

Hacia la posible configuración de un orden público ambiental internacional

Georgina Doroni* y Luciano Pezzano**

SUMARIO: I. Introducción. II. La dimensión ambiental del problema. III. El reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como derecho humano. IV. El medio ambiente y las normas imperativas. V. Obligaciones erga omnes en el derecho internacional ambiental. VI. Consideraciones finales

Resumen: A través del presente trabajo se analiza la posible configuración de un orden público internacional ambiental, fundado en un conjunto mínimo e inderogable de normas y principios que tienen como objeto la conservación y protección del medio ambiente, entendido como valor fundamental compartido por la comunidad internacional. Esto implica la existencia de normas imperativas, o de *ius cogens*, de naturaleza ambiental, como así también obligaciones ambientales *erga omnes*, que coadyuvan y reafirman la protección del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano.

Palabras clave: orden público internacional – derecho humano al ambiente sano – normas de *ius cogens* – obligaciones *erga omnes*

Abstract: This paper analyzes the possible configuration of an environmental international public order, grounded in a minimum and non-derogable set of rules and principles that aim at the conservation and protection of the environment, understood as a fundamental value shared by the international community. This implies the existence of peremptory norms (*jus cogens*), of an environmental nature, as well as *erga omnes* environmental obligations, which contribute to and reaffirm the protection of the right to a healthy environment as a human right.

Keywords: international public order – human right to a healthy environment – *jus cogens*

* Abogada y Notaria (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Doctorando en Derecho (UNC). Becaria Doctoral CONICET.

** Abogado (UCES). Magister en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Doctorando en Derecho (UNC). Becario doctoral CONICET.

I. Introducción

A través del presente trabajo se pretende abordar la posibilidad de la configuración de un orden público ambiental internacional, partiendo de la base de que el medio ambiente constituye el soporte sin el cual es imposible la concreción, desarrollo y goce de los derechos, y es el fundamento que propicia y permite el desarrollo de la humanidad. Sin un ambiente sano, equilibrado y apto es imposible el desarrollo y calidad de vida digna de la humanidad.

Si bien es una idea controvertible no podemos negar la existencia de un conjunto de normas que configuran una especie de orden público internacional, las normas imperativas o de *ius cogens*, que protegen valores fundamentales para la comunidad internacional.

De este modo, al reconocerse la existencia de ciertos valores comunes superiores que la comunidad internacional como un todo considera que deben ser preservados, la configuración de estándares y premisas mínimas tendientes a la protección del medio ambiente, como bien colectivo, no solo del presente sino también del futuro, fijaría un piso inderogable y básico garantizable como umbral mínimo de protección.

Está ampliamente reconocido que existen normas que son de tal interés vital para la comunidad internacional que los actos unilaterales o tratados incompatibles con ellas no pueden prevalecer. Este cuerpo de normas es denominado “orden público”¹.

Entendemos que las definiciones más precisas de “orden público internacional” se dieron en la 685ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional, en donde Bartos estableció que no era otra cosa que “*la superestructura de la comunidad internacional y es resultado de la evolución de la sociedad internacional, y que es el mínimo de normas de conducta necesario para que las relaciones internacionales sean posibles*”². A su turno, Luna consideró que ese conjunto mínimo de reglas es aquel que la comunidad internacional considera esencial para su existencia, cuyo carácter está justificado en el conjunto de necesidades morales, económicas y sociológicas –imperiosas y absolutas–, cuyo desconocimiento pondría en grave riesgo la estabilidad de la comunidad de la cual provienen: es un mínimo jurídico que la comunidad

¹ BRUNÉE, Jutta: “‘Common Interest’ Echoes from an Empty Shell? Some Thoughts on Common Interest and International Environmental Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 49, N°3-4 (1989), pp. 791-808, p. 800.

² CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1964, p. 81.

internacional considera esencial para su existencia en una época determinada³.

De este modo, se torna inexorable la conjunción entre la idea de orden público internacional y la protección del medio ambiente, como valor fundamental compartido por la comunidad internacional que propicia la base o piso necesario para el disfrute y desarrollo de los derechos humanos y de los pueblos. Sin un medio ambiente sano, equilibrado y apto no podemos siquiera pensar en la posibilidad de la existencia de una vida digna ni del desarrollo y progreso de la humanidad. De allí que se pretende abordar la posible configuración de un orden público internacional ambiental como un conjunto mínimo e inderogable de reglas, premisas y estándares que propicien la conservación y protección del valor medio ambiente. Esto implica la existencia de normas imperativas, que no pueden ser desconocidas ni sujetas a la discrecionalidad de los sujetos internacionales como así también normas que contienen obligaciones *erga omnes*, que coadyuvan y reafirman la protección del derecho al medio ambiente.

A estos fines, se estudiarán las siguientes aristas: en primer lugar, se realiza un análisis de la dimensión ambiental del problema (apartado II) y el reconocimiento del derecho al ambiente sano como un derecho humano (apartado III), para luego abordar la obligación de los Estados de protección del medio ambiente como norma de *ius cogens* (apartado IV) apoyada y reforzada en la existencia de obligaciones *erga omnes* que confluyen a esa protección (apartado V).

II. La dimensión ambiental del problema

El bien jurídico ambiental es de uso común, no es susceptible de apropiaciones individuales ni de generar derechos subjetivos divisibles⁴. La contracara de esta situación es lo que Lorenzetti llama la “tragedia de los comunes”, esa idea de uso común no genera incentivos individuales para protegerlos y evitar el abuso⁵, si nadie es propietario no hay

³ *Ibidem*, pp. 82-83

⁴ El medio ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos. Quien se apropia algo es sólo para administrarlo en bien de todos. Si no lo hacemos, cargamos sobre la conciencia el peso de negar la existencia de los otros (FRANCISCO: *Encíclica Laudato Sí*, nota 95).

⁵ La intervención humana en la naturaleza siempre ha acontecido, pero durante mucho tiempo tuvo la característica de acompañar, de plegarse a las posibilidades que ofrecen las cosas mismas. Se trataba de recibir lo que la realidad natural de suyo permite, como tendiendo la mano. En cambio ahora lo que interesa es extraer todo lo posible de las cosas por la imposición de la mano humana, que tiende a ignorar u olvidar la realidad misma de lo que tiene delante. De aquí se pasa fácilmente a la idea de un crecimiento infinito o ilimitado, que ha entusiasmado tanto a economistas, financistas y tecnólogos. Supone la mentira de la disponibilidad infinita de los bienes del planeta, que lleva a “estrujarlo” hasta el límite y más allá del límite (FRANCISCO: *Encíclica Laudato Sí*, nota 106).

quien se preocupe por cuidar al bien⁶.

En el fondo subyacen ciertos principios o fundamentos, la cuestión ambiental (que es social) se apoya en valores, que hoy son más o menos compartidos por todas las personas. Entre ellos, parece incuestionable, como se verá, la existencia del derecho humano al medio ambiente, que tiene una consagración y justificación intrínseca, más allá del reconocimiento o recepción jurídica. La preocupación por el otro, por el desarrollo de la comunidad, se materializa en un humanismo, en principios que son universalmente válidos (ideales), pero que a la vez requiere de un relativismo, de una localización, de un particularismo de acuerdo al contexto en que se inserta. *“Es verdad que debe preocuparnos que otros seres vivos no sean tratados irresponsablemente. Pero especialmente deberían exasperarnos las enormes inequidades que existen entre nosotros, porque seguimos tolerando que unos se consideren más dignos que otros [...] Seguimos admitiendo en la práctica que unos se sientan más humanos que otros, como si hubieran nacido con mayores derechos”⁷.*

La tutela ambiental no es solo un derecho de incidencia colectiva del presente sino también del futuro, lo que supone la obligación de solidaridad generacional de garantizar que aquellos que heredarán el ambiente puedan vivir en condiciones como mínimos iguales o mejores que las presentes. Esto es la base de la ética del desarrollo. De allí, que se deba estimular una sensibilización hacia el medio ambiente, que no solo atañe a las generaciones del presente sino también a las del futuro, lo que implica una dimensión y responsabilidad colectiva frente al problema.

Partiendo de la idea de que no podemos desconocer que el problema ambiental es en su esencia un problema social, es necesario replantearse el estilo de sociedad y de desarrollo imperante: la razón de ser del problema subyace en que es un problema que repercute en el desarrollo mismo de la humanidad. La problemática ambiental es el reflejo de la adopción de un determinado arquetipo de desarrollo –sociocultural, económico, político–. Es decir, existen causas ambientales en el subdesarrollo, la marginación, la pobreza, la explotación del capital y el colonialismo interno.

Se requiere ordenar la pugna de intereses y orientar el proceso de desarrollo, para que se pueda, en definitiva, forjar un pacto social que ofrezca sustento a las alternativas de solución de la crisis de sustentabilidad. Conviene recordar que las dificultades provocadas por situaciones extremas de desigualdad social y de degradación ambiental no pueden ser

⁶ LORENZETTI, Ricardo: *Teoría del derecho ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 7-23.

⁷ FRANCISCO: *Encíclica Laudato Sí*, nota 90.

definidas como problemas individuales, constituyendo de hecho problemas sociales, colectivos. No se trata simplemente de garantizar el acceso, vía el mercado, a la educación, a la vivienda, a la salud, o a un ambiente libre de contaminación, sino de recuperar prácticas colectivas (solidarias) de satisfacción de estas necesidades⁸ (indispensable tanto para las generaciones presentes como futuras).

No existe una estrategia universal para alcanzar el desarrollo sustentable, ya que no podemos hablar de un solo tipo de desarrollo, sino que depende del particularismo y condiciones sociales, culturales, económicas, ambientales, institucionales. Por lo que hay tantos estilos de desarrollos como realidades locales haya. Sin embargo, la institucionalización de la problemática y el punto de inflexión que ha generado la cuestión ambiental en la agenda nacional e internacional es un gran avance y se debe trabajar en ese camino, hacia la configuración de estándares y premisas mínimas tendientes a la protección del medio ambiente, como bien colectivo, no solo del presente sino también del futuro⁹: *“El paradigma ambiental importa una definición valorativa, establece una orientación a la razón técnica. Este es un antiguo debate que comenzó con gran fuerza cuando el surgimiento de la revolución industrial afirmó el presupuesto de la neutralidad axiológica de la ciencia, y por sobre todo de su dominio técnico. La dimensión ambiental reinterpretó esta situación y viene a darle nuevos sentidos a los valores, en donde los valores ambientales comienzan a ejercer una función, expresándose en juicios de preferencia, comparándose con otros valores y adquiriendo preferencia lógica”¹⁰.*

Benjamin sostiene que frente a la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles, cuyas secuelas pueden propagarse en el espacio y a través del tiempo, se imponen cambios de paradigmas y este es el desafío que nos planteamos. Se requiere de una nueva cultura jurídica priorizando, en palabras de Morello, las “respuestas vivas a los problemas de hoy”¹¹.

Además, al derecho ambiental le 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”¹². Por ello, es necesario construir

⁸ GUIMARÃES, Roberto P.: *La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo*, disponible en <http://www.uv.mx/personal/fpanico/files/2011/04/Guimaraes-la-etica-de-la-sustentabilidad.pdf>, pp. 69-70.

⁹ La atenuación de los efectos del actual desequilibrio depende de lo que hagamos ahora mismo, sobre todo si pensamos en la responsabilidad que nos atribuirán los que deberán soportar las peores consecuencias (FRANCISCO: *Encíclica Laudato Sí*, nota 161).

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo: op. cit., p. 20.

¹¹ CAFFERATTA, Néstor: Conferencia en la Jornada de actualización en derecho ambiental. Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Escuela de capacitación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. 17 de septiembre de 2015.

¹² Esto se refleja en la idea de progresividad y no regresividad, que implica que se deben adoptar todas las

una “teoría de la implementación del derecho ambiental” (Benjamín, Lorenzetti, entre otros)¹³. La posibilidad de la configuración de un orden público ambiental internacional implicaría una nueva revitalización en el sistema jurídico, un progreso en la constante y continua renovación, con los consecuentes desafíos que se genera en la práctica jurídica. Se consagra una nueva relación, una nueva interacción, un continuo diálogo de fuentes y redirecciones entre los múltiples derechos internos locales y el derecho internacional.

III. El reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como derecho humano básico.

En la filosofía moral y política contemporánea la idea de derechos básicos o fundamentales suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos. Se entiende, en primer lugar, que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio, lo que es tanto como decir que esos derechos atrincheran ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, poniéndolos a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones agregativas. En segundo lugar, suele entenderse que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir, sirviendo por tanto frente a éstas – utilizando la ya célebre expresión de Dworkin– como vetos o cartas de Triunfo-. Así, simplificando, los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Ernesto Garzón ha llamado “el coto vedado”¹⁴.

La problemática ambiental ha generado nuevas perspectivas en el mundo jurídico y en el rol que debe asumir el Estado frente a ello, incidiendo de un modo gravitante en la configuración de nuevos y posibles derechos. La idea del surgimiento de “nuevos derechos” no es algo nuevo, sino que es un derrotero que ha tenido lugar con el devenir de nuestra historia como humanidad.

medidas, hasta el máximo de los recursos que se disponga, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos. Por lo que, las nuevas medidas judiciales, políticas, legislativas que se dispongan no pueden disminuir el nivel de protección, es decir, se debe avanzar en forma gradual y progresiva en la búsqueda de una plena efectividad y operatividad de los derechos consagrados.

¹³ CAFFERATTA, Néstor: *Los principios y reglas del Derecho ambiental*, disponible en: <http://aulavirtual.upsjb.edu.pe/Downloadfile/Docente/AMBIENTE.pdf>

¹⁴ BAYÓN, Juan Carlos: “Derechos, democracia y constitución”. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1 (2000), pp. 65-94. disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>

En la actualidad es difícil negar la categorización del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano básico y esencial, en tanto su ejercicio aparece a su vez el goce y disfrute de los restantes derechos de los individuos¹⁵. En este sentido, cabe resaltar que el derecho al medio ambiente es híbrido, bifronte, comprende una “doble personalidad”, y que además de ser un derecho humano personalísimo básico, es predominantemente un derecho social, colectivo o grupal. “*Son derechos que pertenecen a una categoría denominada derechos ‘difusos’, ‘colectivos’ o ‘supraindividuales’ [...]. Se llaman difusos por su amplitud, por su anchura, por su extensión, por su dificultad de realización y por la constante confusión con los deberes de la humanidad*”¹⁶.

Estos derechos proceden de “*una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social*”¹⁷.

“*Los derechos humanos y el medio ambiente se relacionan entre sí de forma explícita e implícita, contribuyendo de manera importante al disfrute de los derechos humanos a un medio ambiente saludable. Varios problemas ambientales han buscado expresión en el lenguaje de los derechos humanos (cambio climático, discriminación ambiental, refugiados ambientales, daños transfronterizos, etc.), lo cual no resulta sorprendente y es incluso inevitable, por cuanto los derechos humanos y la protección de medio ambiente son inherentemente interdependientes para el derecho a la vida y salud*”¹⁸.

El derecho a un ambiente sano brinda un cimiento o base a la hora de enfrentar los problemas ambientales, desde un punto de vista tanto formal como de fondo, para alcanzar niveles óptimos de protección. Los derechos humanos se basan en el respeto de atributos humanos fundamentales, inherentes y naturales a la condición de persona humana – vida, salud, calidad de vida digna- y su realización y posibilidad de real concreción depende indefectiblemente de la existencia de un medio ambiente saludable que permita el desarrollo de esos atributos, sin lo cual serían de difícil e imposible realización y disfrute¹⁹.

¹⁵ CORTE IDH: *Caso Kwas Fernández vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. El derecho a un ambiente sano es una “condición” para el goce de otros derechos: varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad ambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales.

¹⁶ CRUZ MARTÍNEZ, Edgar Humberto: “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, *Derechos Humanos y Medio Ambiente*, N°13 (1995), pp. 227-228, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr19.pdf>

¹⁷ VASAK, K.: “Le droit international des droits de l’homme”, *Revue des droits de l’homme*, Vol. I, Pedone, París, 1972, p. 45.

¹⁸ MORALES LAMBERTI, Alicia: “Dimensión social y colectiva de los derechos humanos: relacionalidad e influencias del paradigma ambiental”, en CAFFERATTA Néstor A. (Dir.) *Derecho Ambiental-Dimensión social*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pp. 407-429.

¹⁹ Derecho a un medio ambiente sano en la medida que permita el efectivo disfrute de otros derechos reconocidos a la persona humana, tal como lo señala Kiss (KISS, A. “Définition et nature juridique d’un droits de l’homme à l’environnement”, *Environnement et droits de l’homme*, UNESCO, 1987, p.

Con lo cual, esta consagración del derecho a un ambiente sano no es más que el reconocimiento de un derecho preexistente, es una condición previa para el disfrute de los derechos humanos, es un prius, base y prerrequisito para la realización de los otros derechos humanos²⁰: *“El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio derecho: sin medio ambiente adecuado no hay vida humana, ni sociedad, ni Derecho”*²¹.

De allí la mayor atención y protección del medio ambiente saludable, sin riesgos, apto para el desarrollo humano, ya que toda afección al medio ambiente implica (directa o indirectamente) una amenaza a la vida. De modo concordante se requiere de un ambiente con ciertas calidades -cuantitativas y cualitativas- para alcanzar condiciones óptimas de salud, de alimentación, dignidad humana, lo cual se traduce en la expresión del derecho a un ambiente sano como derecho humano natural e individual, ínsito a la condición de ser humano, pero también con una dimensión social y colectiva: *“The right to environment as one form of the expression of human dignity may be seen as a necessary precondition to the realization of the other rights in the future”*²².

En el ámbito del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, el Art. 11 del Protocolo de San Salvador establece: *“1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”*. En el ámbito universal, si bien no contamos con un instrumento de idénticas características que lo reconozca expresamente, podemos advertir su recepción algunos instrumentos. Así, el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo expresa: *“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”*, mientras que el Principio 1 de la Declaración de Río se proclama: *“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”*. Coincidimos con Sticca en cuanto considera que existe en este último caso un reconocimiento implícito al derecho al medio ambiente²³.

17).

²⁰ STICCA, María Alejandra: “Algunas reflexiones acerca del derecho al medio ambiente sano como derecho humano”, en REY CARO, Ernesto J. (Coord.): *El Derecho Internacional Público como norma de conducta de los Estados*. Gráfica Trejo, Córdoba, 2013, pp. 311-338, p. 338.

²¹ LOPERENA ROTA, D.: *Los principios del Derecho Ambiental*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 52 y ss.

²² KISS, A. – SHELDON, D.: *International Environmental Law*, Graham & Trotman Limited, Londres, 1991, p. 22 y ss.

²³ STICCA, María Alejandra: op. cit., p. 319

De este breve análisis podemos afirmar la necesaria relectura e interacción entre los derechos humanos y el derecho ambiental; una visión integrada y armoniosa entre el sistema de derechos humanos y el medio ambiente resulta a todas luces imperiosa y conveniente, a los fines de garantizar y fortalecer la incorporación de la dimensión colectiva o social –humanitaria- del derecho humano al medio ambiente sano, como regla de precedencia lógica en caso de conflictos entre bienes colectivos e individuales y como base o fundamento de una integración e interpretación hermenéutica de las obligaciones que se derivan a los Estados en la concreción y protección del derecho humano al ambiente. Ambiente que se revela como medio y entorno vital no sustituible, como base física que materializa la posibilidad de otros derechos humanos y frecuentemente no reparable en su integridad en caso de daño, refuerza la inevitable interconexión entre el ambiente y los derechos humanos: “ *Los dos aspectos del medio ambiente, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*”²⁴.

IV. El medio ambiente y las normas imperativas

Las normas imperativas o de *ius cogens* son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario²⁵; constituyen la cima del ordenamiento jurídico internacional y forman el núcleo duro del orden público internacional²⁶.

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 permitida²⁷. En otras palabras, sostiene Viñuales, las normas de *ius cogens* presentan las siguientes características distintivas: su incondicionalidad o carácter absoluto, su inviolabilidad e inderogabilidad, y sus efectos

²⁴ Preámbulo de la Declaración sobre Medio Humano (1972).

²⁵ Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

²⁶ Zlata: “Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Coord.): *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Tomo I. Drnas-Lerner Editores. Córdoba, 2003, p. 671

²⁷ ORAKHELASHVILI, Alexander: *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 50.

invalidantes o nulificantes²⁸.

Si las normas imperativas forman el núcleo del orden público internacional, la existencia de un orden público internacional ambiental necesariamente requerirá de normas de este carácter. Es por ello que nos preguntamos: ¿existen en el derecho internacional normas imperativas que protejan al medio ambiente? La temática no es enteramente novedosa, ya que se ha dado al respecto un interesante debate doctrinario.

Desde la perspectiva negatoria, Birnie, Boyle y Redgewell sostienen categóricamente que no hay normas de *ius cogens* en el derecho ambiental²⁹, mientras que Orakhelashvili afirma que, pese a la falta de evidencia, el carácter imperativo puede atribuirse a ciertas normas ambientales, aquellas que prohíben la contaminación a gran escala del ambiente humano³⁰. ¿Cómo podemos, entonces, identificar si existen estas normas?

Estudiando específicamente el tema, Kornicker-Uhlmann extrae de la práctica de la Comisión de Derecho Internacional y de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, cuatro criterios que distinguen las normas de *ius cogens* de todas las otras normas: el objeto y fin de la norma debe ser la protección de intereses de la comunidad de Estados; la norma debe tener su fundamento en cuestiones de moralidad; la norma debe ser absoluta en su naturaleza; y la vasta mayoría de los Estados deben acordar en el carácter imperativo de la norma³¹. Analizaremos a continuación cada uno de estos criterios.

Fitzmaurice critica el primero de los criterios al señalar que no todos los problemas ambientales involucran intereses de la comunidad; ello es correcto para algunos de ellos, pero la mayoría son, sin embargo, de importancia regional o solamente bilateral, por lo que generalizar todos los problemas como intereses comunitarios no está fundado en la práctica de los Estados³². La crítica no nos parece acertada: el hecho de que no todos los problemas ambientales involucren intereses comunitarios no impide que algunos sí lo hagan. Por ejemplo, Kornicker-Uhlmann señala que tanto el preámbulo de la Convención de Cambio Climático³³ como el preámbulo de la Convención sobre Biodiversidad³⁴ declaran que sus

²⁸ VIÑUALES, Jorge E.: “La protección del medio ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 13 (noviembre de 2008), pp. 11-44, p. 17,

²⁹ BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: *International Law and the Environment*, Tercera edición, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 110.

³⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander: op. cit.: p. 65.

³¹ KORNICKER-UHLMANN, Eva M.: “State Community Interests, *Jus Cogens* and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms”, *Georgetown International Environmental Law Review* Vol. 11 (1998) p. 104.

³² FITZMAURICE, Malgosia A.: “International Protection of the Environment”, *RCADI*, Vol. 293 (2001), p. 141

³³ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Preámbulo, primer párrafo:

objetivos son una “preocupación común de la humanidad”³⁵. No es necesario que todos los problemas respondan a intereses comunitarios, puesto que de otra manera, todas las normas podrían ser imperativas. Lo que se sostiene es que las normas de *ius cogens* responden a intereses comunitarios³⁶ y que, dado que ciertos problemas ambientales forman parte de esos intereses, el primer criterio estaría satisfecho, aunque ello no sea suficiente en sí mismo para confirmar la existencia de normas imperativas ambientales³⁷.

Con relación al segundo criterio, Kornicker-Uhlmann, señala que desde la segunda mitad del siglo XX, la humanidad se dio cuenta de que podría extinguirse de la faz de la Tierra. Desde entonces, la relación entre la humanidad y su ambiente se ha convertido en una importante cuestión ética³⁸. En ese sentido, cobra especial relevancia lo afirmado en el célebre Informe Brundtland: “*Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias*”³⁹.

Los problemas ambientales son problemas que no ocurren en vacíos sociales, de allí la dimensión social y colectiva del derecho humano al medio ambiente, siendo los grupos más vulnerables los principales afectados. La razón de ser del problema subyace en que es un problema que repercute en el desarrollo mismo de la humanidad. El derecho ambiental se basa en los principios de equidad inter e intrageneracional⁴⁰, que implica una mirada ética y moralmente comprometida, no solo para las generaciones presentes sino también para con quienes heredarán el ambiente -generaciones futuras-⁴¹: “*la valoración misma debe respetar*

“Reconociendo que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad”.

³⁴ Convenio sobre la Diversidad Biológica, Preámbulo, tercer párrafo: “*Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad*”.

³⁵ KORNICKER-UHLMANN, Eva M.: op. cit., p. 117.

³⁶ En la misma línea, Kotzé considera que las normas imperativas presuponen la existencia de una comunidad internacional de Estados con valores compartidos (KOTZÉ, Louis: “Constitutional Conversations in the Anthropocene: In Search of Environmental *Jus Cogens* Norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46 (2015), pp. 241-271; p. 248).

³⁷ SINGLETON-CAMBAGE, Krista: “International legal sources and global environmental crises: the inadequacy of principles, treaties, and custom”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 2 (1995), pp. 171-187, p. 185

³⁸ KORNICKER-UHLMANN, Eva M.: op. cit., pp. 120-121.

³⁹ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO: *Nuestro futuro común*, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, párr. 27.

⁴⁰ V. GARCÍA ELORRIO, Magdalena: “La equidad inter e intrageneracional: Bases jurídicas y perspectivas en la compensación del daño ambiental”, en REY CARO, Ernesto J. (Coord.): *El Derecho Internacional Público como norma de conducta de los Estados*. Gráfica Trejo, Córdoba, 2013, pp. 339-382.

⁴¹ Se refiere a un paradigma de desarrollo y no de crecimiento. Ello por dos razones fundamentales. En primer lugar, por establecer un límite ecológico inter-temporal muy claro al proceso de crecimiento económico. Contrarrestando la noción comúnmente aceptada de que no se puede acceder al desarrollo sustentable sin crecimiento -trampa conceptual que no logró evadir ni siquiera el propio Informe Brundtland- el paradigma de la sustentabilidad parte de la base de que el crecimiento, definido mayormente como

*límites muy claros antepuestos por la ética del desarrollo, sin los cuales se pierde de vista que el objetivo último de la valoración no es el mercado de las transacciones entre consumidores, sino la mejoría de las condiciones de vida de los seres humanos. El problema, para las generaciones futuras obviamente, de recibir mayores dotaciones de capital construido a cambio de menores dotaciones de capital natural sin poder expresar sus deseos de que así sea*⁴².

Respecto del tercer y cuarto criterio, Kornicker-Uhlmann identifica tres posibles candidatas a ser consideradas normas ambientales imperativas, a las que analiza según ambos criterios. Estas normas son: la prohibición de daño intencional al ambiente durante un conflicto armado; la prohibición general de causar o no prevenir daño ambiental que amenace a la comunidad internacional en su conjunto; y el derecho humano a un ambiente sano. Considerando que ya nos hemos referido al derecho humano al ambiente sano, limitaremos nuestro análisis a las dos primeras.

Para analizar el carácter absoluto de la prohibición de daño intencional al ambiente durante un conflicto armado, la autora se basa en una serie de consideraciones que incluyen: la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD), de 1976; las disposiciones aplicables del Protocolo Adicional I adicional a los Convenios de Ginebra; el Artículo 20 del proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI; y la reacción de la comunidad internacional ante el daño ambiental en Kuwait en la Guerra del Golfo, materializado en la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad⁴³; a las que nosotros agregamos la consideración de daño al ambiente como crimen de guerra en el Estatuto de Roma⁴⁴.

Respecto del criterio del consentimiento, con 177 Estados Parte en el Protocolo Adicional I y 77 en la Convención ENMOD⁴⁵, las normas parecen tener una amplia aceptación. Pero en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia observó que las disposiciones de los Arts. 35.3 y 55 del Protocolo “*imponen serias limitaciones a todos los Estados que han suscrito las mencionadas*

incremento monetario del producto y tal como lo hemos estado experimentando, constituye un componente intrínseco de la insustentabilidad del estilo actual (GUIMARÃES, Roberto P.: op. cit., pp. 66-67).

⁴² GUIMARÃES, Roberto P.: op. cit., p. 59.

⁴³ KORNICKER-UHLMANN, Eva M.: op. cit., pp. 120-121.

⁴⁴ Todas estas normas son analizadas en PEZZANO, Luciano: “Responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado”, *Cuaderno de Derecho Ambiental* VII (2015), pp. 207-258.

⁴⁵ Que incluye cuatro Estados que no son parte en el Protocolo Adicional I: los Estados Unidos, la India, Pakistán y Sri Lanka.

*disposiciones*⁴⁶, lo cual parecería indicar el carácter meramente convencional de las normas. Sin embargo, compartimos con Sands que, dado el gran número de Partes en el Protocolo y las opiniones expresadas por los Estados, estas disposiciones reflejan en la actualidad una norma de derecho internacional consuetudinario⁴⁷, y el mismo Comité Internacional de la Cruz Roja ha incluido estas reglas dentro de su recopilación del derecho internacional consuetudinario, bajo los números 44⁴⁸ y 45⁴⁹.

Drnas de Clément también sostiene que la conducta de producir un “*daño grave, sustancial al medio ambiente —efectuado adrede o en violación de los deberes de diligencia debida (prevención)—, no justificado por necesidades militares*”⁵⁰ también está prohibida por una norma de *ius cogens* y su violación constituye un crimen internacional. La autora sostiene esta afirmación en base al origen, naturaleza y contenido de los crímenes de derecho internacional. En lo que hace al *origen*, recuerda que el reconocimiento de normas superiores de las comunidades humanas tienen antigua raigambre en la Historia. En relación a la *naturaleza* de la norma protectora del medio ambiente contra todo acto deliberado no justificado por necesidad militar ineludible, entiende constituye una norma consuetudinaria de carácter superior (aun cuando pueda estar contenida en normas convencionales), intransgredible, inderogable, perentoria, coactiva, de *ius cogens*. Y, por tratarse de norma de tal tipo, es contraída frente a la comunidad internacional en su conjunto (*erga omnes*), cabiendo, en caso de violación, sanciones internacionales de carácter particular a través del ejercicio de distintas formas de jurisdicción penal internacional. Finalmente, respecto del *contenido* observa percepciones constantes de elementos sustantivos que permiten afirmar que el daño sustancial al medio ambiente (con efectos mortales o graves para la salud humana), deliberado, producido en tiempos de conflicto armado, constituye crimen internacional.

De esa manera, la prohibición de dañar deliberadamente el ambiente en caso de conflicto armado constituye una norma imperativa de derecho internacional de un contenido claramente ambiental.

⁴⁶ CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 31.

⁴⁷ SANDS, Philippe: *Principles of International Environmental Law*, Segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p., p. 314.

⁴⁸ Disponible en: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter14_rule44

⁴⁹ Disponible en: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter14_rule45

⁵⁰ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violacion de norma imperativa de derecho internacional general”, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 265 a 296.

Fitzmaurice hace notar que la aceptación universal de los Artículos 35 y 55 del Protocolo Adicional está más relacionada con el reconocimiento general de reglas y principios fundamentales de derecho humanitario que con la emergencia por separado de normas de *ius cogens* de carácter ambiental⁵¹.

Si bien la crítica es acertada en el sentido de que, estrictamente hablando, la norma pertenece más al ámbito del derecho internacional humanitario que al del derecho ambiental, pensamos que ello no impide negar su claro contenido ambiental y su finalidad de proteger el medio humano. De esa forma, podemos hablar de una norma imperativa de contenido ambiental.

Pero para superar esa objeción y buscar una norma de indiscutible naturaleza ambiental, deberemos analizar la segunda candidata que la autora nos propone, a la luz de los criterios que identifica. Así, Kornicker-Uhlmann sostiene que la indicación más obvia respecto del carácter absoluto de una norma general que prohíbe el daño ambiental que amenace a la comunidad internacional en su conjunto⁵² surge de la labor de la Comisión de Derecho Internacional en el tratamiento de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Así, en 1976 la Comisión aprobó en primera lectura el Artículo 19 de su Proyecto, que establecía: “2. *El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.*

3. *Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: [...]*

d) *de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”.*

En su comentario al artículo, la Comisión sostuvo que las normas de derecho internacional general relativas a la protección del medio humano “*sólo pueden presentarse en gran medida, para la comunidad internacional en su conjunto, como normas «imperativas».* Y parece no menos indiscutible que las obligaciones dimanantes de esas normas tienen por objeto la salvaguardia de intereses tan vitales para la comunidad internacional que una violación de tales obligaciones no puede por menos de ser considerada por todos los componentes de esa comunidad como un hecho internacionalmente

⁵¹ FITZMAURICE, Malgosia A.: op. cit., p. 141.

⁵² KORNICKER-UHLMANN, Eva M.: op. cit., p. 123.

*ilícito particularmente grave, como un «crimen internacional»*⁵³. De tal manera, la Comisión incluyó dentro de la categoría de “crímenes internacionales”, a la “violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano”, incluyendo como ejemplo⁵⁴ “la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”, aunque sin definir qué entendía por “contaminación” ni “masiva”.

Así, es posible afirmar que existe al menos una norma imperativa que tiene por objeto la protección del medio ambiente, de la que la prohibición de la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares es apenas un ejemplo. Aunque el contenido y alcance preciso de esta norma no está determinado, ello no constituye en nuestra opinión, fundamento suficiente para pretender negar la existencia de un incipiente *ius cogens* ambiental.

La tautológica definición de “crimen internacional” y la poco clara relación entre los “intereses esenciales” de la comunidad internacional y las normas imperativas⁵⁵ podrían hacer dudar acerca de la posibilidad de derivar la existencia de una norma imperativa de la noción misma de crimen internacional como lo hacemos nosotros. Pero, a poco de avanzar en la cuestión, se advertirá que, no obstante la poco feliz redacción del Artículo 19, existe una identidad de contenido entre ambas nociones. Ello fue advertido durante la segunda lectura del proyecto y cambiando la referencia a los “intereses esenciales” por una explícita mención a las normas imperativas, a tenor de lo dispuesto por el Artículo 40 del Proyecto aprobado en segunda lectura, como veremos a continuación.

La cuestión de la distinción entre crímenes y delitos internacionales, como se sabe, fue ampliamente discutida y controvertida en los ámbitos académicos y políticos, y aunque presente en el Proyecto aprobado en primera lectura en 1996, no fue contemplada en el Proyecto aprobado en segunda lectura en 2001. Sin embargo, persiste en este último la noción de que existen ciertas obligaciones cuya naturaleza es de tal importancia para la comunidad internacional en su conjunto, que su violación genera consecuencias jurídicas

⁵³ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 108.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 120.

⁵⁵ La propia Comisión señaló: “Sería erróneo llegar sin más a la conclusión de que toda violación de una obligación internacional dimanante de una norma imperativa de derecho internacional constituye un crimen internacional y que únicamente la violación de una obligación que tenga ese origen puede constituir tal crimen. Cabe admitir que las obligaciones cuya violación es un crimen serán «normalmente» obligaciones dimanantes de normas de *jus cogens*, aun cuando esa conclusión no se pueda dar por absoluta. Pero, sobre todo, si bien puede ser cierto que el incumplimiento de una obligación establecida por una regla de *jus cogens* constituirá a menudo un crimen internacional, no se puede negar, sin embargo, que la categoría de las obligaciones internacionales respecto de las cuales no se admite acuerdo en contrario es más amplia que la de las obligaciones cuya violación es necesariamente un crimen internacional” (*Ibidem*, p. 118).

diferenciadas, según se dispone en el Capítulo III de la Segunda Parte del proyecto. Así el Artículo 40 se refiere a la “*responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general*”, y en su párrafo 2, establece que “*la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable*”.

A diferencia del Artículo 19 del Proyecto de 1996, la norma no aporta ejemplos de este tipo de violaciones. No obstante, la Comisión afirma en su comentario: “*Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanarían de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales*”⁵⁶. Asimismo, recuerda en una nota al pie los cuatro ejemplos que había señalado en el Art. 19 del Proyecto de 1996, por lo que puede válidamente sostenerse que el previsto en el inc. d) del párrafo 3 de aquél sigue constituyendo un ejemplo de “violación grave”⁵⁷.

De esa forma, ante la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano –que como tal surge de una norma de *ius cogens*–, que incluye, pero no se limita a la contaminación masiva⁵⁸ de la atmósfera o de los mares, se constituirá una “violación grave de una obligación contraída en virtud de normas imperativas de derecho internacional general” y dará lugar a las consecuencias jurídicas previstas en el Art. 41 del Proyecto de 2001.

Así, participamos de la opinión que sostiene que la sustitución de la noción de “crímenes internacionales” por la de “violaciones graves” no implicó un cambio de calificación ni de régimen aplicable a dichos hechos ilícitos⁵⁹ y consideramos que aquellos que eran ejemplos de los primeros continúan siéndolo de las segundas.

De allí que sostengamos que no puede verse en la no adopción final de la lista de ejemplos del antiguo Artículo 19 en el articulado del Proyecto como un rechazo a la

⁵⁶ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2007, p.120.

⁵⁷ En contra, Sands sostiene que la contaminación masiva y otras catástrofes ambientales no están referidas como ejemplos de violaciones graves en los artículos ni en los comentarios (SANDS, Philippe: op. cit., p. 895).

⁵⁸ Si el caso particular de violación de esta norma constituye una contaminación masiva, consideramos que no debe, además, exigirse un nuevo requisito de gravedad, toda vez que la magnitud ya estará contemplada en la norma primaria, en cuanto sólo prohíbe la contaminación “masiva”. Es decir, si es “masiva” es una violación “grave”.

⁵⁹ WYLER, Eric: “From ‘State Crime’ to Responsibility for ‘Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”, *The European Journal of International Law*. Vol. 13, N°5 (2002), pp. 1147-1160.

consideración de tales hechos como crímenes internacionales/violaciones graves⁶⁰. La propia Comisión incluyó la lista en una nota al pie de su comentario al Artículo 40, según ya mencionamos. Ello significa, a nuestro entender, que los ejemplos de crímenes internacionales listados en 1976 siguen siendo válidos como violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas.

Con relación al criterio del consentimiento, Kornicker-Uhlmann considera que la falta de materialización del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional en un tratado, y su discutible naturaleza consuetudinaria -atento a la escasa práctica estatal al respecto-, podrían debilitar la naturaleza imperativa de la norma, más sostiene que el gran peso de los dos primeros criterios -el interés común y la moralidad- en una cuestión tan fundamental como la protección del ambiente de un daño masivo puede suplir alguna deficiencia en los criterios restantes⁶¹.

Por otra parte, frente a la eventual crítica de que la formulación de la norma y su contenido es poco preciso como para reconocerle carácter imperativo, consideramos que la existencia de una norma imperativa y la discusión de sus alcances o su presunta vaguedad son aspectos diferentes de la cuestión y que pueden tratarse por separado. Así, pensamos que no sería válido cuestionar que una norma ambiental no sea de *ius cogens* porque sus contornos son imprecisos, dado que lo mismo podría predicarse de otras normas cuyo carácter de *ius cogens* es indiscutible. Esto dicho, no abordaremos en este estudio introductorio el aspecto referido al contenido específico de la norma imperativa en cuestión.

Para finalizar, consideramos que en la cuestión cabe el siguiente razonamiento: ¿por qué no podrían existir otras normas de *ius cogens* que protejan al medio ambiente como base y soporte de desarrollo del Estado y de la comunidad? Tomemos como ejemplo dos de las paradigmáticas normas imperativas: la prohibición del genocidio y la prohibición de la agresión. Como acertadamente señala Drnas de Clément, el genocidio constituye el exterminio de la base social de la comunidad humana, los pueblos, mientras que la agresión implica la destrucción de la base social de la comunidad internacional, el Estado⁶². Y, si tanto la base política como la base social de la comunidad internacional están protegidas por normas de *ius cogens*, ¿por qué no el medio ambiente, base natural en el que tanto los

⁶⁰ En contra, FITZMAURICE, Malgosia A.: op. cit., p. 141.

⁶¹ KORNICKER-UHLMANN, Eva M.: op. cit., p. 123.

⁶² DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: "Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial" cit., p. 669.

pueblos como los Estados se desarrollan y en la que la comunidad es posible, no debería estar protegido por una norma de igual carácter?

V. Obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional ambiental

Vinculadas a la idea de normas imperativas⁶³ —y así, a la de orden público— se encuentran ciertas obligaciones que no son debidas a los Estados individuales, sino a toda la comunidad internacional, según el célebre *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*: “...debe establecerse, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*. Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación”⁶⁴.

Estas obligaciones comportan una obligación del Estado para con todos los Estados, basada en la importancia del valor que se busca proteger. “Una de las características del Derecho Internacional del Medio Ambiente en materia de tratados es la no reciprocidad de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. Si un sujeto internacional ha violado una obligación esencial de un tratado, no se aplican las disposiciones generales de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 en tanto no se admite la terminación o suspensión del tratado en caso de violación de una obligación esencial por una de las partes mediante la aplicación del principio *inadimplenti non est adimplendum* (art.60). La creciente convicción de que la preservación del ambiente concierne a toda la humanidad, desdibuja las relaciones de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados”⁶⁵.

En el ámbito del derecho consuetudinario, se ha planteado la plena vigencia de la obligación recogida en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano⁶⁶, y reiterada en el Principio 2 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y

⁶³ La relación entre las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes* se encuentra discutida por la doctrina y aún no ha sido resuelta (V. *i.a.*, JORGENSEN, Nina: *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 96 y ss.).

⁶⁴ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt*, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, párr. 33

⁶⁵ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en SINDICO, F. (Coord): *Environmental Law*, University of Surrey, CMP Publishers, London, 2010.

⁶⁶ “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las

Desarrollo⁶⁷, y referida a “velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”. En el asunto Gabčíkovo-Nagymaros, en su sentencia de 25 de septiembre de 1997⁶⁸, la Corte Internacional de Justicia recordó lo expresado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares*, ha dicho “que el medio ambiente no es un concepto abstracto, sino que representa el espacio viviente, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, en particular, de las generaciones venideras. La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente”⁶⁹.

Asimismo, y respecto del principio precautorio, a pesar de que su condición jurídica aún carece de consenso pleno, no es posible negar que existe una obligación de comportamiento para los Estados de naturaleza *erga omnes*: estar permanentemente alerta frente al peligro que implica desdeñar los potenciales riesgos de determinadas actividades. “Bien señalan numerosos documentos internacionales que la aplicación de la cautela es un “deber”, con lo que su no observancia implica violación de norma jurídica, violación de una obligación de comportamiento: tomar debida previsión de los potenciales riesgos y las potenciales consecuencias de los actos”⁷⁰.

Del mismo modo, podemos observar que también configura una auténtica obligación por parte de los Estados el arbitrar los procedimientos adecuados para la tutela del medio ambiente, a través de la implementación y reconocimiento de derechos procesales en materia ambiental –tal sería el caso de la obligación de información y consulta de la comunidad afectada antes de iniciar una actividad o iniciativa que pueda causar daño transfronterizo–, que no es más que la implementación del conocido Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo⁷¹. Se logra así efectivizar

actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” (NACIONES UNIDAS: Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Documento A/CONF.48/14/Rev.1, Nueva York, 1973, p. 5).

⁶⁷ “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional” (NACIONES UNIDAS: Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Vol. I, Documento A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I), Nueva York, 1993, p. 2).

⁶⁸ CIJ: *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 7, párr.53.

⁶⁹ CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, párr. 29.

⁷⁰ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución”. *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. IX (2006), pp. 245-266.

⁷¹ “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que

la vinculación de los derechos procesales con el deber de proteger el ambiente⁷², destacando, principalmente, los derechos a la información, participación y justicia que, agrupados bajo la denominación “derecho de acceso”, se configuran como tres niveles o instancias inescindibles de transparencia, equidad y rendición de cuentas en la toma de decisiones en materia ambiental. El ejercicio de los derechos de acceso profundiza y fortalece la protección del medio ambiente y, por consiguiente, de los derechos humanos⁷³.

En el marco de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre protección de la atmósfera, el Relator Especial ha sostenido que existe una obligación general de los Estados de proteger la atmósfera, y que, al igual⁷⁴ que la obligación de proteger el medio marino que surge del Art. 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar⁷⁵, tiene carácter *erga omnes*⁷⁶.

VI. Consideraciones finales

Se afirma que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y en armonía con la naturaleza, que es indispensable para la dignidad y el desarrollo integral del ser humano y para la consecución del derecho sostenible, la erradicación de la pobreza, la igualdad y la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

De allí que se propicia la idea de incentivar la configuración de un orden público ambiental, a partir de un constructivismo que tenga en cuenta el principio de realidad (condiciones, cosmovisiones y peculiaridades de cada contexto), el cual sería innegociable respecto a la necesidad de un medio ambiente sano apto para el desarrollo de la humanidad –generaciones presentes y futuras–, que se traducen en un conjunto de obligaciones y responsabilidades de los Estados de la comunidad internacional en proveer acciones

corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente del que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

⁷² WAITE, Andrew: “Sunlight through the trees: a perspective on environmental rights and human rights”, en *Derecho Ambiental Comparado*, Editora Fórum. Belo Horizonte, 2008.

⁷³ En el mismo sentido, v. MORALES LAMBERTI, Alicia: “Los Derechos Humanos en el Código Civil y Comercial, como fuentes de integración hermenéutica y reconocimiento axiológico en la aplicación del derecho ambiental”. *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, Junio -Septiembre 2015, N° 43.

⁷⁴ A favor de caracterizar la obligación de proteger el medio marino como *erga omnes*, v. VIÑUALES, Jorge E.: *op. cit.*, p. 33.

⁷⁵ Artículo 192: “Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino”.

⁷⁶ CDI: *Segundo informe sobre protección de la atmósfera*. Documento A/CN.4/681, Naciones Unidas, Ginebra, 2015, p. 28.

positivos en torno a garantizar tal derecho.

La existencia de un orden público internacional justifica la existencia de normas imperativas de derecho internacional, que en constante proceso de consolidación, existe para todos los Estados, quienes no podrían sustraerse válidamente de su cumplimiento sin atentar contra valores y principios propios de la comunidad internacional y sin poner en riesgo la seguridad e intereses colectivos del sistema⁷⁷.

“Cuando el derecho existente es defendido de tal modo por los intereses a su calor creados, el del porvenir no puede vencer sino sosteniendo una lucha que dure muchas veces más de un siglo; y muchas más si los intereses han tomado el carácter de derechos adquiridos. Entonces hay dos partidos enfrente el uno del otro, llevando cada uno escrito en su bandera, santidad del derecho; y el uno llama santidad al derecho histórico, al derecho del pasado; y el otro santidad, al derecho que se desenvuelve y se renueva sin cesar, al derecho primordial y eterno de la humanidad en el constante cambio [...] Todas esas grandes conquistas que en la historia del derecho pueden registrarse: la abolición de la esclavitud, de la servidumbre, la libre disposición de la propiedad territorial, la libertad de la industria, la libertad de conciencia, no han sido alcanzadas sino después de una lucha de las más vivas que con frecuencia han durado varios siglos, y muchas veces han costado torrentes de sangre. El derecho es como un Saturno devorando a sus hijos: no le es posible renovación alguna sino rompiendo con el pasado”⁷⁸.

⁷⁷ VARÓN MEJÍA, Antonio. “Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3295808>

⁷⁸ IHERING, Rudolph von: *La lucha por el derecho*. Valleta Ediciones, Buenos Aires 2004, p. 53-54.