

CRÍMENES CONTRA EL MEDIOAMBIENTE EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

COLIN L. BLACK*

TRIAL ATTORNEY, ENVIRONMENTAL CRIMES SECTION. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE

I. INTRODUCCIÓN

Mi tema de hoy es el daño al medioambiente en el contexto del derecho penal internacional. En la práctica actual, las normas del derecho penal internacional son las normas del derecho internacional humanitario, por lo que hoy hablaré también de crímenes de guerra.

En concreto, vamos a explorar los siguientes puntos: en primer lugar, vamos a ver algunos ejemplos históricos de los daños al medioambiente causados en situaciones de conflicto armado. En los casos que voy a detenerme a examinar, empezaré por detallar el contexto fáctico para luego mencionar las respuestas legales que se han dado en dichas situaciones.

En segundo lugar, expondré algunas normas importantes del derecho humanitario que protegen el medioambiente. Vamos a ver que las normas del derecho internacional humanitario actualmente ofrecen al mundo natural formas de protección directa e indirecta. Sin embargo veremos también, que la protección bajo el derecho humanitario tiene im-

* JD, 1998, Universidad de Tulane, Nueva Orleans, EE.UU. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Oficina del Fiscal, 2002-2006. Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Sección de Delitos Medioambientales, desde 2007.

Este texto fue preparado para la ponencia ofrecida por el autor el día 3 de abril de 2008 en Zaragoza, España, en el marco de la conferencia «Once Lecciones Sobre Justicia Internacional». El autor quisiera agradecer a la Dra. Yolanda Gamarra, la Fundación «Manuel Jiménez Abad», la Institución «Fernando el Católico», y la Excm. Diputación de Zaragoza la invitación a participar en la conferencia. El autor agradece también a Alejandra Vicente la asistencia prestada en la investigación y composición del discurso, y la ayuda con la edición y revisión del castellano. Las opiniones expresadas en este discurso son propias del autor y no representan necesariamente las opiniones y/o posiciones del TPIY o del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

portantes lagunas y deficiencias. Muchos autores piensan, de hecho, que la protección existente es inadecuada para enfrentar las amenazas de la guerra moderna.

En tercer lugar, después de explorar los temas legales, haré algunos comentarios sobre lo que yo veo como posibles obstáculos para la investigación y sanción de este tipo de casos.

Finalmente, quiero mencionar, aunque sea brevemente, algunas posibilidades de futuro de este campo.

Antes de seguir, debería señalar que mi presentación tiene ciertos límites conceptuales. Primero, sólo hablaré del derecho penal internacional. Hay muchísimos temas de interés ambiental tanto en los campos de derecho nacional y comparado, como en el derecho público y privado. Pero nuestro tema de hoy se enfocará sólo al derecho penal internacional.

Otro límite es que hablaré sólo de responsabilidad penal individual. El típico caso penal de los últimos años ha sido contra un individuo, por ejemplo un líder político como el ex presidente de la antigua Yugoslavia, Slobodan Milosevic; Charles Taylor, ex presidente de Liberia; un general como el serbo-bosnio Ratko Mladic; o un líder rebelde como Joseph Kony de Uganda. Ese tipo de caso y de acusado será nuestro enfoque hoy. Sin duda, un tema muy interesante es la responsabilidad de organizaciones, como partidos políticos o empresas multinacionales, etc., por delitos contra el medioambiente. Pero esos temas tendrán que esperar otra ocasión.

II. HISTORIA

Quería comenzar con algunos ejemplos de la Historia Antigua, porque hay múltiples ejemplos desde los tiempos romanos, de los daños sufridos por el medioambiente a causa del conflicto armado. Sin embargo como tenemos tiempo limitado, voy a pasar al Siglo XX, que desgraciadamente ofrece múltiples ejemplos del daño medioambiental causado durante la guerra.

a) Primera Guerra Mundial

La Primera Guerra Mundial tuvo un impacto devastador en términos de vidas humanas perdidas y de muertes terribles. También tuvo un impacto importante sobre el medioambiente. Los mismos gases y químicas utilizados para matar a soldados, también acabaron con la flora y fauna de varios países y contaminaron sus tierras y sus aguas.

La reacción de la comunidad internacional condujo, entre otras cosas, a la firma en 1925 del Protocolo sobre el Gas, que prohibió el uso, aunque no la acumulación, de armas de gas letal.

b) Segunda Guerra Mundial

En la Segunda Guerra Mundial, el mundo fue testigo de terribles atrocidades contra las personas. No hace falta nombrarlas. Aunque no recibió la misma atención quizás precisamente porque los crímenes contra las personas fueron tan atroces, el medioambiente también sufrió graves consecuencias en esa guerra. Ofrezco dos ejemplos.

Primero, se dieron los llamados «daños tradicionales», conocidos en muchos casos desde tiempos romanos o incluso antes. Por ejemplo, el Tribunal de Nuremberg acusó al general del ejército alemán (aunque él fue de origen croata) Lothar Rendulic de implementar una política de «tierra quemada» en Noruega, mientras huía de las fuerzas soviéticas que avanzaban desde Finlandia. Curiosamente, el Tribunal concluyó que las órdenes de Rendulic estuvieron razonablemente basadas en la necesidad militar y el Tribunal lo declaró no-culpable de ese cargo. Volveremos a comentar el principio de la necesidad militar un poco más tarde.

Además de los daños al medioambiente ya comunes, la Segunda Guerra Mundial introdujo un arma nunca antes vista y de un poder destructor sin igual en su día —la bomba nuclear—. La destrucción causada por las bombas nucleares en Hiroshima y Nagasaki fue tan completa, y el impacto humano tan devastador, que el daño al medioambiente no fue inmediatamente un enfoque de atención. Sin embargo, casi 50 años después, en 1994, la Asamblea General de Naciones Unidas pidió a la Corte Internacional de Justicia una opinión sobre la legalidad bajo el derecho internacional del uso de armas nucleares. La opinión de la Corte, publicada en 1996, determinó que el uso de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional, pero que no se podía concluir definitivamente si el uso de armas nucleares sería legal en un caso extremo de defensa propia. De relevancia directa para la protección legal del medioambiente, la Corte determinó que «el respeto al medioambiente» es uno de los elementos relevantes para determinar si una acción es conforme o no con los principios de la necesidad militar y de la proporcionalidad, y por lo tanto los Estados deben de tenerlo en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre ataques militares. La decisión de la Corte está disponible en Internet para aquellos que queráis consultarla.

c) Vietnam

Durante la Guerra de Vietnam en los años 60 y 70, EE.UU. usó el llamado Agente Naranja y otras sustancias químicas para defoliar enormes partes del país. Su propósito fue eliminar la cobertura y alimento que los bosques prestaban al enemigo, pero la consecuencia fue la destrucción de aproximadamente un tercio de la masa forestal de Vietnam, con todos los efectos correspondientes sobre su flora, fauna, biodiversidad, etc.

Luego hablaré de dos tratados internacionales que se llaman ENMOD y el Protocolo I a los Convenios de Ginebra. Los dos fueron establecidos poco después de la guerra de Vietnam, y la protección al medioambiente que prestan esos dos tratados se puede ver al menos en parte como una respuesta a la destrucción que ocurrió en la guerra de Vietnam.

d) Irak

El Oriente Medio en general, y el país de Irak en particular, ha visto muchos conflictos armados durante los últimos treinta años. No debería sorprender que el medioambiente haya sufrido muchos daños durante esos conflictos. Ya durante la guerra de los años 80 entre Irak e Irán, hubo impactos significativos en el mundo natural. Por ejemplo, el bombardeo por la aviación iraquí al campo petrolífero de Nowruz en marzo de 1983 provocó una importante marea negra.

Durante la Primera Guerra del Golfo, al principio de los años 90, las fuerzas iraquíes —mientras huían de vuelta a Irak— prendieron fuego a casi 800 pozos petrolíferos kuwaitíes. El humo de los incendios dominó las condiciones meteorológicas de la región entera durante todo el año 1991. Además del petróleo quemado, alrededor de 300 lagos de petróleo de pozos destrozados contaminaron unos 40 millones de toneladas de arena y tierra.

Otro incidente notable fue la destrucción deliberada de los enormes pantanos del sur del país por parte de la dictadura de Saddam Hussein. Como represalia para una insurrección chií durante la Guerra del Golfo, el gobierno de Hussein sistemáticamente desvió los ríos Tigris y Eufrates para transformar los pantanos en desierto y así eliminar los recursos, y en efecto la base cultural, de las tribus árabes que vivían allí, que son en su mayoría chiíes. Entre las políticas del gobierno iraquí y varias causas naturales como la sequía, la desertificación y la salinización de la tierra, en el año 2000, entre el 80% y el 90% de los pantanos estaban secos. Docenas de especies de peces, aves y otros animales desaparecieron. Sin embargo, y aquí está el punto quizás más importante,

desde 2003 las acciones de la comunidad internacional y de grupos locales han logrado una sorprendente mejora en la condición de los pantanos. Se estima que los pantanos ahora están al 50% de los niveles respecto a 1970. Aunque queda mucho por hacer y algunos de los daños son irreparables, la recuperación ha sorprendido tanto a los científicos como a los locales. Lo menciono porque a mí me indica que el mundo natural —tanto su fragilidad como su tremenda resistencia— está todavía muy mal entendido por nosotros. Esa falta de entendimiento hace difícil cualquier intento de valorar los daños al medioambiente sufridos durante conflictos armados.

e) La antigua Yugoslavia

Durante el conflicto en la antigua Yugoslavia, en 1999, la OTAN atacó numerosos objetivos serbios con consecuencias negativas para el medioambiente. Por ejemplo, las fuerzas de la OTAN bombardearon el complejo industrial de Pancevo, a unos 15 kilómetros de Belgrado, resultando en el vertido de grandes cantidades de sustancias químicas peligrosas a la tierra y también al Río Danubio. En el año 2000, antes de mi llegada allí, un comité de la Fiscalía del TPIY preparó un informe sobre este tipo de alegaciones contra la OTAN. Después de examinar el derecho humanitario aplicable a los daños al medioambiente, el comité concluyó que no existía suficiente base para abrir una investigación formal. El comité señaló obstáculos legales además de incertidumbre científica sobre la amplitud de los daños y sus causas. El informe está disponible en la página web del Tribunal y recomendando su lectura.

f) Ejemplos más actuales

Ofrezco dos ejemplos finales, que son aún más contemporáneos. En julio de 2006, hubo una guerra de 33 días entre Israel y Líbano (o quizás mejor dicho, Hezbollah). Durante ese conflicto, Israel bombardeó una instalación de generación eléctrica en la ciudad costera de Jiyeh. El vertido de petróleo fue más grande que el del Prestige en Galicia. Se extendió al norte cubriendo casi toda la costa libanesa y llegó hasta la costa de Siria. El impacto del vertido fue demoledor para muchísimos peces, aves, y otros animales, incluyendo tortugas marinas en peligro de extinción que depositan sus huevos en las playas libanesas.

Finalmente, tenemos el conflicto en Darfur que aún sigue activo. Hay testimonios de que los Janjaweed —la milicia que actúa en colaboración con el gobierno sudanés— han contaminado pozos de agua, deliberadamente, tirando cuerpos de animales y seres humanos muer-

tos a los pozos, para envenenarlos y así evitar que la gente vuelva a sus pueblos. Hasta he leído que los Janjaweed han entrado en Chad, un país vecino, para robar marfil y venderlo en el mercado negro para financiar sus operaciones. Ese marfil provendría de elefantes que están en peligro de extinción.

g) Conclusión de la parte histórica

Vemos que desde hace siglos y milenios, y continuando hasta este mismo instante, el medioambiente ha sufrido y sigue sufriendo graves daños como resultado del conflicto armado. Desafortunadamente, esa tendencia no bajó durante el siglo XX, todo lo contrario. Por lo tanto, es lógico concluir que si valoramos el medioambiente, tenemos que protegerlo durante tiempos de guerra. Miremos ahora algunas de las normas legales que existen para ese fin.

III. NORMATIVA RELEVANTE Y PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

Hay varias normas del derecho internacional humanitario que ofrecen protección al medioambiente. Como veremos a continuación, la mayoría de esas normas ofrecen una protección indirecta, protegiendo el medioambiente como consideración secundaria a la protección de las personas y de la propiedad.

a) Protección indirecta

Para comenzar, quiero mencionar brevemente cuatro conceptos fundamentales del derecho humanitario. El primero es el principio de distinción. Tanto en la selección de objetivos, como en la selección de métodos y de armas, se debe distinguir entre los combatientes y las personas civiles, y también entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares.

El segundo principio básico es la prohibición de ataques indiscriminados. Son indiscriminados los ataques que pueden alcanzar indistintamente tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil. Este principio, por ejemplo, es una de las bases para las críticas del uso de minas antipersona.

En tercer lugar el principio de proporcionalidad. Este principio requiere un balance entre los costos y los beneficios de un ataque militar. queda prohibido lanzar un ataque cuando se prevé que los muertos y heridos entre la población civil y/o los daños a bienes de carácter civil sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Finalmente, tenemos la necesidad militar. Generalmente, este principio dicta que los métodos y medios utilizados por las partes del conflicto deben ser siempre necesarios para lograr objetivos militares legítimos. En casos penales, como vimos en el caso del General Rendulic, la necesidad militar puede justificar actos o consecuencias que, faltando la necesidad militar, serían violaciones del derecho humanitario.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), estos cuatro principios son normas consuetudinarias que aplican a todos los Estados, tanto durante los conflictos armados internacionales (CAI) como durante los conflictos armados de carácter no-internacional (CANI). Además, CICR ha determinado que el medioambiente natural se considera un bien civil y, como tal, está protegido por estos cuatro principios de la misma forma que otros bienes de carácter civil.

Exploremos ahora unas normas que se encuentran en tratados y convenios internacionales. Como veréis, los principios básicos que acabamos de discutir están reflejados en varios de ellos.

1. Convenciones de La Haya

Las llamadas Convenciones de La Haya surgen de las Conferencias de Paz de La Haya entre 1899 y 1907. Muy brevemente mencionaré que estas Convenciones reglamentan y limitan los métodos y medios de hacer la guerra utilizados por las partes en conflicto. Se consideran normas consuetudinarias, aplicables a todos los Estados, fueran o no partes de las Convenciones.

Los artículos más relevantes son los artículos 23 y 55. En los dos casos, la protección ofrecida es indirecta. El artículo 23 dice, en las partes relevantes:

«Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, está particularmente prohibido:

(...) (g) Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra...».

La frase «propiedades enemigas» parece incluir bienes públicos, como el medioambiente. También es notable como una declaración temprana del principio de necesidad militar.

El artículo 55 establece que:

«El Estado ocupante no debe considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas que pertenezcan al Estado enemigo y se encuentren en

el país ocupado. Deberá defender el capital de esas empresas y administrar conforme a las reglas del usufructo».

De este modo el Estado ocupante puede usar dichos bienes pero no destruirlos. Sin embargo, recursos naturales como los bosques y las tierras están protegidos no por su valor intrínseco sino por su valor económico.

2. Convenios de Ginebra de 1949

Mientras las Convenciones de La Haya reglamentan los métodos y medios de guerra, los llamados Convenios de Ginebra se centran principalmente en la protección de las personas, especialmente los no-combatientes y los prisioneros de guerra, los civiles, y el personal sanitario y religioso. Aunque el primer Convenio de Ginebra se adoptó en 1864, y el Tercer Convenio en 1929, los cuatro fueron revisados en 1949, en gran parte como respuesta a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial.

El Cuarto Convenio, titulado «Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a personas civiles en tiempos de guerra», incluye una provisión que puede proteger el medioambiente de forma indirecta. Según el Artículo 53 del Cuarto Convenio de Ginebra:

«La destrucción por parte de la Parte Ocupante de la propiedad real o personal que pertenezca al individuo o colectivamente a personas privadas, o al Estado, o a otras autoridades públicas, o a organizaciones sociales o cooperativas, está prohibida excepto cuando dicha destrucción sea absolutamente necesaria en las operaciones militares».

Además, según el artículo 147, las violaciones al artículo 53 constituyen «violaciones graves» cuando hay «destrucción y apropiación de bienes no justificada por la necesidad militar y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario». Esto tiene importancia para la jurisdicción criminal, porque obliga a los Estados parte de los Convenios a perseguir a los responsables y a juzgarlos o extraditarlos.

El artículo 53 suscita una serie de problemas de interpretación, como por ejemplo qué se considera «propiedad real del Estado»: ¿Incluye al medioambiente?; ¿Y al aire y el mar? Además, el artículo 53 es una codificación parcial de la doctrina de necesidad militar, pero introduce el concepto de «necesidad absoluta», cuyo significado no está claro. ¿Cómo se evalúa la necesidad para determinar si es absoluta o no, de manera objetiva o subjetiva, en base a información disponible antes de la acción, o *post facto* cuando se saben las consecuencias? Vemos pues que el artículo 53 deja importantes vacíos de interpretación.

La decisión del Tribunal de Nuremberg en el caso Rendulic indica que hay que valorar la necesidad militar desde el punto de vista del acusado, en el momento de tomar la decisión, y considerando sólo la información disponible al acusado en ese momento. Aun así, es interesante preguntarse cómo se valoran las ventajas militares y los daños al medioambiente. Vale también la pena preguntarse si es correcto que la protección al medioambiente en épocas de conflicto se supedita a la necesidad militar. Son éstas preguntas que necesitan respuesta para valorar si la aplicación de los instrumentos internacionales existentes ofrece una protección real al medioambiente.

3. Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales

El límite más importante de este Protocolo es que sólo se aplica durante los CAI, así que no cubre los conflictos de carácter no internacional, es decir guerras civiles y otros conflictos internos.

Incluye dos artículos que ofrecen una protección indirecta al medioambiente:

El artículo 54(2) se refiere a la protección de bienes indispensables para la supervivencia humana y declara:

«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».

Este artículo tiene un claro enfoque en las personas, la protección al agua y a la tierra tiene como finalidad la supervivencia de las personas, no la protección al medioambiente *per se*. Además el artículo recoge el requisito de la existencia de una «intención deliberada», algo difícil de probar en un procedimiento penal. Por último, el artículo no incluye los daños colaterales al medioambiente.

El artículo 56(1) se refiere a las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, y dice así:

«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. Los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, no serán objeto de ataques cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.

Vemos, de nuevo, que este artículo centra su enfoque en la protección de las personas, de modo que el riesgo de que se produzcan daños al medioambiente, por muy graves que fueran, no está recogido en la protección que ofrece el artículo 56(1). Además el ámbito de aplicación del artículo 56(1) es muy limitado ya que aplica sólo a las instalaciones nombradas explícitamente en el mismo.

4. Otros tratados

Existen otros tratados que pueden ofrecer una protección indirecta al medioambiente en ciertas circunstancias, como la Convención sobre la Prohibición de Armas Biológicas de 1972, y la Convención sobre la Prohibición de Armas Químicas de 1993. Sin embargo, su principal propósito es otro y el nivel de protección que pueden ofrecer es limitado.

Quiero mencionar muy brevemente en este contexto la Convención para la Prohibición del Genocidio de 1948 porque algunos autores la nombran como un tratado que podría proteger al medioambiente de forma indirecta. A mí me parece difícil que esta Convención sea un instrumento útil para proteger al medioambiente, fundamentalmente porque el dolo es tan exigente y los actos recogidos son tan específicos, que sólo podría aplicar a una categoría muy limitada de actos.

b) Protección directa

Pasemos entonces, a examinar normas del derecho internacional humanitario que sí ofrecen una protección más directa y específica al medioambiente. En cierto contraste con la protección indirecta, veremos que la protección *directa* al medioambiente es escasa.

1. Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra

Además de la protección indirecta que acabamos de ver, el Protocolo Adicional I ofrece dos artículos de aplicación directa al medioambiente natural.

En primer lugar hay que destacar el artículo 35(3), según el cual:

«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».

En segundo lugar, según el artículo 55:

«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 quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiéndose así la salud o la supervivencia de la población.

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

En primer lugar observamos que el artículo 55 repite la misma protección articulada en el artículo 35(3), sin embargo, existen diferencias notables entre ambos artículos. Por ejemplo, el artículo 55 parece requerir que los daños medioambientales «comprometan la salud o la supervivencia de la población», por lo que de nuevo la protección del medioambiente está valorada sólo a base de consideraciones humanitarias. Este aparente límite no aparece en el texto del artículo 35(3). Varios autores han interpretado esta omisión como una señal de que el artículo 35(3), quizás por primera vez en el derecho internacional humanitario, tiene como objeto principal de protección el medioambiente en sí, sin consideración al impacto humano.

Por otro lado, la protección conferida por el artículo 55 parece ser más amplia que la del artículo 35(3) porque el anterior dice «esta protección *incluye* la prohibición (...)», por lo que se entiende que pueden existir otros actos prohibidos en base al artículo.

Otra observación es que la expresión «se velará», del artículo 55, es ambigua, y no queda claro si dicha expresión recoge alguna obligación concreta de acción u omisión para los Estados parte o si es puramente «aspiracional».

Los dos artículos recogen la expresión «daños extensos, duraderos y graves», sin embargo en ningún lugar se define el alcance de dichos términos. Algo que sí está claro es que son cumulativos —el daño debe ser extenso, duradero y grave—. Dos de los tres no vale. Es notable que el Protocolo Adicional I no define estos términos, dejando ambigüedad sobre su interpretación y significado intencionado. Las deliberaciones de los negociadores indican que la palabra «duradero» se entendía co-

mo una cuestión de décadas, no de días o meses. En cuanto a los otros dos términos, no aparece ninguna discusión sobre el significado de las palabras «extenso» y «grave». Vemos pues que de nuevo nos encontramos con problemas de interpretación que comprometen la protección efectiva al medioambiente.

A pesar de las imperfecciones en cuanto a su redacción, y de las posibles dificultades de interpretación, en mi opinión la protección que estos dos artículos del Protocolo Adicional I ofrecen al medioambiente es quizás la más importante entre todas las normas existentes del derecho internacional humanitario.

2. Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra

El Protocolo Adicional II relativo a la protección de las Víctimas de los Conflictos Armados de Carácter no Internacional de 1977 establece cuándo y dónde el Protocolo I no se aplica, es decir, durante los conflictos armados internos.

El Protocolo Adicional II incluye dos artículos que ofrecen protección indirecta importante al medioambiente:

Por un lado, en su artículo 14 recoge el mismo tipo de protección que ofrecía el artículo 54(2) del Protocolo I y protege bienes indispensables para la supervivencia humana. A su vez, el artículo 15 corresponde al artículo 56(1) del Protocolo I y cubre la destrucción de instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

El Protocolo Adicional II no recoge, sin embargo, ninguna protección directa en correspondencia con los artículos 35(3) y 55 del Protocolo I. Esto significa que la protección al medioambiente es notablemente menor en los conflictos internos, precisamente los conflictos más comunes en la actualidad mundial. Esto nos da una idea de la indefensión a la que está expuesto el medioambiente en nuestro tiempo.

3. ENMOD (Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Medioambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles de 1976)

Según el artículo 1.1 del ENMOD:

«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.

No es difícil darse cuenta de las ventajas que supone la redacción de este artículo respecto a los que hemos visto hasta ahora. Por un lado, no se limita a los conflictos internacionales, y aparentemente ni siquiera a conflictos armados.

Por otro lado recoge la expresión «efectos vastos, duraderos o graves», de manera que no requiere que los tres elementos estén presentes de manera cumulativa. Además, en contraste con los otros textos, un anexo al tratado define el alcance de dichos términos de la siguiente manera:

«Vasto» significa que el efecto cubre un área de al menos cientos de kilómetros cuadrados. «Duradero» significa que dura un período de meses o aproximadamente una temporada. «Grave» implica un disturbio o daño significativo a la vida humana, a recursos económicos, o a otros bienes.

Además, la redacción del artículo permite una interpretación amplia en el sentido de que aplica a «todas las técnicas» con objeto de manipular el medioambiente por fines hostiles.

Sin embargo, también el artículo 1 del ENMOD acepta alguna crítica. Por un lado, observar que el tipo de modificación de los procesos naturales que recoge el artículo suena un poco a ciencia ficción. Está bien que se haya prohibido pero difícilmente va a aplicarse a los típicos problemas medioambientales que vemos en los conflictos armados reales.

Podríamos preguntarnos si las definiciones recogidas en el ENMOD sobre los términos «vastos, duraderos y graves» no podrían utilizarse para la interpretación del Protocolo Adicional I o del Estatuto de Roma. Parece que la respuesta es negativa por las siguientes razones. Primero, porque la formulación es distinta, y segundo por si quedara lugar a dudas, el anexo dice explícitamente que sus definiciones no deberán servir para interpretar otros tratados. Además, al menos respecto a la palabra «duradero» está bastante claro que el Protocolo I habla de décadas, mientras el ENMOD habla de meses.

4. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Ninguna norma de protección medioambiental está incluida, al menos de forma explícita, en la jurisdicción del Tribunal.

Si ciertamente el artículo 3 del Estatuto recoge de manera general las normas consuetudinarias del derecho humanitario, la Fiscalía del Tribunal, en su informe sobre la OTAN, expresó dudas sobre si los artículos 35(3) y 55 del Protocolo Adicional I se pueden caracterizar como normas consuetudinarias. En otras palabras, no está claro si entran o no en la jurisdicción del Tribunal. De todos modos, cabe señalar que en la his-

toria del Tribunal no ha habido ningún acto de acusación que incluya cargos por daños medioambientales.

5. Estatuto de Roma de la CPI, Art. 8(2)(b)(iv)

El Estatuto de Roma estableció la Corte Penal Internacional (CPI), con sede en La Haya. La CPI tiene una jurisdicción mucho más amplia que los tribunales de Yugoslavia y de Ruanda y se espera que sea el principal foro del derecho penal internacional en el futuro.

El artículo 8(2)(b) del Estatuto enumera los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales, para efectos de jurisdicción de la Corte. La lista es bastante larga e incluye alguna protección indirecta al medioambiente que corresponde a normas que hemos visto, como por ejemplo la prohibición de utilizar armas venenosas o gases asfixiantes.

La protección más directa, sin embargo, es la ofrecida por el artículo 8(2)(b)(iv), según el cual:

«Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas 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».

Respecto a este artículo, en primer lugar, observamos que sólo aplica a conflictos internacionales, no existe ninguna provisión similar que aplique a los conflictos armados internos, que forman la mayor parte de las investigaciones de la CPI, como por ejemplo en Uganda, Darfur, Congo, o incluso casos potenciales como el colombiano.

De nuevo observamos la formulación cumulativa de los términos «extensos, duraderos y graves» tal y como vimos en el Protocolo Adicional I. Y de nuevo se echa en falta la existencia de definiciones sobre dichos términos. En ese caso, nos podemos preguntar si la CPI adoptará la interpretación recogida en el ENMOD, o si sobre el término «duradero» se interpretará de acuerdo al Protocolo Adicional I, es decir, entendiendo décadas en vez de meses.

Por otro lado, vemos que el artículo 8(2)(b)(iv) requiere un dolo específico muy exigente y muy difícil de probar. A la vez, los daños colaterales parecen quedar fuera de la protección del artículo. También parece distinguir entre el medioambiente y otros «objetos de carácter civil», siendo así más exigente que la norma consuetudinaria reconocida por el CICR.

En relación a los daños, exige también que éstos sean «manifiestamente excesivos», con lo que se disminuye la protección al medioam-

biente ya que no basta que los daños sean meramente «excesivos». Dicha crítica contrasta con el hecho de que el artículo 8(2)(b)(iv) requiere que la ventaja militar sea «concreta y directa», lo cual podría limitar la defensa de necesidad militar.

Es difícil valorar si el artículo 8(2)(b)(iv) supone realmente un avance o un retroceso y, si se considera un retroceso, cuánto se retrocede en relación con el derecho consuetudinario actual. No faltan autores, como Marcos Orellana, que califican la protección que el Estatuto de Roma otorga al medioambiente como un retroceso. Lo seguro es que será difícil probar la responsabilidad criminal bajo este artículo. En este punto al menos, los autores parecen estar todos de acuerdo.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS

Los siguientes comentarios son unas observaciones y valoraciones personales basadas en mi experiencia práctica como fiscal en el TPIY, y desde hace 15 meses como fiscal de delitos medioambientales en mi país. Al final, si hay tiempo para preguntas, me gustaría saber vuestras opiniones, si estáis de acuerdo o no con las observaciones que voy a hacer, y por qué.

a) Consideraciones legales y estratégicas

En mi opinión, el principal obstáculo legal existente en este campo es la falta de protección directa en los conflictos armados no-internacionales (CANI). Como hemos comentado al analizar el Estatuto de Roma, la mayoría de los casos penales internacionales actualmente tratan de conflictos internos. Por lo tanto, la protección del medioambiente es mínima y exclusivamente indirecta. De hecho, en los casos del TPIY y la CPI, parece que hay prácticamente cero protección en los CANI.

A la vez, hemos visto que casi todas las normas existentes tienen problemas de interpretación, lo cual a su vez puede causar varios tipos de problemas. Por un lado, los problemas de interpretación implican falta de claridad legal. Como hemos visto, el derecho internacional respecto a daños al medioambiente no está perfectamente claro —hay lagunas y problemas de interpretación. En un caso extremo, esa ambigüedad podría chocar con el principio *nullum crimen sine lege*— no hay responsabilidad criminal si el acto no estaba (claramente) recogido por ley. Yo creo que sería raro que este tipo de ambigüedad hiciera fracasar un caso, pero no me parece inconcebible.

Por otro lado, existen consideraciones informales de «justicia» que es importante tener en cuenta. La falta de claridad legal puede impactar en las decisiones de los jueces. Es decir, en mi experiencia siempre es mucho más fácil condenar a un acusado que sabía perfectamente que estaba violando la ley, pero le daba igual. Al contrario, si un acusado puede argumentar creíblemente que no sabía que violaba una norma legal, los jueces se lo pensarán dos veces antes de declararle culpable. Estas consideraciones pueden llevar a los jueces a determinar que el acusado no actuó con el dolo necesario, o que actuó de modo inconsciente.

También es importante considerar las elecciones de litigio estratégico que tienen que tomar los fiscales internacionales. En la justicia internacional los fiscales normalmente tienen que elegir entre numerosas violaciones e imputaciones. Por consideraciones de economía legal y de credibilidad con los jueces, un fiscal casi siempre prefiere escoger cargos bien establecidos que no presentarán litigio innecesario sobre temas puramente legales. Quizás deberíamos ser más aventureros para avanzar la jurisprudencia internacional, pero el primer deber de un fiscal no es crear jurisprudencia, sino buscar justicia en el caso concreto y sostener la integridad del proceso penal. Por ello es posible que teniendo en cuenta estas consideraciones, los fiscales internacionales prefieran no litigar casos de daños medioambientales conscientes de la ambigüedad existente en la legislación actual.

b) Consideraciones de investigación y pruebas

En base al marco jurídico existente también es posible prever problemas específicos para investigar delitos medioambientales.

En primer lugar, respecto al acceso a las pruebas y al sitio del crimen, sobre todo en conflictos que siguen activos, puede resultar difícil o imposible acceder al sitio de un crimen para obtener pruebas. Esto es cierto en todos los casos surgidos de conflictos armados. Por ejemplo, en un principio, los investigadores de la CPI no podían entrar en Sudán para investigar las violaciones que se estaban cometiendo en Darfur por motivos de seguridad. Podéis imaginar, por lo tanto, la dificultad que esto conlleva a la hora de investigar los hechos. En el caso de Sudán, al menos los investigadores parece que sí pudieron entrevistar a las víctimas que se habían refugiado en Chad y otros países. En el caso del medioambiente esto no habría sido posible, porque no habría acceso a la víctima principal – la naturaleza. En casos medioambientales, las pruebas científicas van a ser las más importantes y el testimonio de testigos,

aunque pueda constituir prueba adicional, en la mayoría de las instancias no será suficiente para probar el caso.

Respecto al artículo 8 del Estatuto de Roma, por ejemplo, además de ser grave el daño al medioambiente tiene que ser «extenso» y «duradero». La fiscalía tendría que probar que el daño medioambiental ha afectado a mucho territorio, al menos cientos de kilómetros cuadrados, y durante un largo tiempo, quizás durante décadas. Es difícil ver como estos requisitos se cumplen a base de testimonios ordinarios. En mi opinión, la falta de pruebas científicas que normalmente implica una investigación *in situ* constituirá un problema real en la investigación y sanción de delitos medioambientales, al menos cuando se trata de conflictos activos.

Otro problema a tener en cuenta es el tema de la causalidad. En el derecho ambiental existe la necesidad de probar que los daños al medioambiente resultaron del acto alegado. En casos penales, esto debe establecerse «más allá de toda duda razonable». Por ejemplo, imaginemos que un bombardeo destruye una fábrica de químicas industriales y después de unos meses, flora y fauna comienzan a morir alrededor de pozos naturales en la zona, o a 50 kilómetros río abajo. La dificultad en ese caso es cómo establecer la conexión entre los daños y el acto del acusado. Aun en los casos menos complejos, suele hacer falta el testimonio u opinión de un perito científico para explicar la base científica al juez o al jurado. En algunos casos, es simplemente imposible establecer la causalidad y hay que abandonar la acusación.

En cuanto a los temas científicos, en la práctica casi todos los casos penales medioambientales tendrán algún aspecto científico. Pueden surgir temas ecológicos, químicos o físicos, hidrológicos, etc. Estos campos resultarán poco familiares para la mayoría de los fiscales e investigadores de crímenes de guerra. Los fiscales e investigadores estamos acostumbrados a trabajar con temas de medicina forense, exámenes balísticos, identificación a base de ADN, etc., pero casi ninguno es biólogo. Eso puede presentar problemas, no porque se necesitará expertos externos para dar testimonio —eso es normal— sino por las siguientes razones:

- 1) al resultar extraños o difíciles, los temas medioambientales pueden perder prioridad a favor de temas más conocidos en el derecho penal internacional;
- 2) a veces los temas científicos no se entenderán con suficiente profundidad a la hora de cursar el acto de acusación, cuando la estructura legal del caso se decide; o porque
- 3) la presentación del caso a la hora del juicio puede verse perjudicada. Es muy difícil examinar un testigo o componer argumentos sobre algo que

el mismo fiscal no entiende en profundidad. Y en muchos casos los jueces tendrán aún menos conocimiento de estos temas que los abogados.

Un buen fiscal tomará todo esto en consideración en el momento de decidir si incluir o no un cargo medioambiental en su acto de acusación. Quiero enfatizar que al mencionar todos estos problemas o posibles obstáculos, no estoy argumentando que un caso penal por daños al medioambiente durante una guerra es imposible, ni mucho menos. Todos estos temas son superables, y serán superados, tarde o temprano. Yo los menciono porque en mi opinión existen y porque precisamente para superarlos tenemos que ser conscientes de ellos.

V. EL FUTURO

Muchos de vosotros estaríais de acuerdo con las siguientes dos declaraciones: 1) el medioambiente ha sufrido y sigue sufriendo significativos daños y destrucción a causa de los conflictos armados; 2) la protección existente es insuficiente para eliminar o al menos minimizar suficientemente esa destrucción. La pregunta entonces es: ¿Qué podemos hacer para mejorar esta situación?

Para mí, la tarea más importante es la ampliación de la protección del medioambiente en conflictos armados de carácter no internacional. Existen buenos argumentos para imponer las mismas protecciones tanto durante conflictos armados de carácter no internacional como durante los conflictos internacionales, lo cual sería un paso importante.

En segundo lugar, se podrían solucionar algunos de los problemas de interpretación que hemos visto. Por ejemplo, se podrían revisar algunas de las normas existentes para proteger el medioambiente explícita y directamente. El cambio más visible ahora mismo sería revisar el artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma para facilitar casos medioambientales en la CPI. Por ejemplo, se podría cambiar la frase «manifiestamente excesivos» por simplemente «excesivos», o ampliar el dolo para incluir acciones no sólo con intención y a sabiendas de que causarán daños, sino también las acciones que una persona razonable debería prever que van a causar daños al medioambiente. Se podría debatir, y se debería, si estos cambios que he mencionado serían apropiados y justificados. A pesar de ser ejemplos relativamente poco complicados, pequeños cambios de este tipo podrían asegurar una mejor y más amplia protección del medioambiente en los conflictos armados.

Pero hasta cambios tan pequeños no serán fáciles de conseguir, y se podría argumentar que al final del día resultarían de poca ayuda. Por

eso hay quien piensa que hace falta una acción más radical. Por ejemplo en 1991, como respuesta a los terribles daños al medioambiente causados durante la Primera Guerra del Golfo, el Profesor Glen Plant entre otros propusieron la idea de establecer un «Quinto Convenio de Ginebra» para proteger el medioambiente en tiempos de guerra. Entre las propuestas notables, se incluyó la de identificar condiciones bajo las cuales la necesidad militar no justificara la destrucción del medioambiente. Otra propuesta habría obligado a los Estados a preparar estudios medioambientales antes de usar nuevas armas que podrían impactar en el medioambiente. Y otra propuesta sería la adopción de una norma parecida al artículo 35(3) del Protocolo Adicional I, pero sustituyendo el lenguaje por el propuesto en el ENMOD: «vasto, duradero o grave».

La idea del Quinto Convenio de Ginebra fue discutida durante varias conferencias internacionales por académicos, políticos, ONGs, gobiernos y la Organización de Naciones Unidas. A pesar de toda la atención y discusión, no se llegó a ningún acuerdo debido a las dificultades en establecer varios datos básicos, incluyendo una valoración científica del daño causado al medioambiente por los conflictos armados. Que yo sepa, la idea ahora está prácticamente fuera de los debates actuales.

Se debe mencionar también que no todos los expertos apoyaban la idea de un «Quinto Convenio de Ginebra». Dichos autores dicen que, en vez de comenzar un nuevo proceso de codificación, que puede o no ser productivo, nuestros esfuerzos serían mejor utilizados trabajando para la correcta interpretación y desarrollo de las normas existentes. En este sentido, os recuerdo la experiencia del Estatuto de Roma que muchos autores ven como un retroceso en la protección legal del medioambiente. Tenemos que preguntarnos, si reuniéramos a los actuales gobiernos del mundo para codificar el derecho internacional respecto a la protección del medioambiente: ¿Daríamos un paso adelante, o hacia atrás? Tenemos que ser realistas en cuanto al momento político mundial y las dificultades que surgen en la negociación de convenios y otros textos legales de carácter internacional.

Otras ideas incluyen ampliar la definición de crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma para incluir el desastre medioambiental. De esa forma, la destrucción deliberada del medioambiente quedaría prohibida en los conflictos internacionales y no internacionales, y hasta sin la necesidad de probar la existencia de un conflicto armado. También se ha propuesto crear una corte penal internacional especialmente para juzgar delitos contra el medioambiente.

En fin, estas son sólo algunas de las ideas que existen para fortalecer la protección al medioambiente frente a las amenazas de la guerra

moderna. Hay diferencias de opinión sobre cómo lograr una mejor protección, pero en general la tendencia favorece una ampliación de la protección del medioambiente. En mi opinión, hay razones para ser optimistas, pero a la vez debemos reconocer que queda mucho por hacer y que el futuro de nuestro planeta depende de nuestras acciones.