos países, como Argelia o Marruecos, los movimientos tuvieron un impacto social muy relevante, y aunque no provocaron la caída de sus líderes, sí que ocasionaron modificaciones internas en sus estructuras políticas.

Aquella primavera árabe, vista con la perspectiva de los años, estaba impulsada por un deseo de transformación de la sociedad y nos apuntó el espejismo de que era posible la conformación de regímenes democráticos de estos países para lo cual Occidente, y especialmente la Unión Europea, puso especial interés y apoyo para la conformación y desarrollo de estos procesos, llegando a designar, en su momento, a un alto representante para la primavera árabe.

Ocho años después de este proceso, nos encontramos con que esas democracias no se han consolidado y que la esperanza ha dado paso, en muchas ocasiones, al desencanto o a los Estados fallidos, como Libia. Esto es, las grandes esperanzas de cambio y de mejora prometidas, fracasaron en la mayoría de los casos y han dado lugar, en ocasiones, a procesos de involución política.

Una segunda circunstancia histórica a la que hemos asistido (y tengo que reconocer con absoluto asombro) ha sido un proceso de crecimiento desmesurado de ideologías y partidos populistas. Un crecimiento que ha ido en paralelo al desencanto producido en la sociedad civil respecto de los partidos tradicionales, que se han visto hundidos en sus resultados electorales, dando lugar a la aparición de nuevos, y en ocasiones, efímeros líderes lejos de las estructuras e ideologías que han regido los destinos de Europa en los últimos decenios. No estamos hablando de un fenómeno aislado, sino que se ha generalizado a todo el mundo, ya sean países desarrollados o en vías de desarrollo. Estos movimientos populistas

han dado lugar a la promulgación de ideologías y postulados muy alejados de las tendencias aperturistas y de integración que habían regido en la última parte del siglo XX. Y hablamos, con gran preocupación, de que están suponiendo un renacer de las ideologías nacionalistas más rancias. Buenos ejemplos de ello son los gobiernos en Estados Unidos, o mismamente en el seno de la Unión Europea, donde casi un tercio de sus miembros son contrarios al proceso de integración europea.

En tercer lugar, y por no explayarme más en estas consideraciones de contextualización histórica y social, hemos presenciado también un proceso de crecimiento relevante de participación de la sociedad civil, especialmente en el ámbito en el que centramos la segunda parte de este trabajo: el medioambiente. Quizá porque los indicadores del deterioro medioambiental están viendo un crecimiento exponencial es por lo que se están desatando todas las alarmas y por lo que la sociedad civil ha incrementado su protagonismo a nivel de participación. Gracias a ello, y a la presión que la sociedad ha ejercido respecto de la clase dirigente, podemos afirmar que, en relación del tema del cambio climático, se ha avanzado más en los últimos 10 años que en los 50 anteriores.

Y, en último lugar, no podemos dejar de hacer mención a una de las circunstancias que ha presidido durante todo el desarrollo de este trabajo de investigación: la grave crisis económica, que ha condicionado sin duda todo el desarrollo no ya económico sino social y político.

Realizada esta contextualización vamos a tratar de identificar las ideas clave que me gustaría que quedaran como conclusiones de este proceso de reflexión, que es como me gusta entender el trabajo que he desarrollado.

Primero: La globalización como caldo de cultivo

Como he indicado anteriormente, el título genérico con el que comenzó este trabajo se agrupaba en dos palabras - soft law - para ir posteriormente analizando la imbricación del mismo en los diferentes ámbitos del derecho, y centrarnos con posterioridad que en el impacto que ha tenido en el ámbito de la protección medioambiental. Ello pasaba por entender y considerar como premisa fundamental que el soft law es una parte integrante del ordenamiento jurídico y que las normas emanadas del mismo o, mejor dicho, las normas que por sus características

intrínsecas podemos definir como soft law, no son una peculiaridad de nuestro tiempo. El derecho suave, las recomendaciones, los códigos de buenas prácticas, o incluso la costumbre en determinadas circunstancias han sido, desde el origen de los tiempos, fuentes de generaciones de derechos y obligaciones que no podemos, ni debemos desconocer.

Sin embargo, el análisis de la influencia que el soft law está teniendo en el ordenamiento jurídico de nuestros días ha puesto de manifiesto - a lo largo de este trabajo - su extraordinario crecimiento e importancia, de una forma muy superior a la que tuvo en el pasado, y la consideración y relevancia que está teniendo para la búsqueda de soluciones conjuntas en el proceso de lucha contra el cambio climático.

Este crecimiento y relevancia del soft law tiene, en mi opinión, una implicación directa y definitiva en el proceso de la globalización que llevamos viviendo hace unas décadas. El mundo jurídico no puede ser ajeno a la realidad social y por ello se ve influido de manera decisiva por todos los fenómenos sociales que acontecen en su entorno. Se ve impactado de una forma directa y, en este contexto, qué duda cabe que la globalización es uno de los fenómenos más relevantes que ha tenido la historia de la humanidad.

En este trabajo no he querido dar un concepto concreto de globalización porque entendía que no era el objeto del mismo, sino que he tratado de identificar las características intrínsecas del mismo porque, como dice el Secretario de Naciones Unidas, no podemos hablar de una, sino de muchas globalizaciones y además se trata de un proceso que crece a una velocidad exponencial, paralelo en muchas ocasiones al proceso de crecimiento que las nuevas tecnologías de información nos permiten desarrollar. Ello provoca que la sociedad se encuentra ante unos nuevos retos y desafíos. Y lo que es más importante, antes nuevas expectativas que es necesario atender y que, en muchas ocasiones, es muy difícil satisfacer. Sobre todo, si tratamos de encorsetarlo en los tradicionales instrumentos legales y normativos que han venido sentando las bases del estado de derecho en los últimos siglos. La globalización supone una ruptura de modelos y parámetros tradicionales con arreglo a los cuales históricamente se han venido configurando las relaciones económicas y sociales, lo que provoca una necesidad de articular otros

mecanismos que responda a estas necesidades y que atienda a la velocidad a la que se están desarrollando.

Las transformaciones que se están produciendo en el ámbito tecnológico y la utilización masiva de internet o instrumentos como el correo electrónico permite una reducción de los costes marginales de la producción y exige una modificación y adaptación de los organigramas principales. Los progresos tecnológicos han ocasionado, sin duda, nuevas formas de desarrollo que impactan de forma directa en la vida económica, social, política. Y, por supuesto, en la jurídica, dando una mayor relevancia a la sociedad civil, a entes y organismos de diversa consideración, lo que provoca la ampliación del ámbito de aplicación de los órganos que emanaban tradicionalmente las normas.

Dos ideas fundamentales de cómo la globalización ha afectado al mundo jurídica serían, en primer lugar, que la generalización y aceleración del proceso, hacen cada día más difícil establecer normas que tengan única y exclusivamente una limitación territorial circunscrita a los países. En segundo lugar, la proliferación y complicación de la vida y relaciones económicas hace casi imposible que se pueda tender a las necesidades utilizando los mecanismos tradicionales.

Segundo: La desconexión entre política y sociedad

Como he mencionado en el encabezamiento de estas conclusiones, a lo largo de estos años hemos asistido a un proceso de desconexión entre la política y la sociedad, entre las estructuras tradicionales de los regímenes y partidos políticos y la realidad social que vive la población. El tan manido concepto “no nos representan” ha ido calando en la sociedad de una forma creciente y no podemos decir que haya tenido acogida solamente en sectores o reductos marginales, sino que ha tenido un reflejo mayoritario en la opinión pública. Ello se ha traducido en un cambio radical en la conformación de lo que ha sido hasta el momento las mayorías parlamentarias o equilibrios políticos tradicionales.

Este es un fenómeno que no responde a una única demarcación geográfica ni a una sola cultura o civilización, ni a un solo mundo desarrollado o no desarrollado. Es un fenómeno global por las razones que hemos explicado en el punto anterior, que cruza el mapa del mundo de Chile a Ucrania o de EEUU a Hong Kong, sin olvidar Europa, cuna de las libertades, donde este fenómeno ha tenido - y está

teniendo - un crecimiento peligroso, poniendo en tela de juicio las bases sobre las que se ha asentado nuestro modelo de convivencia; modelo que ha permitido el mayor crecimiento económico de la historia. Me refiero a las situaciones como las que se están viviendo o se han vivido en el Reino Unido, a los chalecos amarillos en Francia, a los partidos que están en la frontera de partidos democráticos (como en Holanda, en Austria, Polonia o Alemania), o a las mayorías de partidos nuevos y heterogéneos en Italia, Portugal, o Grecia. Evidentemente, no quiero dejar de mencionar la situación de España, que después de haber protagonizado un proceso de transición democrática modélico, que ha permitido un crecimiento económico y social ejemplar. pivotado a través de mayorías alternativas del centro izquierda y del centro derecha, ha experimentado en los últimos años una radicalización de sus postulados políticos, con la aparición de protagonistas relevantes en la extrema izquierda y en la extrema derecha. Tras más de cuarenta años de fructífera democracia y de una clase política que en el momento más complicado dio un ejemplo de moderación, capacidad de dialogo, y consenso; hemos derivado a la situación actual, con el parlamento más fragmentado de la democracia, lo que va a dificultar y está dificultando desde hace tiempo, el tener un gobierno estable que aborde con decisión y capacidad los graves problemas que tiene esta sociedad.

Entrar en el análisis de las razones por las cuales se ha producido esta desconexión creciente entre ciudadanos y clase política requeriría no una, sino varias tesis doctorales y no es, evidentemente, el objetivo de este trabajo. Pero sí que creo que es importante destacarlo como uno de los elementos que ha motivado el crecimiento del soft law en las diferentes ramas del derecho, al producirse un desencanto de la sociedad civil - por las razones que se exponen y detallan en este trabajo - en cuanto a la falta de utilidad, eficacia e inmediatez en resolver sus problemas por parte de los poderes públicos.

La excesiva burocratización y complejidad de los procedimientos que en ocasiones se producen en los mecanismos tradicionales de producción normativa, hace que la sociedad civil tenga que buscar esos mecanismos y fuentes alternativas para solucionar sus problemas. La Unión Europea o las propias administraciones públicas españolas son un claro ejemplo de cómo la superposición de

competencias se ha traducido en una ineficacia e incremento considerable del gasto.

Tercero: Hacia una nueva dimensión global

La globalización despliega sus efectos en múltiples áreas, si bien en la materia que estoy abordando, lo he analizado en tres perspectivas: una economía global, un derecho global y la afección que tiene en relación al medioambiente. Esta globalización, en estas tres áreas, ha tenido un impacto relevante en el cambio de mentalidad de la población, al considerar que la dimensión de los problemas ya no es local o nacional, sino mundial. La globalización de la información y de los medios de comunicación permiten que cualquier individuo que viva en la más recóndita zona geográfica de nuestro país, sienta una preocupación real por un problema medioambiental, pese a que no se vea afectado de forma directa por el mismo. Ello, no obstante, no podemos obviar que los cambios que el calentamiento global está produciendo en el clima cada vez son más patentes. Pero su preocupación no radica en el impacto económico directo que pueda sufrir directamente, que también, sino en el hecho de compartir una preocupación a nivel global. Y creo que este es uno de los efectos más significativos que estamos analizando del proceso de la globalización. No se trata de parcelar individualmente los efectos de la misma, sino de entender adecuadamente de qué manera el conjunto de todo ello impacta de forma directa en nuestra realidad social y en nuestra preocupación personal.

Ello tiene reflejo, sin duda, en la actividad económica: las soluciones y propuestas presentadas como consecuencia de las crisis económicas lo han puesto de manifiesto. Tiene también reflejo en la realidad política por las razones y con las consecuencias que he citado anteriormente; y de forma muy evidente y en la parte que de verdad nos afecta, en la realidad jurídica.

Con el fin de abordar esos problemas que afectan de forma directa a la sociedad civil, que carecen de delimitación geográfica y que están demandando instrumentos ágiles y eficaces, en estos últimos años el derecho directamente vinculado a la realidad social ha experimentado un crecimiento y una aproximación hacia un concepto más global. Este derecho global es el resultado de una doble presión, por un lado, de la globalización y la sociedad que hemos mencionado anteriormente; y por otro, de la necesidad de que esa presión tenga reflejo en instrumentos propios

del Estado de Derecho. Y es aquí donde adquiere un protagonismo muy destacado el soft law, al permitir una mayor agilidad, inmediatez, y flexibilidad para resolver todos estos problemas.

Ello no quiere decir, y con ello finalizo esta conclusión sobre el ámbito global, que el soft law vaya a ser una suerte de “bálsamo de fierabrás” como diría Cervantes, dado que el derecho - sea duro o blando - puede llegar hasta dónde puede llegar.

Cuarto: Protagonismo de la sociedad civil

Todo el proceso al que me he referido, se traduce en el viejo postulado de que, ante la aparición de un problema, la necesidad de buscar una solución. Traducido esto al ámbito que nos estamos refiriendo encontraríamos claramente identificado el problema: un nuevo entorno social, económico y, sobre todo, tecnológico que ha incidido de una forma brutal en la organización tradicional de la sociedad y comunidades políticas como se habían venido entendiendo de forma histórica. Ese problema deriva en la incapacidad e insuficiencia de los métodos tradicionales para atender a esas necesidades. En este contexto la solución no puede venir de esos métodos y sistemas tradicionales y es lo que provoca una proliferación de métodos y sistemas alternativos en donde el soft law adquiere un papel relevante y destacado.

Sin embargo, en la conformación de esta solución, si quiera en parte, no podemos olvidar lo que quizá ha sido el causante de uno de los graves problemas políticos que la sociedad de nuestros días vive: la desconexión entre los políticos/reguladores y los ciudadanos/regulados. Si en la búsqueda de la solución a los problemas que la globalización plantea, se vuelve a incurrir en los mismos errores en lo que incurrieron los sistemas tradicionales, sencillamente no estaríamos solucionando el problema.

La nueva dimensión en la que nos encontramos requiere utilizar, no solamente nuevos instrumentos y nuevos mecanismos, sino también y, sobre todo, nuevos métodos de trabajo que deben partir de la idea fundamental, no ya de colaboración, sino de participación y protagonismo directo de la sociedad. El mundo hoy es mucho más complejo que cuando se conformaron las modernas democracias, pero va a ser mucho más complejo en los próximos años, cuando veamos la eficacia práctica de los mecanismos de solución que tenemos que poner en marcha. Por

eso entiendo que si estos mecanismos de respuesta (donde el soft law ha tenido y va a tener un papel fundamental) se realizan sin la participación e involucración directa e inmediata de la sociedad destinataria de sus normas, estarán abocados al fracaso. Y no me estoy refiriendo solamente a arbitrar mecanismos de participación de la sociedad civil, que ya existen en mayor o menor medida en los procesos de elaboración de las normas; me estoy refiriendo a que se recojan y se articulen los mecanismos que permitan que esa sociedad civil elabore sus propias normas, ya sea mediante el mecanismo de la autorregulación u otros y se le atribuya a esa sociedad un papel protagonista en la puesta en marcha, supervisión y control de las mismas. Los ciudadanos en particular, y la sociedad en general, deben sentirse parte de la solución y son (y deben sentirse) protagonistas de la misma. Solo de esta forma se podrá paliar, de alguna manera, la brecha y desconexión que sufrimos en estos momentos.

Quinto: El soft law como palanca de la regulación ambiental

Como he venido señalando en este trabajo, por su propia naturaleza, el soft law supone la enunciación de normas no vinculantes y fuente fundamental de derecho que ha surgido y se ha desarrollado rápidamente en la era moderna de la globalización, en particular para abordar cuestiones delicadas tales como el gobierno corporativo o el derecho mercantil.

Por su parte, en las últimas décadas, una de las características clave del derecho internacional ha sido su extraordinario progreso y desarrollo en materia de medioambiental. Con un comienzo muy reticente y sin ninguna ley aplicable, el derecho ambiental mundial se ha transformado en un enorme y complicado entramado normativo que engloba numerosos tratados, declaraciones, principios generales y normas de derecho internacional consuetudinario.

Y a nadie se le escapa que este crecimiento tan significativo trae causa, en gran medida, en el papel tan fundamental que han desempeñado los instrumentos de soft law.

De hecho, el desarrollo del derecho internacional se ha topado con una cuestión crucial: el choque de intereses entre la aplicación y el cumplimiento de los instrumentos de soft y hard law a nivel mundial. A pesar de estos choques, la

comunidad mundial ha sido capaz de determinar la importancia de los instrumentos de soft law en la definición de los principios y métodos jurídicos.

En su esfuerzo por protegerlo, la comunidad mundial también ha reconocido que el soft law es un arma poderosa para equilibrar el sistema establecido por el *hard law* y que desempeña un papel vital en la consecución de un objetivo estable en términos de aplicación del derecho internacional sobre el medio ambiente. El soft law prevé el acuerdo de los Estados, los compromisos generales y las medidas para lograr los objetivos concretos desde una perspectiva mundial. En el aspecto nacional, el soft law proporciona una directriz para crear marcos reguladores de ciertos comportamientos, proporcionando incentivos para lograr resultados y estableciendo instituciones apropiadas y responsables.

Está claro que el soft law es un dispositivo latente para armonizar el régimen creado por el *hard law*, y que desempeña un papel clave en la consecución de los objetivos fijados con respecto a la aplicación del derecho internacional medioambiental. Aunque los instrumentos de soft law no son jurídicamente vinculantes, crean lo que los Estados perciben como normas de conducta y promueven algunas políticas que pueden beneficiar a las comunidades tradicionales.

La aparición y desarrollo de instrumentos internacionales de soft law forma parte del proceso cuando se emprenden tareas cotidianas en el sistema jurídico mundial, donde los Estados a veces se muestran reacios a firmar o ratificar numerosos tratados o a adherirse a ellos, puesto que ello puede provocar antipatía nacional por apoyar un compromiso medioambiental excesivo con un objetivo mundial.

Como he señalado en este trabajo, el soft law medioambiental existe desde la década de 1970, pero se ha vuelto cada vez más popular a medida que las cuestiones ambientales han ido ocupando un lugar central en la comunidad internacional. El impulso para la creación de un soft law sobre el medio ambiente comenzó con cierto rigor en 1972 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, con la aprobación de documentos como la Declaración de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y que ha tenido su último hito relevante con la firma del Acuerdo de París.

El soft law se considera una experiencia nueva, típica y patológica, pero a lo que el soft law se refiere, no. El soft law tampoco es, en general, un fenómeno global. En

algunos casos, puede llevar a cabo funciones legales increíblemente vitales y es interesante observar que, a menudo, muchas personas que utilizan el término soft law de manera negativa están preocupadas no tanto por la supuesta naturaleza conjurada de ciertas prescripciones que consideran ley; sino por la entrada del poder político en áreas legislativas globales.

En muchos aspectos, todas las normas a las que estamos sujetos como individuos, son soft en varios sentidos, y hacemos nuestros cálculos sobre cuáles deben cumplirse y cuáles no. Diferentes normas internacionales soft son deliberada y funcionalmente soft y serían inviables si se hicieran más duras.

En algunos casos, los redactores de normas seleccionan globalmente un método soft o logran el mismo efecto adoptando un medio suave de ejecución. Una gran parte del soft law puede atribuirse a las diferencias en las estructuras económicas y los intereses económicos de los países desarrollados, a diferencia de los países en desarrollo. Muchos instrumentos de soft law se encuentra en el derecho de las organizaciones internacionales, junto con las decisiones de sus órganos. Si el soft law no se endurece, desempeñará funciones importantes y, dada la estructura del sistema internacional, apenas podríamos funcionar sin él.

En cualquier medio global, el reconocimiento de la línea de segregación entre el derecho y el no derecho pueda constituir una tarea difícil, dada la naturaleza del proceso global de elaboración de leyes, a menudo informal y básicamente descentralizado. Pero cualquier conceptualización de los complejos indicios del derecho internacional en términos de soft law versus *hard law*, es intrínsecamente problemática.

El soft law puede ofrecer un paquete general basado en el consenso para abordar un problema medioambiental a un coste de transacción muy inferior al que normalmente se requiere para los acuerdos multilaterales. Las ventajas prácticas del soft law son su carácter no vinculante y discrecional. El soft law facilita el desarrollo ulterior del derecho ambiental internacional, ya que la experiencia ha demostrado que los Estados no están preparados para celebrar acuerdos jurídicos vinculantes sobre una cuestión ambiental concreta.

De hecho, la posibilidad de que se diseñen estrategias más concisas, a diferencia de la generalidad de los tratados, parece ser mayor debido a la naturaleza no

vinculante del soft law. El soft law permite que los países avancen más rápidamente en el tratamiento de cuestiones ambientales. Su flexibilidad fomenta una respuesta rápida a cambios rápidos en la comprensión científica de las cuestiones ambientales y de desarrollo. La nebulosa naturaleza del soft law no debe llevar a que se le considere como mecanismo inútil para abordar las cuestiones medioambientales; de hecho, la idea de la ambigüedad puede hacer aflorar sentimientos valiosos de cortesía y cooperación internacional.

Los instrumentos de soft law desempeñan un papel fundamental en el desarrollo de las normas internacionales de protección del medio ambiente y no deben infravalorarse por el hecho de que no crean normas vinculantes per se. Funcionan de manera más indirecta, por persuasión, no por coerción. La práctica revela que tienen un verdadero control sobre la práctica de los Estados, alentándolos a aplicar los estándares comunes propuestos y pueden crear normas vinculantes, ya sea mediante la celebración de un tratado o el reconocimiento como derecho consuetudinario.

Sexto: El soft law, único instrumento jurídico realista para luchar contra el cambio climático

Dicho lo anterior, los instrumentos de soft law constituyen en la actualidad el único medio realista de abordar las cuestiones medioambientales a escala internacional. Y el actual régimen internacional sobre el cambio climático no es una excepción.

Dicho régimen, se caracteriza por la existencia de instrumentos jurídicos de soft y hard law que regulan la cuestión del calentamiento del planeta y es la única opción que tiene la comunidad internacional para garantizar un acuerdo mínimo entre todas las partes firmantes para unificar fuerza en las medidas destinadas a hacer frente al cambio climático. En cierto modo, se podría decir que la comunidad internacional adoptó un enfoque adaptativo que permitió el avance gradual del debate sobre el cambio climático en las últimas décadas, a pesar de los enormes obstáculos encontrados como resultado de los intereses individuales de los principales Estados emisores GEI. Estos Estados, junto con otros, también tienen que equilibrar varias cuestiones que revelarían contradicciones en la práctica, como las preocupaciones medioambientales, en este caso el cambio climático, y el

crecimiento económico necesario para el buen funcionamiento de la sociedad y la legitimidad del régimen y de los gobiernos.

En esta materia de cambio climático, el Acuerdo de París era lo mejor a lo que se podía llegar, incluso un poco más de lo esperado. Es cierto que las actuales previsiones del Acuerdo de París no son suficientes para afirmar que hemos conseguido frenar el calentamiento climático, pero desde luego es un primer paso, y claramente es mejor que nada.

Supone el primer acuerdo verdaderamente global para luchar contra la crisis climática. Es un paso más en un largo camino iniciado a finales del siglo pasado y en el que lo más destacable es señalar que no se ha producido ningún parón o vuelta atrás. Se sigue avanzando en el grado y nivel de compromiso de los Estados en la lucha contra el cambio climático y se sigue utilizando una adecuada combinación entre el derecho suave y los compromisos vinculantes. Es necesario continuar avanzando utilizando esta combinación por cuanto creo que, al margen de otros debates doctrinales, la utilización del soft law ha puesto de manifiesto su extremada utilidad, es más, ha permitido avanzar en la consecución de unos objetivos y una conciencia internacional que de otra forma no hubiera sido posible. Todos estamos de acuerdo que sería mucho mejor que se hubiera cerrado un acuerdo internacional jurídicamente vinculante con adecuados mecanismos de reacción y sistemas de imposición de sanciones en caso de incumplimiento. No debemos engañarnos eso es una quimera difícil de conseguir, por no decir imposible, cuando estamos hablando de un tema tan complicado y que tiene tantas y tan diferentes implicaciones como es el cambio climático y las repercusiones económicas que las medias correctoras que haya que aplicar tienen. Sin embargo, si los avances no son más ambiciosos no es un problema de los instrumentos utilizados sino de los objetos intervinientes, en definitiva, no es culpa del soft law que lejos de ser un obstáculo o una limitación en el avance necesario en la lucha contra el cambio climático se ha demostrado un elemento útil, práctico y eficaz.

Pero, el Acuerdo de París también tiene grandes virtudes: por un lado, ha sabido superar la tradicional división diplomática entre países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo y, por otro lado, ha sabido crear un procedimiento y una forma de actuar a través de la entrega de las CDNN que puede muy bien marcar un

precedente para que cumbres más ambiciosas sobre el cambio climático tomen este sistema como base; de ahí la importancia del Acuerdo de París. Quizás no sea el Acuerdo perfecto que necesitemos, pero desde luego, marca la pauta para el futuro texto al que, esperamos, un día puedan llegar los Estados de este mundo para combatir el cambio climático. En este sentido, es un Acuerdo histórico.

Es verdad que, teóricamente, el Acuerdo podría haber sido más ambicioso y establecer obligaciones jurídicamente vinculantes y exigibles. Pero la pregunta es, ¿habría conseguido dicho Acuerdo la aprobación de todos los Estados? El Acuerdo de París sacrifica efectividad por una mayor generalidad del Acuerdo.

Por el momento, el Acuerdo de París se enfrenta a un importante reto, la anunciada salida de Estados Unidos. Probablemente la retirada de Estados Unidos, segundo contaminador mundial, suponga un gran varapalo para el Acuerdo, al mermar totalmente su efectividad el que haya actores en juego que no participen de la reducción de emisiones. Otras amenazas que podrían afectar al Acuerdo de París son la crisis de la gobernanza europea (especialmente tras la disgregación que sufre el continente con los movimientos secesionistas y antieuropeístas) y un declive de la economía china.

Por último, creo que hay que destacar la gran labor que está realizando la UE en materia de lucha contra el cambio climático. Las políticas medioambientales y, en particular, el régimen de comercio de derechos de emisión y el Green Deal, son a mi modo de ver una posible fuente de crecimiento. Como ya se ha demostrado, el EU ETS implica la importante consecuencia de que promueve, más eficazmente que una política administrativa de control, el tránsito a una economía hipocarbónica y esto porque las empresas tienen incentivos para adaptar sus tecnologías a modalidades más limpias y eficaces energéticamente, con el objeto de o bien tener derechos de emisión para vender o bien no necesitar más (y en ambos casos, aumentar sus beneficios). Parece que el mercado es eficiente en materia medioambiental y que supone una solución acertada al problema pues consigue crear los incentivos necesarios, en caso de que funcione correctamente, para promover la innovación climática, la reducción de emisiones y, en definitiva, la economía baja en carbono. Son buenas noticias, por lo tanto, ver que importantes actores globales, como Europa China, Corea del Sur, Japón, Nueva Zelanda,

Canadá, Suiza o Estados Unidos, están haciendo esfuerzos para crear sus propios mercados nacionales o regionales de derechos de emisión, lo que podría llevarnos, en un escenario optimista, a que la cooperación medioambiental internacional progresase por esta vía de mercado que, al menos por la experiencia europea, parece que funciona.

Séptimo: El futuro de la regulación ambiental seguirá siendo soft y va más allá de los Estados

Finalizaré señalando que soy firme defensor de que, a día de hoy, el futuro del derecho medioambiental radica, en buena medida, en el adecuado uso de los instrumentos soft, de los cuales el soft law es en nuestro campo uno de los decisivos. Estamos hablando de un tema en el que hay demasiados intereses en juego en la Comunidad internacional como para poder adoptar estándares vinculantes comunes a nivel global, que además serían imposible de aplicar por la imposibilidad de tener instrumentos vinculantes para su ejecución.

Pero de igual forma, y al ejemplo reciente del informe de brechas me remito, nos encontramos ante un problema que no permite esperar a los grandes consensos. Los hechos nos ponen de manifiesto que ha llegado el momento de actuar y de poner en común TODOS los instrumentos que puedan ayudar a paliar o reducir los efectos del cambio climático.

Por ello, no tengo duda que en ámbito jurídico en el que nos movemos, este soft law es el que más nos puede ayudar mediante la configuración de un conjunto de recomendaciones y objetivos entre los Estados, que se va a ver completado y complementado por los estándares comunes que en forma de soft law adopten otros actores internacionales, como las empresas o la sociedad civil.

De esta manera, con el compromiso a distintas escalas y de distintos sujetos, aunque no se consiga la conversión en *hard law*, el progreso del soft law permitirá garantizar la sostenibilidad del planeta y cubrir las inevitables lagunas que desafortunadamente no pueden cubrirse con instrumentos de *hard law*.

Sin embargo, para que este camino pueda desarrollarse como es debido, es preciso que se permitan los canales adecuados que faciliten e incentiven esa participación de aquellos colectivos o empresas que, al margen del estricto cumplimiento de la

legalidad ordinaria, quieran hacer un compromiso mayor en la lucha contra el cambio climático o la sostenibilidad, conscientes de la repercusión social que su actuación tiene, y de que esa es la mejor manera de cumplir con el fin social que debe tener toda empresa comprometida con la sociedad en la que desarrolla su actividad.

BIBLIOGRAFÍA

Aagard, T. (2010). Environmental law as a legal field: an inquiry in legal taxonomy. *Cornell Law Review*, Vol. 25, Núm. 2, pp. 222-282

Abbott, K. & Snidal, D. (1998). Why states act through formal international organizations. *Journal of Conflict Resolution*, Vol 42, Núm.1, pp. 3-32

Abbott K, & Snidal, D. (2000). Hard and soft law in international governance *International Organization*. Vol. 54, Núm. 3, pp. 421-456

Abbott, K., Keohane, R., Moravcsik, A., Slaughter, A., & Snidal, D. (2000). The concept of legalization. *International Organization*, Vol. 54, Núm. 3, pp. 401-419

Abia González, R. & Dorado Herranz, G. (2017). *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento - Compliance management system*. (1ª ed.). Madrid: Aranzadi

Abi-Saab, G. (1987). Cours général de droit international public. *Revue des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 207, p. 132-145

Abi-Saab, G. (1993). Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain. *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, pp. 59-68

Abi-Saab, G. (1994). Les sources du droit international: Essai de deconstruction. En: *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. (1ª ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Internacional

Aday Giménez-Alemán, A. (2016). Derecho global. *Eunomía Revista en Cultural de la Legalidad*, pp. 237-245

Agencia Española de Protección de Datos. (2007). Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de whistleblowing). *Consulta Gabinete Jurídico* en <https://www.aepd.es/informes/historicos/2007-0128.pdf>

Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M., Perrino Pérez, A.L. (2016). *Derecho penal de las personas jurídicas*. (1ª ed.): Madrid. Dykinson

Aguilera, R.F. & Cuervo-Cazurra, A. (2004). Codes of good governance worldwide: What is the trigger? *Organizational Studies*, Vol. 25, Núm. 3, pp. 415-443

Ahme, G & Brunsson, N. (2005). La regulación suave desde una perspectiva organizacional. *Gestión y Política Pública*, pp. 527-555

Alarcón Garrido, A. (2016). *Manual teórico - práctico del compliance officer*. (1ª ed.): Madrid: Sepin

Alba Fernández, M. (2009). *El deber de ejercicio de los derechos políticos del socio de las sociedades gestoras de fondos de inversión*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons

Alda Fernández, M. & Galera Rodrigo, S. (2017). *Construyendo el futuro: conversaciones jurídicas sobre la globalización*. (1ª ed.). Barcelona: Atelier

Alli Aranguren, JC. (2004). *Derecho Administrativo y Globalización*. (1ª ed.). Madrid: Civitas

Alonso Alonso, E. (2012). Los informes de cumplimiento normativo – Compliance. *Colección Cuadernos de derecho para ingenieros*, Vol. 14

Alonso de Escamilla, A. (2014). La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. Una aproximación desde la perspectiva del compliance. En: *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*. (1ª ed.) Madrid: Thomson-Reuters-Aranzadi

Al-Rodhan, N. & Stoudmann, G. (2006). Definitions of Globalization: A Comprehensive Overview and a Proposed Definition. *Program on the Geopolitical Implications of Globalization and Transnational Security*. Geneva Center for Security Policy

Álvarez Viñuela, J. (2016). La figura del Compliance officer en las PyMES. En: <https://www.abogacia.es/2016/10/27/la-figura-del-compliance-officer-en-las-pymes/>

Alvarez, J. (2006). International Organization as Law-markers. *American Journal of International Law*, Vol. 100, Núm. 2, pp. 324-347

Antal, E. (2004). *Cambio climático: desacuerdo entre Estados Unidos y Europa*. (1ª ed.). México: Plaza y Valdés-UNAM / Centro de Investigaciones sobre América del Norte

Aparicio, M.L. (2005). Gobierno corporativo: entre el Derecho y la ética empresarial. *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 257, pp. 1131-1146

Arellano García, C. (2013). *Primer curso de derecho internacional público*. (7ª. ed.). México: Porrúa

Ariño Ortiz, G. (2010). El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, Núm. 182

Armendariz León, C. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito de las primeras resoluciones del Tribunal Supremo. En: <https://hayderecho.expansion.com/2016/05/04/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-a-proposito-de-las-primeras-resoluciones-del-tribunal-supremo/>

Armstrong, K. & Kilpatrick, C. (2007). Law, governance, or new governance? The changing open method of coordination. *Columbia Journal of European Law*, Vol. 13, pp. 650-675

Arner, D. & Taylor, M. (2009). The Global Financial Crisis and the Financial Stability Board: Hardening the soft law of the international financial regulation? *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 32, pp. 488-513

Asenjo González, M. (1996). Las ciudades en el occidente medieval. *Cuadernos de Historia*, Vol. 14, pp. 9-12.

Ayala de la Torre, José María (2016). *Claves prácticas: Compliance*. (2ª ed.). Madrid: Francis Lefebvre

Aznar Giner, E. (2010). *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*. (1ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanch

Azofra Valenzuela, V. & Santamaría Mariscal, M. (2002). Gobierno y eficiencia de las cajas de ahorros españolas. *Universia Business Review*, pp. 48-59.

Bacigalupo Sagesse, S. (2011). Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP). *Diario La Ley*, Núm. 7541.

Bacigalupo Sagesse, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (1ª ed.). Madrid: Bosch

Bairoch, P. (1993). *Economics and World History: Myths and Paradoxes*. (1ª ed.). London: Harvester Wheatsheaf

Bajo Albarracín, J.C. (2017). *Auditoría de sistemas de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. (1ª ed.). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Bajo Fernández, M. (1978). *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. (1ª ed.). Madrid: Civitas.

Bajo Fernández, M. (2016). Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español. En: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (1ª ed.). Madrid: Civitas.

Balcarce, F.I. & Berruezo, R. (2016). *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. (1ª ed.). Buenos Aires: B de F.

Ballbé, M. & Padrós, C. (1997). *Estado competitivo y armonización europea*. (1ª ed.). Barcelona: Ariel

Ballbé, M. (2007). El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. *Revista de Administración Pública*, Núm. 184, pp. 215-276

Ballbé, M. & Martínez, R. (2007). *Law and Globalization between United States and Europe*. En: *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. (1ª ed.). Londres: Cameron May

Barberis, M. (2008): *Europa del diritto*. (1ª ed.). Bolonia: Il Mulino

Barbero Santos, M. (1986). ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? *Doctrina Penal*, Núm. 35, pp. 404-406

Barnard, C. (2002). The Social Partners and the Governance Agenda. *European Law Journal*, Núm. 8, pp. 80-101

Barnett, M. & Finnemore, M. (1999). The Politics, Power and Pathologies of International Organizations. *International Organization*, Vol. 53, Núm. 4, pp. 699-732

Barry, J. (1999). *Environment and Social Theory (Routledge Introductions to Environment: Environment and Society Texts)*. (1ª ed.). Londres: Routledge.

Barzelay, M. (1986). *The Politicized Market Economy Alcohol in Brazil's Energy Strategy*. (1ª ed.). California: University of California Press.

Bauman, Z. (2001). El desafío ético de la globalización. En: https://elpais.com/diario/2001/07/20/opinion/995580007_850215.html

Baxter, R.R. (1980). International Law in her infinite variety. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, Núm. 4

Benedicto XVI (2008). Discurso pronunciado el 18 de abril de 2008, con ocasión del sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ante la Asamblea General de Naciones Unidas. En: www.vatican.va

Berger, KP. (1997). *The creeping codification of the lex mercatoria*. (1ª ed.). Londres: Kluwer Law International

Berger, KP. (2001). Harmonization of European contract law: The influence of comparative law. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, Núm. 4, pp. 877-900

Berger, KP. (2001). The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification of Law, *European Review of Private Law*, Vol. 9, p. 59-69

Bernitz, U. (2015). Commercial Norms and Soft Law. *Scandinavian Studies in Law*, pp. 30-43

Bernstein S. & B. Cashore (2004). Non-State Global Governance: is Forest Certification a Legitimate Alternative to a Global Forest Convention? En: *Hard*

Choices, Soft Law: Combining Trade, Environment, and Social Cohesion in Global Governance. (1ª ed.). Londres: Ashgate Press

Betancor Rodríguez, A. (2014). *Instituciones de derecho ambiental.* (1ª ed.). Madrid: La Ley

Beyerlin, U. & Marauhn, T. (2011). *International Environmental Law.* (1ª ed.). London: Bloomsbury

Beyerlin, U. (2007). *Different Types of Norms in International Environmental Law.* En: *The Oxford Handbook of International Environmental Law.* (1ª ed.). London: Oxford University Press

Bifani, P. (1999). *Medio ambiente y desarrollo sostenible.* (1ª ed.). Madrid: IEPALA

Biniarz, S. (2017). 10 Questions to ask about the proposed Global pact for the environment. *Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School*

Bobbio, N. (1994). *Contributi ad un dizionario giuridico.* (1ª ed.). Roma: Giappichelli

Bodansky, Daniel (2010). *The Art and Craft of International Environmental Law.* (1ª ed.). Boston: Harvard University Press

Bodansky, D. (2010). The Copenhagen Climate Change Conference - A Post-Mortem. *American Journal of International Law*, Vol. 104, pp- 230-240

Bodansky, D. (2015). Legally Binding versus Non-Legally Binding Instruments. *Towards a Workable and Effective Climate Regime*, pp. 155-166

Bodansky, D. (2016). The Paris Climate Change Agreement: A New Hope? *American Journal of International Law*, Vol. 110, pp. 288-319

Bodle, Ralph (2016). The Paris Agreement: Analysis, assessment and outlook. En: *Beyond COP21: What does Paris mean for future climate policy?*

Boff, L. (2011). *El Planeta Tierra. Crisis. Falsas soluciones. Alternativas.* (1ª ed.). Madrid: Rústica

Boldova Pasamar, M.A. (2013). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Globalización y Derecho Penal*, Vol. 33, pp 219-263

Bonatti Bonet, F. (2017). Sistemas de Gestión de Compliance: Normas ISO y UNE 19601. En: *Memento Experto Francis Lefebvre.* (1ª ed.). Madrid: Francis Lefebvre.

Bothe, M. (1980). Legal and Non-Legal Norms – A meaningful distinction in international relations? *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 11, pp. 65-95

Brandeis, J. (1932). Voto disidente en el asunto: *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406.

Brañes, R. (2010). *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. (2ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica

Brañes, R. (2012). *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*. (1ª ed.). Salamanca: Ratio Legis

Brower, J. (2016). En torno al sentido de gobernabilidad y gobernanza: delimitación y alcances. *Revista Internacional de Filosofía*, Núm. 67, pp. 149-162

Brownlie, I. (1995). International law at the fiftieth anniversary of the United Nations. *Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 255

Brunsson, N. & Bengt J. (2000). *A World of Standard*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press

Burger, M., Parejo, T. & Sachs, L. (2018). Global Perspectives on a Global Pact for the Environment. *Climate Law Blog, Sabin Center for Climate Change Law*

Caamaño, M.A. & Calderón, J.M. (2002). Globalización económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario? *Revista Española de Derecho Financiero*, Núm. 114

Callicott, B.J. (1999). *Beyond the Land Ethic: More Essays in Environmental Philosophy*. (1ª ed.). Albany: Suny Press

Canals Ametller, D. (2003). *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*. (1ª ed.). Madrid: Comares

Camacho, M. A. & Uria, A. (2015). El impacto de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el Código Penal en los sistemas de corporate compliance de las personas jurídicas. *Diario La Ley*, Núm. 8542

Campins Vargas, A. (2012). Reforzamiento jurisprudencial del derecho de información de los accionistas en materia de cuentas anuales. *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 284, pp. 423-443

Camps, V. (2017). *Breve historia de la ética*. (1ª ed.). Madrid: RBA Libros

Carcopino, J. (2001). *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del Imperio*. (1ª ed.). Madrid: Temas de hoy

Cárdenas Castañeda, FA. (2013). A call for rethinking the sources of international law: *Soft law* and the other side of the coin. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII

Casanovas Ysla, Alain (Coord.) (2017). *Libro blanco sobre la función de Compliance* - Asociación Española de Compliance. En: <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>

Carrau Criado, R. (2016). *Compliance para PyMES*. (1ª ed.). Madrid: Tirant Lo Blanc

Carrera, FJ. (2013). Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: El procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos – PDM. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm 44, pp. 63-100

Carro Fernández-Valmayor, J.L. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público. *Revista de Administración Pública*, Núm. 193, pp. 11-44

Carroll, AB. (1979). A three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Social Performance. *The Academy of Management Review*, Vol. 4, Núm. 4, pp. 497-505

Carroll, AB. (1987). In Search of the Moral Manager. *Business Horizons*, Vol. 30, pp. 7-15

Casese, A. (2005). *International Law*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press

Cassese, S. (2006). *La globalización jurídica*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Cassola Perezutti, G. (2005). *Medio ambiente y derecho penal. Un acercamiento*. (1ª ed.). Buenos Aires: B de F

Castan Tobeñas, J. (1947). *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*. (1ª ed.). Madrid: Reus

Castells, M. (2008). The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 616, Núm, 1, pp. 78-93

Cazorla Prieto, LM. (1999). *Crisis económica y transformación del Estado*. (1ª ed.). Madrid: Aranzadi Thomson Reuters

Cazorla Prieto, LM. (2010). *El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica*. Discurso leído el día 15 de noviembre de 2010

Cazorla Prieto, LM. (2012). La articulación jurídica del gobierno de la globalización financiera. En: *Retos del Derecho ante una economía sin fronteras*. (1ª ed.). Bilbao: Universidad de Deusto

Cazorla Prieto, LM. (2015). *La ética en el derecho de los mercados financieros*. (1ª ed.). Madrid: Civitas

Chalmers, D. & Lodge, M. (2003). The OMC and the European Welfare State. Economic and Social Research Council. *LSE Discussion Paper*, Núm. 11

Chaves Avila, R. (2004). Gobierno y democracia en la economía social. *Mediterráneo Económico*, Núm. 6

Chillón Medina JM. & Escobar Roca, G. (2001). *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. (1ª ed.). Madrid: Dykinson

Chinkin, CM. (1989). The Challenge of Soft Law: Development and change in international law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, Núm. 4

Chinkin, CM. (2000). *Normative development in the international legal system. commitment and compliance: The role of non-binding norms in the international legal system*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press

Cicerón, Marco T. (1991). *Tratado de las leyes*. (1ª ed.). México: Porrúa

Cini, M. (2001). The Soft Law Approach: Commission Rule-Making in the EU State Aid Regime. *Journal of European Public Policy*, Vol. 8, Núm. 2, pp. 192-207

Coing, H. (1990). Europaisierung der Rechtswissens Chaff. *Neie juristische Wochenschrift*.

Conde-Pumpido Tourón, C. (1997). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid, (1ª ed.). Madrid: Trivium

Coque Martínez, J. (2003). De la eficiencia cooperativa: El gobierno participativo bajo una perspectiva sistémica. *Acciones e Investigaciones Sociales*, Vol. 18, pp. 67-87

Cortina, A. (1998). *Rentabilidad de la ética para la empresa*. (1ª ed.). Madrid: Visor

Cosma, H. & Whish, R. (2003) Soft Law in the Field of EU Competition Policy. *European Business Law Review*, Vol. 14, Núm. 1, pp. 25–56

Cossío Díaz, JR. (1989). *Estado social y derechos de prestación*. (1ª ed.). Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales

Cox, A. & O'Sullivan, N. (1988). *The Corporate State. Corporatism and the State Tradition in Western Europe*. (1ª ed.). Cheltenham: Edward Elgar

Cózar Escalante, JM. (2005). Principio de precaución y medio ambiente. *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 79

Crespí, R. & Gispert. C. (1999). *Block transfer. Implications for the governance of Spanish companies*. II Foro de Finanzas

Damian, P. & Lodge, M. (2003). The OMC and the European Welfare State. *Centre for Analysis of Risks and Regulation*, Discussion Paper Núm. 11

Damián, P. (2012). Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Vol. 8

Darnaculleta, MM. (2005). *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons

Darnaculleta, MM., (2016). El derecho administrativo global. ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo? *Revista de Administración Pública*, Núm. 199

De Azcárate, P. (1872). *Obras completas de Platón (Tomo VI)*. (1ª ed.). Madrid: Medina y Navarro.

De Blas Guerrero, A, Rubio Lora, M.J. y de Andrés Sanz, J. (2010), *Teoría del Estado I el Estado y sus instituciones*. (3ª ed.). Madrid: Universidad Nacional a Distancia

De la Rosa, S. (2005). The open method of coordination in the new member states - the perspectives for its use as a tool of soft law. *European Law Journal: Review of European Law in Context*, Vol. 11, Núm. 5, pp. 618-640

De Julios-Campuzano, A. (2005). Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del Derecho. *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, Vol. 1, pp. 47-84.

De la Cuesta Aguado, MP. (1999). *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

De Sadeleer, N. (2011). The precautionary principle in international law. En: *The Transformation of International Environmental Law*. (1ª ed.). London: Pedone

Dezalay, Y. & Garth, B. (2002). Legitimizing the new legal orthodoxy. En: *Global prescriptions: The production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy*. (1ª ed.). Michigan: University of Michigan Press

Dixon, M. (2011). *Cases & Materials on International Law*. (5ª ed.). Oxford: Oxford University Press

Domingo Oslé, R. (2008). *¿Qué es el Derecho Global?* (1ª ed.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Domingo Oslé, R. (2009). La Pirámide del Derecho Global. *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Núm. 60

Donaldson, L. & Davis, J. (1994). Boards and company performance research challenges the conventional wisdom. *Corporate Governance an International Review*, Vol. 2, Núm. 3

Dernas de Clément, Z. (1989). Colonialismo formal, neocolonialismo, colonialismo interno. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. III

Dernas de Clément, Z. (2006). Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución. *Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*

Dernas de Clément, Z. (2008). *El Principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. (1ª ed.). Córdoba: Lerner

Dernas De Clément, Z. (2011). Fuentes del Derecho Internacional del Medioambiente. En: *Derecho Internacional del Medio Ambiente: una visión desde Iberoamérica*. (1ª ed.). Madrid: Cameron May

Dryzek, J.S. (2000). Transnational Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, Vol.7, Núm. 1, pp. 30-51

Dryzek, J.S. (2002) *Deliberative Democracy and Beyond – Liberals, Critics, Contestations*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press

Dryzek, J.S. (2005). *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press

Duflo, E. & Banerjee, A. (2019). *Repensar la pobreza*. (1ª ed.). Madrid: Taurus.

Duguit, L. (1921). *Manual de derecho constitucional: teoría general del estado, el derecho y las libertades públicas y organización política*. (1ª ed.). Madrid: Beltrán

Dupuy, P. (1991). Soft law and the international law of the environment. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, Núm. 2, pp. 420-435

Eckersley, R. (2016) *Environmentalism and political theory. Towards an ecocentric approach*. (1ª ed.). Albany: State University of New York Press.

Eidam, G. (2001). *Unternehmen und Strafe: Vorsorge- und Krisenmanagement*. (2ª ed.). Colonia: Carl Heymanns

Elster, J. (1999). *Alchemies of the mind: Rationality and the emotions*. (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press

Embid Irujo, JM. (2009). Leyes versus códigos (autorregulación) en los mercados de valores y en sociedades cotizadas. *Economistas*, Núm. 20, pp. 28-34

Eriksen, E. & Fossum, J. (2005). The Prospects for a Post-National Citizens' Europe. *Paper presented at Cidel concluding conference, European University Institute, Florence, 22-24 September 2005*

Espín Martí, R. (2017). *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento del compliance*. (Tesis Doctoral)

Esteve Pardo, J. (1999). La adaptación de las licencias a las mejores tecnologías. *Revista de Administración Pública*, Núm. 149, pp. 23-46

Esteve Pardo, J. (2002). *Autoregulación: génesis y efectos*. (1ª ed.). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi

Esteve Pardo, J. (2007). Protección penal y accesoriadad administrativa en la nueva regulación para la protección del medioambiente. En: *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, pp. 119-138. (1ª ed.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Esteve Pardo, J. (2012). La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria. *Revista de Administración Pública*, Núm. 189, pp. 11-40

Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad: Aproximación al trasfondo de la crisis*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales

Esteve Pardo, J. (2015). La administración garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública*, Núm. 197, pp. 11-39

Falk, R. (2016). *Voluntary International Law and the Paris Agreement*. En: <https://richardfalk.wordpress.com/2016/01/16/voluntary-international-law-and-the-parisagreement/>

Fedeli, P. (1990). *La Natura Violata. Ecologia e mondo romano*. (1ª ed.). Palermo: Sellerio. Palermo

Femenías J.A. & Irarrázabal Sánchez, R. (2019). El deber de cuidar el medio ambiente como principio jurídico del derecho ambiental. En: *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

Fernández de Casadevante Romani, C. (2018). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la protección del Medio Ambiente*. (1ª ed.). Madrid: Iustel Publicaciones.

Fernández Sánchez, PA. (1997). ¿Podría ser proporcional el arma nuclear? En: *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados: IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*. (1ª ed.). Sevilla: Universidad de Huelva

Finnemore, M. & Toope, S. (2001). Alternatives to Legalization: Richer Views of Law and Politics. *International Organization*, Vol. 55, Núm. 3, pp. 743-758

Finnemore, M. & Sikkink, K. (1998). International Norm Dynamics and Political Change. *International Organization*, Vol. 52, Núm. 4, pp. 887-917

Finnis, J. (1982). *Natural Law and Natural Rights*. (1ª ed.). Nueva York: Oxford University Press

Finnis, J. (2000). The Priority of Persons. En: *Oxford Essays in Jurisprudence*. (4ª ed.). Nueva York: Oxford University Press

Flanagan, B. & Ajroudi, A. (2014). Facebook shuns full regulation' despite ISIS threat. En: <http://english.alarabiya.net/en/media/2014/11/18/ADMS-Facebook-shuns-full-regulation-despite-ISIS-threat.html>

Flückiger, A. (2009). Why do we obey soft law? En: *Rediscovering public law and public administration in comparative policy analysis: A tribute to Peter Knoepfel*. (1ª ed.). Colonia: Haupt Verlag Ag

Frederick, W. (1991). The Moral Authority of Transnational Corporate Codes. *Journal of Business Ethics*, Vol. 10, Núm. 3

Freeman RE. (1983). Stockholders and stakeholders: a new perspective on corporate governance. *California Management Review*, Núm. 25, pp. 88-106

Fumagalli, V. (1989). *Las piedras vivas. Ciudad y naturaleza en la Edad Media*. (1ª ed.). Madrid: Nerea

Furtato, C. (2007). *El capitalismo global*. (1ª ed.). Madrid: Fondo de Cultura Económica

Gagné, L. (2007). Non-rational compliance with social norms: sincere and hypocritical. *Social Science Information*, Vol. 46, Núm. 3 pp. 445-469

Galbraith, J. (1973). *Designing Complex Organizations*. (1ª ed.). Boston: Addison-Wesley Longman

Galiana Saura, A. (2016). La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa. *Anuario de filosofía del derecho*, Núm. 32

Gallego Córcoles, A. (2013). Informe final de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) en materia de proxy advisors. *Revista de Derecho de Sociedades*, Vol. 40 (2013), pp. 595 a 606

Gallego Córcoles, A. (2014). *Asesores de voto (proxy advisors) y el ejercicio del Derecho de voto en las sociedades cotizadas*. (1ª ed.). Pamplona: Aranzadi

García de Enterría, E. (1984). Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 10

García de Enterría, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista Administración Pública*, Núm. 159, pp. 173-206

- García-Gallo de Diego, A. (1960). Jus y Derecho. *Anuario de Historia del Derecho Español*, pp. 5 - 48.
- García Lapuente, A. (2010). Las cuentas anuales y el derecho de información y su ejercicio por los accionistas que titulan al menos el 25% del capital social. *Revista Derecho de Sociedades*, Núm. 35, pp. 267-276.
- García Pelayo, M. (1981). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. (1ª ed.). Madrid: Alianza Universidad
- García Ruiz, A. (2016). *El ruido: morfología medioambiental desde una perspectiva penal y criminológica*. (Tesis Doctoral)
- García Suárez, C., Alfaya, V., y Cima, D. (2017) Cambio climático y desarrollo sostenible: dos factores que se retroalimentan. *Unir Revista*. En <https://www.unir.net/ingenieria/revista/noticias/cambio-climatico-y-desarrollo-sostenible-dos-factores-que-se-retroalimentan/549203025118/>
- Garcimartín Alférez, F. (2006). La propuesta de Directiva sobre el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto. *Revista Derecho de Sociedades*, Núm. 26, pp. 203-217
- Garcimartín Alférez, F. (2008). La cotización de sociedades españolas en mercados extranjeros: el rompecabezas normativo. *Revista de derecho del mercado de valores*, Núm. 3, pp. 135-146
- Garcimartín Alférez, F. (2012). Ejercicio del derecho de voto e intermediarios financieros: el infeliz artículo 524 LSC. *Revista de derecho del mercado de valores*, Núm. 10, pp. 241-249
- Garsten, C. & Jacobson, K. (2007). Corporate globalisation, civil society and post-political regulation – Whither democracy? *Development Dialogue*, Núm. 49
- Garrido, JM. (2002). *La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*. (1ª ed.). Zaragoza: Real Colegio de España en Bolonia
- Georgeson & Cuatrecasas Gonçalves Pereira (2016). El Gobierno corporativo y los inversores institucionales. En: https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/noticias/docs/1510588770es.pdf
- Gilpin, A. (1996). *Diccionario de medioambiente y desarrollo sostenible*. (1ª ed.). Chichester: Wiley.
- Giner, S. & Pérez Yruela, M. (1985). Corporatismo: El Estado de la cuestión. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Núm. 31, pp. 9-45

Goetschy, J. (2003). The European Employment strategy, Multi-level governance and Policy Coordination: past, present, future. En: *Governing work and welfare in a new economy: European and American experiments*. (1ª ed.). London: Oxford University Press

Goldstein, J., Kahler, M., Keohane, R. & Slaughter, AM. (2000). Legalization and World Politics. *International Organization*, Vol. 54, Núm. 3, pp. 385-400.

Gómez Trinidad, S. (2011). Revisión del derecho de información en las sociedades de capital. *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 281, pp. 213-249

González González, C. (2011). *Socios: derecho de información: ¿qué pueden solicitar y examinar?* En: <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-revista-aranzadi-doctrinal/socios-derecho-de-informacion-que-pueden-solicitar-y-examinar#>

González-Arruti, C.I. (2015). *El derecho internacional del medio ambiente y el principio de precaución: una atención a los organismos vivos modificados* (Tesis Doctoral)

Gribnau, H. (2008). Soft Law and Taxation: EU and International Aspects. *Legisprudence*, Volume 2, Number 2

Grün, E. (1995) *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. (1ª ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis

Grunfeld, J. (2000). *Soft Logic: The Epistemic Role of Aesthetic Criteria*. (1ª ed.). New York: University Press of America

Guerrero Peniche, J.N. (2012). La opinión consultiva del Tribunal Internacional del Mar: aspectos relativos a la determinación del vínculo efectivo entre los Estados y las personas jurídicas a las que patrocinan para llevar actividades en la zona. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 5, pp. 2145-4493

Guerrero Salom, E. (2000). Crisis y cambios en las relaciones Parlamento-Gobierno (1993-1996). *Revista de las Cortes Generales*, Núm. 50, pp. 331-336

Guruswamy, L. & Leach, M. (2003). *International Environmental Law*. (2ª ed.). London: Thomson-West

Gutiérrez Alonso, JJ. (2005). La cláusula de mejores técnicas disponibles versus el criterio de la neutralidad tecnológica y su aplicación en el Derecho Administrativo español. *Revista española de derecho administrativo*, Núm. 128, pp. 639-668

Gutiérrez Espada, C. (1998). La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo. *Anuario de derecho internacional*, Núm. XIV, pp. 113-120

Hans, J. (1979). *The Imperative of Responsibility: In Search of Ethics for the Technological Age*. (1ª ed.). Chicago: University of Chicago Press

Hart, HLA. (1994). *The Concept of Law*, (2ª ed). Oxford: Clarendon Press

Heine, G. (1995). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. (1ª ed.). Frankfurt: Nomos

Held, D. & Mc Grew, A. (2002). Globalización: Tendencias y opciones. *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 5, pp. 153-158

Held, D. (2004). *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. (1ª ed.). Massachusetts: Polity Press

Herdegen, M. (2005). *Derecho internacional público*. (1ª ed.). México: Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Héretier, A. (1999). *Policy-Making and Diversity in Europe – Escape from Deadlock*. (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press

Héretier, A. (2002). New modes of governance in Europe: Policy making without legislating? *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, pp. 185-206

Hernández Peñasco, R. (2013). El voto transfronterizo mediante intermediario financiero: el artículo 524 de la Ley de Sociedades de Capital. *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 40, pp. 245 a 271

Hernández San Juan, I. (2019). Principios de investigación e innovación. En: *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

Hernando Cebriá, L. (2012). Apuntes sobre el abuso del socio minoritario en las sociedades de responsabilidad limitada. *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 282, pp. 271-324

Herrero de la Fuente, A. (1997). Medio ambiente y seguridad. Reflexiones a raíz de la Segunda Cumbre de la Tierra. *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIII, pp. 561-581

Hesselink, M. (2004). The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law? *European Review of Private Law*, Vol. 12, Núm. 4, pp. 397-419

Hillgenberg, H. (2010). A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, Vol. 3, Núm. 10, pp. 499-515

Hirsch, HJ. (1993). La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 46, pp. 1099-1124

- Hobbes, T. (2003). *Leviathan*. (1ª ed.). Buenos Aires: Losada
- Hohmann, H. (1994). *Precautionary legal duties and principles of modern international environmental law*. (1ª ed.). Londres: Graham & Trotman
- Holmes, O. (1897). The Path of the Law, *Harvard Law Review*, Vol. 10, Núm. 8, pp. 457-478
- Homo, L. (1956). *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*. (1ª ed.). México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana
- Hopt, K. (2011). Comparative corporate governance: The state of the art and international regulation. *European Corporate Governance Institute: Law Working Paper*, Núm. 170/2011
- Hughes, DJ. (1975). *Ecology in ancient civilizations*. (1ª Ed.). New México: University of New Mexico Press
- Iglesias Vázquez, M. A. (2017). Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1
- Jackson, K. (2010). Global Corporate governance: soft law and reputational accountability. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, Núm. 1, pp. 43-105
- Jacobsson, K. & Borrás, S. (2004) The open method of co-ordination and new governance patterns in the EU. *Journal of European Public Policy*, Vol. 11, Núm. 2, pp. 185-208
- Jacobsson, K. (2004). Between deliberation and discipline: Soft governance in EU employment policy. En: *Soft Law and Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*. (1ª Ed.). Cheltenham: Edward Elgar
- Jaquenod de Zsögön, S. (1991). *El derecho ambiental y sus principios rectores*. (3ª Ed.). Cheltenham: Edward Elgar
- Jaquenod De Zsögön, S. (1999). *Iniciación al Derecho Ambiental*. (2ª ed.). Madrid: Dykinson
- James, P. & Steger, MB. (2014). Globalization: The Career of a Concept, *Online Globalizations*, Vol. 11, Núm. 4, pp. 417-434
- Jáuregui, G. (2012). La emergencia de un nuevo orden jurídico-institucional: el Estado y la Constitución en la era de la globalización. En: *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. (1ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch
- Jescheck, L. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Berlín: Duncker & Humblot

- Jimenez-Blanco, A. (2019). *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. (1ª Ed.). Sevilla: Derecho Global
- Joerges, C. & Rödl, F. (2004). Social Market Economy as Europe's Social Model? *EUI Working Paper Law 2004/8*
- Jordana, J. & Levi-Faur, D. (2004) *The politics of regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance*. (1ª Ed.). Cheltenham: Edward Elgar
- Jordano Fraga, J. (1995). *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. (1ª Ed.). Barcelona: José María Bosch
- Juste Ruiz, J. & Castillo Daudí, M. (2014). *La Protección del Medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*. (1ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch
- Juste Ruiz, J. (1985). *Derecho internacional del medio ambiente*. (1ª Ed.). Madrid: McGraw Hill
- Juste Ruiz, J. (1992). La evolución del Derecho internacional del medio ambiente. *Autonomías: Revista catalana de dret públic*, Vol. 15
- Kant, I. (2005). *Metafísica de las costumbres*. (4ª Ed.). Madrid: Tecnos
- Kay, J. & Vickers, J. (1990). Regulatory reform: an appraisal. En: *Deregulation or Reregulation*. (1ª ed.) Londres: Majone
- Keasey, K. & Wright, M. (1993). Issues in corporate accountability and governance: An editorial. *Accounting and Business Research*, Núm. 23
- Keck, ME. & Sikkink, K. (1998). *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. (1ª ed.). Ithaca: Cornell University Press
- Kelsen, H. (1966). *Principles of International Law*. (1ª ed.). Nueva York: The Lawbook Exchange
- Kenig-Witkowska, MM. (2018). The Draft Global Pact for the Environment. *Client Earth Prawniczy dla Ziemi Foundation*. Institute of International Law Faculty of Law and Administration University of Warsaw.
- Kenner, J. (1999). The EC employment title and the "third way": Making soft law work. *International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations*, Vol. 15, Núm. 1, pp. 33-60
- Kerbrat, Y. & Maljean-Dubois, S. (2011). *The Transformation of International Environmental Law*. (1ª Ed.). London: Pedone Hart
- Kirton, JJ: & Trebilcock, MJ. (2004). Introduction. En: *Hard Choices, Soft Law: Combining Trade, Environment, and Social Cohesion in Global Governance*. (1ª ed.). Londres: Ashgate Press

Kiss, A. (1975). Los principios generales del Derecho del medio ambiente. *Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott* (Universidad, Valladolid)

Kiss, A. (1976). Survey of current developments in international environmental Law. *Revue Juridique de l'Environnement*, Vol. 2

Kiss, A. (1988). La protection de l'atmosphère: Un exemple de la mondialisation des problèmes. *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 34, pp. 701-708

Kiss, A. (1989) *Droit International de l'environnement-* (1ª ed.). Paris: Pedone,

Kiss, A. (1993). Les Traités-cadres: Une technique juridique caractéristique du Droit international de l'environnement. *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 39, pp. 792-797

Kiss, A. & Shelton, D. (2004). *International Environmental Law*. (3ª ed.). Nueva York: Transnational Publishers

Klabbers, J. (1998). The undesirability of soft law. *Nordic Journal of International Law*, Vol. 1, Núm. 36, pp. 381-391

Klein, N. & Santos, A. (2015). *Esto lo cambia todo. El capitalismo contra el clima (Estado y Sociedad)*. (1ª ed.). Barcelona: Paidós

Knox, J. & Pejan, R. (2018). *The Human Right to a Healthy Environment*. (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press

Kooiman, J. (1993). *Modern Governance: New Government-Society Interactions*. (1ª ed.). London: Sage

Kotzé, L.J. & French, D. (2018). A critique of the Global Pact for the environment: a stillborn initiative or the foundation for *Lex Anthropocenae*? *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, Vol. 18, Núm. 6, pp 811–838

La Porta, R., López De Silanes, F., Shleifer, A. Y Vishny, R. (2002). Investor protection and corporate valuation. *Journal of Finance*, Núm. 52, pp. 1147-1170

Lago Candeira, A. (2016). El Acuerdo de París. ¿Solución al cambio climático o el principio del fin del actual multilateralismo ambiental)? *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, Núm. 14, pp. 20-32

Lando, O. & Beale, H. (2019). *The principles of European contract law, Parts I, II & III*. (1ª ed.). London: Kluwer Law International

Lando, O. (1992). Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation? *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, Núm. 3, pp. 573-585

Lando, O. (2000). Optional or Mandatory Europeanization of Contract Law. *European Review of Private Law*, Vol. 7, p. 59-69

Lanfranchi, MP & Christakis, T. (1997). La liceité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour Internationale de Justice. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*.

Larraurri Torroella, L.R. (2003). La enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho Contemporánea. *Revista sobre enseñanza del derecho*, Núm. 7, pp. 153-165.

Lazarus, R. (1999). Environmental scholarship and the harvard difference. *Harvard Environmental Review*, Núm. 23, p. 327-359

Lecaros Urzúa, J.A. (2013). La ética medio ambiental: principios y valores para una ciudadanía responsable en la sociedad global. *Acta Bioethica*, Vol. 19, Núm. 2, pp. 177-188

Lee, P. & George, RP. (2008). *Body-self dualism in contemporary ethics and politics*. (1ª ed.). Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press

Legarre, S. (2014). La obligatoriedad horizontal de la Corte Suprema Argentina y el Stare decisis. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Núm. 4, pp. 237-254

Le Goff, P. (2007). Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, Núm. 1

Lincoln, A. (1861). Message to Congress in Special Session. En: *Lincoln: Speeches and writings: 1859-1865 (Library of America)*. (1ª ed.). Nueva York: Library of America

Lipson, C. (1991). Why Are Some International Agreements Informal? *International Organization*, Vol. 45, Núm. 4, pp. 495-53

Lizcano, JL. & otros (2004). Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa. *Documento AECA*, Núm.1

Lopez Ruiz, F. (2017). Notas sobre la globalización financiera y su impacto en el Estado de Derecho. *Revista de Derecho Político (UNED)*, Núm. 20

Lorenzetti, RL. (1998). *Teoría del Derecho ambiental*. (1ª ed.). Pamplona: Aranzadi

Lozano Cutanda, B. (2005). *Derecho ambiental administrativo*. (6ª ed.). Madrid: Dykinson

Macé, F. (2001) *La sabiduría pitagórica. Más de 200 sentencias pitagóricas escogidas, con dos hermosas versiones de los celeberrimos versos de oro*

precedidas de comentarios sobre la vida de Pitágoras y su escuela filosófica. (1ª ed.). Sevilla: Marsay.

Magide Herrero, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes.* (1ª ed.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública

Malenko, N. & Shen, Y. (2015). The role of proxy advisory firms: evidence from a regression-discontinuity design. *Review of Financial Studies*, Vol. 29, Núm. 12

Maljean-Dubois, S. (2011). The making of international law: Challenging environmental protection. En: *The Transformation of International Environmental Law.* (1ª ed.). London: Pedone

Mangas Manjarrés, J. (2001). *Leyes coloniales y municipales de la Hispania romana.* (1ª ed.). Madrid: Arco Libros

March, J. & Olsen, J. (1989). *Rediscovering Institutions: The organizational basics of politics.* (1ª ed.). Nueva York: The Free Press

Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación.* (1ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Marín Narros, HD. (2011). El precontrato. En: *Estudio de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español.* (1ª ed.). Madrid: J. Bosch

Mariscal, N. (2016). Globalización – Unión Europea – Globalización. *Cuadernos Europeos de Deusto*, pp. 27-59

Marong, A.B.M. (2003-2004). From Rio to Johannesburg: Reflections on the role of international legal norms in sustainable development. *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 21, pp. 21-73

Martell, L. (2010). *The Sociology of Globalization.* (1ª ed.). Cambridge: Polity Press

Martí Lacalle, R. (2003). *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada.* (1ª ed.). Navarra: Aranzadi

Martin, HP. & Schumann, H. (1996). *Die Globalisierungsfalle.* (1ª ed.). Colonia: Rohwolt.

Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A. (2015). *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores.* (1ª ed.). Madrid: Thomson-Reuters-Aranzadi

Martínez Alier, J. (2010). *¿Quién debe a quién?: Deuda ecológica y deuda externa.* (1ª ed.). Madrid: Público

- Martínez Flórez, A. (2010- 2012). Los derechos individuales de los socios ante la modificación de los estatutos sociales en la sociedad limitada: tipología. Segunda Parte. *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 35, pp. 33-63.
- Martínez Garrido, S. (2008). *Conclusiones: el derecho como ciencia (inexacta)*. En: *Manual de derecho para ingenieros* (1ª ed.), Madrid: La Ley
- Martínez Martínez, MT. (1999): *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*. (1ª ed.). Madrid: Mcgraw-Hill / Interamericana de España
- Martínez Martínez, MT. (2008). La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la Junta General de las sociedades cotizadas y su impacto sobre el Derecho español. *Revista de derecho de sociedades*, Núm. 29, pp. 39-89
- Martinez Quirante, R. & Rodriguez Alvarez, J. (2018). *Inteligencia artificial y armas letales autónomas*. (1ª ed.). Asturias: Trea
- Martínez Rosado, J. (2008). *La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (presentada por la Comisión el 5 de enero de 2006) sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado, por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE*. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 2008/16
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2012). El derecho administrativo ante la crisis. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 157
- Martín Rodríguez, PJ. (2003) *Flexibilidad y tratados internacionales*. (1ª ed.). Madrid: Tecnos
- Mauricio, Iván (2006). El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI
- Mazuelos Bellido, A. (2004). Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? *Revista electrónica de estudios internacionales*, Núm. 8
- McIntyre, O. & Mosedale, T. (1997). The Precautionary Principle as a norm of Customary International Law. *Journal of Environmental Law*, Vol. 9, Núm. 2, pp. 221-242
- McGrew, AG. (1998). Global legal interaction and present-day patterns of globalization. En: *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*. (1ª ed.). Ashgate: Dartmouth Publishing Company
- McQuillan, D. (2015). Algorithmic states of exception. *European Journal of Cultural Studies*, Vol. 8, Núm. 5, pp. 564-576

- Mercado Pacheco, P. (2012). Desarrollo sostenible y gobernanza: retóricas del derecho global y de la justicia ambiental. En *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. (1ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanc
- Meyer, J. & Scott, R. (1994). *Institutional environments and Organizations: Structural complexity and individualism*. (1ª ed.). Thousand Oaks: Sage
- Militello, V. (1992). La responsabilidad penal dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, pp. 101-117
- Miralles, J. (2005). Ética empresarial y globalización. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Núm. 64, pp. 49-67
- Miranda Johansson, B. (2015). Proxy advisors y proxy solicitors. Su aportación al desarrollo del gobierno corporativo. En: *Perspectivas del Gobierno Corporativo para la Economía Española*. (1ª ed.). Navarra: Thomson Reuters, Civitas
- Molins, JM. & Medina, F. (2016). La representación de intereses en tiempos de regeneración democrática. En: *Desafección política y regeneración democrática en la España actual*. (1ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Montesquieu, M. (2008). *Del espíritu de las Leyes*. Lex Nova (1ª ed.). Valladolid
- Morales, A. (2009). *La regulación nuclear globalizada*. (1ª ed.). Madrid: La Ley
- Moreno Molina, AM. (2015). El principio de participación pública. En: *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*. (1ª ed.). Albacete: La Ley.
- Moreno, JM. (2016). El Acuerdo de París, un primer paso. *Ambienta: La revista del ministerio de medioambiente*, Núm. 114, pp. 14-19
- Mörth, U. (2005). *Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem?* Documento presentado en Darmstadt
- Mörth, U. (2006). *Soft law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*. (1ª ed.). Cheltenham: Edward Elgar
- Mosher, J. (2000). Open method of coordination: Functional and political origins. *European Community Studies Association review*, Vol. 13, Núm. 3
- Muñoz Conde, F. (1977). La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles. *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 3, pp. 152-170
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. (18ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

Muñoz Cuesta, F.J. (2010). Negar o impedir el derecho de información a socio: la no convocatoria de junta general de accionistas de sociedad motiva la aplicación del art. 293 CP. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 3, pp. 9-16

Muñoz Machado, S. & Esteve Pardo, J. (2009). *Fundamentos e instituciones de la regulación*. (1ª ed.). Madrid: Iustel

Nader, R. (2016). *Breaking through power: It's easier than we think*. (1ª ed.). Nueva York: City Lights Open Media

Naím, M. (2014). *El fin del poder*. (3ª ed.). Barcelona: Penguin Random House

Nava Escudero, C. (2016). El acuerdo de París. Predominio del soft law en el Régimen Climático. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 49, Núm. 147, pp. 99-135

Nava Escudero, C. (2005). Guía mínima para la enseñanza del derecho internacional ambiental en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 38, Núm. 113, pp. 815-844

Nelkin, D. (1987). Participation du public à la mise en œuvre d'un droit de l'environnement. En: *Environnement et droits de l'homme* (Unesco)

Nicola, F. (2006). Another view on European integration. Distributive stakes in the harmonization of European law. En: *Progressive lawyering, globalization and markets: rethinking ideology and strategy*. (1ª ed.). Nueva York: William's Hein & Co

Nieto Martín, A. (2011). Bases para un futuro derecho penal internacional del medioambiente. *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 82, pp. 477-500

Nieto, A. (2002). *Balada de la justicia y la ley*. (1ª ed.). Madrid: Trotta.

Nordhaus, W. (2013). *The climate casino. Risk, uncertainty, and economics for a warming world*. (1ª ed.). New Haven y Londres: Yale University Press

Olfina Cantos, J. & Martín Vide, J. (1999). *La influencia del clima en la historia. Cuadernos de Historia*. (1ª ed.). Madrid: Arco Libros

Olivenza Ruiz, M. (1993). *Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil*. Discurso leído el 16 de mayo de 1993 en el acto de su recepción pública en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia

Olivencia Ruiz, M. (2011). *¿Los códigos de buen gobierno en la crisis o la crisis de los códigos de buen gobierno?* Unión Nacional de Cooperativas de Crédito

Olsen, JP. (2003). Reforming European Institutions of Governance. En: *Integration in an expanding European Union*. (1ª ed.). London: Wiley-Blackwell;

Organisation for Economic Co-Operation and Development (2010). *Corporate governance and the financial crisis*.

Ostrom, E. (1990) *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press

Palacios Treviño, J. (2007). *Tratados. Legislación y práctica en México*. (4ª ed.). México: Secretaría de Relaciones Exteriores-Universidad Iberoamericana.

Palmer, G. (1991). New Ways to Make International Environmental Law. *American Journal of International Law*, Vol. XXX, Núm. 5, pp. 270-278

Papa Francisco (2015). Carta Encíclica. *Laudato Si' del Santo Padre Francisco sobre el Cuidado de la Casa Común*.

Parejo, L. (2015) *El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*. (1ª ed.). Madrid: Tirant Lo Blanc

Parejo, T. (2018). Primera aproximación al Pacto Global del Medio Ambiente, por qué es una buena idea. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, Núm. 40, pp. 177-189.

Parejo, T & Tafur, V. (2019) El principio de integración y desarrollo sostenible. En: *Principios de Derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Park, S. (2018). Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 54, Num. 1

Pastore, B. (2003). Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti. *Lavoro e diritto*, Vol. XVII, Núm. 1

Payne, C. (2018). A Global Pact for the Environment. *American Society of International Law*, Vol. 22, Núm. 12

Pelayo Muñoz, T. (1999). *Las acciones: derechos del accionista, representación, transmisión, derechos reales, negocios sobre las propias acciones*. (1ª ed.). Valencia: CISS

Peña Chacón, M. (2016). Autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental. *Revista de derecho de la Hacienda Pública*, Núm. 6, pp. 32-45.

Peters, A. & Pagotto, I. (2006). Soft law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. *SSRN Electronic Journal*

Pinon, P. (2001). La transición desde la ciudad antigua a la ciudad medieval: permanencia y transformación de los tejidos urbanos. En: *La ciudad medieval: de la casa al tejido urbano*. Actas del primer Curso de Historia y

Urbanismo Medieval organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha. (1ª ed.). Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha

Plater, Z. (1999). Environmental law and three economies: Navigating a sprawling field of study, practice, and societal governance in which everything is connected to everything else. *Harvard Environmental Review*, Núm. 23, pp. 359

Plaza Martín, C. (2013). Comunidad Europea: Objetivos, principios y condiciones de la acción ambiental comunitaria. En: *Diccionario de Derecho Ambiental*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

Pons Ráfols, X. (1997). *Opinió consultiva del Tribunal Internacional de Justícia sobre la legalitat de l'amenaça o l'ús de les armes nuclears (Introducció)*. Publicación de la Associació per a les Nacions Unides a Espanya

Poracchia, D. & Martin, D. (2012). Regard sur l'intérêt social. *Revue des Sociétés*, Vol. 9

Porte, C. (2002). Is the open method of coordination appropriate for organising activities at the European level in sensitive policy areas? *European Law Journal: Review of the European Law in Context*, Vol. 8, Núm. 1

Pulgar Ezquerro, J. (2019). Gobierno Corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: Administradores, accionistas y acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Núm. 30, pp. 35-70

Pulido Begines, JL. (1997). *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (Arts. 51 y 86 LSRL)*. (1ª ed.). Madrid: Civitas

Quintero Olivares, G. (2013). Derecho Penal Ambiental. (1ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanch

Radaelli, C. (2002). The Code of Conduct against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination in Disguise. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Papers*, Núm. 43

Raith, J. (2018). The Global Pact for the environment: A new instrument to protect the planet? *Journal for European Environmental and Planning Law*, Vol. 15, Núm. 1, pp. 3-23

Rallo Lombarte, A. (2002). *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*. (1ª ed.). Madrid: Tecnos, Madrid

Ramos de Armas, F. (2019). Papel de los actores no estatales y entidades subnacionales. En: *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

Ramos, J. (2001). *El medio natural en la España medieval: actas del I Congreso sobre ecohistoria e historia medieval*. (1ª ed.). Cáceres: Universidad de Extremadura.

Regent, S. (2003). The open method of coordination: a new supranational form of governance? *European Law Journal: Review of European Law in Context*, Vol. 9, Núm. 2, pp. 190-214

Reinicke, W. & Witte, JM. (2000). Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-Binding Legal Accords. En: *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press

Requejo, F. (1994). *Las democracias: Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*. (1ª ed.). Madrid: Ariel

Rey Caro, J. (1998). *Temas de derecho internacional ambiental*. (1ª ed.). Córdoba: Marcos Lerner

Rey Caro, J. (1998). El Principio de Prevención. En: *Derecho Ambiental. Nuevas Tendencias*. (1ª ed.). Córdoba: Marcos Lerner

Rhodes, RAW. (1997). *Understanding Governance*. (1ª ed.). Buckingham: Open University Press

Rifkin, J. (2014). *La sociedad del coste marginal cero*. (1ª ed.). Barcelona: Paidós

Risse, T. (2002). Constructivism and International Institutions: Towards conversations across paradigms. En: *Political Science: The State of the Discipline*. (1ª ed.) Nueva York: Norton

Risse, T., Ropp, T. & Sikkink, K. (1999). *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. (1ª ed.). Nueva York: Cambridge University Press

Robert, PG. (1999). Natural Law and International Order. En: *Defense of natural law*. (1ª ed.). Londres, Nueva York: Oxford University Press

Robilant, A. (2013). Genealogies of soft law. *Scandinavian studies in law*, Núm. 58

Rodiles, A. (2016). El Acuerdo de París: un empujoncito hacia la justicia climática. *Nexos: El juego de la Corte Suprema*

Rodotá, S. (2010). Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*. En: *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. (1ª ed.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons

Rodrigo, AJ. (2016). *El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático. Entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva*. En:

<https://www.researchgate.net/publication/325178812> El acuerdo de París sobre el cambio climático Entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva

Rodrigo, AJ. & Abegón, M. (2017). El concepto y los efectos de los tratados de protección de intereses generales. *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 69, pp. 167-193

Rodríguez – Arana, J. (2010). El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, Núm. 76

Rodríguez Neila, JF. (1996). *Ecología de la antigüedad clásica*. (1ª ed.). Madrid: Arco Libros

Rodríguez-Campos González, S. (2003). El fomento de la ecoauditoría como estrategia interventora. *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 119, pp. 375-392

Rojas Amandi, VM. (2002). El derecho internacional público del medio ambiente al inicio del siglo XXI. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. II. Pp. 376-391

Romero Fernández, JA. (2000). *El derecho de información documental del accionista*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons

Rosenau, J. (1992). *Governance, order, and change in world politics*. (1ª ed.). Cambridge: Cambridge University Press

Rosembuj, T. (2017). *Governing artificial intelligence*. En: <http://elfisco.com/articulos/governing-artificial-intelligence-2>.

Rosembuj, T. (2018). *Inteligencia Artificial. La fiscalidad de la automatización*. En: <http://elfisco.com/articulos/1653>

Ruiz Vadillo, E. (1991). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 1, pp. 327-348

Salado Osuna, A. (1997). Una respuesta inconclusa de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 18 de julio de 1996. En: *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados: IV Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*. (1ª ed.). Sevilla: Universidad de Huelva

Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. (1ª ed.). Barcelona: Ariel

Sánchez-Calero Guilarte, J. (1997). La información del socio ante la Junta General. *Revista derecho de sociedades*, Núm. 8, pp. 119-143

- Sánchez-Calero Guilarte, J. (2010). L La igualdad de trato de los accionistas. *Revista derecho de sociedades*, Núm. 35, pp. 19-32
- Sánchez-Calero Guilarte, J. (2013). Crisis económica y Gobierno Corporativo. *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 287, pp. 63-68
- Sands, PH. (1993). International environmental law after Rio. *European Journal of International Law*. Vol. 4, Núm. 1, pp. 377-389
- Sands, PH. (1997). L'affaire des essais nucléaires 2 (Nouvelle Zélande c. France): Contribution de l'instance au Droit international de l'environnement. *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 102, Núm. 2, pp. 447-474
- Sands, PH. (2003). *Principles of International Environmental Law*. (2^a ed.). Cambridge: Cambridge University Press
- Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. (1^a ed.). Madrid: Thomson
- Sartori, G. (2017). *¿Qué es la democracia?* (1^a ed.). Madrid: Tauros
- Sassen, S. (1998). *Globalization and its discontents*. (1^a ed.). Nueva York: New Press
- Scharpf, F. (2002). The European Social Model. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, pp. 645-665
- Schünemann, B. (1995). Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus europäischer Sicht. En: *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. (1^a ed.). Madrid. Heyman
- Schünemann, B. (2012). La destrucción ambiental como arquetipo del delito. En *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. (1^o ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Scott, C. (2002). The Governance of the European Union: The Potential for Multilevel Control. *European Law Journal: Review of European law in context*, Vol. 8, Núm. 1, pp. 59-79
- Scott, C. (2004), Regulation in the age of governance: The rise of the post-regulatory state. En: *The politics of regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of governance*. (1^a ed.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing
- Scott, J. & Trubek, D. (2002). Mind the Gap: Law and new approaches to governance in the European Union. *European Law Journal: Review of European law in context*, Vol. 8, Núm. 1, pp. 1-18
- Seara Vázquez, M. (1994). *Derecho internacional público*. (24^a ed.). México: Porrúa

Sendern, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. (1^a ed.). Oxford: Hart Publishing

Sepúlveda, C. (2000). *Derecho internacional*. (20^a ed.). México: Porrúa

Shaw, M. N. (1997). *International Law, a grotius publication*. (4^a ed.). Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge

Shelton, D. (2008). Soft Law. Handbook of International Law. GWU Law School Public Law Research Paper Núm. 322

Shelton, D. (2013). Comments on the Normative Challenge of Environmental *Soft law*. En: *The transformation of international environmental law*, GWU Legal Studies Research Paper, Núm. 2013-29

Siebert, H. (1990). The harmonization issue in Europe: Prior agreement or a competitive process? En: *The completion of the internal market*. Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel, p. 56.

Silva Sánchez, J.M. (1995). Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane. En: *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. (1^a ed.). Madrid. Heyman

Simma, B. (1994). *From bilateralism to community interest in international law*. *Recueil des Cours*. (1^a ed.). Leiden: Martinus Nijhoff

Sisson, K. & Marginson, P. (2001). Soft Regulation—Travesty of the real think or new dimension? *Working Papers 32, One-Europe Programme*

Slaughter, AM. (2003). Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System. En: *Global legal prescriptions: the production and exportation of a new state orthodoxy*. (1^a ed.). Michigan: The University of Michigan Press

Slaughter, AM. (2015). *The Paris Approach to Global Governance*. Project Syndicate

Slaughter, A. & Snyder, F. (1993). Soft Law e prassi istituzionale nella Comunità Europea. *Sociologia del Diritto*, Vol. XX, Núm. 1

Snyder, F. (1993). The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. *Modern Law Review*, Vol. 56, Núm. 1, pp. 19-54

Snyder, F. (1993). Soft Law and Institutional Practice in the European Community. En: *The Construction of Europe – Essays in honour of Emile Noel*. (1^a ed.). London: Kluwer Academic Publishers

South, N & Brisman, A. (2013). *Routledge International Handbook of Green Criminology*. (1^a ed.). New York: Routledge

Spota, A. (1999). Globalización, integración y derecho constitucional. *La Ley*, Núm. 40

Stephane Nahrath, F. (2009). Rediscovering Public Law and Public Administration. En: *Comparative policy analysis: A tribute to Peter Knoepfel*. (1ª ed.). Laussane y Berna: Presses polytechniques romandes/Haupt

Stewart, R. (1975). The reformation of American Administrative Law. *Harvard Law Review*, Vol. 88, Núm. 8, pp. 1667-1813

Stretesky, PB. & Knight, O. (2013). The uneven geography of environmental enforcement INGOs. En: *Emerging issues in green criminology. critical criminological perspectives*. (1ª ed.). Londres: Palgrave Macmillan

Sunstein, C. (2003). Beyond the Precautionary Principle. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, Núm. 3, pp. 1003-1059

Sunstein, C. (2009). *Leyes de Miedo. Más allá del principio de precaución*. (1ª ed.). Buenos Aires / Madrid: Katz Editores

Székely, A. (1997). *Non-binding commitments: A commentary on the softening of International Law evidenced in the environmental field. International Law on the eve of the twenty-first century: Views from the International Law Commission*. (1ª ed.). Nueva York: Naciones Unidas

Sztucki, J. (1990). Reflections on international Soft Law. En: *Festschrift till Lars Hjern*. (1ª ed.). Estocolmo: Norstedts

Tarrés Vives, M. (2003). *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. (1ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanch

Telo, M. (2003). Strengths and deficits of the open method. En: *Integration in an expanding European Union*. (1ª ed.). Oxford: Blackwell

Thieffry, P. (2018). The proposed global pact for the environment and European law. *European Energy and Environmental Law Review*. Vol. 27, Núm. 5, pp. 182-187

Toro Huerta, M. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Núm. 6, pp. 513-549

Trouwborst, A. (2006). *Precautionary rights and duties of states*. (1ª ed.). Leiden: Martinus Nijhoff

Trubek, D. & Trubek, L. (2005). Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination. *European Law Journal*, Vol. 11, Núm. 3, pp. 343-364

Trubek, D. (2006). *Soft Law, Hard Law and EU Integration*. En: *Law and Governance in the EU and the US*. (1ª ed.). Oxford: Hart publishing

Trubek, D., Cottrell, P., & Nance, M. (2005). *Soft Law, Hard Law, and European Integration: Toward a theory of hybridity*. University of Wisconsin Legal Studies Research Paper Núm. 1002

Van Gerven, W. (2005). *The European Union. A Policy of States and Peoples*. (1ª ed.). Oxford: Hart Publishing

Vercher Noguera, A. (2001). Derecho y Medio Ambiente. *Revista jurídica para el desarrollo sostenible*, Vol. II, Núm. 8, pp. 37-70.

Vide Castillo, M. (1990). La protección internacional del medio ambiente atmosférico: estado de la cuestión. *Revista de Derecho ambiental*, Núm. 6, pp. 9-27

Villoro Toranzo, M. (2012). *Introducción al estudio del derecho*. (21ª ed.). México: Porrúa

Viñuales, JE. (2016). The Paris Climate Agreement: An Initial Examination (Part II of III). *Talk! Blog of the European Journal of International Law*

Von Bar, C. & Lando, O. (2002). Communication on European Contract Law: A Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code. *European Review of Private Law*, Vol. 10, Núm. 2, p. 183-248

Von Bar, C. & Swann, S. (2003). Response to the Action Plan on European Contract Law: A more coherent contract law. *European Review of Private Law*, Vol. 11, Núm. 5, p. 595-622

Von Hayek, F. (2001). *The Road to Serfdom*. (2ª ed.). Oxford: Routledge

Von Schomberg, R. (2011). The Precautionary Principle: Its use within hard and soft law. *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 3, Núm. 2, pp. 147-156

Weil, P. (1982). Vers une normativité relative en droit international? *Revue Générale de Droit International Public*

Weil, P. (1983). Towards Relative Normativity in International Law? *The American Journal of International Law*, Vol. 77, Núm. 3, pp. 415-435

Weiler, JHH. (1999). *Constitution of Europe: Do the new clothes have an emperor and other essays on European integration*. (1ª ed.). Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press

Wellens, KC, & Borchardt, GM. (1989). Soft Law in European Community Law. *European Law Review*, Vol. 14, pp. 267-280

Wenz, PS. (2001). *Environmental Ethics Today*. (1ª ed.). Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press

Wessels, J. (1990). *Strafrechts Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*. (1ª ed.). Colonia: Muller

Westerman, P. (2007). Governing by Goals: Governance as a Legal Style. *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*. Vol. 1, pp. 51 - 72

Williamson, RL. (2003). Hard law, soft law, and non-law in multilateral arms control: Some compliance hypotheses. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4, Núm. 1, pp. 59-82

Wu, P. (2015). Impossible to Regulate? Social media, terrorists, and the role for the U.N. *Chicago Journal of International Law*, Vol. 16, Núm. 1, pp. 281-310

Yanguas Montero, G. (2019). Quien contamina paga. En: *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch

Yates, J. & Murphy, C. (2019). *Engineering Rules: Global Standard Setting since 1880*. (1ª ed.). Washington, D.C.: Johns Hopkins University Press

Zeitlin, J & Trubek, D. (2003). *Governing works and welfare in a new economy: European and American experiments*. (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press

Ziccardi, G. (2015). What is Global Law? En: <https://blog.oup.com/2015/08/what-is-global-law-jurisprudence/>

Zito, A., Radaelli, C. & Jordan, A. (2003), Introduction to the symposium on 'new' policy instruments in the European Union. *Public Administration*, Vol. 81, Núm. 3, pp. 509-511.