

El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades

Michael Bothe, Carl Bruch, Jordan Diamond y David Jensen

Michael Bothe es profesor emérito de Derecho Público e Internacional de la Universidad J.W. Goethe de Fráncfort del Meno, presidente de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta y presidente de la Comisión sobre Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Alemana.

Carl Bruch es abogado principal del Instituto de Derecho Ambiental, donde es codirector de los programas internacionales. También es copresidente del Grupo Especializado en Conflictos Armados y Medio Ambiente de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

Jordan Diamond es abogada del Instituto de Derecho Ambiental, donde se desempeña como directora asociada del programa Océano.

David Jensen es responsable del Grupo de Políticas y Planificación de la Oficina de Ginebra para la Gestión de Desastres y Posconflicto del PNUMA.

Resumen

En la actualidad, en el derecho internacional humanitario (DIH) hay tres deficiencias en lo referente a la protección del medio ambiente durante los conflictos armados. En primer lugar, la definición de daño ambiental inadmisibles es demasiado restrictiva y poco clara; en segundo lugar, hay incertidumbres jurídicas en cuanto a la protección

de elementos del medio ambiente como bienes de carácter civil; y en tercer término, la aplicación del principio de proporcionalidad, según el cual el daño al medio ambiente constituye “daño colateral”, también es problemático. Esas lagunas ofrecen oportunidades concretas para clarificar y desarrollar el marco existente. Una forma de abordar algunas de las inadecuaciones del DIH podría ser la aplicación del derecho internacional del medio ambiente durante los conflictos armados. Sus detalladas normas, estándares, enfoques y mecanismos también podrían ayudar a precisar y ampliar los principios básicos del DIH para prevenir, abordar o evaluar responsabilidades en materia de daño ambiental durante los conflictos armados.

La guerra causa no sólo sufrimiento y desplazamiento de población o daños en edificios e infraestructura, sino también considerable destrucción y degradación del medio ambiente. Los efectos persisten mucho después de la finalización del conflicto. En el presente artículo, los autores analizan las deficiencias estructurales y las incertidumbres existentes en el marco jurídico internacional actual —en particular, en el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho internacional del medio ambiente (DIMA)— para abordar el impacto medioambiental de los conflictos armados.

La protección directa e indirecta del medio ambiente durante los conflictos armados que ofrece el DIH es de naturaleza problemática. Pocas disposiciones del DIH se refieren explícitamente a la protección medioambiental durante los conflictos armados, y las que lo hacen son inadecuadas. Por el contrario, el DIMA es un amplio conjunto de leyes para la protección del medio ambiente que proporciona una cantidad cada vez mayor de principios y mecanismos para el abordaje del daño ambiental en tiempos de paz (con cada vez más disposiciones referidas a cuestiones de responsabilidades). Sin embargo, aún es tema de debate si el DIMA se aplica y proporciona protección suficiente durante los conflictos armados.

Los autores hacen referencia a lagunas y deficiencias clave del DIH, y estudian las oportunidades que surgen de la intersección de los dos cuerpos jurídicos mencionados. El artículo comienza con un análisis de tres puntos débiles fundamentales del DIH. En primer lugar, el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 define el umbral de inadmisibilidad de daño medioambiental (debe ser “extenso, duradero y grave”)¹, de una manera que es tan restrictiva como poco clara. En segundo lugar, las disposiciones del DIH en materia de protección de bienes de carácter civil no abarcan los elementos del medio ambiente durante los conflictos armados. En tercer lugar, la proporcionalidad del daño al medio ambiente considerado “daño colateral” no es fácil de determinar. Para cada una de esas lagunas, se ofrecen oportunidades concretas de solucionarlas.

En este artículo, se estudian además las formas en que el DIMA permitiría abordar algunas de las deficiencias del DIH en la protección del medio ambiente

1 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) del 8 de junio de 1977, arts. 35(3) y 55(1).

durante los conflictos armados. No obstante, aún quedan dudas acerca de la aplicabilidad general del DIMA durante las hostilidades y también sobre la aplicación de tipos particulares de disposiciones del DIMA. Algunos tratados establecen expresamente si las disposiciones continúan vigentes durante los conflictos armados (por ejemplo, algunas disposiciones de la Convención del patrimonio mundial²), mientras que otros sólo hacen referencia indirecta al tema (por ejemplo, la Convención de Ramsar³) o directamente lo omiten (por ejemplo, el Convenio sobre la diversidad biológica). Más aun, hay distintas teorías acerca de cuál es el método adecuado para determinar si el DIMA se aplica durante los conflictos armados y si la respuesta a estos interrogantes es diferente para los distintos acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, los principios del DIMA y el derecho internacional consuetudinario del medio ambiente. Si bien existe una gran diversidad de enfoques, todos destacan la existencia de oportunidades que complementan las normas del DIH que protegen el medio ambiente durante los conflictos armados y ayudan a responder la pregunta sobre si las normas, los principios, los enfoques y los mecanismos del derecho internacional del medio ambiente podrían aplicarse para prevenir y abordar los daños al medio ambiente durante conflictos armados, así como para evaluar las responsabilidades al respecto.

El derecho internacional humanitario: lagunas y oportunidades

Los conflictos armados provocan daños directos e indirectos al medio ambiente que pueden poner en peligro la salud, los medios de vida y la seguridad de las personas. Para reducir esos riesgos, el DIH ha incorporado protecciones fundamentales del medio ambiente al marco jurídico que rige los conflictos armados.

Algunos expertos han estudiado en profundidad la protección del medio ambiente en el marco del DIH⁴. Sin la intención de catalogar todas las disposiciones pertinentes del DIH, el análisis realizado evidencia una cantidad de lagunas y oportunidades en el marco del DIH existente. Esta sección contiene una breve historia de la elaboración de las normas del DIH, cuestiones relacionadas con el umbral del Protocolo adicional I, los elementos del medio ambiente como bienes de carácter civil y la proporcionalidad del daño ambiental como daño colateral.

- 2 Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural del 16 de noviembre de 1972, 1037, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 151.
- 3 Convención sobre los humedales de importancia internacional, en especial como hábitat de aves acuáticas, del 2 de febrero de 1971, 996, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 245.
- 4 Para una reseña de las leyes del DIH relacionadas con la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, v. PNUMA, *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis*, Nairobi, 2009; v. también Daniel Bodansky, *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, Berichte des Umweltbundesamts/Informes de la Agencia Federal Alemana del Medio Ambiente, n.º 5/2003, Erich Schmidt Verlag, Berlín, 2003; Michael Bothe, "The Protection of the Environment in Times of Armed Conflict", *German Yearbook of International Law*, vol. 34, 1991, pp. 54-62; Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Los conflictos armados y el medio ambiente: breve historia de la elaboración de las normas

A comienzos de la década de 1970, ocurrieron dos acontecimientos importantes: la comunidad internacional comenzó a ocuparse de la protección del medio ambiente y se llevaron a cabo los primeros intentos serios por subsanar las deficiencias de la protección jurídica de las víctimas de conflictos armados. Ambos procesos fueron consecuencia de la escandalización de la opinión pública, provocada por una serie de hechos de gran importancia. En el ámbito de la ecología, esos hechos fueron los grandes derrames de petróleo y un amplio movimiento ciudadano. Con respecto al derecho de los conflictos armados, los procesos fueron la guerra de Vietnam, la protección de los derechos humanos en territorios ocupados (en especial, Palestina) y los conflictos armados que acompañaron la descolonización. Los dos focos de la opinión pública convergieron en uno solo: las consecuencias medioambientales y sanitarias de la defoliación causada por el uso de herbicidas (principalmente el agente naranja) durante la guerra de Vietnam.

Mientras que la elaboración de las normas internacionales sobre medio ambiente dejó de lado ese problema, el tema fue abordado directamente durante las conferencias internacionales sobre conflictos armados, para disgusto de los defensores de los intereses militares. Entre esas conferencias se cuenta la Conferencia de desarme y la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario (CDDH, Ginebra, 1974-1977).

En 1976, la Comisión de la Conferencia de Desarme (CCD) aprobó la Convención sobre la prohibición de utilizar *técnicas de modificación ambiental* con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD). El tratado regula el uso de técnicas de modificación ambiental como medio para causar daño al enemigo. La ENMOD prohíbe expresamente “las técnicas de modificación ambiental que tengan efectos extensos, duraderos o graves como medios para producir destrucciones”⁵. Los trabajos de la CCD indican cómo interpretar esos términos. “Duraderos”, por ejemplo, significa “que duran meses o una estación aproximadamente”⁶.

Las cuestiones más complicadas fueron abordadas por la CDDH cuando se analizó la aprobación de dos importantes disposiciones de lo que sería el Protocolo adicional I. Primero, el artículo 35, párrafo 3, 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”. Segundo, el artículo 55 del Protocolo adicional I establece: “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

5 ENMOD, 10 de diciembre de 1976, 1108, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 151, art. 1.

6 Interpretación anexa al texto de la ENMOD, contenida en el informe de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Conferencia de desarme ante la Asamblea General, Informes oficiales de la Asamblea General, 31º período de sesiones, suplemento n.º 27 (A/31/27).

medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población”.

Estas disposiciones fueron negociadas y aprobadas con conocimiento del documento de la CCD⁷. Por ello, las diferencias entre los textos no son producto de la casualidad. Las tres condiciones, o el umbral, de la prohibición que introduce el Protocolo adicional I son acumulativas (coordinadas por “y”), mientras que las condiciones de la ENMOD son alternativas (coordinadas por “o”). Asimismo, el significado de los tres adjetivos que restringen el alcance del daño que se prohíbe varía (al menos de acuerdo con la historia de la negociación de las dos disposiciones) según se los interprete en el contexto del Protocolo adicional I o en el de la ENMOD. La comisión competente de la Conferencia analizó en profundidad los tres en el contexto del Protocolo adicional I. Con respecto al elemento temporal, el informe de la comisión establece que la duración:

[...] según algunos representantes se mide en décadas. Se ha mencionado un mínimo de veinte o treinta años [...]. [E]s imposible asegurar de qué lapso se trataría. Aparentemente, la mayoría compartió el supuesto de que el daño del campo de batalla en una guerra convencional no quedaría prohibido por esta disposición⁸.

La definición es completamente diferente de la aceptada en los trabajos de la ENMOD aquí citados. En consecuencia, los negociadores consideraron que, en la práctica, esa disposición “no supondría ninguna restricción significativa para los combatientes de una guerra convencional”⁹. Podría aplicarse a la guerra biológica y la guerra química. Sin embargo, la mayoría de los países de la OTAN sostienen que el Protocolo adicional I no se aplica a la guerra nuclear¹⁰, y al menos Estados Unidos y el Reino Unido objetan que las dos disposiciones formen parte del derecho consuetudinario¹¹. Las organizaciones ecologistas nunca han considerado satisfactoria esa situación.

La situación dio origen a un debate acerca de la elaboración de futuras normas. Una serie de acontecimientos, en especial los derrames de petróleo provocados durante las dos Guerras del Golfo, entre 1980 y 1988 y entre 1990 y 1991,

7 V. Waldemar A. Solf, “Article 55: Protection of the Natural Environment”, en Michael Bothe, Karl Josef Partsch y Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflict: Commentaries on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982, p. 347.

8 Documento de la Conferencia CDDH/215/Rev.1, párr. 27.

9 W. A. Solf, v. la nota 7 *supra*, p. 348.

10 Estados Unidos de América, declaración al momento de la firma: “Según entienden los Estados Unidos de América, el presente protocolo no tiene efecto alguno ni regula o prohíbe el uso de armas nucleares”. Reino Unido, declaración al momento de la ratificación: “El Reino Unido continúa considerando que las normas contenidas en el Protocolo son de aplicación exclusiva a las armas convencionales, sin perjuicio de ninguna otra norma del derecho internacional aplicable a otros tipos de armas. En particular, las normas introducidas no tienen efecto alguno y no regulan ni prohíben el uso de armas nucleares”.

11 Más referencias sobre el tema en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, Buenos Aires, 2007, vol. I, p. 153 y ss.

mantuvieron vivo el debate. Por ejemplo, hubo amplios reclamos de nueva legislación internacional, de un “Quinto Convenio de Ginebra”. No obstante, los intentos se toparon con una enorme resistencia por parte de las grandes potencias militares. La única consecuencia concreta de los esfuerzos para aprobar nuevos documentos fue una serie de directrices sobre la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, elaboradas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y publicadas en 1994¹². Las directrices, sin embargo, no supusieron un progreso significativo en la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, y el modesto documento no obtuvo buena acogida en las Naciones Unidas. Finalmente, la Asamblea General cortésmente las dejó de lado en 1994¹³.

El siguiente paso en términos jurídicos fue el Estatuto de Roma de 1998¹⁴, en virtud del cual se estableció la Corte Penal Internacional. En la definición de crímenes de guerra, el Estatuto de Roma contiene una cláusula de protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado internacional:

Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea¹⁵ [...].

Esta cláusula se asemeja, aunque sin ser idéntica, a tres artículos del Protocolo adicional I: el artículo 51(5)(b), que prohíbe ataques que causen daños colaterales “excesivos” a civiles o bienes de carácter civil, y los dos artículos citados más arriba (35(3) y 55).

Para evaluar el significado de la cláusula del Estatuto de Roma se debe tener en cuenta que el derecho penal contiene regulaciones secundarias. Éstas son instrumentos para hacer cumplir una obligación primaria. Como tales, no tienen que ser idénticas a la obligación primaria. Si bien una disposición del derecho penal internacional presupone una norma primaria que prohíbe la conducta que constituye delito, muchas obligaciones primarias no imponen sanciones penales. Por ello, una norma penal más específica sobre daño ecológico en tiempo de conflicto armado (que responsabiliza a los individuos en los ámbitos personal y penal) no altera la obligación primaria de los Estados, de conformidad con el derecho internacional existente, de prevenir daños mayores al medio ambiente.

La falta de claridad respecto de los límites de las obligaciones que imponen los tratados para evitar daños al medio ambiente en tiempo de conflicto armado conduce al tema de la protección del medio ambiente que proporciona el

12 CICR, *Directrices para los manuales de instrucción militar sobre la protección del medio ambiente en período de conflicto armado*, Ginebra, 1994.

13 Asamblea General, Resolución 49/50 del 9 de diciembre de 1994; para leer un comentario al respecto, v. Michael Bothe, “Military Activities and the Protection of the Environment”, *Environmental Policy and Law*, vol. 37, n.º 2-3, 2007, p. 234.

14 Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, A/CONF.138/9.

15 *Ibid.*, art. 8(2)(b)(iv).

derecho humanitario consuetudinario y el tratamiento del asunto en *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, publicado por el CICR en 2005, y en 2007 en español¹⁶. En dicho estudio, se establece que una versión simplificada de los artículos del Protocolo adicional I y la ENMOD forma parte del derecho consuetudinario y se determina que “queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma.”¹⁷

Otra norma articulada en el estudio constituye un verdadero avance en la materia. La norma 44 establece:

Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible¹⁸.

Asimismo, “la falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones”¹⁹.

La norma es una variación de la norma general del DIH que determina que deben tomarse “medidas de precaución” para evitar daños a civiles y bienes de carácter civil²⁰. La última frase de la norma 44, sin embargo, constituye una aplicación del principio de precaución, debidamente establecido en el DIMA, de la obligación de tomar precauciones durante los conflictos armados, que, en este contexto, equivale a una revolución. En el estudio se mencionan prácticas estatales limitadas en justificación de la norma. La mayor parte de la justificación citada es la lectura de dos fallos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ): el caso relativo a las pruebas nucleares de 1995 y la Opinión consultiva sobre el caso de las armas nucleares de 1996²¹. En el estudio se sostiene que el reconocimiento del principio de precaución como constitutivo del derecho consuetudinario del medio ambiente debe reflejarse en el derecho aplicable a los conflictos armados. El principio de “debida consideración” enunciado en la norma 44 parece estar bastante aceptado. Esto queda claro en dos reformulaciones privadas de categoría semioficial de las normas pertinentes. En el *Manual de San Remo sobre derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar* (1994), se afirma que los “métodos o medios de guerra deben emplearse

16 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, v. la nota 11 *supra*.

17 *Ibid.*, norma 45.

18 *Ibid.*, norma 44.

19 *Ibid.*

20 Protocolo adicional I, art. 57.

21 CIJ, *Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte el 20 de diciembre de 1974 en el caso Ensayos Nucleares* (Nueva Zelanda c. Francia), Orden del 22 de septiembre de 1995, Informes de la CIJ, 1995; CIJ, *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva del 8 de Julio de 1996, Informes de la CIJ, 1996.

con la debida consideración por el medio ambiente natural [...]”²². El *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (2009) del Programa sobre política humanitaria e investigación de conflictos formula normas similares: “queda prohibida la destrucción innecesaria del medio ambiente natural”²³. Asimismo, insiste en que “cuando se planifican y se realizan operaciones aéreas y con misiles, debería tenerse en consideración el medio ambiente natural”²⁴.

Se sostiene entonces que la prohibición de la destrucción “innecesaria” de elementos del medio ambiente natural y el principio de debida consideración son más favorables para el medio ambiente y más flexibles que las disposiciones del Protocolo adicional I.

El Protocolo adicional I y la cuestión del umbral

Como se mencionó anteriormente, el problema crucial que surge con el Protocolo adicional I está vinculado con el significado de las tres condiciones de la prohibición de causar daños “extensos, duraderos y graves” al medio ambiente natural²⁵. El reducido alcance de la prohibición se debe al carácter acumulativo de las tres condiciones y a su interpretación, que, en efecto, sitúa el umbral muy alto, y también a cierta ambigüedad. Al menos si se interpretan los términos a la luz de la historia de las negociaciones²⁶, parece casi imposible que se alcance el umbral en una guerra convencional. En el caso de la guerra química, el único caso práctico hasta ahora (el empleo de herbicidas en Vietnam) genera ciertas dudas. Si la vara para “extensos” es un período de varias décadas, el umbral quizá no se haya alcanzado. La naturaleza se ha recuperado en muchas zonas de Vietnam, aunque no en todas; sin embargo, el daño a la salud continúa, y quizá se prolongue durante varias generaciones más.

Esta interpretación no necesariamente goza de aceptación general en la actualidad, pero puede decirse con seguridad que las Partes en el tratado tuvieron la intención de establecer un umbral muy elevado. Los recursos naturales y el medio ambiente son esenciales en el restablecimiento de la paz después de un conflicto²⁷, y el daño grave al medio ambiente puede dar por tierra con los esfuerzos para proporcionar medios de vida a la población, promover la recuperación económica y permitir que la sociedad retorne a su modo de vida “normal”. Un marco demasiado permisivo respecto del daño ecológico durante los conflictos armados puede afectar la paz a largo plazo.

22 *Manual de San Remo sobre derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar*, reproducido en Dietrich Schindler y Jiří Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflict*, 4ª ed., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden y Boston, 2004, p. 1153, norma 44.

23 Universidad de Harvard, Programa sobre política humanitaria e investigación de conflictos, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Berna, 2009, norma 88.

24 *Ibid.*, norma 89.

25 Protocolo adicional I, arts. 35(3) y 55(1).

26 W. A. Solf, v. la nota 7 *supra*, p. 348; Documento de la Conferencia CDDH/215/Rev.1, párr. 27.

27 Carl E. Bruch et al., “Post-Conflict Peace Building and Natural Resources”, en Ole Kristian Fauchald, David Hunter y Wang Xi (eds.), *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19, 2008, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Cabe preguntarse si, teniendo en cuenta la creciente importancia del medio ambiente en las relaciones internacionales, ese elevado umbral está aún vigente o si, por el contrario, ha caído en desuso²⁸. Podría sostenerse esto último, pero no es seguro.

Así se llega a la primera laguna: por dos motivos, la situación jurídica es altamente insatisfactoria desde el punto de vista ecológico. En primer lugar, las condiciones que afectan la prohibición impuesta por los artículos 35 y 55 del Protocolo adicional I son sumamente restrictivas, lo que torna la prohibición demasiado estrecha en lo que respecta al medio ambiente. En segundo lugar, el alcance exacto de la prohibición es incierto y, por tanto, ésta es difícil de aplicar o cumplir.

No obstante, esa laguna trae aparejada una oportunidad. En distintos textos que pretenden reflejar el derecho consuetudinario, aparece una forma alternativa de protección jurídica del medio ambiente en situaciones de conflicto armado: la “debida consideración” y la prohibición de destrucción “innecesaria”. Cómo se puede aclarar esta cuestión, y si es posible hacerlo, son interrogantes aún sin responder.

Los elementos del medio ambiente como bienes de carácter civil

Los elementos del medio ambiente muchas veces son bienes de carácter civil. Como tales, están protegidos contra los ataques. En ese sentido, las condiciones restrictivas de los artículos 35 y 55 del Protocolo adicional I no se aplican. No obstante, esa protección es frágil, pues los elementos del medio ambiente pueden convertirse fácilmente en objetivos militares. Cuando las fuerzas armadas se asientan en una zona protegida, ésta puede contribuir activamente en las acciones militares y su neutralización puede ofrecer una ventaja militar fundamental. Por ello, esa zona se convierte en un objetivo militar. En el caso del empleo de herbicidas en Vietnam, los árboles protegían al enemigo y su defoliación constituyó una ventaja militar efectiva, con lo cual los árboles —las hojas, más precisamente— se convirtieron en un objetivo militar.

Esta cuestión está relacionada con la segunda laguna del DIH. Existe una alta probabilidad de que los elementos del medio ambiente se conviertan en objetivos militares, con lo que se invalida la protección de que gozan en tanto bienes de carácter civil. En teoría, los artículos 35 y 55 del Protocolo adicional I podrían impedir la destrucción del medio ambiente, pero esto remite nuevamente a la primera laguna.

La segunda laguna proporciona la segunda oportunidad: se debe evitar que los elementos del medio ambiente se transformen en objetivos militares. ¿Cómo se consigue eso? Los artículos 59 y 60 del Protocolo adicional I (localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas) pueden servir como modelo. Como no hay presencia militar en esas zonas, no son o han dejado de ser objetivos militares, y por ello no pueden ser atacadas. Análogamente, las áreas sensibles desde el punto de vista

28 El desuso es la regla jurídica por la cual una norma pierde su fuerza legal tras no ser usada durante un tiempo suficientemente prolongado.

ecológico pueden recibir protección contra los ataques excluyendo toda presencia militar. En ausencia de un tratado a tal efecto, ello no puede lograrse mediante una declaración unilateral. Es dudoso que se llegue a aprobar un nuevo tratado, al menos en el futuro cercano. No obstante, las partes en un conflicto armado pueden obtener el mismo resultado mediante un acuerdo consensuado, como una mediación coordinada por el CICR, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o una organización vinculada con el medio ambiente²⁹. Una organización internacional podría convocar a las partes para llegar a un acuerdo. Por último, el Consejo de Seguridad de la ONU, en ejercicio de los poderes que le confiere el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, podría designar las zonas como áreas protegidas y obligar a las partes a adoptar los acuerdos correspondientes.

El daño al medio ambiente como daño colateral: el principio de proporcionalidad

El medio ambiente puede recibir daños indirectamente durante ataques contra objetivos militares. Es el caso de los derrames de petróleo (si el objetivo directo es un objetivo militar) o la contaminación provocada por ataques contra instalaciones industriales. En ese caso, los elementos del medio ambiente afectados son bienes de carácter civil. El daño a esos objetos del medio ambiente constituiría un “daño colateral”, aceptable sólo en la medida en que no sea excesivo respecto de la ventaja militar prevista como resultado del ataque. Aquí surge una serie de cuestiones complicadas.

Por regla general, las consecuencias del daño colateral en el plano ecológico suelen ser inciertas. Cuando el daño afecta elementos que no forman parte de un objetivo militar (por ejemplo, un derrame de petróleo provocado por el ataque a una central eléctrica cercana a la costa), primero se debe evaluar el daño ecológico causado, tarea que no es en absoluto sencilla. Para evaluar el daño causado por el ataque, se debe determinar no sólo el alcance de la contaminación y el daño posterior al ataque sino también el nivel de contaminación previa y sus consecuencias. Tampoco está exenta de incertidumbre la previsión del daño a largo plazo³⁰.

Suponiendo que sea posible tener en claro los hechos correspondientes al daño, ¿cuál es la vara jurídica de la proporcionalidad? Es difícil determinarla incluso en casos de simple daño físico, y la dificultad aumenta cuando se trata de daño ecológico, en particular de daño a largo plazo. ¿El principio de precaución es pertinente para determinar la importancia relativa de los valores ecológicos en la denominada “ecuación de proporcionalidad”? Dicho de otra forma, ¿el daño al

29 La solución fue propuesta durante años por grupos informales de trabajo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). En la actualidad aparece en una declaración oficial del CICR, *Fortalecer la protección jurídica de las víctimas de conflictos armados: Estudio del CICR sobre el estado actual del derecho internacional humanitario*, discurso del Dr. Jakob Kellenberger, presidente del CICR, 21 de septiembre de 2010, disponible en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/ihl-development-statement-210910.htm>.

30 V., por ejemplo, Asit Biswas, “Scientific Assessment of the Long-Term Environmental Consequences of War”, en J. E. Austin y C. E. Bruch, v. la nota 4 *supra*.

medio ambiente puede ser “excesivo” en los términos del artículo 51 del Protocolo adicional I aunque no exista certeza respecto del alcance y la naturaleza del daño?

Cuando un elemento del medio ambiente es atacado legítimamente porque constituye un objetivo militar, puede haber daño ecológico duradero más allá de la destrucción puntual. ¿Son los artículos 35 y 55 del Protocolo adicional I un caso de *lex specialis* por determinar la legitimidad de ese daño duradero y están, por tanto, exentos del principio de proporcionalidad de conformidad con el DIH? ¿O, por el contrario, este daño duradero es una forma de daño “colateral” que se mide con la vara de la proporcionalidad?

Se advierte aquí la existencia de una tercera laguna: la falta de claridad respecto de los aspectos prácticos de la proporcionalidad cuando el daño al medio ambiente es un daño colateral causado por ataques contra objetivos militares.

Esas cuestiones también proporcionan una tercera oportunidad: la de precisar el principio de proporcionalidad. Un nuevo tratado, suponiendo que fuese posible políticamente, no resolvería el problema, al menos en lo concerniente a las cuestiones de mayor peso. Parece difícil —si no imposible— proponer una solución general que se aplique a todas las situaciones posibles de daño ecológico colateral. Sin embargo, sería útil contar con reglas generales para la evaluación del daño ambiental, que podrían establecerse mediante resoluciones aprobadas por las organizaciones internacionales pertinentes. En cuanto a los temas primordiales, la mejor solución podría ser que grupos de expertos analizaran los escenarios típicos y elaboraran un conjunto de criterios que sirvieran para determinar la proporcionalidad.

Conclusiones sobre el DIH

Las disposiciones del DIH pertinentes para la protección del medio ambiente durante los conflictos armados forman un cuerpo de tratados y de derecho consuetudinario con lagunas y deficiencias importantes.

En primer lugar, las principales disposiciones que protegen en forma directa el medio ambiente durante un conflicto armado —los artículos 35 y 55 del Protocolo adicional I— no cumplen adecuadamente con el propósito en cuestión, porque el umbral de daño “extenso, duradero y grave” es impreciso y difícil de alcanzar, con lo que deja gran parte del daño ambiental grave fuera del alcance de los instrumentos de protección actuales. Por ello, es necesario definir esos términos con mayor claridad y precisión.

En segundo lugar, debido a que pocas normas del DIH mencionan expresamente la protección medioambiental, los medios indirectos pueden proporcionar una protección más eficaz mediante la regulación de los medios y métodos de la guerra o la protección de personas y objetos civiles. Sin embargo, la laguna aquí es que los elementos del medio ambiente pueden transformarse en objetivos militares, lo cual remite a la primera laguna. El problema podría solucionarse mediante la utilización de los artículos 59 y 60 del Protocolo adicional I (localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas) como modelos para proteger las áreas sensibles desde el punto de vista ecológico contra los ataques.

En tercer lugar, falta claridad en lo que respecta a los daños colaterales contra los bienes de carácter civil como consecuencia de ataques contra objetivos militares. La laguna en este caso está vinculada con las cuestiones prácticas de la proporcionalidad cuando el daño al medio ambiente es un daño colateral provocado por ataques contra objetivos militares.

Existen otras deficiencias dentro del DIH³¹. Por ejemplo, la incertidumbre acerca de la protección del medio ambiente que otorga el DIH en casos de conflicto armado sin carácter internacional³². El asunto es problemático, dado que la gran mayoría de los conflictos armados actuales no tienen carácter internacional.

Aplicación del DIMA durante los conflictos armados³³

En vista de las importantes deficiencias y lagunas del DIH en el ámbito de la protección del medio ambiente en situaciones de conflicto armado, cabe preguntarse si algunas de esas lagunas podrían subsanarse mediante la aplicación del DIMA. El DIMA es un cuerpo establecido de normas, estándares, enfoques y mecanismos destinados a prevenir y reparar —con inclusión de obligaciones y, cada vez más, responsabilidades— los daños al medio ambiente en tiempos de paz. Con el desarrollo, maduración y aplicación de un cuerpo sustancial de normas jurídicas que rigen el uso y la protección del medio ambiente, el tema es si el DIMA se aplica durante los conflictos armados y cuál es el alcance de su aplicación, y si brinda protección suficiente contra los riesgos específicos de los conflictos armados. Las normas del DIMA que protegen determinados recursos naturales son un ejemplo que se debería considerar. Es necesario evaluar su capacidad para limitar la destrucción y la contaminación que pudieran ocurrir como consecuencia de una guerra. Las normas que prohíben causar ciertos tipos particulares de daño ambiental también deben tenerse en cuenta. Para dar como ejemplo un caso mencionado anteriormente, si se destruye una planta eléctrica durante una guerra u otra operación militar (como ha ocurrido con la planta de Jiyeh en Líbano en 2006), ¿el derrame de petróleo debería desencadenar un mecanismo institucional de respuesta y limpieza o un régimen de responsabilidad?³⁴ ¿La Convención del patrimonio mundial, cuya

31 V. en general PNUMA y la nota 4 *supra*.

32 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck proporcionan una respuesta detallada; v. la nota 11 *supra*, vol. I, p. 148 y ss. y pp. 156 y ss.

33 El contenido de esta sección se basa en el análisis de los autores en PNUMA, v. la nota 4 *supra*.

34 El Convenio internacional para el establecimiento de un fondo internacional para los daños por contaminación por hidrocarburos (18 de diciembre de 1971, 1110, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 57) y el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (29 de noviembre de 1969, 973, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 3) sólo se aplican a la contaminación por petróleo derramado por buques. En Jiyeh, la ayuda se proporcionó de conformidad con el Protocolo sobre cooperación para prevenir la contaminación por los buques y, en situaciones de emergencia, combatir la contaminación del mar Mediterráneo (Protocolo de Emergencia, Barcelona, 16 de febrero de 1976).

misión es proteger bienes del patrimonio cultural y natural³⁵, debería prohibir que los sitios del patrimonio mundial fuesen objetivos durante la realización de actividades militares o que se les causara daños extensos y duraderos?

La aplicación del DIMA durante un conflicto armado es complicada por dos razones. En primer lugar, el derecho del medio ambiente es aún dinámico y está en desarrollo. En segundo lugar, este tema forma parte del fenómeno general de la fragmentación del derecho internacional, entre cuyas cuestiones se encuentra la de cómo se relacionan entre sí los diferentes cuerpos del derecho internacional en el caso de ámbitos de aplicación superpuestos. En los distintos estudios y comentarios se encuentran varias perspectivas acerca de la aplicación del DIMA durante los conflictos armados. En la década de 1990, hubo un cambio notable en la creencia histórica de que el derecho aplicable durante la guerra y el que se aplicaba en tiempos de paz eran mutuamente excluyentes. Los puntos de vista contemporáneos tienden a reunir ambos cuerpos jurídicos, y el derecho internacional que rige en tiempos de paz se aplica en diversos grados durante los conflictos armados. Cuando se aplican simultáneamente, sin embargo, su relación es poco clara (*lex specialis*).

El tema está muy bien documentado en la labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). En 2004, la Asamblea General aprobó la propuesta de la CDI de incluir un trabajo en su programa de largo plazo acerca de las “consecuencias de los conflictos armados en los tratados”. En 2008, ese trabajo tomó forma en una serie de proyectos de artículos con los que se intentaba regular la aplicabilidad de los tratados durante los conflictos armados³⁶. En los proyectos se establece que el inicio de un conflicto armado “no necesariamente implica la cancelación ni la suspensión de la vigencia de los tratados” entre beligerantes o entre beligerantes y partes neutrales³⁷. Por el contrario, esta situación está determinada por un complejo conjunto de consideraciones de distinto tipo: cláusulas escritas y tema del tratado, interpretación del tratado de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (CVDT), del 23 de mayo de 1969, naturaleza y dimensión del conflicto armado y efectos del conflicto armado en el tratado³⁸. En la práctica, eso se traduce en una evaluación de cada caso particular.

En esta sección del presente artículo se proporciona un panorama general y un análisis del derecho y los comentarios referidos a la aplicabilidad del DIMA en situaciones de conflicto armado. Está estructurada en tres apartados principales: (a) acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente que podrían aplicarse;

35 Otro tema que también merece atención en este contexto es si la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (14 de mayo de 1954, 249, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 215) brinda una protección más adecuada en los casos en que los sitios del patrimonio mundial son, al mismo tiempo, bienes culturales.

36 CDI, Informe de la CDI, 59ª sesión, 7 de mayo-5 de junio y 9 de julio-10 de agosto de 2007, UNGA Supp. A/62/10, párrs. 266-324; CDI, *Effects of Armed Conflicts on Treaties*, UN Doc. A/CN.4/L.727/Rev.1, 6 de junio de 2008; CDI, *Effects of Armed Conflicts on Treaties*, Addendum, UN Doc. A/CN.4/L.727/Rev.1/Add.1, 11 de julio de 2008. Los proyectos de artículos fueron aprobados provisionalmente y enviados a los Estados para su interpretación y observación antes de enero de 2010: CDI, Informe de la CDI, 60ª sesión, 5 de mayo-6 de junio y 7 de julio-8 de agosto de 2008, UNGA Supp. A/63/10, párr. 14.

37 CDI, *Effects of Armed Conflicts on Treaties*, 6 de junio de 2008, v. la nota 36 *supra*, art. 3.

38 *Ibid.*, art. 4.

(b) derecho internacional consuetudinario del medio ambiente e instrumentos de derecho indicativo que podrían aplicarse; y (c) comentarios sobre la aplicabilidad de estos dos cuerpos del DIMA durante los conflictos armados.

Acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente

Con respecto a la vigencia y la amplitud de la protección que otorgan los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMMA) en tiempo de conflicto armado, cabe hacer una distinción fundamental, que es también un problema básico. Por norma general, el derecho que se aplica en tiempos de paz rige para las relaciones entre los beligerantes y los Estados neutrales (de manera más general, los Estados que no son partes en un conflicto armado). Esto quiere decir que, al menos por principio, un AMMA debe aplicarse también durante un conflicto armado, al menos en la relación entre las partes en el conflicto y los Estados que no son parte en ese conflicto. Desde ese punto de vista, la continuidad en la vigencia de un AMMA durante un conflicto armado sólo constituye un problema en lo referente a la relación entre los beligerantes. Asimismo, y según esta misma lógica, la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional que surja en el territorio de una parte de un acuerdo de esta clase no afecta la aplicación del tratado. La situación, sin embargo, no es tan sencilla. Es necesario plantearse el interrogante fundamental de si debe esperarse que un Estado parte en un conflicto armado, sea de carácter internacional o no, cumpla con sus obligaciones internacionales del mismo modo que si el conflicto no existiera. La cláusula *rebus sic stantibus*³⁹ y la necesidad como una circunstancia que anula la ilegalidad⁴⁰ pueden modificar la relación entre partes y Estados que no son parte en un conflicto armado respecto de su relación en tiempos de paz. Si bien la distinción fundamental entre la relación entre beligerantes y la relación entre beligerantes y no beligerantes debe mantenerse, habría que hacer un análisis más profundo de su alcance, teniendo en cuenta el contenido fundamental de los AMMA correspondientes.

La manera en que los instrumentos del DIMA determinan su aplicabilidad durante situaciones de conflicto armado varía sustancialmente. Algunos AMMA establecen directa o indirectamente su aplicabilidad durante las hostilidades, mientras que otros indican expresamente su inaplicabilidad, finalización o suspensión automática una vez iniciado el conflicto. Otros no mencionan el tema. Lamentablemente, la mayoría de los AMMA quedan dentro de la tercera categoría, de modo que prevalece la incertidumbre⁴¹.

Un AMMA puede estipular indirectamente que su aplicación continúa durante un conflicto armado. De conformidad con la Convención del patrimonio

39 CVDI, art. 62.

40 CDI, "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, parte II, 2001, pp. 32 y ss., art. 25.

41 El principio de *lex specialis* no es de ayuda en este caso. Por una parte, podría argumentarse que el DIH es *lex specialis* porque se desarrolla especialmente para el contexto de los conflictos armados. Por otra parte, es posible sostener del mismo modo que el DIMA es *lex specialis* porque contiene disposiciones mucho más elaboradas relativas al medio ambiente, mientras que el DIH sólo aborda el tema de modo general.

mundial, el Comité del Patrimonio Mundial establece y actualiza una lista del patrimonio mundial que contiene bienes del patrimonio cultural y natural con “valor universal excepcional”⁴². La inclusión en la lista requiere el consentimiento del Estado involucrado. Además, el Comité elabora una lista del “patrimonio mundial en peligro”, con sitios que necesitan “mayor protección” para su conservación y para los cuales se ha solicitado ayuda por estar “amenazados por daños graves concretos”. Esos daños graves concretos pueden comprender “un conflicto armado en curso o la amenaza de un conflicto armado”⁴³.

Otro ejemplo es el de la Convención de Ramsar, que proporciona una lista de humedales de importancia internacional⁴⁴. La Convención no establece expresamente si se aplica a los beligerantes; no obstante, de su contenido se infiere que las partes de un acuerdo tienen derecho “por motivos urgentes de interés nacional, a retirar de la lista humedales ya incluidos o reducir sus límites”⁴⁵. Es posible, aunque no del todo claro, que en los motivos “urgentes de interés nacional” estén contemplados los conflictos armados⁴⁶. Es importante advertir que los motivos urgentes de interés nacional no autorizan a las partes a limitar las medidas de protección de los humedales que forman parte de la lista sino sólo a modificar sus límites. Se plantea entonces la cuestión de si el uso militar de la zona constituye una violación de las obligaciones de protección que establece la Convención.

Análogamente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (CONVEMAR)⁴⁷ exige a los Estados Parte “proteger y preservar el medio marino” y adoptar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino⁴⁸. El artículo 236 de la CONVEMAR, sin embargo, establece una variante para “buques de guerra, naves auxiliares, otros buques o aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado y utilizados a la sazón únicamente para un servicio público no comercial”. A continuación, se estipula que cada Estado Parte “velará, mediante la adopción de medidas apropiadas que no obstaculicen las operaciones o la capacidad de operación de tales buques o aeronaves que le pertenezcan o que utilice, por que tales buques o aeronaves procedan, en cuanto sea razonable y posible, de manera

42 Convención del patrimonio mundial, art. 11(2).

43 *Ibíd.*, art. 11(4).

44 Convención de Ramsar, art. 2.

45 *Ibíd.*, art. 3. El art. 4 de la Convención de Ramsar requiere que, cuando una parte, por motivos urgentes de interés nacional, retire de la lista un humedal o reduzca sus límites, deberá compensar en la medida de lo posible la pérdida de recursos de humedales.

46 V., por ejemplo, Alice Louise Bunker, “Protection of the Environment During Armed Conflict: One Gulf, Two Wars”, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 13, n.º. 2, 2004, p. 211. Como queda visto, aunque los tratados relativos al medio ambiente pueden aplicarse en situaciones de conflicto armado, sus disposiciones son, con frecuencia, demasiado flexibles y ambiguas para constituir una verdadera guía para los mandos en el campo de batalla o para hacerlas cumplir una vez concluido el conflicto. La única área del derecho del medio ambiente donde esto quizá no ocurra es la protección de zonas de importancia especial, como los sitios del patrimonio mundial o los humedales de Ramsar. Está claro que habría que evitar las zonas definidas y que la protección en tiempos de paz debería poder asociarse más fácilmente con la guerra, como se sugiere en el proyecto de Convenio de áreas protegidas de la UICN.

47 CONVEMAR, 10 de diciembre de 1982, 1833, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 3.

48 *Ibíd.*, arts. 192 y 194; v. también arts. 207-208 y 212.

compatible con las disposiciones de esta Convención”⁴⁹. Aunque, a diferencia de las normas que se aplican a los buques y aeronaves no militares, las que rigen para los buques militares varían, la CONVEMAR puede seguir aplicándose en situaciones de conflicto armado⁵⁰. El *Manual de San Remo sobre derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar* contiene requisitos más específicos⁵¹. De acuerdo con el artículo 44 del Manual, “quedan prohibidos los daños y las destrucciones del medio ambiente natural no justificados por las necesidades militares y que se causen arbitrariamente”. El Manual también establece que, si se llevan a cabo acciones hostiles dentro de la zona económica exclusiva de un Estado neutral, los Estados beligerantes “deben tener debidamente en cuenta los derechos y deberes del Estado ribereño, entre otros [...] los relacionados con la protección y la preservación del medio marino”⁵².

En cambio, algunos AMMA explícitamente suspenden, derogan o finalizan el acuerdo entre Estados beligerantes durante un conflicto armado. Por ejemplo, la Convención de París sobre la responsabilidad de terceras partes en el campo de la energía nuclear (1960) exime a los operadores del daño provocado directamente por un conflicto armado y actividades similares⁵³, si bien Austria y Alemania objetaron esta disposición y explícitamente expresaron su derecho a exigir responsabilidad por el daño causado por parte de los operadores⁵⁴. Se trata de una situación análoga al principio establecido en el derecho de seguros según el cual el seguro por pérdidas no cubre los daños ocasionados por un conflicto bélico. Vista en estos términos, la norma se aplicaría no sólo a la relación entre beligerantes sino también a la relación entre beligerantes y no beligerantes.

Muchos AMMA no hacen mención de su aplicabilidad durante un conflicto armado. Entre ellos se encuentra el Convenio sobre la diversidad biológica (1992), la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación (1994) y la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (1979)⁵⁵. Las consecuencias del silencio son inciertas; tampoco se sabe

49 Ibid., art. 236.

50 V., por ejemplo, Michael N. Schmitt, “Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict”, *Yale Journal of International Law*, vol. 22, n.º 1, 1997, pp. 47-49, donde se trata la posible protección que puede ofrecer la CONVEMAR en tiempos de conflicto armado. En “Peacetime Environmental Law as a Basis of State Responsibility for Environmental Damage Caused by War”, en J. E. Austin y C. E. Bruch, v. la nota 4 *supra*, p. 207, Silja Vöneky sostiene que, como la CONVEMAR establece un “régimen objetivo” y fue concebida para “servir a los intereses de la comunidad de Estados en su conjunto”, se aplica también en tiempos de conflicto armado.

51 *Manual de San Remo*, v. la nota 22 *supra*.

52 Ibid., art. 34. Si se colocan minas dentro de la zona económica exclusiva de un Estado neutral, el Estado beligerante debe notificar al Estado neutral y deberá tener “debidamente en cuenta [...] la protección y la preservación del medio marino” (ibid., art. 35).

53 Convención de París sobre la responsabilidad de terceras partes en el campo de la energía nuclear, 29 de julio de 1960, art. 9, enmendada el 28 de enero de 1964, 956, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 264.

54 Ibid., apéndice I, párr. 4.

55 Convenio sobre la diversidad biológica, 5 de junio de 1992, 1760, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 79; Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación, 17 de junio de 1994, 1954, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 3; Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, 23 de junio de 1979, 1651, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 333.

si varían según el tipo de convenio. Por ejemplo, en los comentarios al Convenio sobre la diversidad biológica se ha sugerido que éste se aplica a los Estados beligerantes, pues es análogo a los tratados de derechos humanos, que no dejan de tener vigencia automáticamente durante las hostilidades⁵⁶. La incertidumbre plantea interrogantes respecto de cómo deben proceder las partes. Por ejemplo, si los Estados beligerantes deben acordar qué lugares quedan fuera de los límites establecidos⁵⁷ o si los efectivos militares deberían conocer los principios de los AMMA y respetarlos en la medida de lo posible.

Derecho internacional consuetudinario del medio ambiente e instrumentos del derecho indicativo

Ciertos instrumentos del derecho indicativo se refieren explícitamente a los conflictos armados. Otros principios del DIMA y del derecho indicativo pueden aplicarse aunque no hacen mención directa de los conflictos armados. Los denominados “instrumentos del derecho indicativo” no son jurídicamente vinculantes, a menos que adquieran carácter de derecho internacional consuetudinario del medio ambiente. Un ejemplo lo constituye el debate sobre si el principio de precaución y el derecho a un medio ambiente saludable forman parte del derecho internacional consuetudinario del medio ambiente o aún están en desarrollo⁵⁸. Aun cuando un instrumento del derecho indicativo no se encuentre comprendido dentro del derecho internacional consuetudinario del medio ambiente, se puede recurrir a él para la interpretación y aplicación del derecho internacional.

La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano (Declaración de Estocolmo)⁵⁹ de 1972 establece un principio general que puede estar relacionado con la aplicabilidad del DIMA durante un conflicto armado. Según el principio 21, “los Estados tienen [...] la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”⁶⁰.

Veinte años después, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo (Declaración de Río) de 1992 determina en su principio 24: “La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario”⁶¹. Si bien queda claro que la intención es proteger el medio ambiente, el significado exacto del

56 S. Vöneky, v. la nota 50 *supra*.

57 V. la sección “Los elementos del medio ambiente como bienes de carácter civil” *supra*.

58 Una complicación que podría surgir del análisis de qué constituye el derecho internacional consuetudinario del medio ambiente es que ha habido pocas evaluaciones de Estados individuales para determinar la práctica estatal y la *opinio juris*; la mayoría de los comentarios está fundada en declaraciones internacionales y casos prácticos aislados.

59 Declaración de Estocolmo, 16 de junio de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1973).

60 *Ibid.*, principio 21, o principio de la Fundición de Trail, comentado más abajo.

61 Declaración de Río, 13 de junio de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26, vol. I, principio 24.

principio no es tan evidente; podría interpretarse que el DIMA se aplica en tiempo de conflicto armado o simplemente como una reiteración de la adhesión que se requiere de los Estados a las disposiciones del DIH⁶².

La Conferencia de Río emplea términos similares en el Programa de acción para el desarrollo sostenible (Agenda 21) en el artículo 39(6), donde se describen los medios de implementación. Según este artículo, deberían adoptarse “medidas acordes con el derecho internacional para hacer frente, en épocas de conflicto armado, a la destrucción en gran escala del medio ambiente que no pueda justificarse con arreglo al derecho internacional. La Asamblea General y su Sexta Comisión son los foros apropiados para tratar esta materia. Se deberían tener en cuenta la competencia y el papel concretos del Comité Internacional de la Cruz Roja”⁶³.

En un sentido más amplio, el principio 5 de la Carta Mundial de la Naturaleza determina que “se protegerá a la naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad”⁶⁴. La finalidad aparente de este principio es prohibir el daño al medio ambiente en tiempo de conflicto armado. Pero es probable que sea un postulado político más que la expresión de una norma jurídica. A la luz de las controversias acerca del carácter consuetudinario de las normas de protección del medio ambiente en situaciones de conflicto armado, una norma tan general no pasaría las pruebas de la práctica general y la *opinio iuris*.

La resolución 47/37 de la Asamblea General de la ONU, aprobada en 1993, insta a los Estados a adoptar medidas para cumplir con el DIMA durante los conflictos armados⁶⁵. Si bien promueve asimismo la incorporación del derecho internacional pertinente en los manuales de las fuerzas armadas, la verdadera implicancia de sus disposiciones no queda clara. La mención de disposiciones “aplicables a la protección del medio ambiente” podría referirse a normas relevantes del DIH o al DIMA. La resolución condujo a la elaboración de las directrices del CICR para la incorporación de cuestiones relativas a la protección medioambiental en los manuales de las fuerzas armadas, comentadas anteriormente⁶⁶.

Mientras que algunos principios hacen mención expresa de los conflictos armados, otros, como el de *Trail Smelter*, no los nombran. Aun así, pueden aplicarse en tiempo de conflicto armado. El principio de la Fundación de Trail (*Trail*

62 V., por ejemplo, M. N. Schmitt, nota 50 *supra*, pp. 43-44.

63 Agenda 21: Programa de acción para el desarrollo sostenible, Informes oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 46º período de sesiones, ítem 21, UN Doc. A/CONF.151/26, 14 de junio de 1992, art. 39(6).

64 Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de octubre de 1982, Carta Mundial de la Naturaleza, UN Doc. A/RES/37/7, principio 5.

65 Resolución 47/37 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 9 de febrero de 1993, *Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*, UN Doc. A/RES/47/37.

66 CICR, v. la nota 12 *supra* y el texto complementario. Según se cree, el primer manual militar con instrucciones para la protección del medio ambiente durante las hostilidades fue el manual de la armada estadounidense sobre la legislación relativa a operaciones navales. V. Armada de Estados Unidos, Infantería de Marina y Guardia Costera, *The Commander's Handbook of the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M [Ley de Operaciones Navales: Manual del Comandante, disponible en línea en [www.usnwc.edu/getattachment/f267a652.../NWP-1-14M-\(Spanish\)](http://www.usnwc.edu/getattachment/f267a652.../NWP-1-14M-(Spanish))], octubre de 1995; v. también Arthur H. Westing, “In Furtherance of Environmental Guidelines for Armed Forces During Peace and War”, en J. E. Austin y C. E. Bruch, v. la nota 4 *supra*, p. 177.

Smelter) surgió de una decisión arbitral para la resolución de una disputa entre Estados Unidos y Canadá, originada por la actividad desarrollada por una fundición canadiense cuyas emanaciones contaminaban el aire y causaban daños en los bosques y las plantaciones estadounidenses cercanos a la frontera⁶⁷. En la sentencia, el tribunal arbitral estableció que Canadá tenía la obligación de controlar que la fundición no generase emisiones nocivas y que debía asumir la responsabilidad por los daños causados por dichas emanaciones. La decisión se basó en la responsabilidad fundamental de utilizar el propio territorio de modo tal de no causar daños en el territorio de otro Estado. En la actualidad, este principio está aceptado como una norma del derecho internacional consuetudinario.

El principio de la Fundición de Trail puede proporcionar protección a territorios neutrales de Estados no beligerantes estableciendo la responsabilidad estatal por el daño medioambiental ocasionado fuera del territorio en el cual se llevan a cabo las actividades que causan ese daño. Algunos comentaristas sugieren que el principio podría no tener aplicación cuando los intereses de los Estados beligerantes tienen más peso que el daño sufrido por el Estado afectado⁶⁸. Cuando el origen del daño se sitúa en un territorio neutral, esta tesis se contradice con el principio general del derecho de neutralidad según el cual el territorio neutral es inviolable y el Estado neutral, por principio, no puede verse afectado por el conflicto armado. No existe fundamento en la práctica para la propuesta de excepción a esta norma del derecho internacional consuetudinario. La frecuencia con que se invoca el principio de la Fundición de Trail indica la rápida evolución del derecho de un Estado a la protección medioambiental como parte del derecho internacional consuetudinario del medio ambiente que también se aplica en situaciones de conflicto armado⁶⁹.

La conclusión surge, en particular, de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En el caso del Estrecho de Corfú, la CIJ trasladó el principio de la Fundición de Trail a las operaciones de las partes en un conflicto, aunque el caso no comprendía específicamente la contaminación transfronteriza⁷⁰. En este caso, la CIJ determinó que Albania era responsable por el daño ocasionado por las minas colocadas en aguas territoriales albanesas a los buques británicos que navegaban en ellas y observó que el derecho internacional obliga a los Estados “a no permitir el uso de su territorio a sabiendas de que será utilizado para fines contrarios a los derechos de otros Estados”⁷¹.

La CIJ también reconoce el principio de la Fundición de Trail en la Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares.

67 Caso *Trail Smelter (Estados Unidos c. Canadá)*, 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, Informes de laudos arbitrales internacionales de las Naciones Unidas, vol. III, p. 1905.

68 M. N. Schmitt, v. la nota 50 *supra*, pp. 46-47.

69 Sonja Ann Jozef Boelaert-Suominen, *International Environmental Law and Naval War: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions During International Armed Conflict*, Newport Paper n.º 15, Naval War College, Newport, diciembre de 2000; Margaret T. Okorodudu-Fubara, “Oil in the Persian Gulf War: Legal Appraisal of an Environmental Warfare”, *St. Mary's Law Journal*, vol. 23, 1991, pp. 204-206.

70 CIJ, *Caso Estrecho de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, Méritos, Fallo del 9 de abril de 1949, Informes de la CIJ, 1949, p. 4.

71 *Ibíd.*, párr. 22.

Si bien no son legalmente vinculantes, las opiniones consultivas de la CIJ proporcionan evidencia contundente del derecho internacional consuetudinario y de la aplicación y el cumplimiento del derecho internacional. En la Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, la Corte observa que la obligación de un Estado de “velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional forma parte del conjunto de instrumentos jurídicos del derecho internacional relativos a la protección del medio ambiente”⁷². La sentencia continúa instando a los Estados a tener en consideración el medio ambiente a la hora de tomar medidas necesarias y proporcionadas en relación con los objetivos militares⁷³. Como consecuencia de la decisión, los Estados parecen estar obligados, como mínimo, a cumplir con el principio de la Fundición de Trail; los límites externos de la protección obligatoria del medio ambiente, no obstante, son más inciertos.

El mismo concepto de protección de países vecinos se observa en la sentencia de la CIJ en el caso de las plantas de celulosa⁷⁴. En el caso de las plantas uruguayas, la Corte decidió que su construcción y funcionamiento requerían que el país realizara un estudio de impacto ambiental transfronterizo. Con ello, la Corte reconoce que un Estado debe tomar medidas concretas para prevenir el daño a sus vecinos, con lo que amplía el principio general de la decisión del caso de la Fundición de Trail.

Comentarios

Los AMMA, las normas del derecho consuetudinario relativo al medio ambiente y el derecho indicativo ofrecen numerosos ejemplos de reglas y fallos que establecen normas (incluidas aquellas sobre obligaciones y responsabilidades) relativas al daño al medio ambiente, y la mayoría de los comentaristas afirman que esas disposiciones continúan aplicándose en tiempo de conflicto armado. En la sección siguiente, se analizan las principales líneas teóricas sobre el tema.

Comentarios sobre la continuidad de aplicación de los AMMA en tiempo de conflicto

Existen distintas teorías acerca de si los AMMA se aplican en situaciones de conflicto armado y cuál es su alcance en esos casos. Entre ellas se encuentran la teoría de la clasificación, la teoría de la intención, el contexto y la naturaleza del AMMA en cuestión y un sistema de escala móvil.

La teoría de la clasificación asigna categorías a las leyes relativas al medio ambiente que determinan su aplicación en tiempo de conflicto armado. Por ejemplo, Vöneky ha observado que la metodología de categorización actual presupone que el

72 CIJ, *Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*, v. la nota 21 *supra*, párr. 29.

73 *Ibid.*, párr. 30.

74 CIJ, *Caso relativo a las plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Méritos, Fallo del 20 de abril de 2010.

DIMA se aplica tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado para tres categorías de tratados: instrumentos jurídicos que estipulan expresamente que continúan aplicándose, instrumentos jurídicos compatibles con el conflicto armado y obligaciones *ius cogens* o *erga omnes*⁷⁵.

Mediante la combinación de las teorías de la clasificación y de la intención —es decir, el enfoque según el cual es necesario mantenerse tan fiel como sea posible a la intención original de las partes en el momento de la creación del tratado— Boelaert-Suominen identifica instancias en las que un acuerdo internacional no se incluye claramente dentro de categorías predeterminadas⁷⁶. El sistema de clasificación ha sido criticado por ser demasiado simple para aplicarse a las complejas relaciones internacionales; en cambio, la teoría de la intención respeta en la medida de lo posible la intención original de las partes en el momento en que redactaron el tratado⁷⁷. Boelaert-Suominen concluye que, cuando un AMMA no encaja claramente en una categoría en particular, se debe analizar, para ese caso en particular, la intención de las partes para resolver la cuestión⁷⁸.

Un tercer grupo de teorías sostiene que la aplicación de los AMMA en tiempo de conflicto armado puede estar basada en el contexto y la naturaleza del acuerdo. Schmitt propone una teoría de la diferenciación, según la cual la continuidad de un tratado en tiempo de conflicto armado depende de la coherencia con el contexto del acuerdo. El autor sostiene que, en ausencia de mención explícita de cancelación o de incoherencia manifiesta, los AMMA continúan aplicándose durante los conflictos armados⁷⁹. Sharp publicó una teoría similar, de acuerdo con la cual un tratado que no contiene una cláusula de cancelación puede ser objeto de rechazo o anulación, según “la naturaleza del tratado”⁸⁰. El autor afirma que, si el tratado se refiere a relaciones “soberanas”, debería suspenderse o cancelarse en tiempo de conflicto armado. Por el contrario, un tratado que regula conductas no militares o interacciones estatales indirectas no debería ser automáticamente incompatible con un contexto de conflicto⁸¹.

Otro enfoque es el de la teoría de la escala móvil, que refleja un equilibrio entre la protección del medio ambiente y el éxito de las misiones militares⁸². La escala expresa una relación inversa entre el efecto del DIMA y el grado de las operaciones militares: cuando las operaciones son de baja intensidad (por ejemplo,

75 S. Vöneky, “A New Shield for the Environment: Peacetime Treaties as Legal Restraints of Wartime Damage”, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 9, n.º 1, 2000, pp. 20-22; S. Vöneky, v. la nota 50 *supra*.

76 S. A. J. Boelaert-Suominen, v. la nota 69 *supra*, pp. 124-226.

77 Acerca de la teoría de la intención, v. Luan Low y David Hodgkinson, “Compensation for Wartime Environmental Damage: Challenges to International Law After the Gulf War”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, n.º 2, 1995, p. 405, donde los autores estudian distintas variantes para determinar la intención; por ejemplo, la naturaleza del tratado, la compatibilidad del tratado con la guerra o la cantidad de partes firmantes del tratado.

78 S. A. J. Boelaert-Suominen, v. la nota 69 *supra*, p. 133.

79 M. N. Schmitt, v. la nota 50 *supra*, pp. 37-38.

80 Walter G. Sharp, Sr., “The Effective Deterrence of Environmental Damage During Armed Conflict: A Case Analysis of the Persian Gulf War”, *Military Law Review*, vol. 137, verano de 1992, p. 23.

81 *Ibid.*, pp. 23-25.

82 John P. Quinn, Richard T. Evans y Michael J. Boock, “United States Navy Development of Operational-Environmental Doctrine”, en J. E. Austin y C. E. Bruch, v. la nota 4 *supra*, pp. 161-165.

entrenamiento), las leyes relativas a la protección del medio ambiente están casi en plena vigencia, pero a medida que aumenta la intensidad de las operaciones, el efecto de las leyes disminuye. Lamentablemente, este enfoque no proporciona explicaciones ni criterios concretos respecto de qué normas rigen a las entidades militares durante los distintos tipos y fases de actividad militar.

Las líneas de argumentación mencionadas no se excluyen mutuamente. Muchas de las teorías están reflejadas en los proyectos de artículos de la CDI sobre las consecuencias de los conflictos armados en los tratados⁸³.

Comentarios sobre la continuidad de aplicación del derecho internacional consuetudinario del medio ambiente en tiempo de conflicto armado

Aunque tanto el derecho internacional consuetudinario del medio ambiente como los AMMA son vinculantes, puede haber diferencias de aplicación entre ellos en situaciones de conflicto armado. La distinción podría ser consecuencia, en parte, de la dificultad para determinar la pertenencia de una medida al derecho internacional consuetudinario y su alcance jurídico preciso. La mayoría de los expertos piensa que el derecho internacional consuetudinario del medio ambiente se aplica de manera similar a los AMMA en tiempo de conflicto armado. Parsons cita el Estatuto de la CIJ y señala que las normas medioambientales tienen similar pertinencia y aplicabilidad en tiempo de conflicto armado⁸⁴.

La argumentación se sostiene en parte en la denominada “cláusula de Martens”, que trata de la función de las normas, las costumbres y la práctica durante el período de desarrollo de la legislación acerca de la guerra⁸⁵. La cláusula aparece en disposiciones de diversos tratados, en particular en el Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra (versiones de 1899 y 1907) y en el Protocolo adicional I de 1977, que son similares en su contenido esencial. En esas disposiciones se hace mención a fuentes jurídicas distintas de los tratados en los que se incluye la cláusula. En el Protocolo de 1977, la formulación de la cláusula es la siguiente:

En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública⁸⁶.

83 CDI, v. la nota 36 *supra*.

84 Ryan James Parsons, “The Fight to Save the Planet: U.S. Armed Forces, ‘Greenkeeping’, and Enforcement of the Law Pertaining to Environmental Protection during Armed Conflict”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, n.º 2, 1998, p. 482.

85 Rupert Ticehurst, “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, n.º 317, 1997, p. 125.

86 Protocolo adicional I, art. 1(2); v. también los preámbulos del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional (Protocolo adicional II), 8 de junio de 1977 y de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 10 de octubre de 1980, así como las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativas a los mecanismos de denuncia, arts. 64/62/142/158.

En el estado actual de desarrollo de la comunidad internacional, es apropiado incluir la protección del medio ambiente dentro de las tres fuentes de protección enumeradas en la cláusula.

Algunos comentaristas advierten que ciertos principios internacionales relativos al medio ambiente ya forman parte del derecho internacional consuetudinario del medio ambiente o están a punto de ser incorporados. Entre esos principios se encuentran los instrumentos del derecho indicativo. En un artículo se menciona que “desde la adopción [de la Carta Mundial de la Naturaleza] por parte de un número importante de Estados, la Carta pasa, como mínimo, a formar parte del derecho internacional consuetudinario”⁸⁷. La pregunta acerca de si las resoluciones de las organizaciones internacionales pueden utilizarse como evidencia de derecho internacional consuetudinario y en qué medida es posible usarlas puede contestarse afirmativamente, aunque cada caso debe estudiarse en forma individual. El hecho de que una resolución haya sido adoptada con el consentimiento de las partes y sin objeciones es una circunstancia importante. En el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos de América), el fallo de la CIJ se fundamentó en parte en el consentimiento de las partes a una resolución de las Naciones Unidas. La Corte explicó que, en este caso puntual, la *opinio juris* —uno de los dos elementos del derecho internacional consuetudinario— “puede [...] ser deducida a partir de, *inter alia*, la actitud de las partes y la actitud de otros Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General”⁸⁸. El pronunciamiento de la Corte tiene relación con la pregunta acerca de si la denominada “Declaración de Relaciones de Amistad”⁸⁹ y la definición de agresión⁹⁰ adoptada por la Asamblea General forman parte del derecho internacional consuetudinario. Si las resoluciones de las Naciones Unidas ampliamente aceptadas constituyen evidencia de *opinio juris*, al menos algunos instrumentos del derecho indicativo comentados anteriormente estarían más cerca de integrarse al derecho internacional consuetudinario y de ser vinculantes para todos los Estados.

Temas pendientes

Los argumentos mencionados demuestran que existen varios enfoques para determinar cuándo y cómo se aplica el DIMA en tiempo de conflicto armado. De todos modos, la cuestión no está resuelta y es probable que no haya una única solución. No hay decisiones de la CIJ que clarifiquen el asunto, y los proyectos de

87 Marc A. Ross, “Environmental Warfare and the Persian Gulf War: Possible Remedies to Combat Intentional Destruction of the Environment”, *Dickinson Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 10, 1992, p. 534.

88 CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, Méritos, Fallo del 27 de junio de 1986, Informes de la CIJ, 1986, párr. 188. En este caso, la CIJ falló en contra de Estados Unidos por considerar que violaba el derecho internacional al apoyar a la guerrilla en la guerra contra el gobierno de Nicaragua y minar los puertos nicaragüenses.

89 Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Anexo a la Resolución 2625 de la Asamblea General (XXV), 24 de octubre de 1970.

90 Anexo a la Resolución 3314 de la Asamblea General (XXIX), 14 de diciembre de 1974.

artículos de la CDI dejan abiertos interrogantes, porque proporcionan una variedad de consideraciones para determinar la continuidad de la aplicación de los tratados en situaciones de conflicto armado. Entretanto, los AMMA se siguen elaborando, aplicando y haciendo cumplir, pero muchos de ellos tampoco son claros respecto de su aplicación en los conflictos armados. Una notable excepción son los artículos recientemente elaborados por la CDI en referencia a la protección de los acuíferos transfronterizos, que contienen una disposición específica sobre protección en tiempo de conflicto armado⁹¹. En los manuales militares de muchos países se han incorporado disposiciones medioambientales, pero esos textos tienden a centrarse en los requisitos establecidos en el DIH. Asimismo, sigue habiendo inconsistencias entre las interpretaciones concretas y la práctica. Es necesario continuar analizando y aclarando el tema para poder hacer efectivas las propuestas estudiadas. Por ejemplo, la aplicación de un sistema de escala móvil.

Varios temas generales del DIH y el DIMA tienen relación con las cuestiones analizadas en el presente artículo. En primer lugar, está la distinción entre conflicto armado internacional y conflicto armado sin carácter internacional. Parece al menos plausible que los tratados medioambientales suscritos por un Estado en cuyo territorio tiene lugar un conflicto sin carácter internacional no se vean afectados por la existencia del conflicto. Pero ¿qué ocurre si el tratado se aplica a partes del territorio que ya no están bajo el control del gobierno que es parte en el conflicto? ¿Hasta qué punto el incumplimiento del tratado admite justificación en un estado de necesidad?⁹² En segundo lugar, es necesario precisar la relación entre las normas relativas a la continuidad de aplicación de los tratados en tiempo de conflicto armado y las leyes de neutralidad. Si las relaciones entre un Estado beligerante y un Estado neutral en principio continúan rigiéndose sólo por el derecho imperante en tiempos de paz, ¿los deberes de abstención e imparcialidad, elementos esenciales del derecho de neutralidad, no modifican ciertas obligaciones derivadas de los tratados sobre medio ambiente, sean éstos multilaterales o bilaterales? En tercer lugar, ¿cuál es la relación entre los AMMA y el derecho consuetudinario del medio ambiente en tiempo de conflicto armado? En cuarto lugar, ¿cuál es la relación entre la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente según el derecho privado y la responsabilidad estatal por causar dichos daños? Los tratados ambientales modernos se apoyan en gran medida en el concepto de responsabilidad según el derecho privado de los actores privados implicados. ¿Es posible mantener esta solución en tiempo de conflicto armado? Por último, está la cuestión general de la relación entre distintos AMMA que se superponen en determinadas circunstancias. Sea cual fuere la respuesta a esta pregunta, ¿es la misma para épocas de paz que para tiempos de conflicto armado?

En el presente artículo, se ha abordado el tema de la vigencia del DIMA durante los conflictos armados. Las preguntas que quedan sin respuesta son *cuándo* y *cómo* podría aplicarse este cuerpo jurídico en circunstancias particulares. Por

91 Artículo 18 de los proyectos de artículos de la Ley de acuíferos transfronterizos, CDI, Informe de la CDI, 60ª sesión, 5 de mayo-6 de junio y 7 de julio-8 de agosto de 2008, GOAR A/63/10, cap. V, p. 19.

92 CDI, v. la nota 40 *supra*, art. 25.

ejemplo, si los acuerdos vinculados con zonas determinadas, como la Convención del patrimonio mundial y la Convención de Ramsar, se siguen aplicando, podrían proteger zonas específicas en la ausencia de necesidad militar. Aunque la protección que proporcionan puede ser limitada, su aplicación es relativamente clara. ¿Qué ocurre cuando se considera, en cambio, la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES) en el contexto de los recursos del conflicto?⁹³ Si el tratado siguiera aplicándose, ¿conduciría a los Estados que reciben esos bienes a iniciar acciones contra el país proveedor, si éste fuese parte de la CITES? ¿Con qué objeto? ¿Cómo podría variar el análisis si los rebeldes estuvieran implicados en el comercio de especies enumeradas en la CITES? Por otro lado, la consecuencia de los AMMA podría ser la creación de una base para proporcionar ayuda en ciertas circunstancias, o la generación de un marco de estándares y métodos; por ejemplo, para una evaluación o una reparación ambiental en situaciones de conflicto (la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas recurrió a los métodos de tiempos de paz para la evaluación de los daños a los recursos naturales). Éstos son sólo algunos de los interrogantes y escenarios que se plantean cuando se consideran los efectos prácticos y las implicancias del DIMA durante los conflictos armados.

Ninguno de estos interrogantes tiene respuestas claramente definidas, y para todos se deben considerar cuidadosamente numerosos factores de importancia.

Conclusiones

Los primeros intentos significativos de proteger el medio ambiente en tiempo de conflicto armado surgieron en la década de 1970, en respuesta a los hechos que tuvieron lugar durante la guerra de Vietnam. El interés resurgió en el ámbito internacional con los incendios y derrames de petróleo provocados durante la guerra del Golfo de 1990-1991. Aun así, el marco que se ha desarrollado durante las últimas cuatro décadas contiene numerosas lagunas y ambigüedades.

Aunque en el ámbito del DIH hubo una reacción inmediata al incremento de la conciencia ecológica de fines de la década de 1960, aún quedan tres lagunas o deficiencias fundamentales:

- la definición restrictiva y poco clara del daño al medio ambiente que se prohíbe en las disposiciones que explícitamente mencionan la protección del medio ambiente en situaciones de conflicto armado;
- la protección insatisfactoria de los elementos del medio ambiente como objetos civiles debido a la sencilla transformación de dichos elementos en objetivos militares; y
- las dudas acerca de la aplicación práctica del principio de proporcionalidad al daño ambiental, entendido como daño colateral originado por ataques contra objetivos militares.

93 CITES, 3 de marzo de 1973, 993, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 243.

En el presente artículo, se han sugerido algunas soluciones para las deficiencias aquí mencionadas. También se han explorado las oportunidades que podría ofrecer la continuidad de aplicación del derecho internacional del medio ambiente, creado esencialmente para situaciones de paz, en tiempo de conflicto armado. En este aspecto también hay grandes incertidumbres.

Es necesaria una mayor claridad respecto del alcance de la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado. Algunas cuestiones (como el modo de aplicación de distintas disposiciones del DIMA durante los conflictos armados) requieren una mayor investigación. Otras (por ejemplo, el umbral de daños “extensos, duraderos y graves” definido en los artículos 35 y 55 del Protocolo adicional I) precisan de la acción internacional. También se solicita a los Estados beligerantes que subsanen algunas de las deficiencias mediante la firma de acuerdos mutuos destinados a reparar situaciones específicas, y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede desempeñar un papel importante en ese sentido. Sin embargo, pese a las dudas y los retos presentados aquí, el derecho internacional mantiene viva la preocupación por las futuras generaciones —la esencia del derecho del medio ambiente— en tiempos de guerra.