

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AMBIENTAL POR CONFLICTO ARMADO¹

INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY FOR ARMED CONFLICT

Luciano Pezzano*

Resumen: El artículo estudia la responsabilidad internacional ambiental (del Estado y también de los individuos) en casos de conflicto armado. Analiza las principales normas relativas a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado (del derecho internacional del medio ambiente y del derecho internacional humanitario), los regímenes de responsabilidad internacional (tanto por hecho ilícito como por acto no prohibido, a los fines de determinar si es posible la aplicación de los mismos al objeto de estudio) y también las normas relativas a la responsabilidad penal individual. Asimismo, aborda el único caso claro de responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado que presenta la práctica internacional: el del Iraq luego de la Guerra del Golfo.

Abstract: The article studies the international environmental responsibility (of State and also of individuals) in cases of armed conflict. It analyzes the rules concerning the protection of the environment in armed conflict (in international environmental law and in international humanitarian law), the regimes of international responsibility (for wrongful acts and for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law) and also the rules on individual criminal responsibility. Also deals with the only clear case of environmental responsibility by armed conflict in international practice: Iraq after the Gulf War.

Palabras clave: responsabilidad ambiental – conflicto armado – protección del ambiente – derecho internacional humanitario – *ius cogens*

Keywords: international responsibility – armed conflict – environmental protection – international humanitarian law – *jus cogens*

I. Introducción

Dentro de los múltiples desafíos que plantea la responsabilidad ambiental, la determinación del contenido y alcance de la responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado presenta aspectos de interés y relevante actualidad.

Como expresa la Declaración de Río, la guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible², y sus efectos sobre el medio ambiente pueden ser catastróficos. El uso masivo de defoliantes –entre ellos, el tristemente famoso “Agente Naranja”– durante la guerra de Vietnam, el incendio de los pozos petroleros kuwaitíes en la Guerra del Golfo, o la contaminación del Danubio debida a la intervención de la OTAN en Yugoslavia en 1999 son solo algunos ejemplos que demuestran la necesidad de una respuesta adecuada de parte del ordenamiento jurídico internacional.

La Comisión de Derecho Internacional ha comprendido la relevancia de la cuestión al incluir en 2013 el tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” en su programa de trabajo y nombrar Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson³. La Relatora ha presentado dos informes hasta la fecha, en los que adelantó que desarrollará los aspectos relativos a la responsabilidad en el futuro.

El tema que tratamos se inscribe en la intersección de dos áreas del ordenamiento jurídico internacional: la responsabilidad internacional ambiental y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, los que a su vez abrevan en diferentes ramas del derecho de gentes:

¹ El presente texto obtuvo el "Primer Premio" en el Concurso de Monografías 2015 organizado por el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y el Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y las Filiales Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y del Instituto Argentino Chileno de Cultura.

* Abogado (UCES, 2007), Magister en Relaciones Internacionales (CEA –UNC, 2015), Doctorando en Derecho (UNC). Becario Interno Doctoral (CONICET).

² Principio 24, que analizaremos más adelante.

³ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre 67º período de sesiones*. Documento A/70/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2015, p. 115 y ss.

el derecho internacional del medio ambiente, el derecho internacional humanitario y las normas relativas a la responsabilidad internacional. Es por ello que, aunque las referencias a la protección del medio ambiente en caso de conflicto son obligadas, no analizamos aquí los medios más efectivos para asegurarla, ni los aspectos preventivos de la cuestión, sino la forma de atribuir responsabilidad internacional por el incumplimiento de tales obligaciones y la producción de un daño ambiental.

La problemática elegida exige una adecuada clarificación conceptual, comenzando por qué entendemos, a los efectos de este estudio, por “responsabilidad internacional ambiental”. Para ello, debemos tener en cuenta que no existe, en el derecho internacional actual, un régimen único de responsabilidad ambiental, sino que la misma podrá ser, según el caso, responsabilidad por hecho ilícito o responsabilidad por acto no prohibido. Estaremos dentro de la primera ante la violación de una obligación internacional (convencional o consuetudinaria) relativa a la protección del medio ambiente⁴ (responsabilidad por hecho ilícito), mientras que se tratará de la segunda cuando se produzca un daño al medio ambiente resultante de una actividad no prohibida por el derecho internacional (responsabilidad *sine delicto*). Respecto de esta última, y ante la ausencia de una definición unívoca de “daño ambiental”, Sands considera que debe ser considerado todo daño al medio ambiente, entendiendo que incluye: 1) la fauna, la flora, el suelo, el agua y los factores climáticos; 2) bienes materiales, que incluyen el patrimonio arqueológico y cultural; 3) el paisaje; y 4) la interrelación entre los factores mencionados⁵.

Ante dicha dualidad de regímenes de responsabilidad⁶, deberemos estudiar si ambos son aplicables a los casos de violaciones o daños derivados de conflictos armados. A los efectos de este estudio, entendemos por “conflicto armado” una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados⁷.

De esa forma, a los efectos de esta monografía, llamaremos “responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado” a la que se deriva tanto de la violación de obligaciones internacionales relativas a la protección del medio ambiente, como de los daños ocasionados al mismo, exista o no una violación de tales obligaciones, en el marco o como resultado de un conflicto armado.

Aunque nos centraremos principalmente en la atribución estatal, el derecho internacional contempla específicamente una responsabilidad penal individual para caso de ataques contra el medio ambiente en un conflicto armado, por lo que también será materia de estudio.

Así, en la presente monografía comenzaremos por el análisis de las principales normas relativas a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado, recurriendo para ello a las fuentes del derecho internacional del medio ambiente y a las del derecho internacional humanitario (o *ius in bello*, aplicable a los conflictos armados). Continuaremos con el estudio de los regímenes de responsabilidad internacional, tanto por hecho ilícito como por acto no prohibido, a los fines de determinar si es posible la aplicación de los mismos a nuestro objeto de estudio, y también incluiremos en el análisis las normas relativas a la responsabilidad penal individual. Luego,

⁴ Ello sin perjuicio de la posibilidad que parece surgir de la práctica internacional de responsabilizar a un Estado por daños ambientales que sean consecuencia de una violación grave de obligaciones dimanantes de una norma imperativa de derecho internacional que no sea relativa a la protección del medio ambiente, como veremos más adelante.

⁵ SANDS, Philippe: *Principles Of International Environmental Law*, Segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 869.

⁶ Servi también reconoce esta dualidad al plantear que “*existe responsabilidad ambiental internacional cuando el Estado viole una norma internacional que establece un determinado comportamiento -obligación, que puede ser omisión u acción- a cargo de ese Estado y éste no lo haya cumplido, lo cumpla indebidamente o aún lo cumpla debidamente, y en todos los casos produzca daño o contaminación transfronterizo*” (SERVI, Aldo: “Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional”, *Relaciones Internacionales* N°19 (2000), pp. 133-150, p. 138.

⁷ Nos apartamos de la definición propuesta por la Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI: *Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/685, Naciones Unidas, Nueva York, 2015, p. 80) al limitarla solo a los conflictos armados internacionales. Sin embargo, esta limitación se plantea solo a los efectos metodológicos y de exposición, por lo que no implica negar que existan obligaciones –y responsabilidad– relativas a la protección del medio ambiente en el caso de conflictos armados sin carácter internacional.

abordaremos el único caso claro de responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado que presenta la práctica internacional: el de Iraq luego de la Guerra del Golfo, para, finalmente, aportar nuestras conclusiones al respecto.

II. Las normas relativas a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado

Aunque, como señalamos, no es el principal objeto de este trabajo realizar un profundo estudio sobre la protección del medio ambiente en caso de conflicto, sino abordar la cuestión relativa a la responsabilidad internacional emergente de ello, se hace necesario un breve análisis de las principales normas en la materia, considerando que será su violación la que dará lugar a la aplicación de uno de los regímenes de responsabilidad. Para ello haremos una doble exploración: por un lado, en las fuentes del derecho internacional del medio ambiente y, por el otro, en las fuentes del derecho internacional humanitario.

1. Las normas del derecho internacional del medio ambiente

Surge, a modo de cuestión preliminar, el interrogante de si las normas del derecho internacional del medio ambiente rigen durante un conflicto armado.

Por lo que respecta al derecho convencional, la mayoría de los tratados internacionales del medio ambiente no contienen disposiciones expresas respecto de su aplicación en caso de conflicto armado⁸. Respecto de los mismos, debemos considerar que la Comisión de Derecho Internacional enunció el principio general en el Art. 3 de su Proyecto de Artículos sobre efectos de los conflictos armados en los tratados, que dispone: “*La existencia de un conflicto armado no da lugar ipso facto a la terminación de los tratados ni a la suspensión de su aplicación*”. Asimismo, incluyó como anexo, y de conformidad al Art. 7, una lista indicativa de tratados que, en razón de la materia, no se suspenden ni terminan con motivo de conflicto armado, entre los que se encuentran los tratados ambientales. En su comentario, la Comisión, recurriendo a las consideraciones de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares* –que citaremos más adelante⁹– sostuvo que las mismas “*sirven de apoyo general e indirecto a la presunción de que los tratados relativos al medio ambiente se aplican en caso de conflicto armado*”¹⁰, pese a que reconoció que de las opiniones expresadas por los Estados en dicho procedimiento, no surgió un acuerdo general sobre la materia específica.

Por lo tanto, participamos de la opinión de que, a falta de disposición en contrario, las normas de los tratados internacionales del medio ambiente continúan aplicándose en caso de conflicto armado¹¹.

En el ámbito del derecho consuetudinario, se ha planteado la plena vigencia de la obligación recogida en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano¹², y reiterada

⁸ Sobre los tratados que sí contienen disposiciones al respecto, v. SANDS, Philippe: op. cit., pp. 309-310; BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: *International Law and the Environment*, Tercera edición, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 207; BOTHE, Michael et al.: “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, *International Review of the Red Cross*, N°879 (septiembre de 2010), pp. 321-346, pp. 334-337; VÖNEKY, Silja: “Peacetime environmental law as a basis of state responsibility for environmental damage caused by war”, en AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): *The environmental consequences of war*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 190-225, pp. 198-200.

⁹ La Corte eludió tratar el tema directamente, pues sostuvo “*la cuestión no es si los tratados relativos a la protección del medio ambiente son o no aplicables durante un conflicto armado, sino si las obligaciones dimanantes de esos tratados fueron concebidas como obligaciones que imponen una abstención total durante el conflicto armado*” (CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 30).

¹⁰ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 63º período de sesiones*, Documento A/66/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, p. 227.

¹¹ CDI: *Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/674, Naciones Unidas, Nueva York, 2014, p. 2.

¹² “*De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional*” (NACIONES

en el Principio 2 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo¹³, y referida a “*velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional*”. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares*, ha dicho “*que el medio ambiente no es un concepto abstracto, sino que representa el espacio viviente, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, en particular, de las generaciones venideras. La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente*”¹⁴. El reconocimiento que efectúa la Corte de esta obligación parece señalar, en este contexto, que la misma tiene vigencia incluso en caso de conflicto armado.

La Corte también recurrió a su providencia relativa a la solicitud de examinar la situación de los ensayos nucleares, de conformidad con el párrafo 63 de su fallo de 20 de diciembre de 1974 (Nueva Zelanda contra Francia), en la que declaró que formulaba su conclusión “*sin perjuicio de las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente natural*”¹⁵, y sostuvo que “*aunque esa declaración se hizo en el marco de los ensayos nucleares, evidentemente se aplica también al empleo de armas nucleares en caso de conflicto armado*”¹⁶. La obligación de proteger el medio ambiente, entonces, rige también en caso de conflicto armado para la Corte.

Por su parte, el Principio 24 de la Declaración de Río dispone: “*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*”¹⁷. El texto es susceptible de más de una interpretación¹⁸; por un lado, podría pensarse que el derecho internacional del medio ambiente se aplica en tiempo de conflicto armado o, por el otro, simplemente como una reiteración de la adhesión que se requiere de los Estados a las disposiciones del derecho internacional humanitario¹⁹. La Corte Internacional de Justicia parece inclinarse por la primera interpretación cuando señala que su enfoque del respeto al medio ambiente en caso de conflicto “*encuentra sustento en el Principio 24*”²⁰.

Asimismo, en su resolución 47/37, la Asamblea General de las Naciones Unidas instó “*a los Estados a que adopten medidas para velar por el cumplimiento de las disposiciones del derecho internacional vigente aplicables a la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado*”. También en este caso, la mención a disposiciones “*aplicables a la protección del medio ambiente*”, podría tanto referirse a normas ambientales como humanitarias²¹. La Corte Internacional de Justicia se refirió a la resolución en su citada opinión consultiva, al sostener que la misma “*confirma la opinión general de que las consideraciones ambientales son uno de los elementos que*

UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Documento A/CONF.48/14/Rev.1, Nueva York, 1973, p. 5).

¹³ “*De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional*” (NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, Vol. I, Documento A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I), Nueva York, 1993, p. 2).

¹⁴ CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 29.

¹⁵ CIJ: *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), C.I. J. Recueil 1995*, p. 288, párr. 64.

¹⁶ CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 32.

¹⁷ NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, cit., p. 5.

¹⁸ SANDS, Philippe: op. cit., p. 309.

¹⁹ BOTHE, Michael et al.: op. cit., p. 338.

²⁰ CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 30.

²¹ BOTHE, Michael et al.: op. cit., p. 338.

se han de tener presentes para observar los principios del derecho aplicable a los conflictos armados”²². La interpretación de la Corte en este caso es interesante, puesto que, sin negar la aplicación de las normas ambientales a los conflictos armados, las indica como elementos a tener presente al observar las normas del derecho humanitario. El derecho internacional del medio ambiente, entonces, puede servir de medio de interpretación del derecho humanitario.

De lo expuesto surge que, no obstante la discutida naturaleza de muchas de las normas internacionales ambientales, el derecho consuetudinario parece reconocer al menos dos obligaciones –más allá de cuáles sean sus contornos precisos– que resultan aplicables incluso en caso de conflicto armado: una obligación genérica de respetar y proteger el medio ambiente; y una obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación y el daño ambiental transfronterizo que resulten de actividades dentro de su jurisdicción o control²³. Asimismo, las consideraciones ambientales –que, en nuestra opinión, se encuentran recogidas en los diversos instrumentos del derecho internacional del medio ambiente– pueden servir de interpretación al derecho aplicable a los conflictos armados, es decir, al derecho internacional humanitario. En este sentido, la Corte concluyó que el derecho internacional vigente en materia de protección y salvaguardia del medio ambiente “*señala importantes factores ambientales que se deben tener debidamente en cuenta para observar los principios y normas del derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado*”²⁴.

2. Las normas del derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario contiene algunas normas relativas a la protección del medio ambiente en casos de conflicto armado, pero a la vez, muchas de sus disposiciones pueden ser utilizadas con el mismo fin aunque no se trate de reglas específicas de la materia, según analizaremos a continuación.

a. Normas específicas relacionadas con el medio ambiente

En la década del '70, la campaña de utilización de sustancias químicas defoliantes –entre, ellas, el célebre “Agente Naranja”– por los Estados Unidos en Vietnam a los fines de impedir que la densa vegetación del país sirviera de refugio al Vietcong no solo produjo daños catastróficos en el ecosistema y consecuencias muy graves en la salud de la población vietnamita, sino también llevó a la acuñación del término “ecocidio”²⁵ por Arthur Galston –cuyos descubrimientos habían permitido el desarrollo del Agente Naranja y era un firme opositor a su uso–. Al mismo tiempo, la creciente preocupación por el entorno natural, que tuvo su pico máximo en la Conferencia de Estocolmo de 1972, movilizó a la comunidad internacional para estudiar qué medidas podían tomarse respecto de los efectos de los conflictos en el medio ambiente.

Así, en 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles”, cuyo Art. I dispone: “*Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte*”. De acuerdo al Art. II, “*A los efectos del artículo I, la expresión ‘técnicas de modificación ambiental’ comprende todas las técnicas que tienen por objeto alterar –mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales –la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre*”²⁶. En los trabajos preparatorios de la Convención, desarrollados por un Grupo de

²² CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 32.

²³ BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: op. cit., p. 137.

²⁴ CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 33.

²⁵ GAUGER, Anja et al.: *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, The Ecocide Project, 2013, disponible en: http://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf.

²⁶ Resolución 31/72 de la Asamblea General, Anexo. La Convención fue elaborada por un Grupo de Trabajo de la Conferencia de Desarme, y estuvo basada en dos proyectos idénticos presentados a la Conferencia por los Estados Unidos y la Unión Soviética.

Trabajo de la Conferencia de Desarme, se encuentran una serie de “Entendimientos”²⁷, algunos de los cuales pueden resultar interesantes a los efectos de nuestro análisis. Así, el Entendimiento acerca del Art. I establece: “*El Comité entiende que, a los efectos de la presente Convención, los términos “vastos”, “duraderos” y “graves” se interpretarán como a continuación se indica: a) “vastos”: que abarcan una región de varios centenares de kilómetros cuadrados; b) “duraderos”: que duran un período de meses o, aproximadamente, una estación del año; c) “graves”: que entrañan un grave o importante perjuicio o perturbación para la vida humana, los recursos naturales y económicos y otros aspectos del patrimonio*”²⁸. El Entendimiento acerca del Art. II contiene una lista indicativa de ejemplos de los fenómenos que podría causar la utilización de técnicas de modificación ambiental: “*terremotos; maremotos; perturbación del equilibrio ecológico de una región; modificación y de las pautas del clima (nubosidad, precipitaciones, ciclones de diversos tipos y tormentas huracanadas); modificación de las pautas del clima; modificación de las corrientes oceánicas; modificación del estado de la capa de ozono, y modificación del estado de la ionosfera. Se entiende asimismo que todos los fenómenos mencionados anteriormente, cuando se producen como resultado de la utilización de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u otros fines hostiles, ocasionarían, o sería razonable esperar que ocasionaran, daños, destrucción o perjuicios vastos, duraderos o graves. Por consiguiente, se prohibiría la utilización de las técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u otros fines hostiles que se definen en el artículo II, encaminadas a provocar esos fenómenos como medio de causar daños, destrucción o perjuicio a otro Estado Parte*”²⁹.

Sands considera que los términos del Art. II dejan abierta la cuestión de si el acto debe estar dirigido deliberadamente a manipular los procesos naturales, o si es suficiente con demostrar que los procesos naturales han sido manipulados como resultado de un acto que estuvo dirigido a manipular procesos no naturales, como pudo ser el caso de la destrucción de los pozos petroleros de Kuwait por parte del Iraq. Considera que el primer enfoque limitaría indudablemente el alcance de la Convención y su efectividad³⁰, opinión que es sostenida por Roberts al afirmar que la Convención cubre solamente el caso especial usos mayores de las fuerzas naturales como armas³¹ y no tendría relevancia en la mayoría de las instancias de daño al ambiente en la guerra³².

Un año después, en 1977, se aprobó el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, cuyo Art. 35.3 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*”.

Respecto de la finalidad de la norma, se ha sostenido que este “*es un asunto no solo de protección del medio ambiente natural contra el uso de armas o técnicas dirigidas deliberadamente en su contra, ni de la mera protección de la población y los combatientes de los países en guerra contra cualquiera de esos efectos, sino también de la protección del medio ambiente en sí mismo, teniendo en cuenta el efecto derrame inherente en estos incidentes y el resultante aspecto ‘transnacional’ de este problema*”³³. Con relación al significado de los términos “medio ambiente

²⁷ Cabe aclarar que no todos los Estados estuvieron de acuerdo con los entendimientos, y la Asamblea General no los incluyó en el texto ni en el anexo de su resolución 31/72.

²⁸ ASAMBLEA GENERAL: *Informe de la Conferencia del Comité de Desarme*, Vol. I, Documento A/31/27(Vol.I), Naciones Unidas, Nueva York, 1976, p. 96.

²⁹ *Ibidem*, p. 97.

³⁰ SANDS, Philippe: *op. cit.*, p. 314.

³¹ Idéntica es la posición de Schmitt (SCHMITT, Michael N.: “War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape”, en AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): *The environmental consequences of war*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 87-136, p. 93).

³² ROBERTS, Adam: “The law of war and environmental damage”, en AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): *The environmental consequences of war*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 47-86, p. 59.

³³ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1987, p. 410.

natural”, los mismos se refieren al sistema de interrelaciones inextricables entre los organismos vivos y su ambiente inanimado³⁴.

Por otra parte, el Art. 55, titulado “Protección del medio ambiente natural”, establece: “1. *En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.*

2. *Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias”.*

Mientras el Art. 35.3 enfoca el problema desde el punto de vista de los métodos de combate, esta norma se concentra en la supervivencia de la población, de modo tal que aunque ambas disposiciones se superponen parcialmente y su tenor es similar, no son idénticas. Aunque la norma comience diciendo “se velará”, lo que permitiría cierta laxitud, la segunda oración contiene una prohibición que la fortalece. Asimismo, el artículo menciona a la “población” sin el calificativo de “civil”; esta omisión es deliberada, en cuanto enfatiza el hecho de que el daño causado al medio ambiente puede continuar por un largo tiempo y afectar a la totalidad de la población sin distinción alguna³⁵.

Ambas disposiciones fueron negociadas y aprobadas con conocimiento de la Convención de 1976, por lo que las similitudes y diferencias entre los textos no son producto de la casualidad³⁶. Así, aunque el Protocolo recurra a la misma caracterización de los daños que la Convención, utiliza la conjunción “y” en lugar de “o”, por lo que las condiciones de “extensos, duraderos y graves” son acumulativas en el Protocolo y su significado varía según se los interprete en el contexto de uno u otro instrumento. Por ejemplo, señalamos que conforme al Entendimiento acerca del Art. I, el término “duradero” en la Convención se refiere a un número de meses, mientras que en el Protocolo, de acuerdo a los trabajos preparatorios, hace referencia a un tiempo que debe medirse en décadas³⁷.

De ello se puede colegir que los requisitos del Protocolo son más severos que los de la Convención, a punto tal de excluir el daño ambiental menos grave y de corto plazo³⁸. Este 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 alto³⁹. Sin embargo, el desarrollo ulterior del derecho internacional podría haber modificado esta interpretación, y en ello serán muy útiles las conclusiones a las que llegue la Comisión de Derecho Internacional en su estudio sobre el tema⁴⁰. En ese sentido, podemos citar a Drnas de Clément cuando sostiene, respecto del Art. 55, que “*no es correcto afirmar lisa y llanamente que, en el Protocolo, sólo se protege al ambiente contra “daños extensos, duraderos y graves” [...], ya que debe entenderse que el artículo en toda la extensión su texto, establece la regulación contemplando al medio ambiente como objetivo de la acción militar. Por ello, un daño limitado en su extensión, transitorio y leve “en la realización de la guerra”, usando medios lícitos de combate, es un efecto normal colateral, prácticamente inevitable, y razonablemente, no prohibido. Por ello, no creemos correcto considerar a estas determinaciones del enunciado como “umbral crítico de gravedad de daños al ambiente” ya, que simplemente, son indicativas de todo tipo de daños no connatural a los efectos sobre cualquier espacio en el que se desarrollan las hostilidades (limitado a un espacio reducido, pasajero, sin mayor importancia). El artículo (en la segunda parte del párrafo primero) bien dice que la protección del ambiente se*

³⁴ *Ibíd.*, p. 415

³⁵ *Ibíd.*, p. 663.

³⁶ BOTHE, Michael et al.: *op. cit.*, p. 325.

³⁷ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno: *op. cit.*, p. 417.

³⁸ ROBERTS, Adam: *op. cit.*, p. 62.

³⁹ BOTHE, Michael et al.: *op. cit.*, p. 328.

⁴⁰ Por ahora, aunque la Relatora Especial hizo referencias a las disposiciones del Protocolo Adicional I en su segundo informe, no las analizó en profundidad ni efectuó comentarios respecto del umbral de aplicación de las mismas (CDI: *Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. *cit.*, p. 41 y ss.).

extiende a la prohibición del empleo de métodos o medios de hacer la guerra concebidos para causar o de los que quepa prever causen daños extensos, duraderos o graves al medio ambiente natural. Consideramos que, de conformidad al texto del Art. 55 el daño al medio ambiente, efectuado adrede, con el ánimo de causar daño, es ilícito cualquiera sea la entidad del daño causado. Ello no sólo en base a la condena de los métodos y medios aptos para producir daños ambientales importantes sino por la condena de los ataques contra el medio natural (cualquiera sea su relevancia) en calidad de represalia. Efectuando una interpretación de minor ad maius, si no se puede repeler el daño ambiental con equivalente respuesta por el valor del objeto protegido, con menor razón se podrá considerar lícito agredir el mismo bien deliberadamente. Entendemos que el objeto de la proscripción es no sólo por el hecho de ser un objetivo no militar [...], sino por la condición misma del bien. Caso contrario nos hallaríamos frente a una formulación redundante no justificada”⁴¹. Compartimos el argumento de la autora citada, y volveremos sobre el mismo al momento de analizar el ataque directo al medio ambiente como crimen de guerra en el sentido del Art. 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

No obstante las discusiones, en su citada opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia observó que las disposiciones de los Arts. 35.3 y 55 del Protocolo “*imponen serias limitaciones a todos los Estados que han suscrito las mencionadas disposiciones*”⁴².

De acuerdo a Sands, dado el gran número de Partes en el Protocolo y las opiniones expresadas por los Estados, estas disposiciones reflejan en la actualidad una norma de derecho internacional consuetudinario⁴³.

El mismo Comité Internacional de la Cruz Roja ha incluido estas reglas dentro de su recopilación del derecho internacional consuetudinario, la que también incluye otras disposiciones. Así, la regla 44 dispone: “*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 posible. 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*”⁴⁴. De esta forma, amplía la protección al medio ambiente contemplada en el Art. 55 del Protocolo Adicional I con la incorporación del principio precautorio o principio de precaución⁴⁵, reconocido en el Principio 15 de la Declaración de Río⁴⁶.

Por su parte, la regla 45 establece: “*Queda prohibido el empleo de métodos o medios de combate concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos,*

⁴¹ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 265 a 296.

⁴² CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 31.

⁴³ SANDS, Philippe: op. cit., p. 314.

⁴⁴ Disponible en: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter14_rule44, traducción del autor.

⁴⁵ Sobre el principio, v. i. a., DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.): *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner Editora, Córdoba, 2008; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. IX (2006), pp. 245-265; CAMERON, James y ABOUCHAR, Juli: “The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 14, N°1 (1991), pp. 1-27; MCINTYRE, Owen y MOSEDALE, Thomas: “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 9 (1997), p. 221.

⁴⁶ “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*” (NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, cit., p. 4).

*duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma*⁴⁷. Como se advierte, la regla combina la disposición del Art. 35.3 del Protocolo Adicional I con la finalidad de la Convención de 1976.

b. Otras normas de aplicación

Además de la protección específica al medio ambiente que surge de las disposiciones citadas, otras normas del derecho internacional humanitario pueden resultar de aplicación a esta cuestión.

Así, los Convenios de Ginebra de 1949 contienen varias disposiciones que involucran la protección del ambiente. En particular, el Art. 53⁴⁸ del Convenio IV, relativo a la protección de civiles, establece: *“Está prohibido que la Potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas”*. Para Roberts, el término “bienes” (o “property” en la versión inglesa del Convenio), puede interpretarse que comprende bienes públicos (no necesariamente bajo una titularidad específica), tales como la tierra común, los bosques, la atmósfera, los recursos hídricos y los mares. Interpretándolo de esa manera amplia, la disposición citada puede constituir un fuerte argumento para afirmar la ilegalidad de la destrucción ambiental arbitraria en la guerra⁴⁹.

También encontramos varias normas de aplicación al medio ambiente en el Protocolo Adicional I. Así, el Art. 48⁵⁰, que contiene la norma fundamental de distinción entre bienes civiles y objetivos militares y la obligación de dirigir los ataques solo contra objetivos militares implica una prohibición de atacar el medio ambiente natural, en tanto este no es un objetivo militar legítimo. Los Arts. 52⁵¹ y 54⁵² que protegen los bienes de carácter civil y aquellos indispensables para la

⁴⁷ Disponible en: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter14_rule45, traducción del autor.

⁴⁸ SCHMITT, Michael N.: op. cit., p. 96

⁴⁹ ROBERTS, Adam: op. cit., p. 57.

⁵⁰ *“A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”*.

⁵¹ *“1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.*

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin”.

⁵² *“1. Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles.*

2. Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito.

3. Las prohibiciones establecidas en el párrafo 2 no se aplicarán a los bienes en él mencionados cuando una Parte adversa:

a) utilice tales bienes exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas; o

b) los utilice en apoyo directo de una acción militar, a condición, no obstante, de que en ningún caso se tomen contra tales bienes medidas cuyo resultado previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse.

4. Estos bienes no serán objeto de represalias.

5. Habida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, una Parte en conflicto podrá dejar de observar las prohibiciones señaladas en el párrafo 2 dentro de ese territorio que se encuentre bajo su control cuando lo exija una necesidad militar imperiosa”.

supervivencia de la población civil complementan esta disposición⁵³. Asimismo, el Art. 56, en cuanto dispone que *“Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil”*, también puede interpretarse en el sentido de proteger al medio ambiente⁵⁴, toda vez que la liberación de fuerzas peligrosas tendrá directas consecuencias en el entorno natural⁵⁵.

Asimismo, la “cláusula Martens”, que halla su formulación actual en el Art.1.2 del Protocolo Adicional I, que dispone: *“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 pública”*, resulta, por su carácter general, aplicable a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado⁵⁶.

Finalmente, en su recopilación del derecho consuetudinario, el Comité Internacional de la Cruz Roja incluyó la Regla 43, que dispone: *“Los principios generales sobre la conducta de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural”*⁵⁷. Roberts⁵⁸ considera que ello incluye: el principio de proporcionalidad, particularmente en su significado de proporcionalidad con relación a las acciones militares del enemigo o el valor militar anticipado de las acciones propias; el principio de distinción, relativo a la selección de métodos de combate, armamento y blancos; el principio de necesidad, en virtud del cual los beligerantes pueden usar solo el grado y tipo de fuerza que se requiere para la derrota del enemigo con una mínima pérdida de vidas, tiempo y recursos; y el principio de humanidad, que prohíbe infligir sufrimiento, daño o destrucción que no sean necesarios para lograr un objetivo militar legítimo⁵⁹. Cada uno de estos principios, sostiene Roberts, apunta a la conclusión de que las acciones que resulten en una destrucción ambiental masiva, especialmente cuando no sirven para un propósito militar claro e importante serían cuestionables, incluso en la ausencia de reglas específicas sobre protección del medio ambiente⁶⁰.

La Corte Internacional de Justicia reconoció la importancia de las consideraciones ambientales en la interpretación de estos principios cuando señaló, en su citada opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*: *“los Estados deben tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando determinan qué es necesario y proporcional para lograr objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que se han de sopesar para saber si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad”*⁶¹.

En definitiva, aunque de contenido y alcance discutido, con contornos no siempre bien definidos, el derecho internacional impone obligaciones a los Estados relativas a la protección del medio ambiente en conflictos armados.

III. Normas relativas a la responsabilidad internacional

Los regímenes jurídicos reseñados carecen en general de normas particulares relativas a la responsabilidad internacional⁶². Solo el Art. 91 del Protocolo Adicional I se refiere a la materia al establecer: *“La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente*

⁵³ SCHMITT, Michael N.: op. cit., pp. 97-98.

⁵⁴ ROBERTS, Adam: op. cit., p. 61.

⁵⁵ SCHMITT, Michael N.: op. cit., p. 99.

⁵⁶ SANDS, Philippe: op. cit., p. 311; SCHMITT, Michael N.: op. cit., p. 96.

⁵⁷ Disponible en: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter14_rule43, traducción del autor.

⁵⁸ ROBERTS, Adam: op. cit., p. 50.

⁵⁹ Sobre los principios, v. GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T.: *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*. Eudeba, Buenos Aires, 2014, p. 68 y ss.

⁶⁰ ROBERTS, Adam: op. cit., p. 51.

⁶¹ CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, párr. 30.

⁶² SANDS, Philippe: op. cit., p. 873; BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: op. cit., p. 225.

Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas". Sin embargo, ello no es más que la aplicación de los principios generales en la materia⁶³, según surge de los comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo⁶⁴.

Por lo tanto, se hace necesario, entonces, recurrir a las normas generales en materia de responsabilidad internacional. Como adelantamos en la introducción, las mismas distinguen, conforme al criterio de la Comisión de Derecho Internacional, la responsabilidad por hecho ilícito de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional, por lo que corresponderá el análisis de ambos regímenes a los fines de determinar su aplicación a la materia *sub examine*. Asimismo, también analizaremos las normas relativas a la responsabilidad individual en virtud del derecho penal internacional, que también contiene algunas disposiciones que hace a nuestro objeto de estudio.

1. Normas generales de responsabilidad por hecho ilícito

De conformidad al Art. 1 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁶⁵ (en adelante, "el Proyecto de 2001"), "*todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional*". Según el Art. 2 del mismo, "*hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado*". Por lo tanto, habrá responsabilidad internacional del Estado por cualquier violación a las obligaciones dimanantes de las normas citadas en la sección anterior atribuibles a un Estado, siempre y cuando estén vigentes para ese Estado (Art. 13 del Proyecto de 2001) y cualquiera sea su fuente (Art. 12 del Proyecto de 2001).

Ello significa que, por ejemplo, tanto una violación de las obligaciones que dimanen del Protocolo Adicional I (al que las partes "se comprometen a respetar y hacer respetar", en virtud del Art. 1.1) como de la Convención de 1976, así como de las normas de derecho consuetudinario aplicables, atribuible a un Estado, generará para el mismo responsabilidad internacional.

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito están previstas en la segunda parte del Proyecto de 2001: el Estado debe seguir cumpliendo la obligación violada (Art. 29); el Estado debe ponerle fin al hecho ilícito, si continúa, y, si las circunstancias lo exigen, debe ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición (Art. 30); y el Estado responsable debe reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho ilícito, que comprende todo daño, material como moral (Art. 31).

En el comentario al Art. 31 del Proyecto, acerca de la reparación, la Comisión hizo referencia expresa al daño ambiental al afirmar: "*En muchos casos, el daño que puede ser consecuencia de una infracción (por ejemplo, el daño a una industria pesquera por haberse efectuado la pesca en una estación en que estaba prohibida, el daño al medio ambiente por emisiones superiores al límite prescrito, el uso del agua de un río en cantidad superior a la permitida) puede ser distante, contingente o incierto*"⁶⁶. Sands⁶⁷ considera que la CIJ ha considerado la obligación de reparar en el contexto ambiental en el caso del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*⁶⁸.

Las formas de la reparación (Art. 34) pueden ser la restitución (Art. 35), la indemnización (Art. 36) y la satisfacción (Art. 37). La Comisión hizo otras referencias al daño ambiental en su

⁶³ GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T.: op. cit. p. 239.

⁶⁴ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno: op. cit., p. 1053 y ss.

⁶⁵ Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones, en 2001. La Asamblea General tomó nota del mismo en su resolución 56/83.

⁶⁶ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2007, p. 98.

⁶⁷ SANDS, Philippe: op. cit., p. 873.

⁶⁸ CIJ: *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment*, I. C. J. Reports 1997, p. 7, párr. 149 y ss.

comentario al Art. 36: *“En los casos en que se ha otorgado o pactado una indemnización a raíz de un hecho internacionalmente ilícito que causa o amenaza causar un daño al medio ambiente, los pagos han tenido como finalidad reembolsar al Estado lesionado los gastos razonablemente efectuados para prevenir o poner remedio a la contaminación, o indemnizarlo por la pérdida de valor de los bienes afectados por la contaminación. Sin embargo los daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento, etc., denominados a veces «valores no de uso») no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos”*⁶⁹.

En definitiva, todo Estado responsable de la violación de obligaciones relativas a la protección del medio ambiente en un conflicto armado estará obligado a reparar los daños causados por su hecho ilícito. Ya veremos que en el único caso que registra la práctica internacional, la reparación ha asumido la forma de indemnización, aunque como surge del Proyecto de 2001, no sea la única forma posible. No impide esta conclusión lo dispuesto por el Art. 91 del Protocolo Adicional I, ya que el mismo establece el deber de indemnizar *“si hubiere lugar a ello”*, lo que, de acuerdo a autorizada interpretación, implica el reconocimiento de la procedencia de la restitución en caso de ser posible⁷⁰.

Existen, no obstante, ciertas violaciones que por su gravedad, y por la relevancia de las normas primarias comprometidas, generan, además de las enunciadas, otras consecuencias jurídicas. El tema fue estudiado en profundidad por la Comisión de Derecho Internacional en el tratamiento de la responsabilidad de los Estados. Así, en 1976 la Comisión aprobó en primera lectura el Artículo 19 de su Proyecto, que establecía: *“2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.*

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

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

En su comentario al artículo, la Comisión sostuvo que las normas de derecho internacional general relativas a la protección del medio humano *“sólo pueden presentarse en gran medida, para la comunidad internacional en su conjunto, como normas «imperativas». Y parece no menos indiscutible que las obligaciones dimanantes de esas normas tienen por objeto la salvaguardia de intereses tan vitales para la comunidad internacional que una violación de tales obligaciones no puede por menos de ser considerada por todos los componentes de esa comunidad como un hecho internacionalmente ilícito particularmente grave, como un «crimen internacional»”*⁷¹. De tal manera, la Comisión incluyó dentro de la categoría de “crímenes internacionales”, a la “violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano”, incluyendo como ejemplo⁷² “la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”, aunque sin definir qué entendía por “contaminación” ni “masiva”.

Las consecuencias particulares del crimen internacional (es decir, por sobre las correspondientes a todos los hechos ilícitos) comprendían, además del levantamiento de ciertas restricciones en materia de reparación, a favor del Estado lesionado (Artículo 52 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura, en adelante, “el Proyecto de 1996”), la creación de determinadas obligaciones para todos los demás Estados: a) no reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen; b) no prestar ayuda ni asistencia al Estado autor del crimen para

⁶⁹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001* cit., p. 108.

⁷⁰ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno: op. cit., p. 1056.

⁷¹ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 108.

⁷² *Ibíd.*, p. 120.

mantener la situación creada por dicho crimen; c) cooperar con otros Estados en el cumplimiento de las mencionadas obligaciones; y d) cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen (Artículo 53 del Proyecto de 1996)⁷³.

La cuestión de la distinción entre crímenes y delitos internacionales, como se sabe, fue ampliamente discutida y controvertida en los ámbitos académicos y políticos, y aunque presente en el Proyecto de 1996, no fue contemplada en el Proyecto de 2001. Sin embargo, persiste en este último la noción de que existen ciertas obligaciones cuya naturaleza es de tal importancia para la comunidad internacional en su conjunto, que su violación genera consecuencias jurídicas diferenciadas, según se dispone en el Capítulo III de la Segunda Parte del proyecto. Así el Artículo 40 se refiere a la “*responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general*”, y en su párrafo 2, establece que “*la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable*”. Como señala la Comisión en su comentario al artículo, el mismo establece dos criterios para distinguir las “violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general” de otros tipos de violaciones: el primero es el carácter de la obligación violada, que debe emanar de una norma imperativa de derecho internacional general; el segundo, es el carácter grave de la violación. Las consecuencias jurídicas particulares previstas en el Capítulo III solo se aplican a las violaciones que cumplan ambos criterios⁷⁴.

A diferencia del Artículo 19 del Proyecto de 1996, la norma no aporta ejemplos de este tipo de violaciones. No obstante, la Comisión afirma en su comentario: “*Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanar de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales*”⁷⁵. Asimismo, recuerda en una nota al pie los cuatro ejemplos que había señalado en el Art. 19 del Proyecto de 1996, por lo que puede válidamente sostenerse que el previsto en el inc. d) del párrafo 3 de aquél sigue constituyendo un ejemplo de “violación grave”⁷⁶.

Respecto de la gravedad, dice la Comisión en su comentario: “*La palabra “grave” significa que se precisa una cierta magnitud de violación para no trivializarla*”⁷⁷. Como mencionamos, el párrafo 2 del Artículo 40 dispone que la violación es “grave” cuando implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación. La Comisión considera en su comentario que una violación es “sistemática” cuando se lleva a cabo de manera organizada y deliberada, mientras que el término “flagrante” se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos. Dichos términos no son mutuamente excluyentes, en el sentido de que las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes.

Las consecuencias jurídicas particulares para este tipo de violaciones están previstas en el Artículo 41 del proyecto, que dispone: “*1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.*

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”.

⁷³ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2002, p. 79.

⁷⁴ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001* cit., p. 120.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ En contra, Sands sostiene que la contaminación masiva y otras catástrofes ambientales no están referidas como ejemplos de violaciones graves en los artículos ni en los comentarios (SANDS, Philippe: op. cit., p. 895).

⁷⁷ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001* cit., p. 121.

Los párrafos 1 y 2 , así como la primera parte del párrafo 3, del Artículo 41 coinciden en general con lo que disponían los Artículos 52 y 53, incisos a) a c), del proyecto de 1996, que ya comentáramos.

De esa forma, ante la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano –que como tal surge de una norma de *ius cogens*–, que incluye, pero no se limita a la contaminación masiva⁷⁸ de la atmósfera o de los mares, en el marco o como resultado de un conflicto armado, se constituirá una “violación grave de una obligación contraída en virtud de normas imperativas de derecho internacional general” y dará lugar a las consecuencias jurídicas previstas en el Art. 41 del Proyecto de 2001. De hecho, pensamos que es más que probable que solo un acontecimiento de la magnitud y gravedad de un conflicto armado –máxime ante la disponibilidad de armas de destrucción masiva y ciertos tipos de armas convencionales susceptibles de ocasionar múltiples perjuicios– pueda generar un efecto como el previsto por la norma.

Sin embargo, consideramos junto Drnas de Clément que otra conducta también puede constituir una violación grave de este tipo. Se trata de un “*daño grave, sustancial al medio ambiente –efectuado adrede o en violación de los deberes de diligencia debida (prevención)–, no justificado por necesidades militares*”⁷⁹. La autora sostiene esta afirmación en base al origen, naturaleza y contenido de los crímenes de derecho internacional⁸⁰. En lo que hace al *origen*, recuerda que el reconocimiento de normas superiores de las comunidades humanas tienen antigua raigambre en la Historia. En relación a la *naturaleza* de la norma protectora del medio ambiente contra todo acto deliberado no justificado por necesidad militar ineludible, entiende constituye una norma consuetudinaria de carácter superior (aun cuando pueda estar contenida en normas convencionales), intransgredible, inderogable, perentoria, coactiva, de *jus cogens*. Y, por tratarse de norma de tal tipo, es contraída frente a la comunidad internacional en su conjunto (*erga omnes*), cabiendo, en caso de violación, sanciones internacionales de carácter particular a través del ejercicio de distintas formas de jurisdicción penal internacional. Finalmente, respecto del *contenido* observa percepciones constantes de elementos sustantivos que permiten afirmar que el daño sustancial al medio ambiente (con efectos mortales o graves para la salud humana), deliberado, producido en tiempos de conflicto armado, constituye crimen internacional.

Como tal, dicha violación dará lugar a responsabilidad internacional del Estado y, según veremos más adelante, también podrá generar responsabilidad penal individual.

2. *La responsabilidad por acto no prohibido*

¿Puede existir responsabilidad internacional por daño ambiental causado por un conflicto armado sin la violación de una obligación internacional? Esta pregunta se vincula con la denominada “responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional”, llamado

⁷⁸ Si el caso particular de violación de esta norma constituye una contaminación masiva, consideramos que no debe, además, exigirse un nuevo requisito de gravedad, toda vez que la magnitud ya estará contemplada en la norma primaria, en cuanto solo prohíbe la contaminación “masiva”. Es decir, si es “masiva” es una violación “grave”.

⁷⁹ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: ““El daño deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general” cit.

⁸⁰ La autora entiende por “crímenes de derecho internacional” los imputables al individuo, los que entiende, no obstante, paralelos a los “crímenes internacionales”, atribuibles al Estado, incluso en el estadio actual de desarrollo del tema relativo a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, ya que si bien el Proyecto de 2001 ha dejado de hablar de “crímenes internacionales” y el Estatuto de la Corte Penal Internacional no habla de crímenes de derecho internacional, esos documentos no han cesado de contemplar la doble sanción (al Estado y al individuo) por un mismo hecho, de conformidad al Art. 58 del Proyecto de 2001, que dispone: “*Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre del Estado*” y al Art. 25. 4 del Estatuto de Roma, que dispone: “*Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme el derecho internacional*”. La autora considera, en posición que compartimos, que solo los crímenes internacionales conllevan esta doble sanción, y solo son crímenes las violaciones a normas de *ius cogens*.

también “responsabilidad *sine delicto*”⁸¹, y que fue objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional durante muchos años a partir de 1978, bajo el título “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales por actos no prohibidos por el derecho internacional”. La característica fundamental de este tipo de responsabilidad será la ausencia de un hecho ilícito atribuible a un Estado y la producción de un daño, que dará fundamento a la responsabilidad⁸².

Se suele afirmar que el laudo arbitral⁸³ en el caso de *Trail Smelter*⁸⁴ es la contribución seminal en la materia⁸⁵, mas la práctica internacional posterior es escasa y la doctrina se encuentra altamente dividida sobre la cuestión⁸⁶.

La propia Comisión de Derecho Internacional resolvió dividir el tratamiento del tema en dos: la “Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas”, por un lado, y “Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, por el otro. La labor sobre ellos dio como resultado sendos proyectos de artículos aprobados en 2001 y 2006, respectivamente, aunque ninguno se refiera específicamente a la responsabilidad del Estado. Mientras el primero trata, como su nombre lo indica, sobre la

⁸¹ BARBOZA, Julio: *Uso de la fuerza. Responsabilidad internacional*. Zavalia, Buenos Aires, 2006, p. 159.

⁸² Como sostiene Barboza, “a diferencia de las obligaciones que emergen del hecho ilícito para el autor, impuestas en normas secundarias, la responsabilidad *sine delicto* se ubica en el terreno de las normas primarias. Es natural, ya que la responsabilidad surge sin violación de obligación y por lo tanto pertenece al trecho normativo anterior al incumplimiento. Por ende, la indemnización correspondiente al daño producido tendría el carácter, no de una sanción, sino de una prestación establecida por la norma primaria” (BARBOZA, Julio: op. cit., p. 163).

⁸³ *Trail smelter case (United States, Canada)*, Laudos de 16 abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, RIAA, Vol. III, pp. 1905-1982.

⁸⁴ El caso trató sobre una disputa entre Estados Unidos y Canadá, por los daños causados por la contaminación atmosférica ocasionada por emisiones de gases de dióxido de azufre provenientes de la *Consolidated Mining and Smelting Company* en Trail, British Columbia (Canadá), en perjuicio del Estado de Washington (Estados Unidos). El 15 de abril de 1935, los Estados Partes celebraron la *Convention for Settlement of Difficulties arising from operation of Smelter at Trail*. En el artículo 1 las Partes convinieron que Canadá debía pagar una indemnización a Estados Unidos respecto de los daños producidos con anterioridad al 1 de enero de 1932. No obstante, en el artículo 2 las Partes convinieron que debía conformarse un Tribunal Arbitral para resolver una serie de interrogantes que serían plasmados en el artículo 3, a saber: 1) ¿Ha causado la Fundición de Trail daño al estado de Washington con posterioridad al 1 de enero de 1932? En su caso ¿Qué indemnización le corresponde pagar por eso? 2) En el caso que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, ¿se le requerirá a la Fundición Trail que se abstenga de causar daño en el estado de Washington en el futuro?, y si es así, ¿en qué extensión se le requerirá? 3) A la luz de la respuesta a la pregunta anterior, ¿qué medidas o régimen, si hubiera alguno, debería ser adoptado o mantenido por la Fundición Trail? 4) ¿Qué indemnización o compensación, si hubiera alguna, debería pagarse teniendo en cuenta la decisión o decisiones adoptadas por el Tribunal en relación a las dos preguntas anteriores? Es de observar que la mencionada Convención también establecía en su artículo 4 que para resolver la disputa, el Tribunal de Arbitraje debía aplicar el derecho y jurisprudencia existentes en los Estados Unidos en relación a la temática de los interrogantes planteados, así como el derecho y la práctica internacional. El Tribunal Arbitral resolvió el primer interrogante pronunciándose sobre los siguientes puntos: causa del daño, grado del daño, zona de probable daño, existencia y alcance de los daños específicamente alegados por Estados Unidos y monto indemnizable y compensable por daños. Con relación a la causa del daño, el Tribunal explicó que los gases emergentes de las chimeneas del Trail Smelter penetraban en las corrientes superiores de aire y eran transportadas por las mismas de forma continuada a lo largo del valle, siempre que el viento prevaleciente a ese nivel fuese en la dirección de dichas corrientes. Respecto al segundo interrogante, el Tribunal resolvió que la Fundición Trail debía abstenerse de causar daño hasta el 1 de Octubre de 1940 hasta que hubiese una decisión final. En relación con el tercer interrogante, el Tribunal fijó un régimen temporario para el funcionamiento de la Fundición Trail, con el objeto de efectuar un control de la contaminación. No obstante, en la decisión final de fecha 11 de marzo de 1941, el Tribunal estableció un régimen más permanente, orientado a prevenir la emisión de dióxido de azufre en la atmósfera en cantidades, concentración, duración y frecuencia suficientes capaces de causar daño en el Estado de Washington. Por último, en su cuarto interrogante también resuelto en el laudo arbitral final, el Tribunal estableció que Canadá debía pagar una indemnización al Estado de Washington en el supuesto de que la Fundición Trail incumpliera el régimen previsto provocando daños, o mantenido el régimen, no obstante se produjeran daños (GARCÍA ELORRIO, Magdalena: “La privatización de las reclamaciones internacionales por daño transfronterizo ambiental: ¿incipiente tendencia en la contaminación del Rin?”, *RECORDIP* Vol. 2, N°2 (2012), nota 18).

⁸⁵ BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: op. cit., p. 216.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 217 y ss.

prevención de daños transfronterizos (en los que se incluye el daño al medio ambiente⁸⁷), el segundo se refiere a la asignación de la pérdida al generador del daño con el objeto de garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo y de “Preservar y proteger el medio ambiente en caso de que se produzca un daño transfronterizo, teniendo en cuenta especialmente la atenuación del daño causado al medio ambiente y la restauración o restablecimiento de éste” (Art. 3), señalando que el medio ambiente “comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje” (Art. 2, inc. b)⁸⁸. Dado que el generador del daño, que el proyecto llama “explotador” puede ser –y en general es– una persona privada, no se trata, como señalamos de un caso de responsabilidad estatal (arg. Art. 4). De esa manera, nos encontramos frente a una de las formas que ha adoptado una práctica que los autores denominan “desinternacionalizar”⁸⁹ o “privatizar”⁹⁰ los litigios sobre responsabilidad por daños ambientales.

En lo que concierne a nuestro objeto de estudio, parece dificultoso que estas normas –cualquiera sea su grado de desarrollo en el derecho internacional actual– resulten aplicables en caso de conflicto armado. Respecto del primero de los proyectos, la Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados sostiene, en su informe preliminar, que “Ni los artículos ni los comentarios correspondientes excluyen de manera expresa las situaciones de conflicto armado. [...] Sin embargo, no se puede inferir que los artículos tengan por objeto regular el comportamiento de los Estados en los conflictos armados, sino que parecen centrarse en la regulación en tiempo de paz”⁹¹. Respecto del segundo, la propia Comisión de Derecho Internacional, en el comentario al Art. 4, recuerda disposiciones similares que contienen excepciones a la responsabilidad del explotador, entre las que específicamente se mencionan los conflictos armados y las hostilidades⁹². Sin embargo, no queda claro por qué la Comisión no optó por incluir una disposición expresa en el articulado del proyecto.

Por lo tanto, ni de la práctica internacional ni de la labor de la Comisión de Derecho Internacional parece surgir una obligación general⁹³ de reparar los daños causados (en lo que a nosotros interesa, al medio ambiente) por actividades lícitas. ¿Significa ello que los daños que puedan causarse al medio ambiente (en lo que a este estudio respecta, con motivo de un conflicto armado), que no deriven de la comisión de hechos ilícitos no generan responsabilidad?

La opinión más generalizada es que los Estados serán responsables solo si el daño se causa por un incumplimiento de la diligencia debida, por violación al principio *sic utere tuo alterum non laedas*⁹⁴, o por algún otro incumplimiento de una obligación, como una violación de la prohibición del uso de la fuerza de la Carta de las Naciones Unidas⁹⁵. Sin perjuicio de las consideraciones que

⁸⁷ El Art. 2 dispone: “b) Se entiende por “daño” el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; c) Se entiende por “daño transfronterizo” el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes”. Al respecto, v. CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001* cit., p. 156 y ss.

⁸⁸ CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 58º período de sesiones*. Documento A/61/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, pp. 120 y ss.

⁸⁹ DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimosexta edición. Tecnos, Madrid, 2007, p. 773

⁹⁰ GARCÍA ELORRIO, Magdalena: op. cit.

⁹¹ CDI: *Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*, cit., pp. 32-33.

⁹² CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 58º período de sesiones*, cit., p. 182.

⁹³ Aunque ausente en el derecho internacional general, el derecho convencional reconoce algunas normas particulares respecto al tema, entre las que se destaca el Art. II del “Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales”, que dispone: “Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo”.

⁹⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel: op. cit., p. 768

⁹⁵ BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: op. cit., p. 217.

efectuaremos con posterioridad respecto de esta última cuestión, en todo caso, si estamos frente a una obligación y esta se incumple, se tratará entonces de un caso de responsabilidad internacional por hecho ilícito⁹⁶.

En definitiva, parece imponerse la respuesta negativa a nuestro interrogante, ya que resulta en extremo dificultoso encontrar, sea en el derecho internacional general, o en el derecho internacional del medio ambiente, una obligación de reparar el daño sin la comisión de un hecho ilícito⁹⁷.

3. Responsabilidad penal individual

Como adelantamos, el derecho internacional también establece una responsabilidad penal individual para ciertos casos de ataques dirigidos contra el medio ambiente.

La cuestión fue estudiada por la Comisión de Derecho Internacional durante su labor relativa al “Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”. Su Proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1991 contenía dos disposiciones relativas al medio ambiente. La primera era el Art. 22.2 d), que incluía entre los “crímenes de guerra excepcionalmente graves” a “*la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que sea dado prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural*”. En el comentario, la Comisión señaló que la norma está tomada textualmente del párrafo 3 del Art. 35 y el Art. 55 del Protocolo Adicional I⁹⁸. La segunda era el Art. 26, que disponía: “*El que intencionalmente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, u ordene que sean causados tales daños, será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]*”. En su comentario, la Comisión explicó que “*la protección del medio ambiente tenía tal importancia que determinados atentados de particular gravedad contra este interés fundamental de la humanidad debían caer también dentro del ámbito del código y que sus autores debían incurrir en responsabilidad penal internacional*”⁹⁹. También reconoció como fuente directa al Art.55.1 del Protocolo Adicional I, pero aclaró que “*a diferencia de esta disposición, la aplicación del artículo 26 no se limita a los conflictos armados*”¹⁰⁰. Es interesante, a los fines de nuestro estudio, conocer el sentido y alcance de los términos “daños extensos, duraderos y graves” y “medio ambiente natural”. Respecto de los primeros, la Comisión sostuvo que se refieren a “*la magnitud o intensidad de los daños, su persistencia en el tiempo y la extensión de la zona geográfica afectada por ellos*”¹⁰¹, mientras que el segundo debía entenderse “*en sentido amplio como medio del hombre, en el que éste se desenvuelve, y los espacios cuya preservación tiene una importancia fundamental para la protección de ese medio. Por tanto, esas palabras abarcan los mares, la atmósfera, el clima, los bosques y otras coberturas vegetales, la fauna, la flora y otros elementos biológicos*”¹⁰².

Sin embargo, solo la primera de estas disposiciones permaneció en el Proyecto aprobado en segunda lectura en 1996, y con una redacción diferente, según surge del Art. 20, inc. g), que incluyó entre los crímenes de guerra: “*En caso de conflicto armado, el uso de métodos o medios de hacer la guerra que no estén justificados por la necesidad militar, con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población, cuando sobrevengan tales daños*”. En su comentario, la Comisión insistió en que la fuente son los Arts. 35 y 55 del Protocolo Adicional I, pero a la vez reconoció

⁹⁶ BARBOZA, Julio: op. cit., p. 172.

⁹⁷ El *Institut de Droit International* aprobó en 1997 una resolución sobre responsabilidad por daño ambiental, que contempla la responsabilidad *sine delicto* en su Art. 1, párrafo 2, y en su Art. 4, pero en el Art. 22 considera como una de las excepciones a la responsabilidad, el caso de conflicto armado (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL: *Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage*, disponible en: http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_03_en.PDF).

⁹⁸ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1994, p. 114

⁹⁹ *Ibidem*, p. 115.

¹⁰⁰ *Ídem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 116.

¹⁰² *Ídem*.

acertadamente que las infracciones de esas disposiciones no están tipificadas como “violación grave” que comporta responsabilidad penal individual en virtud del Art. 85 del Protocolo¹⁰³. Además, en una característica que lo diferencia de la anterior tipificación, afirmó que la disposición “*exige que los actos tengan consecuencias más graves para la población a fin de constituir un crimen de guerra a tenor del código, es decir, consecuencias gravemente perjudiciales y no simplemente perjudiciales como se requiere en el caso de una violación del Protocolo adicional I*”¹⁰⁴. En nuestra opinión, el calificativo desnaturalizó el objetivo de protección del medio ambiente que constituía el bien jurídico tutelado por la norma penal, toda vez que lo desplazó hacia la salud y la supervivencia de la población, lo que pareciera negar el carácter de bien en sí mismo que el medio ambiente posee.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional incluyó en el Estatuto de Roma una disposición similar. Así, de acuerdo al Art. 8.2.b. iv) considera como un crimen de guerra “*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 prevea*” (negrita añadida). Por su parte, los Elementos de los Crímenes¹⁰⁵ incluyen los siguientes: “1. *Que el autor haya lanzado un ataque. 2. Que el ataque haya sido tal que causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista. 3. Que el autor haya sabido que el ataque causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él. 5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado*”.

Como señala Dörman¹⁰⁶, con relación al daño al medio ambiente, el Estatuto parece combinar los elementos de los Arts. 35.3 y 55 del Protocolo Adicional I (daños extensos, duraderos y graves) con el principio de proporcionalidad¹⁰⁷, aunque estas parecen ser dos reglas diferentes en virtud del derecho internacional actual: por un lado, la prohibición del empleo de métodos o medios de combate que causen o puedan causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural (como se reflejan en las mencionadas disposiciones del Protocolo Adicional I) y, por otro lado, la prohibición de emplear métodos o medios de combate que causen o puedan causar daño al medio ambiente en violación del principio de proporcionalidad. Así, es cuestionable si se ha creado un nuevo umbral para este crimen de guerra en el Estatuto¹⁰⁸.

A este respecto, y teniendo en cuenta que el Art. 26 del Proyecto de 1991 –probablemente la norma penal internacional más acabada en materia de protección medioambiental– no prosperó, nos preguntamos si dirigir un ataque directamente contra el medio ambiente natural constituye o no un

¹⁰³ CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996* cit., p. 61

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Aprobados por la Asamblea de Estados Partes de conformidad al Art. 9 del Estatuto de Roma.

¹⁰⁶ También Ambos considera que se han combinado las disposiciones (AMBOS, Kai: *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 55).

¹⁰⁷ Recogido en el Protocolo Adicional I, cuyo Art. 51.5 b) prohíbe “*los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista*” y su Art. 57.2.a) iii), obliga a las Partes a “*abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista*”.

¹⁰⁸ DÖRMANN, Knut: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 166-167.

crimen de competencia de la Corte Penal Internacional. Ante la ausencia por ahora de jurisprudencia al respecto, consideramos –no obstante la conveniencia que significaría contar con un tipo penal específico independiente– que la respuesta es afirmativa, al menos en cuanto a crímenes de guerra se trate, toda vez que un ataque de esas características, en el contexto de un conflicto armado, y que cause daños extensivos, duraderos y graves al medio ambiente constituirá el crimen previsto en el Art. 8.2.b. iv) del Estatuto de Roma si los mismos son excesivos con relación a la ventaja militar prevista. Es decir, aunque el crimen de guerra está pensado para configurarse por violación al principio de proporcionalidad ante los daños colaterales producidos (en nuestro caso, al medio ambiente natural) por un ataque contra un objetivo militar, *a fortiori* debe sostenerse que se configurará cuando el medio ambiente natural sea el objetivo directo y principal de dicho ataque. Ello confirma nuestra apreciación, que compartimos con Drnas de Clément¹⁰⁹ de que un ataque dirigido contra el medio ambiente en conflicto armado no justificado por la necesidad militar es una violación del *ius cogens* y, por lo tanto, un crimen internacional.

IV. La práctica internacional relevante: el caso del Iraq

La práctica internacional reconoce solo un caso claro de responsabilidad internacional ambiental derivada de un conflicto armado y, de hecho se trata, como lo señalan Birnie, Boyle y Redgewell¹¹⁰, del único precedente en que un Estado ha sido inequívocamente declarado responsable por daño ambiental: la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, adoptada luego de la Guerra del Golfo Pérsico de 1991.

Debemos recordar que, durante la retirada de Kuwait forzada por la Coalición internacional autorizada por el Consejo de Seguridad, las fuerzas iraquíes, luego de haber invadido y ocupado la totalidad del país por más de cuatro meses, incendiaron unos setecientos pozos petrolíferos como parte de una táctica de “tierra quemada”. Los incendios comenzaron en enero y febrero de 1991 y el último fue extinguido en noviembre de 1991, provocando la contaminación del aire y del suelo. Al mismo tiempo, y con el propósito de impedir un desembarco de la Coalición, las fuerzas iraquíes derramaron una cantidad estimada de entre dos y seis millones de barriles de petróleo en la costa de Kuwait del Golfo Pérsico, con el consiguiente impacto ambiental en el entorno del Golfo.

En el párrafo 16 de la resolución 687 (1991), el Consejo de Seguridad “*Reafirma que el Iraq, independientemente de sus deudas y obligaciones anteriores al 2 de agosto de 1990, que se considerarán por los conductos normales, es responsable ante los gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeros, con arreglo al derecho internacional, por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait*”.

En virtud de esta resolución y la 692 (1991), el Consejo de Seguridad creó, como uno de sus órganos subsidiarios, una Comisión de Indemnización con funciones de determinación de hechos, que consisten en examinar las reclamaciones respecto de los daños de los que es responsable el Iraq, verificar su validez, evaluar las pérdidas y los pagos y pronunciarse respecto de reclamaciones controvertidas¹¹¹. El órgano principal de la Comisión es un Consejo de Administración, que también tiene a su cargo la administración de un Fondo de Indemnización, también creado por el Consejo de Seguridad¹¹².

Analizaremos a continuación dos aspectos que resultan de interés para nuestro estudio: el origen de la responsabilidad del Iraq, y los daños ambientales por los que fue declarado responsable con el deber de indemnizarlos.

¹⁰⁹ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: op. cit.

¹¹⁰ BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: op. cit., p. 212.

¹¹¹ Sobre la labor de la Comisión, v. SANDS, Philippe: op. cit., pp. 890-894.

¹¹² Durante su labor, se presentaron cerca de 2,7 millones de reclamos, de los que aproximadamente 1,5 fueron concedidos por la Comisión, por un total de 52.000 millones de dólares en indemnizaciones, de los que ya 47.800 millones fueron pagados por la Comisión y el Fondo.

1. *El origen de la responsabilidad del Iraq*

El primer interrogante que surge a los efectos de nuestro análisis es cuál es el origen de la responsabilidad del Iraq. Al respecto, los informes de la Comisión de Indemnización¹¹³ siempre señalan que el derecho aplicable, conforme al Art. 31 de las normas de la propia Comisión relativas al procedimiento de tramitación de las reclamaciones¹¹⁴, es la resolución 687 (1991). Sin embargo, no parece que el origen de la responsabilidad sea la propia resolución¹¹⁵, toda vez que su propio texto “reafirma” dicha responsabilidad “con arreglo al derecho internacional”. Entonces, ¿qué normas del derecho internacional, que el Consejo de Seguridad se limitó a reafirmar, imponen al Iraq esa responsabilidad. Ni el Consejo ni la Comisión han especificado de qué normas se trata, limitándose la resolución a indicar que alcanza los daños y perjuicios directos resultantes “de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”. Ello parecería señalar que el origen de la responsabilidad del Iraq se encuentra en dicha invasión y posterior ocupación, que constituyen una violación de la prohibición del uso de la fuerza, y como tal, un hecho ilícito generador de responsabilidad.

Sands parece compartir nuestra apreciación al sostener que la resolución 687 (1991) determina inequívocamente que un Estado puede ser responsable por daño ambiental que resulte un uso ilícito de la fuerza¹¹⁶. En la misma línea, Birnie, Boyle y Redgewell afirman que la resolución significa que las violaciones de la Carta de las Naciones Unidas generan responsabilidad en virtud del derecho internacional, incluso por daño ambiental¹¹⁷. Roberts piensa que en el caso iraquí, el deber de reparar puede basarse más en la culpabilidad de un Estado por iniciar una guerra que en sus violaciones del *ius in bello*¹¹⁸, mientras que Schmitt señala que la base de la responsabilidad del Iraq fue la ocupación ilícita de Kuwait –una violación del *ius ad bellum*, específicamente, del Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas– y los daños resultantes, más que cualquier violación de una prescripción ambiental¹¹⁹.

Pero incluso creemos que es posible ir más allá y considerar, dada la magnitud y gravedad de los hechos, y por tratarse de una norma –la prohibición del uso de la fuerza– que tiene el carácter de *ius cogens*, que estamos frente a una violación grave de una obligación que emana de una norma imperativa, un “crimen internacional”, según la terminología de la época, y más específicamente, un acto de agresión.

Así, aunque el Consejo de Seguridad calificó la situación como un “quebrantamiento de la paz” en el sentido del Art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas en su resolución 660 (1990), condenó en la misma resolución la invasión de Kuwait de parte del Iraq, exigió el retiro de sus fuerzas y le impuso a este sanciones en virtud del Art. 41 de la Carta¹²⁰ y finalmente autorizó el uso de la fuerza con el objetivo de liberar a Kuwait¹²¹. De su conducta surge, a nuestro entender, que el

¹¹³ V, por ejemplo, *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda serie de reclamaciones “F4”*, documento S/AC.26/2002/26, p. 9; *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones “F4”*, documento S/AC.26/2003/31, p. 10; *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera parte de la cuarta serie de reclamaciones “F4”*, documento S/AC.26/2004/16, p. 12; *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda parte de la cuarta serie de reclamaciones “F4”*, documento S/AC.26/2004/17, p. 8; *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones “F4”*, documento S/AC.26/2005/10, p. 15.

¹¹⁴ El mismo dispone: “Los Comisionados aplicarán, para el examen de las reclamaciones, la resolución 687 (1991) y demás resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, los criterios publicados por el Consejo de Administración para determinadas categorías de reclamaciones y las decisiones pertinentes del Consejo de Administración. De ser necesario, los Comisionados aplicarán asimismo otras normas pertinentes de derecho internacional” (V. documento S/AC.26/1992/10).

¹¹⁵ Aunque podría serlo, ya que, habiendo sido aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, es obligatoria para los Estados de conformidad con el Art. 25 de la misma Carta.

¹¹⁶ SANDS, Philippe: op. cit., p. 878.

¹¹⁷ BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: op. cit., p. 205

¹¹⁸ ROBERTS, Adam: op. cit., p. 48.

¹¹⁹ SCHMITT, Michael N.: op. cit., p. 89

¹²⁰ A través de las resoluciones 661 (1990) y 670 (1990).

¹²¹ Mediante la resolución 678 (1990).

Consejo trató al Iraq como Estado agresor no obstante no lo haya expresado como tal¹²². A mayor abundamiento, cabe recordar que el Art. 3, inc. a) de la Definición de la Agresión, aprobada por resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, incluye, como primer ejemplo de acto de agresión a “*La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de*” la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él”. Dado que el Consejo de Seguridad declaró que existía una invasión y una ocupación ilícita de Kuwait de parte del Iraq, se puede considerar que implícitamente declaró la existencia de un acto de agresión.

Así, el Iraq fue declarado responsable por los daños directos ocasionados al medio ambiente “resultantes de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”, es decir, como consecuencias de su agresión (una violación grave de una obligación impuesta por una norma imperativa, es decir, la prohibición del uso de la fuerza) y no por la violación de normas relativas a la protección del medio ambiente, sean estas del *ius ad bello*, o del derecho internacional ambiental. Como sostiene Comellas, “*aunque la causa de la responsabilidad iraquí aparece fundada en el derecho internacional, el Consejo en realidad sólo retiene la violación del ius ad bellum al referirse a la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait. Es más, lo que este órgano tiene verdaderamente en cuenta son los daños y perjuicios ocasionados por dicha violación, y no la violación en sí misma. La formulación del citado párrafo 16 deja por tanto de lado la cuestión del respeto del ius in bello, pues Iraq debe responder en principio de todos los daños causados, independientemente de que fueran –o no– resultado de una violación del Derecho internacional de los conflictos armados: los únicos factores que deben determinarse en cada caso son el daño sufrido por el reclamante y la conexión causal entre el daño y la invasión y ocupación de Kuwait*”¹²³. La misma autora comparte nuestra opinión respecto de la responsabilidad del Iraq como agresor al concluir que el régimen de responsabilidad internacional aplicado por el Consejo de Seguridad “*está fundado en el principio de que el Estado agresor debe reparar los daños causados por la agresión, independientemente de la violación específica de cualquier otra norma del Derecho internacional*”¹²⁴.

De esa forma, creemos que el caso sirve de ejemplo de la responsabilidad internacional del agresor por los daños causados al medio ambiente como consecuencia de su crimen internacional, con independencia de la violación o no de las normas relativas a la protección ambiental. Por lo tanto, la responsabilidad ambiental en caso de conflicto armado puede derivar no solo de violaciones al derecho internacional del medio ambiente o al *ius in bello*, sino también de violaciones (graves, al menos) del *ius ad bellum*.

Nuestra interpretación parece confirmarse por lo resuelto por la Comisión de Reclamaciones Etiopía-Eritrea. La misma, si bien declaró que Eritrea había violado el Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas al atacar el territorio de Etiopía¹²⁵, aclaró que su decisión no implicaba reconocer que Eritrea había iniciado una guerra de agresión que generara una extensa responsabilidad financiera como reclamaba Etiopía¹²⁶. Así, y teniendo en cuenta que Etiopía invocaba el precedente de la resolución 687 (1991) y desarrollos ulteriores a su favor, la Comisión analizó las diferencias entre ambas situaciones y el accionar del Consejo de Seguridad en las mismas, para concluir: “*El Consejo de Seguridad –un órgano dotado de grandes poderes y responsabilidad por la Carta– hizo juicio relativos a la invasión y completa ocupación de Kuwait que no hizo en el caso del uso ilícito de la fuerza de Eritrea contra Etiopía. [...] La Comisión concluyó que tenía jurisdicción para decidir el reclamo de Etiopía de que Eritrea había violado el ius ad bellum. Tomó una decisión*

¹²² El Consejo de Seguridad condenó al Iraq en su resolución 665 (1990) por sus “actos de agresión” contra los locales diplomáticos en Kuwait y su personal, pero no se puede entender dicha expresión como un acto de determinación en virtud del Art. 39 de la Carta.

¹²³ COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa: *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 122.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 126.

¹²⁵ ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Partial Award, Jus Ad Bellum*, 19 de diciembre de 2005, p. 11.

¹²⁶ ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Decision N°7: Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, 27 de julio de 2007, párr. 5.

específica respecto de esa violación en el sentido de que la misma no implicaba que Eritrea hubiera iniciado una guerra de agresión, hubiera ocupado grandes partes de Etiopía, o se hubiera implicado de otra manera en la forma de manifiesta ilegalidad que el Consejo de Seguridad identificó en el caso de la invasión y ocupación de Kuwait”¹²⁷. Pese a ello, reconoció que Etiopía tenía derecho a reclamar por los daños derivados de la violación del *ius ad bellum* de parte de Eritrea, sujetos a la decisión final de la Comisión. Etiopía incluyó entre los daños reclamados el daño al medio ambiente y a los recursos naturales, que la Comisión rechazó por falta de pruebas y de determinación precisa de los mismos¹²⁸. Aunque la Comisión no lo indicó de forma explícita, si tenemos en cuenta que en el mismo laudo insistió en que la violación del *ius ad bellum* de Eritrea era diferente en magnitud a una guerra de agresión¹²⁹, resulta claro que la responsabilidad en este caso es mucho más limitada, y podría no alcanzar al daño ambiental.

2. Los daños ambientales resarcibles

La práctica de la Comisión es rica en materia de cuáles son los daños al medio ambiente de los que es responsable el Iraq y cómo deben ser reparados. Así, el párrafo 35 de la decisión 7 del Consejo de Administración dispuso que “los daños directos causados al medio ambiente y por la explotación abusiva de recursos naturales comprenderán todas las pérdidas o gastos sufridos como consecuencia de: a) La mitigación y prevención de los daños causados al medio ambiente, incluidos los gastos relacionados directamente con la extinción de los incendios petrolíferos y la detención del vertimiento de petróleo en aguas costeras e internacionales; b) Las medidas razonables ya adoptadas para limpiar y restaurar el medio ambiente o las medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente; c) La vigilancia y evaluación razonables de los daños causados al medio ambiente a los fines de evaluar y mitigar los daños y de restaurar el medio ambiente; d) La vigilancia razonable de la salud pública y la realización de exámenes médicos a los fines de investigar y combatir el aumento de los riesgos para la salud derivados de los daños causados al medio ambiente; y e) La explotación abusiva o los daños causados a los recursos naturales”¹³⁰.

En el transcurso de los procedimientos ante los Grupos de Comisionados, el Iraq efectuó diferentes planteos que resultan de interés para nuestro análisis.

Así, según el Iraq, la referencia en la resolución 687 (1991) al derecho internacional significa que el Grupo de Comisionados “debe observar las normas aplicables del derecho internacional para determinar si cualquier daño o pérdida ambiental supuestamente causado por la “invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq” da lugar a indemnización”¹³¹. El Iraq sostuvo que “los daños resultantes de la invasión y ocupación de Kuwait no son resarcibles salvo si alcanzan el “umbral” generalmente aceptado en derecho internacional para la indemnización en los casos de responsabilidad del Estado por daños ambientales transfronterizos. [...] el umbral aplicable es que el daño debe ser por lo menos “significativo” y no debe concederse ninguna indemnización por los daños que no llegan a ese umbral”¹³². Recordando las fuentes del derecho aplicable, el Grupo sostuvo que, además de la resolución 687 (1991) y demás resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, los criterios y decisiones pertinentes del Consejo de Administración de la Comisión, pueden aplicarse, de ser necesario, “otras normas pertinentes de derecho internacional”, pero a su juicio, “esto significa que la aplicación de “otras normas pertinentes de derecho internacional” es necesaria cuando las resoluciones del Consejo de Seguridad y las decisiones del Consejo de

¹²⁷ *Ibidem*, párr. 32.

¹²⁸ ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Final Award, Ethiopia’s Damages Claims*, 17 de agosto de 2009, párr. 425.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 312.

¹³⁰ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Criterios para categorías adicionales de reclamaciones. Decisión del Consejo de Administración*. Documento S/AC.26/1991/ 7/Rev.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1991, párr. 35.

¹³¹ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones “F4”*, Documento S/AC.26/2003/31, Naciones Unidas, Ginebra, 2003, párr. 33.

¹³² *Ídem*.

Administración no proporcionan orientación suficiente para el examen de una reclamación en particular”¹³³. Así, concluyó que las mismas sí proporcionaban orientación suficiente, y que las cuestiones fundamentales eran: “a) si los daños ambientales por los que se pide indemnización resultaron directamente de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq; b) si las medidas ya adoptadas por un reclamante para reparar los daños ambientales fueron “razonables”; y c) si las medidas que se propone adoptar un reclamante pueden considerarse “medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente”¹³⁴. Es interesante cómo el Grupo se negó a aplicar conceptos del derecho ambiental como el “daño significativo”, limitando su competencia a la resolución 687 (1991) y las decisiones del Consejo de Administración.

De todos modos, al examinar si las medidas de rehabilitación son razonables, el Grupo consideró que es apropiado tener en cuenta la magnitud de los daños causados. Pero que no es el único factor que debe considerarse: “Existen otros factores, como la ubicación y el carácter de los daños y sus efectos reales o posibles en el medio ambiente, que también puede ser pertinente examinar. Por ejemplo, cuando los daños que de otra manera podrían definirse como “insignificantes” se han producido en una zona de sensibilidad ecológica especial, o cuando los daños, sumados a otros factores, representan un peligro de perjuicios adicionales o más graves al medio ambiente, puede justificarse la adopción de medidas de rehabilitación para prevenir o reducir al mínimo los posibles daños adicionales”¹³⁵.

El Iraq también sostuvo que parte de los daños que se reclamaban derivaban de otros factores diferentes a la invasión y ocupación. El Grupo observó que “naturalmente, el Iraq no es responsable por los daños que no tengan relación con la invasión y ocupación de Kuwait ni por las pérdidas o gastos que no sean el resultado directo de la invasión y ocupación. Sin embargo, no podrá eximirse de responsabilidad al Iraq por las pérdidas o los daños que sean resultado directo de la invasión y ocupación sencillamente porque otros factores podrían haber contribuido a dichas pérdidas o daños. La determinación de si los daños o las pérdidas en relación con el medio ambiente por los que se pide indemnización fueron o no resultado directo de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq dependerá de las pruebas presentadas en relación con cada pérdida o daño en particular”¹³⁶. Al respecto, también agregó: “Cuando, sobre la base de las pruebas presentadas, el Grupo estima que los daños fueron el resultado de causas totalmente ajenas a la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq, no se recomienda ninguna indemnización por esos daños o pérdidas. Cuando las pruebas indican que los daños fueron un resultado directo de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq, pero que otros factores contribuyeron a los daños por los que se pide indemnización, se toma debidamente en cuenta en qué grado han contribuido esos otros factores para determinar la cuantía de la indemnización que es apropiada para la parte de los daños que puedan atribuirse directamente a la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq”¹³⁷. Los daños resarcibles, entonces, son aquellos que tengan relación y sean resultado directo de la invasión y la ocupación de Kuwait.

El Iraq también sostuvo que la no adopción por un reclamante de las medidas razonables y oportunas para mitigar los daños resultantes de la invasión y ocupación de Kuwait equivale a culpa concurrente y justifica el rechazo de la reclamación de indemnización o una reducción correspondiente de la indemnización que se otorga al reclamante. Al respecto, el Grupo sostuvo: “que cada reclamante tiene el deber de mitigar los daños ambientales en la medida que sea posible y razonable en vista de las circunstancias. En efecto, en opinión del Grupo, ese deber es una consecuencia necesaria de la preocupación común por la protección y conservación del medio

¹³³ *Ibíd.*, párr. 34.

¹³⁴ *Ibíd.*, párr. 35.

¹³⁵ *Ibíd.*, párr. 36.

¹³⁶ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda serie de reclamaciones “F4”*, Documento S/AC.26/2002/26, Naciones Unidas, Ginebra, 2002, párr. 25.

¹³⁷ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones “F4”*, Documento S/AC.26/2003/31, Naciones Unidas, Ginebra, 2003, párr. 39.

ambiente, y entraña obligaciones hacia la comunidad internacional y las generaciones futuras. El deber de mitigar los daños supone tanto la obligación positiva de adoptar las medidas apropiadas en respuesta a una situación que representa una clara amenaza de daño ambiental como el deber de velar por que cualquier medida que se adopte no agrave los daños ya causados o aumente el riesgo de daños futuros. Así pues, si un reclamante no adopta las medidas razonables frente a una situación que constituye una clara amenaza de daño ambiental, su omisión puede constituir incumplimiento del deber de atenuar los daños y podría constituir una razón que justifique el no otorgamiento en todo o en parte, de indemnización”¹³⁸. La opinión del Grupo es muy interesante, porque no obstante no aplicar otras normas de derecho internacional, reconoce la existencia de un deber de mitigar el daño ambiental, como una obligación positiva de los Estados fundada en la preocupación por la protección y conservación del medio ambiente.

El Grupo también se refirió a los objetivos de las medidas de rehabilitación: “restaurar el medio ambiente o recurso dañado para que vuelva a estar en las condiciones en que habría estado si no se hubiese producido la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq. La aplicación de este principio a una reclamación en particular exige que se tengan en cuenta distintas consideraciones, entre ellas, la ubicación del medio ambiente o recurso dañado y sus usos reales o posibles; el carácter y la magnitud de los daños; la posibilidad de daños futuros; la viabilidad de las medidas de rehabilitación propuestas, y la necesidad de evitar daños colaterales durante la aplicación de las medidas propuestas y posteriormente”¹³⁹.

Tal conclusión lleva al Grupo a sostener que “las medidas de rehabilitación de los recursos dañados deben centrarse en la reparación primaria, que se refiere al restablecimiento del funcionamiento ecológico. Por consiguiente, las medidas de reparación compensatoria sólo deberán considerarse cuando existan pruebas suficientes de que la reparación primaria no compensará plenamente ninguna de las pérdidas declaradas”¹⁴⁰. Es decir, que las indemnizaciones deben estar orientadas en primer lugar a la adopción de medidas para la rehabilitación del medio ambiente, y solo en caso en que no se pueda reparar de esta manera, procederá una indemnización compensatoria.

También es importante señalar que el Grupo consideró “que una pérdida debida al agotamiento o el perjuicio de recursos naturales, incluidos los que no tienen valor comercial, es, en principio, resarcible de conformidad con la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad y la decisión 7 del Consejo de Administración, siempre y cuando dicha pérdida fuera consecuencia directa de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq. De ello se desprende, pues, que la pérdida temporal del uso de tales recursos es resarcible si se demuestra que fue consecuencia directa de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq”¹⁴¹. El puro daño ecológico a los recursos, sin valor comercial, también es resarcible para la Comisión.

Aunque, como dijimos, este es por ahora el único precedente de responsabilidad ambiental por conflicto armado, no hay que perder de vista que la República Democrática del Congo ha solicitado a la Corte Internacional de Justicia la reapertura de los procedimientos en el caso de las *Actividades armadas en el Territorio del Congo*, a los fines de determinar el monto de la reparación debida por Uganda¹⁴², y considerando que en su fallo de 2005 la Corte determinó que Uganda era responsable, *inter alia*, de la violación del principio de la prohibición del uso de la fuerza, y de actos de pillaje y explotación de los recursos naturales del Congo¹⁴³, es probable que el daño

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 42

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 47.

¹⁴⁰ CONSEJO DE SEGURIDAD: *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones “F4”*, Documento S/AC.26/2005/10, Naciones Unidas, Ginebra, 2005, párr. 82.

¹⁴¹ *Ibidem*, párr. 57.

¹⁴² CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Providencia de 1 de julio de 2015.

¹⁴³ CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2005*, p. 168, párr. 345.

ambiental y a los recursos naturales forme parte de la demanda congoleña, por lo que la resolución definitiva de la Corte será muy interesante.

V. Consideraciones finales

El breve repaso de normas, jurisprudencia y doctrina que antecede nos permite afirmar que los Estados –y, en determinados casos, los individuos– pueden ser declarados responsables por violaciones de las obligaciones que les imponen las normas que protegen al medio ambiente en caso de conflicto armado, tanto las del derecho internacional humanitario, como las del derecho internacional ambiental. Consideramos que no impiden esta conclusión las dificultades que surgen acerca de los contornos precisos de dichas obligaciones, ni la carencia de práctica internacional al respecto. Ello solo ratifica la necesidad de seguir estudiando el tema, en el que los aportes del Comité Internacional de la Cruz Roja resultan de particular interés, y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional son de fundamental importancia.

Asimismo, la violación de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano en caso de conflicto armado, que incluye la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares y el ataque dirigido al medio ambiente como tal sin justificación en la ventaja militar constituye un “crimen internacional” o “violación grave de una obligación que impone una norma imperativa”, generando, además las consecuencias de todos los hechos ilícitos, las consecuencias particulares previstas para esta clase de actos.

Al mismo tiempo, el desarrollo actual del derecho internacional no parece imponer una obligación general de responder por los daños ambientales causados por un conflicto armado, sin que exista violación de obligaciones internacionales. No obstante, la práctica internacional sí revela la obligación de reparar el daño ambiental derivado de una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza, en lo que nosotros consideramos una consecuencia particular de la agresión, derivada de su gravedad.

En definitiva, existe una responsabilidad internacional ambiental en casos de conflicto armado. Su invocación y aplicación efectiva requiere, no obstante, un mayor desarrollo y estudio por parte de la comunidad internacional, si se reconoce que “*la defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad*”¹⁴⁴ y aún se pretende “*preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra*”¹⁴⁵.

VI. Bibliografía

Jurisprudencia y documentos de las Naciones Unidas

- ASAMBLEA GENERAL: *Informe de la Conferencia del Comité de Desarme*, Vol. I, Documento A/31/27(Vol.I), Naciones Unidas, Nueva York, 1976.
- CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 1977.
- CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1994
- CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2002.
- CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2007.
- CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre 67º período de sesiones*. Documento A/70/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2015.

¹⁴⁴ De la Declaración de Estocolmo (NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, cit., p. 1).

¹⁴⁵ Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo.

- CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 58º período de sesiones*. Documento A/61/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2006.
- CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 63º período de sesiones*, Documento A/66/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2011.
- CDI: *Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/674, Naciones Unidas, Nueva York, 2014.
- CDI: *Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/685, Naciones Unidas, Nueva York, 2015.
- CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226.
- CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Providencia de 1 de julio de 2015.
- CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168.
- CIJ: *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), C.I. J. Recueil 1995*, p. 288.
- CIJ: *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997*, p. 7.
- CONSEJO DE SEGURIDAD: *Criterios para categorías adicionales de reclamaciones. Decisión del Consejo de Administración*. Documento S/AC.26/1991/ 7/Rev.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1991.
- CONSEJO DE SEGURIDAD: *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones "F4"*, Documento S/AC.26/2003/31, Naciones Unidas, Ginebra, 2003.
- CONSEJO DE SEGURIDAD: *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda serie de reclamaciones "F4"*, Documento S/AC.26/2002/26, Naciones Unidas, Ginebra, 2002.
- CONSEJO DE SEGURIDAD: *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones "F4"*, Documento S/AC.26/2005/10, Naciones Unidas, Ginebra, 2005.
- ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Decision N°7: Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, 27 de julio de 2007.
- ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Final Award, Ethiopia's Damages Claims*, 17 de agosto de 2009.
- ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION: *Partial Award, Jus Ad Bellum*, 19 de diciembre de 2005.
- NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Documento A/CONF.48/14/Rev.1, Nueva York, 1973.
- NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Vol. I*, Documento A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I), Nueva York, 1993.
- *Trail smelter case (United States, Canada)*, Laudos de 16 abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, RIAA, Vol. III, pp. 1905-1982.

Doctrina

- AMBOS, Kai: *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BARBOZA, Julio: *Uso de la fuerza. Responsabilidad internacional*. Zavalía, Buenos Aires, 2006.

- BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan y REDGEWELL, Catherine: *International Law and the Environment*, Tercera edición, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- BOTHE, Michael et al.: “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, *International Review of the Red Cross*, N°879 (septiembre de 2010), pp. 321-346.
- CAMERON, James y ABOUCHAR, Juli: “The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 14, N°1 (1991), pp. 1-27.
- COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa: *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimosexta edición. Tecnos, Madrid, 2007.
- DÖRMANN, Knut: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.): *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner Editora, Córdoba, 2008.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 265-296.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. IX (2006), pp. 245-265.
- GARCÍA ELORRIO, Magdalena: “La privatización de las reclamaciones internacionales por daño transfronterizo ambiental: ¿incipiente tendencia en la contaminación del Rin?”, *RECORDIP* Vol. 2, N°2 (2012).
- GAUGER, Anja et al.: *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, The Ecocide Project, 2013, disponible en: http://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T.: *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*. Eudeba, Buenos Aires, 2014.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL: *Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage*, disponible en: http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_03_en.PDF.
- MCINTYRE, Owen y MOSEDALE, Thomas: “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 9 (1997), p. 221.
- ROBERTS, Adam: “The law of war and environmental damage”, en AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): *The environmental consequences of war*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1987.
- SANDS, Philippe: *Principles Of International Environmental Law*, Segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- SCHMITT, Michael N.: “War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape”, en AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): *The environmental consequences of war*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 87-136.
- SERVI, Aldo: “Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional”, *Relaciones Internacionales* N°19 (2000), pp. 133-150.
- VÖNEKY, Silja: “Peacetime environmental law as a basis of state responsibility for environmental damage caused by war”, en AUSTIN, Jay E. y BRUCH, Carl E. (Ed.): *The*

environmental consequences of war, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 190-225.