

**LAS CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES
Y EL CONCEPTO DE ESTADO DE NECESIDAD**

**ENVIRONMENTAL QUESTIONS AND THE
CONCEPT OF STATE OF NECESSITY**

*Jorge E. Viñuales**

Fecha de recepción: 26 de enero de 2009

Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2009

* Titular de la cátedra Pictet de Derecho Internacional del Medioambiente del Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra. Counsel, Estudio Lévy Kaufmann-Kohler, Ginebra. Director ejecutivo de la Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional. Jorge E. Viñuales es doctor en ciencias políticas (Institut d'Etudes Politiques de Paris), LL.M. en finanzas internacionales (Harvard Law School), D.E.A. en derecho internacional público y licenciado en relaciones internacionales (HEI - Ginebra), D.E.A. en teoría política y licenciado en ciencias políticas (Université de Genève), licenciatus juris (Universitat Freiburg), abogado (UNICEN - Argentina).

RESUMEN

El artículo explora la incidencia de las cuestiones medioambientales sobre el modo en que debe entenderse el concepto de estado de necesidad en derecho internacional. Dicha incidencia es analizada a partir de dos perspectivas diferentes, a saber: la del Estado que invoca una “necesidad ecológica” para justificar la violación de una obligación internacional y aquella del Estado cuyos intereses medioambientales han sido menoscabados por los actos que el otro Estado intenta justificar a partir del estado de necesidad. El análisis efectuado sugiere que el modo en que se deben interpretar los requisitos necesarios a la admisión de un estado de necesidad depende del tipo de interés, en este caso medioambiental, que el Estado en dificultad intenta preservar.

Palabras clave: necesidad ecológica, Fumigaciones Aéreas, Gabcikovo-Nagymaros, derecho ambiental internacional.

ABSTRACT

The article explores the incidence of environmental considerations on the understanding of the concept of state of necessity in international law. This incidence is analyzed from two perspectives, namely that of a State invoking an “ecological necessity” to justify its acts in breach of an international obligation and that of a State whose environmental interests have been impaired by the acts that the other State seeks to justify through necessity. The analysis suggests that the interpretation of the conditions for the admission of the necessity defense depends upon the type of interest, in this case environmental considerations, that the State invoking necessity seeks to preserve.

Key words: Ecological Necessity, Aerial Herbicide Spraying, Gabcikovo-Nagymaros, International Environmental Law.

INTRODUCCIÓN

El concepto jurídico de ‘estado de necesidad’¹ ha recobrado recientemente una cierta importancia en la jurisprudencia internacional. El tema ha recibido una atención considerable en el ámbito de los litigios de inversión, particularmente en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)². Dicho motivo, de orden actual, bastaría en sí para justificar un nuevo análisis de este instituto jurídico.

Sin embargo, otro desarrollo importante que quizá a causa de su novedad no ha retenido aún suficientemente la atención de la doctrina, confirma la importan-

- 1 El estado de necesidad ha sido ampliamente estudiado en la doctrina del derecho internacional clásico y contemporáneo. Además del análisis que figura en los principales tratados y manuales de derecho internacional, véase A. Cavagliere, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale* (Athenaeum, Roma, 1917); B. C. Rodick, *The Doctrine of Necessity in International Law* (Columbia University Press, New York, 1928); E. Vitta, *La necessità nel diritto internazionale*, 11 *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 288 et seq. (1936); P. Weiden, *Necessity in International Law*, 24 *Transactions of the Grotius Society*, 105 et seq. (1938); G. Sperduti, *Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale*, 22 *Rivista di diritto internazionale*, n.º 1-2, 54 et seq. (1943); T. E. Hazan, *L'état de nécessité en droit penal interétatique et international* (Pédone, Paris, 1949); S. Glaser, *Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international*, 6 *Revue de droit pénal et de criminology*, 599 et seq. (1952); L. Buza, *The state of necessity in international law*, 1 *Acta juridica academiae scientiarum hungaricae*, 205 et seq. (1959); P. A. Pillitu, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale* (Libreria editrice universitaria, Perugia, 1981); J. Barboza, *Necessity (Revisited) in International Law*, en *Essays in Honour of Manfred Lachs*, 27 et seq. (J. J. Makarczyk, ed., Martinus Nijhoff, La Haya, 1984); J. Salmon, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international*, en *Essays in Honour of Manfred Lachs*, 235 et seq., (J. J. Makarczyk, ed., Martinus Nijhoff, La Haya, 1984); S. P. Jagota, *State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness*, 16 *Netherlands Yearbook of International Law*, 249 et seq. (1985); M. Akehurst, *International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law*, 16 *Netherlands Yearbook of International Law*, 3 et seq. (1985); C. Gutiérrez Espada, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional* (Tecnos, Madrid, 1987); R. Boed, *State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, 3 *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1 et seq. (2000); D. Dobos, *The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle*, 13 *Fordham Environmental Law Journal*, n.º 2, 375 et seq. (2002); J. Neuman & E. Turk *Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines*, 37 *Journal of World Trade*, n.º 1, 199 et seq. (2003); A. Laursen, *The Use of Force and (the State of) Necessity*, 37 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n.º 2, 485 et seq. (2004); S. Heathcote, *State of Necessity and International Law* (tesis de doctorado, Graduate Institute of International Studies, Ginebra, 2005); Ch. Leben, *L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement*, 3 *Les Cahiers de l'arbitrage*, 47 et seq. (2005).
- 2 Véase *Continental Casualty c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, laudo del 5 de septiembre de 2008; *Metalpar c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/5, laudo del 6 de junio 2008; *Sempra Energy c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, laudo del 28 de septiembre 2007 (en adelante “Enron laudo”); *Enron and Ponderosa Assets c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, laudo del 22 de mayo de 2007 (en adelante “Enron laudo”); *LG&E c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad del 3 de octubre de 2006, laudo del 25 de julio de 2007; *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08, laudo del 12 de mayo de 2005 (en adelante “CMS laudo”); decisión sobre anulación del 25 de septiembre de 2007. A pesar de la confidencialidad a la cual están sujetos los escritos y las alegaciones de las partes en el arbitraje de inversión, diversos factores sugieren que el estado de necesidad ha sido invocado como causal de justificación de la violación de normas internacionales convencionales o consuetudinarias de inversiones internacionales en toda una serie de arbitrajes actualmente pendientes ante tribunales organizados en conformidad con las reglas del CIADI.

cia actual de dicho instituto. Se trata del caso contencioso iniciado por Ecuador contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación con las fumigaciones aéreas efectuadas por este último Estado sobre las regiones situadas en torno a la frontera con Ecuador³. El contexto político y los argumentos (susceptibles de ser) avanzados por Ecuador ameritan que reabramos un tema que fue analizado anteriormente por la CIJ en 1997⁴, y que podría plantearse nuevamente en el litigio sobre fumigaciones aéreas, a saber: la incidencia de las consideraciones medioambientales sobre el concepto de ‘estado de necesidad’.

En 1997, dicha incidencia se había planteado ante la CIJ de modo diferente al que podría plantearse en el litigio sobre fumigaciones aéreas. En efecto, en el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, Hungría había invocado un interés esencial en proteger su medioambiente para justificar, basándose en el instituto jurídico del estado de necesidad, su violación de un tratado internacional concluido con Checoslovaquia (heredado por la República Eslovaca). Sin embargo, las cuestiones ecológicas también pueden plantearse de otra manera en relación con el estado de necesidad, a saber, como interés esencial del Estado víctima de la violación que se intenta justificar. Podría así conjeturarse, por ejemplo que Colombia invocase un estado de necesidad como causal de justificación de sus incursiones en las regiones situadas en torno a la frontera con Ecuador, y que se plantease entonces la cuestión de la jerarquía de los intereses invocados por Colombia y Ecuador, respectivamente. En efecto, el derecho internacional excluye la admisión de dicha causal de justificación si el acto que se intenta justificar ha menoscabado un interés esencial del Estado víctima o una norma imperativa. Ello le daría a la CIJ la oportunidad de evaluar la jerarquía respectiva en el derecho internacional contemporáneo de dos tipos de consideraciones cuya importancia es de singular actualidad, la seguridad o el orden público y la protección del medioambiente.

De un modo más general e independientemente de que acaezca o no la situación hipotética que acabamos de describir, parece cada vez más difícil evadir la cuestión de la jerarquía en derecho internacional de las normas relativas a la protección del medioambiente. Hemos procedido a un análisis preliminar de esta cuestión en un estudio reciente publicado en la *Revista Colombiana de Derecho Internacional*⁵. El presente artículo se propone retomar las conclusiones esbozadas en dicho estudio para explorar las particularidades del estado de necesidad en presencia de intereses ecológicos.

3 Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia), caso iniciado el 1.º de abril de 2008 (en adelante caso de las “Fumigaciones Aéreas”).

4 Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Sentencia, *I.C.J. Reports 1997*, p. 7 (en adelante caso del “proyecto Gabcikovo-Nagymaros”).

5 J. E. Viñuales, *La protección del medio ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional*, 13 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 11-14 (noviembre de 2008).

Con este fin, nuestro análisis estará estructurado en dos secciones. En primer lugar, nos parece útil recordar las principales características del estado de necesidad como concepto jurídico, prestando particular atención a las tentativas de codificación internacional de dicho concepto, así como a su empleo en la jurisprudencia internacional. Dicha introducción nos servirá como base para explorar, en segundo lugar, la incidencia de las consideraciones ecológicas sobre el concepto de estado de necesidad a dos niveles, a saber, las particularidades de la llamada *necesidad ecológica* y el funcionamiento de las normas medioambientales como límite a la invocación del estado de necesidad.

1. EL CONCEPTO DE ESTADO DE NECESIDAD

1.1. La codificación progresiva del concepto

Como se sabe, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG) encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la tarea de codificación de las normas relativas a la responsabilidad internacional del Estado ya en 1953⁶. El mandato conferido por la AG se refería expresamente a los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado. En efecto, quedaban fuera de este mandato, tanto las normas primarias de conducta, como los principios de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales.

La CDI comenzó el estudio de este tema en 1955, nombrando a F. V. García Amador como relator especial. A lo largo de las décadas que duró el trabajo de codificación de la CDI en esta materia, una serie de eminentes internacionalistas continuaron, en calidad de relatores especiales, la labor comenzada por García Amador⁷. En 1996, la CDI adoptó en primera lectura un proyecto de artículos acompañado de un comentario detallado artículo por artículo⁸. Dicho proyecto fue considerablemente re trabajado⁹ entre 1996 y el 2001, año en que la CDI adoptó finalmente los artículos sobre la responsabilidad

6 El texto de la resolución 799 (VIII) de la AG consideraba: “[es] conveniente, para mantener y desarrollar las relaciones pacíficas entre los Estados, que se codifiquen los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado”, Doc. ONU A/Res/799/VIII, del 7 de diciembre de 1953.

7 En 1963 la CDI nombró al jurista italiano Roberto Ago, quien ocupó esta función hasta su renuncia en 1978. A partir de ese año, se sucederán en dicho cargo el jurista holandés Willem Riphagen, el italiano Gaetano Arangio Ruiz y el jurista anglosajón, James Crawford.

8 En su resolución aprobatoria del 30 de enero de 1997 (Doc. A/Res/51/160), la AG expresó: “[...] su reconocimiento a la Comisión de Derecho Internacional por la labor realizada en su 48.º período de sesiones, en particular, por haber terminado [...] el anteproyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados”.

9 La principal controversia se desarrolló a partir de la inclusión, en el artículo 19 del anteproyecto, del concepto de crimen internacional del Estado. Dicho artículo fue muy criticado en los comentarios al anteproyecto presentados por los Estados. Finalmente, el concepto fue dejado de lado en la versión siguiente, perdurando, sin embargo, la idea de una responsabilidad agravada del Estado.

internacional del Estado por hecho ilícito (artículos CDI)¹⁰. Cuatro meses más tarde, los artículos CDI fueron acogidos satisfactoriamente por la AG¹¹.

Aunque los artículos CDI no constituyan un convenio o un tratado internacional, su autoridad normativa ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia internacional, ya que gran parte de las disposiciones enunciadas en los artículos CDI son el reflejo de normas consuetudinarias internacionales. En particular, los artículos 33 del anteproyecto de 1996 y 25 de los artículos CDI han sido expresamente considerados como expresión del derecho consuetudinario internacional en la materia¹². La descripción del estado de necesidad dada por estos dos artículos es, en definitiva, esencialmente similar, a pesar de algunas diferencias de técnica legislativa.

El texto del actual artículo 25 de los artículos CDI dispone:

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad, o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

El texto es relativamente complejo. Los elementos definitorios del estado de necesidad, como el carácter esencial de un interés, el carácter grave e inminente de un peligro o su imputación al Estado, el carácter necesario de la reacción del Estado (“único modo”), la jerarquía de normas (y, por consiguiente, de valores) subyacente y las consecuencias jurídicas de la invocación

10 Sobre este punto véase J. Crawford, J. Peel & S. Olleson, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 12 *European Journal of International Law*, n.º 5, 963 *et seq.* (2001). Durante esta sesión, la CDI procedió también a una modificación del título del proyecto resaltando que sólo quedaba cubierta la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos (contrariamente a la eventual responsabilidad por hechos lícitos, objeto de un proceso de codificación separado).

11 Texto anexo al Doc. ONU A/Res./56/83 del 12 de diciembre de 2001.

12 Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, par. 50-52; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, opinión consultiva del 9 de julio del 2004, *I.C.J. Reports 2004*, par. 140; CMS laudo, par. 315.

de dicha causal, dependen casi totalmente de factores circunstanciales y están sujetos a un amplio margen de apreciación.

En las páginas siguientes, nos proponemos analizar brevemente los requisitos que fija el derecho internacional para la invocación del estado de necesidad como causal de justificación, con especial referencia a la jurisprudencia reciente de la CIJ.

1.2. Precisiones y ambigüedades

La formulación negativa retenida por el artículo 25 de los artículos CDI subraya el carácter excepcional del estado de necesidad como causal de justificación de un hecho ilícito internacional. La norma consuetudinaria reflejada por el artículo 25 de los artículos CDI debe, por consiguiente, ser utilizada de modo restrictivo. Sin embargo, no está claro si dicho carácter excepcional debe conducir necesariamente a una interpretación restrictiva de cada uno de los requisitos exigidos para la admisibilidad del estado de necesidad o si el cumplimiento cumulativo de todos los requisitos basta para respetar dicho carácter excepcional. En otras palabras, el nivel de análisis en el cual interviene la excepcionalidad no ha sido resuelto¹³. Observemos que, a pesar de su apariencia puramente académica, dicha dificultad puede tener consecuencias prácticas importantes, en particular en lo que respecta al análisis del carácter esencial del interés de un Estado, la gravedad y la inminencia del peligro en cuestión y, sobre todo, el margen de acción posible del Estado que intenta justificar un hecho ilícito internacional. El tema será tratado *in concreto* en relación con cada uno de los requisitos mencionados.

La doctrina y la jurisprudencia, así como también los artículos CDI sujetan la admisibilidad del estado de necesidad a cinco requisitos cumulativos¹⁴. En primer lugar, el interés invocado por el Estado para justificar su acción debe calificar como interés esencial. En segundo lugar, dicho interés debe encontrarse amenazado de un modo grave e inminente. En tercer lugar, el acto constitutivo del hecho ilícito internacional debe ser el único modo de salvaguardar el interés esencial del Estado. En cuarto lugar, dicha conducta no debe lesionar un interés esencial del Estado víctima¹⁵ ni violar una norma que por su naturaleza

13 El comentario del artículo 25 de los artículos CDI no clarifica dicho punto. El relator especial se limita a indicar que una alegación de estado de necesidad no puede ser admitida, sino “Under conditions narrowly defined in article 25”, par. 1 ad art. 25. Luego analiza el carácter excepcional del estado de necesidad con respecto a las otras causales de justificación reconocidas, a saber, el consentimiento (art. 20), la legítima defensa (art. 21), las contramedidas (art. 22) y el peligro extremo (art. 24); es decir, las particularidades del estado de necesidad en comparación con las otras causales. El relator concluye: “These special features mean that necessity will only rarely be available to excuse non-performance of an obligation and that it is subject to strict limitations to safeguard against possible abuse”, par. 2 ad. art. 25. Lo que deja sin resolver la cuestión del nivel de análisis.

14 Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, par. 52.

15 Se entiende por Estado víctima el Estado con respecto al cual existe una obligación internacional

deba aplicarse en situaciones de emergencia o no admite derogación alguna. Finalmente, la conducta del Estado no puede ser justificada si dicho Estado ha contribuido a la situación de necesidad en que se encuentra. Estos cinco requisitos serán analizados a continuación, en el orden mencionado.

Con respecto al carácter esencial del interés del Estado demandado, la CIJ, retomando el razonamiento de la CDI, ha reconocido que puede tratarse no sólo de la existencia misma del Estado, sino también de otros intereses de diversos órdenes. En el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, la CIJ admitió expresamente, basándose en la argumentación de la CDI, que un peligro grave para la conservación ecológica del territorio o de una parte del territorio del Estado podía servir de base para invocar el estado de necesidad¹⁶. De particular interés nos parece la precisión introducida por la CIJ, refiriéndose nuevamente al razonamiento de la CDI, según la cual dichos intereses pueden variar con el tiempo¹⁷. La CIJ no nos proporciona ningún criterio específico que permitiría distinguir los intereses esenciales de aquellos que no consienten la invocación del estado de necesidad. La calificación del interés invocado por el Estado ha sido objeto de controversia, en particular cuando se trata de intereses económicos¹⁸. Un método posible que, curiosamente, no parece haber sido explorado, es la referencia a los valores protegidos por normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*)¹⁹. Dado el carácter imperativo atribuido a dichas normas, parece difícil negar la importancia (el carácter esencial) de los valores protegidos por tales normas. Por supuesto, este método es únicamente indicativo y comporta, naturalmente, las dificultades propias a la identificación de las normas de *jus cogens*. A este respecto, dos precisiones suplementarias nos parecen necesarias. En primer lugar, la jurisprudencia de la CIJ relativa al *jus cogens* es más amplia que aquella relativa al estado de necesidad. En segundo lugar, como lo sugiere el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, el hecho de que un interés dado no se haya cristalizado en una norma imperativa no excluye ab initio su carácter esencial²⁰.

Si admitimos el carácter esencial de un interés dado, el paso siguiente consiste en evaluar si dicho interés ha sido amenazado por un peligro grave e inminente. El término *peligro* implica, como lo menciona la CIJ, la idea de riesgo, de daño en potencia. Dicho peligro debe ser concreto, grave e inminente. En primer lugar, debe tratarse de un peligro real, concreto y no meramente

que ha sido violada, y cuya violación se intenta justificar a partir del estado de necesidad.

16 Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, par. 53.

17 Ídem.

18 Véase a este respecto las contribuciones de Brigitte Stern, Orianne Osuna y Albane Geslin, en el Coloquio de Grenoble de la Société française de droit internationale (SFDI), *La nécessité en droit international* (Pedone, París, 2007).

19 Véase a este respecto J. E. Viñuales, *State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law*, 14 *Law and Business Review of the Americas*, n.º 1, 79 *et seq.* (2008).

20 *Ibid.*, p. 88, nota 34.

abstracto. Aunque dicha calificación no haya sido mencionada por la CIJ, la idea misma de inminencia supone el carácter concreto del peligro. En segundo lugar, el peligro debe ser grave. En otras palabras, las consecuencias para el interés esencial del Estado, si el riesgo se realiza, deben ser graves, lo que nos recuerda que el estado de necesidad, como institución jurídica, refleja la existencia de una jerarquía de valores, en general (aunque quizá no siempre) traducidos en normas internacionales. A este respecto, el objetivo primordial del estado de necesidad es justificar la violación de una norma a partir del respeto de un valor más importante. Es así que la gravedad del peligro introduce necesariamente la idea de proporcionalidad. En tercer lugar, el peligro debe ser inminente. La idea de inminencia comporta, a nuestro entender, tres elementos, a saber: el peligro debe ser concreto, probable y próximo. Ya hemos hecho referencia al carácter concreto. Tratándose del carácter probable, la CIJ indica que un peligro posible no es suficiente²¹. La posibilidad de un evento (la realización de un riesgo) posee por definición una probabilidad no nula. En otras palabras, la distinción entre los términos *posible* y *probable* es una cuestión de grado y no de naturaleza. Si un riesgo comporta una probabilidad de 0,000001 puede decirse que dicho riesgo es posible, pero no probable. Si la probabilidad es de 0,1, nuevamente, podríamos considerar que dicho riesgo es posible, pero poco probable. Dicho razonamiento exige, sin embargo, dos precisiones importantes. Primero, una probabilidad del 10% no parece bajo ningún concepto aceptable cuando se trata de un riesgo extremadamente grave (una catástrofe nuclear). Segundo, un riesgo probable no puede ser calificado de inminente si no presenta una alta probabilidad de realización. Todos estos elementos deben ser explícitamente evaluados antes de pronunciarse sobre la existencia de un estado de necesidad.

El estado de necesidad requiere además que el hecho ilícito imputado al Estado sea el único modo de salvaguardar el interés esencial del Estado que se encuentra amenazado. Esta condición nos parece la más problemática, así como también la más importante para la determinación del estado de necesidad. Salvo en casos flagrantes, la jurisdicción competente posee, en la práctica, un gran margen de apreciación. Básicamente, se plantean tres tipos de problemas. En primer lugar, uno puede preguntarse si las otras alternativas que habrían permitido salvaguardar el interés del Estado deben ser apreciadas en abstracto o en concreto. En efecto, una alternativa abstractamente posible (por ejemplo preconizada por un experto o desarrollada en un país que cuente con personal particularmente especializado o experimentado), puede ser difícilmente practicable en el Estado en que se plantea el riesgo (por ejemplo por falta de experiencia o de personal). En segundo lugar, suponiendo que la evaluación deba efectuarse *in concreto*, no está claro a quién le corresponde decidir. El

21 Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, parr. 54.

personal de una administración principalmente responsable, a nivel interno, del manejo de la crisis, puede simplemente no haber tenido en mente todas las alternativas. Es evidente que, frente a una situación grave y apremiante, no se dispone ni del tiempo ni de la omnisciencia necesaria para imaginar todas las alternativas posibles. En tercer lugar, se plantea una cuestión de probabilidades. Supongamos que una alternativa concretamente posible, de la cual el órgano principalmente a cargo del manejo de la situación esté al tanto, comporte baja probabilidad de lograr el resultado deseado. Se trata de una alternativa cuyo riesgo es mayor y que de funcionar sería mejor tanto para el Estado en dificultad como para el Estado víctima de la violación. El único problema es que la probabilidad de que funcione es inferior a la de otra alternativa, más segura desde el punto de vista del Estado en dificultad, pero perjudicial para el Estado víctima. ¿Puede afirmarse que las normas internacionales de estado de necesidad exigen que los Estados asuman dichos riesgos? La respuesta no es para nada simple. Lo que sí nos parece posible afirmar es que en ciertos casos (por ejemplo cuando la probabilidad de éxito de la alternativa que no fue seguida es muy inferior o el riesgo para la población del Estado en dificultad es muy grande), asumir tal riesgo entraría potencialmente en conflicto con normas internacionales de jerarquía superior²².

El cuarto requisito del estado de necesidad se refiere a los límites derivados de la naturaleza del interés o de la norma que se ve perjudicada por la conducta ilegal del Estado en dificultad. Existen en derecho internacional diversas formas o métodos de asignar una cierta jerarquía normativa a un valor o a una norma²³. Las relaciones entre estos métodos no están del todo claras. Por ejemplo, los ejemplos más clásicos de obligaciones *erga omnes*²⁴ suelen ser normas que además califican como imperativas²⁵. En su reciente informe sobre la fragmentación en derecho internacional, el grupo especial constituido por la CDI mencionó, sin embargo, como ejemplo de obligación *erga omnes* sin

22 Véase J. E. Viñuales, *State of Necessity and Peremptory Norms...*, 97 *et seq.*

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

24 Véase a este respecto: M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford, Oxford University Press, 2000).

25 Por ejemplo, las ilustraciones mencionadas en el párrafo clásico del caso Barcelona Traction constituyen hoy en día normas imperativas. Véase a este respecto J. E. Viñuales, *La protección del medioambiente...*, *supra* nota 5.

carácter imperativo a la protección del medioambiente²⁶. La confusión es aún mayor cuando se intenta distinguir los conceptos de obligación *erga omnes* o de *jus cogens* de aquél de interés esencial. Un interés esencial del Estado puede verse protegido (aunque esto no sea necesario) por una obligación *erga omnes* o por una norma de *jus cogens*. Y aun suponiendo que las relaciones entre estos diversos métodos de asignar jerarquía a ciertos valores o a ciertas normas pudieran ser suficientemente esclarecidas, la jerarquía que subyace detrás del concepto de estado de necesidad no tiene por qué ser entendida a modo de compartimentos escalonados en vez de serlo como un *continuum*, como un eje que va de una jerarquía normativa menor a una mayor. No se trata de un puro ejercicio teórico. En efecto, según la importancia de las normas o de los valores en juego pueden distinguirse diversas hipótesis. Mencionemos dos de ellas en orden de dificultad. La más simple es aquélla en que el Estado que intenta justificar su conducta (en adelante Estado A) invoca un interés esencial y el Estado víctima de la violación (en adelante Estado B) también. En dicho caso el estado de necesidad no puede ser admitido como causal de justificación²⁷. La conclusión no parece tan simple cuando el Estado A invoca un interés esencial protegido por una norma de *jus cogens* o por una obligación *erga omnes*, mientras que el Estado B sólo invoca un interés esencial (sin que éste esté a su vez protegido por una norma de *jus cogens* o una obligación *erga omnes*). Una lectura estricta de la letra de los artículos CDI conduciría a excluir la admisibilidad del estado de necesidad. Sin embargo, el artículo 26 de los artículos CDI da claramente la prioridad (aunque en un contexto diferente) a las normas de *jus cogens* por sobre los intereses esenciales. El comentario al artículo 25 de los artículos CDI elude pronunciarse sobre dichos conflictos jerárquicos diciendo que el artículo 25 no cubre conductas que se encuentran reguladas en principio por reglas primarias de derecho internacional²⁸. Es así por ejemplo que no podría justificarse una intervención militar “humanitaria” en otro país basándose en un estado de necesidad. Pero dicha forma de resolver el problema nos parece insuficiente por tres motivos. En primer lugar, existen conductas no reguladas expresamente por una norma primaria, pero cuyo objeto es salvaguardar un interés o un valor que sí se encuentra protegido por una norma primaria²⁹. Tal sería el caso de una conducta tendiente a preservar

26 Véase *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, parr. 38, en *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, parte 2.

27 Véase el artículo 25.1.b) de los artículos CDI.

28 Comentario a los artículos CDI, ad. art. 25, parr. 21.

29 La distinción hecha por Ronald Dworkin entre reglas jurídicas (*legal rules*) y principios jurídicos (*legal principles*) permite esclarecer esta observación. Según Dworkin: “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of norms point to particular decisions about legal obligations in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it

la vida o la integridad física o el acceso a recursos vitales por parte de un segmento considerable de la población de un Estado³⁰. En segundo lugar, el funcionamiento del concepto de ‘estado de necesidad’ en derecho interno (principalmente en derecho penal) tiende precisamente a legitimar ciertas conductas necesarias para salvaguardar un interés más importante, aun en casos en que tales conductas están específicamente reguladas bajo reserva del criterio de proporcionalidad³¹. En tercer lugar, tanto en derecho interno, como en derecho internacional, existen excepciones aun a aquellas normas que pretenden regir situaciones excepcionales. En otras palabras, una conducta excepcional para la cual existe una norma primaria puede a veces presentar particularidades tales que dicha norma primaria no se aplique satisfactoriamente. En tal caso será la jurisdicción competente que deberá pronunciarse sobre la aplicabilidad (aún insatisfactoria) de la norma primaria o la sumisión a otro régimen, como la norma relativa al estado de necesidad. No debe olvidarse que existen varias formas, algunas más generales que otras, de intentar regular los casos excepcionales y que, en realidad, las verdaderas excepciones suelen desafiar aun a aquellas normas elaboradas para regirlas. Cualquiera sea la posición adoptada en el plano teórico, debe observarse que la cuestión no ha sido planteada aún ante una jurisdicción internacional, lo que de ningún modo comporta, como veremos más adelante, que se trate de una cuestión sin relevancia práctica.

El quinto requisito limita la admisibilidad del estado de necesidad cuando el Estado que la invoca ha contribuido a la realización de la situación que pone en peligro su interés esencial. El comentario a los artículos CDI menciona a este respecto que solamente una contribución sustancial (a diferencia de una contribución incidental o periférica) debe ser tenida en cuenta³². Dicha formulación deja naturalmente un amplio margen de apreciación a la jurisdicción competente. En el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, la CIJ concluyó que Hungría había contribuido suficientemente (por actos u omisiones) al acaecimiento de la pretendida situación de necesidad, de modo que no cumplía con esta condición. En ciertos casos de inversiones internacionales, los tribunales arbitrales han

contributes nothing to the decision”. Por el contrario, Dworkin afirma que los principios jurídicos “do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met”, sino que deben simplemente ser tenidos en cuenta, cuando son relevantes, como una consideración susceptible de influenciar la decisión en una u otra dirección. Véase R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 24 *et seq.* (Londres, Duckworth, 1977). En nuestro contexto de referencia, esto significa que pueden existir principios que consagren ciertos valores, de modo tal que una jurisdicción deba tomar en cuenta su existencia en su determinación acerca del carácter esencial de un interés. Como veremos más adelante, esta precisión es particularmente relevante en el ámbito del derecho internacional del medioambiente, cuyas normas se asemejan más al concepto de principio que al de regla.

30 Más allá de las reglas jurídicas específicas relativas al derecho a la vida o a la integridad física, puede en efecto sostenerse que las violaciones masivas de los derechos humanos están prohibidas por una norma imperativa (un principio jurídico, en la terminología de Dworkin) de derecho internacional —referencia— fragmentación (artículos CDI).

31 Véase X. PIN, *La nécessité et le droit pénal*, en SFDI, *La nécessité en droit international...*, p. 89.

32 Comentario a los artículos CDI, ad. art. 25, párr. 20.

llegado a conclusiones divergentes en relación con el acaecimiento de la crisis argentina de 2001. Para ciertos tribunales, el Estado contribuyó suficientemente por medio de políticas económicas deficientes³³. Para otros, el nivel de contribución que debe alcanzarse es más elevado. El Estado está a cargo del manejo de su política económica, lo que implica que, casi por definición, contribuye de modo directo o indirecto a la situación económica en que se encuentra. En realidad, este requisito debería ser interpretado, a nuestro entender, a la luz de un criterio amplio de buena fe o, también, de lo que en derecho anglosajón recibe el nombre de la doctrina *clean hands*. Es así que un Estado no podrá invocar el estado de necesidad si ha contribuido a sabiendas o actuando de modo negligente al acaecimiento de la situación apremiante. En efecto, el manejo de las políticas públicas es una actividad extremadamente compleja en la cual lamentablemente existe un margen de error considerable. Una política cuyo efecto acentúe sustancialmente o catalice una situación de necesidad no debería excluir de por sí la admisibilidad del estado de necesidad a menos que haya habido mala fe o negligencia o que dicha política sea claramente la causa necesaria y adecuada de aquella situación.

Como se ve, estos cinco requisitos dejan un margen de apreciación considerable a la jurisdicción competente para pronunciarse acerca de la admisibilidad del estado de necesidad como causal de justificación de un hecho ilícito internacional. Como veremos a continuación, la incidencia potencial de las consideraciones ecológicas en el estado de necesidad debe ser analizada principalmente en relación con el primero y el cuarto requisito.

2. LA INCIDENCIA DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE

2.1. El concepto de necesidad ecológica

En un estudio publicado en el 2007, en el Coloquio de Grenoble de la *Société française pour le droit international*, Pierre-Marie Dupuy desarrolla las grandes líneas del concepto jurídico de estado de necesidad aplicado a la salvaguarda de intereses relativos a la protección del medioambiente³⁴. Dicho estudio nos parece de particular relevancia no sólo a causa de las calidades indiscutibles de su autor, sino también en la medida en que el autor fue quien tuvo a cargo la responsabilidad de avanzar ante la CIJ la argumentación que condujo a la consagración por esta alta jurisdicción de lo que puede ser llamado *el estado de necesidad ecológica*.

La primera incidencia que quisiéramos poner de manifiesto es, en efecto, la posibilidad jurídica de justificar la violación de una obligación internacional

33 Véase, por ejemplo, CMS laudo, parr. 329; Enron laudo, parr. 311-312; Sempra laudo, parr. 353.

34 Pierre-Marie Dupuy, *L'invocation de l'état de nécessité écologique. Les enseignements tires d'une étude de cas*, en SFDI, *La nécessité en droit international...*, pp. 223 et seq.

por medio de la invocación de un estado de necesidad en que se encontraría en juego la salvaguarda de un interés ecológico. Como lo nota Dupuy, desde un punto de vista jurídico, dicha posibilidad ya no parece estar sujeta a dudas. Lo que, por el contrario, sí permanece sujeto a dudas es la cuestión fáctica de su prueba en un procedimiento internacional, dadas las particularidades de las cuestiones medioambientales que tal prueba implica³⁵. Por ende, en la presente sección, nuestro objetivo consistirá en identificar las principales dificultades que presenta la materia medioambiental en relación con el cumplimiento de los requisitos cumulativos exigidos para la admisión del estado de necesidad en el derecho internacional contemporáneo.

A fin de explorar estas dificultades, parece útil recordar muy brevemente el contexto en que el estado de necesidad fue invocado por Hungría en el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros. En 1977, Hungría firmó un tratado con la entonces Checoslovaquia por el cual ambos países se comprometían a edificar un sistema de diques para el aprovechamiento hidroeléctrico del Danubio. Checoslovaquia debía construir un dique (Gabcikovo) aguas arriba, mientras que a Hungría le correspondía edificar otro dique (Nagymaros) aguas abajo. A principios de los años ochenta, ciertos estudios de impacto efectuados por orden de Hungría ponen de manifiesto los riesgos de la edificación del dique Nagymaros para la preservación de la fauna y de la flora de la zona correspondiente, así como para la calidad del agua del acuífero que abastece de agua potable a la ciudad de Budapest. Al mismo tiempo, con la caída del Muro de Berlín, la cuestión comienza a revestir una dimensión política, dado que el Proyecto Gabcikovo-Nagymaros reflejaba los objetivos de una economía planificada característica de la influencia soviética. En octubre de 1989, el Gobierno húngaro decide unilateralmente suspender la edificación del dique. Luego Hungría intenta terminar el tratado de 1977. Estos pocos elementos de hecho nos parecen suficientes para emprender el análisis de las particularidades del estado de necesidad ecológica. A este respecto, seguiremos el orden de los requisitos mencionados en la sección 1.2 de la primera parte.

Con respecto al carácter esencial del interés que se intenta preservar por medio del acto ilícito, ya hemos visto que la CIJ reconoció que podía tratarse de la protección del medioambiente³⁶. En su sentencia relativa al caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, la CIJ hizo referencia al comentario de la CDI a la versión anterior del proyecto de los artículos CDI sobre la responsabilidad del Estado, en el cual se afirma que un peligro grave para la preservación ecológica de una parte del territorio de un Estado puede servir de base a la invocación de un estado de necesidad. Los argumentos avanzados por Hungría a este respecto remitían,

35 *Ibid.*, p. 231 *et seq.*

36 Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, parr. 53.

esencialmente, al peligro para la biodiversidad de la zona en que, según el tratado de 1977, debía edificarse el dique de Nagymaros, así como al impacto de dicha edificación sobre el acuífero alimentado por la filtración de las aguas del Danubio, de importancia capital para el abastecimiento de agua de la ciudad de Budapest. En relación con el tema del abastecimiento de aguas de una parte de la población, puede esbozarse un paralelo interesante con los argumentos avanzados en ciertos litigios de inversión acerca de las privatizaciones del servicio de distribución de aguas efectuadas en Argentina en la década del noventa³⁷. La preservación de la calidad y del acceso al agua dulce parece haberse erigido progresivamente en intereses esenciales del Estado susceptibles de fundar un estado de necesidad³⁸. Observemos a este respecto que los intereses esenciales pueden variar con el tiempo y que, a nuestro entender, su identificación se ve altamente influenciada por el surgimiento de normas internacionales que consagran la importancia de la protección de ciertos bienes jurídicos. En efecto, nos parece altamente improbable que la CIJ haya reconocido el carácter esencial de la protección del medioambiente si la importancia de este bien jurídico no hubiera sido enfatizada a partir de la década del setenta, por el desarrollo de un derecho internacional del medioambiente, así como por la consideración de estos aspectos en el trabajo de la CDI sobre la responsabilidad internacional. Tampoco debe olvidarse que sólo un año antes de su fallo, en el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, la CIJ había reconocido que la protección del medioambiente forma parte del derecho internacional general³⁹. Debe agregarse, para evitar confusiones, que la existencia de tal norma no implica que la conducta adoptada por un Estado en violación de una obligación internacional se encuentre específicamente regulada por dicha norma. Un bien jurídico dado puede ser protegido de diversos modos sin que cada una de las normas que lo protegen deba ser considerada una norma específica de comportamiento. En efecto, el concepto de norma primaria, es decir, de norma de comportamiento, es suficientemente amplio como para

37 Véase el memorial de *amicus curiae* (accesible al público) presentado en el caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. and Vivendi Universal S. A c. Argentina, ICSD Case No. ARB/03/19, disponible en: http://www.ciel.org/Publications/SUEZ_Amicus_Spanish_4Apr07.pdf [consultado: 25 de enero de 2009].

38 Numerosos instrumentos internacionales consagran esto de diversos modos. Véase por ejemplo art. 14(2)(h) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 24.1(2)(c) de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 20, 26, 29 y 46 del Convenio de Ginebra relativo al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra; arts. 85, 89 y 127 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Civiles en Tiempos de Guerra; arts. 54 y 55 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados Internacionales; arts. 5.º y 14 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de Víctimas de Conflictos no Internacionales; la observación general 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Doc. ONU E/C.12/2002/11).

39 Véase *Legality of the Threat or the Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996*, p. 226 et seq. (en adelante “Opinión Consultiva sobre la Legalidad de Armas Nucleares”). La CIJ se refiere explícitamente a esta opinión consultiva a su afirmación del año anterior en el parr. 53 del caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros.

incluir en su seno dos conceptos diferentes, a saber: los de regla jurídica y de principio jurídico, identificados y caracterizados por Dworkin⁴⁰. Un principio jurídico, como el principio que prohíbe la utilización del territorio en perjuicio de otros Estados o del medioambiente fuera de la jurisdicción de los Estados, no deja de ser una norma primaria y, al mismo tiempo, otorga a la protección del medioambiente en general una importancia tal que lo vuelve susceptible (entre otras consideraciones) de ser considerado como un interés esencial⁴¹. Este elemento es de particular importancia en el ámbito del derecho internacional del medioambiente, cuyas normas (en particular los llamados *estándares*), al menos por el momento se asemejan más al concepto de principio que a aquél de regla jurídica⁴². Demás está decir que, como se verá más adelante, no cualquier norma internacional es susceptible de proveer la legitimidad necesaria para que cierto interés pueda ser calificado como esencial. Esta última observación permite además identificar otra dificultad importante con respecto a ciertos intereses medioambientales, su carácter general o, en otras palabras, su no pertenencia a un Estado en particular, sino a todos los Estados (presentes o futuros)⁴³.

Habiendo admitido la existencia de un interés esencial susceptible de ser invocado en el estado de necesidad, la CIJ prosiguió su análisis de los otros requisitos necesarios. Una cuestión importante a este respecto consistía en determinar si Hungría había probado la existencia de un peligro grave e inminente. Hemos visto anteriormente que el estado de necesidad supone la existencia de un “peligro” para los intereses esenciales del Estado que lo invoca, y que dicho peligro deber ser concreto, grave e inminente. Las jurisdicciones internacionales poseen un margen de apreciación considerable para efectuar dicha determinación. Desde un punto de vista analítico, nos parece útil explorar dos dificultades principales. La primera, identificada por Pierre-Marie Dupuy⁴⁴, está relacionada con la dimensión altamente técnica de dicha determinación, y las dificultades que ello supone cuando las partes presentan explicaciones técnicas contradictorias entre las cuales un tribunal formado por juristas debe dirimir⁴⁵. Tanto la noción de riesgo medioambiental como el carácter concreto, grave e inminente de tal riesgo presentan particularidades que distinguen di-

40 Véase supra nota 29.

41 Véase supra nota 39.

42 Véase D. Bodansky, *Rules vs. Standards in International Environmental Law*, 98 *American Society of International Law Proceedings*, 275 et seq. (2004).

43 A este respecto, véase J. Brunnée, *Common Areas, Common Heritage, and Common Concern*, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 550 et seq. (D. Bodansky, J. Brunnée & E. Hey, eds., Nueva York, Oxford University Press, 2007).

44 P. M. Dupuy, “*L’invocation de l’état de nécessité écologique...*”, p. 232.

45 Dupuy menciona a este respecto: “Du côté des juges, en effet, même si l’on doit supposer qu’ils sont prêts à tenter de comprendre un ensemble complexe et corrélatif de démonstrations scientifiques et techniques, comme c’était en l’occurrence le cas, on ne peut que douter de leur aptitude à être capable d’arbitrer entre cet ensemble déjà très complexe de considérations et celles, tout aussi difficiles, que leur opposera la partie adverse”. Ídem.

cha hipótesis de otras hipótesis a partir de las cuales fue elaborado el derecho de la responsabilidad internacional del Estado por acto ilícito. En efecto, es válido preguntarse, con Dupuy, qué nivel de probabilidad es suficiente para que un “riesgo” o una repercusión medioambiental constituya un “peligro” o para que dicho peligro sea considerado concreto, grave e inminente. A esta primera dificultad, quisiéramos agregar otra, que no ha recibido una atención suficiente por parte de la doctrina, la de la necesidad potencial de interpretar los requisitos del artículo 25 de los artículos CDI de un modo diverso según el tipo de interés esencial que se encuentra en juego⁴⁶. Si los requisitos del artículo 25 son interpretados del mismo modo independientemente del interés que se trata de preservar, esto puede suponer que ciertos intereses queden, en realidad, fuera de la órbita de dicho artículo. Por ejemplo, hasta hace algunos años atrás el carácter concreto e inminente del riesgo ligado a la liberación masiva de gases carbónicos (que contribuyen al cambio climático por medio del llamado *efecto invernadero*), habría sido difícil de establecer, dada la complejidad de los procesos de los que depende la materialización de dicho riesgo. Sin embargo, excluir casi por definición de la órbita del estado de necesidad intereses como la protección de la atmósfera (desde el punto de vista del cambio climático) que son esenciales no sólo para un Estado, sino para la comunidad internacional, parece desproporcionado. En el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, la CIJ tuvo en mente esta dificultad, razón por la que reformuló el requisito en cuestión del modo siguiente: “[...] un ‘peligro’ que aparezca a largo plazo podría ser considerado ‘inminente’ tan pronto como se establezca, en cierto momento, que la realización de dicho peligro, cualquiera sea su horizonte temporal, es sin embargo cierta e inevitable”⁴⁷. Pero dicha reformulación no basta para resolver la dificultad en cuestión dado que presupone la posibilidad de determinar con certeza la realización del peligro que se intenta eludir, en un contexto técnico y científico en el que la regla son las conclusiones probabilísticas, y la certeza sólo la excepción⁴⁸. La CIJ consideró, sin embargo, que Hungría no había probado la existencia de un peligro inminente, dejando la cuestión de la gravedad abierta.

Otro requisito que, según la CIJ, Hungría no logró establecer es aquel que exige que la conducta adoptada en violación de una obligación internacional haya sido el único modo de salvaguardar el interés esencial que se busca proteger. Este requisito es a veces llamado *necesidad stricto sensu*. A este respecto,

46 Hemos avanzado esta posición en nuestro estudio citado anteriormente, supra nota 19.

47 Traducción propia del texto siguiente: “[...] a ‘peril’ appearing in the long term - might be held to be ‘imminent’ as soon as it is established, at the relevant point in time, that the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable”, Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, parr. 54.

48 Una de las características principales del derecho internacional del medioambiente es en efecto el de tener que confrontarse a la incertidumbre científica en toda una serie de temas. Véase D. Bodansky, J. Brunnée & E. Hey, *International Environmental Law. Mapping the Field*, en D. Bodansky, J. Brunnée & E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook...*, p. 7.

la CIJ observa en su fallo que Hungría tenía a su disposición otros medios menos perjudiciales que la suspensión seguida de la denuncia del tratado aun si dichos medios eran más onerosos⁴⁹. La CIJ menciona dos medios alternativos, a saber, el vertido de grava en el río aguas abajo del dique o el procesamiento de las aguas del río de un “modo apropiado”, esta última posibilidad habiendo sido reconocida por ambas partes. En relación con este punto, quisiéramos detenernos en tres dificultades principales. En primer lugar, debe esclarecerse el vínculo entre el criterio de inminencia sugerido en el párrafo anterior y la necesidad stricto sensu. Aunque las hipótesis fácticas varíen de un caso al otro, no parece ilógico afirmar que la inminencia diferida, tal como la caracteriza la CIJ en el párrafo 54 del fallo, supone que el Estado que invoca el estado de necesidad haya tenido cierto tiempo para evaluar diversas medidas posibles para contrarrestar el peligro que intenta eludir. Por supuesto, las cosas pueden ser aún más complejas, por ejemplo cuando la inminencia diferida no se aplica a un hecho específico, sino al acaecimiento del peligro que se intenta combatir. En este caso, el Estado debe actuar inmediatamente, dado que su inacción en el presente tendrá consecuencias ciertas en el futuro (a largo plazo). En dicha hipótesis, podría argumentarse que, casi por definición, el Estado podría haber tomado otras medidas. Para circunscribir esta hipótesis parece útil dar un ejemplo. El Estado A se encuentra sujeto a una obligación internacional *b* en relación con el Estado B, pero ejecuta en cambio una conducta *a* en violación de *b*, e invoca un estado de necesidad. El argumento de A es que de ejecutar *b* habría creado una situación que en cincuenta años habría producido de modo cierto un daño medioambiental extremadamente grave. El contraargumento de B podría ser entonces no sólo que A tenía otras medidas a disposición menos perjudiciales que *a*, sino que, además, a lo largo de los cincuenta años que separan el acto del daño alegado, los avances de la ciencia y de la técnica habrían permitido eliminar el daño que A intentó eludir por medio de la conducta *a*. En otras palabras, en caso de inminencia diferida, la disponibilidad de otros medios menos perjudiciales presenta una dimensión temporal que no se encuentra presente en casos de inminencia normal⁵⁰. Esta observación nos conduce a la segunda dificultad que supone este requisito en relación con los

49 Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, parr. 55.

50 Podría objetarse a este punto que el principio de precaución permitiría amparar la conducta del Estado B. El principio de precaución ha sido reconocido en el ámbito internacional en cierta medida. Véase a este respecto, P. Birnie, A. Boyle & C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 159-164 (Oxford University Press, Oxford, 2009). Pero ello no significa que la inminencia diferida deje de presentar una dimensión temporal suplementaria, sino que, a lo sumo, dicha dimensión no excluye a priori la posibilidad de que se considere cumplido el requisito de inminencia a partir de un argumento de precaución. Sobre el concepto de precaución, véase T. O’Riordan & J. Cameron (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle* (Cameron May, London, 1994); D. Freestone & E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (Kluwer, La Haya, 1996); A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, (Kluwer, La Haya, 2002).

riesgos medioambientales, a saber, el grado de disponibilidad de las diversas medidas. Ya hemos mencionado que una medida posible en abstracto (preconizada por un experto o adoptada en un país que cuente con un mayor nivel de tecnología o con mayor experiencia en el manejo de ciertos riesgos), puede no serlo en concreto, es decir, en el Estado en que se plantea el riesgo (por falta de experiencia o de personal o simplemente a causa de experiencias negativas precedentes). En materia de medioambiente, esta dificultad se ve acentuada por el hecho de que la eficacia de las diversas medidas posibles es particularmente difícil de determinar. Nos encontramos de nuevo frente a la incertidumbre científica que caracteriza ciertas de las principales cuestiones medioambientales. Tomemos como ejemplo la segunda medida alternativa sugerida por la CIJ en el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros. No sólo no está claro si el “modo apropiado” de procesar las aguas del río habría sido suficientemente efectivo, sino que, además, no se conocen las implicancias indirectas para el ecosistema fluvial de los diversos métodos de procesamiento⁵¹. Este punto vislumbra la tercera y última dificultad que quisiéramos señalar en este contexto, a saber, el hecho de que, nuevamente, el interés esencial que se intenta proteger influencia la interpretación de los requisitos para la admisión de una alegación de estado de necesidad. A este respecto, si las repercusiones sobre el medioambiente de las diversas medidas que podrían adoptarse no pueden ser determinadas con exactitud, cabe preguntarse a qué bien jurídico debe darse la prioridad: a una obligación internacional no esencial del Estado B o a la preservación de un interés medioambiental esencial del Estado A (o de todos los Estados). Además, ciertas medidas pueden tener un objetivo limitado. Por ejemplo, podría ocurrir que una medida susceptible de purificar las aguas que abastecen un sector de la población no resuelva otros riesgos medioambientales a los cuales las aguas de un río o un acuífero subyacente se encuentran expuestas. Según como se circunscriba el interés esencial invocado por el Estado (garantizar el acceso de la población al agua potable o preservar el ecosistema fluvial o ambos), la evaluación de la medida podrá diferir. Puede inclusive suceder que del conjunto de intereses que el Estado A busca preservar, sólo algunos de ellos califiquen como esenciales (por ejemplo el acceso al agua y no la preservación de cierto ecosistema). Por otra parte, como lo señala Pierre-Marie Dupuy, la protección de un interés medioambiental supone en general la cooperación, lo que descalificaría a priori las medidas adoptadas unilateralmente por un Estado, como en el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros⁵². Todas estas consideraciones sugieren que la interpretación de los requisitos del estado de

51 Se trata de un razonamiento hipotético cuyo solo objetivo es servir de ejemplo para otros casos. El autor del presente artículo desconoce las implicancias/riesgos medioambientales de todas y cada una de las técnicas de procesamiento que habrían podido ser utilizadas.

52 P. M. Dupuy, *L'invocation de l'état de nécessité écologique...*, p. 235.

necesidad se ve influenciada, en materia medioambiental, por el tipo de interés esencial que se intenta proteger.

En su fallo en el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, la CIJ también observó que Hungría no había cumplido con otro requisito importante del estado de necesidad, a saber, la no contribución al acaecimiento de la situación que pone en peligro su interés esencial⁵³. En efecto, según la CIJ, el Gobierno húngaro mantuvo su adhesión a la ejecución del tratado de 1977, aun luego de disponer de elementos sustanciales relativos al riesgo medioambiental que ello comportaba, e inclusive pidió en 1989, es decir, sólo tres meses antes de cambiar totalmente de actitud, que se aceleraran los trabajos. La CIJ sugiere así que Hungría contribuyó al riesgo medioambiental *inter alia* por medio de la conclusión del tratado de 1977, cuyo ámbito comprendía, aunque fuere de modo secundario, ciertas cuestiones medioambientales. La CIJ también señaló que el Gobierno húngaro no podía ignorar, en 1977, ciertas implicancias ecológicas derivadas de los estudios (limitados) entonces efectuados. El razonamiento de la Corte sobre este punto es de particular interés, dado que pone de manifiesto las dificultades derivadas del carácter reciente de la conciencia medioambiental y, sobre todo, de su integración relativamente tardía en los acuerdos relativos a otras áreas de la actividad humana. En muchos casos, las cuestiones medioambientales simplemente no formaban parte de las preocupaciones de los Estados ni, por ende, de los objetivos de los negociadores de tratados. La CIJ toma en cuenta esta dificultad de dos maneras, a saber, enfatizando la adhesión de Hungría inclusive en 1989, época en que los estudios de impactos medioambientales ya habían librado su mensaje principal, así como también indicando que la interpretación del tratado de 1977 debía integrar el surgimiento de nuevas normas de derecho internacional general sobre medioambiente⁵⁴. Las particularidades que hemos indicado en los párrafos anteriores sugieren las siguientes conclusiones respecto de la incidencia de las cuestiones ambientales sobre el concepto de estado de necesidad. En primer lugar, ya no parece haber dudas de que la protección del medioambiente pueda constituir, según las circunstancias del caso, un interés esencial del Estado. A su vez, el desarrollo de principios de derecho internacional relativos a la protección del medioambiente parece haber sido un factor fundamental en el reconocimiento de dicha posibilidad, como lo atesta, en particular, la referencia hecha por la CIJ en su fallo sobre el Proyecto Gabcikovo-Nagymaros a su afirmación del año anterior, en su opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares, acerca del arraigo de la protección medioambiental en el derecho internacional general. Como consecuencia de lo expuesto, se plantea no sólo la posibilidad de que un interés general a todos los Estados pueda potencialmente constituir un interés esencial de un Estado, sino también la necesidad de adaptar los requisitos

53 Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, parr. 57.

54 *Ibid.*, parr. 112.

formulados por el artículo 25 de los artículos CDI en relación con la protección de ciertos intereses medioambientales. En segundo lugar, vimos también que la determinación de la existencia de un peligro concreto, grave e inminente presenta ciertas particularidades en materia medioambiental. En particular, la dimensión temporal de ciertos intereses medioambientales susceptibles de ser protegidos en el marco del estado de necesidad, parece exigir ajustes tanto al nivel de la prueba como al de la formulación de este requisito, dada la incertidumbre científica que caracteriza ciertas cuestiones medioambientales. En tercer lugar, la dimensión temporal de ciertos intereses medioambientales también influye sobre el requisito de necesidad *stricto sensu*, sobre todo en relación con las nociones de disponibilidad y eficacia de las medidas susceptibles de ser utilizadas y su adopción por vía unilateral o cooperativa. En cuarto lugar, la exigencia de que el Estado que invoca la situación de necesidad no haya contribuido a su acaecimiento debe ser interpretada tomando en cuenta que la protección de los intereses medioambientales es un fenómeno reciente. Como veremos a continuación, el requisito relativo a la jerarquía de los intereses del Estado beneficiario de la obligación violada, el cual no fue analizado por la CIJ en su fallo sobre el Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros⁵⁵, también presenta ciertas particularidades en materia medioambiental.

2.2. La protección del medioambiente como límite

La incidencia de las cuestiones medioambientales sobre el concepto de estado de necesidad no sólo se plantea desde el punto de vista del Estado que invoca dicho instituto, sino también desde aquél del Estado víctima de la violación. En efecto, como hemos visto en la primera parte del presente estudio, la violación de ciertas obligaciones internacionales no puede ser justificada basándose en un estado de necesidad. Dichas obligaciones pueden ser de tres tipos, a saber: *a*) una obligación internacional que excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad (art. 25(2)(a)); *b*) una obligación internacional que proteja un interés esencial (susceptible de encontrarse gravemente afectado) del Estado o de los Estados beneficiarios de la obligación o de la comunidad internacional en su conjunto (art. 25(1)(b)), y *c*) una obligación derivada de una norma imperativa de derecho internacional (art. 26).

Entre estos tipos de obligaciones, pueden hallarse ciertas normas medioambientales. Sin embargo, la jerarquía normativa de las principales normas medioambientales, en particular del principio de protección codificado en los principios 21 de la Declaración de Estocolmo⁵⁶ y 2 de la Declaración de

55 *Ibid.*, parr. 58.

56 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Report of the United Nations Conference on the Human Environment, UN Doc. A/Conf. 48/14/Rev.1 (1972), 1416 (en adelante Declaración de Estocolmo).

Río⁵⁷, no ha sido suficientemente esclarecida aún. En lo que resta del presente artículo quisiéramos retomar las consideraciones efectuadas en el artículo mencionado en la introducción⁵⁸, con el fin de identificar algunas conclusiones preliminares en relación con la jerarquía normativa de ciertas normas medioambientales y su consiguiente impacto en el estado de necesidad.

Del mismo modo que en la sección precedente, nuestro análisis parte de un caso concreto que ha sido iniciado recientemente por Ecuador contra Colombia ante la CIJ. Se trata del caso de las fumigaciones aéreas. Naturalmente, dado que el caso acaba de comenzar⁵⁹, no se conocen aún ni la totalidad de los hechos ni los argumentos de las partes. Sin embargo, el escrito por el cual Ecuador introdujo la instancia contiene elementos suficientes como para caracterizar preliminarmente la situación y conjeturar acerca de la argumentación potencial de las partes. Ecuador alega que Colombia ha procedido, a partir del año 2000, a repetidas fumigaciones aéreas en la frontera común empleando herbicidas altamente tóxicos y de efecto indiscriminado. Dichos actos han causado, según Ecuador, gran daño (tanto físico como económico) no sólo a la población local, sino también al medioambiente de la región. Ante las quejas repetidas 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. Esta última observación nos permite delinear la cuestión esencial en torno a la cual estará estructurado nuestro análisis, a saber, la tensión entre el interés de Ecuador a la protección de su población y su medioambiente y aquél de Colombia a luchar contra el narcotráfico y sus consecuencias internas en la salud pública y seguridad interna. No emprenderemos aquí el análisis de cada uno de los requisitos del estado de necesidad dado que, desde el punto de vista de una alegación potencial de dicho instituto por el Gobierno colombiano, no se estaría en presencia de un estado de necesidad ecológica. Cabe agregar, sin embargo, que, a nuestro entender, una de las mayores dificultades a las cuales Colombia debería enfrentarse en dicho marco sería la prueba del requisito relativo a la necesidad *stricto sensu*.

Abordemos entonces, a la luz de los elementos fácticos esbozados, la tensión entre los intereses de Ecuador y los de Colombia. Un análisis preliminar de la cuestión sugiere que, en la medida en que Ecuador podría establecer que sus intereses esenciales (a la protección de su medioambiente) se encuentran gravemente afectados, la alegación de estado de necesidad sería rechazada

57 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Río de Janeiro, 3-14 June 1992, UN Doc. A/CONF.151/26 (1992) (en adelante Declaración de Río).

58 Véase *supra* nota 5.

59 En junio de 2008, la CIJ fijó el plazo para la presentación del memorial de demanda de Ecuador, el 29 de abril de 2009.

según el artículo 25(1)(b). Sin embargo, si se toma en cuenta que la jerarquía normativa en derecho internacional está basada en el contenido (o el bien jurídico protegido) por las normas y que existe más de un nivel jerárquico, surgen entonces diversas hipótesis posibles, de las cuales quisiéramos retener tres⁶⁰.

La más simple ya ha sido mencionada, a saber, aquella en que ambos Estados invocan un interés esencial, hipótesis en la cual no se cumple uno de los requisitos del estado de necesidad. La segunda hipótesis se refiere al caso en que el Estado que alega el estado de necesidad invoca un interés esencial y el Estado víctima invoca otro interés esencial, que a su vez se encuentra protegido por una norma de *jus cogens* o una obligación *erga omnes*⁶¹. El primer caso está contemplado por el artículo 26 de los artículos CDI, que excluye toda interferencia de una causal de justificación con el respeto de normas de *jus cogens*. El segundo caso quedaría cubierto por el artículo 25(1)(b), por lo cual el estado de necesidad no podría ser admitido. La tercera hipótesis es similar a la segunda, con la diferencia de que quien invoca un interés esencial a su vez protegido por una norma de *jus cogens* o una obligación *erga omnes*, es el Estado que alega el estado de necesidad. La cuestión que se plantea es si debe aplicarse literalmente el requisito del artículo 25(1)(b) o si, por el contrario, existe cierto margen de interpretación que permitiría dar prioridad a la protección de un interés esencial más importante que otro. Ésta es sin duda la hipótesis más compleja, como lo mencionamos en el análisis general del cuarto requisito del estado de necesidad. En lo que resta de este artículo, nos limitaremos a identificar los tipos de problema que presenta dicha hipótesis.

La primera dificultad ya ha sido mencionada, a saber, la tensión entre una lectura literal y una lectura sistemático-teleológica del requisito del artículo 25(1)(b). Si se aplican, por analogía (ya que los artículos CDI no son un tratado), las reglas de la Convención de Viena⁶² sobre interpretación de tratados, en particular el artículo 31(1)-(3)⁶³, ambas lecturas parecen posibles.

60 Véase a este respecto el estudio citado supra nota 19.

61 Véase el análisis más general de este punto en relación con el cuarto requisito del estado de necesidad en la sección 1.2 de la primera parte.

62 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada el 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U. N. T. S. 331 (en adelante Convención de Viena).

63 Dicha disposición, cuyo título es “Regla general de interpretación”, prevé: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin; 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

El sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado debe ser buscado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Como parte del contexto podría mencionarse la salvaguarda, por el artículo 26 de los artículos CDI, de aquellos valores que hayan sido consagrados por normas imperativas, así como la consideración, por intermedio del artículo 31(3)(c) CVDT, de las normas imperativas pertinentes. En el marco de la interpretación teleológica, también podrá argumentarse que la *ratio legis* del estado de necesidad es precisamente la salvaguarda de intereses más importantes que otros.

Otra dificultad que también ha sido mencionada es la posibilidad de invocar reglas primarias de comportamiento en el estado de necesidad. La cuestión ya ha sido analizada en cierto detalle. Recordemos simplemente que el modo en que operan ciertas normas (principios jurídicos o estándares) les permiten desplegar efectos (ciertos dirán indirectos), aun en el estado de necesidad.

La tercera dificultad que quisiéramos mencionar, y probablemente la más importante, es la determinación de la prioridad de intereses contrapuestos protegidos directa o indirectamente por normas internacionales de jerarquía diferente. En el artículo referido en la introducción⁶⁴, hemos analizado la jerarquía normativa del principio de protección del medioambiente formulado por los principios 21 de la Declaración de Estocolmo y 2 de la Declaración de Río, concluyendo que se trata de una obligación *erga omnes*, así como también de una base suficiente como para considerar que la protección del medioambiente califica como interés esencial. Si se conjetura acerca de qué intereses podría oponer Colombia, en el marco de una alegación de estado de necesidad en el caso de las fumigaciones aéreas, dos posibilidades serían la salud pública de su población y, sobre todo, el mantenimiento del orden público y de la seguridad interna. Aunque ninguno de estos intereses sea directamente objeto de una norma de *jus cogens*, de un modo indirecto, ciertas normas imperativas, como la prohibición de violaciones masivas de los derechos humanos, podrían ser invocadas para justificar la necesidad de la acción emprendida por Colombia. En la tercera hipótesis que hemos identificado (por contraste con una lectura literal del art. 25), el conflicto entre un interés esencial (invocado por Ecuador) que no se encuentra protegido a su vez por una norma de *jus cogens* (aunque sí por una obligación *erga omnes*), y otro interés esencial (invocado por Colombia) que sí se encuentra protegido por una norma de *jus cogens*, debería ser resuelto a favor de este último. Se trata, naturalmente, sólo de una conjetura, ya que Ecuador también podría (y en cierta medida lo ha hecho) invocar la protección de los derechos humanos de las personas afectadas por las incursiones colombianas. Sin embargo, desde un punto de vista teórico, la cuestión de un conflicto potencial de intereses de jerarquía diversa subsiste.

64 Véase supra nota 5.

Las observaciones precedentes no tienen por objetivo sugerir que una jurisdicción internacional vaya a considerar los requisitos del estado de necesidad cumplidos ni en el contexto del caso de las fumigaciones aéreas ni en otros contextos en que puedan plantearse, con mayor o menor nitidez, las dificultades identificadas. Nuestro objetivo ha sido únicamente el de interrogarnos más allá de la conclusión tradicional, que consiste en excluir pura y simplemente toda alegación de estado de necesidad a partir del momento en que el Estado víctima (beneficiario de la obligación violada) invoca un interés esencial.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, quisiéramos identificar de manera sucinta los elementos que pueden ser derivados del análisis anterior. Recordemos aquí la distinción entre las dos ópticas adoptadas, a saber, la del Estado que invoca un estado de necesidad ecológica y la del Estado víctima de la violación de una obligación internacional, susceptible de invocar normas medioambientales como límite al argumento de la contraparte. En realidad, como fue mencionado, la segunda óptica puede ser analizada en el cuarto requisito del estado de necesidad. Siguiendo este orden, nuestro análisis sugiere las conclusiones siguientes.

En primer lugar, la posibilidad jurídica de un estado de necesidad ecológica ya no parece estar sujeta a dudas, en la medida en que la protección del medioambiente constituye, en ciertos casos, un interés esencial del Estado. Una de las razones fundamentales por las cuales se ha llegado a esta conclusión es, sin lugar a dudas, el reconocimiento por la CIJ del carácter consuetudinario de ciertos principios de protección del medioambiente en su opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares, la cual se refiere al párrafo 53 del fallo de la CIJ en el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros. Esta conclusión sugiere la necesidad de revisitar la segregación, conceptualmente más compleja de lo que se suele pensar, entre normas primarias y normas secundarias. En efecto, la importancia dada a ciertos valores por el surgimiento de normas de jerarquía superior a otras, aun cuando dichas normas no regulen de modo específico la conducta de los Estados (como es el caso de ciertos principios), debe ser tomada en cuenta en el análisis de institutos jurídicos, como el estado de necesidad.

En segundo lugar, lo dicho abre nuevas perspectivas, así como nuevas dificultades jurídicas y prácticas. Se plantea, por ejemplo la posibilidad de que un interés general a todos los Estados pueda constituir un interés esencial de un Estado. También se plantea la necesidad de adaptar los otros requisitos formulados por el artículo 25 de los artículos CDI a las particularidades de los intereses medioambientales. Es así que la determinación de la existencia de un peligro concreto, grave e inminente, debe tomar en cuenta la dimensión temporal de ciertos intereses medioambientales, la cual requiere ajustes en relación con la formulación de este requisito y su prueba. Dicha dimensión también influye sobre la cuestión de la disponibilidad, la eficacia y el modo de adopción (unilateral o cooperativo) de las medidas tomadas por un Estado para lidiar con el peligro grave e inminente, y su evaluación en el marco del requisito de necesidad stricto sensu. En relación con el cuarto requisito del estado de necesidad, a saber, los límites derivados de la naturaleza del interés o de la norma que se ve perjudicada por la conducta ilegal, hemos visto que la cuestión de la jerarquía respectiva de diversos intereses es más compleja de lo que parece a

primera vista. La gran dificultad parece residir en la calificación relativamente vaga de la jerarquía de los principales principios en materia medioambiental. Finalmente, la particularidad de las cuestiones medioambientales también influye sobre el modo en que debe ser interpretada la exigencia de que el Estado que invoca la situación de necesidad no haya contribuido a su acaecimiento. En efecto, muchas de las iniciativas estatales que podrían ser alegadas para afirmar que un Estado ha contribuido a una situación de necesidad ecológica, fueron tomadas en épocas, no tan lejanas, en que todavía no se tenía conciencia de su impacto medioambiental.

Este último punto pone de manifiesto, de modo general, que la dificultad de evaluar la incidencia de las cuestiones medioambientales sobre institutos jurídicos, como el estado de necesidad u otros, radica precisamente en la relativa novedad de la conciencia medioambiental, plasmada en un derecho internacional del medioambiente cada vez más vasto y complejo. La voz del derecho internacional clásico, en el que fue forjado el concepto de estado de necesidad, resuena aún en los esfuerzos de codificación, así como en la jurisprudencia. Si bien el funcionamiento del derecho exige, casi por definición, un cierto respeto de la tradición, ello no debe impedir que el derecho se adapte a las realidades de nuestro tiempo, cuya regulación constituye, a fin de cuentas, su verdadero objeto.

BIBLIOGRAFÍA

- AKEHURST, Michael, *The Hierarchy of the Sources in International Law, 1974-1975 British Yearbook of International Law*, 273 *et seq.*
- BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan & REDGWELL, Catherine, *International Law and the Environment* (Oxford, Oxford University Press, 2009).
- BODANSKY, Daniel, *Rules vs. Standards in International Environmental Law*, 98 *American Society of International Law Proceedings*, 275 *et seq.* (2004).
- BRUNNÉE, Jutta, *Common Areas, Common Heritage, and Common Concern*, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 550 *et seq.* (Daniel BODANSKY, Jutta BRUNNÉE & Ellen HEY, eds., Nueva York, Oxford University Press, 2007)
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*, 8 *European Journal of International Law*, n.º 4, 583 *et seq.* (1997).
- Coloquio de Grenoble de la Société française de droit internationale (SFDI), *La nécessité en droit international* (Pedone, París, 2007).
- CRAWFORD, James, PEEL, Jacqueline & OLLESON, Simon, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 12 *European Journal of International Law*, n.º 5, 963 *et seq.* (2001).
- DWOKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously* (Londres, Duckworth, 1977).
- FREESTONE, David & HEY, Ellen (eds.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (Kluwer, La Haya, 1996).
- HEATHCOTE, Sarah, *State of Necessity and International Law* (tesis de doctorado, Graduate Institute of International Studies, Ginebra, 2005).
- KOSKENNIEMI, Martti, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, 8 *European Journal of International Law*, n.º 4, 566 *et seq.* (1997).
- O'RIORDAN, Timothy & CAMERON, James (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle* (Cameron May, London, 1994).
- PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2003).
- RAGAZZI, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford University Press, Oxford, 2000).
- SHELTON, Dinah, *Normative Hierarchy in International Law*, 100 *American Journal of International Law*, n.º 2, 291 *et seq.* (2006).
- TROUWBORST, Arie, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (Kluwer, La Haya, 2002).
- VIÑUALES, Jorge E., *La protección del medio ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional*, 13 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 11-14 (noviembre de 2008).
- *State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law*, 14 *Law and Business Review of the Americas*, n.º 1, 79 *et seq.* (2008).
- WEILER, JOSEPH H. & PAULUS, ANDREAS L., *The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?*, 8 *European Journal of International Law*, n.º 4, 545 *et seq.* (1997).