



Trabajo de conclusión de carrera previo a  
la obtención del título de:

Abogado

Tema:

**El Derecho Internacional del Ius Cogens y el  
Ambiente.**

Autor:

André Santos Espinoza

Director de TCC:

Dr. Johnny Roca De Castro

Universidad del Pacífico

Guayaquil – Ecuador

2013

**André Santos Espinoza**

**EL DERECHO INTERNACIONAL DEL IUS COGENS Y LA  
PROTECCIÓN AMBIENTAL**

Trabajo de Conclusión de Carrera (TCC) presentado como requisito parcial para la obtención del grado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Especialización mayor Derecho Internacional Comercial, especialización menor Derecho Empresarial.

**UNIVERSIDAD DEL PACIFICO**

**Guayaquil, marzo 2013**

SANTOS, André L., El Derecho Internacional del Ius Cogens y la Protección Ambiental. Guayaquil: UPACIFICO, 2013, 186 p. Director (Trabajo de Conclusión de Carrera-TCC presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico)

Resumen: La evolución de las normas de protección ambiental en el ámbito del Derecho Internacional ha adquirido una vigorización progresiva en las últimas décadas. El ius cogens son las normas de mayor importancia en el Derecho Internacional, vinculan a los miembros de la comunidad internacional, son imperativas, ningún Estado se puede eximir de su cumplimiento debido a que estas normas protegen valores compartidos por la Humanidad. Por lo cual, se hace necesario un estudio sobre la relación del Derecho Ambiental con las normas Ius Cogens, a partir de un análisis comparativo de la jerarquía normativa del Derecho Internacional con las normas de protección del ambiente. La aparición de una nueva norma de carácter ius cogens se contempla en el artículo 64 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.

Palabras claves: Ius cogens, normas imperativas, erga omnes, protección ambiental, costumbre internacional, ius cogens superveniens.

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

**Yo, André Santos Espinoza, declaro ser el autor exclusivo del presente trabajo de conclusión de carrera.**

**Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad.**

**Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad del Pacífico para que pueda hacer uso del texto completo de la tesis a título "El Derecho Internacional del Ius Cogens y la Protección Ambiental" con fines académicos y/o de investigación.**

.....

**Guayaquil, 12 de marzo del 2013**

## CERTIFICACIÓN

**Yo, Johnny Roca De Castro, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico como Director de la presente tesis, certifico que el señor André Santos Espinoza, egresado de esta institución, es autor exclusivo del presente trabajo, el mismo que es auténtico, original e inédito.**



Dr. Johnny Roca De Castro

**Guayaquil, 12 de marzo del 2013**

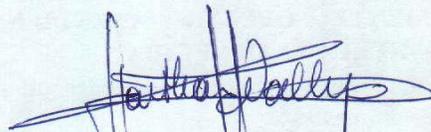
## **DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD**

**Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención de grado de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la Republica del Ecuador, de la Universidad Del Pacifico, autorizamos a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura.**

**Estamos de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad según como dictamina la loes 2012 art. 144.**

**Cuatro copias digitales, de esta tesis de grado quedan custodiadas de la Universidad del pacifico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.**

**Para constancia de este compromiso, suscribe**



**Dra. Martha vallejo  
Decana de Derecho**

**Guayaquil, 12 marzo de 2013**



## Contenido

Introducción .....	10
CAPITULO I: EL IUS COGENS INTERNACIONAL.....	16
<b>1. Breve Historia del Ius Cogens</b> .....	16
<b>1.1. Relación entre el ius naturale y el ius cogens</b> .....	19
<b>2. Teoría del Ius Cogens:</b> .....	28
2.1. La costumbre internacional como fuente de normas ius cogens .....	29
2.1.1. El Objeto Persistente.....	31
<b>2.2. Tratados internacionales como fuente controvertida de normas ius cogens.</b> .....	35
2.3. Principios generales del Derecho como fuente del ius cogens.....	37
<b>2.4. Análisis de los elementos del concepto de ius cogens en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados en los artículos 53, 64, 71 y 44.</b> .....	39
2.5. El ius cogens superveniens .....	44
2.6. Cláusulas divisibles e indivisibles .....	48
2.7. Nulidad ex tunc y ex nunc.....	51
2.8. Retroactividad e irretroactividad.....	54
2.9. Aplicación del ius cogens.....	58
2.9.1. Sanción del ius cogens .....	58
2.9.2. Nulidad absoluta y relativa.....	60
<b>3. Procedimientos para la declaración de nulidad</b> .....	62
3.1. Notificación y Demanda.....	63
3.1.1. Tipos de anulaciones .....	66
3.2. Consecuencias de la nulidad de un tratado .....	69
<b>4. Identificación de las normas ius cogens.</b> .....	72
CAPITULO II: EL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL .....	80
<b>1. Principios Generales del Derecho Ambiental Internacional de los Estados</b> .....	80
<b>1.1. Soberanía y responsabilidad por daños ambientales.</b> .....	81
1.2. Principio de Prevención .....	84
1.3. Principio de Precaución .....	86
1.4. Principio de Cooperación Internacional y Buena Vecindad.....	90
1.5. Notificación y consulta previa .....	94
1.6. Obligación de reparar daños.....	95

1.7. Responsabilidad común aunque diferenciada.....	97
1.8. Desarrollo Sostenible.....	98
<b>2. Análisis de la jerarquía normativa de la protección ambiental dentro del Derecho Internacional.</b> .....	<b>99</b>
2.1. Normas ius cogens y erga omnes. ....	101
2.2. Diferencias teóricas entre el ius cogens y las normas erga omnes. ....	104
2.2.1. Las normas erga omnes como normas susceptibles de acción colectiva y actio popularis. ....	107
2.2.1.1. La <i>actio popularis</i> (acción pública).....	109
2.2.2. Dimensión horizontal y vertical de las normas erga omnes. ....	111
2.3. El estado de necesidad .....	113
2.4. Normas imperativas de protección ambiental. ....	118
2.4.1. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra.....	119
2.5. La protección ambiental como una norma con efectos erga omnes .....	121
2.6. Res Communis, Preocupaciones comunes y Patrimonio común de la Humanidad. ....	128
2.6.1. Efectos legales del reconocimiento de las preocupaciones comunes.....	134
CAPITULO III: Conceptos y Jurisprudencia de respaldo .....	137
1- Responsabilidad Internacional.....	137
2- Jurisprudencia Internacional por daños transfronterizos.....	142
3. Jurisprudencia del ius cogens .....	157
4- Sistema del Mito.....	161
Conclusión del Trabajo de Culminación de Carrera .....	169
BIBLIOGRAFÍA .....	172

## Introducción

El artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados<sup>1</sup> menciona a las normas imperativas de Derecho Internacional General (*ius cogens*) como normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de estados en su conjunto. Señalando que cualquier tratado que sea contrario a este tipo de norma será nulo y terminará. El *ius cogens* impone los límites de la libertad de los actores del orden jurídico internacional, disponiendo obligaciones positivas y prohibiciones que están destinadas a regir la conducta de sus sujetos, que por excelencia, son los Estados.

La sanción de nulidad sobre pactos privados que violenten el Orden Público no es una forma legal exclusiva del Derecho Internacional. En el derecho civil también se encuentra el principio de que ninguna estipulación contractual de carácter privado podrá derogar normas pertenecientes al Orden Público. En el artículo 1698 del Código Civil Ecuatoriano<sup>2</sup>, se establece que los actos y contratos que tengan objeto o causa ilícita serán sancionados con nulidad absoluta. Según los artículos 1478 y 1483<sup>3</sup> los contratos que poseen objeto o causa ilícita son los que han contravenido el orden o el Derecho Público del estado.

Utilizando un método analógico para explicar con más claridad el concepto del *ius cogens*, podríamos tomar en cuenta que, en el derecho interno de los estados, existen

---

<sup>1</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969)

<sup>2</sup> CÓDIGO CIVIL, Codificación 2005-010.

Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

<sup>3</sup> CODIGO CIVIL, Art. 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. (...)

leyes que rigen la conducta de sus sujetos<sup>4</sup>, y en este caso, nos referimos a las normas que **mandan y prohíben** realizar ciertos actos a sus habitantes.

La corriente *juspublicista* del Derecho Internacional apunta que los estados se encuentran regidos a ciertos principios y normas consuetudinarias, como el principio de "lo pactado obliga" (*pacta sunt servanda*), la integridad territorial de los estados, la libertad fundamental de los mares, la prohibición de la piratería, y entre otros. Estas normas son de carácter *ius cogens*, inderogables, pertenecientes al denominado derecho necesario e imperativo, con efectos *erga omnes* ("respecto a todos"), o sea, son normas que permiten a los estados demandar su cumplimiento frente a los miembros de la comunidad internacional.

En el Derecho Civil Romano, Ulpiano definía un contraste entre las normas *ius cogens* y las normas dispositivas o voluntarias (*ius dispositivum*<sup>5</sup>), considerando a las últimas como esenciales del Derecho Privado debido a que tienen como finalidad velar por el interés particular de los individuos. En el Derecho Internacional, las normas dispositivas permiten a los estados disponer libremente de su voluntad, ejemplo, en los tratados internacionales, según la autonomía de su voluntad, agregar las cláusulas que crean más convenientes y obligarse a cumplirlas, sin que esto signifique violar las normas pertenecientes al ámbito del *ius cogens* internacional.

En el caso *Barcelona-Traction* (Bélgica vs. España<sup>6</sup>), la Corte Internacional de Justicia, señaló que la comunidad internacional tiene un interés jurídico en el cumplimiento de un tipo especial de normas, refiriéndose a la existencia de las normas con efectos **erga omnes**, a diferencia de otras disposiciones de Derecho Internacional que responden al legítimo interés individual de los Estados. Actualmente, la Comisión de Derecho

---

<sup>4</sup> "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, **manda, prohíbe** o permite" Art.1 del Código Civil ecuatoriano.

<sup>5</sup> GOMEZ ROBLEDO, Antonio. El *ius cogens* internacional. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 14. México, 2003. Pág 2

<sup>6</sup> The *Barcelona Traction, Light and Power Company, limited* (new application : 1962) (Bélgica vs España) second phase judgment of 5 February 1970, par.33. Disponible en World Wide Web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>

Internacional, ha considerado a la protección del ambiente como una norma con efectos **erga omnes**<sup>7</sup>.

Ahora bien, el artículo 53 de la Convención de Viena nos indica que las normas *ius cogens* son las aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de estados "en su conjunto". De esta última frase se infiere que, a efectos de que una norma internacional de carácter *ius cogens* obtenga vigencia, se necesita que la mayoría de miembros que componen la comunidad internacional de estados la acepten y reconozcan. No obstante, esta interpretación entraña una controversia jurídica al suponer que, en caso de que una minoría de estados no reconozca el carácter *ius cogens* de una norma, de igual manera, se impondría sobre la facción de estados que se oponen a la misma. Empero, se encuentra el caso del **objeto persistente**, un estado que reiterada y constantemente ha manifestado su rechazo a vincularse jurídicamente a una norma de Derecho Internacional, pudiendo darse la eventualidad de que aquel estado se vea libre de las obligaciones provistas por aquella norma.

Consideramos que hay un margen de libertad para que los estados persistan en su oposición a supeditarse a una determinada norma de Derecho Internacional, mas, descartamos que un estado logre mantener su resistencia a reconocer normas fundamentales del Derecho Internacional Público Contemporáneo, como ocurrió con el caso de Sudáfrica, principal ejecutor de las políticas del apartheid y objeto persistente en reconocer la proscripción del mismo. Las políticas del apartheid y de cualquier forma de discriminación racial se encontraban prohibidas en múltiples tratados

---

<sup>7</sup> **“Relación entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.** Se reconoce que, mientras que todas las obligaciones establecidas por normas de *ius cogens*, mencionadas en la conclusión 33) supra, tienen también el carácter de obligaciones *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto. No todas las obligaciones *erga omnes* son establecidas por normas imperativas de derecho internacional general. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los "principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana", *así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales.*" Comisión de Derecho Internacional. Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional parr. 38, en *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. ii, parte 2 en VIÑUALES, Jorge. *Cuestiones Medioambientales y el Concepto de Estado de Necesidad*. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 223-250, julio-diciembre de 2009, p. 232

internacionales<sup>8</sup>, sin embargo, por presión de la opinión pública de la comunidad internacional, Sudáfrica finalmente abolió sus políticas racistas.

La evolución de las normas imperativas de Derecho Internacional General podrá modificar el contenido de las normas *ius cogens*, e incluso reemplazar las ya existentes por las que vendrán. Este escenario fue previsto en el art. 64 Convención de Viena, estableciendo que la única vía para para modificar normas *ius cogens* es a través de una norma ulterior del mismo carácter, el denominado *Ius Cogens Superveniens* (Norma compulsoria superviniente).

En el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso Gabcikovo-Nagymaros (Hungría vs Eslovaquia) el Tribunal instó a las partes tener en cuenta para futuras negociaciones al mencionado artículo 64 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, considerando su relación con la **protección ambiental**<sup>9</sup>.

En la teoría de las relaciones internacionales se contempla la *interdependencia compleja*, conceptualizada por los profesores Joseph Nye y Robert Keohane<sup>10</sup>, en donde se expone que los estados se encuentran vinculados por diversas canales transnacionales y se advierte que los sucesos que ocurran dentro del territorio de un estado podrán afectar a otros. Esta teoría incluye al ambiente como uno de los cuatro factores de la interdependencia compleja: seguridad, economía, cultura y **ambiente**.

---

<sup>8</sup> Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, 1973, disponible en World Wide Web: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1426>

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965, disponible en World Wide Web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>

I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, 1977, disponible en World Wide Web: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>

<sup>9</sup> Viñuales, Jorge. La Protección del Medio Ambiente y su Jerarquía Normativa en el Derecho Internacional, *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* ildi. Bogotá, N° 13: 11-44, noviembre de 2008 p.23 Gabcikovo-Nagymaros, ICJ Reports 1997, p. 67, par. 112. “(Ninguna de las partes consideró que nuevas normas imperativas de derecho ambiental internacional han emergido desde la celebración del Tratado en 1977, y la Corte no le ha sido requerido eximir el enfoque del artículo 64 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados. Por otro lado, la Corte desea puntualizar que las nuevas normas de derecho ambiental son relevantes para la implementación del Tratado y que las partes pudieran, de mutuo acuerdo, incorporarlas a través de la aplicación de los artículos 15, 19 y 20 del Tratado. Estos artículos no contienen obligaciones específicas de rendimiento, mas, requiere a las partes, cumplir sus obligaciones para asegurar que la calidad de agua del Danubio no sea desigual y que la naturaleza sea protegida, para tomar nuevas normas ambientales en consideración al momento de acordar las cláusulas que serán especificadas en el Contrato.”

<sup>10</sup> KEOHANE y NYE . *Power and Interdependence: World Politics in Transition*. Little-Brown, Boston. (2nd edition,1989).

La interdependencia compleja se hace patente en el corolario jurisprudencial de la prohibición de causar daños ambientales transfronterizos, el caso Trail-Smelter (Estados Unidos vs. Canadá<sup>11</sup>). En el cual, una empresa fundidora de estaño ubicada en territorio canadiense, arrojaba sus desperdicios tóxicos al río Trail, y a partir de éste, se transportaban los desechos hacia Estados Unidos, perjudicando las propiedades de los habitantes de este país en detrimento de su ambiente.

El deterioro ambiental dentro de los límites territoriales de un estado es tendiente a causar repercusiones en el ambiente del país vecino, de su región, o incluso del mundo entero. En estos días aquello se evidencia con la reacción de comunidad internacional frente a la propuesta del proyecto Yasuní-ITT, proyecto que ofrece proteger y no-explotar una reserva ecológica ubicada en territorio ecuatoriano, fundamental para la región y, por que vemos, para el mundo entero. Por tal razón se puede concebir al cuidado del ambiente como una **preocupación común** de la Humanidad, en función de la interdependencia que tiene el ambiente planetario.

En respuesta a esta preocupación, la comunidad internacional ha tomado medidas para preservar al ambiente de su deterioro irreversible por medio de instrumentos internacionales, como tratados y acuerdos multilaterales, así como las sucesivas Declaraciones de protección ambiental: la Declaración de Estocolmo<sup>12</sup> (1972), Declaración de Río<sup>13</sup> (1992), Declaración de Río+20<sup>14</sup> (2012). En las cuales, la protección del ambiente ha ido evolucionando y tomando distintas aproximaciones a los Derechos Humanos.

El jurista colombiano Jorge Viñuales nos plantea una jerarquía de las normas de Derecho Internacional destacando, en la jerarquía más importante, a las normas de carácter ius cogens, siguiendo con las normas con efectos erga omnes, y por último a los intereses esenciales de los estados. Para lo cual, revisaremos los elementos esenciales de estas nociones jurídicas y los compararemos con los caracteres y

---

<sup>11</sup> Reports of International Arbitral Awards. Trail smelter case (United States vs Canada). 16 April 1938 and 11 March 1941. Volume III pp. 1905-1982. Disponible en World Wide Web: [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

<sup>12</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972

<sup>13</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

<sup>14</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, 2012.

efectos distintivos de las normas de protección ambiental internacional, con el fin de analizar sus componentes y contrastarlos con las tres normas de la jerarquía mencionada por Viñuales.

El objetivo del presente estudio es proporcionar ciertos criterios jurídicos para evaluar la evolución normativa de las normas imperativas de Derecho Internacional General, que podrían contener materias relativas a la protección ambiental. No es nuestro objetivo, probar la futura existencia de una norma *ius cogens*, sino, facilitar las herramientas que informen al lector sobre la relevancia jurídica del ambiente en el campo del Derecho Internacional.

# CAPITULO I: EL IUS COGENS INTERNACIONAL

## 1. Breve Historia del Ius Cogens

Para Antonio Gómez Robledo la plena incorporación del ius cogens al Derecho Internacional Positivo fue a través de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados debido a que previamente el concepto del ius cogens era restringido al dominio de la doctrina y jurisprudencia internacional<sup>15</sup>.

Una de las primeras menciones en la historia en donde se utiliza el término “ius cogens” es con Papiniano en su texto en la Digesta señalando que no puede existir una norma de carácter compulsorio (“iure cogenti”) que obligue a un particular a efectuar una donación, en virtud de que esta última es un acto esencialmente *voluntario*. Sin embargo, aunque utiliza el mismo vocablo latino (ius cogens), no se refiere exactamente al concepto que estamos tratando, el ius cogens internacional, y lo ubica evidentemente en un campo civil<sup>16</sup>.

Siguiendo con Ulpiano, en su Instituta, se realiza una muy útil e interesante distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado que a opinión de Gómez Robledo<sup>17</sup>, es en este histórico documento donde se encuentra de forma más precisa el concepto esencial del ius cogens. La noción que más se aproxima a la del ius cogens es la del **Derecho Público**, que tiene como finalidad velar por el *bien común* o el interés público, a diferencia del Derecho Privado que tiene como principal objetivo el interés de los particulares.

Instalándonos en la práctica del Derecho Interno de nuestro país, en los artículos 1697 y 1698 del Código Civil ecuatoriano, se determina la nulidad de los contratos y obligaciones convencionales que tengan objeto o causa ilícita, y en el 1478 es

---

<sup>15</sup> Gómez Robledo, Op. cit., p. 1

<sup>16</sup> ibidem

<sup>17</sup> ibidem

establece que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.”

En el Derecho Romano se contemplaba la nulidad de los acuerdos contra el Derecho Público y contra las buenas costumbres<sup>18</sup>.

Continuado con nuestra norma civilista, su artículo 1483-“[...] se entiende por [...] causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al Orden Público.”

Podríamos ver que en un contrato, según la libre voluntad de las partes, podrían agregarse las cláusulas en las cuales se quieran comprometer, sin embargo, estas cláusulas a las cuales se someten las partes no pueden contravenir el Orden Público y en caso de hacerlo el contrato será **nulo**.

Gómez Robledo señala que la noción del Derecho Público Romano es efectivamente del *ius cogens*, una norma inderogable e imperativa que no puede ser derogada por voluntad de los particulares<sup>19</sup>.

Continuando con la Convención de Viena y su reiterado artículo 53, se sanciona con nulidad a cualquier tratado que sea contrario a una norma imperativa de Derecho Internacional General (*ius cogens*).

En las disposiciones jurídicas que hemos expuesto, tanto como las sentencias de los juristas romanos, los artículos del Código Civil Ecuatoriano y la sanción de nulidad de la Convención de Viena, se puede observar que en estas tres circunstancias se aplica la misma forma jurídica de manera análoga a cada caso: **la sanción de nulidad sobre los actos convencionales efectuados por particulares que sean contrarios al Derecho Público de su ordenamiento jurídico.**

---

<sup>18</sup> Pacta quae contra leges constitutiones que vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati iuris est

<sup>19</sup> Privatorum conventio iuri publico non derogat en Gomez Robledo, op.cit.... p.4.

Se estudia además, si la noción moderna de Orden Público es equivalente a la del *ius Publicum* antiguo. Las normas de Derecho Público no solo son las que forman la organización del Estado sino las que representan el *interés público* sobre cualquier espacio de la sociedad, particular o público, y es por tal que se puede observar como las *buenas costumbres* constituían las normas fundamentales inquebrantables e inderogables.

**Marcel Planiol** define al Orden Público desde dos puntos de vista distintos. En el primero, es el conjunto de normas que determinan y asignan los diferentes poderes del estado y los poderes públicos en general. La segunda acepción de Orden Público se define como **“todas aquellas (normas) en que de algún modo se hace patente un interés colectivo en su estricta observancia<sup>20</sup>.”**

Pertencen al Orden Público las leyes que rigen la conducta y relaciones entre particulares de manera que estas disposiciones, motivadas por el interés general, no pueden ser derogadas por los particulares a no ser de comprometer ese interés.

En los pandectistas, Christian Friedrich von Glück ha señalado una división en el derecho, similar a la descrita por Ulpiano<sup>21</sup>. Distinguía entre *ius permissivum* y *ius cogens*. Afirmando que al primero pertenecen las normas *dispositivas* que *permiten* a sus sujetos realizar ciertas acciones dentro de un marco de libertad, como por ejemplo, la libertad de contratación de los particulares. En contraste, el *ius cogens* pertenece al ámbito de las normas imperativas, las que obligan, prohíben y castigan<sup>22</sup>. Con esto último podemos citar al artículo 1 del Código Civil ecuatoriano:

**“Art. 1.- La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.**

**Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común.”**

---

<sup>20</sup> Id. p. 5

<sup>21</sup> ibídem

<sup>22</sup> ibídem

Tenemos establecido en este cuerpo normativo que la definición de la ley contiene la división antes señalada, entre normas que mandan y prohíben (*ius cogens*) y otras que en cambio permiten (*ius dispositivum*).

### **1.1. Relación entre el *ius naturale* y el *ius cogens*.**

Según la jurista Zlata Drnas de Clément, se invocaron normas imperativas de carácter internacional en el siglo VI A.C durante el juicio efectuado por el rey de Babilonia, Nabucodonosor, contra el rey de Judá, Sedecías. Es oportuno destacar el carácter sagrado que revestían para los pueblos antiguos las relaciones internacionales en general, así como los tratados de alianzas, los embajadores, y en especial el mismo sistema del derecho se consideraba como divino<sup>23</sup>.

Desde la Edad Media se han dado lugar juicios por la violación de normas imperativas de Derecho Internacional como el juicio que se llevó a cabo en la ciudad de Nápoles a Conradin von Hohenstaufen, duque de Suabia, al iniciar una guerra injusta. Fue juzgado por un tribunal internacional, acusado de vulnerar los derechos que hoy conocemos como Derecho Humanitario.

**“En 1474, en Breisach-Alemania, un tribunal de veintiocho miembros elegidos en el ámbito jurisdiccional de cuatro ciudades libres del Sacro Imperio Romano Germánico, juzgó y condenó a muerte a Peter von Hagenbach por los asesinatos cometidos durante la ocupación de la ciudad de Breisach, actos que fueron calificados como violaciones al derecho de Dios y de los hombres”<sup>24</sup>.**

---

<sup>23</sup>PESANTES GARCÍA, Armando, Las Relaciones Internacionales, Editorial Cajica, S.A. Puebla Mexico, 1977, páginas 78-80. Véase también FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. La Ciudad Antigua, Editorial Iberia, Barcelona 1952, pags. 242-251: “Al principio, entre los griegos y los romanos, como entre indos, la ley formó parte de la religión”... “el derecho antiguo era una religión; la ley, un texto sagrado; la justicia, un conjunto de ritos”.

<sup>24</sup>DRNAS DE CLEMENT, Zlata . LAS NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (JUS COGENS). DIMENSIÓN SUSTANCIAL, , Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p.1

En la **Escuela de Salamanca** aparecieron dos juristas considerados como padres del Derecho Internacional Moderno que a partir de sus contribuciones se llegó a un modelar un nuevo paradigma del Derecho Internacional: Francisco de Vittoria y Francisco Suárez<sup>25</sup>.

Para **Francisco de Vittoria** el Derecho Internacional, que en su época se conocía como *Derecho de Gentes*, podía ser equivalente al Derecho Natural o también ser derivado de este último<sup>26</sup>.

El Derecho de Gentes eran las normas no-escritas que con *regularidad* reglaban la conducta e interrelación de los estados. El Derecho de Gentes se manifestaba en las normas de carácter consuetudinario, esto es, en las costumbres. El Derecho Natural cumplía la misma función rectora del *ius cogens* actual, es decir, tenía una primacía por sobre el Derecho Convencional. Para efectos de una exposición clara del pensamiento de Vittoria, proporcionaremos a continuación un esquema sobre las diferencias y semejanzas entre el Derecho Natural y el *ius cogens*.

---

<sup>25</sup> GOMEZ ROBLEDOS, Antonio. Fundadores del derecho internacional, Vittoria, Gentili, Suárez, Grocio, México, UNAM, 1989, pp. 15 y 16

<sup>26</sup> Francisco de Vittoria: *ex iure gentium, quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure naturali*. En Gomez Robledo, *op.cit.* p. 8-9

<b>IUS COGENS y IUS NATURALE SIMILARIDAD</b>	<b>IUS COGENS et IUS NATURALE DIFERENCIAS</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ambas son normas superiores en lo mas importante de la jerarquía normativa.</li> <li>- Inderogables por medio de una convención entre particulares.</li> <li>- Ambas comparten un carácter general de donde se pueden deducir normas concretas para la realización de su fin.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El ius naturale es totalmente inderogable.</li> <li>- El ius cogens es derogable mediante la aplicación de una norma posterior de igual característica.</li> <li>- El ius natural no es una norma positiva mientras que el ius cogens está positivado a través de la costumbre, tratados y principios.</li> </ul>

Es interesante mencionar la explicación de Vittoria sobre de que forma se llevaba a cabo la **derivación** del Derecho de Gentes del Derecho Natural que, como afirmaba, podía ser de dos modos, siguiendo el modelo de Santo Tomás de Aquino: *per modum conclusionis* y *per modum **determinationis***<sup>27</sup>.

Esta última, que es la que nos interesa, **por modo de determinación**, no era la deducción “lógica” ocurrida a través de conclusión de premisas basadas en un principio general; muy distinto, era en la libre **determinación** del gobernante/legislador en donde se positivaba el Derecho de Gentes, *derivándose* del Derecho Natural. Es decir, el Derecho Natural se hacía patente (positivo) en las **medidas** tomadas por el gobernante. Eran las decisiones efectuadas por este último que, como representante del Estado, constituían la derivación del Derecho de Gentes, proveniente del Derecho Natural.

---

<sup>27</sup>VITORIA, Francisco de. De Indis prior, de titulis legitimis, 2. En Gomez Robledo, Op. cit. P. 9

Alfred Verdross<sup>28</sup>, citando a San Agustín, expone los tres estratos jurídicos o el sistema tripartito del Derecho. San Agustín, explicando el fundamento último del Derecho, describía una escala dividida en tres:

La primera escala del Derecho la denomina como Ley Eterna<sup>29</sup> (lex Aeterna), que corresponde al orden arquitectónico que compone y sostiene al universo.

La segunda escala es el reflejo de la primera (lex Aeterna), impresa<sup>30</sup> el interior del alma humana formando la **conciencia jurídica** de la Humanidad, con carácter universal, denominándola como la Ley o Derecho Natural.

La tercera y última escala del derecho la denomina como la **ley positiva**:

“Del Derecho Natural brota el derecho positivo como tercer estrato [...] Surge por **deducción** que hace el legislador sobre el Derecho Natural, este (el Derecho Natural), exige al gobernante que haga reinar el Orden, pero deja a su discreción las *medidas* para llegar a él”. Efectivamente, las *medidas* son las libres determinaciones que ejecuta el gobernante para dar término a su obligación de acercar a la sociedad a la Idea del derecho, a saber, el Orden y la Paz<sup>31</sup>.

Vittoria, al establecer al ius naturale como elemento generador de las leyes positivas, fortalece la supremacía de este, inderogable y universal por excelencia.

En su obra de Potestate Civili: “*El Derecho de Gentes no sólo tiene fuerza de pacto y convenio entre los hombres, sino que tiene también fuerza de ley. Y es que el totus orbe, que en cierta manera es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del Derecho de Gentes... En asuntos graves, por*

---

<sup>28</sup> De Civitate Dei. IV, 15. En VERDROSS, Alfred, Derecho Internacional Público, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1978, p.17

<sup>29</sup> San Agustín la definía como la Sabiduría Ordenadora de Dios: Jesucristo

<sup>30</sup> Lex Aeterna nobis impressa est (La eterna se encuentra impresa en nosotros) S. Agustín.

<sup>31</sup> Verdross, op.cit. p.17

*tanto, ningún Estado puede darse por no obligado por el Derecho de Gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe.”*

Atribuye a la comunidad internacional la capacidad de promulgar normas de obligatoriedad universal, con fuerza de ley, vinculantes para todas las naciones en especial en “asuntos graves” y en estas circunstancias no pueden excluirse los Estados, aun si no han participado en la creación de las mismas, analogía coherente con el *ius cogens* contemporáneo<sup>32</sup>.

**Francisco Suárez**, en su obra *De legibus ac Deo legislatore*, considera que el Derecho de Gentes no procede de un legislador central sino del consentimiento de la humanidad, o por lo menos de su mayor parte<sup>33</sup>.

También afirma que este puede variar según la costumbre, es decir, expone el elemento **dinámico** de las normas imperativas del Derecho Internacional que mas adelante estudiaremos y que además se encuentra mencionado en el artículo 64 de la Convención de Viena<sup>34</sup>. Este consentimiento, según Suárez, se encuentra en la unidad “cuasi-política y moral” del género humano, que tiene una variedad de pueblos y reinos. “aunque cada ciudad perfecta, república o reino, sea en sí comunidad perfecta [...] cualquiera de ellas es también miembro de algún modo de este universo, en cuanto pertenece al género humano.”

Resalta el carácter interdependiente de las naciones, sea por razones económicas, políticas o de cualquier índole, que originan relaciones entre los estados y para ello no es suficiente la mera ley natural sino un Derecho Internacional que rija estas relaciones.

---

<sup>32</sup> Gómez Robledo, Op.cit. p.9

<sup>33</sup> Verdross, Op. cit., p. 81

<sup>34</sup> Sobre el apareamiento de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, el *ius cogens* superveniens.

Por último observa que “así como en alguna ciudad o provincia *la costumbre introdujo ley*, así en el universo género humano pudieron los derechos ser introducidos por las **costumbres de las gentes**<sup>35</sup>”.

Acercándonos a otros autores nos encontramos con **Hugo Grocio** en su definición del Derecho Natural: “*El Derecho Natural es un dictado de la recta razón, según el cual hay en ciertos actos, por su conveniencia o inconveniencia con la naturaleza racional, una torpeza o, por el contrario, una **necesidad moral**, y consecuentemente han sido tales actos prohibidos u ordenados por Dios, autor de la naturaleza*”

Grocio conserva la herencia de los juristas españoles pero modifica en su doctrina el fundamento de las leyes naturales, la ley eterna; presentando la hipótesis de que el Derecho Natural puede existir “así Dios no existiera”, considerando su origen y fundamento en la naturaleza humana<sup>36</sup>.

Actualmente el Derecho Internacional de los estados se ha visto influido enormemente por los postulados grocianos, especialmente en un mundo en donde existe una pluralidad de creencias, y por lo expresado anteriormente, esta “secularización” de la ley natural por parte de Grocio, a opinión de Gómez Robledo, pudo conducir a la comunidad internacional, en su diversidad de creencias religiosas, a postular una instancia superior en caso de enfrentarse a leyes injustas, sin necesidad de recurrir a una doctrina de carácter religioso en particular.

“¿A qué otra ley sino a la *lex rationis* podemos apelar como a una instancia superior al Derecho Positivo, cuando lo sentimos tiránico o injusto?, ¿no fueron los horrores del nazismo los que determinaron, precisamente y ante todo en Alemania, el renacimiento del Derecho Natural?”.

---

<sup>35</sup> De legibus., II, cap. XIX, núm. 9. Extraído de: Verdross, op. cit. p.81

<sup>36</sup> Verdross, Op. Cit. p.83

En efecto, las sentencias de los tribunales de Baviera, la República Federal Alemana y de Londres contra criminales de guerra nazis, recurrieron como fuentes a los “principios universales del derecho” y a la “idea del derecho” en este caso, los funcionarios del Reich alemán siguieron los principios de legalidad establecidos según las normas del estado y se basaron en ellas para cometer los crímenes de su régimen.

Al respecto Alfred Von Verdross en su Derecho Internacional Público comenta:

*“En esta idea se funda también el tratado de Londres de 8 de agosto de 1945 sobre castigo de los criminales de guerra, ya que imputa a los reos como delitos, actos inhumanos que estaban autorizados, o que, incluso, les fueron impuestos por el derecho de su país. Concuera plenamente con esta concepción jurídica, así mismo, la judicatura de la República Federal de Alemania. Así, el Tribunal Constitucional Federal dice, en su sentencia de 17 de diciembre de 1953 en el caso del recurso de los funcionarios del antiguo Reich no readmitidos, que no todas las leyes nacionalsocialistas pueden ser consideradas ex post como nulas; pero añade que son nulas, o sea, inexistentes jurídicamente, aquellas leyes que «contradicen con tal evidencia los principios de justicia inherentes a todo derecho formal, que el juez que pretendiese aplicarlas, haría injusticia en vez de justicia». El Tribunal Constitucional de Baviera, por su parte, reconoce igualmente, en su sentencia de 10 de junio de 1950, que hay principios jurídicos que obligan al propio poder constituyente, pues también él según se especifica en la sentencia de 14 de marzo de 1951 queda vinculado por la idea del derecho. Entre estos principios jurídicos elementales que vienen a ser para toda constitución un límite infranqueable, incluye dicho Tribunal ante todo los valores éticos de la dignidad humana y de la igualdad jurídica que de la dignidad de la persona se desprende<sup>37</sup>.”*

Aquí yacen los límites de la soberanía de los estados y a partir de la cual aparece la supremacía de un ius cogens que está por encima de cualquier norma o disposición interna de los estados.

---

<sup>37</sup> Verdross, *Op.cit* p. 19

Es conocido el principio general de derecho que todo delito debe estar tipificado<sup>38</sup>, y de haberse aplicado esta norma, los criminales de guerra nazis hubieran sido absueltos por cometer sus acciones según el principio de legalidad de su país, en concordancia con sus leyes, establecidas dentro del marco de su sistema jurídico, y es más, donde tales actos no eran considerados crímenes, pero se aplicó la excepción por ir contra los “principios *inherentes*” al derecho común de los pueblos e impreso en la conciencia de la humanidad.

En Grocio es patente la distinción entre *ius necessarium* (normas necesarias) y *ius voluntarium* (normas voluntarias), donde el primero es sinónimo de *ius naturale* y el segundo de *ius dispositivum*. Determina que el principio de *Pacta Sunt Servanda* (“lo pactado obliga”) es el lazo que une a todo contrato jurídico con el Derecho Natural, estando sometido el derecho positivo a este principio, imposible de derogar a no ser de derogar el derecho mismo. Afirma que de este principio se deriva todo el derecho en general, sea civil o internacional.

El *Ius Voluntarium* o Derecho Positivo está tanto en el Derecho Civil como en el Internacional, y es la fuerza obligatoria que deriva de la libre voluntad de las partes a contratar con otras. Es el derecho positivo que adquiere fuerza por la libre voluntad de las partes contrayentes a someterse a ciertas obligaciones estipuladas.

**Emmerich de Vattel** comentaba sobre la Ley Natural de las Naciones:

*“Utilizamos el término derecho necesario de las Naciones para el derecho que resulta de la aplicación del Derecho Natural a las naciones. Es necesario porque las naciones están absolutamente obligadas a observar este derecho [...] Es el mismo derecho al que Grocio y los que le siguen llaman Derecho de Gentes Interno, en tanto que obliga a las naciones en conciencia.*

---

<sup>38</sup> Nullum crimen nulla poena sine lege

*He aquí el principio por medio del cual es posible distinguir las convenciones o tratados legítimos, de aquellos que no lo son, y las costumbres inocentes y razonables, de aquellas que son injustas o condenables. Todos los tratados, todas las costumbres que estén en contra de lo que el Derecho de Gentes necesario prescribe o prohíbe, son ilegítimas<sup>39</sup>.*

Vattel señala el carácter del ius cogens de tornar nula cualquier disposición, tratado, convención, costumbre contraria a este, lo que 200 años después se estableció en la Convención de Viena. Es de observar también que Vattel vincula a todas las naciones, sin necesidad que ellas convengan por medio de un tratado para someterse a esta “ley natural” inscrita en la “conciencia de las naciones”. Como todo buen ius naturalista, Vattel no fija ni enumera las normas de Derecho Natural, dejando su determinación a las “leyes de la conciencia”.

En la Carta de San Francisco<sup>40</sup> en el artículo 103 señala que las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas prevalecen sobre todas las obligaciones de cualquier otro instrumento internacional. Aunque no determina que las obligaciones contrarias a la Carta de la ONU surten efectos de nulidad, esto ha dado lugar a ciertas teorías sobre si las obligaciones de este instrumento internacional pudieran ser consideradas como normas ius cogens.

Ciertas teorías apuntan a no reconocer que un tratado pueda ser fuente de normas imperativas debido a que un tratado solo vincula a las partes que participaron en su creación y en última instancia, un tratado internacional podrá reconocer una norma ius cogens preexistente al acuerdo, mas, no podrá crearla<sup>41</sup>.

Encontramos también la prevalencia de principios universales sobre cualquier sistema jurídico de toda nación en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia

---

<sup>39</sup> Vattel, Droit des gens, París, 1863, pars. 7-9. En Gomez Robledo, op. cit. p.13

<sup>40</sup> Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945.

<sup>41</sup> Kamrul Hossain, JUS COGENS AND OBLIGATIONS UNDER THE U.N. CHARTER, SANTA CLARA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 3 [2005], p.86

respecto a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen del Genocidio: se afirma categóricamente que los principios que sirven de base a la convención, son principios reconocidos por todas las naciones civilizadas, “aún fuera de todo vínculo convencional”, “el carácter universal de la condenación del genocidio y de la cooperación necesaria para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso” y se la declara “ como una Convención de alcance claramente universal”. Esto es pues, una declaración de un tipo de norma con-natural a todos los países, sean o no partes de aquella convención, como una ley universal de las naciones. “los Estados contratantes no tienen intereses propios; tienden solamente todos y cada uno, un interés común: el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención<sup>42</sup>”

Se muestra un criterio para identificar una norma ius cogens, el hecho de que no trata de temas particulares de los Estados, sino de asuntos de interés común de la comunidad internacional que superan sus intereses individuales y trascienden a una causa que compromete a la comunidad de estados en su conjunto.

## 2. Teoría del Ius Cogens:

Miaja de la Muela advierte la confusión que existe comúnmente entre los doctrinarios de Derecho Internacional sobre la norma de ius cogens y las normas no susceptibles de derogación. Oportunamente, Gómez Robledo advierte que en la traducción al español del cuerpo legal del artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, se diferencia de las traducciones al inglés y al francés al momento de fijar como significado de la norma imperativa de Derecho Internacional a una norma “que no admite acuerdo en contrario”, a diferencia del cuerpo francés e inglés que establecen como normas no susceptibles de “*dérogation/derogation*”. El maestro Miaja de la Muela señala que si bien el principio *Eius est tollere, cuius est condere*<sup>43</sup> es real debido

---

<sup>42</sup> CIJ, *Recueil*, 1951, p. 23 en Gómez Robledo, op.cit. p.16

<sup>43</sup> Quien tiene el poder de hacer leyes también lo tiene para deshacerlas

a que toda norma creada de manera tácita o expresa por la comunidad internacional puede ser derogada en virtud de la misma autoridad con que se creó<sup>44</sup>.

La esencia del *ius cogens* no es su inderogabilidad, sino en la imposibilidad de que los sujetos de la norma se sustraigan en ningún caso a su aplicación. Por último concluye, con respecto al artículo 53 de la Convención de Viena, que el hecho de que las normas *ius cogens* no son susceptibles de derogación y que “no aceptan acuerdo en contrario” son equivalentes<sup>45</sup>

Examinando el cuerpo legal de la Convención de Viena podemos apuntar el sentido del concepto de norma de Derecho Internacional General.

El concepto de **general** destina a la norma *ius cogens* a ser una norma que abarque al conjunto de Estados de la comunidad internacional y no restringirse a una zona regional o continental. Entonces, según el espíritu de la Convención de Viena, la norma *ius cogens* se enmarca en su generalidad. No puede existir una norma imperativa de Derecho Internacional Regional que sea de igual valor o incluso superior a una norma imperativa de Derecho Internacional General. El *Ius Cogens* se ha ido formando a través de la evolución de la historia de la Humanidad por la búsqueda de un sentido común, un *genus proximum* de valores humanos que sean compartidos por todas las civilizaciones, los puntos básicos en común que tiene la humanidad en general.

## **2.1. La costumbre internacional como fuente de normas *ius cogens***

La costumbre, establecida en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia como fuente del Derecho Internacional positivo, es según Gómez Robledo como la fuente absolutamente indiscutible de Derecho Internacional General. La

---

<sup>44</sup> MUELA, Miaja de la. *Ius cogens y ius dispositivum en Derecho Internacional Público. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela. p. 1127. En Gómez Robledo, op. cit. P.75

<sup>45</sup> Id. P. 77

costumbre obliga no solo a los Estados que la originaron sino también a los nuevos Estados que se incorporan a la comunidad internacional, es por tal razón que la misma, cuando es aceptada por la comunidad internacional de estados en su conjunto, tiene un carácter imperativo. Los Estados no pueden eximirse del imperio de la costumbre, a no ser que declaren, a la manera del *objeto persistente*, expresa e inequívocamente su voluntad de desacuerdo con una costumbre *in fieri* y preferiblemente *in statu nascendi*, pero imposible que lo haga una vez formada y establecida como norma consuetudinaria<sup>46</sup>.

En el caso las Pesqueras Anglo- Noruegas, el estado de Noruega declaró la posibilidad que tiene cualquier Estado de sustraerse de una costumbre en proceso de formación “si de manera expresa o por una actitud consistente e inequívoca, ha manifestado su voluntad de no someterse a una norma cuando todavía no ha asumido el carácter de norma obligatoria con respecto a dicho Estado, este último quedará fuera de su campo de aplicación<sup>47</sup>”

Tal es el criterio con respecto a la imperatividad de las costumbres preexistentes o las que están por nacer. Los Estados pueden manifestar su desacuerdo con ellas y de manera que quedan separados de la vinculación jurídica que éstas tienen. Lo cual, considerando la facultad que tienen los estados de denunciar en cualquier momento un tratado, o alegar causas de nulidad del mismo, la costumbre adquiere una **estabilidad** mayor que la de los tratados, pudiendo estimar un valor de mayor jerarquía a las normas consuetudinarias.

Así, traemos a este tema lo que sostuvimos en capítulos pasados sobre la afirmación del jesuita Francisco Suárez al referirse del origen de las normas del Derecho de Gentes, las cuales no se refiere sino a las leyes imperativas internacionales, las mismas que Vitoria expresa que tienen fuerza de ley y no solamente tendrán efectos vinculantes entre las partes que concurrieron a su formación (“pacto o convención”) sino como ley; en cierto sentido, como ocurre en el orden interno de los estados.

---

<sup>46</sup> Id, p.79

<sup>47</sup> ICJ, *Fisheries case, Publications of the pleadings*, vol. I, pp. 382 y 383 en: Id, p.80

Un carácter esencial de la formación de la costumbre internacional (*consuetudo*) es su flexibilidad, que trae consigo su carácter evolutivo y de constante cambio a través del tiempo (*desuetudo*). Los nuevos estados que surgieron a partir de la segunda guerra mundial, sostenían una hostilidad hacia el Derecho Internacional previo a su nacimiento como estado, puesto que este era un orden que aceptaba las formas del colonialismo y la esclavitud, precisamente en virtud de tales circunstancias se demuestra la secuencial evolución de la costumbre general que aconteció posteriormente en el periodo de la aparición de las Naciones Unidas<sup>48</sup>.

### 2.1.1. El Objeto Persistente.

El **objeto persistente** es un estado, o grupo de estados, que de forma consistente e inequívoca expresa su voluntad para desligarse de una norma consuetudinaria, Becerra Ramírez estudia los problemas teóricos de la costumbre internacional y se refiere el presente tema<sup>49</sup>. Buscando un límite de la teoría del *objeto persistente*, presenta la cuestión acerca del cambio de costumbre, debido a que “cuando un número sustancial de sujetos se apartan de la practica general y esta es acompañada por la aquiescencia, entonces nacerá una nueva regla de derecho.”

Se cuestiona sobre si la práctica contraria y reiterada de una norma consuetudinaria por parte un grupo de estados constituye una violación, o bien, el nacimiento de una nueva costumbre. En tal caso ¿las reiteradas y regulares violaciones, por parte de ciertos estados, a los principios de no intervención o de la prohibición del uso de la fuerza constituiría una derogación de estas normas consuetudinarias? O peor aún ¿configurarían una nueva norma de Derecho Internacional basado en la violación de estos principios? En cierto modo es posible y de otro modo no lo es.

---

<sup>48</sup> Id, p.81

<sup>49</sup> BECERRA RAMÍREZ, Notas sobre Problemas Teóricos de la Costumbre Internacional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. pág 185

Según el profesor Daniel Bodansky, cuando nos presenta su “**sistema del mito**”<sup>50</sup> (myth system) aclara que los modos de probar costumbre internacional a través de los pronunciamientos, declaraciones y acuerdos que un estado ratifique, dan cabida a la aparición de una norma consuetudinaria que tiene como base los actos verbales de los estados y donde el actor principal para poder determinar si existe costumbre internacional es el tratado al ser una guía de gran autoridad para interpretar la practica estatal, mas no toma en cuenta la practica *en sí* de los estados.

Para probar costumbre es necesario el elemento material así como el elemento espiritual (opinio juris), siguiendo esta línea, Bodansky expone el tradicional principio de la prohibición de causar daños ambientales transfronterizos, examina que en caso de realizarse una observación empírica basado meramente en la práctica estatal con el fin de comprobar si la prohibición de causar daños ambientales es una norma consuetudinaria o no, se llegaría a una conclusión inversa puesto que en la realidad los daños transfronterizos son mas una regla que una excepción de la actividad de los estados y por lo tanto el principio de la prohibición de este tipo de daños es “consuetudinariamente violado” por la practica estatal.

Un estado signatario de instrumentos internacionales, tales como declaraciones y tratados, que prohíban y condenen la práctica de violaciones de ciertas normas consuetudinarias de Derecho Internacional (o que se haya pronunciado en contra de violaciones de estas normas), pero que, al mismo tiempo, este estado, cometa reiteradamente violaciones a la norma internacional y precisamente a aquellas normas consuetudinarias que se comprometió a respetar (o se pronunció condenando los actos que atentan contra estas), se podrá de igual forma, demostrar su convicción de estar en desacuerdo con dichos actos y de tal manera no dar lugar a la aparición de una nueva norma de Derecho Consuetudinario por faltarle el elemento espiritual (opinio

---

<sup>50</sup> BODANSKY, Daniel M., "Customary (and Not So Customary) International Environmental Law" (1995). Scholarly Works.Paper 514. En World Wide Web [http://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/514.10-1-1995](http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/514.10-1-1995)

juris) que es la convicción del estado en tener la conciencia jurídica de obligarse a un acto.

De tal manera, en las actuales circunstancias, de todos los estados que incumplen regularmente las obligaciones emanadas de normas imperativas *ius cogens*, muy pocos de ellos se atreverían a declarar públicamente su oposición a estas normas, debido a que son principios rectores que buscan instaurar la paz y el orden en la comunidad internacional y sobre todo, porque la mayoría de estados han sido *signatarios* de tratados internacionales de carácter multilateral general que establecen disposiciones de carácter *ius cogens*, como lo es la Carta de la ONU.

Viéndolo de esa forma Elizabeth Zoller nos dice:

**“No es posible que una nueva norma de Derecho Consuetudinario pueda surgir de la base de una violación de Derecho Internacional<sup>51</sup>”**

Zoller considera que el surgimiento de las nuevas normas consuetudinarias están dirigidas a normar las áreas que el Derecho Internacional no ha normado jurídicamente, o sea, son creadas a partir de vacíos legales, más, no de violaciones a la costumbre internacional, como tal vez lo podrá ser la protección ambiental como una norma *ius cogens* superviniente.

Muy aparte de lo mencionado, es preciso tener en claro que la normatividad consuetudinaria es dinámica, una costumbre actual puede no serlo en el futuro.

Tunkin escribe en cambio que las violaciones del Derecho Internacional pueden llegar a ser una norma de este:

**“ha ocurrido en la historia; en el futuro una violación de Derecho Internacional puede ser aceptada como una regla, pero al momento es una violación<sup>52</sup>”**.

---

<sup>51</sup> D'AMATO, Anthony. *International Law Sources*, p. 154. En Becerra Ramirez, *op.cit.* p.185

Un ejemplo del comentario de Tunkin lo podemos ver en el reaparecimiento de la esclavitud en Europa. Mientras que en la Edad Media, esta institución había desaparecido de la Europa cristiana y se encontraba proscrita de las costumbres del continente, volvió a aparecer con la llegada de las tendencias de fascinación por las antiguas costumbres griegas y romanas durante el Renacimiento a pesar de las distintas condenas eclesiásticas que tuvo hasta su total abolición en el siglo XIX<sup>53</sup>.

Es intrínseco de la normativa consuetudinaria, su dinamismo y evolución y también en las normas *ius cogens* como mas adelante presentaremos.

Sin embargo, la objeción persistente tendrá sus límites; en el caso de Sudáfrica cuando se mostraba objetor de considerar al apartheid como un delito internacional de carácter consuetudinario. Esta objeción no podía surtir efectos para la comunidad internacional ni para sus instituciones, porque ya no se estaba hablando de una costumbre internacional simple sino ya de una norma imperativa de Derecho Internacional que es el respeto de los derechos humanos.

Dependiendo de la reacción de la opinión pública, una violación al Derecho Internacional se podrá convertir en una futura norma; si se condena el acto se estará en contra de la abrogación o derogación de la norma consuetudinaria violada pero si existe una *pasividad* por parte de los estados ante la violación se estaría en proceso de cambio de costumbre, razón por la cual cobran gran valor los pronunciamientos de un estado que condenan ciertos actos en el ámbito internacional<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> D'AMATO, International Law Sources, p. 151, en Becerra Ramírez, *op.cit.* p.185

<sup>53</sup> Paulo III en 1537 condenaba con excomunión para quienes esclavizasen a los indios de América (Denzinger, 1945). Breve de Gregorio XVI estimulando a los obispos del mundo para acabar con la esclavitud en Acta Gregorii Papae XVI ed. Bernasconi, S.C. de Propaganda Fide, Typographia Polyglotta Vaticanae, sobre Pio IX contra la esclavitud en Brasil: Roma vol.2, pp. 387-388, Pii IX Pont. Max. Acta, Part i, pp.645. Extraído de CORREA DE OLIVEIRA, Plinio. Nobleza y Élités Tradicionales, , Editorial Fernando El Santo, Vol. II, Apéndice VI, Cap. III, núm. 4, p.189

<sup>54</sup> Becerra Ramirez, *op.cit.* p.186

## 2.2. Tratados internacionales como fuente controvertida de normas ius cogens.

Es conocido, según la opinión de Krystyna Marek, que los “riesgos de la voluntad”, característicos del Derecho Convencional al, no están tan presentes en el Derecho Consuetudinario. Un tratado vincula específicamente a las partes signatarias, mientras que la costumbre vincula a los estados que la originaron y aún a los que no formaron parte de su creación (como el caso de los nuevos estados). Las reservas en un instrumento multilateral constituyen la debilidad en el objetivo de la convención, mientras que aquello es imposible en la consuetudo. Peor aún, la *denuncia* unilateralmente ejercida por un estado signatario, es un peligro latente para la convención, cosa impensable en la costumbre. Según la conclusión de la autora, el Derecho Consuetudinario se adhiere más a la infraestructura que gobierna, es decir, corresponde mejor a las necesidades genuinas de la comunidad internacional.

Consecuentemente, el tratado no puede ser fuente del ius cogens, por el simple hecho que el grado de vinculación que la norma imperativa de Derecho Internacional general no depende de una convención en la que cualquier parte puede sustraerse de su obligación con aquel por medio de la denuncia del mismo o concurrir a cualquier artificio para alegar la nulidad<sup>55</sup>.

Para otro autor, el argentino Julio Barberis, piensa que a través del Derecho Convencional no se puede crear una norma ius cogens, a menos que exista un tratado en donde todos los países del mundo sean signatarios y que este sea de universal observación con normas imperativas y dispositivas, llamándolo así Ius Cogens Convencional<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> MAREK, Krystyna, “Thought on codification” , *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Rech und VR*, vol. 3, 1971, p. 497. En: Gomez Robledo, op.cit. p.81-82

<sup>56</sup> BARBERIS, Julio. La liberté de traiter des Etats et le ius cogens. 18, 1970. p.44. En Gomez Robledo. Op.cit. p. 82.

Actualmente, un tratado de esas características sería la Carta de las Naciones Unidas en donde todos los estados que existen, a excepción de algunos como la Santa Sede, han sido signatarios de tal acuerdo.

En la Carta yacen varios preceptos de carácter *Ius Cogens* como la igualdad soberana de los Estados, la libre determinación de los pueblos, la prohibición de la amenaza, etc. En cuanto a la Igualdad Soberana de los pueblos, lo que hizo la Carta de las Naciones Unidas fue ratificar en escrito un valor común y fundamental de la comunidad internacional. A diferencia de otros principios como la prohibición del uso de la fuerza, o la libre determinación de los pueblos, en donde gracias al mencionado tratado, lograron adquirir una aceptación general que anteriormente nunca obtuvieron. En particular, la proscripción del uso de la fuerza, fue algo totalmente creado de la nada, en contraste con otros principios, por parte de la ONU. Previamente en el Pacto de la Sociedad de Naciones se estipulaban ciertas reglas procesales, observancia de ciertos plazos encaminados a la solución pacífica de los conflictos, pero en total se mantenía una plena libertad de acción para iniciar una guerra<sup>57</sup>.

Fue en la instauración del Consejo de Seguridad donde se monopolizó el uso de la fuerza y la facultad de la legítima defensa quedó condicionada como respuesta a un ataque armado. Concluyendo con este esbozo histórico de la codificación de ciertas normas de carácter *Ius Cogens*, se indica claramente en la Carta, la posibilidad de crear convencionalmente normas de carácter *Ius Cogens*.

Previamente vimos la postura del jurista soviético Tunkin, defendiendo al tratado internacional como fuente de las normas imperativas donde quedaría establecido en una convención el reconocimiento de una norma de este tipo; también la vemos en la propuesta del delegado británico como forma de identificación del *Ius Cogens* a través de sucesivos protocolos adicionales a la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, es decir, mediante acuerdos multilaterales de carácter general.

---

<sup>57</sup> Gomez Robledo. Op. cit. P.83

El jurista español Federico de Castro mostró su inconformidad con la propuesta de la delegación británica exponiendo que la existencia de las normas imperativas de Derecho Internacional General no depende de un tratado internacional<sup>58</sup>.

### **2.3. Principios generales del Derecho como fuente del ius cogens**

Hay cierta tendencia de considerar a los Principios Generales del Derecho como una fuente de carácter inferior, o mas bien, como Christos Rosakis, niegan la posibilidad de que estos principios puedan constituir fuente de Derecho Internacional General, aduciendo que el artículo 53 de la Convención de Viena señala expresamente el término de “normas” como configuradoras de Ius Cogens, y afirma sobre los principios: “Un principio general de derecho, por definición, no es una norma. Es una declaración general que ha podido inducirse de un conjunto de normas jurídicas o que puede dar lugar a ellas; pero no es en sí mismo una norma en el sentido de que no tiene carácter jurídicamente obligatorio<sup>59</sup>”.

En pronunciamientos de la misma Corte Internacional de Justicia y análogamente en el Derecho Interno podemos encontrar la utilización de principios como fuentes de Derecho, y aún más, como normas de aplicación directa.

Gómez Robledo opina que los Principios Generales del Derecho son, desde el punto de vista del legislador, una norma supletoria para complementar el vacío legal existente en el sistema jurídico del cual el juez podrá basarse en él para suplir una norma en caso de falta de ley expresa.

El jurista **Julio Barberis**<sup>60</sup> ofrece una lista de los sentidos diversos que son destinados al término “principio”:

---

<sup>58</sup> Id. p.154-155

<sup>59</sup> ROSAKIS, Christos, The concept of ius cogens in the law of treaties, Amsterdam: North-Holland, 1976 p. 58. En Gomez Robledo, op. cit p.86

<sup>60</sup> BARBERIS, Julio, Los Principios Generales De Derecho Como Fuente Del Derecho Internacional, Revista IIDH, Vol.14, 1991, p.23-24

- "características principales de un orden jurídico"
- propósito o fin de la ley
- axioma, postulado evidente p.e. "nulla poena sine lege".
- máxima o proverbio jurídico.
- Generalizaciones obtenidas a partir de las reglas un sistema jurídico
- Para designar pautas a las que se atribuye un contenido manifiestamente justo.
- Para referirse a disposiciones constitucionales que tienen solo un valor programático, no operativo.
- Normas supletorias.

Con esto también precisamos que la norma y el principio son efectivamente diferenciables. El principio es un postulado ideal que tiene como finalidad encarnarse en una norma concreta. Un claro ejemplo es el principio de igualdad soberana entre los pueblos, que a pesar de estar inscrito en un tratado multilateral general como es la Carta de la ONU, no es una realidad visible.

Por el contrario, otros autores clasifican a los principios generales del derecho como las fuentes por excelencia del Derecho Internacional.

**Rolando Quadri** expone de la siguiente manera:

“Los principios o normas primarias tienen naturalmente una fuerza superior a la de todas las otras normas, con inclusión de los tratados y la costumbre... Si el acuerdo y la costumbre constituyen procedimientos de producción jurídica internacional, es debido exclusivamente a que dos principios, el principio *pacta sunt servanda* y el principio *consuetudo est servanda*<sup>61</sup>, prevén tales procedimientos como idóneos para crear derecho. Trátase, por tanto, de normas de segundo grado, subordinadas a los principios de que derivan su fuerza obligatoria, y no deben estar en contradicción con aquéllos. Una norma consuetudinaria o convencional que se encuentra en contradicción con un principio, debe tenerse por nula, ya que no tiene ninguna

---

<sup>61</sup> La costumbre obliga

autonomía propia. Pero si esto es verdad, nada impide que pueda hablarse de un Orden Público internacional, o sea de un conjunto de normas inderogables (ius cogens), las cuales invalidan toda norma contraria, ya sea de origen consuetudinario o de origen convencional<sup>62</sup>.

Si consideramos el fundamento que el ius cogens tiene como fin, el ser la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, podríamos clasificar a los principios generales del derecho como fuentes por excelencia de las normas imperativas de Derecho Internacional General.

#### **2.4. Análisis de los elementos del concepto de ius cogens en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados en los artículos 53, 64, 71 y 44.**

El cuerpo legal reza de la siguiente manera:

*“Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.”*

Los vocablos “**aceptada y reconocida**” son originarios de la anteriormente mencionada intervención del triunviro Finlandia, Grecia y España, que al intervenir a favor del término ius cogens, se instituyó en el cuerpo legal estos vocablos que denotan el *dobles consentimiento* presente en la incorporación del ius cogens al sistema jurídico del orden internacional. Primero la aceptación de tal norma de Derecho Internacional General y segundo el reconocimiento de tal norma como imperativa y que no admita acuerdo en contrario. Según explicó el presidente del Comité de Redacción, el doble término fue determinado para enfatizar el fundamento consensual donde se

---

<sup>62</sup> Quadri, Rolando, *Diritto internazionale pubblico*, 5a. ed., 1973, p. 109, en Gómez Robledo, *op.cit.* p.88

desarrollaron las normas imperativas. Los dos términos “aceptación” y “reconocimiento” yacen en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia, el primero en relación a la Costumbre y con respecto al segundo en referencia a las convenciones internacionales y a los principios generales del Derecho<sup>63</sup>.

Los vocablos “**en su conjunto**” denotan la aceptación y reconocimiento de la mayoría, la generalidad de estados que conforman la comunidad internacional. Acorde a los comentarios de Yassen<sup>64</sup> (presidente del Comité de Redacción) tales vocablos son establecidos para designar que la vigencia de las normas imperativas dependen de la aceptación de la mayoría de estados, mas no, de la totalidad de los mismos y que por lo cual, ninguna minoría de estados tendría el derecho a vetar tales normas ius cogens.

Una cuestión realmente problemática es ¿Qué sucederá con los Estados que no han expresado la aceptación ni el reconocimiento de las normas ius cogens, y más aún, los estados que se han pronunciado contra la adopción de tales normas?

La cuestión es si estos Estados han de estar compelidos a acatar estas normas, así, si en el primer caso, se podría creer que similar a la costumbre, en donde el no pronunciamiento de un estado con respecto a una costumbre in fieri da paso a identificar su consentimiento pleno y por lo tanto su vinculación con la misma, o en el segundo caso, en el cual al manifestar su no consentimiento con una costumbre naciente, se desvincula de esta. No es el caso aplicable para el ius cogens.

Consciente de esta cuestión, la delegación francesa propuso agregar el siguiente párrafo: “Esta norma, sin embargo, no puede oponerse a un Estado que no la ha aceptado expresamente como tal (norma imperativa)”. Con la finalidad de que el ius cogens descansa sobre una base netamente consensual y no se imponga a ningún

---

<sup>63</sup> Gomez Robledo, op.cit, p.90

<sup>64</sup> Id., p.91

estado que no haya sido signatario del instrumento que lo reconozca y acepte. Posteriormente la delegación francesa renunció a su propuesta<sup>65</sup>.

Frente a estas verdades consustanciales con el género humano considero que las normas imperativas de Derecho Internacional General son de obligatorio cumplimiento para toda la comunidad internacional, así exista una minoría de estados que no hayan aceptado o reconocido tales normas o incluso, son imperativas para los estados que las hayan negado expresamente.

Por lo tanto: **no hay analogía con el caso del Derecho Consuetudinario Internacional en el cual, el medio que aplican los estados para sustraerse de las obligaciones es el de manifestar su negativa ante una norma in statu nascendi** (en estado de nacimiento).

En el ius cogens existe la vinculación para todo el Orden Jurídico Humano, y - recordando a Vittoria- las disposiciones que el “totus orbi” (todo el orbe de la tierra) expide, tienen fuerza de Ley, al ser esto un asunto no sólo del interés particular de los Estados, sino del interés común de la Humanidad. Actualmente, que un grupo de estados puedan ejercer un derecho al genocidio, la piratería o la esclavitud por el hecho no de haber aceptado y reconocido la prohibición internacional de los mismos, es un absurdo.

También se puede afirmar un escenario adverso al Derecho con respecto al apareamiento de normas imperativas. Si se consideran los hechos señalados como crímenes internacionales, siendo ante los ojos de la Humanidad injustos e inicuos, y por tal, deberá de ejercerse sobre ellos una prohibición universal, no se excluye la posibilidad de la aparición de normas imperativas que protejan, de manera novedosa, ciertos bienes y derechos que no tengan la misma preponderancia axiológica,( y en consecuencia no posean la misma universalidad de aceptación), a diferencia de los

---

<sup>65</sup> DELAU, Oliver. Les positions francaises a la Conference de Vienne sur le droit des traites. AFDI, 1961, p.17. En Gomez Robledo, op. cit. P. 92

crímenes antes enunciados que gozan de un reconocimiento y condenación como tales debido a que vulneran valores compartidos como los Derechos Humanos, la Paz y Seguridad (genocidio, esclavitud, piratería) y por tal razón, ciertos estados tiendan a sustraerse de reconocer de tales normas.

Un ejemplo de estos posibles casos sería el aparecimiento de una nueva norma *ius cogens* que no tenga la misma relevancia y valoración en contraste a otros valores de mayor jerarquía para los grupos humanos arraigados a sus regiones culturales y formas de civilización, evidenciándose este conflicto en la controversia entre la **identidad cultural** y el laicismo.

Formulando una remota (pero no por eso imposible) hipótesis de un polémico *ius cogens superveniens*, supongamos el aparecimiento de una norma *ius cogens* que consista en proscribir los símbolos religiosos de las aéreas públicas. Posibilidad que se hace patente -como un prelude del hipotético escenario presentado- en el continente europeo, donde este tipo de prohibición la encontramos motivada por una concepción radical del laicismo, alegando que la exposición de los símbolos religiosos es un acto discriminatorio contra las minorías que profesan otras creencias, e infiriéndose de esto que, en un lugar público como una escuela del estado no debería existir lugar alguno para signos distintivos de una religión específica., como ejemplos históricos se tiene la orden que dio la Corte Europea de Estrasburgo a Italia obligando a ejercer la prohibición de exposición de cruces cristianas en colegios públicos, caso muy similar a las disposiciones de la ley francesa sobre laicidad que prohíbe a los alumnos toda manifestación de distinciones de identidad religiosa; además, estuvo también la tentativa del gobierno socialista de Grecia de considerar a la Cruz de su bandera como un signo discriminatorio, y en consecuencia, removerla.

Estas medidas han provocado un gran rechazo en los sectores de la sociedad civil, pero a pesar de esto, se mantienen vigentes.

Finalizando con la exposición de este escenario, cabe la pregunta ¿afectaría de manera **grave** a la comunidad internacional que un grupo de estados no se adhiera a la aceptación y reconocimiento de tal tipo de normas ius cogens que prohíben las manifestaciones públicas de los tradicionales símbolos religiosos de sus sociedades humanas?

¿Es lícito obligar a los estados a cumplir con esta clase de novedosas prohibiciones de la misma manera y con la misma fuerza con que la comunidad internacional obliga a sus miembros al cumplimiento de las normas que prohíben los crímenes del genocidio, la piratería y esclavitud?

Estos valores contrastados no son equiparables, debido a que el concepto del laicismo fue propio de una tendencia regional: la corriente iluminista manifestada en el Occidente moderno. La internacionalización del laicismo fue operado desde las naciones occidentales hacia los estados de Oriente y de la periferia. Por lo tanto, la tendencia contrastada no comparte un valor de aceptación universal, y en consecuencia, su implementación en las sociedades humanas causará conflictos y disturbios para la paz y seguridad internacional. Como se pudo observar a fines del siglo XIX y a principios del siglo XX en los países latinoamericanos, en especial en Ecuador (guerra civil) y México (Cristeros) donde se vivieron guerras civiles en contra de las legislaciones laicistas que limitaron el derecho a la libertad y expresión religiosa. Además se debe observar la reacción de los pueblos de medio oriente ante las tentativas de implementación de estas normas.

## 2.5. El ius cogens superveniens

El artículo 53 de la Convención de Viena indica la condición esencial para la “derogación” de una norma imperativa de Derecho Internacional General, es el surgimiento de una norma ulterior del mismo carácter. No se refiere a ninguna fuente en específico para servir como originador del ius cogens, no obstante, la Comisión de Derecho Internacional hace mención a que esta nueva norma, el ius cogens superveniens, probablemente deba en el futuro estar establecida en un tratado multilateral general<sup>66</sup>.

Abordando el tema de la Intertemporalidad del ius cogens y sus efectos retroactivos, observamos que el artículo 64 nos abre la puerta para un análisis a futuro de este tipo de disposición de Orden Público Internacional. Si no fuera por este artículo que abre la posibilidad al carácter dinámico del ius, el orden jurídico mundial estuviera sentenciado a un proceso de vigorización y toda norma que no estuviera en contradicción con las “inmortalizadas” normas ius cogens adquirieran cada vez el carácter de estatismo y hasta llegar a una petrificación.

Similarmente podemos ver este asunto en la teoría de los Derechos Adquiridos que durante algún tiempo se la interpretó a favor de congelar para siempre un cierto orden establecido sin que éste pueda ser modificado por las nuevas leyes.

Como si nos pudiéramos imaginar un mundo donde aún se practiquen actividades de venta de esclavos con excusa de “derechos adquiridos” o intervencionismos estatales

---

<sup>66</sup> Gomez Robledo, op.cit., p.94

que serían el resultado de la tendencia a petrificar un orden jurídico positivo negando una característica esencial de éste, su dinamismo, por estar condicionado al movimiento de la existencia humana.

Con la novedosa codificación del *ius cogens superveniens*, se posibilita el cambio según el dinamismo de las circunstancias mundiales, respetándose el principio de la irretroactividad, respetando los actos que fueron válidos en su tiempo pero al mismo tiempo permitiendo a la ley nueva actuar desde el momento de su promulgación.

La explicación de Marcel Planiol sobre aquello es la siguiente:

**“La extensión, la naturaleza, el modo de ejercerse de nuestros derechos y de nuestras obligaciones, pueden en todo momento ser modificados por una nueva ley... La doctrina de los derechos adquiridos no tiene nada que hacer aquí, puesto que la ley nueva, por regla general, regirá para los efectos futuros de derechos y de situaciones adquiridos o adquiridas bajo la ley precedente... El legislador, en efecto, no nos garantiza de ningún modo el ejercicio indefinido para el porvenir de nuestros derechos actuales; estos derechos no existen y no permanecen sino mientras está en vigor la ley que los rige y los autoriza, por lo que deben sufrir el efecto de todo cambio de legislación”<sup>67</sup>.**

Una materialización concreta de la aplicación del derecho intertemporal se encuentra en el laudo del juez **Huber** en el caso de la Isla de las Palmas donde se dice:

**“En cuanto a la cuestión de saber el sistema jurídico que habrá de aplicarse en un caso particular cuando se dan varios sistemas en épocas sucesivas —el derecho llamado intertemporal—, hay que distinguir entre la creación de derechos y la existencia de derechos. El mismo principio que sujeta el acto creador de un derecho al derecho, en tanto que conjunto de normas jurídicas en vigor en el**

---

<sup>67</sup> Planiol-Ripert. *Traté élémentaire de droit civil*. París, 1928, vol. I, p. 102. En Gomez Robledo, *op.cit* p.114

**momento en que nace el derecho, exige que la existencia de este derecho, o en otros términos su manifestación continua, se ajuste a las condiciones exigidas por la evolución del derecho en tanto que conjunto de normas jurídicas<sup>68</sup> .”**

Estas nociones expresadas son así trasladadas al campo de los tratados internacionales en sus aplicaciones con una eventual aparición de una nueva norma ius cogens según lo expresado en el artículo 64 de la Convención de Viena. En la continua evolución del Derecho Internacional, según las necesidades de la comunidad internacional, se ven afectados todos los dominios del Derecho Internacional, sus instituciones, sus normas y los actos válidos realizados en su tiempo estarán sometidos a las condiciones que las nuevas normas impongan para su existencia.

En el caso del Canal de la Mancha (Reino Unido v. Francia, 1953), la Corte declaró caducados los derechos que Francia había adquirido en Edad Media sobre ciertos territorios y decretó lo siguiente:

**“Un hecho jurídico debe apreciarse a la luz del derecho que le es contemporáneo... Cuando desaparece el sistema jurídico en virtud del cual el título en cuestión ha sido válidamente creado, este derecho no puede ya mantenerse en el sistema jurídico nuevo, a menos que no se conforme a las condiciones exigidas por este último<sup>69</sup> .”**

En el artículo 71 de la Convención de Viena observamos que se aplica un criterio de retroactividad en lo concerniente a las medidas a tomar por consecuencia de violaciones a una norma ius cogens (expresada en el artículo 53) ya existente al momento de la celebración de un tratado y se establece que los estados deberán “eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición en contradicción con la norma imperativa” (ius cogens) y ajustar sus relaciones acorde a ella.

---

<sup>68</sup> *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845. En Gomez Robledo, op.cit p.115-116

<sup>69</sup> *CJI, Mémoires, Monquiers et Ecréhous*, vol. II, p.375 En Gomez Robledo, op.cit. p. 116

Mientras que las medidas a tomar por efectos de nulidad de tratados en virtud de la aparición de una nueva norma *ius cogens* (art. 64) no se contempla la retroactividad de sus efectos sino que se establece que la conservación de los derechos y obligaciones originados por aquellos tratados que en su tiempo fueron válidos, sin embargo aquellos derechos y obligaciones solo podrán mantenerse si no están en contradicción con la nueva norma *ius cogens*.

Gómez Robledo es de la idea de que se aplica una retroactividad en el primer caso (art. 53) debido a que aquellos tratados se hicieron con mala fe, a sabiendas de contradecir una norma imperativa de Derecho Internacional General, a diferencia de los tratados que quedan nulos en virtud de la aparición de una nueva norma que se realizaron conforme al Derecho Internacional vigente en su época<sup>70</sup>.

El carácter **dinámico** del *ius cogens* es una característica del mismo, implantado positivamente en el art. 64 de la Convención de Viena, por tal son normas jurídicas de carácter positivo y en consecuencia son derogables, por otra norma del mismo rango. En efecto, la naturaleza de tales normas es que sean modificables, pues es la esencia de las normas positivas, el dinamismo. Aunque tal enfoque tiene sus naturales límites en cuanto se trata de una contradicción lógica.

Por ejemplo, si adviene una paradójica norma *ius cogens* contraria al tradicional principio *pacta sunt servanda*, algo así como un "*pacta non servanda*" (lo pactado no obliga), no sería aplicable porque su mismo efecto lo desvirtúa, no se puede cumplir un tratado que estipule la invalidez de la totalidad de los tratados debido a que se invalida a sí mismo. Es difícil pensar en que la comunidad internacional decida derogar aquellos principios que, no solo por mantenerlos de manera *perene* en los distintos órdenes jurídicos a través de la historia, sino por el carácter de **necesidad** que poseen.

---

<sup>70</sup> Gómez Robledo. Op.cit, p.107

## 2.6. Cláusulas divisibles e indivisibles

Existe una diferenciación entre el artículo 53 y el 64 de la Convención sobre la cuestión de las cláusulas divisibles e indivisibles. Los dos artículos que tratan del *ius cogens*, afirman que existe la nulidad de todo tratado en contra de una de estas normas, pero la distinción está en que en el primer caso (artículo 53) la Comisión de Derecho Internacional reservó la indivisibilidad de las cláusulas, es decir, la nulidad del tratado es total y no se pueden excluir ciertas cláusulas, ni siquiera porque éstas no estén en contradicción con la norma imperativa, solo por el hecho de que estén estipuladas en el tratado contraventor se convertirán en nulas.

Mientras que en cuanto al artículo 64, se designó la divisibilidad de las cláusulas, la nulidad se efectuaría solo en las cláusulas que contravengan a la nueva norma imperativa de Derecho Internacional General.

*“Análogamente, aunque la Comisión estimó que el principio de la divisibilidad no es adecuado cuando un tratado es nulo **ab initio** según el artículo 50 (53) a causa de una norma vigente de *ius cogens*, opinión que se aplican otras consideraciones en el caso de un tratado que era totalmente válido en el momento de su celebración, pero que luego, en cuanto a algunas de sus disposiciones, resulta en oposición con una norma de *ius cogens* establecida con posterioridad. La Comisión estimó que, si se juzga que esas disposiciones pueden ser separadas del resto del tratado sin menoscabo de éste, el resto del tratado habrá de ser considerado como todavía válido<sup>71</sup>.”*

---

<sup>71</sup> A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 3, p. 86. En *ibídem*

El artículo que define expresamente sobre la divisibilidad de las cláusulas, no es ni el 53 ni el 64, sino el 44, el capítulo de “Divisibilidad de las disposiciones de un tratado.” Del cual citamos la siguiente parte:

“3. Si la causa se refiere sólo a determinadas cláusulas, no podrá alegarse sino con respecto a esas cláusulas cuando:

- a) dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;
- b) se desprende del tratado, o conste de otro modo, que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte, o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; y
- c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

[...]

5. En los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.”

Entonces, los artículos mencionados están excluidos de la divisibilidad de las cláusulas, y sin embargo, el artículo 64 no lo está debido a las siguientes razones:

La Comisión de Derecho Internacional al comentar los artículos de la Convención de Viena lo expresó en las siguientes palabras:

***“En el párrafo 5 se exceptúa también totalmente del principio de divisibilidad el caso del tratado cuya celebración es incompatible con una norma de ius cogens. Algunos miembros estimaron que no convenía disponer que la totalidad del tratado queda anulada cuando únicamente una parte, incluso pequeña, del tratado sea incompatible con una norma de ius cogens. Sin embargo, la Comisión opinó que las normas de ius cogens tiene un carácter tan fundamental que, cuando las partes celebran un tratado en el que figura una cláusula cualquiera incompatible como una norma de ius cogens ya existente, hay que considerar el tratado como totalmente nulo. En tal caso las propias partes***

***pueden modificar el tratado para ajustarlo al derecho, y, si no lo hacen, el derecho debe imponer la sanción de la nulidad a todo el acuerdo*<sup>72</sup>.**

Gómez Robledo comenta del presente tema:

“En conclusión, y razonando de propia cuenta, lo que a nosotros nos parece es que la solución más lógica, la más ajustada a la técnica jurídica, es la adopción del principio de la divisibilidad, como se hizo en el caso del ius cogens emergente. Si en el caso del artículo 53 se adoptó la solución contraria, fue, a lo que nos parece, por motivos de orden psicológico, para sancionar con la nulidad total el desafío al Orden Público internacional al celebrar, con plena premeditación y conciencia, un tratado contrario, en todo o en parte, a una norma de ius cogens. La respuesta a este desafío es la nulidad total del tratado. En el fondo, es la sanción de la mala fe. Cuando, por el contrario, las partes han obrado de buena fe, como en el caso del ius cogens emergente, se impone, como la solución más justa, el principio de la divisibilidad<sup>73</sup>.”

Considero que esta medida jurídica que se tomó en la Convención de Viena, fue apropiada para que, en primer lugar, se sancione con nulidad absoluta (ex-tunc) a cualquier tratado internacional que al momento de su celebración sea contrario a normas ius cogens. Este efecto dispuesto en la Convención tiene como finalidad sancionar la mala fe de las partes que celebraron un tratado a sabiendas de su oposición con una norma imperativa. Por otro lado, permitir la divisibilidad de las cláusulas de un tratado ya existente al momento de la aparición de una nueva norma ius cogens y que, se encuentre en oposición a la misma, considero que es una medida justa y consecuente con el hecho de que las partes no obraron de mala fe, ergo, no se violó al Derecho Internacional debido a que al momento de la creación del tratado tal norma imperativa no existía. En efecto, la Convención dispuso en su artículo 71 que se

---

<sup>72</sup> A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 8, p. 62. En Gomez Robledo, op.cit, p. 106

<sup>73</sup> Gomez Robledo. Op.cit, p.107

conserven los derechos adquiridos con la condición de que su mantenimiento no se oponga a la nueva norma ius cogens, en contraste con lo que se dispuso para el primer caso (un tratado que al momento de su celebración sea contrario), en donde eliminarán en lo posible todas sus consecuencias.

## 2.7. Nulidad *ex tunc* y *ex nunc*

Entramos ahora al análisis del artículo 64 de la Convención, el mismo que lo citamos para su estudio: “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**”. La discusión de la Comisión de Derecho Internacional se centró en la ubicación de este artículo que contiene la figura del ius cogens superveniens, porque bien podría haber sido ubicado en la sección 2 (Nulidad de los Tratados) -como sí lo está el art.53- pero se decidió colocarlo en la sección 3 (sobre la extinción de los tratados y suspensión de su aplicación)<sup>74</sup>.

La razón principal es la necesidad de distinguir con claridad entre la nulidad *ex tunc* (“desde siempre”) del artículo 53 como efecto de las normas ius cogens y la nulidad *ex nunc* (“desde ahora”) del artículo 64 como efecto de la aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General.

La discusión, centrada entre la conciliación o contrariedad entre los conceptos de nulidad y terminación, era de común observancia el hecho de que los actos nulos sean ab initio (desde su inicio) es decir, ***ex tunc***, la novedad se encuentra en que un acto que sea perfectamente válido de repente deviene nulo y por lo tanto termina, aunque no con la terminación común que es por causas previstas en el tratado.

---

<sup>74</sup> Id, p. 99

La nulidad **ex nunc** opera desde el momento que se la anuncia, no tiene efecto retroactivo alguno, una terminación que resulta de la aparición intempestiva de una nueva norma *ius cogens*. Alfred Verdross propuso que se retiraran las palabras “se convertirá en nulo” para quitar la controversia y cuestionamientos de posibles interpretaciones de la idea *ex tunc*, puesto que es común apreciar la nulidad con sus efectos retroactivos que recaen sobre los derechos adquiridos<sup>75</sup>.

La URSS por su parte emitió un comentario favorable al *ius cogens* superveniens y declaró que muchos tratados serían prácticamente nulos ante la luz de las proclamadas normas imperativas de Derecho Internacional General, y cuestionó especialmente sobre la abolición del colonialismo al declarar ciertas denuncias hechas por Cuba contra los “tratados inicuos” que “le fueron impuestos” por Estados Unidos, afirmó su apoyo ante la lucha del estado cubano contra EEUU, en cuanto a la base de Guantánamo, apeló al restablecimiento del principio de la Soberanía sobre el estado cubano que fue a su opinión relativamente nuevo, y expresó que el artículo sobre el *ius cogens* ayudaría a los pueblos en su lucha legítima contra los tratados desiguales<sup>76</sup>.

En otros términos, se trata de un proyecto contra las desigualdades en el poder de negociación, como sucede análogamente con las normas imperativas de derechos sociales en el orden jurídico estatal.

Citando a otro autor francés, podemos observar cierta inconformidad con esta norma, a Paul Reuter:

“En los debates oficiales (sobre el *ius cogens*) fueron aducidos prudentemente ejemplos inofensivos y que a nadie interesan, la esclavitud por ejemplo; pero descubriendo sus ambiciones, los promotores del *ius cogens* han ido al extremo de prever nuevas normas imperativas (artículo 64). Parece difícil admitir que tales normas no sean absolutamente universales, ya que según el artículo 53, trátase de normas

---

<sup>75</sup> Id p.100

<sup>76</sup> Sexta Comisión, 910 sesión, párs. 24 y 25. En Gomez Robledo. Op.cit. P. 102

aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”; lo cual plantea la cuestión crucial de saber cómo han sido establecidas tales normas. Ningún organismo internacional dispone por el momento de tal poder; la costumbre internacional no se aplicaría a un Estado que se hubiera opuesto a su formación, y en cuanto al mecanismo convencional, sería de todos el menos indicado, dada la norma absoluta según la cual el tratado no produce ningún efecto con respecto a terceros Estados.

**Con todo ello, no hay duda que se está configurando una especie de representación mental según la cual la comunidad internacional está vagamente personificada,** que dispone de un nuevo instrumento llamado, en la jerga internacional, “consensus”, y que con este título podrá legislar, así sea por tratado, con tal que estos tratados vinculen a casi todos los Estados<sup>77</sup>.”

---

<sup>77</sup> Reuter, Paul, La Convention de Vienne sur le droit des traités, Paris, 1970, pp. 20 y 21 en Gomez Robledo, Op.cit. p. 104

## 2.8. Retroactividad e irretroactividad

En los Comentarios a la Convención de Viena de la Comisión de Derecho Internacional se afirmó sobre la retroactividad de los artículos 53 y 64 de la Convención.

*“La segunda cuestión es el carácter irretroactivo de la norma enunciada en el presente artículo. El artículo debe entenderse en conexión con el artículo 61(64) (aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General) y la Comisión opina que no cabe admitir que el presente artículo tenga efectos retroactivos. El artículo se refiere a las hipótesis en que un tratado es nulo en el momento de su celebración por el hecho de que sus disposiciones están en pugna con una norma ya existente de ius cogens. El tratado es totalmente nulo porque su celebración efectiva es incompatible con una norma imperativa de Derecho Internacional General que ningún Estado puede derogar ni siquiera por consentimiento mutuo. Por otra parte, el artículo 61 (64) se ocupa de las hipótesis en que el tratado, válido en el momento de su celebración, se hace nulo y se extingue por el establecimiento ulterior de una norma de ius cogens con la cual son incompatibles sus disposiciones. Las palabras “será nulo y terminará” expresan con toda claridad que la aparición de una nueva norma de ius cogens no tiene efectos retroactivos sobre la validez del tratado. La nulidad se produce únicamente a partir del momento en que se establece la nueva norma de ius cogens<sup>78</sup>.*

---

<sup>78</sup> A/CONF. 39/11, 6, p. 72. En Gomez Robledo. Op.cit, P. 110

Aunque continúa existiendo un gran vacío de certeza sobre la irretroactividad de los tratados concluidos antes de la celebración de la Convención de Viena de 1969, que hayan contravenido alguna norma de ius cogens, debemos advertir que si bien el ius cogens no estaba positivado en un tratado internacional multilateral, como no lo estuvo antes de la Convención, esto no quiere decir que no existía; dependería en tal caso, de probar conforme al Derecho Internacional, qué normas ius cogens estaban vigentes en la época previa a la Convención de Viena.

Ahora, señalando dos hipótesis sobre casos relacionados a la cuestión de irretroactividad de las normas ius cogens, veremos qué tan precisa es la normativa de la Convención de Viena para dar una salida jurídica a estos asuntos:

- a) Un tratado, anterior a la Convención de Viena de 1969, que al momento de su celebración esté en contradicción con una norma ius cogens.
- b) Un tratado, anterior a la misma Convención, que posteriormente a su celebración sea contraria con una nueva norma ius cogens.

El artículo 28 de la Convención de Viena establece respecto de ciertos efectos retroactivos de los tratados:

***“Irretroactividad de los tratados.*** *Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.”*

Antes de seguir con el tema, esbozamos el artículo 4 de la misma Convención que consideramos conveniente señalar respecto a la cuestión de la irretroactividad.

**“4. Irretroactividad de la presente Convención.** Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del Derecho Internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.”

Siguiendo al artículo 28, las “intenciones diferentes”, adversas a la irretroactividad de un tratado (y en este mismo caso el art. 28 se aplica para la Convención de Viena por ser este un tratado multilateral) podemos verlas en las afirmaciones del quinto informe del relator especial de la Comisión de Derecho Internacional, **Humphrey Waldock**:

*“Por supuesto, si la norma contenida en el artículo 37 (53) hubiera de considerarse como una **innovación total** en el Derecho Internacional, el factor tiempo se presentaría con una perspectiva diferente. En esa hipótesis, la aplicación del artículo habría lógicamente de limitarse a los tratados concluidos después de entrar en vigor una convención general sobre el derecho de los tratados en que figurase la norma. El Relator Especial no cree, sin embargo, que la Comisión haya querido proponer en el artículo 37 (53) una norma completamente nueva del derecho de los tratados. En el párrafo 1o. de su comentario, la Comisión “llegó a la conclusión de que en la codificación del derecho de los tratados **debía dar por sentado que existen** ciertas normas y ciertos principios de los cuales los Estados no pueden exceptuarse por arreglos convencionales<sup>79</sup>”.*

El relator reconoció que el *ius cogens* era pre-existente a la Convención de Viena, y que el artículo 53 simplemente codificó una norma consuetudinaria.

El artículo 28 abre la posibilidad de la retroactividad en el caso de que un tratado tenga una intensión adversa a los efectos irretroactivos del mismo. Mientras que el art. 4

---

<sup>79</sup> ACIDI, 1966, vol. II, par. 6, p. 26. En Gomez Robledo, Op.cit., p. 112

simplemente confirma el principio general que el Derecho Convencional al deja incólume al Derecho Consuetudinario a menos que haya derogación expresa.

Aunque, agregando más razones para la posibilidad de ciertos efectos retroactivos del ius cogens, están los antecedentes legislativos de los artículos 53 y 64 que según Ion Diaconu, demuestran la novedad de tales artículos:

*“Para saber si el concepto de ius cogens se aplica a los tratados concluidos antes de la entrada en vigor de la Convención, habría que establecer si los artículos 53 y 64 contienen una nueva norma, aplicable desde el momento de la entrada en vigor de la Convención para las partes interesadas, o una norma que existe antes e independientemente de aquel momento. La práctica internacional y los deberes que tuvieron lugar en las Naciones Unidas y en la Conferencia de Viena, el hecho de que la existencia de normas imperativas está reconocida en el texto de la Convención de codificación del derecho de los tratados, permite, en nuestra opinión, sostener que este concepto ha entrado por la costumbre como norma de Derecho Internacional y que no depende del momento de entrada en vigor de la Convención para uno u otro Estado. Por otra parte, **sería difícil sostener que normas tales como la prohibición de la esclavitud o del genocidio no produjeran efecto como normas imperativas sino después de la entrada en vigor de la Convención de Viena para los diferentes Estados**<sup>80</sup>”.*

---

<sup>80</sup> Gomez Robledo, Op.cit, p. 113

## 2.9. Aplicación del ius cogens.

### 2.9.1. Sanción del ius cogens

La sanción que, por virtud de la Convención de Viena, afecta a los tratados que están en oposición a una norma de ius cogens, es al tenor de los artículos 53 y 64, la nulidad: “ es nulo... se convertirá en nulo” . Ahora bien, la nulidad es, entre las sanciones del acto ilícito, la más radical, toda vez que reduce aquel acto a la nada, a la nada jurídica: *nihil, nullus, nu*<sup>81</sup>.

Hay que hacer énfasis en esta idea de la nulidad, para distinguirlo desde el principio de otro acto igualmente segregado del efecto jurídico, la **inoponibilidad**.

Estamos hablando, por supuesto, del acto inoponible como puede serlo, en Derecho Privado, una compraventa que, aunque celebrada con todas las formalidades legales, y en pleno vigor entre las partes, no podrá oponerse a terceros mientras no se proceda a su inscripción en el registro de la propiedad.

---

<sup>81</sup> Id., p 138

En Derecho Internacional, a su vez, un caso muy claro de inoponibilidad, aunque estatutariamente restringida, es el que, a nuestro parecer, encontramos en el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas:

*1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible*

*2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas.*

En la extinta Sociedad de Naciones, que fue un intento fallido por parte de las potencias mundiales de encontrar un mecanismo artificial para asegurar la paz internacional, encontrábamos que este organismo le quitaba el carácter obligatorio a todo tratado que luego de su conclusión no este registrado debidamente en la Secretaria, a diferencia de la Carta de la ONU que lo reduce a ser inoponible a terceros y restringido a sus organismos<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Id, p. 120

### **2.9.2. Nulidad absoluta y relativa.**

Conociendo el principal efecto del *ius cogens* sobre los tratados contrarios a él, tenemos que profundizar sobre la nulidad para entender la sanción consiguiente contra los tratados violatorios. En los anteriores capítulos hemos mencionado las diferencias entre los tipos de nulidades *ex tunc* y *ex nunc*, materialmente presentes en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena.

Las nulidades se encuentran categorizadas por el jurista argentino Ernesto de la Guardia<sup>83</sup> de la siguiente manera:

Nulidades relativas.

Por vicios formales: arts. 46 y 47.

Por vicios sustanciales: arts. 48, 49 y 50

---

<sup>83</sup> De la Guardia y Delpech. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires 1970. P.387. En Gomez Robledo, *op.cit.* P.125

Nulidades absolutas.

Por vicios sustanciales: arts. 51 y 52.

Por otras causas: arts. 53 y 64<sup>84</sup>

Iniciado con un análisis de estas categorías de nulidades, comenzamos con la del art. 46<sup>85</sup> de la Convención en donde la nulidad relativa proviene por el vicio formal de la falta de competencia del Estado para celebrar tratados por causa de sus disposiciones de derecho interno.

Los artículos 48 y 49 trata de los vicios tradicionales de los contratos, agregándose en el artículo 50 un elemento nuevo para la configuración de la nulidad, la corrupción. En síntesis, error de hecho, dolo y corrupción son causales en donde su invocación es meramente potestativa por la parte presuntamente afectada.

A diferencia de la causal de Violencia contra un representante del estado, ejerciendo una coacción sobre él, el art. 51 establece que “carecerá de todo efecto jurídico”. Lo cual, remitiéndonos al comentario de la redacción de este artículo podemos afirmar que la intención fue la aplicación de la nulidad absoluta:

*“La Comisión estudió la cuestión de si la coacción sobre un representante, a diferencia de la coacción sobre el Estado, ha de hacer que el tratado sea nulo ipso facto, o ha de conferir al Estado el derecho de alegar la coacción para invalidar su consentimiento en el tratado. La Comisión llegó a la conclusión de que la coacción sobre el representante de un Estado con el fin de obtener la celebración de un tratado es un asunto tan grave que el artículo debe disponer la nulidad absoluta del consentimiento obtenido por ese medio<sup>86</sup>.”*

---

<sup>84</sup> ibidem

<sup>85</sup> Art. 46 “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.”

<sup>86</sup> A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 3, p. 70 en Gomez Robledo, op.cit., p. 128

Podemos ver que en efecto, se trata de una norma *ius cogens* activada al momento de calificar la nulidad absoluta de todo tipo de coacción sobre un estado, o un representante de éste. Con lo cual se expresa la conciencia jurídica de la comunidad internacional, al positivarse la inadmisión del uso de la fuerza<sup>87</sup>.

La innovación de la Convención consiste en otorgar la nulidad ante la coacción para suscribirse a un tratado, sea amenaza o fuerza, contra un representante o Estado. Lo establecido en la Carta de la ONU (art. 2.4) designa como acto ilícito al uso de la fuerza, pero no expresamente como un acto nulo.

### **3. Procedimientos para la declaración de nulidad**

Es necesario estudiar el procedimiento a tomar para poder llegar a la declaración de nulidad de un tratado internacional que esté en contradicción con una norma *ius cogens*, pues, los efectos de nulidad en virtud de los artículos 53 y 64, no son automáticos.

Por analogía con el derecho interno, para que tenga efecto la nulidad se requiere de la intermediación un juez y que este la declare como tal, a fin de que nadie pueda hacer justicia por su propia cuenta. En Derecho Internacional no hay un juez específico que dicte la nulidad como si lo hay en el foro interno de los estados, y por tal, la Convención ha proporcionado un mecanismo en cierta medida más complejo para resolver esta cuestión, y en caso de no llegar a acuerdo, la solución compulsoria es la última fase que se podría llegar.

Comprensible es la medida intermedia que tomaron los Estados que participaron en la Convención, posiblemente por iniciativa de los países que eran contrarios a la inclusión del *ius cogens* como tal, y los mismos no estaban dispuestos a suscribir una

---

<sup>87</sup> Gomez Robledo, op.cit, p.134

convención que incluyera la inserción de una nulidad automática bajo la presunta violación de una norma *ius cogens*, por tal razón la convención tuvo que rodear de garantías el pronunciamiento de la nulidad.

Incluso personajes como Kelsen y Lauterpacht denunciaron que muchos estados con la hipótesis de la nulidad automática se iban a sustraer de sus obligaciones cuando ya no les convenía cumplirlas, creando así una alteración grave al orden jurídico internacional.

La Convención claramente se inclinó a la estabilidad en vez que a la destrucción de los tratados, dando más certeza a los estados reacios del ingreso del *ius cogens* internacional, haciendo de cierta forma vigente el principio *in dubio pro legislatore*<sup>88</sup>.

### **3.1. Notificación y Demanda**

Siguiendo con los lineamientos procesales, el artículo 65 prescribe el “Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado”

Al producirse la causal de nulidad, en consecuencia de un tratado contrario a una norma imperativa de Derecho Internacional General, se procede con una notificación de la parte afectada a las demás partes del tratado. Esto tiene lugar entre las partes sin necesidad de recurrir a una instancia supra estatal. En la notificación se incluye la medida a tomar respecto al tratado y las razones en que se funda.

En caso de objeciones a la notificación, se configura *la litis contestatio*, y se incita a llevar el proceso al mecanismo de solución pacífica de las controversias según los medios previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

---

<sup>88</sup> Id, pág.133-134

Cualquiera que sea la naturaleza de la controversia, inicialmente el proceso se realiza entre las partes afectadas, sea casos de nulidad relativa, o incluso absoluta. En caso de esta última, Nicoloudis opina:

*“Las consecuencias que implicaría la trasposición del principio de nulidad erga omnes en materia de demanda de nulidad, pondrían seguramente en grave peligro la seguridad internacional que se vería amenazada de manera permanente por la politización de controversias puramente jurídicas y normalmente rutinarias. Fuera de las partes interesadas, la única entidad que podría presentar en la actualidad una demanda de nulidad, tendría que ser una autoridad independiente de los Estados y que exprese su voluntad común<sup>89</sup>”.*

Es, como afirmamos arriba, la intención clara de la Convención de tomar una medida prudente con fines de mantener la estabilidad del orden jurídico internacional en la cuestión procesal en relación a los efectos de la sanción de nulidad absoluta a un tratado internacional por contravenir una norma ius cogens.

En conclusión la **notificación** deberá contener:

- 1) El motivo o causa.
- 2) La medida a adoptar.
- 3) Las razones que sustenten la pretensión.

Analizamos el primer elemento, la Causa:

En nuestro estudio, nos restringimos a las causas de los artículos 53 y 64 que involucran el conflicto de un tratado, o sus cláusulas, y la correspondiente sanción del ius cogens.

---

<sup>89</sup> Nicoloudis, E. P., *La nullité de ius cogens et le développement... cit.*, p. 165 en ibídem

En razón del segundo elemento, la medida a adoptar:

El artículo 71 de la Convención contempla las “Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General”

Esta disposición contiene las medidas a tomar por parte de los estados que motivan la causa de nulidad. La convención establece claramente que las partes están obligadas a ejecutar estas medidas.

Y finalizando con el último elemento que deberá contener la demanda, la Razón que deberá fundamentarse los motivos de la pretensión.

Existiendo, según el artículo 65, un tiempo de respuesta por parte del estado demandado no inferior a tres meses, que en caso de no objetar lo expuesto por la parte demandante se procederá según los instrumentos del artículo 67.

El tiempo máximo lo fijará la parte demandante, según los comentarios de la Comisión deberá ser un “plazo razonable<sup>90</sup>”.

Si transcurre el referido plazo sin que se registre ninguna objeción por cualquiera de las partes, la parte demandante “podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto”.

Es una segunda notificación que hace de la nulidad un hecho consumado y a continuación se producen las consecuencias de la nulidad según el artículo 71 pudiendo de ser consecuencia de transgresión de una norma *ius cogens* o *ius cogens superveniens*.

---

<sup>90</sup> Gomez Robledo, op.cit., p. 140

### 3.1.1. Tipos de anulaciones

Existen según Nicoloudis, tres vías para llegar, en concordancia con la Convención de Viena, al pronunciamiento de la nulidad de un tratado por estar en conflicto con una norma ius cogens:

- 1) “**La anulación quasi unilateral**: es la forma antes descrita que se ejecuta luego de la segunda notificación posterior a la no objeción de la parte demandada. Se le llama casi unilateral porque es por el silencio de la parte demandada que se procede al pronunciamiento de la nulidad, mas no por la simple voluntad unilateral del estado demandante.
  
- 2) La segunda es la **Anulación Convencional**, siendo ésta originada por la aceptación al procedimiento indicado en el artículo 65 párrafo 3 “Si por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medio indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas”.

La Carta de las Naciones Unidas propone algunas variedades para la solución pacífica de controversias según la vía convencional entre las partes que participan de la controversia.

#### **Art. 33 de la Carta de la ONU:**

*Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.*

Procediendo de esta manera se opera la **anulación convencional**.

Si en el caso de no solucionarse las controversias y perseverar en el desacuerdo se opera la siguiente vía.

### 3) **La anulación judicial.**

Art. 66. Procedimientos de arreglo judicial de arbitraje y de conciliación. Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes:

- a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53, o del artículo 64, podrá mediante solicitud escrita, **someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia** a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje<sup>91</sup>.

Acorde las palabras de Gómez Robledo “ocurre la consagración de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia si las negociaciones directas han fracasado, y si, además las partes no hubieren convenido en el recurso de arbitraje<sup>92</sup>”.

Es suficiente con que una de las partes de la controversia, de forma unilateral, mediante solicitud escrita, someta la controversia ante la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia si después del plazo indicado no se llega a ningún acuerdo.

Aunque tenemos que señalar que someter una controversia de este tipo ante la jurisdicción de la Corte, es potestad exclusiva de las partes involucradas en la controversia, a pesar de estar afectando el interés público como es el caso de una norma *ius cogens*. Fuera de las partes que participan de la controversia nadie tiene el derecho de someter el problema ante la jurisdicción de la Corte para la declaración de

---

<sup>91</sup> Nicoloudis, La nullité de *ius cogens* et le développement... cit., p. 176. En Gómez Robledo, op.cit, p.140-142

<sup>92</sup> Id, p. 162

su nulidad. Aunque, recordamos que esto no quita la posibilidad de una *actio popularis* por parte de los estados para imputar la responsabilidad a otro por el incumplimiento de una obligación para con la comunidad internacional, veremos dos posturas antagónicas sobre la posibilidad de una acción popular a nivel del Derecho Internacional<sup>93</sup>.

Como ejemplo de un caso en donde la Corte Internacional de Justicia se muestra contraria a la posibilidad de una acción popular, se encuentra el pronunciamiento que realizó en el caso de Etiopia y Liberia.

La Corte se refirió al hecho:

*Este argumento es tanto como decir que la Corte debería admitir una especie de acción popular, o un derecho para cada miembro de una colectividad de intentar una acción en defensa de un interés público.*

*Ahora bien, si es posible que ciertos sistemas de derecho interno conozcan esta noción, el Derecho Internacional, tal como existe actualmente, no la reconoce<sup>94</sup>.*

Agregando una cierta contradicción de este pronunciamiento de la Corte, está el comentario del profesor Nguyen Quoc Dinh sobre la resolución histórica de la Corte Internacional de Justicia en el Caso mencionado anteriormente de Barcelona- Traction donde se indican claramente las normas *erga omnes* como obligaciones que los estados tienen respecto a otros, y que todos los Estados parecen tener un interés jurídico en que estas obligaciones sean protegidas:

*De conformidad con el concepto de Orden Público, la Corte anuncia la posibilidad de una *actio popularis* cuando las normas violadas son normas de *ius cogens*; y esboza además una distinción entre las diferentes normas de responsabilidad internacional que la CDI (Corte Internacional de Justicia) intenta hoy explicitar en el cuadro de sus*

---

<sup>93</sup> véase el art.48.1.b del proyecto de Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

<sup>94</sup> Lauterpacht, “Affaire du Sud-ouest africain...”, *Recueil des cours*, 1966, p. 47. En Gomez Robledo *Op.Cit.*, p.143

*trabajos sobre la responsabilidad de los Estados: la violación de las normas de ius cogens correspondería a un crimen, y no a un delito internacional*<sup>95</sup>.

Son notorias las dos posturas y discursos contradictorios que sostuvo la Corte Internacional de Justicia en estos dos asuntos internacionales. Pues si bien en el primero sostuvo que la concepción de una acción pública era ajena al Derecho Internacional, en el segundo caso afirma que existen ciertas normas (erga omnes) que su cumplimiento es de interés jurídico de todos los estados de que ciertos derechos sean protegidos. Más aún, podríamos considerar no como una contradicción sino más bien una evolución del Derecho Internacional si observamos el reciente proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional.

Recordando que en la Comisión de Derecho Internacional se discutió esta función de obligación jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia, delegados como del Brasil opinaron que “es dudoso que la Corte Internacional de Justicia sea el tribunal más adecuado para pronunciarse sobre las nuevas tendencias del Derecho Internacional” debido a que del poco conocimiento que se tiene de las normas ius cogens in concreto, la Corte estaría asumiendo la función de legislador al determinar en que situación se estaría violando una norma que aún no se la tiene completamente clara<sup>96</sup>.

### **3.2. Consecuencias de la nulidad de un tratado**

Tomando en cuenta las consecuencias de la nulidad, según corresponda a la manera cuasi unilateral, convencional o judicial. Como mencionamos acerca del artículo 69 donde se configura el régimen general para todas las nulidades de cualquier especie y también en el artículo 71 que trata específicamente de nulidades por la sanción del ius cogens:

---

<sup>95</sup> Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit international public*, 2a. ed., p. 193. Gomez Robledo. Op. cit. 143

<sup>96</sup> A/CONF. 39/11/Add. 1, sesión 96, par. 19, p. 304.en Gomez Robledo, op.cit, p. 145

**“Art. 71. Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General.**

I. Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán:

- a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto, que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de Derecho Internacional General, y
- b) ajustar sus relaciones mutuas a las normas imperativas de Derecho Internacional General.

2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado:

- a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;
- b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de Derecho Internacional General.”

El artículo está separado en dos, la primera parte se la dedica al *ius cogens* preexistente y la segunda al *ius cogens* superveniens.

El tratado que en virtud del artículo 53 es nulo, recae sobre él una nulidad *ab initio*, es decir, *ex tunc*. Aunque el artículo 71 reconoce que muchas situaciones jurídicas, relaciones y derechos se pudieron originar a partir de ese tratado que es en teoría nulo de manera absoluta, y que todas esas relaciones creadas pueden llegar al grado de no ser eliminables automáticamente por la nulidad. Por lo tanto, se contempla que se eliminen las consecuencias prácticas del tratado inválido “en lo posible”. Efectivamente habrá consecuencias derivadas del tratado invalidado que no podrán ser eliminadas y tendrán que ser conservadas.

En el inciso siguiente (b) se ordena que las partes deberán “ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de Derecho Internacional General.”

La Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios sobre la Convención de Viena dice lo siguiente:

*El párrafo 1o. exige en primer lugar que las partes en un tratado nulo ab initio en virtud del artículo 50 (53) eliminen en lo posible las consecuencias de todo acto que hayan realizado basándose en cualquier disposición que esté en oposición con la norma de ius cogens y, en segundo lugar, que conformen sus relaciones mutuas a esa norma. La Comisión no creyó oportuno que en estos casos el párrafo se ocupase del reajuste mutuo de los intereses de aquéllas en cuanto tales, y estimó que el párrafo debía tratar únicamente de asegurar que las partes restablezcan una situación plenamente conforme con la norma de ius cogens<sup>97</sup>.*

Ahora en la segunda parte del artículo 71 se encuentra la disposición relativa a la nulidad por causa del artículo 64, el ius cogens superveniens.

Las partes quedan eximidas de las obligaciones por el tratado contrario a la nueva norma imperativa de Derecho Internacional General.

Se respetan las obligaciones y los derechos adquiridos en virtud del tratado en cuestión empero esos derechos y obligaciones podrán mantenerse si su mantenimiento no implique su oposición con la nueva norma ius cogens.

Se aplica una equilibrada teoría de la retroactividad de la ley, por ser una nulidad que no opera, como en el caso anterior, ex tunc sino ex nunc, es decir desde el momento de su declaración. No altera al pasado pero en lo venidero se asegura que los derechos adquiridos, obligaciones y situaciones jurídicas creadas por la ejecución del tratado inválido no sean contrarias a la nueva norma imperativa de Derecho Internacional General.

---

<sup>97</sup> A/CONF. 39/11/Add par. 3, p. 91. En Gomez Robledo. Op.cit. p. 145

La Comisión opina:

*Cualesquiera derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes creados por la ejecución del tratado podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma de ius cogens. En otras palabras, no se podrá anular con efecto retroactivo un derecho, una obligación o una situación jurídica válidos originalmente, pero su mantenimiento ulterior después de establecida la norma de ius cogens sólo es admisible en la medida en que no esté por sí mismo en oposición con esa norma<sup>98</sup>*

#### **4. Identificación de las normas ius cogens.**

La identificación de las normas imperativas de Derecho Internacional General es una acción compleja debido al carácter general de las mismas y su adecuación a los casos *in concreto*.

La Comisión de Derecho Internacional adoptó un criterio meramente formal para la determinación del alcance del contenido material del ius cogens al momento de su establecimiento en la Convención de Viena. Delegó esta función a la jurisprudencia internacional y a la doctrina para una futura evolución del contenido material de estas normas que hasta el momento contemplaban formalidades vacías de contenido. Al existir una gran falta de consenso entre los estados en el planteamiento del ius cogens debido a la principal división ideológica de la guerra fría como vimos en los debates y opiniones divergentes entre diferentes juristas y delegados de naciones socialistas y

---

<sup>98</sup> A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 4, p. 93. En Gomez Robledo, Op.cit p.151

capitalistas, la Comisión estimó necesario procrastinar a futuro esta misión de establecer el contenido de las normas imperativas de carácter general.

Vemos como la delegación británica inicialmente propuso la enumeración de las normas *ius cogens* mediante la vía convencional, de manera que se creen sucesivos protocolos adicionales a la Convención y a través del consenso lograr una identificación de estas normas.

Posteriormente el jurista De Castro de la delegación española refutó esta proposición por parte de Gran Bretaña, señalando que si se sigue esta vía (convencional) existiría gran dificultad para reunir a todos los plenipotenciarios cada vez que se los quiera convocar para la creación de un protocolo. Añadiendo también que el *ius cogens* no depende de un acuerdo multilateral en razón de ser una norma imperativa universal, por tanto vinculante por si misma. La designación del *ius cogens* a través de un tratado presupondría que las condiciones de aplicabilidad están subordinadas a un acuerdo multilateral general y también contando con la condición de que si se sigue de esta forma, no podría oponerse a terceros estados. Contemplaríamos un efecto de *erga omnes partes* (respecto a todas las partes), en donde su efecto de cumplimiento frente a terceros se vería limitado en cuanto a que sólo sería vinculante para los Estados que se hayan ratificado un tratado internacional, mas no, el efecto “frente a todos” que poseen las normas *ius cogens* y que su vigencia no depende de un tratado.

El jurista Yassen opinó que para establecer una comprobación del *ius cogens* es necesario el pronunciamiento del órgano competente para comprobar tal norma<sup>99</sup>.

De los 28 discursos que se dieron en la conferencia por parte de diversos oradores de todo el mundo exhibiendo distintos catálogos de normas *ius cogens*.

---

<sup>99</sup> A/CONF/39/11 par. 6, p. 349; Yassen, “Réflexions sur la détermination du *ius cogens*, Société française pour le droit international” , Colloque de Toulouse, Pédone, 1974. en Gomez Robledo, op.cit., p.154-156

Siguiendo la compilación hecha por el profesor Nahlik, el mayor número de pronunciamientos se inclinaron a determinar como norma *ius cogens* a ciertos artículos de la Carta de las Naciones Unidas, los artículos 1, 33 y 51:

- la proscripción del uso de la fuerza,
- la solución pacífica de controversias
- la legítima defensa.

También se agrega la **protección de derechos humanos fundamentales** expresados en:

- prohibición del genocidio,
- prohibición de la esclavitud,
- prohibición de la discriminación racial,
- el derecho humanitario.

Incluyéndose además los **derechos del mar**:

- la prohibición de la piratería
- las libertades fundamentales de alta mar; y
- principios de derecho diplomático y consular<sup>100</sup>.

Contra las teorías que pretendían que la totalidad de la Carta de las Naciones Unidas era *ius cogens*, decimos que inicialmente la Carta de San Francisco no contiene solo normas imperativas sino también normas dispositivas ni tampoco la Carta contiene todas las normas imperativas puesto que hay otras que no están establecidas en ella, como los Principios Generales del Derecho (*Pacta sunt Servanda*, *Pacta Tertis Neque Nocent Neque Prosunt*) no incluidos expresamente, en la Carta <sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Gomez Robled, *op.cit.*, p. 156- 157

<sup>101</sup> *ibídem*

Estas normas tienen su importante valor debido a que no responden a las necesidades de los estados sino que contribuyen a proteger valores comunes de la comunidad de estados.

**“El criterio de tales normas radica en el hecho de que no existen para satisfacer las necesidades de los Estados en particular, sino los más importantes intereses de la comunidad internacional en su conjunto”** Alfred Verdross<sup>102</sup>

De ahí que la Corte Internacional determinó que existen obligaciones de los estados frente a la comunidad internacional, refiriéndose a las normas erga omnes.

Pastor Ridruejo las consideraba a las normas erga omnes como derivadas de las normas ius cogens<sup>103</sup>.

Sobre el carácter ius cogens de las disposiciones de la Carta de la ONU el relator Abi-Saab refiere:

“hubo un acuerdo en cuanto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, enunciados fundamentalmente en el artículo 2º pero también en el preámbulo, artículo 1º., como también en otros varios artículos... Los principios de la Carta tienen un alcance muy amplio, y han sido elucidados en el documento sobre los principios de relaciones amistosas (o coexistencia pacífica) entre los Estados. Una gran mayoría de los Estados aceptan la Carta, y en cuanto a los Estados que no son miembros, los principios de la Carta les son aplicables mediante consentimiento, reconocimiento, o aquiescencia. De esta manera los principios de la Carta son obligatorios para todos los miembros de la comunidad internacional. No obstante, no ha podido llegarse a ningún acuerdo sobre cuáles normas tienen carácter de ius cogens y cuáles no lo tienen<sup>104</sup>”.

---

<sup>102</sup> VERDROSS, Alfred von. AJIL, 1966, p.58. en Gomez Robledo. Op. Cit. p.157

<sup>103</sup> Gomez Robledo, Op. cit p.158

<sup>104</sup> Conference on international law, Genova, 1967, pp. 13 y 14 extraído de: Gomez Robledo, op.cit, p.158

El jurista uruguayo **Puciero Ripoll** agrupa las normas *ius cogens* empezando con las que tienen un carácter más generalizado como las normas protectoras de los intereses y valores de la comunidad internacional en cuanto tal. De este enunciado se desprenden:

- las normas contra el uso de la fuerza,
- las disposiciones de la Carta de la ONU que sirven para el mantenimiento de la paz mundial,
- la prohibición de la piratería y las libertades del mar.

Se menciona como con carácter problemático el concepto de **patrimonio común de la humanidad**, concepto que comprende tanto las áreas comunes internacionales (res communis) como los fondos marinos, la Antártida y el espacio sideral (que deberán ser utilizados pacíficamente en beneficio de la humanidad y para la protección del medio ambiente), y también comprende ciertas reservas y recursos naturales y culturales de las naciones.

Si bien el primero, las áreas comunes internacionales, son áreas que pertenecen a todos los estados de la comunidad internacional, los segundos no (recursos de las naciones), a consecuencia de que se encuentran en la jurisdicción interna de los estados; el carácter problemático de los derechos y deberes derivados del concepto de patrimonio común de la humanidad se encuentra en su *statu nascendi* (estado de nacimiento), una norma en proceso de formación y nacimiento<sup>105</sup>, la misma que estudiaremos en los capítulos siguientes.

En segundo lugar tenemos a las normas concernientes a los derechos de los estados como miembros de la comunidad internacional:

- los principios de igualdad soberana de los estados,
- el principio de la no intervención
- la autodeterminación de los pueblos.

---

<sup>105</sup> Cfr. Cap. II, 2.5. y en Gómez Robledo, op.cit p.159

Por último se encuentran las normas que protegen los derechos fundamentales de toda persona, y las reglas del Derecho Humanitario. Estas disposiciones imperativas, muchas de las cuales ya han sido reconocidas por distintos tribunales internacionales como pertenecientes al ámbito del *ius cogens*, son las siguientes:

- la prohibición absoluta de la tortura.
- la prohibición del genocidio,
- prohibición de la esclavitud,
- trata de blancas,
- principios de no discriminación<sup>106</sup>.

En la clasificación del jurista colombiano, **Caicedo Perdomo**<sup>107</sup>, se proponen cinco categorías de normas *ius cogens*:

- 1) Las normas relacionadas a los derechos soberanos de los estados como el principio de igualdad, integridad territorial, libre determinación.
- 2) las normas del mantenimiento de la paz y seguridad de la comunidad internacional como la prohibición del uso de la fuerza, la solución pacífica de las controversias.
- 3) En la tercera categoría se encuentran los derechos de la voluntad contractual y la inviolabilidad de los tratados, el principio de buena fe y el *pacta sunt servanda*.
- 4) La cuarta categoría contiene los derechos humanos fundamentales como la prohibición del genocidio, esclavitud, trata de blanca, el *habeas corpus*, libertad religiosa.
- 5) Por último, se encuentran las normas imperativas sobre el uso del espacio terrestre y ultraterrestre, y el uso de las áreas comunes a los estados, patrimonio común de la humanidad.

---

<sup>106</sup> *ibídem* y véase Cfr. Anexo 3

<sup>107</sup> <sup>107</sup> Caicedo Perdomo, "La teoría del *ius cogens* en Derecho Internacional a la luz de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.", *Revista de la academia Colombiana de Jurisprudencia*, enero-junio de 1975, pp. 261-274. en: *ibídem*, p. 160

**Gómez Robledo** propone como “fuente testificativa” de ciertas normas imperativas (principio de no intervención, patrimonio común de la humanidad, libre determinación de los pueblos) a las resoluciones de la Asamblea General. No cree el autor que todas las resoluciones que por unanimidad o cuasi- unanimidad configuren necesariamente una norma imperativa, sino solo en los intereses trascendentales de la comunidad internacional, al indicar una idea de Caicedo Perdomo de considerar a las resoluciones y declaraciones de la Asamblea General como fuentes del ius cogens, debido a que es la única forma de que la comunidad internacional en su conjunto pueda expresar su voluntad en forma consensuada, de manera que acepte y reconozca a ciertas normas imperativas de Derecho Internacional General.

A continuación detallamos un catálogo de las resoluciones y declaraciones de la Asamblea General como fuentes del ius cogens:

- 1) Resolución 1514<sup>108</sup> sobre la libre determinación de los pueblos, se declara la concesión de independencia de los pueblos que se encontraban en un régimen colonial.
- 2) Resolución 1803<sup>109</sup> de la soberanía permanente sobre recursos naturales.
- 3) Resolución 2131<sup>110</sup> sobre el principio de no intervención, se declara inadmisibles al intervención en asuntos internos de los estados.
- 4) Resolución 2625<sup>111</sup> sobre los principios de Derecho Internacional en las relaciones de cooperación y amistad de los estados. Aquí se nombran los principios de no intervención, la proscripción del uso de la fuerza, la libre determinación de los pueblos, la no intervención, la cooperación internacional con los principios de la Carta de la ONU, solución pacífica de las controversias, igualdad soberana de los estados y el principio de buena fe.

---

<sup>108</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960

<sup>109</sup> Id. 14 de diciembre de 1962.

<sup>110</sup> Id. 21 diciembre de 1965

<sup>111</sup> Id. 24 de octubre 1970

- 5) Resolución 3314<sup>112</sup> sobre la definición de la agresión (art. 3) y se encuentra también “puesta en términos positivos” al art. 2.4 de la Carta de la ONU.
- 6) Resolución 2749<sup>113</sup> donde se da (art.1) el estatus de Patrimonio Común de la Humanidad a los fondos marinos fuera de los límites jurisdiccionales de los estados.

Por último, el autor nos expresa que en el art. 311.6 de la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar<sup>114</sup> (CONVEMAR) se establece que no se podrá hacer enmiendas con respecto del principio de Patrimonio Común de la Humanidad, y que las partes no podrán derogarlo mediante ningún acuerdo, lo cual encaja en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena como una norma *ius cogens*<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Id, 14 de diciembre de 1974.

<sup>113</sup> Id, 17 de diciembre de 1970

<sup>114</sup> Disponible en World Wide Web:

[http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf)

<sup>115</sup> Id., p.161- 163

## **CAPITULO II: EL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

### **1. Principios Generales del Derecho Ambiental Internacional de los Estados.**

- **Soberanía y Responsabilidad por daños ambientales.**
- **Acción Preventiva.**
- **Principio de Precaución.**
- **Principio de Cooperación Internacional y Buena Vecindad.**
- **Principios de Notificación previa y Consulta.**
- **Obligación de reparar daños.**
- **Responsabilidad común empero diferenciada.**
- **Desarrollo Sostenible.**

En el estudio del Derecho Internacional Ambiental, la noción de principios generales de derecho deberá ser distinguida de conceptos similares como lo es el de los principios de Derecho Internacional. Estos últimos son normas fundamentales del Derecho de Gentes, su origen es consuetudinario como por ejemplo, el principio de la libertad de los mares siendo este un principio de Derecho Internacional podemos ver su relación por analogía con el Derecho Interno de los estados, cuando se tiene la figura jurídica del Res Communis (Cosas Comunes), una propiedad comunitaria en donde el bien

jurídico es compartido por los copropietarios, sin que exista la restricción del uso exclusivo de un solo propietario. El profesor Julio Barberis nos aclara que “las distintas ramas del Derecho han logrado su autonomía después de una evolución en la cual han participado la legislación, la práctica jurisprudencial y la doctrina. En un principio, las normas que configuran una determinada rama del Derecho no son suficientes para resolver ciertos casos concretos, y la jurisprudencia y la doctrina se ven precisadas a recurrir a normas jurídicas pertenecientes a otras ramas del Derecho ya consolidadas, o a reglas jurídicas comunes a todas ellas<sup>116</sup>”.

A continuación presentamos una lista de principios de Derecho Internacional Ambiental que se han generado a partir de tratados, costumbres y principios generales del derecho en su evolución normativa y especialización en las diferentes ramas de las ciencias jurídicas. Este Derecho ha surgido a partir de las fuentes del Derecho Internacional acorde el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este estudio indica la efectividad de los principios del Derecho Ambiental y su operatividad contemplada en distintos tratados y aplicados en la jurisprudencia.

### **1.1. Soberanía y responsabilidad por daños ambientales.**

La cuestión de que si existe una efectiva soberanía de los Estados es un tema que doctrinarios y publicistas continúan discutiendo. Hoy por hoy, dentro del ámbito del Derecho Internacional Público contemporáneo no podemos hablar de una soberanía absoluta en favor de los Estados toda vez que el concepto de soberanía ha evolucionado, y lo ha hecho para adaptarse a un mundo donde las relaciones internacionales entre los Estados son de carácter interdependiente y en constante proceso de cambio. En efecto, los Estados están cada día más interrelacionados en los procesos de integración y en el multilateralismo de las Organizaciones internacionales de las que forman parte, en tal contexto suelen atribuir competencias propias del orden jurídico interno a cualquier Organismo supranacional de la comunidad internacional,

---

<sup>116</sup> J.Barberis, Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional, Revista IIDH, 1991, vol.14, p.11

como son los caso de la Comunidad de la CAN, y del MERCOSUR, para citar tan solo dos ejemplos.

Con el antecedente expuesto, podemos colegir que el ejercicio de la soberanía estatal no es absoluta, todo lo cual está en congruencia con la normativa incluida en el capítulo de los Derechos y Deberes Fundamentales de los Estados contemplada en la Carta constitutiva de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la misma que en su artículo 15 dice textualmente lo siguiente:

**“El derecho que tiene el Estado para protegerse y desarrollarse no lo autoriza para ejercer actos injustos contra otro Estado”.**

Por lo expuesto, observamos que el derecho de soberanía que tienen los Estados no es absoluto, la soberanía también tiene un límite, que bien puede ser autoimpuesto por el Estado que deliberadamente decide restringir su soberanía con el propósito de legitimar la actuación de Organismos supranacionales como es el caso de la CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), cuyas decisiones deben ser acatadas por los Estados miembros del Sistema Jurídico Interamericano, o que, también puede ser regulado por las normas IUS COGENS y los principios del Derecho Internacional Público General. Precisamente en esta valoración jurídica radica el argumento de la demanda de Ecuador ante Colombia, por cuanto la actividad de fumigar con glifosato a los cultivos ilícitos de las plantaciones de coca dentro del territorio colombiano que limita con Ecuador no puede fundamentarse en la soberanía absoluta que supuestamente tiene el Estado colombiano sobre su propio territorio, no, por cuanto tal actividad es altamente nociva a la salud de la población humana, de los animales, y de las plantaciones del otro lado de su frontera, esto es, en territorio ecuatoriano.

Es precisamente invocando a los Derechos Humanos es que el tema de la protección del ambiente, y en consecuencia el derecho humano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado podría adquirir mayor efectividad para reclamar una mejor atención de parte de la comunidad internacional en su conjunto, consolidando su fuerza consuetudinaria y codificándola en instrumentos internacionales, e inclusive,

alcanzando su reconocimiento como norma con efecto **erga omnes**, y por qué no?, su carácter de norma **ius cogens**.

Como corolario, podemos concluir en que la aparente contradicción de dos principios de Derecho Internacional, esto es, el principio de la soberanía territorial de los Estados sobre sus recursos naturales; y aquel otro principio que prohíbe a los Estados ejercer actividades dentro de su territorio de manera que causen daño ambiental a otro Estado, se resuelve a favor de este último principio, en tanto y cuanto los Estados no pueden incurrir en la figura del abuso del derecho a pretexto de ejercer derechos dentro de su propio territorio, este derecho está limitado por el deber que tienen esos mismos Estados de no afectar con sus actividades, ni con las de los ciudadanos y/o corporaciones que vivan dentro de su territorio, y por ende, sujetos a su jurisdicción, a los derechos de los demás Estados a que sus poblaciones vivan y disfruten de un Derecho Ambiental sano y ecológicamente equilibrado.

Los límites de la soberanía de un estado sobre su territorio están condicionados por la obligación general de no causar daño ambiental a otros Estados o zonas más allá de la jurisdicción del estado soberano. Así como lo previó la Declaración de Estocolmo en su Principio 21 y la Declaración de Río en su Principio 2 al plantear la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o control no causen daños al ambiente de otros países o zonas fuera de sus límites.

Estos principios se vieron previamente aplicados en Trail Smelter donde el Tribunal arbitral se pronunció:

*“según los principios del Derecho Internacional, ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños por razón de emanaciones en el territorio o hacia el territorio de otro Estado o a la propiedad o personas que allí se encuentren, cuando se trata de ser un supuesto de consecuencias graves y el daño quede establecido por medio de una prueba clara y convincente<sup>117</sup>.”*

---

<sup>117</sup>VALDERDE SOTO, Max. Principios Generales de Derecho Ambiental Internacional, *ILSA Revisa Académica de Derecho Internacional y Comparado*, Vol. 3 (1996), p.193. Disponible en World Wide Web: <http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentospa/ModuloII/Soto%20Article.pdf>

Otro límite que encontramos al principio de Soberanía es el de los recursos compartidos. Cuando una fuente de recursos no es exclusiva de un estado sino que se encuentra compartida por dos o más estados como se puede ver en las Reglas de Helsinki sobre los usos de las Aguas de Ríos internacionales.

El concepto del buen uso de este tipo de recursos es el de llegar a un uso equitativo y armonioso en beneficio de los estados copartícipes, esto significa establecer una cooperación internacional basada sobre un sistema interestatal de intercambio de información, previa consulta y notificación a los estados que compartan el recurso natural para lograr la óptima utilización de dichos bienes sin causar daño a los legítimos intereses de otros estados<sup>118</sup>.

Aquí yace una factible condición a la soberanía en cuanto se tiene como una obligación internacional a la protección de un recurso compartido entre estados debido a que en este caso los actos que realice uno de los estados dentro de su territorio tendrían repercusiones en el territorio de los demás como en el caso de ríos Internacionales.

Otra realidad actual de esta problemática la podemos observar en los recientes estudios sobre la magnitud de contaminación del aire provocada por ciertos estados que traen como consecuencia, considerando al aire como un recurso compartido, como es el caso de China y sus efectos de daños ambientales sobre otros países.

Ahora bien, de vuelta a los Derechos Humanos bajo el enfoque de protección al ambiente, es precisamente por medio de esta vía, (esto es, visualizando el derecho de cada persona, o colectivo de personas, a vivir en un ambiente sano), como estos derechos pueden ser reconocidos como normas con efecto erga omnes, o incluso, ius cogens.

## **1.2. Principio de Prevención**

---

<sup>118</sup> Resolución AG 3281, en el capítulo II, artículo 3. en: Valverde Soto. Op. cit., P.3

Es obligación de los estados el prevenir que se realicen actividades que puedan afectar al ambiente, sea de forma que afecte a otros estados o dentro de su propio territorio<sup>119</sup>.

Los daños al medio ambiente comportan en algunos casos el carácter de irreversibilidad, las alteraciones de la naturaleza, como es la extinción de las especies o destrucción de ecosistemas, no son susceptibles de reparación, y una indemnización no sería suficiente para restaurar el medio ambiente.

Por lo tanto el objetivo de este principio es prevenir el deterioro ambiental como una medida protectora que evita se produzca daños irreparables. Requiere por parte de los estados que procedan según la *debida diligencia* en asuntos que comprometan el ambiente, regulando las actividades públicas y privadas dentro de su jurisdicción, a fin de prevenir daños significativos al ambiente.

Comúnmente las herramientas en que este principio se basa para su operatividad son las licencias y autorizaciones que exigen un estudio de impacto ambiental previo a la ejecución de cualquier proyecto, donde se evalúa si efectivamente representa una amenaza, y en caso de comprobarse los estados deberán prohibir que se realice tal actividad perjudicial.

Se lo aplica por medio de las llamadas **medidas preventivas** contenidas en el párrafo octavo del preámbulo del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono de 1987:

“Decididas a proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente el total de emisiones mundiales de las sustancias que la agotan, con el objetivo final de eliminarlas, sobre la base de los adelantos en los conocimientos científicos, teniendo en cuenta aspectos técnicos y económicos y teniendo presentes las necesidades que en materia de desarrollo tienen los países en desarrollo”.

---

<sup>119</sup> BERREIRA, OCAMPO Y RECIO. Medio Ambiente y Derecho Internacional: Una Guía Práctica, (2005) , Caja Madrid, p.39

Lo observamos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), en el artículo 194.1:

“Los estados tomarán, individual o conjuntamente, según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto”.

En el artículo 2.1 del Convenio sobre Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo de la Comisión Económica para Europa<sup>120</sup> se establece:

“Las partes, individual o conjuntamente, tomarán todas las medidas adecuadas y eficaces para prevenir, reducir y combatir el impacto perjudicial que las actividades propuestas puedan tener sobre el medio ambiente a nivel transfronterizo”.

El principio de Prevención deberá ser distinguido del principio de precaución debido a sus diferencias esenciales como lo es que en el primero se requiere un tipo de verificación o certeza científica que juzgue sobre la actividad que se quiere realizar, si es o no un potencial riesgo que podría causar daños irreversibles o graves al ambiente. Mientras que el principio de precaución, que veremos a continuación, no requiere de una certeza científica para tomar las medidas necesarias que impidan el deterioro ambiental.

### **1.3. Principio de Precaución**

*“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño*

---

<sup>120</sup> Disponible en World Wide Web:

<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>

*grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” Declaración de Rio, Principio 15.*

Haciendo una similitud con el caso de la aplicación del Principio “in dubio pro reo” en donde en caso de duda se favorecerá al imputado, de la misma forma la aplicación del principio de precaución exige que en caso de falta de certeza científica sobre un supuesto daño grave o irreversible se apliquen las medidas necesarias, en consonancia con el *Principio de Prevención*, para evitar un daño ambiental. En vez de esperar a que se obtengan las pruebas científicas para tomar las medidas de prevención del daño ambiental, *la carga de la prueba se traslada* y el procedimiento se invierte, es decir, no se tiene que esperar a obtener una certeza científica, puesto que hasta que se obtenga pueden ocurrir daños irreversibles en el ambiente, y en virtud de aquello, los estados pueden tomar la iniciativa de prevenir los daños ambientales sin necesidad de tener que probarlos.

La inversión de la prueba se presenta cuando los estados que quieran otorgar concesiones a terceros para emprender actividades extractivas o de cualquier índole que signifiquen un potencial perjuicio al ambiente, previamente deberán probar que no lo afectarán de manera irreversible ni causar graves daños.

En la Constitución del Ecuador se encuentra incluida la aplicación de este principio:

“Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva (lo subrayado es nuestro). Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.”

En el Principio 15 de la Declaración de Rio sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 se lo nombra como **criterio de precaución**.

En el párrafo octavo del preámbulo y en el artículo primero del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes<sup>121</sup> de 2001 se lo presenta como idea de precaución, y a la vez principio de precaución:

“Reconociendo que la **idea de precaución** es el fundamento de las preocupaciones de todas las Partes y se halla incorporada de manera sustancial en el presente Convenio” y “teniendo presente el **principio de precaución** consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes”

En el artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático<sup>122</sup> de 1992 se establece este principio como *medidas de precaución*:

“Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas...”

En el párrafo quinto del preámbulo del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono<sup>123</sup> de 1985 se lo señala también como medidas de precaución:

“Teniendo presentes también las medidas de precaución que ya se han adoptado, en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono”

En el Preámbulo (párrafo noveno) del Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>124</sup> de 1992 se da el concepto del principio de precaución como lo entendemos en la Declaración de Río, sin embargo no lo menciona como principio de precaución:

---

<sup>121</sup> Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, 2001. Disponible en World Wide Web: [http://www.pops.int/documents/convtext/convtext\\_sp.pdf](http://www.pops.int/documents/convtext/convtext_sp.pdf)

<sup>122</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático A/RES/48/189, 20 de enero de 1994. Disponible en World Wide Web:

[http://unfccc.int/files/essential\\_background/background\\_publications\\_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf](http://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf)

<sup>123</sup> Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. Mar 22, 1985. T.I.A.S. 11097, 26 I.L.M 1529 (1987)

*“observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”*

Como *enfoque de precaución* se nos presenta en el art.1 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología<sup>125</sup>:

“De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos”

En su artículo 10 se aplica este principio a la importación de organismos vivos modificados que puedan perjudicar la salud humana:

“El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a esa Parte, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según

---

<sup>124</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y Desarrollo: Convención sobre Diversidad Biológica, Junio 5, 1992, 31 I.L.M 818

<sup>125</sup> Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, 2000. Disponible en World Wide Web: <http://bch.cbd.int/protocol/text/>

proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate<sup>126</sup>...”

#### **1.4. Principio de Cooperación Internacional y Buena Vecindad.**

La Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>127</sup>, señaló que los “estados tienen el deber de cooperar entre si, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias”.

El principio de buena vecindad es un principio de Derecho Internacional que en virtud de él, viéndolo desde la óptica del Derecho Ambiental, se desprende la obligación de los estados de no dañar el medio ambiente de otros.

El principio de cooperación internacional de la misma manera compele a los estados a prohibir que se realicen actividades en su territorio, por parte de iniciativas públicas o privadas (así como ocurrió en Trail Smelter) que vulneren y afecten los derechos de otros estados y de sus habitantes, en especial al derecho humano a un ambiente sano. Estos dos principios se relacionan en el interés común de cooperar para evitar daños ambientales, utilizando como medidas la investigación conjunta.

Plasmado en el párrafo 7 del preámbulo de la Declaración de Estocolmo, visto en función de la necesidad de la cooperación internacional para “allegar recursos que ayuden a los países en desarrollo”.

En el principio 24:

---

<sup>126</sup> El Principio de Precaución Ambiental. La Práctica Argentina, Zlata Drmas de Clément, Lerner Editora SRL, p.39

<sup>127</sup> Res. 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

PRINCIPIO 24. “Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ambiente. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.”

También lo vemos en el preámbulo de la Declaración de Rio:

“con el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas”.

Como en su principio 27 de la Declaración mencionada:

“Los estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del Derecho Internacional en la esfera del desarrollo sostenible”.

De estos principios dimanar otros, como lo es el intercambio de información, en donde este instrumento sirve para alcanzar el fin principal de la cooperación y la buena vecindad, la protección ambiental.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Mar se nos presenta el principio de la cooperación internacional, incluyendo además al intercambio de información como actividad derivada de la cooperación entre estados en el artículo 200:

*Los Estados cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, para promover estudios, realizar programas de investigación científica y fomentar el intercambio de la información y los datos obtenidos acerca de la contaminación del medio marino. Procurarán participar activamente en los programas regionales y mundiales encaminados a obtener los*

*conocimientos necesarios para evaluar la naturaleza y el alcance de la contaminación, la exposición a ella, su trayectoria y sus riesgos y remedios.*

En el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 se describe el tema de la cooperación en relación al **intercambio de información**:

*Artículo 17.*

*1. Las Partes Contratantes facilitarán el intercambio de información de todas las fuentes públicamente disponibles pertinente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo.*

*2. Ese intercambio de información incluirá el intercambio de los resultados de las investigaciones técnicas, científicas y socioeconómicas, así como información sobre programas de capacitación y de estudio, conocimientos especializados, conocimientos autóctonos y tradicionales.*

Mediante el intercambio de información las partes signatarias tienen la oportunidad para ejercer eficazmente sus obligaciones con el medio ambiente, puesto que cuentan con las investigaciones necesarias para impulsar programas de cooperación internacional.

Esta disposición de cooperar se encuentra de cierta forma mas urgente cuando las circunstancias de protección medioambiental comprometen intereses comunes, como por ejemplo, los ríos y lagos compartidos, tal como se manifiesta en el preámbulo del Convenio sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales<sup>128</sup> y en su artículo 6 donde se plasma el intercambio de información:

*Artículo 6*

*Intercambio de información*

---

<sup>128</sup> Convenio sobre protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, hecho en Helsinki el 17 de marzo de 1992,

*Tan pronto como estén en condiciones para ello, las Partes procederán al más amplio intercambio posible de información relacionada con los aspectos contemplados en las disposiciones del presente Convenio.*

Si llevamos el tema de los *intereses comunes* a una esfera mas alta en cuanto a un interés general de los estados, nos encontramos con la protección a la Capa de Ozono, objeto de interés que comparte toda la humanidad y por lo tanto su protección pertenece a un valor general de la comunidad internacional.

En armonía con lo proclamado en el preámbulo del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono “Conscientes del impacto potencialmente nocivo de la modificación de la capa de ozono sobre la salud humana” el artículo 4 establece la cooperación de los estados con fines de proteger este bien internacional.

Artículo 4: Cooperación en las esferas jurídica, científica y tecnológica

1. Las Partes facilitarán y estimularán el intercambio de la información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica pertinente a los efectos de este Convenio, según se especifica en el anexo II.

Esa información se proporcionará a los órganos que las Partes determinen de común acuerdo. Cualquiera de esos órganos que reciba datos considerados confidenciales por la Parte que los facilite velará por que esos datos no sean divulgados y los totalizará para proteger su carácter confidencial antes de ponerlos a disposición de todas las Partes.

2. Las Partes cooperarán, en la medida en que sea compatible con sus leyes, reglamentos y prácticas nacionales, y teniendo en cuenta en particular las necesidades de los países en desarrollo, para fomentar, directamente o por conducto de órganos internacionales competentes, el desarrollo y la transferencia de tecnología y de conocimientos. Esa cooperación se llevará a cabo particularmente:

a) Facilitando la adquisición de tecnologías alternativas por otras

Partes;

- b) Suministrando información sobre las tecnologías y equipos alternativos y manuales o guías especiales relativos a ellos;
- c) Suministrando el equipo y las instalaciones necesarios para la investigación y las observaciones sistemáticas;
- d) Formando adecuadamente personal científico y técnico.

### **1.5. Notificación y consulta previa**

Se deducen del principio de cooperación y buena vecindad, los principios procedimentales de **notificación y consulta previa** a los estados.

La notificación previa obliga a los estados actuantes a dar aviso previo y a tiempo oportuno, así como a suministrar la información pertinente, a cada uno de los estados que podrían perjudicarse a consecuencia de actividades realizadas que afecten el ambiente. En especial, notificar de buena fe e inmediatamente a otros estados sobre cualquier desastre ocasionado que pueda producir daños transfronterizos como lo son los derrames de petróleo, desastres nucleares, daños industriales.

Estará obligado el estado a notificar de forma previa sobre los daños potenciales a los estados que se encuentren en riesgo. También se tendrá que coordinar un proceso de consulta con los estados en riesgo para iniciar negociaciones que determinen de buena fe las alternativas a las actividades que potencialmente pueden causar daños al ambiente.

Este Principio está concretado en la Declaración de Río, en su Principio 19 que establece:

“Los estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos estados en una fecha temprana y de buena fe.

## 1.6. Obligación de reparar daños.

*“PRINCIPIO 21. 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 asegurarse de 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.”*

Según este principio los estados son responsables del daño causado al ambiente de otros. Tienen la obligación de dar por terminadas todas las acciones que sean perjudiciales y de ser necesario deberán pagar indemnizaciones por los daños efectuados.

Un acto ilegal o impropio tiene lugar cuando:

- a) la conducta consiste en un acto u omisión imputada a un estado de acuerdo al Derecho Internacional, y
- b) dicha conducta constituye una violación de una obligación internacional del estado<sup>129</sup>.

Valverde Soto nos plantea tres problemas ante esta definición en relación al Derecho Internacional Ambiental.

- 1) criterio a aplicar para imputarle a un estado una determinada responsabilidad.
- 2) definición de daño ambiental.
- 3) forma apropiada de reparación.

Con respecto a la primera cuestión, existen tres posibles soluciones: falta (negligencia), responsabilidad objetiva (se presume responsabilidad, pero se admiten causas

---

<sup>129</sup> véase: Proyecto de Responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícitos, art. 1

excluyentes) y obligación incondicional (no se admiten causas excluyentes de responsabilidad).<sup>130</sup>

La negligencia se comprueba a través de la debida diligencia que un estado tuvo que ejercer para llegar a un fin determinado, en este caso, la prohibición de causar daños ambientales que afecten a otros estados. De diferente manera tomamos la responsabilidad objetiva en donde esta vela indiferentemente por el daño causado mas no por el procedimiento ejecutado ni de la intención de arrojar un daño.

El daño ambiental se puede definir al margen de una violación al Derecho Internacional. El citado autor indica en su artículo que el daño ambiental es el resultado de una violación al Derecho Internacional, lo cual nosotros no compartimos en su totalidad.

Existen actos lícitos que pueden producir severos daños al ambiente, como lo son las actividades ultra riesgosas no prohibidas por el Derecho Internacional, de modo que estos actos no incurren en una violación de ninguna obligación internacional, mas aún en los casos de estas mencionadas actividades de alto riesgo, en donde se imputa la responsabilidad absoluta que no admite excusas eximentes de responsabilidad, es decir, no vela ni por la intención, ni por la negligencia, sino estrictamente por el daño ocurrido, así sea caso fortuito o fuerza mayor en donde no interviene ningún consentimiento por parte del estado sea para cumplir o incumplir con una obligación internacional, lo cual reiteramos que no da lugar para afirmar que todo daño ambiental es resultado de una violación al Derecho Internacional.

Sobre la cuestión acerca de la debida reparación podemos citar a la Corte Permanente de Justicia:

*“El principio esencial que contiene la noción de un acto ilegal...es que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias producidas por el acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad no hubiera sucedido si no se hubiera cometido ese acto. La restitución en especie, o de no ser posible, el pago*

---

<sup>130</sup> Valverde Soto. Op.cit. pp. 10

*de una suma que corresponda al valor que tendría la restitución en especie; de ser necesario, indemnización por daños y perjuicios sufridos, que no estén cubiertos por la restitución en especie. Estos son los principios que deben utilizarse para determinar la suma de la debida indemnización, por un acto contrario al Derecho Internacional.”*<sup>131</sup>

Hay que agregar que en la reparación existe un problema con respecto al ambiente, por lo general este último no puede ser restaurado en su forma original, como por ejemplo la extinción de una especie, la esterilidad de los suelos causados por radiación u otros, son daños de aspecto irreversible en donde no hay lugar a la restauración.

### **1.7. Responsabilidad común aunque diferenciada.**

Al tener como interés común la protección ambiental entre todos los países, la necesidad de velar por un ambiente sano es una necesidad que se comparte entre los miembros de la comunidad internacional. Esta responsabilidad compartida no es igualitaria sino proporcional, equitativa y diferenciada entre los estados, dependiendo de sus respectivas capacidades y de conformidad con el principio de equidad.

Principio 7 de la Declaración de Rio:

*“Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sustentable, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que dispongan.”*

La comunidad de responsabilidades se encuentra en la conservación y protección del medio ambiente que comparten tanto países industrializados como los que están en

---

<sup>131</sup> Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (República Federal Alemana vs. Polonia), 1928, Corte Permanente de Justicia Internacional (series A) No. 17, página 377 (13 de septiembre) en Valverde Soto. Op.cit. p.10

vías de desarrollo. La diferencia se encuentra en que los países industrializados han contribuido mucho más en el calentamiento global y a otros males que afectan al medio ambiente mundial y en consecuencia su responsabilidad es más amplia.

### **1.8. Desarrollo Sostenible.**

El Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (informe Brundtland<sup>132</sup>) describe al desarrollo sostenible como el que satisface las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer las suyas. Se condiciona la capacidad de satisfacer las necesidades del presente ligadas por sus efectos con el futuro.

La idea principal del desarrollo sostenible sugiere la protección del medio ambiente y el mejoramiento de la condición humana. Desde una perspectiva humanista, el desarrollo sostenible es necesario para garantizar una mejor calidad de vida de los seres humanos sin detrimento de la conservación de la flora y fauna.

Son tres los elementos del desarrollo sostenible:

- a) Equidad intergeneracional: toda generación tiene la responsabilidad de legar a las generaciones venideras una herencia de riquezas naturales que no sea inferior a lo que ellas mismas heredaron.
- b) Uso sostenible de los recursos naturales.
- c) Integración del medio ambiente y desarrollo: La Declaración de Río afirma que la : protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada a fin de alcanzar el desarrollo sostenible. Es necesario darle prioridad al desarrollo económico y

---

<sup>132</sup> Disponible en World Wide Web: [http://conspect.nl/pdf/Our\\_Common\\_Future-Brundtland\\_Report\\_1987.pdf](http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf)

social puesto que el desarrollo sostenible no se restringe al cuidado al medio ambiente sino también a estas otras áreas.

En la Conferencia de las Naciones Unidas de 1949 sobre Conservación y Utilización de Recursos se integró el medio ambiente y el desarrollo, en donde se reconoció la necesidad de un desarrollo sostenido y la aplicación generalizada de técnicas de conservación y utilización de los recursos.

## **2. Análisis de la jerarquía normativa de la protección ambiental dentro del Derecho Internacional.**

Para distinguir una cierta jerarquía de la protección ambiental dentro del Derecho Internacional, Jorge Viñuales propone que se deberán considerar tres elementos esenciales<sup>133</sup>.

Estos elementos son:

- 1) El ius cogens
- 2) Las obligaciones erga omnes
- 3) Los intereses esenciales.

Existe un principio consuetudinario que prohíbe a los Estados que las actividades que se realicen dentro de su jurisdicción o control no perjudiquen el ambiente de otros Estados, o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional<sup>134</sup>. Como claramente se materializó en el **Caso Trail-Smelter** de EEUU vs Canadá por causa de una controversia de contaminación de ríos estadounidenses efectuados por una planta privada productora de estaño. También lo vemos manifestado en el principio 21 en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano y en el principio 2 en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

---

<sup>133</sup> Viñuales, Jorge. La Protección del Medio Ambiente y su Jerarquía Normativa en el Derecho Internacional, Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi. Bogotá, N° 13: 11-44, noviembre de 2008, p.14

<sup>134</sup> Cfr. Cap. II, 1.1

Siendo el principio de la responsabilidad de los estados por daños ambientales transfronterizos reconocido como parte del Derecho Internacional General por la Corte Internacional de Justicia en una opinión consultiva emitida sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, la cual citamos a continuación:

*"El medio ambiente no es una abstracción, sino el espacio en el que viven los seres humanos y del que dependen su calidad de vida y su salud, incluidas las generaciones venideras. La obligación que tienen los estados de velar por que las actividades que se desarrollen en los límites de su jurisdicción o bajo su control respeten el medio ambiente en otros estados o en zonas sustraídas a las jurisdicciones nacionales forman parte del corpus de normas del Derecho Internacional del medio ambiente<sup>135</sup>".*

En el presente capítulo nos basaremos en este principio de prohibición de daños transfronterizos para analizar su jerarquía normativa y el alcance de su vinculación para llegar a un criterio sobre si puede ser considerado como una norma erga omnes, o incluso ius cogens, con esto dando lugar a la incorporación del Derecho Ambiental al corpus de disposiciones que integran las normas imperativas de Derecho Internacional General.

---

<sup>135</sup> *I.C.J. Reports 1996*, p. 226 et seq, en Viñuales, Op.cit. p.15

## **2.1. Normas ius cogens y erga omnes.**

Las normas ius cogens tienen similitud con las normas erga omnes, mas, no tienen identidad. En cuanto jerarquía, el ius cogens internacional se encuentra primero en el orden internacional según sus caracteres de ser inderogable en los términos relativos de acuerdo a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 53. *“es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”*

En el caso Barcelona-Traction la Corte Internacional de Justicia conceptualizó las normas erga omnes, que se puede apreciar en la siguiente cita:

*“...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**.”

Usando un concepto de **E. Posner**<sup>136</sup> las normas erga omnes son aquellas que otorgan a terceros estados la posibilidad de demandar su cumplimiento a otros estados que incumplan estas obligaciones.

En **similitud** podemos afirmar que ambas normas comportan una obligación del Estado para con todos los otros estados, basada en la importancia de un valor que se busca proteger y vincula a toda la comunidad internacional, de esto se desprende que los estados no se pueden sustraer de su cumplimiento.

Es conveniente precisar que en el capítulo anterior analizamos el ius cogens internacional desde la perspectiva de la Convención de Viena, es decir, dimos un enfoque a los efectos de nulidad que es la consecuencia punitiva en los tratados contrarios a esta norma imperativa, sin embargo, abordaremos otra óptica del ius cogens en donde se hace patente su aplicación en los tribunales internacionales de justicia<sup>137</sup> en la invocación del estado de necesidad y actos unilaterales de los estados<sup>138</sup> y en la imputación de responsabilidad a otro estado<sup>139</sup>. Por lo tanto, se puede exponer también la similitud de las obligaciones erga omnes y del ius cogens en el hecho que los estados puedan demandar el cumplimiento de estas normas, cuestión que presentaremos mas adelante.

Luego de exponer la similitud del ius cogens con las normas erga omnes también debemos delimitar sus **diferencias**. La norma ius cogens reviste de una importancia y valor, que por sus mismos efectos jurídicos establecidos en la Convención de Viena del

---

<sup>136</sup> POSNER, Erick. Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law. Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE 165 (2009), 5–23 ©2009 Mohr Siebeck – ISSN 0932-4569, p. 5

<sup>137</sup> Cfr. Cap. I, 5.1.

<sup>138</sup> Gómez Robledo, op.cit. p. 190 y en Jorge Viñuales. Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 223-250, julio-diciembre de 2009, p. 230

<sup>139</sup> ver Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

Derecho de los Tratados, la diferencian de cualquier otra norma internacional de aplicación general, y sus efectos recaen sobre cualquier estado, es decir, todas las normas ius cogens tienen efectos erga omnes, más, por el contrario, no hay que entender que todas las normas con efectos erga omnes necesariamente tengan que ser normas ius cogens.

Si estudiamos las normas erga omnes, observamos que comparten en común con el ius cogens un **valor común** que se busca proteger entre los estados. Sin embargo, las normas erga omnes no son una norma con carácter incondicional, tampoco su concepto implica que tiene el carácter de inderogable, y por último no son necesariamente nulas las disposiciones y tratados contrarias a ellas, las normas erga omnes expresan el efecto de tales normas mas no su contenido<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente..., p. 20

## 2.2. Diferencias teóricas entre el ius cogens y las normas erga omnes.

Se puede afirmar categóricamente que todas las normas ius cogens revisten la función de tener efectos erga omnes (“para todos”). Por otro lado, no todas las normas con efectos erga omnes revisten el carácter de ius cogens.

*“Ambas nociones (ius cogens y erga omnes) 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 expreso. Sin embargo, el hecho de que una obligación exista para con todos los Estados no implica necesariamente... que dicha obligación sea incondicional o que no pueda ser derogada, o que su efecto sea el de invalidar toda norma contraria<sup>141</sup>.”*

En el voto concurrente del juez Cançado Trindade en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso del *Pueblo Indígena de Sarayaku vs Ecuador*, Cançado define las diferencias entre las normas ius cogens y las normas erga omnes, dándonos un esquema para analizar los puntos que diferencian efectivamente estas normas.

*“Mientras el jus cogens genera siempre obligaciones erga omnes, no todas las obligaciones de esa naturaleza son generadas por el jus cogens. Pero los dos*

---

<sup>141</sup> Id., p. 19

*conceptos encuéntrase íntimamente ligados... El jus cogens, al generar obligaciones erga omnes, las dota de un carácter necesariamente objetivo, abarcando todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), - Estados, organizaciones internacionales, pueblos e individuos, y, en cuanto a estos últimos, tanto los que ejercen cargos públicos como los que actúan en su capacidad personal... Las obligaciones erga omnes, a su vez, incorporan intereses comunes y superiores, así como valores fundamentales. Las violaciones del jus cogens son objetivamente ilegales, independientemente de las actitudes o reacciones de los Estados en cuestión. El cumplimiento de las obligaciones erga omnes es requerido no solamente de los Estados, sino también de otros sujetos del Derecho Internacional (inclusive organizaciones internacionales, así como pueblos e individuos). Relacionadas con el jus cogens, tales obligaciones vinculan a todos<sup>142</sup>.*

Para Viñuales, es difícil encontrar una distinción positiva dentro del Derecho Internacional de las normas erga omnes y ius cogens debido a que los ejemplos característicos de normas ius cogens también han sido referidas como ejemplos de obligaciones erga omnes, por tal razón se realiza una diferencia teórica conceptual de estas dos normas. Será el trabajo del desarrollo del Derecho Internacional y de la evolución de estos conceptos en el ámbito positivo lo que permite marcar una diferencia entre el ius cogens y las obligaciones erga omnes aplicada a casos concretos.

El autor pone como ejemplo el hecho de que ciertos derechos humanos que son de obligatoria observancia para los estados podrán ser suspendidos en casos excepcionales, como en las situaciones de estados de emergencia, desastres y guerras.

Esta posibilidad la vemos señalada en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>143</sup>, artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también en el artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los

---

<sup>142</sup> Voto concurrente, A. Cançado Trindade, caso Sarayaku, Corte IDH, par. 21, 23 Y 24

<sup>143</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>144</sup>. Aunque se contempla la posibilidad de suspender ciertos derechos, también se prohíbe la suspensión de derechos inalienables como el de la vida, del niño, la integridad personal<sup>145</sup>, la prohibición de la esclavitud, en el artículo 27 de la Convención Americana. Se marca una clara diferencia entre derechos de común observancia entre los estados que sin embargo podrán ser suspendidos y también se señalan derechos y obligaciones inalienables, como la prohibición de la tortura, tratos crueles, discriminación y genocidio, que según hemos visto con fundamento en la jurisprudencia internacional<sup>146</sup> se encuentran clasificados como pertenecientes al dominio del ius cogens y por tanto inderogables.

También la Comisión de Derecho Internacional delegó a un grupo especial para elaborar un trabajo sobre la fragmentación del Derecho Internacional, en donde se proporcionó como ejemplo de una norma con efectos erga omnes que, sin embargo, no poseía el carácter de ius cogens, **a la protección del medio ambiente**<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1970.

<sup>145</sup> Definida la prohibición de la tortura como perteneciente al ámbito del ius cogens en el Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade en el caso *Maritza Urrutia vs Guatemala* véase Cfr. Cap., 5.1.

<sup>146</sup> Voto Concurrente del juez Alirio Abrue Burelli en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos laborales de inmigrantes indocumentados par. 1., y véase C. Trindade supra

<sup>147</sup> Viñuales. Op.cit. Cuestiones Medioambientales... p. 233.

### **2.2.1. Las normas erga omnes como normas susceptibles de acción colectiva y actio popularis.**

El derecho de petición establecido en el artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el ejercicio de este derecho.

El artículo 44 lo señala a continuación:

*“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.”*

El juez Cançado Trindade comenta sobre este derecho: *“el derecho de petición individual constituye, en suma, la piedra angular del acceso de los individuos al mecanismo de protección de la Convención Americana<sup>148</sup>.”*

---

<sup>148</sup> Corte I.D.H.: Caso Castillo Pietruzzi y otros Excepciones Preliminares. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C Nº 41, Voto del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 3. Extraído de Pedro Nikken. Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System Washington, D.C. 1º de marzo de 2003. Disponible en World Wide Web: <http://es.scribd.com/doc/92796735/Nikken-Speech>

Trindade al tratar de dar una definición de la class action (acción colectiva) se refiere a ella como:

*“La class action (acción colectiva) me parece requerir más nítidamente la existencia de víctimas, aunque potenciales. Así, el derecho de petición bajo el artículo 44 de la Convención Americana, cuando ejercido en beneficio de los miembros de toda una colectividad, parece encontrar un elemento correspondiente de derecho interno o comparado en la class action, subyacente a la cual encuéntrase la determinación del contenido del interés común de toda la comunidad en cuestión<sup>149</sup>.”*

Trindade señala que en analogía con el Derecho Interno, una acción colectiva deberá ser impulsada por miembros de toda una comunidad cuando estos tengan un perjuicio en común, y unan la acción legal en la llamada acción colectiva, porque la razón de su aparición fue para facilitar la acción procesal a favor de los indefensos.

*“Las class actions se desarrollaron históricamente por una **necesidad procedimental**, siempre y cuando un particular, miembro de una comunidad, actúa judicialmente para prevenir (como en el presente contexto) o remediar un perjuicio individual, que coincide con el perjuicio a todos los miembros de dicha comunidad. Se trata, de ese modo, de una acción legal de protección de los indefensos. Como lo advertí en mi Voto Concurrente en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Resolución de la Corte sobre medidas provisionales de protección del 18.06.2002), la cuestión no ha sido suficientemente tratada hasta la fecha por parte de la doctrina jus internacionalista, con la debida y urgente atención que requiere para la identificación de los medios eficaces para enfrentar los nuevos desafíos de la protección internacional de los derechos humanos en nuestros días, - como el planteado en el presente caso del Pueblo Indígena de Sarayaku, referente a Ecuador, ante la Corte Interamericana<sup>150</sup>.”*

---

<sup>149</sup> Voto Concurrente del Juez Cancado Trindade. Caso Sarayaku vs Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Par.6 Disponible en World Wide Web: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/sarayaku\\_vse\\_02\\_cancado.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/sarayaku_vse_02_cancado.doc)

<sup>150</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto concurrente de A. Cançado Trindade, caso Sarayaku, par. 7

### **2.2.1.1. La *actio popularis* (acción pública).**

“La *actio popularis* (acción pública), originada en el Derecho Romano, fue concebida para la salvaguardia del interés público o general, el cual, a su vez, presumiblemente resguardaría el interés individual; reconocía, así, la solidaridad entre los intereses de la comunidad y los del individuo. Si se admite que la *actio popularis* (con un ámbito más amplio que el de las *class actions*, supra) puede amparar, a un tiempo, un interés individual que coincide con el interés colectivo, puede ella desarrollarse, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, también mediante el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana<sup>151</sup>.”

Siguiendo a Trindade, el “embrión” de un posterior desarrollo de una acción pública internacional se encuentra en el artículo 45 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 45 señala:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.
2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.
3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

---

<sup>151</sup> Id., par 10

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.”

Como bien lo establece el numeral dos, las comunicaciones donde se alegue que otro estado ha incurrido en violaciones de Derechos Humanos **solo son admitidas** con la condición que sean contra un estado que haya declarado la competencia de la Comisión. La Institución de una acción pública internacional daría lugar a la real aparición de un orden público internacional basado en la protección de derechos humanos<sup>152</sup>.

Lo que encontramos en la Convención son obligaciones erga omnes partes, es decir, obligaciones concernientes a todos los estados signatarios de un tratado multilateral. *“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<sup>153</sup>.”*

Aquí se distinguen pues las obligaciones erga omnes y las erga omnes partes, las primeras son obligaciones para toda la comunidad internacional por ser valores en

---

<sup>152</sup> Id., par 8

<sup>153</sup> En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... p.18

común que cada estado busca proteger, mientras que en la segunda, son obligaciones concernientes a estados vinculados por un acuerdo multilateral y condicionadas a lo que estipula el tratado.

Se abre de tal manera, la posibilidad de que un estado haga uso de su derecho de petición, configurando la *actio popularis* en el caso de la Convención Americana. Para que exista una efectiva acción pública internacional se requiere que esta se ejerza con la finalidad de cumplir las obligaciones *erga omnes* (y no solamente las *erga omnes partes*), de esta forma se constituye un positivo “orden público” internacional donde se podrán ejercer acciones públicas contra estados que violenten los derechos humanos sin necesidad de que estos reconozcan la competencia de una institución para poder ser demandados.

### **2.2.2. Dimensión horizontal y vertical de las normas erga omnes.**

Según Trindade, las normas *erga omnes* poseen dos dimensiones: horizontal y vertical. La obligación que existe entre sujetos de Derecho Internacional de proteger un interés común, en este caso los Derechos Humanos, es la denominada **dimensión horizontal**. Tal como lo reconoce el *obiter dictum* del caso *Barcelona Traction* que indican que existen intereses legales que los miembros de la comunidad internacional se encuentran vinculados en cuanto son intereses que los estados buscan proteger y tienen el derecho de demandar que se cumplan tales obligaciones.

Con respecto a la **relación vertical** de las obligaciones *erga omnes* nos encontramos según Trindade frente al deber no solo de los Estados y demás sujetos de Derecho Internacional de proteger los derechos humanos sino a todos los integrantes del estado, sean los agentes de la función pública, los organismos de control e incluso a los mismos individuos.

Así como lo muestra la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Audiencia Pública ante la Corte IDH en el caso *Sarayaku vs el Estado de Ecuador*, argumentó que "los Estados tienen la obligación **erga omnes** de proteger a todas las

personas que se encuentran bajo su jurisdicción, obligación que se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con la actuación de *terceros particulares*<sup>154</sup>.”

La obligación y el derecho de proteger y respetar los derechos humanos no solo la tienen los estados sino también los habitantes del mismo. En tal caso, la acción pública por parte de un estado, podría ir en contra de los individuos de un determinado estado que realizaron violaciones a los derechos humanos y viceversa.

Esto nos recuerda el caso de *Filártiga vs Peña-Irala* donde una severa violación de derechos humanos (tortura) ocurrida en Paraguay fue posteriormente juzgada y castigada en Estados Unidos. Un acto que se consideró que atentó contra la ley internacional tuvo su castigo en un juzgado diferente del país donde se cometió la violación. Aquello sentó precedente para la mencionada relación vertical de las normas erga omnes que anuncia Trindade, debido a que en este caso, la acción fue en contra de un particular por la violación de la ley internacional, acción que se resolvió en Estados Unidos, en donde la Corte Suprema del país reconoció la universalidad de la protección de estos derechos así sean cometidos fuera del territorio estadounidense según el Alien Tort Statute, dando paso a este tipo de iniciativas que empiezan como el “embrión” de la acción pública internacional, acto que constituiría un orden imperativo mundial basado en la protección de los derechos humanos que no solo regule la conducta de los estados, entendidos estos como los órganos, instituciones y agentes del poder público, sino que sancione también las violaciones realizadas por sus particulares, no necesariamente vinculados con el poder público.

---

<sup>154</sup> Cançado Trindade, Op.cit. caso Sarayaku, par. 14

### **2.3. El estado de necesidad**

Ahora bien, tomados ya en cuenta los dos primeros elementos para definir jerarquía en el Derecho Internacional, *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, tocaremos el tema de la invocación de estado de necesidad.

En el articulado 25 del Proyecto de artículos de Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos se establece que un estado se puede eximir de una obligación internacional invocando el estado de necesidad. Se invocan como circunstancias exculpantes de responsabilidad de los estados por hechos que, de no mediar estas circunstancias, serían considerados hechos ilícitos. La Comisión estableció que estado de necesidad deberá ser usado de modo restrictivo poniendo condiciones para su aplicación, como son:

- 1) el hecho a tomar deberá ser el único medio para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave y inminente;
- 2) que el hecho no afecte los intereses esenciales del estado con el que existía la obligación y;
- 3) no se pueden sustraer de obligaciones (invocando estado de necesidad) que dimanen de normas *ius cogens*.

Gran parte del proyecto ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional, y son reflejo de varias normas consuetudinarias y donde no es simplemente de una resolución de la Asamblea General que efectivamente no tiene un carácter jurídico vinculante pero, recordando a Gómez Robledo, el presente proyecto de codificación es una "fuente testificativa" de Derecho Internacional, la cual, a pesar de no ser originadora de derechos, los reconoce y sistematiza mediante el consenso de los estados, codificado, en este caso, las normas de carácter consuetudinario. En especial el presente artículo 25 es considerado como parte del Derecho Internacional consuetudinario<sup>155</sup>.

La Comisión de Derecho Internacional, en su comentario sobre la noción de **interés esencial** de Estado, indica que no es fácil una definición categórica y abstracta sino más bien una definición *in concreto* de los intereses esenciales:

*“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”.*

---

<sup>155</sup> Viñuales. Op.cit. Cuestiones Medioambientales... p.228

Todavía no existe un criterio concreto para la distinción de los intereses esenciales que se pueden alegar y de aquellos que no consienten ser invocados como estado de necesidad.

**Viñuales** propone un método por el cual se pueden distinguir intereses esenciales para alegar o no estado de necesidad. Este método "es la referencia a los valores protegidos por normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*)". Se podría, siguiendo tal paradigma, determinar que intereses esenciales son susceptibles para poder alegar estado de necesidad y poder así eximirse de una obligación internacional y además, en caso de que haya un conflicto entre intereses esenciales de dos países al momento de invocar estado de necesidad, se podría ponderar el nivel de valor que tuviera un interés esencial de un determinado estado en comparación con el interés esencial del otro, dependiendo de cual interés este siendo respaldado por una norma imperativa de Derecho Internacional General.

Viñuales aborda esta problemática al darle nivel jerárquico que tiene la protección ambiental internacional en casos de controversias jurídicas y para esto propone dos hipótesis que hacen surgir un problema:

- A) si la invocación del estado de necesidad se alega en razón de la protección del medio ambiente del estado, considerado por este como un interés esencial.  
(estado de necesidad ecológica)

Como sucedió en el caso *Gabcikovo-Nagymaros* donde Hungría alegó estado de necesidad para eximirse de las obligaciones contraídas con Checoslovaquia debido a que si se sostenía el cumplimiento de estas, se deterioraba el medio ambiente de Hungría (considerado interés esencial de este país).

La Corte estimó que se pueden alegar los peligros graves a la conservación ecológica de un territorio como causal para invocar el estado de necesidad y poder así sustraerse de una obligación.

B) Si se invoca estado de necesidad y de esta manera se afecta al medio ambiente de otro país.

En caso de ocurrir aquello se tendría que considerar la jerarquía de valores del Derecho Internacional, quedando la cuestión de si la protección ambiental es un interés esencial o una norma imperativa de Derecho Internacional General, y, si el estado que invoca un interés esencial está protegiendo un valor de mayor o de menor jerarquía para el Derecho Internacional, en contraste con el estado afectado en su ambiente.

Las normas ambientales podrían servir de límite para la invocación de estado de necesidad, y además, en el artículo 26 nos indica que los estados no se podrán excluir de un acto ilícito, alegando estado de necesidad, por cualquier hecho contrario a obligaciones que emanen de normas *ius cogens*<sup>156</sup>.

Fueron cinco requisitos que la Corte implementó para la admisibilidad del estado de necesidad en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*:

- 1) el interés invocado deberá ser calificado como un interés esencial
- 2) el interés deberá ser amenazado por un peligro grave e inminente.
- 3) necesidad del hecho efectuado como única forma de salvaguardar el interés esencial.
- 4) Dicho hecho no deberá lesionar el interés esencial de otro estado ni violar una norma *ius cogens*.
- 5) Que el Estado que invoque estado de necesidad no haya contribuido a la realización de la situación que pone en peligro su interés esencial<sup>157</sup>.

Proponiéndonos a localizar un género próximo entre el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* y los intereses esenciales, encontramos que estos tres elementos

---

<sup>156</sup> A/RES/56/83

<sup>157</sup> Viñuales, op.cit: Cuestiones medioambientales..., p. 234

comparten un sentido de importancia al valor protegido, que incluso lo sobreponen a los tratados internacionales y a normas de Derecho Internacional, estos se imponen para salvaguardar este valor. Incluso, la invocación del estado de necesidad se encuentra por lo general fundamentado en un interés esencial que se encuentra protegido por una norma *ius cogens*, o *erga omnes*, como lo es la integridad territorial, la protección al medio ambiente o el principio de soberanía<sup>158</sup>.

Por otro lado, los intereses esenciales no son como el caso de las obligaciones *erga omnes*, normas imperativas para terceros estados, ni contrastados con el *ius cogens*, no poseen inderogabilidad, incondicionalidad, y no tiene efectos de nulidad. Además, el respeto de los intereses esenciales de un Estado no incumbe a los otros Estados, es como una obligación independiente, es decir, un Estado no puede demandar como una falta al Derecho Internacional por la violación de los intereses esenciales de otro estado ocasionados por un tercero, solo lo podrá hacer la víctima, exceptuando los casos de legítima defensa colectiva y entre otros<sup>159</sup>.

El autor hace una hipótesis sobre el caso de **Ecuador v. Colombia** por las fumigaciones aéreas. Si Colombia alega estado de necesidad para justificar aquellos hechos (fumigaciones) que vulneraron los derechos del estado de Ecuador. “Colombia ha invocado la necesidad de luchar contra las plantaciones ilícitas de coca y amapola, lo que probablemente está relacionado con la protección de la salud pública de su población, así como también, en el caso de Colombia, de su seguridad interna<sup>160</sup>”.

Los problemas sobre la jerarquía y valor de los intereses esenciales surgirían en caso que Ecuador considere a la vulneración de su medio ambiente como un interés esencial afectado<sup>161</sup>, resultando un *conflicto de intereses esenciales*, en donde la Corte inevitablemente tendrá que establecer una prioridad entre intereses. Claramente en el

---

<sup>158</sup> Id., p. 233

<sup>159</sup> Viñuales, op.cit: La Protección del Medio..., p. 20

<sup>160</sup> Viñuales, op.cit. Cuestiones medioambientales... p. 224

<sup>161</sup> Solo estamos considerando al medio ambiente como destino del interés esencial de Ecuador, mas, no hemos mencionado sobre las violaciones de derechos humanos de las personas afectadas por las fumigaciones.

mismo artículo 25 (1)(b) tenemos que no se podrá ejercer el hecho ilícito alegando estado de excepción si de esta manera se afecta al interés esencial de otro estado, y peor aún, en el artículo 26 se presenta la imposibilidad de invocar estado de necesidad en caso de violar alguna obligación que dimane de normas ius cogens; esto decimos en caso de que la protección al medio ambiente pueda ser considerada como tal.

Por esta razón hemos revisado el presente estudio sobre las consideraciones axiológicas de los intereses esenciales que se encuentren fundamentados en normas imperativas de Derecho Internacional como método de identificación de los intereses que pueden ser o no alegados y teniendo en cuenta que la ponderación tuviera lugar considerando los bienes jurídicos protegidos por ambos países (según el espíritu de la normativa del estado de necesidad que es la salvaguarda de intereses más importantes que otros) que permitiría una interpretación que de mayor prioridad a los intereses esenciales de uno de los estados en la controversia<sup>162</sup>.

#### **2.4. Normas imperativas de protección ambiental.**

Haciendo un intento de enumeración de las normas imperativas de protección ambiental, citando a Jorge Viñuales<sup>163</sup> enumeramos los criterios propuestos que dan mayor valor a ciertas normas de carácter ambiental internacional:

- 1) 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.
- 2) La aceptación que goza la prohibición relativa al daño intencional del medio ambiente durante un conflicto armado, la cual figura en los artículos 33 y 55 del primer Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra.
- 3) El carácter imperativo 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, o por la reacción de la

---

<sup>162</sup> Viñuales. Op.cit. Cuestiones medioambientales... p. 225

<sup>163</sup> Viñuales. Op.cit. La Protección del Medio... p.23

comunidad internacional en relación con la destrucción del medio ambiente durante la guerra del Golfo.

- 4) La Corte Internacional de Justicia 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 imperativas, el ius cogens superveniens.**
- 5) La estrecha relación entre la protección medio ambiental y la protección de los derechos humanos.

Ahora, considerando el hecho de que la doctrina da una muy sucinta especificación de las normas imperativas de Derecho Internacional General, y dentro de ese bagaje, la enumeración de normas imperativas de protección ambiental se torna compleja.

Los criterios para la identificación del ius cogens con una norma internacional de protección ambiental, cambian debido a las diferentes aplicaciones que se pueden observar. El medio ambiente de un Estado en particular no podrá ser considerado como una *res communis*, por lo tanto no dará lugar a una acción pública internacional por parte de otro estado para denunciar cualquier agravio contra el medio ambiente de aquel, sin embargo, estudiaremos los casos en que la conservación ecológica del territorio de un estado puede ser interés de la comunidad internacional cuando se trate del patrimonio común de la Humanidad, dejando la posibilidad para que en un futuro se dé lugar a la invocación de responsabilidad acorde al art.48 del Proyecto, contra un estado que haya perjudicado a este bien común de la Humanidad.

#### **2.4.1. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra**

En el artículo 35<sup>164</sup>(3), relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977. El artículo 33 de dicho Protocolo

---

<sup>164</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I): “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**”

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 “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.”

En el caso Canal de Corfú se indica que ciertas normas de Derecho Humanitario pertenecen al ámbito de *ius cogens* según el criterio de Gómez Robledo:

“la Corte alude a la obligación de las partes de tener presentes “consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempo de paz que en tiempo de guerra”. El término “absolutas”, dentro de este contexto, tiene que ser, por fuerza, sinónimo de *ius cogens*<sup>165</sup>.”

Sin embargo en el pronunciamiento de la Corte mediante Opinión Consultiva sobre la Legalidad de las Armas Nucleares, aclara que la protección ambiental **no es incondicional**:

“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

---

<sup>165</sup> Gómez Robledo, El *ius cogens* internacional, p. 168

medio ambiente es uno de los elementos pertinentes para la determinación de la conformidad de una acción con los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>166</sup>”.

Según este pronunciamiento, las normas imperativas de protección ambiental están en cierta medida limitadas por la necesidad y la proporcionalidad. Comparándola con la exigencia incondicional de las normas que prohíben los crímenes de lesa humanidad y de esclavitud, denotamos una diferenciación clara en cuanto que las normas ambientales no están a la altura de aquellas normas citadas en razón de su inderogabilidad. Por otro lado, tomando en cuenta las normas ambientales de manera similar al principio de la prohibición del uso de la fuerza, que en su aplicación ambas estarían sujetas a posibles excepciones, podría existir la posibilidad de ser considerada una norma de tal jerarquía aunque sometida a ciertas excepciones. Quizás en una evolución doctrinaria por medio de esta vía se desarrolle la idea, de que las normas de protección ambiental lleguen a convertirse en *ius cogens*.

## 2.5. La protección ambiental como una norma con efectos erga omnes

Al hacer una diferenciación de las normas con efectos erga omnes y las normas imperativas, *ius cogens*, abordamos una tarea compleja en el actual sistema de Derecho Internacional debido a que las dos mantienen una “relación ambigua” de “asimilación y distinción” partiendo del hecho de que las mismas normas que han servido para explicar estos conceptos son esencialmente las mismas<sup>167</sup>, dejando a salvo sus diferencias. Lo expresado nos permite reducirlo a la siguiente fórmula: **Todas las normas *ius cogens* poseen efectos erga omnes, mientras que no todas las normas erga omnes tienen la característica de ser *ius cogens***<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Viñuales, La protección del medio ambiente... p. 25

<sup>167</sup> Ibid., p. 27

<sup>168</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Voto Concurrente del juez a.a. Cançado Trindade. Par. 80. Disponible en World Wide Web: [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2352.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2352.pdf)

Si bien es cierto de que tanto las normas imperativas (*ius cogens*) y las normas *erga omnes* protegen principios y valores esenciales para toda la comunidad internacional, evidenciando como denominador común el que todos los estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento, también es cierto que no obstante comparten los aludidos valores comunes en los que se sustenta la estructura misma de la comunidad internacional, el factor diferenciador lo encontramos en cuanto a que las normas con efectos *erga omnes* que no se derivan de su carácter normas *ius cogens*, si pueden establecerse y/o modificarse mediante acuerdo de los estados que les puedan afectar directamente la aplicación de tales normas.

Como ejemplo citamos a la disposición normativa contenida en la Convención del Mar que prescribe que “todo estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con la misma Convención.”<sup>169</sup> Por lo que vemos esta norma dispositiva que fue consensuada con la firma y ratificación de la Convemar, y habiendo sido respetada por la práctica de los estados en términos recíprocos, el límite de 12 millas que comprende la franja de mar conocida como mar territorial, se erigió en principio de Derecho Internacional General, con efectos *erga omnes*.

Ahora bien, se encuentra un contraste con las normas *ius cogens* al ser inderogables por su carácter de imperativas, y solo pueden modificarse por la aparición de otra norma ulterior del mismo carácter.

Como ejemplos de normas *ius cogens* con efectos *erga omnes* que todos los estados se encuentran en el deber de respetar y proteger, tenemos:

- 1) Los derechos fundamentales de la persona humana;
- 2) El principio de igualdad jurídica de los estados;

---

<sup>169</sup> Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar. Art. 3

- 3) El principio de no intervención, esto es el deber que tiene cada estado de la comunidad internacional de abstenerse a intervenir en los asuntos de la jurisdicción interna de los demás estados;
- 4) La prohibición del uso de la fuerza o de la amenaza en las relaciones internacionales;
- 5) El deber que tienen los estados de arreglar las controversias internacionales por la vía pacífica;
- 6) El derecho de los pueblos a su libre determinación;
- 7) El deber que tienen los estados de respetar la inmunidad diplomática del jefe de misión diplomática en el ejercicio de sus funciones, así como el deber de la inviolabilidad territorial de las sedes diplomáticas.

Siguiendo el concepto del obiter dictum de la Corte Internacional de Justicia en Barcelona- Traction sobre las normas erga omnes porque generan obligaciones donde su cumplimiento no se origina en el mero interés individual de los estados sino en un interés común de la comunidad internacional de proteger y velar por el cumplimiento de estas normas, observamos dos aspectos de las normas relativas de protección ambiental, el primero sobre el principio de no causar daños ambientales transfronterizos, y el segundo aspecto sobre la protección del ambiente que no se encuentra en la jurisdicción de ningún estado en particular como los fondos marinos, la Antártida o el espacio exterior<sup>170</sup>. En esta línea, identificando los elementos de una norma erga omnes, como son su cumplimiento general, ser de interés común de los estados y que su cumplimiento e interés no este reducido a un estado en particular.

Observamos que la protección ambiental de zonas fuera de la jurisdicción de los estados se adecúa más al concepto de erga omnes.

Estos conceptos son reunidos en la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, en la Convención de Montego Bay, en los Protocolos adicionales de Ginebra sobre Derecho Humanitario donde velan por la protección de bienes u objetos

---

<sup>170</sup> Viñuales, op.cit: La protección del medio ambiente... p. 28

que trascienden sus fronteras nacionales, y no se limitan a su interés particular sino a un valor general a ser protegido como lo es la capa de ozono, las aguas internacionales y el ambiente en general.

Estas obligaciones pueden ser opuestas frente a cualquier estado, y estos tienen un interés en que sean respetadas. Sin embargo, esto no trae consigo la consecuencia de los elementos de las normas *ius cogens*, como su inderogabilidad, su carácter absoluto, el efecto de nulidad de todo acuerdo en contrario a ellas.

En la opinión disidente del Juez Schwebel en relación a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Legalidad de las Armas Nucleares, éste declara que el uso de carga nuclear sobre la profundidad de los fondos marinos con objeto de destruir un submarino que esté por lanzar misiles, o que haya lanzado misiles nucleares, puede ser lícito. Al tomar en cuenta la proporcionalidad de que este uso no causaría bajas civiles inmediatas, y en comparación con el daño que podrían infligir los misiles nucleares del submarino a la población y territorio de un estado, “compensaría infinitamente” la destrucción del submarino y su tripulación. En cuanto a la radiación causada en los fondos marinos se la considera mucho menor que la que podría ser causada en caso de impacto terrestre.

“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<sup>171</sup>”.

En la hipótesis de un conflicto entre una norma frente a otra de protección ambiental, tenemos presente el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la *Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional*<sup>172</sup> donde aparece la **responsabilidad objetiva**, empero, no tenemos efectos de nulidad sino la obligación de reparar daños.

---

<sup>171</sup> Id., p. 30

<sup>172</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, **A/CN.4/510**, Comisión de Derecho Internacional. En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... P. 31

En cualquier circunstancia, se establece que si estas normas erga omnes se contraponen a otras normas que no tengan dicha característica, no necesariamente tendrán que sufrir efectos de nulidad, lo mismo para actos no prohibidos por el Derecho Internacional en donde los derechos generados a partir de estos tampoco se verían afectados con la invalidación, sino que los estados tendrían la carga de estar obligados a reparar los daños ocasionados a consecuencia de estos actos, debido a la responsabilidad objetiva. Esta situación de daños está dirigida hacia los ocurridos en territorios de estados, como los casos de daños transfronterizos y la responsabilidad estatal que surge por perjuicios.

Para abordar correctamente la responsabilidad por daños ambientales ocasionados en territorios que no son jurisdicción de ningún estado sino que pertenecen a la denominación de *res communis*, tendríamos que citar el sexto informe del ex Relator especial Julio Barboza sobre el ambiente en áreas fuera de la jurisdicción de los estados, donde se expresan las dificultades en determinar las consecuencias jurídicas originadas por actos lícitos pero perjudiciales al medio ambiente:

“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 anterior<sup>173</sup>”

---

<sup>173</sup> UN Doc A/CN.4/428 & Corr.1-4 and Add.1, par. 77-78 en En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... P. 31

“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 [violación a una] obligación *erga omnes* puede ser simplemente la necesidad de reparar el daño (o restablecer la situación anterior) o simplemente la imposición de penalidades<sup>174</sup>”.

Con esto la diferenciación teórica entre el *ius cogens* y las normas *erga omnes* adquiere un respaldo más material que el mencionado anteriormente de forma hipotética.

Para Viñuales, otra forma de manifestarse los efectos de las normas *erga omnes* de protección ambiental, aparte de demandar la cesación y reparación de los daños, es limitando en cierta forma la Soberanía de los Estados:

En la Convención de Montego Bay se establecen ciertas limitaciones a la soberanía de los estados al señalar en sus artículos 193 y 194 que los estados partes 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.

Se agrega también el pronunciamiento del Juez Weeramantry sobre el caso de la Isla Qasiqili Sedudu se puede observar que las **consideraciones ecológicas** son tomadas en cuenta en materias de delimitación equitativa de fronteras marinas aun cuando los estados hayan previsto una línea de demarcación diferente:

*“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*

---

<sup>174</sup> En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... P. 32

*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. 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<sup>175</sup> ...”*

Considero que en los tiempos actuales las normas de protección ambiental son mas proporcionadas a los elementos constitutivos de las normas con efectos erga omnes, que al ius cogens, al permitirse excepciones en cuanto al deterioro ambiental en áreas comunes de la humanidad, como lo son los fondos marítimos en caso de operativos militares. El ius cogens es inderogable, pero sobre todo, tiene como esencia que ningún Estado puede eximirse legalmente de su cumplimiento. Cuando un Estado vulnera normas de carácter ius cogens, trae como consecuencia la condenación internacional de tal acto criminal, y posiblemente, se enfrente a una sanción por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como lo podemos presenciar en los casos de intervenciones humanitarias cuando un Estado haya alterado la Paz y Seguridad Internacional. Sin embargo hay que tener consideración la hipótesis de si un Estado es agente de una destrucción masiva de áreas comunes de la Humanidad, causando repercusiones negativas directas a los miembros de la comunidad internacional, causando con esto que se le apliquen las respectivas sanciones del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Al momento no se ha hecho patente la hipótesis señalada, aunque habría que estimar como una variable que favorecería a vigorizar a las normas de prohibición de causar graves daños al ambiente, el hecho de que la opinión pública internacional se está inclinando a favor de iniciativas ecológicas, como lo demuestra la respuesta de varios

---

<sup>175</sup> Caso de la Isla Qasiqili/Sedudu, Opinión Disidente del Juez Weeramantry, I.C.J. Reports 1999, p. 1184, par. 91-92 en En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... P. 33 -34

miembros de la comunidad internacional como Japón, China, España y entre otros, ante el proyecto ecuatoriano de Yasuní-ITT.

## **2.6. Res Communis, Preocupaciones comunes y Patrimonio común de la Humanidad.**

En la Opinión separada del juez Weeramantry en el caso Gabčíkovo/ Nagymaros se comentó acerca de las preocupaciones comunes de la Humanidad (common concerns).

*“hemos entrado en una era del Derecho Internacional en donde este concierne no solo a los intereses individuales de los estados sino que ve mas allá de ellos y de sus preocupaciones parroquiales para servir a los grandes intereses de la Humanidad y del bien global...el Derecho Internacional del medio ambiente necesitará proceder trascendiendo los derechos y obligaciones de las partes, de los intereses individuales de los estados que no tienen relación con las preocupaciones comunes de la Humanidad en su conjunto<sup>176</sup>”.*

Conforme a la superación del modelo de Derecho Internacional que está basado en la mera protección de intereses individuales de los estados, el concepto de res communis aparece y toma vigor en la comunidad internacional al poder modificar la antigua organización jurídica del globo.

Estudiamos elementos de carácter común que son propios de los estados del globo y que pueden ser considerados como elementos trascendentales de la comunidad internacional donde su protección y relevancia adquieren un valor objetivo,

---

<sup>176</sup> we have entered an era of international law in which international law subserves not only the interests of individual States, but looks beyond them and their parochial concerns to the greater interests of humanity and planetary welfare International environmental law will need to proceed beyond weighing the rights and obligations of parties within a closed compartment of individual State self-interest, unrelated to the global concerns of humanity as a whole (la traducción es nuestra)”, Caso concerniente al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary/Slovakia) 1997 ICJ Rep. 7 (25 Sept.), Separate opinion of Vice-President Weeramantry, at 115 en SHELTON, Dinah. “Common Concern of Humanity”, *Iustum Aequum Salutare*, V.2009/1 33-40

contribuyendo de esa forma a robustecer a las normas de protección del medio ambiente (obligaciones que comparten los estados debido a que todos participan de estos bienes que se encuentran interrelacionados dentro y fuera de sus fronteras) y por lo tanto, la existencia de estos elementos no admite una política individualista sino de una cooperación para llegar a la realización de una meta de la comunidad de estados.

“res communis, preocupaciones comunes, intereses comunes, patrimonio universal y patrimonio común de la Humanidad, con una visión distinta de la concebida por el Derecho Internacional público clásico. Como se estudiará, esta tendencia ha estado particularmente influenciada por el Derecho Internacional ambiental, basado fundamentalmente en los intereses comunes de la Humanidad<sup>177</sup>.”

En el Convenio Internacional sobre la Regulación de la Pesca de la Ballena<sup>178</sup>, se reconoce en su preámbulo el interés mundial de salvaguardar para las futuras generaciones el gran recurso natural representado por las ballenas. En el Convenio de Tokio<sup>179</sup>, expresó por parte de los estados sobre la necesidad de servir al interés común de la Humanidad para asegurar el máximo de productividad sustentable de los recursos pesqueros en el Océano Pacífico Norte.

En el Tratado Antártico<sup>180</sup> se menciona al medio ambiente como la preocupación común de la Humanidad. En su preámbulo nos señala que es un interés de toda la Humanidad que la Antártida pueda continuar para siempre a ser usada exclusivamente para propósitos pacíficos.

---

<sup>177</sup> CARDENAS Y CADENA, “Desafíos impuestos por el Derecho Internacional ambiental al Derecho Internacional clásico”, ACIDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Vol. 2, pp. 141-174 2009, pp. 145

<sup>178</sup> Convenio Internacional sobre la Regulación de la Pesca de la Ballena (1946)

<sup>179</sup> Convenio de Tokio sobre las Pesqueras de Alta Mar en la Océano Pacífico del Norte de 1952

<sup>180</sup> Tratado Antártico (1959)

En la Convención de Camberra sobre Conservación de los Recursos Marinos de la Antártida<sup>181</sup> se mencionó a la preservación y uso pacífico de las aguas alrededor del continente antártico como interés de toda la Humanidad.

La Convención de Bonn sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres<sup>182</sup> indica en su preámbulo que los animales silvestres, en sus innumerables formas, son una parte irremplazable que tiene que ser conservada para el bien de la Humanidad.

En la Convención sobre la Conservación de los Hábitats Naturales y Vida Salvaje Europea<sup>183</sup> aparecen los conceptos de intereses generales y reconoce que la flora y fauna silvestre constituye un patrimonio natural que necesita ser conservado para las futuras generaciones. En la Convención de las Naciones Unidas para Combatir la Desertificación<sup>184</sup> se considera como preocupación *urgente* de la comunidad internacional a los impactos adversos de la desertificación y sequias.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica explícitamente expone el principio de preocupación común de la Humanidad, estableciendo la importancia de la conservación de la diversidad biológica como una preocupación común. Al establecerse como preocupación común de la Humanidad a la conservación de los recursos biológicos y al cambio climático, se dirige al reconocimiento de la necesidad de la cooperación internacional para afrontar y dar respuesta a estos problemas que afectan al globo en su totalidad.

Son estas preocupaciones las que apuntan hacia un objeto de común interés donde la protección del medio ambiente tiene su relevancia en el Derecho Internacional, trascendiendo las fronteras de los estados y mas allá de su jurisdicción, los ejemplos

---

<sup>181</sup> Convención Internacional sobre la conservación de los recursos marinos vivos del Antártico (20 de mayo de 1980)

<sup>182</sup> Decisión 82/461/CEE del Consejo Europeo (24 de junio de 1982)

<sup>183</sup> Convención sobre la Conservación de los Hábitats Naturales y Vida Salvaje Europea (1979)

<sup>184</sup> Convención de las Naciones Unidas de la Lucha contra la Desertificación y Sequia

los tenemos consagrados en tratados sobre los mares, la Antártida y al espacio exterior<sup>185</sup>.

Lo cual atribuye a los estados diferentes derechos y obligaciones sobre aquellos espacios públicos internacionales. Estos no podrán utilizarlos de forma que atenten contra la paz o que causen daños ambientales. Deberán los estados compartir la información que se obtenga por las investigaciones científicas realizadas, y en cuanto a la explotación de los recursos naturales, los estados deberán explotarlos en interés de la Humanidad, con fines pacíficos, con el objetivo de obtener conocimientos científicos y proteger al ambiente<sup>186</sup>.

Siendo el entorno ambiental una preocupación común de la Humanidad se configura como una ecología interdependiente entre los estados donde el interés colectivo de éstos puede recaer sobre las actividades que lo vulneren dentro del territorio de cualquier jurisdicción estatal.

Difícil, sin embargo, es determinar el daño producido sobre un lugar fuera de la jurisdicción de los estados, la responsabilidad de los causantes, y sus efectos en los seres humanos de acuerdo con el comentario del ex relator Julio Barboza debido a que estamos hablando de un asunto problemático que es el estudio y prueba de la causalidad remota de estos daños que afectan a los seres humanos<sup>187</sup>.

Así podemos comprobar la reacción de la comunidad internacional por el caso de la posible explotación de las reservas Yasuní, debido a que se encuentran dentro de la jurisdicción del estado ecuatoriano, y sin embargo, su explotación afectaría al equilibrio de diversos ecosistemas en el mundo, constituyendo de tal manera, una *preocupación común*.

---

<sup>185</sup> Nanda, Ved Prakash & Pring, George. *Environmental Law & Policy for the 21st Century*, First Edition, Transnational Publishers, New York, 2003, p. 35 en: Cárdenas y Cadena, Op.cit, p. 149

<sup>186</sup> Cassese, Antonio. *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p. 93. en: Cárdenas y Cadena, op.cit. p.148

<sup>187</sup> UN Doc A/CN.4/428 & Corr.1-4 and Add.1, par. 77-78 en Viñuales. op.cit La protección del medioambiente... p. 31

Existen tratados internacionales que mencionan la preocupación que comparte la Humanidad entera de velar por el cuidado del ambiente con el fin de contar con condiciones saludables para las presentes y futuras generaciones, estos instrumentos focalizan conceptos como la biodiversidad, recursos genéticos, protección de fauna silvestre, todos vinculados no solo para los estados partes sino para el bienestar de la comunidad internacional, que tiene la *obligación*, en virtud de estos instrumentos internacionales, de emprender esfuerzos en conjunto para tomar acciones en beneficio del interés común de la Humanidad.

Las obligaciones erga omnes relativas a cuestiones ambientales parten del deber que tienen los estados sobre estas preocupaciones y bienes comunes que tratan de áreas fuera de la jurisdicción de los estados, aunque hasta ahora no existen casos en donde se haya tomado una acción pública demandando a los estados que tomen las medidas efectivas, sea de manera individual o colectiva, para proteger al medio ambiente al ser este una preocupación en común de la comunidad internacional.

La acción efectuada contra un estado imputándole responsabilidad, puede, de hecho, ser impulsada por la violación de una obligación internacional por parte de un estado que afecte a la comunidad internacional pero ésta queda condicionada.

Según el artículo 42 del *Proyecto de los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, “cuyo contenido es actualmente considerado costumbre internacional<sup>188</sup>”, nos señala que los estados pueden imputar responsabilidad a cualquier otro estado en casos de que la afectación sea en relación al estado perjudicado de forma individual, hacia un grupo de estados o en relación a la comunidad internacional y el incumplimiento de la obligación deberá afectar particularmente al estado que invoca la responsabilidad. Mientras que en el artículo 48 si da la posibilidad que un estado no lesionado invoque la responsabilidad contra otro si este ha incurrido en el incumplimiento de una obligación con la comunidad internacional.

---

<sup>188</sup> Cárdenas y Cadena, op. cit. p. 151

Las normas erga omnes implican el cumplimiento de una obligación general para con todos los estados al constituir un interés global. La importancia de una cuestión internacional no la convierte automáticamente en una Preocupación Común de la Humanidad, ciertamente para llegar a serlo tendrá que trascender las fronteras de las nacionalidades y se requiere tener acciones colectivas para responder ante estas preocupaciones. No se puede dar toda la responsabilidad a un solo estado de cumplir y de tomar las medidas necesarias para encargarse de esta cuestión que pertenece a la responsabilidad de comunidad internacional, cuando en realidad deberían unir esfuerzos de cooperación entre los estados para lograrse un objetivo común. La vulneración de la materia concerniente a la preocupación común es objeto de imprecisión cuando se busca establecer responsabilidad de un estado particular, debido a que no se tiene la tradicional relación bilateral o multilateral donde se puede invocar la responsabilidad de un estado por la falta de cumplimiento de un acuerdo internacional, y donde de manera expresa, en estos casos, las partes contrayentes se comprometieron a cumplir ciertas obligaciones entre si.

Los conceptos de patrimonio común, áreas comunes y preocupaciones comunes parecen correlativos pero en realidad se diferencian unos a otros. El Derecho Internacional ha definido en distintos tratados la existencia de áreas comunes entre los estados (alta mar, Antártida, espacio exterior).

Tenemos por otro lado que las áreas comunes (res communis) como lugares determinados que son compartidos por los estados y que su uso no puede ser exclusivo de uno solo de dichos estados, sino que les pertenece a todos y ninguno se puede apropiarse de esas áreas. El concepto de res communis no es una forma de copropiedad porque prohíbe la apropiación individual, pero sí permite el uso común de un recurso.

Las áreas comunes se diferencian de las preocupaciones comunes en que estas no son espaciales, es decir, no son materiales sino que son valores destinados a un

objetivo común a alcanzar, el mismo que involucra su desarrollo dentro y fuera de la jurisdicción de los estados, no solo fuera de sus límites territoriales sino que también involucran los acontecimientos internos de los estados.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural<sup>189</sup> designa al patrimonio común en relación a los recursos culturales y naturales. Su preámbulo declara que ciertas áreas naturales y ciertos lugares deben ser preservados como parte del patrimonio común de la Humanidad y da énfasis en la protección de los recursos naturales de gran valor dentro de los territorios de los estados partes.

Las **preocupaciones comunes** son valores destinados a protegerse, no son objetos ni áreas materiales; y por último, está el **patrimonio común de la Humanidad**, que comprende ciertos recursos naturales (y culturales) de gran valor para los seres humanos, los cuales deben ser protegidos para las generaciones futuras mediante una legislación internacional, pudiendo tratarse de recursos compartidos como lo son los fondos marinos o también de recursos o reservas nacionales como un parque protegido.

La mayor generalidad se encuentra en las preocupaciones comunes seguidas del patrimonio común, y por último, por estar limitadas a permanecer fuera de la jurisdicción de los estados, las áreas comunes. El problema ambiental es un problema común del planeta, no pudiendo estar restringida su efectiva solución a esfuerzos nacionales, o regionales, sino que tal solución debe ser el resultado de la cooperación internacional, una solución que incluya el aporte de todo el conjunto de estados y personas que habitan en la tierra.

### **2.6.1. Efectos legales del reconocimiento de las preocupaciones comunes.**

---

<sup>189</sup> UNESCO, Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural adoptada por la Conferencia General en París el 16 de noviembre de 1972.

Una consecuencia lógica del establecimiento de las preocupaciones comunes es la aparición de las obligaciones erga omnes entre los estados. Sin embargo, es difícil afirmar que éstos, de manera individual, impulsarían una acción para demandar el cumplimiento de estas normas que son interés de la comunidad internacional<sup>190</sup>.

No obstante, la cooperación internacional en el proceso de creación de normas internacionales ha servido como un innovador mecanismo de cumplimiento de tratados que abarcan intereses generales de la Humanidad. Estos acuerdos internacionales tienen en común que no señalan una reglamentación explícita de conducta debido a que los derechos y deberes de la comunidad internacional sobre materia de preocupaciones comunes, deberán estar armonizados con el respeto a la soberanía de los estados.

De igual forma, se limita la libertad de acción de los estados, incluso de los estados que no aparecen como implicados de forma directa. El daño al ambiente al ser identificado como una preocupación común de toda la Humanidad, abre el alcance de las normas erga omnes, no de manera que se imponga un código estricto de conducta a los estados sino que aparece la obligación de dichos estados de participar en la **cooperación internacional** para alcanzar los objetivos necesarios que respondan ante estas preocupaciones. Así vimos en el caso *Mox Plant* de Irlanda contra el Reino Unido, el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar en el dictamen en que estableció sus medidas provisionales opinó que “*el deber de cooperar es un principio fundamental en el Derecho Internacional público, así como el mismo contenido en las relevantes provisiones de los tratados y que los derechos que surgen a partir de ahí el Tribunal los protegerá*<sup>191</sup>”.

---

<sup>190</sup> Dinah Shelton, op.cit. Common Concern... pp. 39

<sup>191</sup> International Tribunal on the Law of the Sea, Dec. 3, 2001, *reprinted* 41 ILM 405 (2002), de: Dinah Shelton, op.cit: Common Concerns p. 39 “the duty to cooperate is a fundamental principle in general international law, as well as one contained in the relevant treaty provisions, and that rights may arise therefrom which the Tribunal may protect. (la traducción es nuestra)

El Tribunal ordenó que las partes cooperen entre sí para intercambiar información sobre las consecuencias medioambientales, y tomar las medidas necesarias para prevenir daños resultantes del proyecto.

Varios regímenes de tratados internacionales expresan requerimientos específicos de cooperar, para lo cual es requerida la planificación de procedimientos institucionales. Estos regímenes establecen principios, normas y procedimientos que evolucionarán con el tiempo para establecer acciones colectivas y podrá ser finalmente considerada la dimensión institucional de las preocupaciones comunes de la Humanidad, dándole más efectividad en el ámbito del Derecho Internacional Público<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> ídem

## **CAPITULO III: Conceptos y Jurisprudencia de respaldo**

### **1- Responsabilidad Internacional**

Tenemos diversos tipos de criterios de responsabilidad, exponemos tres de ellos:

**La negligencia** se la comprueba a través de verificarse si hubo o no la debida diligencia de un determinado procedimiento preestablecido por ciertos estándares a seguir, si el Estado no los siguió debidamente, se le imputa conducta negligente originando responsabilidad.

**La responsabilidad objetiva** vela indiferentemente por el daño causado, mas no tomando en cuenta si se procedió de acuerdo al principio de debida diligencia. No requiere prueba de la intención positiva de arrojar un daño, la carga de la prueba se invierte y solo se demuestra la vinculación de causalidad entre la actividad y el perjuicio ocasionado sin necesidad de probar que existió una conducta negligente o actitud dolosa por parte del Estado. Un ejemplo de este criterio de responsabilidad lo tenemos en la Constitución del Ecuador en el artículo 396.

**En la responsabilidad absoluta** o incondicional no es necesario probar que existió un nexo causal entre el sujeto agente y el daño ocurrido, existe la presunción de causalidad y no hay forma de eximirse de la reparación del daño causado. Este tipo de criterio de responsabilidad se aplica de manera restringida puesto que es una solución extrema que se ejecuta cuando los criterios de la responsabilidad clásica no son suficientes, de manera que si no es aplicada la responsabilidad absoluta se dejaría el daño en la impunidad. La encontramos en el Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, hecho en Londres, Moscú y Washington, el 29 de marzo de 1972. Art. 2: "Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad

La obligación de los estados de responder por las consecuencias de sus actos la podemos categorizar entre:

- responsabilidad por hechos ilícitos.
- responsabilidad por actividades lícitas.

Esta última es fuente de controversia al plantear el problema de la responsabilidad objetiva sobre daños ocurridos por actividades lícitas, es decir, aquella que se imputa sin necesidad de probar que exista una intención de arrojar un daño (dolo), o demostrar falta de debida diligencia o contravención alguna, sino que solo tiene en cuenta los daños ocasionados.

En el Convenio de 1972 sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales se plantea el problema de la reparación de un daño ocasionado por una actividad lícita. Aún en el caso de que la actividad sea realizada por una persona privada, el estado tendrá que responder por los perjuicios efectuados por los particulares, por constituir un tipo de actividad ultra riesgosa en donde el estado tiene el deber de ejercer los controles y regulaciones necesarias para evitar este tipo de daño. El demandante no está obligado a probar la existencia de una negligencia estatal debido a que esta se presume y en cualquier caso, el estado responderá por los daños así demuestre que se realizó la debida diligencia por parte de los controles estatales. (Estamos frente a una responsabilidad absoluta)

En la acción probatoria, el demandante no se preocupa en verificar si la conducta fue culposa o dolosa, lo único que debe probar es el nexo causal entre la actividad desarrollada y el daño.

---

absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo.”

Para Wilfred Jenks<sup>194</sup>, las actividades ultra riesgosas no dependen de la probabilidad del riesgo, sino de las consecuencias en caso de que se materialice la posibilidad del daño, de que estas pueden llegar a tener un grave impacto y en caso de no existir reglamentación específica sobre la responsabilidad del Estado, se daría lugar a la impunidad.

La imputación de la **Responsabilidad Objetiva** es una figura jurídica que no puede configurar una regla de general aplicación sino que deberá regir en los casos donde la responsabilidad clásica no es susceptible de aplicabilidad<sup>195</sup>.

Los campos considerados como actividades ultra riesgosas son la aviación, contaminación aérea, fluvial y marítima, actividades nucleares, espacio extra atmosférico, problemas posibles por operaciones en la plataforma continental y fondos marítimos, modificaciones climáticas, experimentos biológicos.

Jenks afirma que la responsabilidad objetiva sería inaceptable para los que conciben al Derecho Internacional como un ordenamiento limitado a reglas específicas que derivan su autoridad del consentimiento explícito de los estados, mientras que para otros, si puede existir la responsabilidad general para actos de riesgo excepcional, esto es, actos que no impliquen una actividad ultra riesgosa sino una actividad que el riesgo no sea tan probable, aun cuando no esté expresada ni en tratados ni en organismos internacionales. Esta es una concepción del Derecho Internacional como un cuerpo dinámico y en desarrollo creciente con las necesidades de la Comunidad Internacional.

En la doctrina clásica de la responsabilidad basada en la culpa, sea ésta por dolo o negligencia, es una tesis artificial, inadecuada para determinar responsabilidad estatal en casos que se opere con una tecnología de última generación al tener como una imposibilidad el llegar a un consenso de estándares de *debida diligencia* para operar esta clase de actividades, por lo mismo la interpretación de una posible negligencia en

---

<sup>194</sup> Jenks C.W., Liability for ultra-hazardous activities in International Law, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, I, 1966, p.107. extraído de : Gómez Robledo Verduzco, Responsabilidad Internacional por daños transfronterizos. Universidad Autónoma de México. México, 1992. p.14

<sup>195</sup> Gómez Robledo V. op.cit Responsabilidad Internacional... p. 14

la operación tecnológica estaría a al criterio del juez condicionado por el informe pericial<sup>196</sup>.

Sobre este tema, a criterio de J. Kelson se debe afirmar categóricamente el reconocimiento de la responsabilidad objetiva por daños cometidos por actividades anormalmente riesgosas como principio general de Derecho Internacional. Compara el Derecho Interno de países como Estados Unidos, la Unión Soviética y Francia, concluyendo que en estos sistemas existe consenso en imputar responsabilidad objetiva por actividades que impliquen riesgos excepcionales. Kelson formula el principio de Derecho Internacional de la siguiente manera: “en aquellas hipótesis en que el riesgo o peligro de daño proveniente de una actividad tecnológica o industrial sea de naturaleza substancial, ya sea por la probabilidad o magnitud del daño, y tenga un carácter transnacional, el operador de tal actividad asumirá una responsabilidad objetiva por los daños y perjuicios causados por la actividad en cuestión, independientemente de saber si el daño pudo, o no, haber sido evitado<sup>197</sup>.”

Federick Goldie<sup>198</sup>, profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Siracusa, analiza el criterio de la responsabilidad objetiva por actividades espaciales y propone que puede ser aplicado de manera análoga a problemas transnacionales ocurridos por la operación de tecnología de última generación como es la utilización pacífica de energía nuclear, exploración de gas y petróleo submarino, explotaciones geológicas en plataformas continentales. Cualquiera de estas actividades no prohibidas por el Derecho Internacional que por accidentes, negligencias u otras causas, provoquen perjuicios, estos son imputables a los estados, así sean realizadas por sujetos privados. La imputación de la responsabilidad objetiva “ya sea en su forma de responsabilidad objetiva, o en su forma extrema de responsabilidad absoluta)” sirve para reducir la potencialidad del daño puesto que el Derecho Internacional contiene

---

<sup>196</sup> Id., p. 16

<sup>197</sup> Kelson, J., State responsibility and the abnormally dangerous activity, Harvard International Law Journal, vol. 13, 1972, p. 229

extraído de: Gomez Robledo V. op.cit. Responsabilidad... p. 16

<sup>198</sup> GOLDIE Federick. Liability for damage and the progressive development of International Law. International and Comparative Law Quarterly, vol. 14, 1965, p. 1189 - 1264. En Gomez Robledo V. Op.cit. Responsabilidad... p. 17

muchas normas facultativas que permiten la realización de este tipo de actividades de riesgo excepcional, pero que al mismo tiempo este riesgo es potencialmente real.

Fred Goldie es partidario del reconocimiento de una *actio popularis* que permita a un estado demandar a otro estado “en nombre de la comunidad internacional y poseyendo un interés concreto” ante la Corte Internacional, por daños ocurridos a la protección del medio ambiente<sup>199</sup>.

En el proyecto de artículos de la Responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos, podemos ver en su articulado 42, una puerta para un cierto tipo condicionado de *actio popularis* en donde un estado puede invocar responsabilidad internacional en caso de ser un estado lesionado por el hecho de que la afectación se haya efectuado en perjuicio de un grupo de estados al cual ese estado pertenece, o en relación a la comunidad internacional en su conjunto, y necesariamente la violación de esa obligación deberá afectar individualmente al estado demandante o modificar radicalmente la situación de los demás estados con los que existe esa obligación con respecto a su ulterior cumplimiento. Con respecto a esta última situación, la Comisión de Derecho Internacional en su Informe acerca de este Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad estatal, nos da como ejemplos un tratado de desarme o un tratado de zona libre de armas nucleares, el cual, necesita para su ulterior realización el cumplimiento recíproco por parte de los estados. Si un estado incumple alguna disposición de un acuerdo semejante, esto causaría a los demás estados la imposibilidad de mantener el desarrollo del tratado y los forzaría a incumplir con las providencias del mismo. Por tal razón, la CDI denomina a estas obligaciones como *Integrales o Interdependientes*<sup>200</sup>.

En el artículo 48 la posibilidad de una *actio popularis* se presenta más accesible al establecer la invocación de la responsabilidad por parte de un estado que no sea necesariamente el estado lesionado, si la obligación violada existe con relación a un grupo de estados al cual el estado invocante pertenece, y esta obligación ha sido

---

<sup>199</sup> id.. p. 17

<sup>200</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 52º periodo de sesiones, 23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, suplemento Nº 10 [A/56/10] pp.326 comentario del apartado b)ii) del art.42, numeral 13

establecida para la protección de un interés colectivo del grupo. La CDI comentó sobre el interés colectivo y señaló que éste tendrá que necesariamente trascender de la mera esfera de relaciones multilaterales de los miembros de una determinada organización internacional y deberá que tener un interés común mucho más amplio que no se limite a los de su organización local o regional. Menciona específicamente al **medio ambiente** como ejemplo de tal interés común y declara que este artículo se hizo para fomentar la inclusión del interés común en las políticas y acuerdos regionales que estén por encima de cualquier interés individual de los estados interesados<sup>201</sup> .

También se encuentra la situación donde la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto, la CDI indica que la referencia de este tipo de obligaciones se encuentra en el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, sobre la mención de las normas *erga omnes*. Al existir ciertas obligaciones que se deben no solo determinados estados entre sí, sino a la comunidad internacional en su conjunto, donde todos los estados poseen un interés jurídico en su cumplimiento, no excluye el hecho de que esas mismas obligaciones “pueden al mismo tiempo proteger los intereses individuales de los Estados, de la misma manera que la prohibición de actos de agresión protege la supervivencia de cada Estado y la seguridad de su población<sup>202</sup>.”

## **2- Jurisprudencia Internacional por daños transfronterizos.**

Basándonos en los trabajos recopiladores de Alonso Gómez Robledo Verduzco<sup>203</sup>, hacemos una exposición de casos donde se han producido litigios internacionales por daños ambientales transfronterizos. Analizando la responsabilidad de los estados por hechos ilícitos, originados estos por ser un acto u omisión imputada a un estado, de

---

<sup>201</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), 52º periodo de sesiones, 23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, suplemento N° 10 [A/56/10] pp. 352

<sup>202</sup> *Ibid*, p.353

<sup>203</sup> Gómez Robledo Verduzco. Temas selectos de Derecho Internacional, Universidad Autónoma de México. México, 2003 (cuarta edición) pp. 350-374

acuerdo al Derecho Internacional, y también, una violación de una obligación internacional, según consta en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los estados sobre hechos ilícitos.

El estudio crítico de la jurisprudencia internacional nos podrá dar el conocimiento sistemático del alcance y contenido material del principio de responsabilidad, tomándolo especialmente dentro del ámbito del Derecho Ambiental Internacional.

Poniendo como primera cuestión de este estudio se plantea la responsabilidad de todo daño ocurrido dentro de la jurisdicción territorial del estado y que tal daño produzca efectos perjudiciales fuera de la jurisdicción de sus fronteras y jurisdicción, afectando en consecuencia a otros estados.

Como segundo planteamiento se encuentra la cuestión de que si la debida diligencia puede considerarse como factor y medida para formar el criterio de evaluación sobre la responsabilidad de un estado sobre daños que afecten a terceros.

En el caso *Ciertos intereses alemanes en Alta Silesia polaca* la Corte hace mención de los elementos de la **debida reparación**: “los Principios que deben utilizarse para determinar la suma de la debida indemnización...”

- a) Restablecer la situación que con toda probabilidad no se hubiera producido si no se hubiere cometido el acto ilícito, esto es, eliminar las consecuencias producidas por el hecho que originó el daño.
- b) De no ser posible la restitución en especie, convendrá el pago de una suma que corresponda al valor que tendría la restitución en especie.
- c) Aparte del pago de la suma, tendrá lugar una indemnización por daños y perjuicios ocasionados en consecuencia del acto ilícito.

Siguiendo ahora con la exposición de jurisprudencia se procede con el caso clásico de la materia de daños transfronterizos: Trail Smelter.

## 1- Trail Smelter

En la disputa legal ocurrida entre Estados Unidos y Canadá donde según Gómez Robledo se encuentran los principios aplicables a la contaminación transfronteriza cuyos detalles se describen mas adelante.

Es en Trail Smelter donde se consagra la responsabilidad del estado (cuestión primera) por actos de contaminación transfronteriza que tiene como origen el daño dentro de su jurisdicción territorial ocasionando daños en el territorio de terceros estados.

La soberanía territorial de los estados es una norma reconocida en el artículo 2 de la Carta de ONU, donde la vemos condicionada a la prohibición de causar daños transfronterizos. Podemos ver el caso donde un país ejerce actividades de explotación de recursos naturales en su propio territorio soberano, si esta actividad de explotación trae daños ambientales para su propio territorio no es suficiente para generar una disputa legal internacional, el problema se presenta cuando estas actividades ocurridas dentro del territorio del estado rebasan sus fronteras nacionales por causa de los vientos y otros agentes naturales como los ríos, mares y suelos, dando lugar a daños y perjuicios a otros estados aún sin la intención de provocarles tales perjuicios. Nos encontramos ante el siguiente escenario.

Del arbitraje acontecido entre las partes (Estados Unidos y Canadá) en donde se enfatizó, muy aparte de la prohibición de causar daños transfronterizos, la obligación del estado en velar porque la realización de las actividades de sus particulares se desarrollen de conformidad con el Derecho Internacional, según también lo vimos posteriormente en el principio 2 de la Declaración de Rio de 1992.

### **Fundición del Trail.**

Canadá y Estados Unidos tienen un rio en común, el Columbia. Teniendo su fuente en territorio canadiense, el río pasa por un sitio denominado "Trail" donde se encuentra una planta de Fundición de zinc y plomo. Trail está localizada a 11 millas de la frontera con Estados Unidos.

En 1906 la empresa Consolidated Mining and Smelting Company of Canada adquiere la planta de fundición mencionada. Ésta a partir de los siguientes años comienza a explotar los recursos de manera ininterrumpida, y crece muy rápidamente.

Entre 1925 y 1927 la fundición aumenta considerablemente las fundiciones de zinc y plomo provocando una intensa descargar al aire de gases de bióxido de azufre.

De 1925 a 1931 se constatan daños en el estado de Washington (territorio estadounidense) a consecuencia de las emanaciones del bióxido de azufre.

Varios granjeros del estado de Washington presentan quejas a la fundición por los daños ocasionados a sus propiedades, tierras y cultivos. La compañía comenzó a otorgar indemnizaciones por perjuicios ocasionados. La primera queja formal data de 1926.

Oficialmente la primera presentación del asunto de las emanaciones tóxicas y sus efectos perniciosos fue hecha por el cónsul general de Estados Unidos en Ottawa, al gobierno de Canadá, en 1927

En 1927 Estados Unidos propone a Canadá que los problemas surgidos por la Fundición Trail fuesen remitidos a la Comisión Internacional Conjunta en virtud de la Convención existente entre EEUU y Gran Bretaña de 1909, a fin de investigar y presentar informe de daños ocasionados por las emanaciones de la fundición, y hacer las investigaciones científicas pertinentes para determinar las causas reales de los perjuicios.

### **Informe de la Comisión**

La Comisión se reunió desde 1928 para la recepción y examen de pruebas, informes científicos, presentación de testimonios, argumentos en defensa de ambas partes.

Para 1931 la Comisión establece en forma unánime que todos los daños ocurridos debido a las emanaciones provenientes de la fundición Trail Smelter serían compensados con la suma de 350.000 dólares, recomendando varias medidas con objeto de reducir emanaciones perjudiciales.

En 1933, EEUU comunicó a Canadá que las condiciones existentes eran insatisfactorias, los cultivos y tierras seguían sufriendo daños de gran envergadura. Se reanuda negociaciones diplomáticas con el fin de encontrar una solución a los nuevos percances.

### **Acuerdo especial de Arbitraje de 1935**

Se plantean cuatro cuestiones a resolver por parte del Tribunal Arbitral:

- 1) ¿Han ocurrido los daños producidos por la Fundición Trail a partir de 1932?
- 2) En caso de existir daños ¿debe exigirse a la Fundición Trail que se abstenga de ocasionar daños? ¿en que medida?
- 3) ¿Qué medidas o régimen deberán ser adoptados por la Fundición Trail?
- 4) ¿Qué indemnización procederá?

En el compromiso arbitral se señala que el tribunal deberá aplicar el derecho y jurisprudencia de Estados Unidos, y el Derecho y practica internacional.

### **Laudo de 1938**

La Comisión Arbitral se avoca el estudio del clima y topografía, dirección de vientos y otros estudios para dilucidar las causas reales de los daños producidos.

Canadá alegaba que incluso si los gases emanados hubiesen penetrado territorio estadounidense, los mismos no hubiesen generado ningún después de 1932.

La comisión constató que las emanaciones aparecieron simultáneamente en varios puntos a lo largo del valle. Los humos fueron transportados por corrientes de aire y a través del río.

La Comisión consideró los daños a Estados Unidos sobre las tierras cultivables y tierras no cultivables, ganado, propiedades, empresas y el tema de la violación a la soberanía alegada por tal país. En la gran mayoría, estos supuestos daños fueron descartados por la comisión como daños que dan lugar a una indemnización debido a no estar suficientemente comprobados, ser demasiado indirectos y remotos.

### **Violación de la Soberanía**

Sin embargo, en relación a la demanda de violación de la soberanía alegada por Estados Unidos es necesario analizar el razonamiento que usó el Tribunal Arbitral para desechar tal pretensión.

Se desestimó la pretensión porque de conformidad al acuerdo arbitral de 1935 las partes contratantes sometieron ante el Tribunal cuestiones relativas a los daños producidos por la fundición Trail. El Tribunal consideró que no fue la intención de las partes incluir en el acuerdo arbitral las sumas de dinero gastadas por Estados Unidos como parte de la indemnización demandada. Las mismas sumas fueron usadas con el fin de la investigación científica y jurídica para poder determinar las causas de los daños y efectos concretos de las emanaciones. Aquellas sumas estaban incluidas en la demanda de Estados Unidos sobre lo concerniente a la Violación a la Soberanía.

No se incluyó la cuestión respecto a la violación de su soberanía en el acuerdo arbitral, por tanto no era competencia del Tribunal decidir indemnización por tal causa.

### **Decisión**

Se determinó que las indemnizaciones respecto a los daños entre 1932 a 1937 se estiman de 78.000 dólares a consecuencia de emanaciones de gases perjudiciales.

Jaques Ballenger en su comentario del fallo opinó que el monto establecido es risible en comparación con todos los gastos realizados por el gobierno de Estados Unidos durante el proceso<sup>204</sup>.

En lo relativo a la Cuestión #2, el Tribunal resuelve que la fundición Trail debe abstenerse de causar daños hasta 1940. En cuanto a la cuestión tercera, el tribunal, no siendo capaz de determinar un régimen permanente y no siendo el propósito paralizar irracionalmente el funcionamiento de la planta de fundición y causar graves pérdidas económicas y laborales, se establece un régimen temporal compuesto de expertos científicos con vistas al control de la contaminación.

### **Laudo de 1941**

Autoridad de Cosa Juzgada (res judicata)

La Comisión reconsidera la petición de Estados Unidos de reclamar una indemnización mayor a la antes señalada por el Tribunal (78,000 dólares).

El Tribunal deniega la petición considerando que el laudo en donde se fijó anteriormente la indemnización previa debía ser considerado como res judicata (cosa juzgada) lo cual se vincula a una decisión final de un Tribunal internacional.

Con respecto a nuevos daños posteriores a 1937, el tribunal estimó que no se encontraron pruebas suficientes de aquellos perjuicios por emanaciones de gases y humo, en efecto aquello no daba lugar a una indemnización.

Estados Unidos alegó que, posteriormente a producirse un daño es necesario realizar una investigación como acción fundamental para determinar y poder probar efectivamente los perjuicios ocurridos, y que el costo originado de esta investigación es consecuencia del daño susceptible de indemnización.

La Comisión opinó que dichos gastos no son susceptibles de indemnización, como no lo son otros costos implícitos en la obtención de una reparación legal, como es el caso de los honorarios de defensores legales. Ninguna de ambas hipótesis presentadas por

---

<sup>204</sup> Ballenegger, J., La pollution en droit international, Geneve, Droz, 1975, p 205. En Id., p. 355

Estados Unidos se desprenden del Convenio arbitral de 1935, por lo tanto no son competencia del Tribunal.

### **Obligación de abstenerse de ocasionar daños en el futuro**

En lo relativo a la segunda Cuestión sobre la abstención por parte de la Fundición Trail Smelter de ocasionar daños en el estado de Washington, la Comisión aborda los aspectos jurídicos relacionados a la responsabilidad. A pesar de que el derecho aplicable según se indicó en el Convenio Arbitral es el derecho y jurisprudencia de Estados Unidos, conjuntamente al derecho y práctica internacional, en lo concerniente a la materia de contaminación del aire, Estados Unidos contaba con un derecho en consonancia con las reglas generales del Derecho Internacional<sup>205</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia internacional están en conformidad con el criterio de reconocer el deber que el Estado tiene de proteger a los demás estados contra daños cometidos por particulares que se encuentran bajo su jurisdicción principio que se vio consagrado años más tarde, en la Declaración de Rio.

El Tribunal al no encontrar en la jurisprudencia internacional precedentes necesarios relativos a la contaminación del aire o del agua, toma entonces ciertos fallos dictados de la Suprema Corte de los Estados Unidos. El Tribunal estimó que es razonable aplicar por analogía los precedentes establecidos por la Suprema Corte que traten acerca de las controversias entre los estados de la Unión, o cualquier otra controversia concerniente a los cuasi derechos soberanos de aquellos estados, siempre que no existan reglas contrarias al Derecho Internacional.

Se tomó primero el precedente del caso de Nueva York contra el estado de Nueva Jersey sobre la contaminación de la bahía de Nueva York, en donde al remitirse al otro precedente tomado en consideración, Missouri contra Illinois, se sostiene que antes de que el tribunal haga uso de la facultad constitucional de intervenir controlando la

---

<sup>205</sup> Trail Smelter Case, RSA, Nations Unies, vol. III p. 1963, tomado de: Gómez Robledo. Op. cit. Temas Selectos....p.351

conducta de un estado, debe de existir una amenaza de violación de derechos de muy seria magnitud, y debe existir una clara y convincente evidencia respectiva.

En lo relacionado a la contaminación del aire, el Tribunal Arbitral tomó el caso de Georgia contra Tennessee Copper Company and Duckton Sulphur, Copper and Iron Co., en el cual la Suprema Corte ordena que se disminuyera la probabilidad de ocasionar daños a los ciudadanos de Georgia.

El Tribunal concluye su pronunciamiento de acuerdo a los precedentes:

*“el tribunal, en consecuencia, considera que las decisiones arriba mencionadas, tomadas en su conjunto, constituyen una base adecuada para sus conclusiones, a saber, que de acuerdo con los principios del Derecho Internacional, así como del derecho de Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio a otro Estado o sobre las propiedades o personas que ahí se encuentren, cuando se trate de consecuencias graves y el daño sea determinado mediante pruebas ciertas y concluyentes<sup>206</sup>.”*

El Tribunal Arbitral aún admitiendo que los precedentes tomados en consideración en el proceso son utilizables para resolver en equidad, también estima que Canadá, de acuerdo al Derecho Internacional, es responsable por el funcionamiento de la Fundición Trail Smelter.

Abordando la cuestión tercera según el convenio arbitral, el tribunal juzga necesario en vista de evitar que en el futuro se generen nuevos daños, someter a la fundición a un control específico. Los árbitros elaboraron una reglamentación para la creación de un régimen especial que controle y regule la actividad de la fundición con el fin de prevenir daños futuros. También se señalan derechos de inspeccionar las instalaciones de la fundición y de toda propiedad de la cual se llegaren a alegar daños a consecuencia de la contaminación<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Gómez Robledo. Op. cit. Temas Selectos...p.351

<sup>207</sup> Id., p. 360

El Tribunal estimó que con el establecimiento de las medidas y el régimen de control de la fundición sería lo adecuado para subsanar las causas de la controversia, sin embargo aclaró que en casos de futuros daños se tendrá que pagar una indemnización.

*Alexandre Kiss*<sup>208</sup> comenta que este caso demuestra efectivamente que la protección ambiental dentro del Derecho Internacional no está completamente reglamentada y por lo cual es necesario ir más allá de la norma internacional general, por medio la cooperación y reglamentación de los estados para evitar los vacíos legales que obstaculizan la práctica del derecho y la debida reparación de daños causados en temas ambientales y transfronterizos.

El tribunal no desprendió estrictamente las bases de su decisión en el acuerdo arbitral sino en el examen de varios precedentes de la justicia estadounidense para aplicarlos en analogía a las reglas de Derecho Internacional. Este método es aceptado y aplicado para evitar la falta de fuente de derecho para resolver las controversias internacionales.

El profesor Alfred Rubin<sup>209</sup> comenta sobre el caso Trail Smelter, específicamente sobre el equívoco de la aplicación de este método de la analogía en el presente caso. Cree que el carácter soberano de los estados en la esfera internacional difiere del cuasi soberano de los estados de un sistema federal. También comenta que el tribunal arbitral hizo una errónea interpretación de los precedentes estadounidenses. Estas equivocaciones, según Rubin, dieron lugar a favorecer las actividades contaminantes hacia el ambiente de otros países mientras no se demuestre que ocasionan daños directos traducidos en términos pecuniarios, sobre propiedades, producción agrícola, industria de otro estado. La carga de la prueba para recibir indemnización correspondiente sería vista según este caso como extrema minuciosa.

---

<sup>208</sup> KISS, Alexandre. "Problemes juridiques de la pollution de l'air", dans La protection de l'environnement et le droit international, RCADI, Colloque 1973, p.174 y 470 a 471. En Gomez Robledo, op.cit. Temas Selectos... p.360.

<sup>209</sup> RUBIN, Alfred. "Pollution by analogy: the trial smelter arbitration", Oregon Law Review, 1970. p 260. Gomez Robledo, op.cit. Temas Selectos. P. 362

Por otro lado, en la demanda de violación de soberanía alegada por Estados Unidos, el tribunal consideró que este tema no se derivaba en absoluto del convenio arbitral de 1935, por lo tanto se consideraba incompetente de decidir en tal materia.

El profesor Bourne<sup>210</sup> se pregunta que si del fenómeno de la contaminación se sustrae el daño a las propiedades, cultivos, tierras, etc. ¿Cuál sería el concepto de contaminación?

Debería entonces tratarse de cambios y alteraciones perjudiciales que sean visibles y de gran magnitud, sin embargo frente a la hipótesis de un proceso lento, casi imperceptible pero continuo de contaminación que ocasione un determinado estado por vía de la atmósfera y que produzca complicaciones a la salud de los habitantes de otro estado, pero que al mismo tiempo, por motivos de lo casi imperceptible de los agentes contaminadores, no haya la suficiente prueba científica y certeza de la existencia de factores de la relación causa-efecto y en tal circunstancia no podría imputarse al Estado una responsabilidad por supuesta contaminación transfronteriza. En opinión de Bourne deberá tratarse de cambios perjudiciales en el ambiente y de ver la necesidad de estándares a través de los cuales pueda juzgarse pertinente y de modo concreto si existe un perjuicio objetivo y si éste mismo es *ilícito*.

De acuerdo con Gunter Handl<sup>211</sup>, se puede inferir del laudo arbitral del caso Trail Smelter que conforme al Derecho Internacional un estado deberá tolerar las consecuencias de actividades de otro estado, sean estas lícitas aunque afecten a su territorio, solo hasta el momento en que se comprueben que estas acciones ocasionen graves perjuicios.

En tal caso, podemos deducir del laudo arbitral del caso Trail Smelter que para calificar los daños, es necesaria la comprobación clara y convincente de éstos a fin de dar origen a la debida indemnización de los mismos.

---

<sup>210</sup> "Oral Proceedings", Oregon Law Review. vol. 50 1970- 71. p.291.En Gomez Robledo, op.cit. Temas Selectos. P. 362

<sup>211</sup> HANDLI G, Territorial sovereignty and the problem of transnational pollution, American Journal of International Law, 1975, p. 60-63 en Gomez Robledo. Op. cit. Temas selectos. P. 350

## **Naturaleza de la responsabilidad.**

Para Federick Goldie<sup>212</sup> la responsabilidad que se desprende del laudo arbitral en el caso Trail Smelter es un ejemplo de **responsabilidad objetiva**, sin poder tener material suficiente para culpar a Canadá debido a que no se encontraron las pruebas necesarias para demostrar su supuesta negligencia.

Sostiene además que en el método analógico utilizado por el Tribunal Arbitral recurriendo a jurisprudencia del Derecho Interno de Estados Unidos, transformándolo en fuente de Derecho Internacional, es similar a la forma que se utiliza para dilucidar los Principios Generales de Derecho.

Conceptualizando los dos términos utilizados por el autor dentro del sistema del common law: *responsibility* y *liability*. El primero se estaría refiriendo a una serie de obligaciones que un estado tiene que responder, mientras que en el segundo concepto se involucra a las indemnizaciones obligatorias que tendrían lugar en caso de actos ilícitos por parte de estados.

Podríamos ver formas de responsabilidad objetiva (strict liability) donde se admiten causas excluyentes mediante pruebas por las cuales el estado puede exonerarse de la obligación de indemnizar a otros; y de responsabilidad absoluta (absolute liability) donde la responsabilidad no sería mucho más rigurosa puesto que no se admitirían causas excluyentes de responsabilidad.

El Tribunal Arbitral no analizó la conducta del estado de Canadá para determinar si este estado era responsable de por los daños producidos por un particular dentro de su jurisdicción: la compañía de fundición del Trail. El Tribunal se dedicó a determinar los daños efectuados sobre territorio estadounidense, a valorar los gastos ocasionados, y no le dio gran énfasis a decretar si el estado de Canadá era responsable, sino que simplemente lo confirmó a través de sus laudos, debido a que en el acuerdo arbitral de 1935, en sus cuestiones a resolver, no se menciona sobre si el tribunal deberá

---

<sup>212</sup> GOLDIE. Federick, Liability for damage and the progressive development of International Law, ICLQ, vol 14, 1965, p 1189-1264, en Gomez Robledo, op.cit. Temas Selectos. p.364

determinar la responsabilidad de Canadá sino sobre juzgar si se produjeron daños y resolver sobre la suma que se debería de pagar por concepto de indemnizaciones a Estados Unidos en caso de haberse producido tales daños. La responsabilidad había sido aceptada tácitamente a través del acuerdo arbitral de 1935 y esto serviría de razón para explicar la falta de énfasis por parte de Tribunal en pronunciarse sobre este tema.

### **Caso Canal de Corfú**

Estudiaremos un caso en donde la Corte aplicó un criterio diferente del de la responsabilidad subjetiva que era de común aplicación en su tiempo:

Inglaterra demanda a Albania por los perjuicios ocurridos a navíos ingleses en territorio marítimo albanés causados por minas.

La Corte declaró responsable a Albania por el acto de omisión de notificar y advertir a los barcos ingleses de los peligros de incursionar en su territorio.

Inglaterra quiso aplicar el principio de derecho anglosajón (*common law*) *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que consiste en deducir de los hechos generadores de la controversia, en este caso la existencia de minas en aguas albanesas, la culpa por parte de Albania y de esta forma desplazar la carga de la prueba y calificar las acciones de este país como negligentes. Posteriormente la Corte resolvió que el hecho de la existencia de minas en territorio albanés no justificaba, ni imputaba responsabilidad, ni causará la inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto desvirtúa el principio de “*ipsa loquitur*” en este caso.

Inicialmente no se consideró que Albania haya colocado las minas ni que haya tenido conocimiento de su existencia por el mero hecho de tener el control exclusivo sobre su territorio, ni tampoco que debía conocer todo hecho ilícito que hubiera sido perpetrado en jurisdicción suya.

D. Levy no admite la teoría de Riesgo en Corfú, la cual consiste en atribuir responsabilidad absoluta al estado que cometió el daño, indiferentemente que sea un

hecho ilícito o doloso, no existen elementos que puedan excluir al estado de responsabilidad como lo vemos en casos aplicados a los Estados que causen daños en tierra con sus aeronaves<sup>213</sup>.

Sin embargo la Corte realizó una ampliación de la imputación de responsabilidad por concepto de acto de omisión contrastando con los precedentes jurisprudenciales de Derecho Internacional de su época.

El control exclusivo que ejerce el estado sobre su jurisdicción territorial fue el elemento que sirvió para darle más valor a la tesis que responsabiliza a Albania por el acto ilícito, por lo que la Corte aceptó datos e indicios que constituían meras presunciones del conocimiento de Albania sobre la existencia de minas en su territorio. Esto nos aclara que las presunciones de hecho y pruebas circunstanciales sirven como pruebas indirectas.

La Corte rechazó en este caso la teoría de la responsabilidad objetiva que hemos mencionado antes pero, al mismo tiempo, tampoco se adhirió a la teoría de la responsabilidad subjetiva, ésta es, la que considera necesario probar la culpa para imputar responsabilidad en el estado.

**La Corte constató que Albania había cometido una falta por omisión para con las obligaciones del Derecho Internacional y de ahí se infirió su responsabilidad por los daños ocurridos.**

“Rechazar la culpa como condición de la responsabilidad no equivale a la adopción necesaria de una responsabilidad objetiva” *Gómez Robledo V*<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Convención de Roma de 1.952; daños causados por Estados por el uso pacífico de energía nuclear (Convención de París del 29 de Julio de 1.960, Convención de Bruselas de 1.962 y Convención Suplementaria del 31 de Enero de 1.963 sobre Responsabilidad frente a terceros por daños nucleares); daños causados por el lanzamiento de objetos al espacio exterior y su caída a la tierra (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios Jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la Exploración y el Uso del Espacio Exterior . En DIEGO A. PORTABELLA, Derecho Internacional Público. Bolilla 4, p.3. Disponible en World Wide Web:

[http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC0QjBAwAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.abogadosportabella.com.ar%2Fviewpub.php%3Fid%3D26%26download&ei=oZ9qUPyZOIXA9gSH\\_IG4CA&usg=AFQjCNHTSYEFn4\\_k4W1Mava-Ay3n5qDslg&sig2=qg-km6GJxuiPUGslMNo2fA](http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC0QjBAwAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.abogadosportabella.com.ar%2Fviewpub.php%3Fid%3D26%26download&ei=oZ9qUPyZOIXA9gSH_IG4CA&usg=AFQjCNHTSYEFn4_k4W1Mava-Ay3n5qDslg&sig2=qg-km6GJxuiPUGslMNo2fA)

<sup>214</sup> Gomez Robledo V. Op.cit. Temas selectos... p. 374



### 3. Jurisprudencia del ius cogens

Para aportar a la categorización de las normas ius cogens que están reconocidas como tal, consideramos necesario exponer varios casos en que diversas cortes internacionales aplicaron justicia en virtud de un principio de Derecho Internacional General que fue denominado como normas ius cogens:

#### Prohibición de la Tortura

El juez Cançado Trindade en su voto concurrente a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>215</sup> denomina a la prohibición absoluta de la tortura como una norma perteneciente al dominio del ius cogens internacional.

Trindade comenta de la siguiente manera:

*“Voto a favor de la presente Sentencia que viene de adoptar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Maritza Urrutia versus Guatemala, y me permito agregar, en este Voto Concurrente, algunas breves reflexiones personales en firme respaldo a la caracterización, por parte la Corte, de la prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas (inclusive la psicológica), **como perteneciente al dominio del ius cogens internacional**. Dicha caracterización se inserta en la evolución del más lúcido pensamiento jurídico contemporáneo, que ha inclusive conllevado - entre los avances logrados en los últimos años en el combate a las violaciones particularmente graves de los derechos humanos - a la emergencia de un verdadero régimen jurídico internacional contra la tortura.”*

Declara que esta prohibición absoluta deberá prevalecer con su carácter preeminente aún sobre las naciones que no han ratificado los instrumentos internacionales que la prohíben, como lo son las Convenciones de las Naciones Unidas (de 1984, y su Protocolo Facultativo, de 2002) e Interamericana (1985) sobre la materia, hay que

---

<sup>215</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C N° 103 Disponible en World Wide Web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf)

agregar la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y Trato o Pena Inhumano o Degradante (1987).

La Corte Interamericana de Derecho Humanos en la presente sentencia afirma sobre la inderogabilidad del principio de la prohibición de la tortura:

*“La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como la guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas” (párr. 89).”*

A continuación Trindade citando al Tribunal Penal ad hoc para la ex Yugoslavia en el caso Furundzija (Sentencia del 10.12.1998) : *“(…) En el caso A. Furundzija (Sentencia del 10.12.1998), el Tribunal Penal Internacional ad hoc para la Ex-Yugoslavia (Trial Chamber) sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el Derecho Internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de jus cogens (...). Esto ocurría en razón de la importancia de los valores protegidos (...). Tal prohibición absoluta de la tortura, - agregó el Tribunal, - impone a los Estados obligaciones erga omnes (...); la naturaleza de jus cogens de esta prohibición la 'torna uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional', incorporando 'un valor absoluto del cual nadie debe desviarse”*

Por último, citamos un fragmento del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia sobre el presente caso:

*-"Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y respecto a esta última, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que*

*puede ser considerada 'tortura psicológica'. La prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy al dominio del jus cogens internacional<sup>216</sup>".*

### **Prohibición de la amenaza o uso de la fuerza.**

En el caso Nicaragua vs. Estados Unidos la Corte Internacional de Justicia hace referencia al concepto del ius cogens. Esta referencia al ius cogens fue sostenida al declarar por parte de la Corte que la Prohibición del uso de la fuerza dispuesta en el artículo 2 párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas es una norma emanada de la costumbre sustentada en el Derecho Internacional<sup>217</sup>.

*"el artículo 2.4 (de la Carta de la ONU) es referido frecuentemente por estados como no solo un principio de costumbre internacional sino además como un principio cardinal o fundamental del Derecho Internacional.*

*La Comisión de Derecho Internacional, en el curso de su proyecto de codificación de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, expresó que la norma de la Carta de las Naciones Unidas concerniente a la prohibición del uso de la fuerza constituye un claro ejemplo de una norma de Derecho Internacional General con el carácter de ius cogens. (Párrafo I del comentario de la Comisión de Derecho Internacional al artículo 50 (53) del proyecto de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, ILC Yearbook, 1966-II, p.247)"*

### **Principio de Igualdad y no discriminación.**

El juez Alirio Abreu Burelli en su voto concurrente respecto de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los trabajadores indocumentados, declaró al Principio de igualdad y no discriminación

---

<sup>216</sup> Id, párr. 92.

<sup>217</sup> International Court of Justice. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, 1986 ICJ Rep.

14 [Juicio de Junio 27] la Corte comenta en el párrafo 190 lo siguiente: (traducido del original en inglés) Disponible en World Wide Web: <http://www.ijl.org/courses/documents/NicaraguaCase.pdf>

como una norma perteneciente al dominio del ius cogens internacional, en las siguientes palabras:

*“La Corte, en esta oportunidad, ha precisado el alcance de las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, de respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad, al establecer que el principio de igualdad y no discriminación, que es fundamental para la salvaguardia de esos derechos, pertenece al ius cogens.”*

En su voto concurrente, el juez Abrue determina que los estados, sean o no parte de un tratado internacional, están obligados a proteger los derechos de igualdad y no discriminación, y que esa obligación tiene efectos erga omnes, es decir, no solo para los estados sino frente a terceros y particulares.

#### **4- Sistema del Mito**

Este es una síntesis del trabajo del profesor Daniel Bodansky<sup>218</sup> donde expone sobre una visión especial de la vinculación jurídica del Derecho Internacional que sucede a través de lo que él denomina como “ley declarativa” (declarative law).

Le llama “declarativa” porque sostiene que los estados solo se pronuncian a favor de ciertos principios de Derecho Ambiental Internacional, más en la práctica, no cumplen con estas declaraciones; lo cual trae como consecuencia que se pueda probar una norma consuetudinaria a partir de la suma de las declaraciones, convenios no vinculantes y pronunciamientos que la comunidad internacional haya efectuado a favor del Derecho Ambiental Internacional

#### **Costumbre internacional de protección ambiental**

Si acaso queremos considerar los principios de protección ambiental como el del deber de prevenir daños transfronterizos, establecido en la Declaración de Estocolmo en su artículo 21, como normas consuetudinarias de Derecho Internacional tenemos que analizar que tipo de procedimiento a seguir se realiza para establecer una clasificación adecuada para identificarlas.

El procedimiento clásico consiste en una metodología empírica de encuentra las formas que los sujetos internacionales regularmente comportan. Ejemplo de estas normas podría ser la costumbre de los estados que tienen de conceder inmunidad a los representantes diplomáticos de otros estados, o también el no interferir con naves marítimas en aguas internacionales. Es una constante, un patrón regular que se mantiene en medio de las complejas y contingentes interacciones entre estados.

Antonio de Amato indicando los aspectos de los puntos de vista para identificar la costumbre internacional pudo explicar la orientación de conducta:

---

<sup>218</sup> Bodansky Daniel. Customary and not so Customary International Environmental Law, University of Georgia School of Law, 1995. Disponible en World Wide Web:  
[http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1511&context=fac\\_artchop](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1511&context=fac_artchop)

“en la observación de la escena internacional para abordar la cuestión de la costumbre, podríamos encontrar caos y anarquía, una “perene contingencia” de actos en constante cambio, sin embargo, no encontramos aquello sino mas bien observamos regularidad, presenciamos una conducta ordenada, un ritmo de repetición. Aquí yace el objeto problemático: identificar que leyes componen estas regularidades<sup>219</sup>”.

Empezamos a buscar lo que hacen los estados y lo que ellos demandan. Las leyes internacionales no son dictadas, sino que se encuentran en el mundo, nosotros las identificamos, descubrimos los modelos rectores implícitos en las relaciones entre estados, no se inventa algo ex nihilo (de la nada).

De Amato propone la analogía de un fisiólogo que al encontrar un grupo de microbios que actúan con cierto orden rítmico, el fisiólogo determina que debe existir una ley reguladora de su conducta. Actualmente se procede en una similar metodología, existen ciertas leyes que componen la conducta regular de las relaciones entre estados.

Deberá existir el Hecho Material o Repetición de un acto por parte de un estado. Se lo puede comprobar por medio de actos del Derecho Interno que tienen efectos con el Derecho Internacional. Por ejemplo: Caso Noruega vs Inglaterra, el Tribunal resolvió basándose en los límites marítimos establecidos tradicionalmente por Noruega. Es de tal forma que se aplica la costumbre internacional como fuente de derecho.

No limitándonos a este medio material, existe también la comprobación de la motivación, el elemento espiritual por la que el sujeto actúa. En Francia vs. Turquía, Francia quiso usar como supuesta costumbre el Hecho de que ciertos estados se habían abstenido de demandar penalmente a otro estado responsable de los daños

---

<sup>219</sup> AMATO, Antonio de. Seminario de la Teoría de la Costumbre Internacional. International Law Anthology p. 73 y 74, edición Antonio de Amato 1994, en Bodansky. Op. cit., p.109

ocasionados por una nave de su nacionalidad. El Tribunal de la Haya lo desestimó porque tales estados no se habían sentido obligados a abstenerse de iniciar una acción penal. Solo si la abstención hubiera estado motivada por la convicción de un deber de abstenerse es cuando se podría hablar de costumbre. Esto explica que hay que probar el espíritu de la motivación o también llamado la **opinio juris** (deber jurídico).

En un acto positivo es más sencillo encontrar motivación de aquel que en uno negativo (omisión, abstención) la situación se torna más compleja. Poniendo una hipótesis de un estado que se reserva el derecho de expulsar a un extranjero que se haya inmiscuido en la política. El Derecho Internacional autoriza el expulsar al extranjero que ose inmiscuirse en asuntos políticos de un estado ajeno a su nacionalidad, empero bajo estas circunstancias, el Estado se abstiene de hacerlo y por tal es más difícil determinar si tal estado tiene la convicción de que no se debe expulsar a extranjeros o simplemente dispuso abstenerse de hacerlo, como un acto soberano.

En conclusión, la costumbre no depende solamente del elemento externo, que es el hecho material, sino también de un acontecimiento interno, que es la motivación, es decir, la aceptación de esa regularidad fáctica como Ley por parte del estado. La regularidad conductual es algo que puede verificarse con la mera observación; sin embargo, el concepto de obligarse ante una ley requiere no solo del elemento externo, sino también interno, la opinio juris.

Las normas consuetudinarias representan regularidad, más no una rígida uniformidad para un acercamiento conductista de los movimientos de los actos de Derecho Internacional. Según la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua vs Estados Unidos consideró que para una norma sea considerada como consuetudinaria, su práctica correspondiente no requerirá ser de una rigidez absoluta en conformidad con la norma<sup>220</sup>.

---

<sup>220</sup>International Court of Justice. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua. Nicaragua vs. US, 1986,. 4, 98. En Bodansky op. cit. 109

El profesor Bodansky propone el problema de la metodología conductual para determinar si una norma puede ser considerada como norma consuetudinaria de Derecho Internacional por medio de la observación.

Exponiendo el caso del tradicional principio de la prohibición de causar daños ambientales transfronterizos, examina en el caso de realizarse una observación de base empírica-conductual con el fin de comprobar si este principio es consuetudinario o no. Se llegaría a una conclusión inversa puesto que en la realidad los daños transfronterizos son más una regla que una excepción, y por lo tanto el principio de la prohibición de este tipo de daños es “consuetudinariamente violado”.

Schachter corrobora esta visión al concluir: “el afirmar que un estado no tiene derecho a dañar el medio ambiente de otro estado resulta irónico a la faz de nuestros días en donde se cometen a diario una gran variedad de daños transfronterizos al medio ambiente<sup>221</sup>”.

Según estas opiniones podemos observar que el Hecho material que se repite es el daño transfronterizo, y si se quiere seguir una metodología netamente material se tendría que llegar al absurdo de considerar el daño transfronterizo como una norma consuetudinaria. Es aquí donde nos encontramos con el valor jurídico que poseen las declaraciones del Derecho Internacional.

Si las normas putativas de la costumbre internacional en la protección del medio ambiente reflejan la regularidad conductual, estas tendrían una cierta función de predicción. Al basarnos en estas normas podríamos predecir como un estado regularmente procedería al considerar una actividad que potencialmente pueda causar daños transfronterizos. Comúnmente los estados, basados en el principio de prevención de daños transfronterizos, realizan un estudio sobre el impacto ambiental, a continuación notifican a los estados que en potencia estuvieran afectados, y se los consulta sobre la cuestión transfronteriza, y en caso de que posiblemente exista un

---

<sup>221</sup> SCHACHTER, Oscar. The emergence of International Environmental Law, 44 Journal of International Affairs, p. 463 en BODANSKI, Op.cit. p.111. “To say that a state has no right to injure the environment of another seems quixotic in the face of the great variety of transborder environmental harms that occur every day” (*Afirmar que un Estado no tiene el derecho de dañar al ambiente de otro parece algo alejado de la realidad frente a la gran variedad de daños ambientales transfronterizos que ocurren todos los días*) (La traducción es nuestra).

daño latente el estado abandona el procedimiento, pero, ¿es acaso de esta manera que podríamos predecir que los estados siempre procederán? Evidentemente no. Por ejemplo la prohibición de la tortura es prohibida según la costumbre internacional. En el caso *Filártiga v. Peña-Irala*<sup>222</sup> donde se declaró que la tortura violaba los tratados multilaterales de Derecho Internacional Público como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Siguiendo al profesor Bodansky según concuerda que se quiere caracterizar el principio de la prevención de la polución transfronteriza y el principio de precaución a pesar de que cuente con poco apoyo por parte de la regularidad conductual de los estados.

Considerando la metodología usada para establecer la existencia de normas consuetudinarias internacionales de protección ambiental, el procedimiento consiste en sobrellevar una identificación de la conducta del Estado para determinar si una norma es consuetudinaria. Por ejemplo, poniendo el caso de los deberes de un estado en investigar y evaluar las actividades que posiblemente causen daño transfronterizo y notificar a potenciales estados vulnerados, en este caso para nuestro estudio nos sería necesario identificar las actividades que comúnmente posean un riesgo significativo de daño transfronterizo y examinar en cuáles de ellas los estados sobrelleven evaluaciones e investigaciones para determinar si son nocivas y que estos notifiquen a los otros estados.

De manera análoga procedemos con el principio de prevención en el cual los estados deben prevenir la polución transfronteriza, para efectos de la investigación se tendría que determinar si los estados regularmente toman acciones para limitar la polución que se escapa de las fronteras de su jurisdicción territorial.

Si se procura radicalmente basarse en la conducta de los estados para determinar la existencia de una norma consuetudinaria, los juristas, según Bodansky, no tienen una

---

<sup>222</sup> Disponible en World Wide Web: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>

formación necesaria para identificar la conducta empírica de los estados, y son los historiadores y antropólogos que sirven más para esta función<sup>223</sup>.

El análisis y fundamentación jurídica es precisamente eso, jurídica, se encarga de interpretar y utilizar textos de casos, estatutos, tratados, resoluciones, etc. Para determinar la “costumbre” esto es exacto lo que los juristas realizan, basan su argumentación en textos originados por estados, en ciertos casos, y en otros por actores no estatales como las cortes y centros de arbitraje, organizaciones intergubernamentales e incluso no gubernamentales como el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional.

El procedimiento es el cotejo de estos textos (tratados, resoluciones) para ver si existe suficiente fundamentación jurídica a favor de la norma en cuestión. Empero, no se citan suficientes incidentes reales respecto al hecho conductual del estado, como ejemplo está la Asociación de Derecho Internacional que concluyó (basándose solo en siete casos de práctica estatal y enfatizando en las varias resoluciones y tratados que mencionaban a la reputada norma) que el deber de notificar a un estado como medida prevención de daño transfronterizo puede ser determinado como costumbre internacional<sup>224</sup>.

Sin contar las innumerables violaciones a este principio que se producen en diferentes latitudes del planeta, podemos citar algunos que por su impacto merecen ser mencionados, como el caso reciente de las fumigaciones con glifosato realizadas por el gobierno de Colombia en territorios fronterizos con el Ecuador que desencadenó en una demanda ante la Corte Internacional de la Haya; y, también, el polémico problema de las papeleras de Uruguay que alteró las relaciones diplomáticas con su vecino Argentina, la contaminación transfronteriza en el río Puyango- Tumbes producida por Ecuador que afectaba al estado de Perú, y también la acidificación de los lagos

---

<sup>223</sup> Bodansky, op. cit. p. 113

<sup>224</sup> PARTAN, Daniel, El Deber de Notificar en el Derecho Internacional ambiental, Boston University International Law Journal, pp 51, 1988, en Bodansky. Op.cit. P. 114

escandinavos debido a la contaminación proveniente del Reino Unido o Europa Occidental. Por otro lado recordemos que muchos países europeos reciben contaminación de China, el país más poblado del mundo, el mismo que ha experimentado un rápido crecimiento industrial, masivas migraciones humanas a las zonas urbanas, y la expansión considerable en el uso del automóvil en las últimas dos décadas. Como resultado, China ha duplicado sus emisiones de contaminantes producidos por el ser humano para convertirse en el mayor emisor del mundo de pequeñas partículas llamadas aerosoles. Según las mediciones realizadas con satélites, grandes cantidades de aerosoles industriales y el humo de la quema de biomasa en el Este de Asia y Rusia están viajando de un lado a otro del globo<sup>225</sup>.

Continuando con el análisis de la metodología jurídica para determinar la existencia de una norma internacional consuetudinaria, por lo general se citan los casos de Trail Smelter<sup>226</sup> o Canal de Corfú, donde mediante la jurisprudencia se confirmó la prohibición a los estados de permitir que en su territorio se produzcan actividades que afecten a otros.

Se recurre comúnmente al Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y al Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo en donde se establece la responsabilidad de los estados en velar que sus actividades en su jurisdicción territorial no afecten a otros. Se citan resoluciones de la Asamblea General de la ONU y más tratados y Doctrinas que sirven como respaldo para declarar a la norma reputada como consuetudinaria.

En conclusión, la metodología se concentra en una investigación teórica, nominal, en vez de centrarse en la práctica real de los estados. Si los estados tuvieran coherencia con lo que dicen sus tratados, la investigación para determinar la regularidad

---

<sup>225</sup> Disponible en World Wide Web: <http://www.natura-medioambiental.com/2009/12/imagenes-satelitales-de-la.html>, 7- 08- 2011, 23: 43

<sup>226</sup> Trail Smelter, Estados Unidos V. Canadá 3, R.I.A.A. 1938, 1965. Mar. 11, 1941: "Ningún estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de forma que cause daño al territorio de otro estado o a las propiedades de las personas de ese estado cuando sea el caso de serias consecuencias y el perjuicio es establecido por una evidencia clara y convincente" en Cfr. Cap. I, Anexo 1.

conductual de estos sería a través de los mismos instrumentos internacionales de carácter convencional a los cuales se obligaron cumplir.

Sin embargo, en el ámbito de la protección ambiental existe una divergencia, una marcada división entre lo que formalmente se establece en tratados y lo que comúnmente se realiza en la práctica. Los estados admiten el deber de prevenir la polución transfronteriza pero continúan causando el mismo daño, en consecuencia, fijarse como fuente los tratados internacionales de protección ambiental para determinar la regularidad conductual de los estados es una metodología inexacta.

Hiram Chodosh<sup>227</sup> clasifica a este tipo de norma, no como “costumbre” sino como norma declarativa. También la caracteriza como Sistema del Mito puesto que estas normas representan los ideales colectivos de la comunidad internacional, y representan el deber ser de la actividad a la que aspira la practica estatal.

Estas normas, sintetizan un tipo de ficción jurídica.

---

<sup>227</sup> CHODOSH, Hiram. Neither Treaty Nor Custom: The Emergence of Declarative International Law, 26 Tex. Intl. L.J. 87 (1991) en Bodansky, Op.cit. p. 111

## Conclusión del Trabajo de Culminación de Carrera

El ambiente constituye un punto esencial para el desarrollo de cualquier nación, y la comunidad internacional, consciente de los problemas que afronta la Humanidad (pobreza extrema, conflictos armados, la lucha por recursos naturales y entre otros), ha considerado que la Naturaleza es un factor determinante para el deterioro o solución de las circunstancias globales con que nos enfrentamos.

La teoría de la Seguridad Sustentable advierte que las prácticas preponderantes tomadas por la comunidad internacional para el mantenimiento de la paz y seguridad, apuntan al **control de paradigma**, esto es, la utilización de políticas de balance de poder y contención, a través del uso del instrumento militar con la finalidad de conservar un cierto modelo de status quo de seguridad (no-amenaza)<sup>228</sup>. Sin embargo, esta teoría señala que las medidas mencionadas (el uso del aparato militar), no atacan a la fuente principal del problema, sino simplemente a sus meros síntomas, y pone como ejemplo a la lucha contra el terrorismo, agregando que se ha dispuesto de billones de dólares para contrarrestar estas amenazas planetarias sin conseguir éxitos significativos. Como contraparte, se propone encontrar las raíces de los problemas actuales, dirigiendo su accionar a materias de carácter ambiental, estimando que el deterioro del entorno del ámbito ambiental es una de las causas primordiales de estos problemas, trayendo consigo la escasez de recursos naturales y con esto, el desplazamiento de grupos humanos, teniendo en consecuencia disturbios políticos que pueden desembocar en guerras comuno-tribales, perjudicando a la paz y estabilidad nacional, y a la posteridad, a la seguridad internacional.

A pesar de lo expuesto, se impone la necesidad de un estudio serio sobre las consecuencias de la aparición de una norma ius cogens de protección ambiental debido a que en la historia del marco legal internacional hemos tristemente presenciado sucesos en donde diversos estados, siguiendo estrategias geopolíticas, han intervenido

---

<sup>228</sup> OXFORD RESEARCH GROUP, "What is Sustainable Security?" (on-line), 13/05/2012: <http://sustainablesecurity.org/what-sustainable-security>

en los asuntos internos de otros, formando bloques que justifican su intervención alegando razones que generalmente pertenecen al ámbito de las normas imperativas de Derecho Internacional General, normas que cuentan con una alta importancia en la esfera de la seguridad internacional.

Para el filósofo argentino Alberto Buela, el ambiente puede no ser la excepción según observa:

*“Es sabido que también desde centros europeos de poder, sobre todo los estados nórdicos, han propuesto considerar la Amazonia de soberanía limitada por parte del Brasil, con el argumento de que proteger la flora y fauna del pulmón del mundo”<sup>229</sup>.*

No obstante, la agenda ambiental también puede ser utilizada con fines ideológicos según lo indicó el internacionalista Francisco Tudela, señalando que, a partir del derrumbe de la Unión Soviética, en 1990 se reunió en Brasil el Encuentro de Partidos y Organizaciones de Izquierda y Anti-imperialistas de América Latina, hoy conocido como el Foro de Sao Paulo, para buscar una alternativa al socialismo en la región iberoamericana. Entre las reformas tomadas por los partidos miembros del Foro de Sao Paulo, se encuentra la incorporación de la temática del ecologismo para ser usado como una herramienta política al servicio del socialismo “verde” latinoamericano.

Muy aparte de los intereses políticos o ideológicos que podrían recaer sobre el ambiente, es preciso constatar que esta materia es fundamental y condicionante para el progreso de una civilización, así lo señala el preámbulo del anteproyecto del Pacto Internacional sobre Medioambiente y Desarrollo<sup>230</sup>, estableciendo que la civilización tiene sus raíces en la naturaleza, y ésta última, da forma a la cultura humana e inspira el desarrollo artístico y tecnológico.

---

<sup>229</sup> BUELA, Alberto. Metapolítica y Filosofía.. Ediciones Teoría. Buenos Aires 2002. Capítulo El Rombo.

<sup>230</sup> Draft International Covenant on Environment and Development. Fourth edition conveyed to the UN Member States on occasion of the High-level Event on Biodiversity on 22 September 2010 during the 65th UN/GA

Por lo tanto, una aplicación efectiva del Derecho Ambiental a la comunidad de estados a través de un tribunal internacional especializado en esta materia, se hace necesario para garantizar la vigencia de la obligación de los estados de no causar graves daños al medioambiente.

Siguiendo con la idea de la relevancia del ambiente en las sociedades humanas, podemos concluir el presente estudio con las palabras del Dr. Plinio Correa de Oliveira:

*“Los hombres forman ambientes a su imagen donde las costumbres y las civilizaciones se desarrollan. Pero a la inversa, es también en general verdadero: los ambientes forman a su imagen a los hombres, a las costumbres y a las civilizaciones”<sup>231</sup>”*

---

<sup>231</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, Plinio. Sêde prudentes como as serpentes e simples como as pombas, en “Catolicismo” n°37 Enero 1954

## BIBLIOGRAFÍA

BARBERIS, Julio. "Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional", Revista IIDH, 1991, vol.14

BERREIRA, OCAMPO y RECIO. "Medio Ambiente y Derecho Internacional: Una Guía Práctica", , Caja Madrid.

BECERRA-RAMÍREZ, José de Jesús. "Notas sobre Problemas Teóricos de la Costumbre Internacional", UNAM.

BODANSKY, Daniel. "Customary and not so Customary International Environmental Law", University of Georgia School of Law, 1995

BUELA, Alberto. "Metapolítica y Filosofía". Ediciones Teoría. Buenos Aires 2002.

CÁRDENAS Fabián y CADENA Felipe, "Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico", ACIDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Vol. 2, pp. 141-174 2009.

Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945

Código Civil del Ecuador, Codificación 2005-010

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, 2012.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y Desarrollo, 1992.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, 1973.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969)

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático A/RES/48/189, 20 de enero de 1994

Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. Mar 22, 1985.  
T.I.A.S. 11097, 26 I.L.M 1529 (1987)

Convención sobre Diversidad Biológica, Junio 5, 1992, 31 I.L.M 818

Convenio sobre protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, hecho en Helsinki el 17 de marzo de 1992.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, 2001

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1970.

Convenio Internacional sobre la Regulación de la Pesca de la Ballena (1946)

Convenio de Tokio sobre las Pesqueras de Alta Mar en la Océano Pacifico del Norte de 1952

Convención Internacional sobre la conservación de los recursos marinos vivos del Antártico (20 de mayo de 1980)

Convención sobre la Conservación de los Hábitats Naturales y Vida Salvaje Europea (1979)

Convención de las Naciones Unidas de la Lucha contra la Desertificación y Sequia.

Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural adoptada por la Conferencia General en París el 16 de noviembre de 1972.

Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, hecho en Londres, Moscú y Washington, el 29 de marzo de 1972.

CORREA DE OLIVEIRA Plinio, Nobleza y Élités Tradicionales, , Editorial Fernando El Santo, Vol. II.

CORRÊA DE OLIVEIRA Plinio, Sêde prudentes como as serpentes e simples como as pombas, en "Catolicismo" nº37 Enero 1954

Corte IDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C N° 103

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade. Caso Sarayaku vs Ecuador. 6 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto Concurrente del juez Alirio Abrue Burelli en la Opinión Consultiva sobre los derechos laborales de inmigrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Voto Concurrente del juez a.a. Cançado Trindade.

DRNAS DE CLÉMENT Zlata, LAS NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (JUS COGENS). DIMENSIÓN SUSTANCIAL, , Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Decisión 82/461/CEE del Consejo Europeo (24 de junio de 1982)

DRNAS DE CLÉMENT Zlata, El Principio de Precaución Ambiental. La Práctica Argentina, (2008) , Lerner Editora SRL.

GÓMEZ ROBLEDO Antonio, El ius cogens internacional. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 14. México, 2003

GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO. Temas selectos de derecho internacional, Universidad Autónoma de México. México, 2003 (cuarta edición)

GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Responsabilidad Internacional por daños transfronterizos. Universidad Autónoma de México. México, 1992.

HOSSAIN Kamrul, JUS COGENS AND OBLIGATIONS UNDER THE U.N. CHARTER, SANTA CLARA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 3, 2005.

Informe Brundtland sobre Desarrollo Sostenible. 'Nuestro Futuro Común' Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1987.

Informe de la COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 52º periodo de sesiones, 23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, suplemento N° 10 [A/56/10]

KEOHANE, Robert. y NYE, Joseph. 1977. Power and Interdependence: World Politics in Transition. Little-Brown, Boston. (2nd edition,1989).

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, 1986 ICJ Rep. 14, Juicio de Junio 27.

NIKKEN Pedro. Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System Washington, D.C. 1º de marzo de 2003.

OXFORD RESEARCH GROUP, "What is Sustainable Security?" (on-line), 13/05/2012: <http://sustainablesecurity.org/what-sustainable-security>.

PESANTES-GARCÍA Armando, Las Relaciones Internacionales, Editorial Cajica, S.A. Puebla Mexico, 1977

Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra, 1977  
Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

POSNER Erick. Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law, , Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE 165 (2009), 5-23 ©2009 Mohr Siebeck – ISSN 0932-4569.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, 2000.

Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

SHELTON Dinah, Common Concern of Humanity, Iustum Aequum Salutare, V.2009/1 33-40.

The Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (new application : 1962) (Bélgica vs España) second phase judgment of 5 February 1970

TRAIL SMELTER CASE, Reports of International Arbitral Awards. (United States vs Canada). 16 April 1938 and 11 March 1941. Volume III pp. 1905-1982

Tratado Antártico (1959)

UNITED NATIONS/GENERAL ASSEMBLY, Draft International Covenant on Environment and Development. Fourth edition conveyed to the UN Member States on occasion of the High-level Event on Biodiversity on 22 September 2010 during the 65th.

VALVERDE-SOTO Max, Principios Generales de Derecho Ambiental Internacional, ILSA Revisa Académica de Derecho Internacional y Comparado, Vol. 3 (1996)

VERDROSS Alfred, Derecho Internacional Público, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1978.

VIÑUALES Jorge. Cuestiones Medioambientales y el Concepto de Estado de Necesidad. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 223-250, julio-diciembre de 2009

VIÑUALES Jorge, La Protección del Medio Ambiente y su Jerarquía Normativa en el Derecho Internacional, Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi. Bogotá, N° 13: 11-44, noviembre de 2008

## **CITAS**

1 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969)

2 CÓDIGO CIVIL, Codificación 2005-010.

Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

3 CODIGO CIVIL, Art. 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público

Ecuatoriano.

Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. (...)

4 "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, **manda, prohíbe** o permite" Art.1 del Código Civil ecuatoriano.

5 GOMEZ ROBLEDO, Antonio. El ius cogens internacional. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 14. México, 2003. Pág 2

6 The Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (new application : 1962) (Bélgica vs España) second phase judgment of 5 February 1970, par.33. Disponible en World Wide Web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>

7 **“Relación entre las normas de jus cogens y las obligaciones erga omnes.** Se reconoce que, mientras que todas las obligaciones establecidas por normas de jus cogens, mencionadas en la conclusión 33) supra, tienen también el carácter de obligaciones erga omnes, lo contrario no siempre es cierto. No todas las obligaciones erga omnes son establecidas por normas imperativas de derecho internacional general. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los "principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana", *así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales.*” Comisión de Derecho Internacional. Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional parr. 38, en Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. ii, parte 2 en VIÑUALES, Jorge. Cuestiones Medioambientales y el Concepto de Estado de Necesidad. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 223-250, julio-diciembre de 2009, p. 232

8 Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, 1973, disponible en World Wide Web:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1426>

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965, disponible en World Wide Web:

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>

I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, 1977, disponible en World Wide Web: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>

9 Viñuales, Jorge. La Protección del Medio Ambiente y su Jerarquía Normativa en el Derecho Internacional, Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi. Bogotá, N° 13: 11-44, noviembre de 2008 p.23 Gabcikovo-Nagymaros, ICJ Reports 1997, p. 67, par. 112. *“(Ninguna de las partes consideró que nuevas normas imperativas de derecho ambiental internacional han emergido desde la celebración del Tratado en 1977, y la Corte no le ha sido requerido eximir el enfoque del artículo 64 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados. Por otro lado, la Corte desea puntualizar que las nuevas normas de derecho ambiental son relevantes para la implementación del Tratado y que las partes pudieran, de mutuo acuerdo, incorporarlas a través de la aplicación de los artículos 15, 19 y 20 del Tratado. Estos artículos no contienen obligaciones específicas de rendimiento, mas, requiere a las partes, cumplir sus obligaciones para asegurar que la calidad de agua del Danubio no sea desigual y que la naturaleza sea protegida, para tomar nuevas normas ambientales en consideración al momento de acordar las cláusulas que serán especificadas en el Contrato.”*

10 KEOHANE y NYE . Power and Interdependence: World Politics in Transition. Little-Brown, Boston. (2nd edition,1989).

11 Reports of International Arbitral Awards. Trail smelter case (United States vs Canada). 16 April 1938 and 11 March 1941. Volume III pp. 1905-1982. Disponible en World Wide Web: [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf)

12 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972

13 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

14 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, 2012.

15 Gómez Robledo, Op. cit., p. 1

16 ibidem

17 ibidem

18 Pacta quae contra leges constitutiones que vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati iuris est

19 Privatorum conventio iuri publico non derogat en Gomez Robledo, op.cit.... p.4.

20 Id. p. 5

21 ibidem

22 Ibidem

23 PESANTES GARCÍA, Armando, Las Relaciones Internacionales, Editorial Cajica, S.A. Puebla Mexico, 1977, páginas 78-80. Véase también FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. La Ciudad Antigua, Editorial Iberia, Barcelona 1952, pags. 242-251: "Al principio, entre los griegos y los romanos, como entre indios, la ley formó parte de la religión"... "el derecho antiguo era una religión; la ley, un texto sagrado; la justicia, un conjunto de ritos".

24 DRNAS DE CLEMENT, Zlata . LAS NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL (JUS COGENS). DIMENSIÓN SUSTANCIAL, , Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p.1

25 GOMEZ ROBLEDOS, Antonio. Fundadores del derecho internacional, Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio, México, UNAM, 1989, pp. 15 y 16

26 Francisco de Vittoria: ex iure gentium, quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure naturali. En Gomez Robledo, op.cit. p. 8-9

27 VITORIA, Francisco de. De Indis prior, de titulis legitimis, 2. En Gomez Robledo, Op. cit. P. 9

28 De Civitate Dei. IV, 15. En VERDROSS, Alfred, Derecho Internacional Público, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1978, p.17

29 San Agustín la definía como la Sabiduría Ordenadora de Dios: Jesucristo

30 Lex Aeterna nobis impressa est (La eterna se encuentra impresa en nosotros) S. Agustín.

31 Verdross, op.cit. p.17

32 Gómez Robledo, Op.cit. p.9

33 Verdross, Op. cit., p. 81

34 Sobre el aparecimiento de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, el *ius cogens superveniens*.

35 De legibus., II, cap. XIX, núm. 9. Extraído de: Verdross, op. cit. p.81

36 Verdross, Op. Cit. p.83

37 Verdross, *Op.cit* p.19

38 Nullum crimen nulla poena sine lege

39 Vattel, Droit des gens, París, 1863, pars. 7-9. En Gomez Robledo, op. cit. p.13

40 Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945.

41 Kamrul Hossain, JUS COGENS AND OBLIGATIONS UNDER THE U.N. CHARTER, SANTA CLARA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol. 3 [2005], p.86

42 CIJ, *Recueil*, 1951, p. 23 en Gómez Robledo, op.cit. p.16

43 Quien tiene el poder de hacer leyes también lo tiene para deshacerlas

44 MUELA, Miaja de la. *Ius cogens y ius dispositivum en Derecho Internacional Público. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela. p. 1127. En Gomez Robledo, op. cit. P.75

45 Id. P. 77

46 Id, p.79

47 ICJ, *Fisheries case, Publications of the pleadings*, vol. I, pp. 382 y 383 en: Id, p.80

48 Id, p.81

49 BECERRA RAMÍREZ, *Notas sobre Problemas Teóricos de la Costumbre Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. pág 185

50 BODANSKY, Daniel M., "Customary (and Not So Customary) International Environmental Law" (1995). Scholarly Works.Paper 514. En World Wide Web [http://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/514.10-1-1995](http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/514.10-1-1995)

51 D´AMATO, Anthony. *International Law Sources*, p. 154. En Becerra Ramirez, op.cit. p.185.

52 D´AMATO, *International Law Sources*, p. 151, en Becerra Ramírez, op.cit. p.185

53 Paulo III en 1537 condenaba con excomunión para quienes esclavizasen a los indios de América (Denzinger, 1945). Breve de Gregorio XVI estimulando a los obispos del mundo para acabar con la esclavitud en Acta Gregorii Papae XVI ed. Bernasconi, S.C. de Propaganda Fide, Typographia Polyglotta Vaticanae, sobre Pio IX contra la

esclavitud en Brasil: Roma vol.2, pp. 387-388, Pii IX Pont. Max. Acta, Part i, pp.645. Extraído de CORREA DE OLIVEIRA, Plinio. Nobleza y Élités Tradicionales, , Editorial Fernando El Santo, Vol. II, Apéndice VI, Cap. III, núm. 4, p.189

54 Becerra Ramirez, op.cit, p.186

55 MAREK, Krystyna, "Thought on codification" , *Zeitschrift für ausländisches offentliches Rech und VR*, vol. 3, 1971, p. 497. En: Gomez Robledo, op.cit. p.81-82

56 BARBERIS, Julio. La liberté de traiter des Etats et le ius cogens. 18, 1970. p.44. En Gomez Robledo. Op.cit. p. 82.

57 Gomez Robledo. Op. cit. P.83

58 Id. p.154-155

59 ROSAKIS, Christos, The concept of ius cogens in the law of treaties, Amsterdam: North-Holland, 1976 p. 58. En Gomez Robledo, op. cit p.86

60 BARBERIS, Julio, Los Principios Generales De Derecho Como Fuente Del Derecho Internacional, Revista IIDH, Vol.14, 1991, p.23-24

61 La costumbre obliga

62 Quadri, Rolando, Diritto internazionale pubblico, 5a. ed., 1973, p. 109, en Gómez Robledo, op.cit. p.88

63 Gomez Robledo, op.cit, p.90

64 Id., p.91

65 DELAU, Oliver. Les positions francaises a la Conference de Vienne sur le droit des traites. AFDI, 1961, p.17. En Gomez Robledo, op. cit. P. 92

66 Gomez Robledo, op.cit., p.94

67 Planiol-Ripert. *Traté élémentaire de droit civil*.París, 1928, vol. I, p. 102. En Gomez Robledo, op.cit p.114

68 *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 845. En Gomez Robledo, op.cit p.115-116

69 CJI, Mémoires, Monquiers et Ecréhous, vol. II, p.375 En Gomez Robledo, op.cit. p. 116

70 Gomez Robledo. Op.cit, p.107

71 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 3, p. 86. En ibídem

72 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 8, p. 62. En Gomez Robledo, op.cit, p. 106

73 Gomez Robledo. Op.cit, p.107

74 Id, p. 99

75 Id p.100

76 Sexta Comisión, 910 séance, pars. 24 y 25. En Gomez Robledo. Op.cit. P. 102

77 Reuter, Paul, La Convention de Vienne sur le droit des traités, París, 1970, pp. 20 y 21 en Gomez Robledo, Op.cit. p. 104

78 A/CONF. 39/11,. 6, p. 72. En Gomez Robledo. Op.cit, P. 110

79 ACDI, 1966, vol. II, par. 6, p. 26. En Gomez Robledo, Op.cit., p. 112

80 Gomez Robledo, Op.cit, p. 113

81 Id., p 138

82 Id, p. 120

83 De la Guardia y Delpech. El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969. Buenos Aires 1970. P.387. En Gomez Robledo, op.cit. P.125

84 ibídem

85 Art. 46 “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.”

86 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 3, p. 70 en Gomez Robledo, op.cit., p. 128

87 Gomez Robledo, op.cit, p.134

88 Id, pág.133-134

89 Nicoloudis, E. P., *La nullité de ius cogens et le developpement... cit.*, p. 165 en ibídem

90 Gomez Robledo, op.cit., p. 140

91 Nicoloudis, *La nullité de ius cogens et le developpement... cit.*, p. 176. En Gomez Robledo, op.cit, p.140-142

92 Id, p. 162

93 véase el art.48.1.b del proyecto de Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

94 Lauterpacht, “ Affaire du Sud-ouest africain...”, *Recueil des cours*, 1966, p. 47. En Gomez Robledo op.cit., p.143

95 Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit international public*, 2a. ed., p. 193. Gomez Robledo. Op. cit. 143

96 A/CONF. 39/11/Add. 1, sesión 96, par. 19, p. 304.en Gomez Robledo, op.cit, p. 145

97 A/CONF. 39/11/Add par. 3, p. 91. En Gomez Robledo. Op.cit. p. 145

98 A/CONF. 39/11/Add. 2, par. 4, p. 93. En Gomez Robledo, Op.cit p.151

99 A/CONF/39/11 par. 6, p. 349; Yassen, “Réflexions sur la détermination du ius cogens, Société française pour le droit international” , Colloque de Toulouse, Pédone, 1974. en Gomez Robledo, op.cit., p.154-156

100 Gomez Robled, op.cit., p. 156- 157

101 ibídem

102 VERDROSS, Alfred von. AJIL, 1966, p.58. en Gomez Robledo. Op. Cit. p.157

103 Gomez Robledo, Op. cit p.158

104 Conference on international law, Genova, 1967, pp. 13 y 14 extraído de: Gomez Robledo, op.cit, p.158

105 Cfr. Cap. II, 2.5. y en Gómez Robledo, op.cit p.159

106 ibídem y véase Cfr. Anexo 3

107 Caicedo Perdomo, “La teoría del ius cogens en Derecho Internacional a la luz de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.”, *Revista de la academia Colombiana de Jurisprudencia*, enero-junio de 1975, pp. 261-274. en: ibídem, p. 160

108 Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960

109 Id. 14 de diciembre de 1962.

110 Id. 21 diciembre de 1965

111 Id. 24 de octubre 1970

112 Id, 14 de diciembre de 1974.

113 Id, 17 de diciembre de 1970

114 Disponible en World Wide Web:

[http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf)

115 Id., p.161- 163

116 J.Barberis, Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional, Revista IIDH, 1991, vol.14, p.11

117 VALDERDE SOTO, Max. Principios Generales de Derecho Ambiental Internacional, *ILSA Revisa Académica de Derecho Internacional y Comparado*, Vol. 3 (1996), p.193. Disponible en World Wide Web: <http://www.oas.org/dsd/Toolkit/Documentosspa/ModuloII/Soto%20Article.pdf>

118 Resolución AG 3281, en el capítulo II, artículo 3. en: Valverde Soto. Op. cit., P.3

119 BERREIRA, OCAMPO Y RECIO. Medio Ambiente y Derecho Internacional: Una Guía Práctica, (2005) , Caja Madrid, p.39

120 Disponible en World Wide Web: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>

121 Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, 2001. Disponible en World Wide Web: [http://www.pops.int/documents/convtext/convtext\\_sp.pdf](http://www.pops.int/documents/convtext/convtext_sp.pdf)

122 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático A/RES/48/189, 20 de enero de 1994. Disponible en World Wide Web: [http://unfccc.int/files/essential\\_background/background\\_publications\\_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf](http://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf)

123 Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. Mar 22, 1985. T.I.A.S. 11097, 26 I.L.M 1529 (1987)

124 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y Desarrollo: Convención sobre Diversidad Biológica, Junio 5, 1992, 31 I.L.M 818

125 Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, 2000. Disponible en World Wide Web: <http://bch.cbd.int/protocol/text/>

126 El Principio de Precaución Ambiental. La Práctica Argentina, Zlata Drnas de Clément, Lerner Editora SRL, p.39

127 Res. 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

128 Convenio sobre protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, hecho en Helsinki el 17 de marzo de 1992,

129 véase: Proyecto de Responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícitos, art.1

130 Valverde Soto. Op.cit. pp. 10

131 Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (República Federal Alemana vs. Polonia), 1928, Corte Permanente de Justicia Internacional (series A) No. 17, página 377 (13 de septiembre) en Valverde Soto. Op.cit. p.10

132 Disponible en World Wide Web: [http://conspect.nl/pdf/Our\\_Common\\_Future-Brundtland\\_Report\\_1987.pdf](http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf)

133 Viñuales, Jorge. La Protección del Medio Ambiente y su Jerarquía Normativa en el Derecho Internacional, *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* ildi. Bogotá, N° 13: 11-44, noviembre de 2008, p.14

134 Cfr. Cap. II, 1.1

135 *I.C.J. Reports 1996*, p. 226 et seq, en Viñuales, Op.cit. p.15

136 POSNER, Erick. Erga Omnes Norms, Institutionalization, and Constitutionalism in International Law. *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE* 165 (2009), 5–23 ©2009 Mohr Siebeck – ISSN 0932-4569, p. 5

137 Cfr. Cap. I, 5.1.

138 Gómez Robledo, op.cit. p. 190 y en Jorge Viñuales. Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad. *Universitas*. Bogotá (Colombia) N° 119: 223-250, julio-diciembre de 2009, p. 230

139 ver Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

140 Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente..., p. 20

141 Id., p. 19

142 Voto concurrente, A. Cançado Trindade, caso Sarayaku, Corte IDH, par. 21, 23 y 24

143 Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969

144 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1970.

145 Definida la prohibición de la tortura como perteneciente al ámbito del ius cogens en el Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade en el caso Maritza Urrutia vs Guatemala véase Cfr. Cap., 5.1.

146 Voto Concurrente del juez Alirio Abrue Burelli en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos laborales de inmigrantes indocumentados par. 1., y véase C. Trindade supra

147 Viñuales. Op.cit. Cuestiones Medioambientales... p. 233.

148 Corte I.D.H.: Caso Castillo Pietruzzi y otros Excepciones Preliminares. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C Nº 41, Voto del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 3. Extraído de Pedro Nikken. Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System Washington, D.C. 1º de marzo de 2003. Disponible en World Wide Web: <http://es.scribd.com/doc/92796735/Nikken-Speech>

149 Voto Concurrente del Juez Cancado Trindade. Caso Sarayaku vs Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Par.6 Disponible en World Wide Web: [www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/sarayaku\\_vse\\_02\\_cancado.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/sarayaku_vse_02_cancado.doc)

150 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto concurrente de A. Cançado Trindade, caso Sarayaku, par. 7

151 Id., par 10

152 Id., par 8

153 En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... p.18

154 Cançado Trindade, Op.cit. caso Sarayaku, par. 14

155 Viñuales. Op.cit. Cuestiones Medioambientales... p.228

156 A/RES/56/83

157 Viñuales, op.cit: Cuestiones medioambientales..., p. 234

158 Id., p. 233

159 Viñuales, op.cit: La Protección del Medio..., p. 20

160 Viñuales, op.cit. Cuestiones medioambientales... p. 224

161 Solo estamos considerando al medio ambiente como destino del interés esencial de Ecuador, mas, no hemos mencionado sobre las violaciones de derechos humanos de las personas afectadas por las fumigaciones.

162 Viñuales. Op.cit. Cuestiones medioambientales... p. 225

163 Viñuales. Op.cit. La Protección del Medio... p.23

164 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I): “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**”

165 Gómez Robledo, El ius cogens internacional, p. 168

166 Viñuales, La protección del medio ambiente... p. 25

167 Ibid., p. 27

168 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Voto Concurrente del juez a.a. Cançado Trindade. Par. 80. Disponible en World Wide Web: [www.acnur.org/biblioteca/pdf/2352.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2352.pdf)

169 Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar. Art. 3

170 Viñuales, op.cit: La protección del medio ambiente... p. 28

171 Id., p. 30

172 Asamblea General de las Naciones Unidas, **A/CN.4/510**, Comisión de Derecho Internacional. En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... P. 31

173 UN Doc A/CN.4/428 & Corr.1-4 and Add.1, par. 77-78 en En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... P. 31

174 En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... P. 32

175 Caso de la Isla Qasiqili/Sedudu, Opinión Disidente del Juez Weeramantry, I.C.J. Reports 1999, p. 1184, par. 91-92 en En Viñuales. Op.cit. La protección del medioambiente... P. 33 -34

176 we have entered an era of international law in which international law subserves not only the interests of individual States, but looks beyond them and their parochial concerns to the greater interests of humanity and planetary welfare International environmental law will need to proceed beyond weighing the rights and obligations of parties within a closed compartment of individual State self-interest, unrelated to the

global concerns of humanity as a whole (la traducción es nuestra)", Caso concerniente al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary/Slovakia) 1997 ICJ Rep. 7 (25 Sept.), Separate opinion of Vice-President Weeramantry, at 115 en SHELTON, Dinah. "Common Concern of Humanity", *Iustum Aequum Salutare*, V.2009/1 33-40

177 CARDENAS Y CADENA, "Desafíos impuestos por el Derecho Internacional ambiental al Derecho Internacional clásico", ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Vol. 2, pp. 141-174 2009, pp. 145

178 Convenio Internacional sobre la Regulación de la Pesca de la Ballena (1946)

179 Convenio de Tokio sobre las Pesqueras de Alta Mar en la Océano Pacifico del Norte de 1952

180 Tratado Antártico (1959)

181 Convención Internacional sobre la conservación de los recursos marinos vivos del Antártico (20 de mayo de 1980)

182 Decisión 82/461/CEE del Consejo Europeo (24 de junio de 1982)

183 Convención sobre la Conservación de los Hábitats Naturales y Vida Salvaje Europea (1979)

184 Convención de las Naciones Unidas de la Lucha contra la Desertificación y Sequía

185 Nanda, Ved Prakash & Pring, George. *Environmental Law & Policy for the 21st Century*, First Edition, Transnational Publishers, New York, 2003, p. 35 en: Cárdenas y Cadena, Op.cit, p. 149

186 Cassese, Antonio. *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p. 93. en: Cárdenas y Cadena, op.cit. p.148

187 UN Doc A/CN.4/428 & Corr.1-4 and Add.1, par. 77-78 en Viñuales. op.cit La protección del medioambiente... p. 31

188 Cárdenas y Cadena, op. cit. p. 151

189 UNESCO, Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural adoptada por la Conferencia General en París el 16 de noviembre de 1972.

190 Dinah Shelton, op.cit. Common Concern... pp. 39

191 International Tribunal on the Law of the Sea, Dec. 3, 2001, *reprinted* 41 ILM 405 (2002), de: Dinah Shelton, op.cit: Common Concerns p. 39 "the duty to cooperate is a fundamental principle in general international law, as well as one contained in the

relevant treaty provisions, and that rights may arise therefrom which the Tribunal may protect. (la traducción es nuestra)

192 ídem

193 Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, hecho en Londres, Moscú y Washington, el 29 de marzo de 1972. Art. 2: “Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo.”

194 Jenks C.W., Liability for ultra-hazardous activities in International Law, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, I, 1966, p.107. extraído de : Gómez Robledo Verduzco, Responsabilidad Internacional por daños transfronterizos. Universidad Autónoma de México. México, 1992. p.14

195 Gomez Robledo V. op.cit Responsabilidad Internacional... p. 14

196 Id., p. 16

197 Kelson, J., State responsibility and the abnormally dangerous activity, Harvard International Law Journal, vol. 13, 1972, p. 229 extraído de: Gomez Robledo V. op.cit. Responsabilidad... p. 16

198 GOLDIE Federick. Liability for damage and the progressive development of International Law. International and Comparative Law Quarterly, vol. 14, 1965, p. 1189 - 1264. En Gomez Robledo V. Op.cit. Responsabilidad... p. 17

199 id.. p. 17

200 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 52º periodo de sesiones, 23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, suplemento Nº 10 [A/56/10] pp.326 comentario del apartado b)ii) del art.42, numeral 13

201 Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), 52º periodo de sesiones, 23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, suplemento Nº 10 [A/56/10] pp. 352

202 Ibíd, p.353

203 Gómez Robledo Verduzco. Temas selectos de Derecho Internacional, Universidad Autónoma de México. México, 2003 (cuarta edición) pp. 350-374

204 Ballenegger, J., La pollution en droit international, Geneve, Droz, 1975, p 205. En Id., p. 355

205 Trail Smelter Case, RSA, Nations Unies, vol. III p. 1963, tomado de: Gómez Robledo. Op. cit. Temas Selectos....p.351

206 Gómez Robledo. Op. cit. Temas Selectos....p.351

207 Id., p. 360

208 KISS, Alexandre. "Problemes juridiques de la pollution de l'air", dans La protection de l'environnement et le droit international, RCADI, Colloque 1973, p.174 y 470 a 471. En Gomez Robledo, op.cit. Temas Selectos... p.360.

209 RUBIN, Alfred. "Pollution by analogy: the trial smelter arbitration", Oregon Law Review, 1970. p 260. Gomez Robledo, op.cit. Temas Selectos. P. 362

210 "Oral Proceedings", Oregon Law Review. vol. 50 1970- 71. p.291.En Gomez Robledo, op.cit. Temas Selectos. P. 362

211 HANDLI G, Territorial sovereignty and the problem of transnational pollution, American Journal of International Law, 1975, p. 60-63 en Gomez Robledo. Op. cit. Temas selectos. P. 350

212 GOLDIE. Federick, Liability for damage and the progressive development of International Law, ICLQ, vol 14, 1965, p 1189-1264, en Gomez Robledo, op.cit. Temas Selectos. p.364

213 Convención de Roma de 1.952; daños causados por Estados por el uso pacífico de energía nuclear (Convención de París del 29 de Julio de 1.960, Convención de Bruselas de 1.962 y Convención Suplementaria del 31 de Enero de 1.963 sobre Responsabilidad frente a terceros por daños nucleares); daños causados por el lanzamiento de objetos al espacio exterior y su caída a la tierra (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios Jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la Exploración y el Uso del Espacio Exterior . En DIEGO A. PORTABELLA, Derecho Internacional Público. Bolilla 4, p.3. Disponible en World Wide Web:

<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC0QjBAwAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.abogadosportabella.com.ar%2Fviewpub.php%3Fid>

[%3D26%26download&ei=oZ9qUPyZOIXA9gSH IG4CA&usq=AFQjCNHTSYEFn4\\_k4 W1Mava-Ay3n5qDslg&sig2=qg-km6GJxuiUgsIMNo2fA](#)

214 Gomez Robledo V. Op.cit. Temas selectos... p. 374

215 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C N° 103 Disponible en World Wide Web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf)

216 Id, párr. 92.

217 International Court of Justice. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, 1986 ICJ Rep. 14 [Juicio de Junio 27] la Corte comenta en el párrafo 190 lo siguiente: (traducido del original en inglés) Disponible en World Wide Web: <http://www.iilj.org/courses/documents/NicaraguaCase.pdf>

218 Bodansky Daniel. Customary and not so Customary International Environmental Law, University of Georgia School of Law, 1995. Disponible en World Wide Web: [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1511&context=fac\\_artchop](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1511&context=fac_artchop)

219 AMATO, Antonio de. Seminario de la Teoría de la Costumbre Internacional. International Law Anthology p. 73 y 74, edición Antonio de Amato 1994, en Bodansky. Op. cit., p.109

220 International Court of Justice. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua. Nicaragua vs. US, 1986,. 4, 98. En Bodansky op. cit. 109

221 SCHACHTER, Oscar. The emergence of International Environmental Law, 44 Journal of International Affairs, p. 463 en BODANSKI, Op.cit. p.111. "To say that a state has no right to injure the environment of another seems quixotic in the face of the great variety of transborder environmental harms that occur every day" (*Afirmar que un Estado no tiene el derecho de dañar al ambiente de otro parece algo alejado de la realidad frente a la gran variedad de daños ambientales transfronterizos que ocurren todos los días*) (La traducción es nuestra).

222 Disponible en World Wide Web: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>

223 Bodansky, op. cit. p. 113

224 PARTAN, Daniel, El Deber de Notificar en el Derecho Internacional ambiental, Boston University International Law Journal, pp 51, 1988, en Bodansky. Op.cit. P. 114

225 Disponible en World Wide Web: <http://www.natura-medioambiental.com/2009/12/imagenes-satelitales-de-la.html>, 7- 08- 2011, 23: 43

226 Trail Smelter, Estados Unidos V. Canadá 3, R.I.A.A. 1938, 1965. Mar. 11, 1941: "Ningún estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de forma que cause daño al territorio de otro estado o a las propiedades de las personas de ese estado cuando sea el caso de serias consecuencias y el perjuicio es establecido por una evidencia clara y convincente" en Cfr. Cap. I, Anexo 1.

227 CHODOSH, Hiram. Neither Treaty Nor Custom: The Emergence of Declarative International Law, 26 Tex. Intl. L.J. 87 (1991) en Bodansky, Op.cit. p. 111

228 OXFORD RESEARCH GROUP, "What is Sustainable Security?" (on-line), 13/05/2012: <http://sustainablesecurity.org/what-sustainable-security>

229 BUELA, Alberto. Metapolítica y Filosofía.. Ediciones Teoría. Buenos Aires 2002. Capítulo El Rombo.

230 Draft International Covenant on Environment and Development. Fourth edition conveyed to the UN Member States on occasion of the High-level Event on Biodiversity on 22 September 2010 during the 65th UN/GA

231 CORRÊA DE OLIVEIRA, Plinio. Sêde prudentes como as serpentes e simples como as pombas, en "Catolicismo" n°37 Enero 1954