

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y SU JERARQUÍA NORMATIVA EN DERECHO INTERNACIONAL

JORGE E. VIÑUALES*

RESUMEN

El presente artículo analiza la jerarquía normativa en derecho internacional del principio según el cual los Estados tienen la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. El análisis se concentra en tres conceptos que suponen cierta jerarquía en derecho internacional, a saber los conceptos de *jus cogens*, obligaciones *erga omnes* e intereses esenciales. El autor concluye que, en el estado actual del derecho internacional, el principio de protección medioambiental constituye tanto una obligación *erga omnes* como un interés esencial del Estado, susceptible de fundar una alegación de estado de necesidad. Al mismo tiempo, dicho principio posee un valor heurístico significativo ya que constituye una ilustración clara de las diferencias entre los

Fecha de recepción: 13 de agosto de 2008
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2008

* Doctorat (Sciences Po Paris), LL.M. (Harvard Law School), D.E.A. (HEI). Director Ejecutivo de la Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional (LASIL-SLADI: www.lasil-sladi.org). Abogado especializado en derecho internacional público (Lévy Kaufmann-Kohler, Ginebra). Las opiniones expresadas en la presente nota son puramente personales y no reflejan la opinión de ninguna de las organizaciones a las que el autor está afiliado. Correo electrónico: jorge.vinuales@lk-k.com.

conceptos de obligaciones *erga omnes* e intereses esenciales y el *jus cogens*.

Palabras clave: protección medioambiental, jus cogens, obligaciones *erga omnes*, intereses esenciales, jerarquía normativa.

THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AND ITS NORMATIVE HIERARCHY IN INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

*The article addresses the normative hierarchy in international law of the principle according to which States have the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction. The analysis focuses on three concepts which entail certain hierarchy in international law, namely those of peremptory norms, obligations *erga omnes* and essential interests. The author concludes that, in the present state of international law, the principle of environmental protection constitutes both an obligation *erga omnes* and an essential interest of the State, capable of founding an allegation of state of necessity. At the same time, this principle has a significant heuristic value to the extent that it provides an illustration of the differences between the concepts of obligations *erga omnes*, essential interests and that of peremptory norms.*

Key words: *environmental protection, peremptory norms, obligations *erga omnes*, essential interests, normative hierarchy.*

Sumario: I. Introducción.- II. Observaciones Generales.- III. Protección del Medio Ambiente y *Jus Cogens*.- IV. Protección del Medio Ambiente y Obligaciones *erga omnes*.- V. La Protección del Medio Ambiente como Interés Esencial.- VI. Breves Consideraciones Teóricas.- VII. Conclusiones.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión que nos proponemos analizar en el presente estudio forma parte de un tema fundamental y aún irresuelto en derecho internacional, cual es la existencia o no de una jerarquía normativa entre las diversas fuentes y/o normas de derecho internacional. Mucho ha sido escrito sobre este tema, sobre todo en relación con la noción de normas imperativas o *jus cogens*¹. El progreso en esta

1 Sobre el desarrollo del concepto de normas imperativas, véase entre otras contribuciones: A. Verdross, *Jus dispositivum* and *jus cogens* in *International Law*, 60/3, *American Journal of International Law*, pp. 55 *et seq.*, (1966); G. Gaja, *Jus cogens beyond the Vienna Convention*, en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, pp. 271 *et seq.* (t. 172-III, 1982); L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki, 1988); G.M. Danilenko, *International jus cogens : Issues of Law-Making*, 2/1, *European Journal of International Law*, pp. 42 *et seq.* (1991); R. Kolb, *Théorie du Jus Cogens international: Essai de relecture du concept*, (Presses universitaires de France/IUHEI, Paris, 2001); A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2006).

Con respecto a la existencia de una jerarquía entre normas y/o fuentes en derecho internacional, véase entre otras contribuciones: M. Akehurst, *The Hierarchy of the Sources in International Law*, en *British Yearbook of International Law*, pp. 273 *et seq.* (1974-1975); J.H. Weiler, A.L. Paulus, *The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?*, 8, *European Journal of International Law*, 4, pp. 545 *et seq.* (1997); M. Koskenniemi, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, 8, *European Journal of International Law*, 4, pp. 566 *et seq.* (1997); J.A. Carrillo Salcedo, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, 8, *European Journal of International Law*, 4, pp. 583 *et seq.* (1997); J. Pawelyn, *Conflict of Norms in Public International Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2003); D. Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100, *American Journal of International Law*, 2, pp. 291 *et seq.* (2006)

materia es, sin embargo, particularmente lento, sin duda a causa de los límites que impondría a la soberanía del Estado el reconocimiento de una especie de “orden público”, así como también de los enormes desafíos que implicaría su implementación práctica.

De un punto de vista conceptual, la jurisprudencia y la doctrina han acuñado ciertas categorías que sugieren, de un modo más o menos claro, la existencia de una jerarquía entre diversas normas de derecho internacional². Se ha hablado, por ejemplo, de “principios fundamentales”³, de “normas imperativas” o “jus cogens”⁴, de “obligaciones *erga omnes*”⁵ o de “intereses esenciales”⁶, sólo para mencionar algunas de las categorías utilizadas a este respecto⁷. El alcance de cada categoría, así como sus relaciones respectivas, no están del todo claros, ya que la jurisprudencia suele ser lacónica en su explicitación y la doctrina no es uniforme.

Toda tentativa de esclarecimiento de estos conceptos requeriría desarrollos que no pueden ser emprendidos en el marco limitado de un artículo. Nuestro objetivo es, por ende, mucho más modesto. Se trata únicamente de explorar la jerarquía normativa de un principio

-
- 2 La doctrina mayoritaria considera que si existe una jerarquía entre diversas normas de derecho internacional, dicha jerarquía no depende del tipo de fuente formal de derecho de la cual proviene una norma sino de su contenido particular. Véase a *supra* nota 1 y: P. Weil, *Vers une normativité relative en droit international public*, en *Revue générale de droit international public*, pp. 5 *et seq.* (1982).
 - 3 Véase a este respecto: M. Virally, *Le rôle des ‘principes’ dans le développement du droit international*, en *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, pp. 195 *et seq.* (PUF/IUHEI, París/Ginebra, 1990).
 - 4 Véase la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los artículos 53 y 64, firmada el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 (en adelante “Convención de Viena”).
 - 5 Véase: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, *I.C.J. Reports 1970*, p. 32, parr. 33 (en adelante “Barcelona Traction”).
 - 6 Véanse los Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, artículo 25, UN Doc. A/RES/56/83 (2001) (en adelante “Artículos CDI”).
 - 7 Véase: R. Kolb, *Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation “positive” et “negative”*, *Revue Générale de Droit International Public*, no. 2, pp. 305 *et seq.* (2005).

consuetudinario, aquél según el cual los Estados tienen la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Dicha norma (así como sus corolarios), formulada como principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano⁸ y 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁹, ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como parte del derecho internacional general en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares y su jurisprudencia posterior¹⁰. Sin embargo, su jerarquía normativa así como las implicancias de dicha jerarquía permanecen poco claras.

Cabe agregar que dicha cuestión, a pesar de su apariencia puramente teórica, es de gran importancia a nivel práctico. En efecto, la interacción entre el derecho internacional del medio ambiente y otras ramas del derecho internacional -como por ejemplo el derecho humanitario, el derecho de la responsabilidad internacional del Estado, el derecho de las inversiones extranjeras o aquél relativo a la delimitación de fronteras- se verían afectadas significativamente según la conclusión a la que se llegue sobre dicha cuestión. A su

-
- 8 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Report of the United Nations Conference on the Human Environment, UN Doc. A/Conf. 48/14/Rev.1 (1972), 1416 (en adelante “Declaración de Estocolmo”).
 - 9 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, UN Doc. A/CONF.151/26 (1992) (en adelante “Declaración de Río”).
 - 10 Véase: Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226 et seq. (en adelante “Opinión Consultiva sobre la Legalidad de Armas Nucleares”); Solicitud de Examen de la Situación en relación con el Párrafo 63 de la Sentencia de la Corte del 20 de diciembre de 1974 en el caso de los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia), *I.C.J. Reports 1995*, p. 288 (en adelante “Ensayos Nucleares II”); Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia), *I.C.J. Reports 1997*, p. 7 (en adelante “Gabčíkovo-Nagymaros”); J.E. Vinuales, *The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment*, 31, *Fordham International Law Journal*, (2008).

vez, los litigios cuyo fondo depende de estas ramas del derecho internacional, por ejemplo en el marco de arbitrajes de inversión¹¹ o de casos pendientes ante la CIJ¹², serían susceptibles de ser resueltos de modo diverso.

A fin de explicitar las dificultades principales que se plantean y las soluciones posibles, nuestra exploración seguirá cinco etapas. Luego de ciertas observaciones generales (I), procederemos a un análisis del principio de protección medioambiental como norma imperativa de derecho internacional (II), como obligación *erga omnes* (III) y como interés esencial del Estado (IV), lo cual nos permitirá esbozar ciertas precisiones teóricas con respecto a las relaciones entre las tres categorías analizadas (V). Dicha exploración sugiere que el principio de protección medioambiental constituye actualmente tanto una obligación *erga omnes* como un interés esencial del Estado, susceptible de fundar una alegación de estado de necesidad. De un modo más general, dicho principio posee un valor heurístico de primer orden para el esclarecimiento de las relaciones entre los conceptos de *jus cogens*, obligaciones *erga omnes* e intereses esenciales.

II. OBSERVACIONES GENERALES

De modo preliminar, es necesario esbozar las nociones que nos servirán de guía para el análisis subsiguiente, a saber las de *jus*

11 Con respecto al impacto de las normas internacionales en materia de medio ambiente sobre los litigios de inversión véase en particular: SD Myers Inc. c Canadá, Laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, arbitraje ad hoc (UNCITRAL), IIC 249 (2000); M. Hirsch, *Interactions between Investment and Non-Investment Obligations*, in Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, pp. 154 et seq. (Oxford University Press, Oxford/New York, 2008).

12 Véase: Papeleras en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay), caso instituido el 4 de mayo de 2006 (en adelante “caso de las Papeleras”); Fumigaciones de Herbicidas (Ecuador c. Colombia), caso instituido el 1 de abril de 2008 (en adelante “caso de las Fumigaciones”).

cogens, obligaciones *erga omnes* e intereses esenciales del Estado. Dichas nociones pueden ser situadas, a fines del presente análisis, en una escala jerárquica decreciente. En la cima de la jerarquía se encuentran las normas de *jus cogens*¹³. A pesar de las numerosas tentativas de conceptualización del *jus cogens*, los rasgos susceptibles de distinguir y caracterizar estas normas son relativamente difíciles de discernir. A este respecto, entre otras tentativas puede referirse a un estudio reciente sobre la materia¹⁴:

“Para calificar como imperativa, una norma debe no sólo proteger cierto actor, persona jurídica o valor, sino también salvaguardar intereses que trascienden aquéllos de los Estados individuales, que poseen una connotación moral o humanitaria, ya que su violación comportaría un resultado tan deplorable moralmente que sería totalmente inaceptable por la comunidad internacional en su conjunto, y por consiguiente la división de dichos intereses en relaciones jurídicas bilaterales no estaría permitida”¹⁵.

En otras palabras, según el autor, las normas de *jus cogens* presentan las siguientes características distintivas: su incondicionalidad o carácter absoluto¹⁶, su inviolabilidad e inderogabilidad¹⁷, y sus efectos invalidantes o nulificantes¹⁸.

13 Cuyo rasgo esencial es su imperatividad. Véase *supra* nota 2.

14 A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law ...*, obra citada *supra* nota 2.

15 Nuestra traducción del texto inglés siguiente: “In order to qualify as peremptory, a norm, while protecting a given actor, legal person or value, must safeguard interests transcending those of individual States, have a moral or humanitarian connotation, because its breach would involve a result so morally deplorable as to be considered absolutely unacceptable by the international community as a whole, and consequently not permitting division of these interests into bilateral legal relations”, *Id.*, p. 50.

16 No existen normas jerárquicamente superiores.

17 Su respeto no puede ser suspendido ni menoscabado o, en otras palabras, su respeto parcial, aún por motivos de proporcionalidad, equivale a una violación; además, no puede ser dejado de lado por consentimiento de las partes o, aún, por una nueva norma de derecho consuetudinario internacional, a menos que se trate de una nueva norma de *jus cogens*.

18 A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms ...*, pp. 67-82. Toda norma contraria es nula ab initio o deviene nula ex nunc en caso de conflicto con una nueva norma de *jus cogens*.

Dichas características permiten distinguir las normas de *jus cogens* de la noción vecina de obligaciones *erga omnes*. Estas últimas fueron caracterizadas por la C.I.J. en un célebre *obiter dictum* en el caso Barcelona Traction del modo siguiente :

“...debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los intereses en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por tanto, las obligaciones son en este caso obligaciones *erga omnes*”¹⁹.

Si se compara esta conceptualización con las características precedentemente citadas en relación con el *jus cogens*, las diferencias son suficientemente discernibles. Ambas nociones comportan una obligación del Estado para con todos los otros Estados, basada en la importancia del valor que se busca proteger e independientemente de todo tratado o consentimiento expreso²⁰. Sin embargo, el hecho

19 Barcelona Traction, *I.C.J. Reports 1970*, p. 32, par. 33 (traducción de Carrillo Salcedo, A. Carrillo Salcedo, *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*, p. 175 (Tecnos, Madrid, 1991).

20 Puede hablarse, naturalmente, de obligaciones *erga omnes partes* (entre todos los Estados parte a un tratado multilateral), las cuales se aproximarían de la noción inicial de obligación *erga omnes* si todos los Estados del orbe fuesen parte a la dicha convención. Sin embargo, debe observarse a este respecto que: (i) los efectos de una obligación *erga omnes partes* universal estarían condicionados (para bien o para mal) por los mecanismos previstos en el tratado (como por ejemplo una *actio popularis*), a menos que dicha obligación también esté arraigada en el derecho internacional general; (ii) el contenido de dichas obligaciones *erga omnes partes* podría no estar vinculado a un valor común que se trate de preservar, como parece ser el caso de las obligaciones *erga omnes* consuetudinarias; (iii) el carácter *erga omnes* de una obligación convencional se perdería en el hipotético caso de que un nuevo Estado fuera creado y que el tratado no le fuera aplicado en virtud de las reglas de sucesión de Estados en materia de tratados internacionales. Véase a este respecto A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law ...*, capítulo 4; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, pp. 200 *et seq.* (Oxford University Press, Oxford, 2000); D.N. Hutchinson, *Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties*, 59, *British Yearbook of International Law*, pp. 155 *et seq.* (1988).

de que una obligación exista para con todos los Estados no implica necesariamente, como se verá mas adelante, que dicha obligación sea incondicional o que no pueda ser derogada, o que su efecto sea el de invalidar toda norma contraria. Esta diferencia es particularmente importante en relación con la protección medioambiental.

La noción de interés esencial del Estado no es de fácil definición. De hecho, el comentario de los Artículos CDI observa que dichos intereses no pueden ser definidos abstractamente o de una vez por todas²¹. Dicha consideración ya había sido expresada en el Comentario a la versión anterior de los Artículos:

“la Comisión consideró que la primera condición que debía ser mencionada se refería a la manera de determinar aquellos intereses del Estado que debían estar en peligro para justificar que éste adopte una conducta no conforme a las exigencias de una obligación internacional. Según la opinión de la Comisión, la manera más apropiada de determinarlos consiste en indicar que un interés esencial del Estado debe estar involucrado, sin que esto signifique para la Comisión que dicho interés deba necesariamente poner en juego la “existencia” del Estado [...]. En lo que concierne a la identificación específica de los intereses del Estado que se podrían describir como esenciales, la Comisión decidió que sería inútil intentar explicarlos más claramente o identificar categorías pre-establecidas de intereses. El grado en el cual un interés dado es “esencial” depende naturalmente de la totalidad de las circunstancias en las que se encuentre el Estado en diversas situaciones específicas; por lo tanto dicho grado debe ser apreciado teniendo en cuenta cada caso particular en que dicho interés se plantee, en vez de ser determinado abstractamente”²².

21 Comentario – Artículos CDI, *ad art.* 25, § 15.

22 Nuestra traducción del texto inglés siguiente: «the Commission found that the first condition which called for mention concerned the manner of determining those interests of the State which must be in peril for the State to be justified in adopting conduct not in conformity with what is required of it by an international obligation. In the view of the Commission, the most appropriate way of determining them was to indicate that an essential interest of the State must be involved, but this does not mean that the Commission considered the interest in question to be solely a matter of the «existence» of the State [...] As regards the specific identification of the State interests that could be described as essential, the Commission decided that it would be pointless to try to spell them out any more clearly and to lay down pre-established categories of interests. The extent to which a given interest is ‘essential’ naturally

El carácter esencial de un interés debe ser determinado *in concreto*. Dicho esto, puede afirmarse de modo general que la noción de interés esencial comparte con las nociones de *jus cogens* y de obligación *erga omnes* un cierto sentido de la importancia del valor protegido, independientemente de todo tratado y aún en caso de normas contrarias. Sin embargo, los intereses esenciales del Estado no se encuentran protegidos por el derecho internacional de modo incondicional ni inderogable como lo demuestran las condiciones estrictas que supone la invocación del estado de necesidad²³. Además, el respeto de los intereses esenciales de un Estado no incumbe a los otros Estados como una obligación independiente. En otras palabras, mas allá de ciertas hipótesis particulares como la legítima defensa colectiva, un Estado (A) no podría *a priori* considerar la violación por parte de un Estado (B) de un interés esencial de un tercer Estado (C) como una violación del derecho internacional a su respecto²⁴.

depends on all the circumstances in which the State is placed in different specific situations; the extent must therefore be judged in the light of the particular case into which the interest enters, rather than be predetermined in the abstract», Comentario - Artículos CDI (versión anterior, adoptada provisionalmente 1998-2000), ad. art. 33, § 32.

- 23 Las condiciones de base enunciadas en el art. 33 de los Artículos 1998, y retomadas por la CIJ en el párrafo 52 de su decisión en *Gabcikovo-Nagymaros*, y mantenidas en los Artículos 2001, pueden ser resumidas del modo siguiente: «In the present case, the following basic conditions set forth in Draft Article 33 are relevant: it must have been occasioned by an «essential interest» of the State which is the author of the act conflicting with one of its international obligations; that interest must have been threatened by a ‘grave and imminent peril’; the act being challenged must have been the «only means» of safeguarding that interest; that act must not have ‘seriously impair[ed] an essential interest’ of the State towards which the obligation existed; and the State which is the author of that act must not have ‘contributed to the occurrence of the state of necessity’. Those conditions reflect customary international law.”, *I.C.J. Reports*, 1997, pp. 37-38, par. 52. En particular, el hecho de que el estado de necesidad no opere cuando está en juego un interés esencial del Estado víctima de un incumplimiento por parte del Estado que invoca el estado de necesidad (o una norma de *jus cogens*), sugiere que la defensa de los intereses esenciales del Estado no es incondicional ni absoluta.
- 24 Véase sin embargo ciertas hipótesis particulares analizadas en J.E. Viñuales, *State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law*, 14, *Law and Business Review of the Americas*, No. 1, pp. 79 *et seq.* (2008).

La situación es, sin embargo, mucho más difícil de desentrañar cuando los intereses esenciales de un Estado se encuentran protegidos también por una norma de *jus cogens*²⁵ o por una obligación *erga omnes*. A falta de ejemplos claros en el derecho internacional positivo parece difícil distinguir las nociones mencionadas de un modo menos teórico. Esta dificultad deriva, esencialmente, del hecho de que los ejemplos característicos de normas que califican como imperativas también han sido referidos como ejemplos de obligaciones *erga omnes*²⁶. A modo de tentativa, y únicamente a fines de ilustración, podría pensarse en la obligación *erga omnes* de reconocer la personalidad jurídica internacional de la Organización de las Naciones Unidas²⁷, la cual no califica como norma de *jus cogens* ni podría ser invocada como interés esencial en el marco del estado de necesidad. Podría también hacerse referencia a la “necesidad económica”, de gran actualidad en el ámbito de las inversiones internacionales, la cual no se encuentra

25 Véase a este respecto *Id.*

26 Como lo observa Kadelbach: «The equation of both [jus cogens and obligations erga omnes] seems to be justified by the observation that the primary rules which belong to jus cogens and erga omnes norms are basically the same», S. Kadelbach, *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms*, en C. Tomuschat, J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, p. 27 (Martinus Nijhoff, The Hague, 2006).

27 Véase Reparación de Daños sufridos al Servicio de las Naciones Unidas, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports, 1949, pp. 174 et seq. (en adelante «Opinión Consultiva sobre la Reparación de Daños»). Cabe agregar que el reconocimiento de la personalidad objetiva de la ONU y su oponibilidad a todo Estado, inclusive a aquellos Estados que aún no era miembros de dicha organización, puede ser conceptualizado de diversos modos. Por nuestra parte, creemos que es posible considerar que la objetividad afirmada entonces por la Corte opera como una obligación *erga omnes*, oponible a todo Estado, de derivar ciertos efectos jurídicos de la existencia misma de la ONU como sujeto de derecho internacional. Naturalmente, se trata de un ejemplo que puede prestarse a controversia y cuyo uso en el presente texto es solo a fines de ilustración, a falta de otros ejemplos menos confusos, como intentaremos mostrarlo en relación con el principio de protección medioambiental.

protegida por una norma de *jus cogens* ni supone la existencia de una obligación *erga omnes*²⁸. Finalmente, podría pensarse en ciertas normas de derechos humanos, las cuales pueden ser derogadas temporalmente en situaciones excepcionales²⁹ y cuyo carácter de obligaciones *erga omnes* podría ser derivado del *obiter dictum* de la C.I.J. en el caso Barcelona Traction³⁰. Como se verá mas adelante, la mejor ilustración de las diferencias entre estos conceptos quizás sea precisamente el principio de protección ambiental.

28 Véase: CMS Gas Transmission Company c. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/08 (Estados Unidos de América/Argentina BIT), Laudo del 12 de mayo de 2005; LG&E c. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1 (Estados Unidos de América/Argentina BIT), Decisión sobre Responsabilidad, del 3 de octubre de 2006.

29 De conformidad con los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, sólo ciertos derechos fundamentales específicos deben ser mantenidos en toda hipótesis, inclusive en situaciones excepcionales. Dichos derechos se encuentran identificados explícitamente. Véase, por ejemplo: el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (que puede ser considerado como una norma que otorga un nivel mínimo de protección de la persona humana en caso de conflictos armados); el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 15.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos; el artículo 27 de la Convención de San José de Costa Rica; o el artículo 4.c. de la Carta Árabe de Derechos Humanos. Con respecto a dicho núcleo de derechos humanos inderogables, véase: Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 29 sobre derogación de derechos humanos en situaciones excepcionales (art. 4), 24 de julio de 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add.11; Meyeer -Bisch, V.P. (ed.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Presses Universitaires, Fribourg, 1991.

30 En el párrafo 34 de su sentencia en Barcelona Traction, la Corte mencionó, como ejemplos de obligaciones *erga omnes*, aquellos: «principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination». En base a esta afirmación, parece posible distinguir entre aquellas normas relativas a los derechos básicos de la persona humana (como categoría general) y el caso específico de la prohibición de la esclavitud y de la discriminación racial (que forman parte de la categoría general y también califican como normas imperativas). Ciertas normas de la categoría general, susceptibles de derogación en virtud de lo expuesto en la nota precedente, calificarían como obligaciones *erga omnes* y no como normas imperativas, precisamente a causa de su posible derogación.

III. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y *JUS COGENS*

La cuestión relativa al carácter imperativo del principio de protección ambiental o de otras normas más específicas del derecho internacional del medio ambiente ha sido planteada desde hace ya más de una década.³¹ Sin embargo, a pesar de los importantes aportes doctrinales, dicha cuestión permanece irresuelta, sin duda a causa de la cautela con que la C.I.J. ha abordado el tema³².

Entre los argumentos principales que han sido avanzados en relación con el carácter imperativo de ciertas normas de protección ambiental, pueden mencionarse los siguientes³³: (i) el objeto de protección particular de ciertas normas ambientales, como la capa de ozono o el clima, que constituyen valores o bienes comunes a todos los Estados; (ii) la aceptación de la que goza la prohibición relativa al daño intencional del medio ambiente durante un conflicto armado, la cual figura en los artículos 35(3) y 55 del primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra³⁴; (iii) el carácter imperativo

31 Véase a este respecto, entre otros estudios: E. Kornicker, *Ius cogens und Umweltvölkerrecht. Kriterien, Quellen und Rechtsfolgen zwingender Völkerrechtsnormen und deren Anwendung auf das Umweltvölkerrecht*, 78, *Schriftenreihe für Internationales Recht*, 1997 (tesis); E. Kornicker, *State Community Interests, Jus Cogens and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms*, 11, *Georgetown International Environmental Law Review*, pp. 101-135 (1998-1999); M. Fitzmaurice, *International Protection of the Environment*, 293, *Recueil des cours de l'Académie de droit international (RCADI)*, pp. 132 *et seq.* (2001); P. Birnie, A. Boyle, A., *International Law and the Environment*, pp. 81 *et seq.* (Oxford University Press, Oxford/New York, 2002); A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law ...*, p. 65.

32 Véase: J.E. Viñuales, *The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law...*, obra citada *supra* nota 10.

33 Véase: E. Kornicker, *State Community Interests...*, obra citada *supra* nota 31; M. Fitzmaurice, *International Protection of the Environment...*, pp. 140 *et seq.*; A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law ...*, p. 65.

34 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 35(3), 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977. El artículo 35(3) de dicho Protocolo dispone: "Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural". El artículo 55, cuyo título es

de ciertas normas ambientales parece confirmado por la inclusión de la protección del medio ambiente como norma cuya violación sería susceptible de dar lugar a un crimen internacional (en la versión anterior de los Artículos CDI)³⁵ o por la reacción de la comunidad internacional en relación con la destrucción del medio ambiente durante la guerra del Golfo; (iv) la C.I.J. admitió la importancia de la protección ambiental en el caso Gabcikovo-Nagymaros dándole rango de interés esencial y mencionándola en relación con el artículo 64 de la Convención de Viena, el cual se refiere al surgimiento de nuevas normas de *jus cogens*³⁶; (v) la estrecha relación entre la protección del medio ambiente y la protección de los derechos humanos.

A pesar de estos argumentos, en el estado actual del derecho internacional nos parece difícil afirmar el carácter imperativo de una o varias normas de derecho internacional del medio ambiente. Ante todo, no debe pasarse por alto la relativa vaguedad con que la doctrina se refiere a las normas específicas que gozarían de un carácter imperativo. En general, las normas a las cuales se ha atribuído dicho carácter en otras esferas, como los principios relativos a la prohibición

“Protección del Medio Ambiente Natural”, prevé: “1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población; 2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.”

35 El artículo 19(3)(d) de la versión anterior de los Artículos CDI disponía: “Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from: [...] (d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.”

36 El artículo 64, cuyo título es “Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”)” dispone: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”

del uso de la fuerza o a la prohibición del genocidio³⁷, son más precisas que el principio general de protección del medio ambiente, el cual abarca hipótesis esencialmente distintas (a saber, la protección del medio ambiente de un Estado en particular y aquella del medio ambiente en general, independientemente de su sumisión a la jurisdicción de un Estado). Y en cuanto se intenta precisar esta última, las dudas comienzan a surgir, ya que los criterios identificados con respecto al *jus cogens* dejan de aplicarse del modo en que se había previsto. Por ejemplo, el medio ambiente de un Estado en particular no puede ser sin más considerado como una *res comunis*, ni su protección puesta en manos de todo Estado-tercero³⁸.

Fitzmaurice nota, además, que la idea de erigir en crimen internacional ciertas conductas en violación de las normas de protección medioambiental fue extremadamente polémica y ha sido abandonada en la versión actual de los Artículos CDI³⁹, de modo que no puede derivarse de este argumento el carácter imperativo del principio de protección del medio ambiente.

Con respecto a la protección medioambiental en el marco de un conflicto armado, los argumentos avanzados no parecen conformes a la afirmación de la C.I.J. en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de las Armas Nucleares según la cual:

“La Corte no considera que los tratados en cuestión hayan tenido por objeto privar a un Estado del ejercicio de su derecho de legítima defensa en derecho internacional debido a sus obligaciones de proteger el medio ambiente. No obstante, *los Estados deben tomar en cuenta las consideraciones ambientales al determinar lo que es necesario y proporcional en la ejecución de objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente*

37 Véase: *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd*: segunda fase, Decision del 5 de febrero de 1970 (Bélgica v. España), § 34; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Decision del 27 de junio de 1986 (Nicaragua v. Estados Unidos de América), § 190.

38 M. Fitzmaurice, *International Protection of the Environment...*, p. 141. Esto no significa que los Estados no tengan ciertas obligaciones internacionales en materia de preservación del medio ambiente que se encuentra bajo su jurisdicción.

39 *Id.*

*es uno de los elementos pertinentes para la determinación de la conformidad de una acción con los principios de necesidad y proporcionalidad*⁴⁰.

En otras palabras, la protección del medio ambiente no funciona como norma de carácter absoluto, dado que su respeto puede ser limitado en los límites de la proporcionalidad y la necesidad. La ausencia de carácter absoluto nos parece particularmente clara si se compara dicha situación, por ejemplo, con la prohibición absoluta del crimen de genocidio. Podría, sin embargo, pensarse que el carácter absoluto de la protección medioambiental opera de modo similar a aquél de la prohibición del uso de la fuerza, en la medida en que ambas normas estarían sujetas a excepciones puntuales, en particular a la legítima defensa. Dicho argumento nos parece plausible aunque, a nuestro entender, carezca por el momento de elaboración doctrinal.

En lo que respecta a las observaciones de la CIJ en el caso Gabcikovo-Nagymaros, dicho punto será tratado en relación con la calificación de la protección medioambiental como interés esencial. Nótese simplemente que la Corte no se pronunció abiertamente sobre el carácter imperativo de la protección medioambiental en el marco del artículo 64 de la Convención de Viena, a pesar de haber subrayado que dicha norma debía ser tomada en cuenta en las negociaciones ulteriores entre las partes⁴¹.

40 Nuestra traducción del texto inglés siguiente: “The Court does not consider that the treaties in question could have intended to deprive a State of the exercise of its right of self-defence under international law because of its obligations to protect the environment. Nonetheless, *States must take environmental considerations into account when assessing what is necessary and proportionate in the pursuit of legitimate military objectives. Respect for the environment is one of the elements that go to assessing whether an action is in conformity with the principles of necessity and proportionality* *Legalidad de Armas Nucleares*”, p. 242, par. 30 (énfasis agregado)

41 La Corte mencionó, a este respecto, que: “Neither of the Parties contended that new preemptory norms of environmental law had emerged since the conclusion of the 1977 Treaty, and the Court will consequently not be required to examine the scope of Article 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. On the other hand, the Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are

Finalmente, la tentativa de asimilación entre derecho a un medio ambiente sano y derechos humanos, no sólo ha sido extremadamente polémica⁴², sino que es también insuficiente ya que la protección de los derechos humanos no constituye, en sí misma y sin ninguna otra calificación, una norma de *jus cogens*⁴³. En efecto, varios de los tratados en materia de derechos humanos prevén expresamente la posibilidad de suspender ciertos derechos humanos en caso de emergencia pública⁴⁴.

En resumen, los argumentos que han sido avanzados para sostener el carácter imperativo de ciertas normas relativas a la protección del medio ambiente no parecen concluyentes. Ello no implica que al menos algunas de estas normas no gocen de cierta jerarquía en derecho internacional en relación con otras dos calificaciones posibles, cuyo análisis será efectuado a continuación.

IV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y OBLIGACIONES *ERGA OMNES*

Hemos mencionado anteriormente que los conceptos de obligaciones *erga omnes* y de *jus cogens* mantienen una relación ambigua, entre asimilación y distinción. Dicha ambigüedad es en gran parte fruto del

relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them through the application of Articles 15, 19 and 20 of the Treaty. These articles do not contain specific obligations of performance but require the parties, in carrying out their obligations to ensure that the quality of water in the Danube is not impaired and that nature is protected, to take new environmental norms into consideration when agreeing upon the means to be specified in the Joint Contractual Plan". Gabcikovo-Nagymaros, *ICJ Reports 1997*, p. 67, par. 112.

42 Véase a este respecto la reciente contribución de: A. Boyle, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, 18, *Fordham Environmental Law Review*, pp. 471 *et seq.* (2006-2007).

43 Véase *supra* notas 29 y 30.

44 Véase, por ejemplo: el artículo 4.1 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos; el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos; el artículo 27 del Pacto de San José de Costa Rica; el artículo 4 letras b y c de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

hecho de que las normas que permiten ilustrar cada uno de estos conceptos son por lo esencial las mismas. Es en efecto difícil encontrar ejemplos de normas que permitan distinguir un concepto del otro. A este respecto, las normas relativas a la protección medioambiental ofrecen un objeto de análisis singularmente apropiado para intentar dicha distinción.

En primer lugar, debe procederse a una distinción conceptual importante dentro de la norma general relativa a la protección medioambiental. Como ya ha sido observado, dicha norma comporta dos aspectos. El primero, que es también el más antiguo⁴⁵, concierne la protección del medio ambiente perteneciente a, o bajo la jurisdicción específica de, un Estado. El segundo aspecto se refiere a la protección del medio ambiente que no se encuentra bajo la jurisdicción de ningún Estado en particular, como el alta mar, los fondos marinos allende las jurisdicciones nacionales, la Antártida o el espacio ultraterrestre. Existen, naturalmente, reglas específicas atinentes a estos espacios⁴⁶. Además, la distinción entre dichos aspectos presenta ciertas sutilezas ligadas a la extensión de los

45 Dicho principio ya había sido afirmado en la primera mitad del siglo XX en el célebre caso *Trail Smelter*, y fue luego recogido en otras decisiones como los casos del *Lac Lanoux* y del *Estrecho de Corfu*. Véase: *Trail Smelter case* (Estados Unidos de América c. Canadá), Laudo del 16 de abril de 1938 y del 11 de marzo de 1941, *Reports of International Arbitral Award (RIAA)*, vol. III, p. 1905; *Affaire du Lac Lanoux* (España c. Francia), Laudo del 16 de noviembre de 1957, *RIAA*, vol. XII, p. 285; *Corfu Channel case* (Reino Unido c. Albania), Sentencia del 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports*, 1949, p. 4.

46 Véase a este respecto: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, del 30 de abril de 1982 (en adelante «Convención de Montego Bay»)(la Parte VII trata del Alta Mar; los fondos marinos allende las jurisdicciones nacionales están incluidos en la llamada “Zona”, definida por el artículo 1.1(1) como “los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional” y controlada por la Autoridad de Fondos Marinos); Tratado Antártico, del 1 de diciembre de 1959 (el cual regula el status de la Antártida); Tratado sobre los principios de la gobernanza de las actividades de las naciones en la exploración y uso del espacio exterior, incluyendo a la luna u otros cuerpos celestiales, del 27 de enero de 1967 (el cual regula el espacio ultraterrestre).

derechos que un Estado en particular puede ejercer sobre ciertos espacios, como por ejemplo la zona económica exclusiva⁴⁷.

La caracterización de la protección medioambiental como obligación *erga omnes* sólo concierne al segundo aspecto que acabamos de identificar. Del mismo modo, sólo las normas específicas susceptibles de concretizar dicho segundo aspecto deben interesarnos. A título de ejemplo podría mencionarse las normas que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o del alta mar⁴⁸ o aquéllas que prohíben el daño grave e intencional causado al medio ambiente durante un conflicto armado⁴⁹. Este segundo aspecto ha sido a menudo vinculado, de modo general o particular (a modo de normas más específicas), con el concepto de obligaciones *erga omnes*, tanto en la doctrina como en el marco de la CDI o de la C.I.J.⁵⁰. Se afirma, en efecto, que dicha obligación podría ser opuesta a todo Estado y que todo Estado goza de un interés en que sea respetada. Ello no implica necesariamente, como ya ha sido mencionado, que dicha obligación sea incondicional o que no pueda ser derogada, o que su efecto sea el de volver nula o el de invalidar toda norma contraria.

47 Como lo menciona Julio Barboza: “[el alta mar] comienza mas allá de la Zona económica exclusiva (ZEE), según lo acepta la más moderna doctrina y práctica internacionales, a diferencia de lo que sucedía al principio de la negociación de la Convención de Montego Bay, en que dicha ZEE se asimilaba al alta mar, sobre la cual poseía el Estado ciertos derechos soberanos, principalmente la exploración y explotación de los recursos naturales», J. Barboza, *Derecho Internacional Público*, p. 420 (Zavalía, Buenos Aires, 2003).

48 Dichas normas habían sido mencionadas en el artículo 19(3)(d) de la versión anterior de Artículos CDI.

49 Véase: E. Kornicker, *State Community Interests ...*, p. 118. Menos claros nos parecen los otros dos ejemplos mencionados por Kornicker, a saber: “(2) The general prohibition of causing or not preventing environmental damage that threatens the international community as a whole; and (3) The human right to a sound environment”, Id. En efecto, mientras que la norma (2) es demasiado vaga para concretizar el principio general, la norma (3) es al mismo tiempo vaga y polémica.

50 Véase: M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes...*, p. 156.

En la sección anterior vimos que no puede afirmarse, en sentido estricto, que la protección medioambiental goce de un carácter absoluto o incondicional. Podría agregarse aquí el ejemplo dado por el Juez Stephen Schwebel, en su opinión disidente en el marco de la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de las Armas Nucleares, según el cual:

“el uso de una carga nuclear de profundidad para destruir un submarino nuclear que está por lanzar misiles nucleares, o que ya ha lanzado uno o más de sus misiles nucleares, podría ser lícito. Dadas las circunstancias de su uso, la carga nuclear de profundidad no causaría bajas civiles inmediatas. Cumpliría fácilmente con el test de proporcionalidad; el daño que podrían infligir los misiles del submarino a la población y el territorio del Estado que constituye su blanco compensaría infinitamente aquél de la destrucción del submarino y de su tripulación. La destrucción del submarino por medio de un arma nuclear produciría radiación en el mar, pero mucho menor que la radiación que el lanzamiento de los misiles de aquél produciría en el espacio terrestre. Tampoco puede estarse tan seguro de que el uso de una carga convencional de profundidad bastaría para cumplir con la misión exitosamente; la fuerza muy superior de una carga nuclear podría asegurar la destrucción del submarino, lo que no sería el caso de una carga convencional de profundidad”⁵¹.

Schwebel da a entender que se estaría, en dicho ejemplo, ante una hipótesis en que el uso de armas nucleares sería totalmente legal, independientemente de su efecto sobre el medio ambiente.

51 Nuestra traducción del texto inglés siguiente: “the use of a nuclear depth-charge to destroy a nuclear submarine that is about to fire nuclear missiles, or has fired one or more of a number of its nuclear missiles, might well be lawful. By the circumstance of its use, the nuclear depth-charge would not give rise to immediate civilian casualties. It would easily meet the test of proportionality; the damage that the submarine’s missiles could inflict on the population and territory of the target State would infinitely outweigh that entailed in the destruction of the submarine and its crew. The submarine’s destruction by a nuclear weapon would produce radiation in the sea, but far less than the radiation that firing of its missiles would produce on and over land. Nor is it as certain that the use of a conventional depth-charge would discharge the mission successfully; the far greater force of a nuclear weapon could ensure destruction of the submarine whereas a conventional depth-charge might not.” *Legalidad de Armas Nucleares. Opinión Disidente de S. Schwebel, I.C.J. Reports, 1996, pp. 320-321.*

Con respecto al efecto jurídico que se deriva de la incompatibilidad de una norma dada con la norma de protección medioambiental, no está claro si sería la nulidad u otro efecto como por ejemplo la mera obligación de indemnizar. El trabajo de la CDI en materia de responsabilidad del Estado por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional ha estado basado en una forma moderada de responsabilidad objetiva, a saber la necesidad de negociar en caso de que se incurra en dicha responsabilidad. Esta solución fue retenida para los casos cubiertos por el primer aspecto anteriormente mencionado, es decir el daño causado al medio ambiente de un Estado en particular. Con respecto al medio ambiente en general, actualmente excluído de los proyectos, el ex-Relator Especial Julio Barboza había introducido en su sexto informe una sección dedicada al medio ambiente en áreas fuera de la jurisdicción del Estado. Dicha sección reflejaba las dificultades que implica la determinación de las consecuencias jurídicas de actos lícitos pero perjudiciales. Como lo notaba el Relator Barboza:

“Un problema tiene que ver con el hecho [...] de que es imposible establecer con certeza si un daño identificable al medio ambiente más allá de las jurisdicciones nacionales constituye en última instancia la causa de un daño identificable a seres humanos. Por lo tanto, si es virtualmente imposible medir el daño causado a personas o a la propiedad, es igualmente difícil determinar la indemnización o el pago que debe el Estado de origen [del daño] por haber causado el daño [...]. Si el daño no puede ser determinado, si no hay ningún Estado afectado identificable, y si se debe asignar de todos modos responsabilidad en la medida en que la fuente del daño puede ser identificada [...] parece necesario reconsiderar ciertos conceptos jurídicos básicos en materia de responsabilidad [...] en dichos casos, la única opción es imponer penalidades. Por otro lado, cuando el daño puede ser identificado y cuantificado de alguna manera, puede procederse a una reparación, la que puede tomar varias formas, entre las cuales una de las más prácticas es la restauración del status quo ante”⁵².

52 Nuestra traducción del texto inglés siguiente: “One problem has to do with the fact [...] that it is impossible to establish with certainty whether identifiable harm to the environment beyond national jurisdictions ultimately causes identifiable harm to human beings. As a result, if it is virtually impossible to measure harm to persons or property, it is equally difficult to assess the compensation or payment which the State

La cuestión de la nulidad de toda norma contraria no sólo no es evocada en este contexto, sino que además presupondría la ilicitud de aquellas normas secundarias (de comportamiento) que prevén precisamente la realización de actos lícitos aunque perjudiciales. En otras palabras, la existencia de obligaciones contradictorias, una de las cuáles posee carácter *erga omnes*, no implica necesariamente que la otra obligación sea nula, en la medida en que el efecto de una obligación *erga omnes* puede ser simplemente la necesidad de reparar el daño (o restablecer la situación anterior) o simplemente la imposición de penalidades (dejando la opción abierta al Estado).

A estas dos razones por las cuáles el concepto de obligaciones *erga omnes* difiere del de *jus cogens* cabe agregar una particularidad suplementaria de las primeras, a saber, el énfasis en la contrapartida de una obligación dada. En efecto, el concepto de obligación *erga omnes* supone que cada uno de los Estados del orbe pueda, en cierto modo, exigir del Estado en el cuál reside la obligación de conducta que le sean impuestas las consecuencias del incumplimiento de la obligación (por ejemplo: cesación, reparación, penalidades). La afirmación mas clara de dicha posibilidad sería la existencia de una *actio popularis* o acción popular susceptible de ser ejercida por cualquier Estado⁵³. Sin embargo, en el estado actual del derecho internacional, la existencia de dicha acción en relación con la

of origin owes for having caused the harm [...] If the harm cannot be assessed, if there is no identifiable affected State and if responsibility must nevertheless be assigned to the extent that the source of the harm can be traced [...] it would seem that further thought must be given to certain basic legal concepts of responsibility and liability [...] in such cases the only option is to impose penalties. On the other hand, when the harm can be identified and somehow quantified, reparation is possible and can take various forms, one of the most practical being restoration of the status quo ante”, Sixth report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law (Julio Barboza), UN Doc A/CN.4/428 & Corr.1-4 and Add.1, par. 77-78.

53 A este respecto véase en particular: F. Voefray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales* (PUF/IUHEL, París/Ginebra, 2004).

violación de una norma de protección medioambiental, aunque para ciertos autores sea deseable, no puede ser afirmada⁵⁴.

Pero ello no significa que el carácter *erga omnes* no pueda expresarse de otras maneras. Por ejemplo, dicha obligación podría manifestarse por medio de una restricción a la soberanía del Estado con respecto a sus propios recursos, como es el caso de los artículos 192 y 193 de la Convención de Montego Bay, los cuales imponen a los Estados Parte la obligación de proteger y preservar el medio marino⁵⁵. También podría pensarse en la incorporación de consideraciones ecológicas en materia de delimitación equitativa de fronteras marinas, aún en aquellos casos en que los Estados en cuestión hayan previsto una línea de demarcación diferente. A este respecto, puede citarse la observación del Juez Weeramantry en su opinión disidente relativa al caso de la Isla Kasikili/Sedudu:

“Si hay una reserva natural que, en interés del ecosistema y de la diversidad biológica no puede ser dividida sin que se produzca un daño duradero, éste es un factor que la Corte no puede ignorar del mismo modo que no ignoraría un sitio sagrado o un coto arqueológico que debe ser mantenido íntegramente para ser preservado.

Hay más de una manera en que se puede dar efecto a consideraciones de equidad en tales situaciones.

Una es que la Corte debería considerarse facultada para efectuar ligeras desviaciones de la estricta senda geométrica indicada en el tratado de delimitación, preservando siempre un equilibrio entre los derechos de ambas partes a la utilización de este precioso activo.

54 Véase a este respecto: I. Brownlie, *A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection*, 13, *Natural Resources Journal*, No. 2, pp. 179 *et seq.* (1973); E. Valencia Ospina, *The International Court of Justice and International Environmental Law*, 12, *Asian Yearbook of International Law*, pp. 1 *et seq.* (1994).

55 El artículo 192 de la Convención de Montego Bay dispone: “Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino.”. El artículo 193 precisa dicha obligación: “Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino.”

Otra es constituir, en interés general de ambas partes así como de la comunidad internacional, un régimen común sobre dicha área de modo que ninguna de las partes sea privada de su utilización. En esta categoría, una multitud de posibilidades y precedentes se encuentran disponibles...⁵⁶.

En las dos hipótesis mencionadas, a pesar de la ausencia de un sujeto activo susceptible de ejercer el derecho correlativo a la obligación, el derecho internacional impone una restricción objetiva a todo Estado, restricción cuyo fundamento radica en la protección de intereses de la comunidad internacional y de cada uno de sus miembros. Podrían compararse ambas hipótesis con la existencia de una acción pública latente en manos de una instancia de adjudicación (ya sea el órgano de delimitación o un tribunal a cargo de la aplicación del derecho del mar) o, más precisamente, a la existencia de normas de protección aplicables de oficio por toda instancia de adjudicación competente. Otro modo en que podría manifestarse el carácter *erga omnes* de ciertas obligaciones medioambientales sería mediante el ejercicio de una jurisdicción universal en materia civil si dicha hipótesis fuera reconocida por los tribunales de un Estado⁵⁷. Finalmente, también puede mencionarse

56 Nuestra traducción del texto inglés siguiente: "If there is a natural reserve which, in the interests of the ecosystem and of biological diversity cannot be divided without lasting damage, this is a factor which the Court can no less ignore than a sacred site or archaeological preserve which must be maintained in its integrity if it is to be preserved. There is more than one way in which equitable considerations can be given effect in such situations. One is that the Court should consider itself empowered to make a slight deviation from the strict geometric path indicated by the boundary treaty, but always preserving a balance between the entitlements of the two parties to the enjoyment of this precious asset. Another is to constitute, in the larger interests of both parties and indeed of the world community, a joint régime over the area so that neither party is deprived of its use. In this category, a multitude of possibilities and precedents are available which I shall briefly consider later", Caso de la Isla Kasikili/Sedudu, Opinión Disidente del Juez Weeramantry, *I.C.J. Reports 1999*, p. 1184, par. 91-92.

57 Véase este tema, ejemplo, con respecto a los tribunales de EE.UU en base a la *Alien Tort Claims Act*: R.L. Herz, *Litigating Environmental Abuses Under the Alien Torts Claims Act: A Practical Assessment*, 20, *Vanderbilt Journal of International Law*, pp. 545 *et seq.* (2000); R. Anglin, *International Environmental Law Gets Its Sea Legs: Hazardous Waste Dumping Claims Under the ATCA*, 26, *Yale Law & Policy Review*, pp. 231 *et seq.* (2007).

la posibilidad de revindicar el deber de todo Estado de proteger el medio ambiente mediante la invocación del estado de necesidad frente a dicho Estado. En dicha hipótesis, que analizaremos a continuación, todo Estado podría exigir de cualquier otro que éste último respete la existencia de normas medioambientales en circunstancias particulares.

V. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO INTERÉS ESENCIAL

La cuestión que sugiere el título de la presente sección ya ha sido respondida, como es bien sabido, por la C.I.J. en el caso Gabcikovo-Nagymaros. La Corte mencionó a este respecto que no veía inconveniente alguno en que se considere a la protección del medio ambiente como interés esencial:

“La Corte no tiene dificultad en reconocer que las inquietudes expresadas por Hungría con respecto a su medio ambiente en la región afectada por el Proyecto Gabcikovo-Nagymaros se vinculan con un ‘interés esencial’ de aquél Estado, según el significado dado a dicha expresión por el Artículo 33 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional”⁵⁸.

Si se toma en cuenta dicha afirmación, la caracterización de la protección del medio ambiente como interés esencial parece difícilmente objetable. Lo que nos parece mucho menos claro son las implicaciones de dicha caracterización y su relación con los conceptos de *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes*.

La primera implicación, y sin duda la más simple, es la posibilidad de invocar las normas consuetudinarias en materia de estado de

58 Nuestra traducción del texto inglés siguiente: “The Court has no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural environment in the region affected by the Gabcikovo-Nagymaros Project related to an ‘essential interest’ of that State, within the meaning given to that expression in Article 33 of the Draft of the International Law Commission”, Gabcikovo-Nagymaros, *ICJ Reports 1997*, p. 41, par. 53

necesidad expresadas por el artículo 25 de los Artículos CDI⁵⁹. Es en dicho contexto que se sitúa la afirmación de la Corte que hemos mencionado anteriormente. A este respecto, la Corte otorgó una cierta jerarquía material a la protección del medio ambiente, al menos en situaciones en que ésta se encuentra en competencia con intereses meramente económicos, como lo era en el caso Gabcikovo-Nagymaros. La segunda implicación, que nos acerca a las observaciones hechas en la sección precedente, es que dicha jerarquía también puede ser interpretada como un efecto del carácter *erga omnes* de las normas de protección medioambiental, o al menos como una intersección entre dicho concepto y el concepto de interés esencial. Aunque no pueda admitirse que todo interés esencial se encuentre protegido por una obligación *erga omnes*, nos parece posible considerar que al menos ciertas obligaciones *erga omnes* protegen valores que al mismo tiempo califican como intereses esenciales. Algo similar sucede entre los conceptos de interés esencial y de normas de *jus cogens*, aunque con una diferencia importante. Dado que toda norma de *jus cogens* es, por definición, reconocida como imperativa por la comunidad internacional, se sigue que todo valor protegido por una norma de *jus cogens* constituye un interés digno de ser calificado como interés esencial en relación con la invocación del estado de necesidad. Ello no implica que todo interés esencial, inclusive aquél cuya preservación constituye una obligación *erga omnes*, califique como norma de *jus cogens*.

59 El artículo 25 dispone: “1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto; 2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

Si se admite el análisis anterior, debe entonces considerarse que el modo en que opera el estado de necesidad se verá influenciado por el tipo de interés esencial invocado por el Estado que intenta justificarse (en adelante “Estado justificador”) y, dadas las condiciones que impone el derecho internacional en la materia, también por el interés del Estado perjudicado (en adelante “Estado perjudicado”) que se encuentra en juego. Hemos analizado esta interacción en otra contribución, a la cual remitimos, tomando en cuenta únicamente los conceptos de interés esencial y de *jus cogens*⁶⁰. A modo de síntesis, cuatro hipótesis parecen posibles. Primero, cuando el interés del Estado justificador califica como esencial y el del Estado perjudicado no, el estado de necesidad podrá ser invocado (por supuesto, suponiendo que se cumplan las otras condiciones que impone el derecho internacional para que dicha causal de justificación sea admitida). Segundo, cuando tanto el interés del Estado justificador como el del Estado perjudicado califican como esenciales, en virtud del artículo 25.1(b) de los Artículos CDI, no podrá invocarse el estado de necesidad. Tercero, cuando tanto el interés del Estado justificador como el del Estado perjudicado se encuentran protegidos a nivel internacional por una norma de *jus cogens*, en virtud del artículo 26 de los Artículos CDI, tampoco podrá invocarse el estado de necesidad. Cuarto, cuando el interés del Estado justificador se encuentra protegido por una norma de *jus cogens* y el del Estado perjudicado no, aún si se trata de un interés que califica como esencial, nos parece que la invocación del estado de necesidad debería ser posible (nuevamente, admitiendo hipotéticamente que se cumplan las otras condiciones fijadas por el derecho internacional). Esta última afirmación es una consecuencia de la jerarquía superior de que gozan las normas de *jus cogens*. Lo dicho se aplicaría *mutatis mutandis* a las relaciones entre los conceptos de interés esencial y de obligaciones *erga omnes*.

Otras varias consecuencias pueden ser derivadas de las implicancias del *jus cogens* en materia de estado de necesidad. En

60 Véase: J.E. Viñuales, *State of Necessity and Peremptory Norms ...*, pp. 80-90.

particular, ciertas condiciones de su invocación se verían modificadas. No nos parece necesario profundizar este punto en el marco del presente artículo⁶¹. Nótese únicamente, y nos parece una evidencia, que según que las normas de protección medioambiental sean caracterizadas como normas de *jus cogens*, obligaciones *erga omnes* o intereses esenciales, su efecto será diferente.

VI. BREVES CONSIDERACIONES TEÓRICAS

En las páginas anteriores hemos tratado de mostrar en relación con las normas de protección medioambiental que conceptos como los de “interés esencial”, “obligaciones *erga omnes*” o “*jus cogens*” pueden ser analizados, a un nivel tanto técnico como filosófico, como diversas tentativas o modos tendientes a reflejar jurídicamente la importancia que se acuerda a ciertos valores.

Dicho reflejo es por supuesto parcial, sobre todo debido a razones históricas. En efecto, la noción de estado de necesidad precede, en el ámbito del derecho internacional, a aquéllas de *jus cogens* o de obligación *erga omnes*. Según se emplee uno u otro modo, las condiciones y las consecuencias serán diversas. Al mismo tiempo, el mero hecho de acuñar ciertos conceptos les da una especie de vida propia, dado que más allá del contenido de dichos conceptos que resultaba de sus primeras ilustraciones, la formulación abstracta supone necesariamente que otras ilustraciones sean posibles, ilustraciones que sólo serán visualizadas años, y a veces décadas, más tarde.

Un ejemplo nos permitirá precisar esta última observación y entender mejor las relaciones entre los diversos modos de reflejar la jerarquía normativa de un valor. Históricamente, la pertinencia del concepto de obligación *erga omnes* en materia de protección del medio ambiente no parece haber entrado en la gama de ilustraciones en relación con las cuales dicho concepto fue acuñado. En efecto,

61 Véase *Id.*

en el célebre *obiter dictum* en el caso Barcelona Traction que se considera habitualmente como el origen del concepto de obligación *erga omnes* en derecho internacional, la Corte mencionaba los ejemplos siguientes:

“Dichas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión, y de genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos de protección correspondientes han pasado a formar parte del cuerpo del derecho internacional general [...] otros han sido conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal”⁶².

Años más tarde, cuando la protección medioambiental comenzó a abrirse camino tanto política como jurídicamente, y se pensó en aplicarle el concepto de obligación *erga omnes*, dicho concepto experimentó una extensión de su alcance.

En efecto, al mismo tiempo que se ampliaba el alcance de dicho concepto, la introducción de esta nueva ilustración creó ciertas fricciones, ya que la protección medioambiental no gozaba aún de una aceptación tan firme como aquella de que gozaban la proscripción de la esclavitud, del genocidio o de los actos de agresión⁶³. A este punto, tres alternativas principales eran (y en cierta medida permanecen) posibles. Primero, podría haberse considerado que, a pesar de todo, la protección medioambiental no debe ser

62 Nuestra traducción del texto inglés siguiente: “Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...] others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”, Barcelona Traction, *I.C.J. Reports*, 1970, p. 32, párrafo 34.

63 Solo a partir de 1996 puede decirse que no existe ambigüedad alguna con respecto al carácter consuetudinario de la norma general de protección medioambiental. Véase J.E. Viñuales.

considerada como una obligación *erga omnes*. Segundo, y al otro extremo, podría haberse aceptado simplemente esta última calificación y haberse entonces extrapolado a la protección medioambiental las características aplicables a las otras ilustraciones reconocidas. Esta extrapolación constituye, a nuestro entender, una de las razones por las cuales se creyó que la protección medioambiental también podía ser calificada de *jus cogens*, dado que los ejemplos clásicos de obligaciones *erga omnes* también califican, por lo esencial, como normas de *jus cogens*. Tercero, podría haberse distinguido entre diversas ilustraciones del concepto de obligación *erga omnes*, algunas de las cuáles califican como normas de *jus cogens* (la proscripción de la esclavitud, del genocidio o de los actos de agresión) y otras que no, a saber la norma general relativa a la protección medioambiental. A este respecto, esta última norma contribuiría, al menos por el momento, a esclarecer la distinción entre normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*.

VII. CONCLUSIONES

En el curso de este breve estudio, hemos intentado analizar el principio de protección medioambiental a la luz de los conceptos de *jus cogens*, obligaciones *erga omnes* e intereses esenciales, así como las relaciones de estos conceptos a la luz de aquél principio como ilustración de ciertos de ellos.

De un modo general, pensamos que gran parte de la confusión que existe en relación con dichos conceptos, así como en relación con las normas que ilustran cada uno de estos conceptos, deriva del insuficiente reconocimiento de su historicidad. Si se admite que:

- (i) cada uno de estos conceptos constituye una tentativa (más o menos acabada, y de aplicación más o menos general) tendiente a reflejar jurídicamente la importancia que se atribuye a cierto valor;

- (ii) que cada uno de ellos surgió en un contexto particular a la luz de ciertas ilustraciones específicas (lo que refleja a su vez la dialéctica entre el contenido de la norma abstracta y los casos particulares que la ejemplifican); y
- (iii) que las ilustraciones posteriores (y quizás ante todo el principio de protección medioambiental) no sólo operaron una extensión del alcance de cada uno de estos conceptos, sino que también crearon fricciones entre ellos.

Parece entonces necesario emprender un esclarecimiento de las relaciones entre cada uno de estos conceptos, lo cual facilitará que se califique a una norma en términos de uno o varios de ellos. En efecto, a medida que las jurisdicciones internacionales se sientan más seguras con respecto a las implicancias potenciales de la calificación de una norma, dicha calificación debería poder ser efectuada más fácilmente. Esto sería útil inclusive para el desarrollo progresivo de una especie de orden público internacional, ya que permitiría un reconocimiento gradual de la importancia de ciertas normas, cuyo avance se efectuaría de un modo escalonado en términos de jerarquía normativa.

En el estado actual del derecho internacional, tanto los Estados como las jurisdicciones internacionales muestran cierta reticencia ante la posibilidad de calificar el principio de protección medioambiental como norma de *jus cogens*. Dicha reticencia es menor con respecto a la calificación de dicho principio como obligación *erga omnes*, sin duda a causa de las diversas implicancias de uno y otro concepto. Por último, la calificación como interés esencial no parece presentar inconveniente alguno, al menos luego de la decisión de la C.I.J. en el caso Gabcikovo-Nagymaros. Si se procediese a un esclarecimiento conceptual de las relaciones entre los tres conceptos mencionados, no sólo sería posible entender con precisión cuál es el impacto de una calificación sobre las condiciones de posibilidad de otra (en particular de la calificación como obligación *erga omnes* sobre la posibilidad de calificación como *jus cogens*) en materia de protección medioambiental, sino también

en otros campos del derecho internacional como los estándares laborales o los derechos humanos en sentido amplio (derechos civiles y políticos susceptibles de derogación y, quizás, ciertos derechos económicos, sociales y culturales). Dicha tarea sería útil tanto desde un punto de vista teórico como práctico, dado el gran desarrollo de las instancias internacionales de adjudicación en las últimas décadas. La vieja idea de un orden público internacional posee actualmente los medios institucionales para afirmarse. Solo hace falta avanzar paso por paso. Cuanto mejor estén definidos estos pasos y sus relaciones respectivas, más sólido será el avance.

BIBLIOGRAFÍA

- Akehurst , M., *The Hierarchy of the Sources in International Law*, (in *British Yearbook of International Law*, 1974-1975), pp. 273 *et seq.*
- Birnie , P., Boyle , A., *International Law and the Environment*, (Oxford University Press, Oxford/New York, 2002).
- Boyle , A., *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, in *Fordham Environmental Law Review*, vol. 18, (2006-2007), pp. 471 *et seq.*
- Brownlie , I., *A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection*, in *Natural Resources Journal*, vol. 13, no. 2, (1973), pp. 179 *et seq.*
- Carrillo Salcedo , J.A., *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, in *European Journal of International Law*, 8/4, (1997), pp. 583 *et seq.*
- Danilenko , G.M., *International jus cogens. Issues of Law-Making*, in *European Journal of International Law*, 2/1, (1991), pp. 42 *et seq.*
- Fitzmaurice , M., *International Protection of the Environment*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international (RCADI)*, vol. 293, (2001), pp. 9 *et seq.*

- Gaja , G., Jus cogens beyond the Vienna Convention, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 172-III, (1982), pp. 271 *et seq.*
- Hannikainen , L., *Peremptory Norms (Ius Cogens) in International Law : Historical Development, Criteria, Present Status*, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki, (1988).
- Hirsch , M., Interactions between Investment and Non-Investment Obligations, in Muchlinski, P., Ortino , F., Schreuer, C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Oxford University Press, Oxford/New York, 2008), pp. 154 *et seq.*
- Hutchinson , D.N., Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties, in *British Yearbook of International Law*, vol. 59, (1988), pp. 155 *et seq.*
- Kadelbach , S., Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms, in Tomuschat , C., Thouvenin , J.-M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, The Hague, (2006), pp. 21 *et seq.*
- Kolb , R., *Théorie du Ius Cogens international : Essai de relecture du concept*, Presses universitaires de France/IUHEI, Paris, 2001.
- Kornicker , E., *Ius cogens und Umweltvölkerrecht. Kriterien, Quellen und Rechtsfolgen zwingender Völkerrechtsnormen und deren Anwendung auf das Umweltvölkerrecht*, Schriftenreihe für Internationales Recht, vol. 78, (1997) (tesis).
- Kornicker , E., State Community Interests, Jus Cogens and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms, in *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 11, (1998-1999), pp. 101 *et seq.*
- Koskenniemi , M., Hierarchy in International Law: A Sketch, in *European Journal of International Law*, 8/4, 1997, pp. 566 *et seq.*
- Orakhelashvili , A., *Peremptory Norms in International Law*, (Oxford University Press, Oxford, 2006).
- Pawelyn , J., *Conflict of Norms in Public International Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2003).

- Ragazzi , M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, (Oxford University Press, Oxford, 2000).
- Shelton , D., Normative Hierarchy in International Law, in *American Journal of International Law*, 100/2, (2006), pp. 291 *et seq.*
- Valencia Ospina , E., The International Court of Justice and International Environmental Law, in *Asian Yearbook of International Law*, vol. 2, (1994), pp. 1 *et seq.*
- Verdross , A., *Jus dispositivum* and *jus cogens* in International Law, in *American Journal of International Law*, 60/3, (1966), pp. 55 *et seq.*
- Viñuales , J.E., State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law, in *Law and Business Review of the Americas*, vol. 14, no. 1, (2008), pp. 79 *et seq.*
- Viñuales , J.E., The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment, in *Fordham International Law Journal*, vol. 31, (octubre 2008) (de próxima aparición).
- Virally , M., *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, PUF/IUHEI, París/Ginebra, (1990).
- Voeffray , F., *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, PUF/IUHEI, París/Ginebra, (2004).
- Weiler , J.H., Paulus , A.L., The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?, in *European Journal of International Law*, 8/4, 1997, pp. 545 *et seq.*