

Proteger el medio ambiente contra los daños: ¿una obligación ineficaz?

Karen Hulme

Karen Hulme es profesora en la Escuela de Derecho de la Universidad de Essex, Reino Unido.

Resumen

Poca es la atención que se presta a la obligación de protección establecida en el artículo 55(1) del Protocolo adicional I. Más allá del principio general de defender el valor del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, ¿cuál es el alcance y contenido de esta obligación? Si es ineficaz, ¿qué la hace así? Teniendo en cuenta que esta disposición de protección, al igual que otras normas sobre el medio ambiente, establece un elevado umbral de daño, ¿las prácticas estatales han eliminado este obstáculo? La norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario parece indicar que sí — ¿o no es así? En última instancia, ¿merece la pena respetar la obligación de protección?

Las preocupaciones relacionadas con el medio ambiente han aumentado enormemente durante los últimos cincuenta años, pero en particular en el último decenio, sin duda en respuesta a la constante atención que los medios de comunicación prestan al cambio climático¹. A consecuencia de ello, las cuestiones ambientales se han extendido desde el derecho puramente ambiental a la mayoría de las ramas del derecho. Los juristas que se desempeñan, por ejemplo, en las esferas de la ayuda y el desarrollo, los derechos humanos, el comercio internacional, el derecho de sociedades, la discriminación, el derecho de los refugiados, el derecho espacial

1 V. Panel Internacional sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2007: The Physical Science Basis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

y el derecho marítimo, ahora deben tener en cuenta el medio ambiente, tanto en lo que respecta a las repercusiones de esas actividades en el medio ambiente como, a la inversa, las repercusiones de la degradación ambiental en esas actividades (principalmente a resultas del cambio climático). La integración de las preocupaciones ambientales en casi todos los aspectos de la vida cotidiana es útil para educar a la población mundial sobre la fragilidad de nuestro entorno y la necesidad de protegerlo ejerciendo una gobernanza cuidadosa. Mientras tanto, hace ya treinta años que el derecho de los conflictos armados ha reconocido la necesidad de proteger el medio ambiente y hay algunos indicios de que las principales disposiciones de los tratados o, al menos, algunos de sus aspectos, han alcanzado una categoría equivalente a la del derecho consuetudinario².

Si bien es indudable que las dos disposiciones contenidas en el Protocolo adicional I³ (artículos 35(3) y 55) han llamado la atención sobre la noción de la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado, en el presente artículo se sugiere que el verdadero valor de la norma, oculto entre esas disposiciones, no es la prohibición de emplear medios y métodos que causen daños extensos, duraderos y graves, contenida en el artículo 35(3) del Protocolo I, sino la obligación impuesta a los Estados de “velar por la protección” del medio ambiente contra tales daños.

Relegada por décadas, la norma, o al menos el debate que la rodea, se ha visto revitalizada por los autores de *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario* (en adelante, Estudio sobre el derecho consuetudinario). El formato es diferente, pero la principal pregunta que se plantea al leer la frase inicial de la norma 44 del Estudio es si su sustancia conserva la misma obligación de “velar por la protección” que la contenida en el artículo 55(1) del Protocolo I, o si representa un nuevo punto de partida. Además, el análisis de la obligación de “velar por la protección” sugiere que podría ser útil para proteger el medio ambiente, en tiempo de guerra, de otras amenazas emergentes, como la contaminación causada por los ataques contra instalaciones químicas, farmacéuticas y petroleras, la destrucción y explotación de recursos relacionados con el conflicto y los efectos contaminantes de determinadas armas. ¿Esa obligación podría también ser útil para prevenir acciones militares que exacerben el inicio o los impactos del cambio climático?

Un medio ambiente atesorado

A menudo se plantea la pregunta de por qué el Protocolo I contiene dos disposiciones (los artículos 35(3) y 55(1)) que, a primera vista, parecen referirse al

2 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2007 (en adelante, Estudio sobre el derecho consuetudinario), comentario y pruebas en relación con las normas 43 a 45.

3 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), del 8 de junio de 1977 (en adelante, Protocolo I).

mismo tema⁴. La respuesta es generalmente que, si bien hay cierto nivel de duplicación entre los textos de los artículos 35(3) y 55(1), estas dos disposiciones difieren en cuanto a su énfasis⁵. El artículo 35(3) del Protocolo I se encuentra convenientemente situado junto a las disposiciones más fundamentales sobre los medios y métodos, y su ubicación es pertinente al límite absoluto que impone. Esta sección del Protocolo no está restringida por la referencia en el artículo 49(3) a las operaciones de guerra que tengan efectos en la tierra, por lo cual parece aplicarse a todo el medio ambiente del planeta, con inclusión del ambiente marino y las zonas situadas fuera de las jurisdicciones nacionales. La repetición del texto en la segunda frase del artículo 55(1) del Protocolo I, pero con la incorporación del requisito adicional relacionado con el riesgo a la población humana, nos recuerda el porqué de la prohibición. La prohibición reitera la referencia a los medios y métodos que causan esos daños, pero se sugiere que esa reiteración es sólo un ejemplo de la noción de protección enunciada en la frase inicial del artículo 55(1). Sin embargo, es en esta primera frase del artículo 55(1), tan frecuentemente omitida, que debemos centrar nuestra atención.

La frase inicial del artículo 55(1) del Protocolo I establece lo siguiente: “En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves”. Esta primera frase capta la razón de ser o lo que Dinstein describía como el “concepto subyacente” de la disposición⁶. Según Cohan, la “cláusula de protección” sugiere “una norma sobreviniente o un principio rector global que establece la obligación del debido cuidado en los despliegues militares. En otras palabras, parece exigir que los efectos o repercusiones de los despliegues permitidos... no terminen por aumentar o producir de otro modo los “efectos prohibidos”⁷. En palabras sencillas y claras, sugiere la necesidad de proteger el medio ambiente en tiempo de conflicto armado. Y, a diferencia de la segunda frase, la obligación de “velar por la protección” no se refiere a proteger el medio ambiente sólo cuando podría causarse daño a las personas⁸. Sin embargo, ¿es éste todo el significado de la primera frase del artículo? ¿Funciona únicamente como “concepto subyacente” y, en caso afirmativo, qué significa esto en la práctica?

Sin duda alguna, sin esta primera frase, la parte restante de la disposición, sumada a los artículos 35(3) y 36 del Protocolo I, sería suficiente para mantener la prohibición de los medios y métodos de guerra que causan daños ambientales

4 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmerman (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987, párrs. 1449–1452.

5 *Ibid.*, párr. 2133.

6 Yoram Dinstein, “Protection of the environment in international armed conflict”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, p. 531.

7 John A. Cohan, “Modes of warfare and evolving standards of environmental protection under the international law of war”, en *Florida Journal of International Law*, vol. 15, 2003, p. 504.

8 La noción de “antropocentrismo” suele suscitar gran confusión. Sin embargo, el *porqué* de la protección del medio ambiente (que podría describirse como antropocéntrico, puesto que esa protección responde, en última instancia, a los beneficios que un ambiente viable tiene para la humanidad) es diferente del *objeto protegido* (por ejemplo, prohibir el daño “puramente” medioambiental que no causa daños a las personas).

extensos, duraderos y graves. Esas otras disposiciones también serían capaces de indicar el reconocimiento de la necesidad de proteger el medio ambiente durante los conflictos armados y las razones de esa protección. Entonces ¿la primera frase es, sencillamente, superflua? Dice el Comentario del CICR: “En alguna medida, la fórmula [de la primera frase] parece reducir el efecto de la disposición porque permite cierto margen de discrecionalidad”⁹. Por ende, ¿la primera frase debilita la disposición en los hechos? Se argumenta que, por el contrario, la obligación de “velar por la protección” es uno de los puntos fuertes del Protocolo I para quienes están abocados a la protección del medio ambiente. La disposición reconoce el valor del medio ambiente para la humanidad y admite que su importancia es tal que puede limitar las acciones de las partes en los conflictos armados. Por lo tanto, la primera frase del artículo 55(1) es un recordatorio duradero del reconocimiento de que la humanidad debe seguir protegiendo el medio ambiente durante los conflictos armados.

Si bien ni esta disposición ni ninguna otra atribuyen explícitamente al medio ambiente una naturaleza civil, ésta es la opinión predominante en la comunidad internacional y constituye, sin duda alguna, la fuerza que sostiene la protección. El artículo 55 del Protocolo I está situado en la Parte IV, Sección I, Capítulo III, titulado “Bienes de carácter civil”, que se refiere a la protección general de los bienes de carácter civil y contiene asimismo otras disposiciones relacionadas con la protección de los bienes de carácter civil cuando son utilizados por los militares, en particular, el artículo 54, relativo a los “bienes indispensables para la supervivencia de la población civil” y el artículo 56, que rige la “protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”. Esto no quiere decir que el medio ambiente o uno de sus componentes particulares no puedan constituir objetivos militares legítimos, pero la opinión generalizada es que, a menos que el medio ambiente (o parte de él) satisfaga la definición prevista en el artículo 52(2) del Protocolo I, debe considerarse, *prima facie*, como bien de carácter civil. Ciertamente, el reconocimiento *prima facie* del medio ambiente como bien de carácter civil ha hecho más por su protección que cualquier norma ambiental específica del derecho internacional humanitario. Además, se postula que este reconocimiento se encuentra consagrado en la primera frase del artículo 55(1). Una vez que el reconocimiento de su estatuto civil da forma y contenido a la noción de “medio ambiente”, éste se transforma en una cosa o entidad real que debe salvarse del daño. Una vez que los ríos, lagos y árboles son considerados, *prima facie*, objetos de carácter civil, dejan de ser elementos intrascendentes del escenario en el cual se libra una batalla. Y, a lo largo de los años, a medida que hemos aprendido a reconocer el impacto humano en el medio ambiente, así como nuestra dependencia de él y de su viabilidad, pareciera que las leyes de la guerra —o al menos, la forma en que se las aplica— han cobrado, en forma generalizada y auténtica, un carácter más ecológico. Obviamente, a partir del reconocimiento de su estatuto civil, surge también la invalorable protección otorgada por los principios de distinción¹⁰ y proporcionalidad¹¹, así como la aplicabilidad de las disposiciones

9 Y. Sandoz *et al.*, nota 4 *supra*, párr. 2133.

10 V. Protocolo I, art. 48.

11 V. Protocolo I, art. 51(5)(b).

que rigen las precauciones necesarias en los ataques¹² y las precauciones contra los efectos de los ataques¹³.

Más allá de la protección basada en el carácter civil prevista en el artículo 55(1) del Protocolo I, ¿qué significa la obligación que exige a las partes velar por la protección del medio ambiente?

La noción de protección o cuidado

El término “cuidado” no es inusual en el derecho internacional humanitario; se utiliza con frecuencia en el sentido de prestar atención médica a los heridos y enfermos¹⁴ o de cuidar a los niños¹⁵. Por ejemplo, la obligación de proveer a los niños “los cuidados y la ayuda que necesiten”¹⁶ parece acercarse más a una función parental, de atención y basada en las necesidades. Sin embargo, al examinar la obligación de “velar por la protección” contenida en el artículo 55(1), el sentido de “atender” no es inmediatamente aparente. Por ejemplo, velar para prevenir que se produzca algún hecho o lesión representa un uso diferente de la noción de cuidado, y parece más emparentado con la obligación de asegurarse de emplear “precauciones” y prestar “atención” a la necesidad de evitar tales lesiones¹⁷. Por ejemplo, el Manual Militar de los Países Bajos de 1993 exige que se preste atención a la protección¹⁸ del medio ambiente contra daños extensos, duraderos y graves, y el Manual de Suecia, de 1991, establece que las partes tomarán precauciones para evitar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente¹⁹. Por ende, la noción de “velar por la protección” que figura en el artículo 55(1) implica enfocar la cuestión con precaución y atención; podría decirse, por ejemplo, que hay que cruzar la calle con cuidado, cruzar la calle con atención o precaución, o adoptar medidas para cruzar la calle con seguridad.

12 V. Protocolo I, art. 57.

13 V. Protocolo I, art. 58.

14 V., por ejemplo, el Convenio de Ginebra (CG I) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, del 12 de agosto de 1949, arts. 12 y 15; Convenio de Ginebra (CG III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, del 12 de agosto de 1949, art. 30; Convenio de Ginebra (CG IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, del 12 de agosto de 1949, arts. 18 y 50.

15 V., por ejemplo, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, del 18 de septiembre de 1997 (en adelante, la Convención contra las minas antipersonal), art. 6(3), y el Protocolo sobre Restos Explosivos de Guerra (Protocolo V de la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales, de las Naciones Unidas), del 28 de noviembre de 2003, art. 8(2), ambos relacionados con el cuidado y rehabilitación de las víctimas de minas, incluidas su reintegración social y económica; Convención sobre Municiones en Racimo, del 30 de mayo de 2008, art. 5(1), relacionada con los cuidados médicos.

16 V. Protocolo I, art. 77(1).

17 V. también Convención sobre las minas antipersonal, nota 15 *supra*, art. 8(2); y Convención sobre Municiones en Racimo de 2008, art. 8(2), en las que se estipula que las partes deben cuidarse de abusar del mecanismo de aclaración.

18 V. J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, vol. II, parte 1, capítulo 14, párr. 177.

19 *Ibid.*, p. 882, párr. 181.

Además, la obligación de “cuidado constante” establecida en el artículo 57 del Protocolo I, que rige las precauciones en el ataque, parece sugerir el deber constante o más exhaustivo de prestar atención o cuidado a una cuestión particular al tiempo de emprender, en este caso, operaciones militares: prestar atención o tener en cuenta constantemente. El Estudio sobre el derecho consuetudinario añade otros adjetivos, como “particular cuidado” y “especial cuidado”²⁰. Así pues, parecería que el término “cuidado” por sí solo (sin el adjetivo) denota un nivel de precaución algo menor. Consecuentemente, si el nivel de cuidado requerido varía en función de la importancia o el valor del objeto protegido, ¿cuánto cuidado hay que proporcionar al medio ambiente para cumplir la obligación establecida en el artículo 55(1) del Protocolo I, y cuál es el *contenido* de la obligación de “velar por la protección”?

“Velar por la protección”

La índole de la obligación de proteger

No importa cómo se analice el artículo 55(1) del Protocolo I, la conclusión casi inevitable es que se trata de una obligación de observar un comportamiento, no de obtener resultados. Esta conclusión se desprende de la ausencia de toda noción de “garantizar” la protección. Obviamente, el texto incluye la esencial palabra “shall” (N. del T.: en inglés, “deberá”), que determina que los Estados partes *deben* observar este comportamiento. La referencia al término “warfare”²¹ parecería relacionar la obligación con todas las partes que intervienen en las operaciones (tanto en las de ataque como en las de defensa). Por ende, la obligación consiste en “adoptar medidas”, tanto en el ataque como en la defensa, para proteger el medio ambiente. La obligación de adoptar medidas se conoce, en forma abreviada, como “obligación de diligencia debida”²². Al responder a la pregunta de qué medidas cabe adoptar para demostrar el cumplimiento de la diligencia debida, el derecho ambiental normalmente exige sólo medidas “razonables”²³ y nada indica que este enfoque no sea adecuado también para satisfacer la obligación de protección enunciada en el artículo 55(1). Por último, la inclusión de un umbral de daño sumamente elevado en esta norma indica que “deben adoptarse medidas razonables para prevenir daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente”.

20 V. *ibid.*, vol. I, normas 42, 81 y 84 sobre “particular care” y norma 38 sobre “special care” [N. del T.: en la versión española del estudio, ambas expresiones han sido traducidas como “especial cuidado”].

21 El significado de “warfare” (“hacer la guerra”) parece relacionarse con las hostilidades activas y, sin duda, con el uso de medios y métodos de guerra. Según el Comentario del CICR, su alcance parece ser más amplio que el del término “combate”. V. Y. Sandoz *et al.*, nota 4 *supra*, párr. 1401.

22 V. Karen Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 80–88; René Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Kluwer Law International, La Haya, 1996, pp. 61f.

23 R. Lefeber, nota 22 *supra*.

La noción de la “protección” del medio ambiente

En el derecho ambiental, la noción de la “protección” del medio ambiente tiende a ser un concepto de carácter general que abarca la amplia variedad de obligaciones que los Estados han de asumir en beneficio del medio ambiente, desde la simple “prevención” de los daños o la contaminación mediante la prohibición de determinadas actividades o la reducción de sus impactos, hasta la exigencia más gravosa de la “conservación” y del “uso prudente” de los recursos naturales (bióticos y abióticos). La mayoría de estos métodos de protección ambiental no son, en su esencia, incompatibles con las operaciones militares: por ejemplo, prohibir una sustancia o una actividad particular en forma absoluta o en determinado lugar, o reducir de otro modo el impacto ambiental (o humano) de las actividades. Sin embargo, las obligaciones más gravosas establecidas en los tratados sobre el medio ambiente sí podrían ser incompatibles con ese tipo de operaciones. Por ejemplo, no se puede esperar que los participantes en las hostilidades conciban proyectos de conservación para las especies en peligro, como establecer un programa de reproducción o inundar una zona deliberadamente a fin de crear un área pantanosa rica en biodiversidad y gestionarla en forma sostenible. Sin embargo, cabe exigir determinado nivel de protección en tiempo de guerra para ese tipo de actividades ya establecidas, basado principalmente en la prevención o minimización del impacto del conflicto en sus cercanías. De hecho, el derecho internacional humanitario ya incluye el reconocimiento de esos métodos de protección. Por ejemplo, los Estados podrían utilizar la noción de las zonas desmilitarizadas²⁴, las cuales, si bien se establecen para proteger a la población civil²⁵, podrían aprovecharse para proteger el medio ambiente, siempre que se cumplan los requisitos contenidos en la norma. Michael Bothe aplica una metodología similar al sugerir la creación de una nueva norma destinada a proteger ciertos espacios ambientales²⁶. En la actualidad, a condición de que esos espacios no se conviertan en objetivos militares (legítimos), su protección depende mayormente de la rigurosa aplicación de la regla de la proporcionalidad y, posiblemente, de la obligación de “protección”, que también funcionaría como un freno a los medios y métodos de ataque usados contra objetivos que se encuentran en las intermediaciones. Así pues, aunque los métodos en sí no infrinjan el derecho internacional humanitario, el verdadero problema a menudo reside en el nivel de protección que se concede al medio ambiente durante los conflictos armados.

Así pues, la obligación de “velar por la protección” contenida en el artículo 55(1) parecería indicar que los Estados partes deben adoptar medidas —de índole positiva— para “custodiar”, “defender” y “mantener a salvo” el medio ambiente contra posibles daños. Si bien la custodia o el ordenamiento proporcionarían el nivel

24 V. Protocolo I, art. 60.

25 Y. Sandoz *et al.*, nota 4 *supra*, párrs. 2303 y 2312.

26 Michael Bothe, “War and Environment”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Elsevier, Amsterdam, 2000, p. 1344. Obsérvese que se rechazó la inclusión en el Protocolo I del proyecto del artículo 48 ter, relativo a la protección de las “reservas naturales”. V. Y. Sandoz *et al.*, nota 4 *supra*, párrs. 2138-9 y propuesta de enmienda CDDH/III/276.

más elevado de protección ambiental, en la práctica esa protección se traduciría principalmente en reducir al mínimo los impactos colaterales y proteger contra los colaterales y proteger contra los daños más graves. En la práctica, es obvio que será más fácil y rápido dañar las zonas o componentes ambientales más importantes, como las áreas ricas en biodiversidad y ambientes frágiles. Por lo tanto, teóricamente, con respecto a esos componentes ambientales frágiles o importantes, el nivel de “cuidado” (a los efectos del cumplimiento de la obligación de “velar por la protección”) exigirá mayores precauciones.

Aplicaciones prácticas de la “protección” ambiental

En términos más generales, la obligación de protección podría entonces incluir una amplia variedad de acciones, entre otras las siguientes: (a) realizar una rigurosa evaluación ambiental, que abarque una investigación exhaustiva de datos de inteligencia, así como la evaluación de los potenciales daños que podría causar al medio ambiente un determinado escenario de ataque, con inclusión de una evaluación completa de los efectos ambientales (en particular, los efectos sinérgicos) de las armas propuestas y de los riesgos que éstas representan para tipos particulares de ambientes²⁷; (b) la modificación de un escenario de ataque a fin de evitar posibles daños al medio ambiente; y (c) la cancelación de un ataque previsto debido a los potenciales daños al medio ambiente. Todos esos escenarios parecerían ajustarse a la definición de “velar por la protección del medio ambiente natural contra los daños”. Indudablemente, la definición abarca también las medidas más básicas.

Retomando la pregunta de cuánta protección se necesita para cumplir con la obligación, ¿qué es lo mínimo que los Estados deben hacer? Sin duda, una aplicación de buena fe de la obligación implicaría mucho más que un enfoque simple basado en tildar casilleros. Exigiría la realización de una evaluación ambiental en toda regla para analizar los daños potenciales. Si se determina que una acción puede dañar el medio ambiente, la obligación de “tomar medidas para proteger el medio ambiente” contra ese daño seguramente exigiría al Estado parte no sólo “considerar” el modo de prevenirlo sino también adoptar, si procede, medidas positivas para evitar o reducir los daños (realizando las acciones indicadas en los apartados (a), (b) y (c) enumerados en el párrafo anterior). Esto podría hacerse, por ejemplo, si la parte atacante toma medidas para minimizar las armas necesarias para el ataque, emplear armas o tácticas diferentes de las planificadas, cambiar el objetivo que va a atacar²⁸, cambiar el momento del ataque y, por supuesto, en última instancia, cancelar el ataque. Según el nivel de ventaja militar que se obtendría, la sugerencia mencionada en último lugar podría no ser tan extrema en las circunstancias del caso. La parte que se defiende también tiene la obligación de “velar por la protección” durante las

27 Con respecto a la obligación de los Estados de tener en cuenta el medio ambiente en la evaluación del armamento, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos: medidas para aplicar el artículo 36 del Protocolo adicional de 1977*, publicación del CICR, Ginebra, 2006 .

28 Esta obligación también se reconoce, en parte, en el Protocolo I, art. 57(3).

operaciones militares; esta obligación consiste en reducir los riesgos a su medio ambiente, en particular los ambientes excepcionales, en peligro de extinción, con gran biodiversidad y frágiles. Esta obligación podría incluir la retirada de objetivos militares de las proximidades de sus parques nacionales o zonas ambientales de similar importancia, como así también el cierre de instalaciones químicas particularmente peligrosas o sensibles²⁹. Por ejemplo, durante el conflicto en Kosovo, los operadores de algunos establecimientos intentaron retirar o poner en condiciones seguras determinados productos químicos que se hallaban en el lugar, a fin de minimizar los daños en caso de ataque³⁰. Es evidente que la aplicación estricta de los principios de necesidad y proporcionalidad también podría reducir el número y los tipos de plantas químicas atacadas.

El umbral de la protección

La aplicación de la obligación de “velar por la protección” contenida en el artículo 55(1) del Protocolo 1 se limita a prevenir o “adoptar medidas” para prevenir daños al medio ambiente sólo en los casos en que esos daños podrían alcanzar el umbral definido como “daños extensos, duraderos y graves”. Sin duda, la inclusión del umbral reduce el valor de la obligación de protección; algunos dirían que su valor se reduce a cero. En efecto, la mera evaluación de los posibles daños al medio ambiente constituiría un cumplimiento suficiente de la obligación, siempre que la evaluación revelase un nivel de daño potencial inferior al umbral establecido. Y, como se verá, hasta la destrucción más devastadora e irreversible de una parte del medio ambiente no infringe el triple umbral si no es suficientemente “extensa”. Por consiguiente, el umbral de daño requerido para activar la obligación sigue siendo el principal obstáculo a la solidez de la norma. ¿Qué sucedería si el umbral definido como “daños extensos, duraderos y graves” se redujera o, mejor aún, se eliminara por completo?

El umbral: una interpretación “creíble”

Si bien los mayores conocimientos científicos de hoy nos ayudan a ver con más claridad cuán fácil es causar daños al medio ambiente, hay pocas pruebas de que se esté reduciendo el umbral en la interpretación de los tres términos contenidos en el artículo 55(1) del Protocolo I. Con bastante obviedad, el Manual Jurídico Operacional de los Estados Unidos sugiere que (teóricamente) las dos bombas atómicas arrojadas sobre Japón durante la Segunda Guerra Mundial “posiblemente”

29 Estas obligaciones se desprenden por inferencia de los artículos 55 y 58 del Protocolo I.

30 Lamentablemente, en el caso de la fábrica de fertilizantes Azotara, los informes indican que los trabajadores vertieron en el Danubio 250 toneladas de amoníaco líquido, aparentemente por temor a que la planta fuera bombardeada y el amoníaco entrara en combustión, lo que hubiera causado daños mucho más graves: v. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat), *El conflicto de Kosovo: Consecuencias para el medio ambiente y los asentamientos humanos*, PNUMA y CNUAH, Ginebra, 1999.

hubieran cumplido con el elemento “grave” del umbral³¹, aunque cabe recordar que Estados Unidos, entre otros países, rechazó la aplicabilidad de los artículos 35(3) y 55 del Protocolo I al uso de las armas nucleares³². Por consiguiente, al parecer la única arma que, en opinión de Estados Unidos, *podría* infringir el umbral termina por ser la única arma respecto de la cual rechaza la aplicabilidad de la norma. Un enfoque más moderno y con mayor perspectiva ecológica del umbral del “daño grave” ¿llevaría a cuantificar como “daño grave” el daño que antes no se consideraba como tal? Además, naturalmente y en consecuencia, ¿el umbral de “daño grave” se rebaja constantemente en términos reales, a medida que logramos evaluar mejor la verdadera escala y la cuantificación del daño al medio ambiente?

Sin embargo, el verdadero obstáculo a la reducción del umbral reside en el término “extenso”. Incluso con la aparente aprobación de la definición que figura en el Anexo de la Convención de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Convención ENMOD), referida a “varios cientos de kilómetros cuadrados”³³ como una “interpretación creíble” de Estados Unidos en años recientes³⁴, la realidad sigue siendo que, para superar el umbral, habría que dañar una superficie del tamaño del Nuevo Bosque, en Gran Bretaña (que mide aproximadamente 377 kilómetros cuadrados)³⁵, o un país entero (por ejemplo, Maldivas, que mide 300 kilómetros cuadrados), además de cumplir con los otros dos criterios del umbral (“duradero” y “grave”). Si se interpretan estos criterios de buena fe, es posible imaginar un daño “grave” que, al mismo tiempo, se prevea como “duradero”³⁶. En efecto, probablemente pueda definirse como “grave” precisamente debido a esa previsión. Sin embargo, no todos los daños

- 31 V. Brian Bill, Marie Anderson y J. Jeremy Marsh (eds.), *Operational Law Handbook 2009*, Departamento de Derecho Internacional y Operacional, Centro Jurídico y Escuela del Asesor Jurídico de las Fuerzas Armadas, Charlottesville, Virginia, 2009 (en adelante Manual de Derecho Operacional de Estados Unidos), p. 351, disponible en: [https://www.jagcnet.army.mil/JAGCNETPortals/Internet/DocLibs/kfllddoclib.nsf/f45bab0efc3ec172852574d00068d6a5/23842DE37A0862CF852576E7004B669E/\\$FILE/2009%20operational-law-handbook.pdf](https://www.jagcnet.army.mil/JAGCNETPortals/Internet/DocLibs/kfllddoclib.nsf/f45bab0efc3ec172852574d00068d6a5/23842DE37A0862CF852576E7004B669E/$FILE/2009%20operational-law-handbook.pdf) (consultado el 20 de septiembre de 2010). Con respecto a la definición de “grave”, el Manual de Derecho Operacional de Estados Unidos se refiere a “todo acto que perjudique la salud o la supervivencia de la población”, lo que sugiere “aproximadamente el mismo significado” que el utilizado en la Convención de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Convención ENMOD) del 10 de diciembre de 1976, concretamente, una “perturbación o un daño grave o notorio para la vida humana, los recursos naturales y económicos u otras riquezas”. V. Anexo de la Convención ENMOD, Entendimientos sobre la Convención, letra c). V. también Paul Fauteux, “The Gulf War, The ENMOD Convention and the Review Conference”, en *Boletín del Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme*, vol. 18, 1992, p. 6.
- 32 V. la declaración de Estados Unidos en Adam Roberts y Richard Guelff, *Documents on the Laws of War*, Clarendon Press, Oxford, 3ª edición, 2000, p. 512; obsérvese la reserva formulada por el Reino Unido, por ejemplo, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument> (consultado el 20 de septiembre de 2010).
- 33 V. Anexo de la Convención ENMOD, Entendimientos sobre la Convención, letra a).
- 34 V. Manual de Derecho Operacional de Estados Unidos, nota 31 *supra*, p. 351.
- 35 V. “New Forest: explorers’ guide”, disponible en: <http://www.newforestexplorersguide.co.uk/sitefolders/landscape/aintroduction/landscapeintropage.html> (consultado el 20 de septiembre de 2010).
- 36 Los Estados negociadores al parecer coincidieron en que la noción de “duradero” se habría de medir en “décadas, con un mínimo de veinte o treinta años”. V. CDDH/215/Rev.1, párr. 27; Y. Sandoz *et al.*, nota 4 *supra*, párr. 1454.

“duraderos” y “graves” son “extensos”, y no todos los daños “extensos” son “duraderos” o “graves”. Ciertamente, el daño ambiental “extenso” podría clasificarse como “significativo” o “grave” sin más, pero si no causa perjuicios “duraderos” previsibles, es improbable que ese daño ambiental también se clasifique como “grave”.

Fuera de esta interpretación “creíble” del daño “extenso”, hay pocos indicios de que los Estados hayan cambiado su percepción de la escala requerida por los tres términos comprendidos en el umbral.

Omitir el umbral

En definitiva, la causa de la ineficacia de la norma resulta ser la persistente amplitud del umbral. A pesar de que la sugerencia que sigue sea poco plausible, ¿no se podría simplemente omitir el umbral? A primera vista, esto es precisamente lo que los autores del Estudio sobre el derecho consuetudinario parecen haber hecho en la norma 44.

Análisis de la norma 44

En el Estudio sobre el derecho consuetudinario, la norma 45 refleja la prohibición contenida en el artículo 35(3) del Protocolo I³⁷, pero los autores redactaron una disposición adicional en la norma 44:

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 precauciones³⁸.

37 Estados Unidos rechaza la conclusión del Estudio de que la norma 45 refleja el derecho consuetudinario; v. la carta del 3 de noviembre de 2006 dirigida por John B. Bellinger III, asesor jurídico del Departamento de Estado, y William J. Haynes II, asesor jurídico general del Departamento de Defensa, a Jakob Kellenberger, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, en *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n.º 866, junio de 2007. El mayor J. Jeremy Marsh describe la norma como *lex ferenda*, en “*Lex Lata or Lex Ferenda? Rule 45 of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*”, en *Military Law Review*, vol. 198, 2008, pp. 116–164.

38 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, norma 44.

Sin duda alguna, la segunda y tercera cláusulas de la norma 44 pueden deducirse, en alguna medida³⁹, de la práctica estatal que rige las precauciones a adoptar durante los ataques. Y, como sucede con la formulación adoptada para la primera cláusula de la norma 44, por supuesto, en las disposiciones que rigen las precauciones en el ataque (artículo 57 del Protocolo I), no hay mención de un umbral de daño. El artículo 57 se refiere, en cambio al “cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil”. Puesto que esta referencia a la preservación de los bienes de carácter civil parecería aproximarse más al significado de la segunda cláusula de la norma 44, ¿se basa entonces la primera cláusula, en alguna medida, en la práctica estatal de la obligación de “velar por la protección” contenida en el artículo 55(1) del Protocolo I? En caso afirmativo, ¿refleja esto con justicia la práctica estatal y, por ende, una norma consuetudinaria? En tal caso, ¿de qué modo debemos interpretar la notoria ausencia del umbral de daño?

Si bien gran parte del texto de la primera cláusula de la norma 44⁴⁰ es similar al de la obligación de “velar por la protección” que figura en el artículo 55(1), se postula que no se trata de la misma idea. Dejando de lado tanto la noción de “preservación”, más vinculada con la protección del ambiente marino⁴¹ y la guerra naval⁴², y la limitación al empleo de medios y métodos (en lugar de la noción más amplia de todas las operaciones de guerra), contenida en la primera cláusula de la norma 44, la diferencia clave se encuentra en el concepto de “tener debidamente en cuenta” la protección del medio ambiente.

La noción de la “debida consideración”

La noción de la “debida consideración” (o “tener debidamente en cuenta”) se entiende como la operación de sopesar y confrontar dos o más conjuntos de derechos o intereses para alcanzar un equilibrio⁴³. Se encuentra en la Convención sobre

39 Esta crítica parcial de la formulación adoptada se relaciona concretamente con el reconocimiento que hacen los autores del principio cautelar contenido en el derecho internacional del medio ambiente, que, según la autora de este artículo, no se encuentra reflejado actualmente en el derecho internacional humanitario y, por ende, tampoco en el derecho internacional humanitario consuetudinario, al menos no en la forma adoptada por los autores. V. Karen Hulme, “Natural environment”, en Elizabeth Wilmschurst y Susan Breau (eds), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 204–237, en pp. 223–228.

40 Este texto se encuentra, con un cambio de redacción consistente en el reemplazo de la palabra “should” (debería) que figura en el Manual Naval de Estados Unidos, por la palabra “must” (debe), en la norma 44 del Estudio sobre derecho consuetudinario. V. J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, vol. II, parte 1, capítulo 14, párr. 81.

41 V. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, del 10 de diciembre de 1982 (en adelante, UNCLOS), art. 192, en *International Legal Materials*, vol. 21, 1982, p. 1261.

42 V. K. Hulme, nota 39 *supra*, pp. 218–220.

43 V. Louise Doswald-Beck (ed.), *Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar* (en adelante, Manual de San Remo), elaborado por un grupo de juristas internacionales y expertos navales bajo los auspicios del Instituto de Derecho Internacional Humanitario, Instituto de Derecho Internacional Humanitario, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 84, párr. 12.2, consultado en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/san-remo-manual-1994-5tdlgl.htm>. La disposición del Manual de San Remo sobre la protección ambiental también lleva el número 44, lo que da lugar a cierta confusión.

el Derecho del Mar⁴⁴ y, por ende, en las reglas relativas a la guerra naval, en la cual los Estados beligerantes deben tener en cuenta los derechos de los otros navegantes y resulta necesario establecer un equilibrio⁴⁵. En este sentido, la noción de la “debida consideración” parece implicar una característica más relativa que el concepto de la “protección”. Además, cabe pensar que la “consideración” que se “debe” al medio ambiente podría ser muy limitada y no relacionarse en absoluto con la prevención de los daños ambientales. Por ello, se postula que la norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario impone una obligación que exige sopesar el uso de los medios y métodos que se relacionen con la protección (y preservación) del medio ambiente. Por lo tanto, contrariamente a la obligación de “velar por la protección” contenida en el artículo 55(1) del Protocolo I, la norma 44 no parece establecer concretamente la exigencia de “adoptar medidas” o efectuar acciones para proteger el medio ambiente contra daños. A resultas de esta formulación, la autora postula que la norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario reconoce la necesidad de proteger el medio ambiente pero, a diferencia de la obligación de “velar por la protección” que figura en el artículo 55(1) del Protocolo I, no parece ser muy precisa en cuanto a lo que deben hacer los Estados para establecer el equilibrio, aunque sí reconoce la necesidad de alcanzarlo. Obviamente, es posible que esa vaguedad sea el verdadero reflejo de la práctica de los Estados. Un aspecto de la “consideración” que “debería” aplicarse de todos modos es el principio de distinción y discriminación en la guerra, así como la regla de la proporcionalidad y las precauciones exigidas en los artículos 57 y 58 del Protocolo I. Por lo tanto, teniendo en cuenta las limitaciones incluidas en la primera cláusula de la norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario, se postula que no es, de hecho, la misma obligación que la estipulada en la primera frase del artículo 55(1) del Protocolo I⁴⁶. Además, la medida en que la primera cláusula de la norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario efectivamente refleja el derecho consuetudinario es materia opinable⁴⁷.

La norma 44 y la ausencia del umbral de daño

Teniendo en cuenta estas críticas, el verdadero valor de la primera cláusula de la norma 44 es la ausencia del umbral de daño. Según esa cláusula, al emplear sus métodos y medios de hacer la guerra los Estados han de “tener debidamente

44 Por ejemplo, v. UNCLOS, nota 41 *supra*, arts. 27(4), 39(3)(a), 56(2), 58(3), 60(3), 66(3)(a), 79(5), 87(2), 142(1), 148 y 234.

45 La frase que figura en la norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario se refleja en las normas 34 y 35 del Manual de San Remo, nota 43 *supra*, que rige la obligación de “tener debidamente en cuenta” los derechos e intereses de los Estados en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental. En este caso, la protección y preservación del entorno marino se señala específicamente como un factor que se debe tener en cuenta al realizar acciones hostiles (Manual de San Remo, norma 34) y al sembrar minas (Manual de San Remo, art. 35) en esas zonas marítimas.

46 Esta aseveración representa un ligero cambio de opinión con respecto a lo afirmado en textos anteriores. V. K. Hulme, nota 39 *supra*.

47 Según George H. Aldrich, “Customary International Humanitarian Law: an interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross”, en *British Year Book of International Law*, vol. 76, 2005, p. 515, la norma 44 tiene pocos o ningún precedente en el derecho existente.

en cuenta” la protección del medio ambiente natural incluso si el nivel del daño es muy bajo. Cabe imaginar que, si el nivel de daño se percibe como muy reducido, la consideración “debida” será igualmente reducida. Sin embargo, la operación de establecer un equilibrio podría ser muy útil si el grado de daño potencial es más elevado, pero sin alcanzar el nivel del umbral estipulado en el Protocolo I, que se refiere a un daño extenso, duradero y grave. Empero, la formulación específica de la primera cláusula no figura en los manuales militares de los Estados (fuera del contexto de la guerra naval), sean o no partes en el Protocolo I. En efecto, casi todos los manuales se refieren a los tres términos del umbral que, obviamente, constituyen el nivel mínimo que los Estados partes deben reconocer. Por ende, las pruebas positivas de la ausencia de un umbral en los manuales militares son mínimas. No obstante, el Manual de las Fuerzas de Defensa de Australia (1994) es un texto interesante, puesto que en él se estipula que “los responsables de planificar y conducir las operaciones militares tienen el deber de asegurar la protección del medio ambiente natural”⁴⁸. Si bien, más adelante, el Manual hace referencia al umbral en términos de la prohibición establecida en el artículo 55(1) con respecto a los medios y métodos⁴⁹, cabe destacar que, en esta cita, impone una obligación de resultado (“asegurar”) a la vez que omite toda mención del umbral de daño necesario para activar la obligación de protección. Ciertamente, esta formulación parece mucho más sólida que la contenida en la obligación de “velar por la protección” del artículo 55(1). Sin embargo, es dudoso que la práctica general de los Estados refleje este sentido de un “deber” superior y más amplio, al menos en la esfera del derecho consuetudinario “duro” o imperativo. En consecuencia, la ausencia del umbral en la norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario no parece simplemente sugerir que, incluso si la norma contara con una aprobación generalizada, la mayoría de los Estados estarían dispuestos a eliminar el umbral mencionado en la frase inicial del artículo 55(1).

Relación con los artículos 57 y 58 del Protocolo I

Al reunir las dos obligaciones (“tener debidamente en cuenta” y adoptar precauciones) en una misma norma, el Estudio sobre el derecho consuetudinario establece una relación interesante. Obviamente, al ser el medio ambiente uno de los bienes de carácter civil⁵⁰ amparado por las normas sobre las precauciones contenidas en los artículos 57 y 58 del Protocolo I, los Estados tienen la obligación superior de ejercer un “cuidado constante” a fin de “preservar” el medio ambiente en las operaciones militares, conforme a lo estipulado en el artículo 57(1) del Protocolo I. Además, puesto que la obligación contenida en el artículo 57(1) del Protocolo I de “preservar” el medio ambiente -habida cuenta de que constituye, *prima facie*, un bien de carácter civil- representa también una obligación de conducta,

48 J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, vol. II, parte 1, capítulo 14, párr. 79.

49 *Ibid.*, p. 880, párr. 165.

50 Cuando el medio ambiente no reúne las condiciones necesarias para ser considerado un objetivo militar, de conformidad con la definición del artículo 52(2) del Protocolo I.

parecería haber una obvia duplicación con la obligación de “velar por la protección” establecida en el artículo 55(1) del Protocolo I pero, claro está, sin el elevado umbral de daño. Podría decirse entonces que, puesto que la noción de “preservar” el medio ambiente podría englobar *tipos* de acciones similares a las abarcadas por la obligación de “velar por la protección” (esto es, evitar, reducir o minimizar el daño ambiental), el artículo 57(1) del Protocolo I es verdaderamente valioso para el medio ambiente.

Como sucede con la frase “velar por la protección”, contenida en el artículo 55(1) del Protocolo I, la interpretación de que el artículo 57(1) del Protocolo I consagra únicamente el “principio general”⁵¹ de proteger a los civiles y los bienes de carácter civil tiende a limitar su potencia como auténtico límite a las acciones militares. Las obligaciones de precaución más concretas se elaboran más extensamente en el resto del artículo 57 y en el artículo 58, pero estas cláusulas no se refieren en detalle al medio ambiente más allá de recordar a los Estados la necesidad de aplicar con firmeza las reglas de distinción y proporcionalidad⁵². Como máximo, un aviso dado con la debida antelación a la parte opositora (obligación establecida en el artículo 57(2)(c) del Protocolo I) podría permitir a ésta trasladar los objetivos militares fuera de un espacio importante desde el punto de vista ambiental o tomar algunas medidas de protección (por ejemplo, reubicar ejemplares de especies raras o en peligro, como podría hacer un Estado con sus bienes culturales)⁵³. La verdadera tragedia del medio ambiente en la guerra radica en su propia naturaleza, dado que constituye nuestro entorno y no es posible trasladarlo ni advertirle que se aleje de la zona en la que se esperan ataques⁵⁴. Por otra parte, el compromiso que sí parece tener verdadero valor en términos ambientales y que, en opinión de la autora, queda incluido en la obligación de “velar por la protección”, es el artículo 57(3) del Protocolo I, que exige que, cuando se pueda elegir, las partes opten por el objetivo cuyo ataque presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

“Velar por la protección” versus “preservar”

Por lo tanto, si bien es indudable que la obligación de “velar por la protección” y las disposiciones relativas a las precauciones contenidas en el Protocolo I abarcan, en parte, las mismas cuestiones, el verdadero valor de la obligación de “velar por la protección” es que se refiere específicamente a la protección del medio ambiente. La autora postula que la obligación de “preservar” el medio ambiente no es ni tan amplia ni tan sólida; incluso carece del carácter emotivo que implica la obligación de “proteger el medio ambiente” contra los daños. Además, en opinión

51 Y. Sandoz *et al.*, nota 4 *supra*, párr. 2191.

52 V. art. 57 (2)(a) y (b) del Protocolo I.

53 V. art. 58(c) del Protocolo I, que obliga a la parte que se defiende a tomar “las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a... los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control”.

54 V. también el art. 58(a) del Protocolo I, en el que se establece la obligación de las partes de alejar los bienes de carácter civil, entre otras cosas, de la proximidad de objetivos militares.

de la autora, mientras que algunas declaraciones oficiales de los Estados parecen reconocer el valor del medio ambiente y la necesidad de protegerlo en tiempo de guerra sin hacer referencia a un umbral de daño⁵⁵, en la práctica ese enfoque podría ser inviable y hasta indeseable. Incluso si se adoptara en los conflictos armados el umbral *de minimis* aplicado en tiempo de paz relacionado con el “daño que no sea insignificante”, ese umbral tan bajo no implicaría forzosamente una protección significativa en la práctica. El reducido nivel de ese umbral de daño ambiental hasta podría alentar a los Estados a adoptar el sencillo método de tildar casilleros, ya descartado por ser inadecuado para la verdadera protección del medio ambiente durante un conflicto armado. No es tan perverso como podría parecer a primera vista, pero existen argumentos en favor de la imposición de un umbral de daño ambiental en el marco de la obligación de “velar por la protección”.

En consecuencia, es posible que, tras nuevos debates y estudios más exhaustivos, la obligación de “velar por la protección” logre un reconocimiento amplio como una limitación genuina a las operaciones de guerra que causan daño al medio ambiente y como una norma de gran valor para la protección ambiental. Sin embargo, hay que reconocer que actualmente, buena parte de esta influencia no pasa de ser una mera aspiración. En vista de la escasa tendencia a reducir el extremadamente alto umbral de daño, la obligación de “velar por la protección” se ve severamente limitada en cuanto a sus logros en términos del derecho imperativo. Además, si lo que se desea es que las “medidas” requeridas sean verdaderamente significativas, la sugerencia de eliminar el umbral por completo podría representar una carga demasiado elevada para los Estados. Ciertamente, su reemplazo por un umbral más bajo, como el daño “significativo”, sería menos objetable, pero es muy improbable que ese cambio tenga lugar sin un previo y radical replanteo de este ámbito del derecho. ¿Cuál es, entonces, el valor de la obligación de “velar por la protección”?

Atreverse a proteger

Habida cuenta de las escasas posibilidades de que se produzca una modificación del derecho imperativo en el futuro inmediato, debería al menos reconocerse que la obligación de “velar por la protección del medio ambiente natural” contenida en el artículo 55 (1) del Protocolo I sigue alumbrando como un faro que alienta a los Estados a valorar el medio ambiente durante los conflictos armados. Y este papel no debe ser subestimado. Incluso con la presencia del umbral, la obligación de “velar por la protección” exige que los Estados, por lo menos, tengan en cuenta los daños ambientales que sus operaciones militares pueden ocasionar y evalúen el nivel de daño previsible. En efecto, este principio general de la protección del medio ambiente en la guerra se observa claramente en las acciones de los

55 V., por ejemplo, las observaciones formuladas en las presentaciones a la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Armas Nucleares, citadas en J. M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, vol. II, parte I, capítulo 14, particularmente los casos de Sri Lanka (p. 886, párr. 104), Qatar (p. 865, párr. 102), Malasia (p. 865, párr. 97) y Egipto (p. 862, párr. 88).

Estados: por ejemplo, varios Estados han descartado por completo las armas de uranio empobrecido o han optado por la denominada alternativa “más ecológica”, en especial el tungsteno⁵⁶; Estados Unidos ha introducido medidas de reducción de las emisiones de carbono en sus bases militares nacionales⁵⁷ y, tras la condena generalizada de la destrucción de los pozos de petróleo por Irak, en la primera Guerra del Golfo (1991), el Consejo de Seguridad no tuvo dificultades en introducir una compensación por los trabajos de limpieza del medio ambiente⁵⁸. Durante los últimos años, la preocupación de los Estados por el medio ambiente también se ha traducido en una mayor atención a este tema por parte del Consejo de Seguridad y la Asamblea General, así como de numerosos organismos de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales⁵⁹. Finalmente, según Schmitt, el hecho de que la protección del medio ambiente no se considerara demasiado polémica como para incluirla en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1988, es testimonio de la medida en que los daños ambientales causados por los conflictos armados han invadido la conciencia normativa del derecho humanitario⁶⁰. Independientemente de que éstos y otros ejemplos de las medidas de los Estados representen respuestas a la percepción de una obligación de derecho imperativo, de un principio de derecho indicativo, o incluso de una mera decisión política, indudablemente abundan las pruebas de que los conflictos armados están empezando a ser más ecológicos, pese a que las leyes pertinentes se adaptan con lentitud. ¿Qué significa esto en términos prácticos?

Se postula que, aunque en general los Estados no están interesados en negociar nuevos reglamentos en materia medioambiental (*jus in bello*), en la práctica tienden a demostrar conciencia y entusiasmo con respecto a la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado. En otras palabras, el mínimo contenido en el derecho imperativo que muchos Estados están dispuestos a reconocer oficialmente es sólo el punto de partida; sus políticas de protección ambiental y la prevención de los daños al medio ambiente logran mucho más en la práctica, y este aspecto merece reconocimiento. Así pues, quizá en poco tiempo más, los Estados lleguen a estar muy interesados en reducir el elevado triple umbral de la obligación

56 Sin embargo, cabe preguntarse cuánto más ecológico es el tungsteno.

57 V. David Sheets, “Military Technology and Renewable Energy”, en Carolyn Pumphrey, *Global Climate Change National Security Implications*, Instituto de Estudios Estratégicos, 2008, disponible en: <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?PubID=862> (consultado el 20 de septiembre de 2010).

58 V. Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, del 3 de abril de 1991.

59 V., por ejemplo, Resolución 61/154 de la Asamblea General, del 19 de diciembre de 2006, “La situación de los derechos humanos en el Líbano creada por las recientes operaciones militares israelíes”; Resolución 62/188 de la Asamblea General, del 19 de diciembre de 2007, “Marea negra en la costa libanesa”; Resolución 62/30 de la Asamblea General, del 5 de diciembre de 2006, “Efectos de la utilización de armamentos y municiones que contienen uranio empobrecido”; CICR, “Directrices revisadas sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares” de 1994, en *International Review of the Red Cross* N.º 311, 1996, y la labor de la Unidad de Evaluación Post-conflicto del PNUMA, disponible en: http://www.unep.org/depi/programmes/post_conflict_assessment.html (consultado el 20 de septiembre de 2010).

60 V. Michael N. Schmitt, “Humanitarian Law and the Environment”, en *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, 2000, p. 284.

de “velar por la protección” contenida en el artículo 55(1) del Protocolo I a un nivel más valioso para el medio ambiente, por ejemplo el de daño “significativo” o “grave”.

Además, si bien el texto de la obligación de “velar por la protección” que figura en el artículo 55(1) del Protocolo I actualmente se limita a la forma de “hacer la guerra”, los Estados parece estar, en general, dispuestos a aceptar una interpretación más amplia del cuidado del medio ambiente en la práctica. Por ende, la aplicación ponderada de la disposición de “velar por la protección” puede ayudar a proteger el medio ambiente en tiempo de guerra contra amenazas que no se limiten meramente a los medios y métodos; esa protección podría consistir en limitar la explotación de los recursos objeto del conflicto cuando la explotación destruye el medio ambiente⁶¹ (incluso en conflictos armados no internacionales⁶²), y en tener en cuenta la contribución de la guerra al cambio climático y sus posibles impactos. También en el marco de la obligación de cuidado, podría preverse el uso o la adopción, en el ámbito del derecho internacional humanitario, de un principio basado en medidas preventivas similar al que establece el derecho ambiental, especialmente aplicable a las acciones, armas o técnicas cuyo potencial de destrucción del medio ambiente es elevado pero que aún no han sido objeto de suficientes comprobaciones científicas⁶³.

Conclusiones

Tras encarar la interpretación de la obligación de “velar por la protección” contenida en el artículo 55(1) del Protocolo I, se postula que esta cláusula de cuidado no sólo expone el “concepto subyacente”⁶⁴ o el principio general que reconoce la necesidad de proteger el medio ambiente durante los conflictos armados. La disposición convencional va más allá de la mera exhortación o aspiración; exige acciones concretas de los Estados partes para proteger el medio ambiente contra los daños. Lamentablemente, en el artículo 55 (1) se establece, al igual que en el artículo 35 (3) del Protocolo I, un elevado umbral de daño que, en ambos casos, desdibuja el verdadero valor de la obligación. En consecuencia, se exige a los Estados partes que adopten medidas para proteger el medio ambiente sólo contra aquellos daños

61 V. Global Witness, *The Sinews of War: Eliminating the Trade in Conflict Resources*, documento informativo, 2006, disponible en: http://www.globalwitness.org/media_library_detail.php/480/en/the_sinews_of_war (consultado el 20 de septiembre de 2010); y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law* (Protección del medio ambiente durante los conflictos armados, un inventario y análisis del derecho internacional), noviembre de 2009, disponible en: http://www.unep.org/PDF/dmb/ProtectEnvDuringConflict_en.pdf (consultado el 20 de septiembre de 2010).

62 Obsérvese la inclusión de la obligación de “cuidado” del medio ambiente durante los conflictos armados internos, en el Manual Militar del Reino Unido. V. Ministerio de Defensa del Reino Unido, *Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, párr. 15.20.

63 Algunas reflexiones interesantes acerca de un enfoque cauteloso pueden encontrarse en Avril McDonald, Jann K. Kleffner y Brigit Toebes (eds.), *Depleted Uranium Weapons and International Law: A Precautionary Approach*, T.M.C. Asser Press, 2008.

64 Y. Dinstein, nota 6 *supra*.

de los que quepa prever que excedan el umbral de los daños extensos, duraderos y graves. En vista de las escasas reducciones del umbral, pareciera que la disposición de “velar por la protección” carece de verdadera utilidad en términos del derecho imperativo. No obstante, no es verdad que la disposición sea totalmente ineficaz. Para cumplir con ésta y con las demás disposiciones del Protocolo I, los Estados partes deberán, como mínimo, evaluar los potenciales impactos ambientales de las acciones previstas. Además, los Estados pueden optar por adoptar medidas para proteger el medio ambiente contra niveles de daño más reducidos, y en algunos casos lo hacen. Por ejemplo, Estados Unidos no se ha adherido al Protocolo I, pero a menudo opta por reflejar los principios de protección ambiental en las declaraciones públicas en las que explica sus acciones militares.

Si bien la norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario parece, en algunos aspectos, similar a la disposición de “velar por la protección” contenida en el artículo 55 (1) del Protocolo I, se postula que no se trata de la misma obligación. Por ende, de la ausencia del umbral en la norma 44 del Estudio sobre el derecho consuetudinario no puede inferirse —incluso si la norma gozara de aceptación generalizada— que los Estados están dispuestos a eliminar el umbral del artículo 55(1) del Protocolo I. Por el contrario, se postula que actualmente el derecho consuetudinario no refleja esta opinión. Se sugiere además que esa obligación, aunque sea potencialmente viable, probablemente impondría una carga demasiado pesada que los Estados no considerarían aceptable si se pretendiera que esas “medidas” fuesen verdaderamente eficaces.

Es indudable que la noción de protección ambiental contenida en la obligación de “velar por la protección” también encuentra, en general, su lugar en los Estados en tiempo de guerra y que dimana del hecho de que, en tiempo de paz, se reconoce el valor del medio ambiente para la humanidad. Y este reconocimiento del valor del medio ambiente (no sólo un medio ambiente saludable sino también ecológicamente viable), sumado al reconocimiento del medio ambiente como bien de carácter civil, es lo que viene influyendo, en forma sistemática y favorable, en las acciones militares de los Estados en los últimos tiempos.

Por último, si se alienta a los Estados a que piensen en la obligación de “velar por la protección” de esta manera, es posible que la disposición también resulte valiosa para la protección del ambiente en tiempo de guerra contra todas las amenazas, no sólo contra los impactos dañinos de los daños colaterales causados por las plantas farmacéuticas o químicas, sino también contra la destrucción y explotación de los recursos que son el objeto del conflicto (en los conflictos armados internos, si la disposición llegara a tener un equivalente en el derecho consuetudinario) y los efectos contaminantes de ciertas armas. La aplicación ponderada de la disposición de “velar por la protección” también podría ser útil para prevenir acciones militares que exacerben el inicio o los impactos del cambio climático, una cuestión de suma actualidad en el derecho internacional contemporáneo.

