

GUERRA LÍCITA: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y OTROS MÉTODOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

Matthew P. Thomas *

I. INTRODUCCIÓN

La economía es cada día más globalizada y así también, las medidas de protección del medio ambiente han ido evolucionado hacia un sistema en el cual teóricamente todos los gobiernos y empresas son responsables de indemnizar por los daños ambientales que puedan causar en el mundo. Este sistema de protección además requiere que los actores realicen una evaluación de las posibles consecuencias ambientales de cualquier actividad o proyecto antes de que empiecen a desarrollarse. Esto, porque la comunidad internacional reconoce que hay daños ambientales que son irreparables y entiende también que es necesario proteger los recursos naturales que hoy están disponibles para el hombre, ya que éstos son limitados.

Lo anterior es aplicable a todas las actividades lícitas que se desarrollan, salvo en el caso de las actividades bélicas. La protección ambiental en torno a la guerra es aún incipiente y lamentablemente no existe ningún instrumento internacional que regule específicamente este tema. De hecho, no hay ninguna norma internacional que obligue a los Estados a hacer una evaluación de su impacto ambiental.¹

En términos generales, los únicos instrumentos que exigen la realización de un estudio de impacto ambiental (EIA)² son los contemplados en leyes nacionales y en ciertos tratados bilaterales o multilaterales. Sin embargo, no todos los ordenamientos nacionales consideran la evaluación de los impactos ambientales de carácter transfronterizo –aspecto esencial en una guerra– y en cuanto a los instrumentos internacionales, si bien hay algunos que sí exigen evaluar los posibles daños transfronterizos, pero ninguno se refiere específicamente a las actividades bélicas.

La única norma internacional que regula el impacto ambiental de la guerra es el

* Abogado, Washington University in St. Louis, admitido en la barra de Massachusetts. En la elaboración y traducción del presente artículo colaboraron FIMA y especialmente Gabriela Burdiles Perucci y Rodrigo Polanco Lazo, a quienes agradezco su inmenso apoyo.

1 La opinión de la CIJ en el caso de Uruguay v. Argentina establece que, bajo el derecho internacional consuetudinario, podría ser obligatorio para los Estados hacer evaluaciones de los impactos ambientales que generan daños transfronterizos, sin embargo la Corte no señaló los fundamentos de esta postura. *Infra* n. 21.

2 Actualmente 45 países son signatarios y han ratificado la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, firmado en Espoo (Finlandia), el 25 de febrero de 1991, (1989 UNTS 309, 30 ILM 800 (1991)). Este tratado obliga que los Estados miembros a hacer un EIA por cada actividad que probablemente generará efectos transfronterizos adversos. Sin embargo, no se mencionan las actividades relativas a la guerra, como la venta de armas, operaciones de mantenimiento de la paz, o la operación de bases militares. Los Estados miembros pueden consultar entre ellos y decidir mutuamente hacer un EIA por otras actividades no mencionadas en el Anexo 1 de dicho Tratado, pero es necesario el consentimiento de los dos países.



Derecho Internacional Humanitario, que prohíbe “*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*”.³ Además, el Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla en su artículo octavo como un crimen de guerra, la infracción a dicha norma.⁴ Hasta el momento, ninguna persona, Estado o empresa, ha sido acusado por un crimen ambiental de guerra.

Los potenciales métodos de protección del impacto ambiental respecto de la guerra, pueden dividirse en seis categorías, todas las cuales tienen diferentes niveles de protección: desarrollo de armas, producción de armas, venta de armas, operaciones de mantenimiento de la paz, guerras de agresión, y mantenimiento militar. De esas categorías las únicas que requieren un EIA, en la mayoría de los países, son el desarrollo y producción de armas, y el mantenimiento militar.

Respecto de la venta de armas, no existe ningún instrumento de internación que limite la venta de armas convencionales en general, tampoco respecto del daño que puedan causar al medio ambiente. Además, cada país tiene su propio sistema para aprobar la venta de armas y ninguno exige la elaboración de un estudio de impacto ambiental.⁵

En relación a las operaciones de mantenimiento de la paz, las medidas que protegen al medioambiente en normas internacionales (tratados y derecho internacional consuetudinario) dependen de si el conflicto armado tiene carácter nacional o internacional.⁶ Si las operaciones de mantenimiento de paz se hacen con el consentimiento del país, podría decirse que no existe ningún conflicto armado internacional y la única protección ambiental es la que se contempla en las leyes nacionales. Sin embargo, si las operaciones de mantenimiento de la paz se llevan a cabo sin el consentimiento del país ocupado, probablemente con autorización de Naciones Unidas, el conflicto sería de carácter internacional y el medio ambiente estaría protegido por el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma). Esas normas son las mismas que se aplican a las guerras de agresión. Esto no implica la legalidad de la guerra, significa que en todo caso, el país que está en guerra no puede alterar el medio ambiente, causando daños “*extensos, duraderos y graves*”. Aunque esa regla existe en el texto de dichos instrumentos internacionales, como ya lo hemos señalado, nadie ha sido acusado de un crimen de guerra por daño al medio ambiente.

Pese a que es necesario hacer evaluaciones de impacto ambiental respecto de casi todas las actividades que se desarrollan en el mundo, en relación a las bases militares extranjeras,⁷ los gobiernos afirman en general, que existe una excepción a sus propias regulaciones, principalmente porque exigir esto implicaría una violación

3 Art. 35 N° 3 del 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).

4 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Art. 8 N° 2 b (iv), 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 90, reimpresso en 37 I.L.M. 999 (entró en vigencia el 1 de julio de 2002).

5 Ver Informe del Secretario General de Naciones Unidas titulado, “Hacia un tratado sobre el comercio de armas: establecimiento de normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales”, A/63/334, (26 de agosto de 2008).

6 Aurelie Lopez, Criminal Liability for Environmental Damage Occurring in Times of Non International Armed Conflict: Rights and Remedies, (Primavera 2007), 18 Fordham Envtl. Law Rev., pp. 231, 232.

7 En este artículo, por “mantenimiento militar” nos referiremos a la reparación y posesión de las bases militares en todo el mundo.

de la soberanía del país anfitrión.⁸ Para hacer una evaluación de este tipo, el país extranjero tendría que obtener y analizar información respecto del medio ambiente del Estado anfitrión, lo que significaría una violación de su derecho soberano para actuar y disponer de sus recursos naturales en la manera que éste desee. El resultado es que las fuerzas armadas generalmente están exentas de la obligación de analizar el impacto de sus bases militares en el medio ambiente, cuando esas bases están ubicadas fuera del país.

Aún cuando no hay mucha regulación en esta materia, existen algunas alternativas posibles para ampliar la protección ambiental de la guerra. Algunas de esas alternativas ya existen pero todavía no se han implementado. Por ejemplo, en la Unión Europea y en Estados Unidos es necesario hacer un estudio del impacto ambiental respecto de las actividades del gobierno.⁹ En el caso de Estados Unidos, el Acta Nacional de Protección Ambiental (NEPA por sus siglas en inglés) es la que regula este tema y exige realizar un EIA, pero sin considerar los efectos transfronterizos. Posteriormente, una orden ejecutiva del presidente amplió los requisitos de la NEPA para cubrir este tipo de efectos, sin embargo, esa orden específicamente excluye la venta de armas y las acciones militares armadas.

En el caso, de la Unión Europea también se excluyen las actividades militares de la obligación de hacer un EIA, quedando a discreción de cada país si regular esas acciones o no.¹⁰ También existen algunas propuestas para la celebración de nuevos acuerdos comerciales y protocolos internacionales destinados a limitar la venta de armas y también para la protección del medio ambiente ante posibles daños causados por guerras. Sin embargo, las propuestas existentes para establecer limitaciones al comercio de armas no consideran como un criterio a evaluar, los daños al medio ambiente que éstas puedan causar.¹¹ Por otro lado, algunos tratados comerciales que exigen que las EIA consideren los potenciales impactos transfronterizos, no se refieren explícitamente a las ventas de armas y tampoco al uso posterior de éstas. Es por esto que es necesario ampliar el alcance de la EIA para incluir los potenciales efectos del uso de las armas después de su venta, ya que la legislación vigente sólo abarca los efectos ambientales inmediatos de éstas y no hay ningún requisito para considerar los efectos secundarios o hipotéticos.

Ante estos vacíos legales, la alternativa más viable para proteger el medio ambiente, es la responsabilidad civil y criminal.

En 1789, Estados Unidos promulgó la "Alien Tort Claims Act" (ATCA por sus siglas en inglés),¹² la que otorga jurisdicción a los tribunales de los Estados Unidos para que conozcan demandas civiles de extranjeros en contra de ciudadanos nacionales y extranjeros.

8 Margot Laporte, *Being All it Can Be: A Solution to Improve the Department of Defense's Overseas Environmental Policy*, 20 *Duke Envtl. L. & Pol'y F.* 203, 210 (2010); George H. Keller, *Greenpeace USA v. Stone: The Comprehensive Environmental Impact Statement and the Extraterritorial Reach of NEPA* 14 *U. Haw. L. Rev.* 751, 792 (1992).

9 42 U.S.C. § 4321-4370a (1988); Jeffrey E. Gonzalez-Perez & Douglas A. Klein, *The D.C. Circuit Review: September 1992 – August 1993: Environmental Law: The International Reach of the Environmental Impact Statement Requirement of the National Environmental Policy Act*, 62 *Geo. Wash. L. Rev.* 757, 758 (1994); 2001 D.O. (L 197) 30.

10 Directiva del Consejo 85/337/EEC, art. 1(5) 1985 D.O. (L 175).

11 *Supra*, nota 5.

12 28 U.S.C. § 1350 (2006).



En contraste con lo anterior, la mayoría de los Estados no tienen jurisdicción para conocer demandas presentadas por extranjeros en contra de otros extranjeros, pero en algunos países de Europa sí existen algunas vías para que los extranjeros puedan demandar a sus nacionales, por acciones que éstos desarrollan en el extranjero, cuando, por razones prácticas o legales, no existe ninguna posibilidad de llevar esos casos a la jurisdicción del país donde se originó el daño.¹³ El efecto es que los extranjeros pueden, por ejemplo, demandar a una empresa multinacional por daños civiles causados por violaciones al derecho internacional.¹⁴

Pese a que, hasta el momento, no se ha demandado a ningún fabricante de armas, que por su negligencia haya ocasionado daños injustificados (incluidos daños ambientales), no hay ninguna razón para establecer *a priori* que esto no pueda pasar en el futuro. Además, el derecho penal internacional codificado en los Estatutos de Roma¹⁵ prohíbe el uso de armas que causen “daños extensos, duraderos y graves” al medio ambiente. Es evidente que existen ciertas limitaciones en cuanto a la aplicación de este Estatuto y, que como ya se ha señalado, hasta la fecha, ninguna persona ha sido acusada por un crimen ambiental de guerra ante un tribunal internacional.¹⁶ Debido a lo anterior, bajo la regulación vigente, la manera más efectiva de proteger al medio ambiente será que los tribunales obliguen a los demandados a indemnizar a la gente que sufre daños. Si efectivamente se exigiera a las empresas multinacionales que indemnizaran a las víctimas por los daños que causan las armas que ellos fabrican y si además, se acusara a los responsables de cometer un crimen ambiental de guerra, seguramente esas empresas y personas responsables van a preferir desarrollar acciones preventivas de manera de limitar los eventuales daños que puedan ocasionarse con sus armas.

II. ETAPAS DE UNA GUERRA LÍCITA QUE PUEDEN AFECTAR AL MEDIO AMBIENTE

A. Desarrollo y fabricación de Armas

El desarrollo o diseño de armamento es el primer paso en el uso de armas en una guerra y posiblemente este paso sea la primera línea de defensa en contra de los daños injustificados al medio ambiente, que son causados por armas que fueron diseñadas sin este resguardo. Sin embargo, el desarrollo de armamento no está cubierto expresamente por ninguna norma que obligue a hacer estudios de impacto ambiental.

¹³ Inglaterra no tiene una ley del tipo de la ATCA, pero el derecho común establece que los tribunales pueden conocer los casos en que el demandado pueda ser notificado dentro de esa jurisdicción. El demandante podrá presentar una demanda ante un tribunal de Inglaterra por infracciones al derecho internacional que generen responsabilidad civil, tales como lesiones causadas por daños ambientales ilícitos durante una guerra, cuando el demandado ha sido notificado dentro de su jurisdicción. El ordenamiento jurídico de Francia permite a los demandantes presentar una demanda civil junto con una acción penal en el sistema *partie-civil*. Sin embargo, no es tan fácil perseguir la responsabilidad civil en este sistema en comparación con el sistema de Inglaterra, pero es una manera posible para perseguir la responsabilidad de un nacional de Francia que ha causado un agravio en una jurisdicción extranjera. Bahareh Mostajelean, *Foreign Alternatives to the Alien Tort Claims Act: The Success (or is it Failure?) of Bringing Civil Suits Against Multinational Corporations that Commit Human Rights Violations*, 40 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 497 (2008).

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Supra*, nota 4.

¹⁶ López, *supra*, nota 6.

A pesar de este vacío, las prácticas militares modernas sí tienen en cuenta las consecuencias del uso de armas durante un conflicto armado, por lo que generalmente, contienen directrices para limitar el daño ambiental.¹⁷ Por ejemplo, el Departamento de Defensa de Estados Unidos ha promulgado una orden que obliga a todos los comandantes a que realicen una evaluación del impacto respecto de cada acción que pueda causar graves daños al medio ambiente, dichas acciones incluyen las operaciones militares.

Ahora bien, los informes o estudios de impacto ambiental, para el desarrollo de armas no son obligatorios, pero es probable que los militares de EE.UU y de otros países, prefieran hacer una evaluación previa del impacto ambiental que puedan ocasionar las armas antes de invertir en su desarrollo.

De todos modos, esta evaluación está exenta de divulgación pública por una cuestión de seguridad nacional, así como cada programa de desarrollo de armas.¹⁸

En cambio, si es obligatorio realizar una evaluación del impacto ambiental para cualquier prueba de armamento y para la fabricación de armas. Así ocurre en EE.UU y en la Unión Europea, donde cada acto del gobierno debe ir acompañado de un EIA,¹⁹ así como la decisión de probar nuevas armas. Por ejemplo, la NEPA obliga a hacer un EIA para el desarrollo y la fabricación de armas, pero esa EIA sólo considera los efectos inmediatos de ese programa y los efectos ambientales de probar esas armas, por lo que no mide las eventuales consecuencias ambientales del uso de las armas en una guerra.²⁰

Las leyes de la mayoría de los países que venden armas en el mundo, no exigen realizar una evaluación de los daños eventuales del uso de las armas sobre el medio ambiente, sino que sólo contemplan los riesgos directos del desarrollo y la fabricación de armas. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia en la caso sobre las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay, ha reconocido implícitamente que no es obligatorio "evaluar los riesgos remotos o puramente especulativos".²¹

En cuanto a la aplicación de estas normas, los tribunales de Estados Unidos han interpretado la NEPA de manera que ésta sólo se aplica a actividades desarrolladas dentro del país. También, la ley de la Unión Europea sólo requiere que los Estados miembros consulten con sus Estados vecinos en caso de que una determinada acción pueda tener un impacto potencial al medio ambiente del otro país.

No obstante, como ya se ha adelantado, ninguna de estas normas obliga a realizar una EIA tomando en cuenta las consecuencias eventuales del uso de armas durante un conflicto armado.

¹⁷ Laporte, *supra*, nota 8, páginas 206-07.

¹⁸ *Weinberger v. Catholic Action of Haw.*, 454 U.S. 139, 145 (1981) ("[T]he public's interest in ensuring that federal agencies comply with NEPA must give way to the Government's need to preserve military secrets.").

¹⁹ ONU, *supra*, nota 5.

²⁰ Ver por ejemplo: Department of the Army, Programmatic Environmental Assessment for the Fabrication, Assembly and Manufacturing of Weapon Systems Platforms at Joint System Manufacturing Center-Lima (2008); U.S. Army Environmental Command, Programmatic Environmental Assessment Unmanned Aerial Systems Training and Testing at U.S. Army Installations, Draft, (2010).

²¹ *Celulosa en el Río Uruguay* (Arg. v. Uru.) (Int'l Ct. Justice 23 Abril 2010), párrafo 203.



B. Venta de Armas

El mercado de armas carece aún de una normativa en el ámbito internacional. En cambio, en el ámbito nacional este mercado tiene una alta regulación, aunque no existe ninguna limitación específica en relación al medio ambiente.

La estructura del mercado internacional de armas es tal, que la protección ambiental es teóricamente posible, sin embargo hasta este momento no existen medidas de control vinculantes a nivel internacional sobre el mercado de armas. En esta situación sólo se aplican las leyes nacionales y algunas normas de derecho internacional que no son vinculantes, resultando un mosaico de normas, ninguna de las cuales tiene en cuenta el daño al medio ambiente.

El mercado internacional de armas está altamente concentrado. Los cinco primeros exportadores, en cualquier año, generalmente son los Estados Unidos, Rusia, Alemania, Francia e Inglaterra.²² Actualmente no existe ningún acuerdo internacional vinculante que regule la venta de armas convencionales.²³ Diversos tratados proscriben la posesión, uso, o venta de determinadas armas tanto por razones humanitarias como ambientales.²⁴ Sin embargo, actualmente sólo leyes nacionales rigen la venta de armas convencionales. La Unión Europea tiene un protocolo que rige la venta de armas, pero es una norma de aplicación voluntaria.²⁵ Las únicas restricciones legalmente vinculantes sobre la venta de armas son las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que imponen embargos de armas como sanciones a determinados países u organizaciones.²⁶

El proceso de compra de armas en el mercado internacional, difiere de un Estado a otro. En 1996, un grupo de naciones interesadas adoptó el Arreglo de Wassenaar que es el primer acuerdo multilateral sobre la venta de armas y productos de doble uso.²⁷ Este arreglo es una norma de *soft law* cuyo objetivo es fomentar en los Estados participantes que controlen la exportación de armas convencionales y los productos con doble uso que puedan provocar una acumulación de armas que cause inestabilidad en las regiones más vulnerables del mundo. En general, Wassenaar es un acuerdo de reparto de información que requiere de cada Estado reportar las exportaciones de armas y la denegación de las solicitudes de exportación, dos veces al año.²⁸ El Arreglo de Wassenaar también mantiene una lista común de productos para los que los Estados deben mantener controles eficaces de exportación y

22 Paul Holtom and Mark Bromley, *The International Arms Trade: Difficult to Define, Measure, and Control*, Arms Control Association (julio/agosto 2010), <http://www.armscontrol.org/print/4306> (07/07/2011).

23 ONU, *supra*, nota 4, página 12.

24 Tratado de No Proliferación Nuclear, abierto a la firma el 1 de Julio de, 1968, 21 U.S.T. 483, 729 U.N.T.S. 161; Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su Destrucción, 23 Nov. 1993, S. Treaty Doc. No. 103-21, 1974 U.N.T.S. 45, disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-3&chapter=26&lang=en; Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su destrucción, 10 de abril de 1972, 26 U.S.T. 583, 1015 U.N.T.S.163, 11 I.L.M. 309.

25 Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas, 2009 D.O. (C 66) 48.

26 Mostajeleian, *supra*, nota 12, página 6.

27 Wassenaar Arrangement Secretariat, *Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies: Basic Documents* (2011), <http://www.wassenaar.org/publicdocuments/2011/docs/WA-DOC%20%2811%29%20001%20-%20Basic%20Documents%20-%20January.pdf> (07/07/2011).

28 *Id.*

para los que los Estados deben reportar sus ventas.²⁹ Los Estados exportadores individualmente mantienen una lista conforme a los productos que requieren una licencia de exportación. El comercio internacional de estos productos debe ser reportado a los otros signatarios de Wassenaar.

Los procesos en cada Estado para hacer cumplir esos controles de exportaciones varían significativamente. En los Estados Unidos, existen dos opciones para exportar productos militares: las ventas comerciales directas y las ventas militares al extranjero (FMS).³⁰ Para hacer una venta comercial directa de armas, cualquier extranjero o ciudadano de los Estados Unidos tiene que postular para obtener una licencia de exportación. Existen tres procesos diferentes de exportación. Si el producto es un producto de doble uso (civil y militar), el país de importación tiene que postular en el Departamento de Comercio. Si el producto es equipos de defensa, el Departamento de Estado tiene que emitir la licencia de exportación. Finalmente, si la venta es de equipos de defensa con valor superior a cinco millones de dólares, dependiendo del tipo de venta, el Departamento de Estado tiene que notificar al Congreso. El Congreso tiene la opción para anular la emisión de la licencia al aprobar una ley.³¹ Los militares de Estados Unidos pueden hacer una venta directa de productos militares que se llama "*Foreign Military Sales*" (FMS en sus siglas en inglés). En ese tipo de transacción un gobierno extranjero contrata directamente con los militares de los Estados Unidos para comprar armas. Después, Estados Unidos puede suministrar los productos desde su inventario o puede contratar con un fabricante privado para suministrar los productos. La ventaja del programa FMS es que el país importador tiene el beneficio de la experiencia militar de los Estados Unidos para hacer contratos con fabricantes, y también puede juntar sus compras con las de Estados Unidos y así recibir descuentos y beneficiarse de una economía de escala. La desventaja es que el país importador no tiene un vínculo contractual con el fabricante, sino que sólo tiene una relación contractual con el gobierno de los Estados Unidos.³²

En la Unión Europea no existen regulaciones vinculantes para las exportaciones de armas convencionales, pero sí se han adoptado ciertos criterios contenidos en el denominado "*Code of Conduct on Arms Export*".³³ Este Código es una guía para cada Estado miembro para evaluar todas las peticiones de exportaciones de armas convencionales o productos de doble uso de acuerdo a ocho criterios.³⁴ Además, tal como el Acuerdo de Wassenaar, el Código exige también a los Estados miembros

29 Wassenaar Arrangement Secretariat, Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies: Control Lists <http://www.wassenaar.org/controllists/index.html> (07/07/2011).

30 Ver 22 U.S.C. §§ 2751-96d (2000).

31 22 C.F.R. §§ 120-30 (2010).

32 Sec'y of State for Def. v. Trimble Navigation Ltd., 484 F.3d 700 (4th Cir. 2007).

33 Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas DO C 167 de 1.6.1998, p. 226.

34 Id. Criterio 1: "Respeto de los compromisos internacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en particular las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las decretadas por la Comunidad, los acuerdos de no proliferación y otros temas, así como otras obligaciones internacionales." Criterio 2: "Respeto de los derechos humanos en el país de destino final." Criterio 3: "Situación interna del país de destino final, en términos de la existencia de tensiones o conflictos armados." Criterio 4: "Mantenimiento de la paz, la seguridad y la estabilidad regionales." Criterio 5: "Seguridad nacional de los Estados miembros y de los territorios cuyas relaciones exteriores son responsabilidad de un Estado miembro, así como de los países amigos y aliados." Criterio 6: "Comportamiento del país comprador frente a la comunidad internacional, en especial por lo que se refiere a su actitud frente al terrorismo, la naturaleza de sus alianzas y el respeto del Derecho Internacional." Criterio 7: "Existencia del riesgo de que el equipo se desvíe dentro del país comprador o se reexporte en condiciones no deseadas." Criterio 8: "Compatibilidad de las exportaciones de armas con la capacidad económica y técnica del país receptor, teniendo en cuenta la conveniencia de que los Estados satisfagan sus necesidades legítimas de seguridad y defensa con el mínimo desvío de recursos humanos y económicos para armamentos."



informar a los otros países, los rechazos de licencias de exportación. Por ser una norma no vinculante, cada miembro de la Unión Europea es libre para adoptar leyes diferentes con el propósito de cumplir el Código. Esas leyes pueden ser iguales o más restrictivas que las del Código y de hecho, los controles de exportación en cada Estado miembro varían un poco en ese sentido. En general, un órgano del gobierno debe emitir una licencia de exportación y eso es similar a las normas existentes en Estados Unidos. Sin embargo, una diferencia es que en EE.UU el Congreso puede anular una licencia de exportación, y esa facultad no existe en los países de Europa. Francia tiene un sistema de control de armas que cumple con el código de conducta de la UE, pero es significativamente diferente al sistema de los Estados Unidos. Dos pasos son necesarios para exportar armas desde Francia. Primero, una pre-aprobación que se debe dar por el Secretario General de la Defensa Nacional. Una vez que se ha obtenido la pre-aprobación para exportar los productos, debe concederse una licencia por el Director General de Aduana, pero sólo después de la recomendación del Ministerio de Defensa, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Economía, el Ministerio de Finanzas e Industria, y del Secretario General del Defensa Nacional, en nombre del Primer Ministro.³⁵

Rusia tiene un régimen similar para la exportación de armas. Sin embargo, el funcionamiento del sistema ha sido criticado por ser demasiado laxo. El Ministerio de Defensa concede licencias de exportación para productos militares, tales como armas y productos con doble uso, y el Ministerio del Economía Desarrollo y Comercio (MEDT) otorga licencias de exportación para productos no militares. El examen que realizan los órganos del gobierno en este proceso, es frecuentemente criticado por ser demasiado indulgente y porque las armas de Rusia muchas veces terminan en los mercados prohibidos por las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU.³⁶

China tiene una compleja estructura de control de armas con algunas agencias encargadas de emitir licencias de exportación, y múltiples agencias que deben revisar la solicitud. El Ministerio de Comercio es el departamento que, en general, aprueba la exportación de productos militares, incluidas armas convencionales y la mayoría de productos con doble uso. Además, la Agencia de Energía Atómica de China (CAEA) es la que tiene competencia para conceder las licencias de exportación para tecnología nuclear. Esas licencias primero deben ser aprobadas por el Ministerio de Comercio y luego por la CAEA. Finalmente, la Oficina de Implementación de la Convención Sobre Armas Químicas tiene jurisdicción sobre la exportación de productos que se enumeran en la convención. Aparte de esas tres oficinas, hay algunos órganos de decisión política que pueden participar en la aplicación y el examen de las decisiones de exportación.³⁷

Todas las mencionadas normas de exportación han sido diseñadas para prevenir la proliferación de armas destinadas a desestabilizar regiones vulnerables del mundo, llegando a convertir esos conflictos en guerras. Sin embargo, ninguna de esas

35 El Control de las Exportaciones de Armamentos, France Diplomatie, http://www.diplomatie.gouv.fr/es/accion-francia_217/desarme-y-control-armas_3858/desarme_394/el-control-las-exportaciones-instrumento-prevencion_2496/el-control-las-exportaciones-armamentos_5567.html?var_recherche=exportaci%F3n+armas (17/07/2011).

36 Russia: Export Control Overview, Nuclear Threat Initiative (24 Abril 2003), <http://www.nti.org/db/nisprofs/russia/excon/excon.htm> (17/07/2011).

37 China's Export Control-related Bodies, Nuclear Threat Initiative, (24 de Octubre 2003) <http://www.nti.org/db/china/exconbod.htm> (17/07/2011).

regulaciones sobre exportación de armas tiene en cuenta los efectos ambientales de su venta, ni tampoco toma en consideración las consecuencias de su uso. Ninguno de los países mencionados requiere una EIA y tampoco existe ninguna agencia que tenga la responsabilidad de controlar y tomar en consideración las consecuencias al medio ambiente.

No obstante este vacío legal, dado que las normas de exportación de armas ya existen, entonces el costo de analizar los efectos ambientales de esta actividad sería mínimo, pero hasta la fecha no existe ninguna de tales normas.

C. Mantenimiento de la Paz y Guerras de Agresión

Siempre la guerra ha destruido el medio ambiente y las acciones que lo destruyen para obtener una ventaja militar no son novedades modernas. Los Escitas quemaron sus campos cuando los Persas los persiguieron en siglo VI a.C., y Roma saló la tierra de Cartago en siglo II a.C. Ejemplos modernos incluyen la destrucción de la represa Huayuankow en China, el ataque con gas venenoso en Verdún en la Primera Guerra Mundial, y el uso de "Agente Naranja" para defoliar grandes áreas de vegetación en Vietnam.³⁸

La protección contra el daño ambiental durante operaciones de mantenimiento de la paz y guerras agresivas tienen su origen en derecho internacional humanitario que se desarrolló como una consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Como se ha señalado, el primer instrumento para proteger el medio ambiente durante una guerra es el Protocolo Adicional Número Uno de los Convenios de Ginebra.³⁹ Este Protocolo fue adoptado en 1977 y establece por primera vez la responsabilidad de un Estado por los daños que provoque al medio ambiente. El segundo instrumento internacional que protege del daño ambiental durante la guerra, es el también citado Estatuto de Roma de 1998. Ninguno de los dos estatutos ha sido ratificado universalmente, sin embargo, en la actualidad el Protocolo Adicional Número Uno puede ser considerado como derecho internacional consuetudinario, vinculante para todas las naciones, independientemente de si han firmado o no el protocolo.⁴⁰

Generalmente el principio que subyace en los crímenes internacionales de guerra contra el medio ambiente es el de proporcionalidad. En todas las acciones militares, el daño al medio ambiente (también de todos los objetivos civiles), debe sopesarse con la ventaja militar que se espera obtener de alguna acción.⁴¹ Además, para que el daño tenga la calidad de un crimen internacional, éste debe ser extenso, duradero y grave. Esos requisitos constituyen verdaderos obstáculos para lograr un enjuiciamiento penal, y como hemos señalado hasta la fecha ninguna persona ha sido procesada por un crimen de guerra contra el medio ambiente.

Otro problema de la protección actual del medio ambiente durante la guerra es que el Protocolo Primero exige que se trate de un conflicto armado internacional. Esto porque, el derecho internacional humanitario siempre ha distinguido entre conflictos

³⁸ ONU, *supra*, nota 5, página 237.

³⁹ 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, 8 junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 3.

⁴⁰ Lopez, *supra*, nota 6.

⁴¹ *Id.* página 247.



internacionales y conflictos no internacionales. Los conflictos internacionales tienen una regulación más estricta en relación a la protección de los derechos humanos, en cambio la regulación para los conflictos no internacionales es mínima. Salvo cuando se trata de un derecho humano que trasciende el derecho internacional positivo y constituye una norma de *jus cogens* aplicándose también a conflictos armados no internacionales.⁴²

Muchos de los conflictos actuales no tienen un carácter internacional.⁴³ Todavía se discute en la doctrina, la decisión del TPIY (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia) donde se estableció que muchas operaciones armadas no eran conflictos internacionales porque no existía ningún conflicto entre dos países, sino que sólo existía un conflicto al interior de un país en contra de un grupo minoritario.⁴⁴ Así, la participación de una tercera nación para asistir al Estado durante una guerra civil no cambiaría necesariamente el carácter fundamental del conflicto.⁴⁵ Esto porque el país permite y dirige la operación de los militares extranjeros dentro de sus fronteras. Este tema aún es muy discutido en el derecho internacional, donde el respeto de la soberanía de los Estados y la protección de los derechos humanos se encuentran en conflicto.⁴⁶

A la luz de estas deficiencias, una Quinta Convención de Ginebra sobre la protección del medio ambiente fue propuesta y discutida en 1991, pero esta propuesta no tiene prácticamente ningún apoyo,⁴⁷ aunque demuestra la relevancia del tema.

D. Mantenimiento Militar

Por mantenimiento militar nos referimos a la presencia y uso de bases militares extranjeras, a la instalación de fuerzas militares en el extranjero y al entrenamiento de esas fuerzas. En este ámbito existe el mismo problema que se presenta en el caso del desarrollo, producción y venta de armas. Generalmente no se exige la realización de una EIA de aplicación extraterritorial. El código de la Unión Europea sobre EIA sólo requiere una consideración extraterritorial cuando el proyecto podría producir efectos significativos en otro Estado miembro.⁴⁸ Así también, el estatuto NEPA de Estados Unidos se ha interpretado de modo de que este no se aplica a actividades extraterritoriales porque esto atenta contra la soberanía del otro país.⁴⁹

Estados Unidos es el país que tiene más fuerzas militares en el extranjero. Las fuerzas armadas de EE.UU cuentan con una política ambiental que exige realizar estudios de impacto ambiental por cada acción que pueda afectar significativamente al medio ambiente. Sin embargo, las actividades que se desarrollan en el extranjero no se rigen por las políticas ambientales estadounidenses, sino que dependen

42 ONU, supra, nota 5, página 232.

43 Id.

44 James G. Stewart, Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict, 850 Int'l Rev. Red Cross 315, 335 (junio 2003), disponible en http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_850_stewart.pdf (17/07/2011).

45 Id.

46 Id. página 316.

47 Rymn Parsons, The Fight to Save the Planet: U.S. Armed Forces, "Greenkeeping," and Enforcement of the Law Pertaining to Environmental Protection During Armed Conflict, 10 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 441, 474-75 (1998).

48 Directiva del Consejo 2001/42 (EC).

49 Digan, Thomas E., NEPA and the Presumption Against Extraterritorial Application: the Foreign Policy Exclusion, 11 J. Contemp. Health L. & Pol'y 165, 181 (1994).

de las normas ambientales del país anfitrión y de cómo este las implementa. Es decir, pese a que el país anfitrión tenga leyes ambientales estrictas, si estas leyes no son fiscalizadas, las fuerzas armadas probablemente las ignorarán. Incluso, si esas leyes ambientales son estrictas y fiscalizadas, aún así queda a discreción de los comandantes, determinar la necesidad de hacer una EIA, y esta decisión no puede ser cuestionada por el país anfitrión.⁵⁰ Además, como se mencionó anteriormente, no existe norma internacional consuetudinaria o tratado internacional que regule la protección ambiental para proteger el medio ambiente del daño que puede causar una nación extranjera.

Cabe mencionar que en el caso chileno, la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente⁵¹ establece en su artículo 22 que los proyectos del sector público se someterán al sistema de evaluación de impacto ambiental y se sujetarán a las mismas exigencias técnicas, requerimientos y criterios de carácter ambiental aplicables al sector privado, salvo tratándose de instalaciones militares de uso bélico. En estos casos las Fuerzas Armadas se regirán por sus propias normativas, en el marco de los objetivos de la ley. Es decir, respecto de estas instalaciones ni siquiera existe una obligación a nivel de derecho local de someterlas a EIA.

III. POSIBLES VÍAS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

En la actualidad, no hay una adecuada protección ambiental a nivel internacional para las actividades propias de la guerra. A pesar de este panorama, es posible sostener que existen algunas alternativas para proteger el medio ambiente en estos casos. Esos métodos incluyen las evaluaciones de impacto ambiental y perseguir la eventual responsabilidad civil y penal.

Como se mencionó anteriormente, hoy no existe una obligación de evaluar de impacto ambiental de la guerra, no obstante es posible ampliar los tratados existentes que regulan la venta y fabricación de armas de manera de exigir una evaluación de impacto ambiental de estas mismas actividades.⁵² Además, en la actualidad en todos los países de los exportadores de armas más importantes, existen sistemas de evaluación de impacto ambiental respecto de otro tipo de actividades, por lo que no sería costoso aplicar este mismo sistema a la fabricación y venta de armas. Sin embargo, como todos los temas de seguridad nacional, los distintos intereses políticos podrían ser un obstáculo para su discusión.

⁵⁰ Laporte, supra, nota 8, página 210-11.

⁵¹ Ley No 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 1994.

⁵² Celulosa en el Río Uruguay (Arg. v. Uru.), supra n.21. En este caso, la CIJ ha dicho que las evaluaciones de impacto ambiental podrían considerarse como obligatorias bajo el derecho internacional consuetudinario, cuando existe un riesgo de que la actividad industrial propuesta tenga un impacto adverso y significativo en un contexto transfronterizo, en particular, respecto de un recurso compartido. Así, Uruguay y Argentina han acordado que es obligatorio hacer una EIA antes de la aprobación de la construcción de la Celulosa en el río que comparten, sobre la base de un tratado celebrado en 1975. Sin embargo, la declaración de la CIJ fue meramente especulativa, puesto que sólo tiene importancia para la resolución de este caso. En el caso de las ventas de armas, el país afectado es parte del contrato, por eso es difícil que la CIJ aplique la mencionada regla de derecho internacional consuetudinario y que obligue a un Estado exportador a hacer una EIA respecto de la venta de armas a la otra parte contratante. La declaración de la CIJ sólo se refiere a eventuales efectos adversos transfronterizos ocasionados a otros Estados que no son parte de la operación. De este modo, los Estados que forman parte de un contrato de venta sólo estarán obligados a cumplir las normas internas respectivas. (Párrafo 204).



A. Enjuiciamiento Penal

El enjuiciamiento penal es una de las soluciones internacionales viables para proteger el medio ambiente durante un conflicto armado. El Estatuto de Roma codifica la prohibición de los ataques que puedan causar daños excesivos contra el medio ambiente.⁵³ A la fecha, 110 naciones son Estados Partes en el tratado de la Corte Penal Internacional (CPI). Eso da a la CPI jurisdicción sobre cualquier conflicto armado si está involucrado un Estado Parte o si el conflicto ocurre en el territorio de un Estado Parte. Además, el Consejo de Seguridad de la ONU puede dar jurisdicción a la CPI en relación a cualquier conflicto armado, en virtud del Capítulo Séptimo de la Carta de Naciones Unidas, pese a que éste no se lleve a cabo dentro del territorio de un Estado que no es parte.

La CPI es la primera corte internacional permanente, y con 110 Estados partes en el tratado, puede afirmarse que la jurisdicción de la CPI es bastante amplia. La Corte tiene la posibilidad de provocar una revolución en la protección del medio ambiente, ya que cuenta con una jurisdicción sin precedentes sobre todos los crímenes de guerra, incluso los crímenes de guerra contra el medio ambiente. No obstante, existen dos obstáculos respecto de su rol en la protección del medio ambiente durante una guerra.

El primer inconveniente es que la definición de crimen de guerra contra el medio ambiente es muy restringida. El segundo obstáculo es la tradicional distinción entre conflictos internacionales y conflictos no internacionales. Esa distinción limita la aplicación de la prohibición de daños al medio ambiente.⁵⁴

El artículo octavo, N° 2, letra b, N° iv del Estatuto de Roma prohíbe los "*daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea*".⁵⁵ Esa frase utiliza el ilativo "y", lo que significa que el daño tiene que ser copulativamente todo lo anterior: extenso, duradero y grave. Además, aún si el daño tiene estas características, todavía puede ser justificado en virtud del derecho de la guerra si es que no es excesivo. Todo ello en virtud del principio de proporcionalidad.

Las referidas limitaciones explican por qué nadie ha sido acusado de un crimen contra el medio ambiente ante ninguna corte internacional.

B. Responsabilidad Civil: Del Estado

La responsabilidad civil es el método más factible para proteger el medio ambiente durante una guerra. Hay dos sujetos que pueden tener responsabilidad civil por daños al medio ambiente causados durante un conflicto armado: el Estado y las empresas fabricantes de armas.

⁵³ Supra, nota 4.

⁵⁴ Id. a página 245.

⁵⁵ Id.

Generalmente los Estados tienen inmunidad soberana, lo que significa que no pueden ser demandados civilmente ante un tribunal sin su consentimiento. No obstante, es común que los Estados renuncien a su inmunidad respecto de daños causados por actividades en el extranjero. De este modo, los Estados dan su consentimiento mediante la promulgación de una ley que entrega una solución a la parte agraviada por daños causados por ese Estado.

Para presentar una demanda fuera de la jurisdicción de los tribunales de ese Estado, el tribunal debe ser competente para conocer la causa y también poder ejecutar la resolución en su jurisdicción. Las demandas viables en ese sentido, sólo son aquellas en las cuales se alega la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional. En la actualidad, la única corte competente para conocer una causa de ese tipo es la Corte Internacional de Justicia, pero el Estado parte debe dar su consentimiento respecto de la competencia de la Corte.

En virtud de las normas del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, un Estado es obligado a responder por todos los actos ilícitos que causen daño a otros.⁵⁶ En este caso, el Estado víctima tiene el derecho de: exigir al Estado responsable que detenga la ejecución de los actos ilícitos, la reparación del daño, a recibir una indemnización, y solicitar que se le garantice que dicho acto no volverá a ocurrir. El problema con respecto al uso de armas durante la guerra es que la doctrina sobre Responsabilidad del Estado exime los actos de resistencia a la agresión de conformidad a la Carta de Naciones Unidas (CNU). Quizás esa defensa no sea aplicable a una guerra como la de Irak de 2003, pero seguramente será aplicable a los usos de la fuerza autorizados por el derecho internacional como en el caso de Afganistán y Yugoslavia. Por esta razón, incluso en la doctrina de la responsabilidad del Estado, el daño ambiental causado por una "guerra lícita" no puede ser reclamado legítimamente contra el Estado culpable.

Además, hay otra limitación, de acuerdo con la doctrina de la Responsabilidad del Estado, que exige que el demandante sea un Estado, dejando a las personas a merced de su propio gobierno la decisión de reclamar la reparación en contra del Estado culpable. Estos requisitos no permiten aumentar la protección del medio ambiente durante un conflicto armado por esta vía.

En los Estados Unidos, el gobierno ha renunciado a su inmunidad soberana en algunas instancias como al promulgar la ATCA, la Ley de Reclamos Militares, Ley de Reclamaciones de Acuerdos Internacionales, la Ley de Reclamaciones de Almirantazgo, la Ley de Reclamaciones Civiles Federales, y la Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental (CERCLA por sus siglas en inglés).⁵⁷ Mediante esas leyes EE.UU renuncia a la inmunidad soberana y por lo tanto, permite que se entablen demandas en contra del gobierno de los Estados Unidos en sus propios tribunales. Esto incluye la responsabilidad del Departamento de Defensa por todos los daños al medio ambiente causados en sus actividades.

En el caso de CERCLA, tal como se mencionó en el caso de la NEPA, no se aplica

⁵⁶ Gregg Anthony Cervi, *War Wrecks and the Environment: Who's Responsible for the Legacy of War? A Case Study: Solomon Islands and the United States*, 14 J. Envtl. L. & Litig. 351, 376 (1999).

⁵⁷ Id.: 361-69.



a hechos ocurridos fuera del país. Eso significa que no puede presentarse una demanda civil en contra de Estados Unidos en un tribunal de ese país, por daños que han ocurrido en el extranjero.⁵⁸

Todo el resto de las mencionadas normas contienen exenciones explícitas a los daños ocurridos durante conflictos armados. Entonces, independientemente de que el daño al medio ambiente haya sido causado por un acto de guerra ilícito o lícito, Estados Unidos conservará su inmunidad soberana. Es por esto que, como se ha señalado, la única manera de poder demandar a Estados Unidos es si ese gobierno da su consentimiento para someterse a la jurisdicción de la CPI.

C. Responsabilidad Civil: Empresas Privadas

La otra alternativa para perseguir la responsabilidad civil es demandar a las empresas privadas. Algunos académicos han sostenido que cuando las empresas han sido cómplices de crímenes de guerra, lo que incluye el daño del medio ambiente, éstas tienen responsabilidad civil respecto de los daños causados por las armas fabricadas por ellos.⁵⁹

Como vimos, Estados Unidos promulgó la ATCA, la que permite a los extranjeros presentar demandas en ese país por infracciones a cualquiera de sus leyes, o al derecho internacional.⁶⁰ Algunas limitaciones prácticas a esta ley incluyen la incompetencia del tribunal (*o forum non-conveniens*) y la falta de jurisdicción de ejecución. En todo caso, si una corporación se encuentra en EE.UU, como un fabricante de armas, no estará sujeta a las limitaciones anteriores.

En algunos países de Europa también es posible presentar demandas civiles en contra de los fabricantes de armas locales. Ninguno de estos Estados cuentan con una ley similar a la ATCA, no obstante, esa ley no es necesaria para que un extranjero pueda presentar una demanda en contra de una empresa local. En el caso de Inglaterra se puede presentar una demanda civil de manera parecida que en Estados Unidos porque ambos tienen un sistema jurídico similar. En el caso de Francia y otros países que tienen derecho continental estas normas no son similares.⁶¹ En aquellos países, la manera más fácil para indemnizar a las víctimas es presentando junto con la demanda civil una acción penal en el sistema como *partie civile (parte civil)*. En ese sistema la víctima puede aprovechar la experiencia de la fiscalía en la acción penal y sus recursos. No obstante, es difícil perseguir crímenes de guerra contra el medio ambiente y por eso en estos países probablemente no se va a brindar una protección adecuada a las víctimas que quieren hacer responsable a las corporaciones multinacionales.

Debido a que países como Estados Unidos e Inglaterra, tienen mayores facilidades para perseguir la responsabilidad por daño ambiental, ese sistema debe ser la fuente

⁵⁸ Laporte, *supra*, nota 8: 228-29.

⁵⁹ Ver, Gwynne Skinner, *Nuremberg's Legacy Continues: The Nuremberg Trials' Influence on Human Rights Litigation in the U.S. Courts Under the Alien Tort Statute*, 71 *Alb. L. Rev.* 321; Elise Catera, *Note, Closing the Gap in Corporate Liability for Environmental War Crimes*, 33 *Brooklyn J. Int'l L.* 629, 653-54 (2007).

⁶⁰ *Supra*, nota 12.

⁶¹ Mostajelean, *supra*, nota 13.

de las normas que se aplican a los fabricantes de armas. Sin embargo, ellos no son los actores principales en la guerra, ya que sólo son los proveedores de los medios para hacer la guerra, y es difícil perseguir su responsabilidad como si el daño fuera un acto intencional, a menos que se pueda probar que ellos son cómplices en el acto, pero eso es una cuestión de hecho. En cambio, es más fácil establecer su responsabilidad civil por negligencia en relación a la fabricación y venta de armas.⁶²

Para poder establecer la negligencia, el ordenamiento jurídico de Estados Unidos distingue cinco elementos: una acción libre de un sujeto capaz, deber de cuidado, relación causal con el hecho, relación causal con proximidad y el daño. La ventaja de la negligencia es que no es necesario probar la complicidad ni tampoco la existencia de un crimen de guerra para perseguir la responsabilidad a una corporación.

La acción imputable es fácil establecerla porque los productores de armas son quienes diseñan y venden sus armas. La relación causal con el hecho se establece porque si los Estados no tienen armas, no podrán causar daños. Entonces, sin la acción de las empresas, tales daños no pueden ocurrir. Por ejemplo, si un productor de bombas de racimo no las hubiera diseñado ni fabricado, no quedarían en el campo de Afganistán miles de bombetas sin explotar, dejando la tierra inutilizable y no se ocasionarían muertes y daños a civiles. Esos daños ocurrieron debido a que era fácil confundir las bombetas con sacos de ayuda alimentaria, ya que ambos iban envueltos con el mismo color.⁶³ En el mismo sentido es posible establecer la existencia del daño.

No es claro cual es el deber de cuidado que tiene un fabricante de armas. Es evidente que las armas matan y causan lesiones a las personas, pero la cuestión es en qué medida un fabricante de armas tiene el deber de reducir los daños colaterales que causan sus armas. En el caso de las bombas de racimo, la cuestión es si los fabricantes tienen el deber de limitar la cantidad de bombetas para reducir el daño al medio ambiente. Para responder a esta pregunta será necesario considerar las reglas del derecho internacional. De acuerdo con estas reglas, existe una prohibición de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente.⁶⁴ No obstante, esa frase nunca ha sido definida por algún tribunal internacional, pero es claro que esa norma establece un deber de cuidado para todos los que participan en una guerra, incluso para los productores de armas. En el caso de las bombas de racimo, los fabricantes han diseñado un arma que produce 20 bombetas sin explotar por cada 100 bombetas lanzadas. En este caso, podría decirse entonces que los fabricantes incumplen su deber de cuidado.

El gran obstáculo para establecer la negligencia es el concepto de *proximate cause* (*causa próxima*), el que significa que no se podrá establecer la culpabilidad si en la generación del daño interviene una causa imprevista que sustituye al incumplimiento del deber de cuidado. Por ejemplo en el caso de la Guerra de Afganistán, los fabricantes de armas que vendían las bombas de racimo pintaban cada una de sus bombetas de un color amarillo fácilmente visible. El problema es que muchas

62 David Simonsz, In Search of International Tort Law: Civil Liability of Arms Manufacturers for Indirect Sales to Embargoed Conflict Zones, (Octubre 2007) http://www.up.ac.za/dspace/bitstream/2263/5847/1/simonz_2007.pdf (07/07/2011).

63 Radio Warns Afghans Over Food Parcels, BBC News (28 de octubre 2001), http://news.bbc.co.uk/2/hi/world/monitoring/media_reports/1624787.stm (07/07/2011).

64 Estatuto, supra, nota 4.



bombetas quedaron en el terreno sin explotar y posteriormente los militares dejaron caer en el mismo lugar la ayuda alimentaria envuelta en un plástico del mismo color, lo que generó múltiples muertes y lesiones en la población y daño al medio ambiente. En este caso es posible señalar que el uso simultáneo del color amarillo en alimentos y bombetas es la causa que interviene en la muerte de los civiles ya que esto provocó la confusión entre las bombetas y la ayuda alimentaria.⁶⁵ Este ejemplo es válido para todos los daños causados por armas, porque el uso de dichas armas por los militares es la causa que interviene para provocar el daño. Este es el argumento que protege por ejemplo, a los fabricantes de pistolas en Estados Unidos respecto de su posible responsabilidad civil por el uso posterior de las pistolas para cometer crímenes.⁶⁶

En cuanto al daño ambiental provocado por el uso de armas, en la mayoría de los casos no será posible sostener tal argumento. Esto porque un fabricante de armas vende sus armas con el conocimiento de que probablemente éstas serán utilizadas por los militares. Incluso muchas de las ventas se hacen con el conocimiento de que las armas se utilizarán en una guerra ilegal. Es decir, las armas son vendidas con un propósito previsible y el uso de las armas para tal propósito es también previsible. En el caso de las bombas de racimo, las bombas son diseñadas tanto para “objetivos duros” como para “objetivos blandos”. Según el fabricante, las bombetas tienen un porcentaje de falla hasta del treinta por ciento.⁶⁷ Ese porcentaje es previsible y por lo tanto es previsible el daño que se puede provocar al medio ambiente por causa de bombetas sin explotar.

Entonces tenemos que, tal fabricante ha realizado una acción libre consistente en vender las armas; además, tiene el deber de cuidado que consiste en prevenir posibles daños ambientales de acuerdo con el derecho internacional; el fabricante ha causado un daño al vender las armas porque sin bombas de racimo, no existirían los daños provocados al medio ambiente; también ha infringido su deber de cuidado al diseñar y vender armas que no cumplen con las normas del derecho internacional humanitario y es culpable porque pudo prever el daño que podrían causar sus armas al momento de venderlas; por último, el daño ha ocurrido porque las bombetas sin explotar quedaron repartidas en el terreno dañando al medio ambiente. De este modo, es posible afirmar que la teoría de la responsabilidad civil es aplicable al caso de daño ambiental, sin embargo, hasta el momento, ningún caso de este tipo ha sido sometido ante los tribunales de Estados Unidos por aplicación de la ATCA, ni tampoco ante tribunales de otros países.

Otro obstáculo para perseguir la responsabilidad civil de los fabricantes de armas es el ya mencionado programa de ventas de armamento militar de Estados Unidos hacia el extranjero (FMS en sus siglas en inglés). Estados Unidos es el mayor exportador de armas en el mundo y como ya se ha explicado, dentro de sus programas de exportación existen dos opciones para comprar armas: directamente al fabricante con una licencia de exportación, o directamente a las fuerzas militares. Los militares de Estados Unidos están autorizados para vender armas directamente a los extranjeros y frecuentemente ayudan a otros países a comprar armas nuevas. La cuestión en

⁶⁵ Trimble, *supra*, nota 32.

⁶⁶ Ver *Copier by & Through Lindsey v. Smith & Wesson Corp.*, 138 F.3d 833, 837 n.3 (10th Cir. Utah 1998).

⁶⁷ The Cluster Bomb Controversy, BBC News (3 abril 2003), http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/2912617.stm (17/07/2011); Cluster Bombs in Afghanistan: Human Rights Watch Background, Human Rights Watch, October 2001, available at <http://www.hrw.org/background/arms/cluster-bck1031.pdf> (17/07/2011).

relación con la aplicación de ley civil es si la presencia de una tercera parte va a afectar o no la responsabilidad del fabricante en relación a una persona que ha sido dañada por causa de armas mal diseñadas. En el caso *"Defense v. Trimble Navigation Limited"*,⁶⁸ la Corte de Apelaciones sostuvo que el comprador extranjero no tiene una relación contractual con el fabricante de armas y por lo tanto no puede demandar la reparación por un incumplimiento del contrato. No obstante, eso no es aplicable totalmente a la responsabilidad civil. En Estados Unidos, el derecho civil establece la responsabilidad de los fabricantes por todos los usos previsibles de sus productos, sin importar si la demandante tiene una relación contractual o no. El obstáculo principal es si el fabricante puede prever ese uso particular. Esto requerirá de un examen respecto de las circunstancias de cada caso concreto. En los contratos de FMS celebrados entre el gobierno de los Estados Unidos y el fabricante, nunca se señala quien es el comprador final. Por ejemplo, si las armas finalmente son vendidas a los rebeldes en el conflicto de Libia, es poco probable que el fabricante tenga responsabilidad civil por el mal uso de estas porque no pudo prever que estas armas serían utilizadas por fuerzas que no tienen entrenamiento militar. Sin embargo, si por ejemplo, estas armas son vendidas al Ejército de Francia, su uso puede ser previsible, así como los daños que puedan causar.

D. Obstáculos para Perseguir la Responsabilidad Civil ante los Tribunales de Estados Unidos

Teóricamente, las acciones mencionadas son opciones viables para perseguir la responsabilidad civil de quienes infringen el derecho internacional de la guerra. Sin embargo, la realidad de los tribunales de Estados Unidos quizás sea diferente. Los tribunales han establecido dos barreras para las demandas dirigidas en contra de los fabricantes de armas: (1) Inmunidad de los fabricantes que contratan con militares y (2) Una interpretación estricta del derecho internacional consuetudinario. No existe ningún precedente respecto de una demanda presentada en contra de un fabricante de armas por la comisión de crímenes ambientales de guerra. Sin embargo si existe un precedente en relación con el uso del químico defoliante "Agente Naranja" durante la guerra de Vietnam en 1970. En el caso *"Vietnam Association for Victims of Agent Orange v. Dow Chemical Co."*,⁶⁹ ciudadanos vietnamitas presentaron una demanda en contra de Dow Chemical y otros fabricantes de "Agente Naranja" por infracción al derecho internacional, a la ley civil de Estados Unidos y a las leyes del estado de Nueva York.⁷⁰ Dentro de los hechos denunciados se incluyen el asalto, agresión y también negligencia.

Conforme a la ATCA los tribunales de Estados Unidos tienen jurisdicción para conocer este caso. Así, el tribunal competente en este caso sobrepasó la causa en base a dos argumentos: Primero, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *"Boyle v. United Technologies Corp."*,⁷¹ sostuvo que los contratistas tienen inmunidad en cuanto a su responsabilidad civil en virtud del principio de "la defensa de los contratistas del gobierno", si (1) el gobierno de los Estados Unidos ha entregado especificaciones técnicas razonablemente precisas; (2) si el producto

68 Trimble, supra, nota 32.

69 517 F.3d 104 (2nd Cir. 2008).

70 Id.: 113.

71 487 U.S. 500 (1988).



esta conforme a las especificaciones; y (3) si el fabricante advirtió al gobierno de los posibles peligros de su uso.⁷² En segundo lugar, la Corte Suprema sostuvo que las normas internacionales existentes al momento en que se usó el “Agente Naranja” no prohibían el uso de herbicidas químicos defoliantes en la guerra.

Esta “inmunidad” de los contratistas es respecto de todas las demandas por violaciones al derecho civil cuando las armas han sido diseñadas y usadas por las fuerzas armadas de los Estados Unidos. Sin embargo, no existen precedentes de la aplicación de dicha inmunidad en relación a ventas realizadas a gobiernos extranjeros. Es por esto que los daños causados por armas vendidas a gobiernos extranjeros si podrían permitir demandar la responsabilidad civil del contratista en Estados Unidos. En ese sentido, quizás haya una diferencia entre los contratos de FMS y los contratos de venta de armas a gobiernos extranjeros. En este último caso, si el gobierno de EE.UU es el intermediario de la venta, puede sostenerse que éste es responsable de la venta de armas al extranjero en el mismo sentido en que es responsable por el uso de las armas por parte de las fuerzas armadas de Estados Unidos. Entonces, en el caso de un contrato de FMS celebrado por Estados Unidos no será posible demandar la responsabilidad civil de los fabricantes, ya que la inmunidad soberana impediría tal reclamación. En cambio si la venta es una venta directa al gobierno extranjero, no se aplica esta defensa a los contratistas del gobierno.

Las demandas civiles dirigidas en contra de los contratistas del gobierno generalmente son sobrepasadas por la Corte Suprema en virtud de la mencionada inmunidad, pero esa defensa no es aplicable en relación con infracciones a derecho internacional en aplicación de la ATCA.⁷³ Sin embargo, en el caso sobre la utilización del “Agente Naranja”, la Corte sobrepasó la causa en atención al derecho internacional vigente, ya que en ese momento, el derecho internacional no prohibía el uso de ese químico, utilizado para eliminar el follaje que escondía a las fuerzas vietnamitas.⁷⁴

Esa conclusión es aún controvertida, pero en todo caso, lo importante es que la opinión de la Corte Suprema hace posible la presentación de demandas en el futuro en contra de fabricantes que efectivamente violen el derecho internacional de la guerra.

En ese escenario, la dificultad será que como hemos visto, los tribunales de Estados Unidos son bastante estrictos con respecto a la interpretación y aplicación del derecho internacional. En este sentido, el precedente del caso sobre el uso de “Agente Naranja” dificulta la presentación de futuras demandas, pero tampoco hace imposible el éxito de ellas.

E. Responsabilidad Contractual

La regulación y la protección ambiental es aún débil en cuanto al comercio internacional de armas y a la guerra, pero no existe ningún impedimento legal como para que los Estados contratantes puedan exigir garantías ambientales en sus

⁷² Id.: 512.

⁷³ Supra, nota 67: 114.

⁷⁴ Id.

contratos como un requisito para la compra de armas.

La motivación para establecer dicha cláusula podría ser la indignación de la opinión pública por los diferentes daños que se han causado al medio ambiente por el uso de armas en las guerras. Además, es posible que los Estados estén también preocupados de su seguridad y deseen limitar los eventuales daños a su propio territorio, que resulten por el uso de armas al interior de éste. Cualquiera sea la motivación, esta manera de proteger el medio ambiente requiere de la voluntad del Estado contratante, en cambio, las acciones mencionadas en los párrafos anteriores son directamente obligatorias para el Estado.

Un contrato estándar de armas incluye ciertas garantías de rendimiento y limitaciones de responsabilidad. La garantía de rendimiento podría ser ampliada para incluir una garantía de que el uso de las armas no dañará al medio ambiente de una manera poco razonable. Generalmente, la medida de la exigibilidad de esas cláusulas dependerá del tipo de venta y en cual país esté el fabricante. Si la venta no es realizada directamente al gobierno, tal como en el programa FMS de Estados Unidos, el Estado que está importando no tendrá ningún vínculo contractual con el fabricante, sino que solo tendrá un contrato con el Estado que exporta.⁷⁵ En estas circunstancias, el gobierno del país que exporta es el único responsable en virtud del contrato.

En relación con el programa FMS, existen ciertas limitaciones de responsabilidad favorables al gobierno de Estados Unidos. En general, ningún tribunal tiene jurisdicción en el país para decidir un caso relativo a un contrato, en el marco del programa FMS. Además, en este programa existe una cláusula obligatoria que prohíbe al Estado que importa, demandar a Estados Unidos ante una corte internacional.

Otra opción es solicitar una compensación ambiental.⁷⁶ La compra de armas es frecuentemente, un tema sensible para los gobiernos, por ello, existen diferentes tipos de compensaciones destinadas a proveer algunos beneficios económicos al Estado que importa las armas, a fin de que la opinión pública y la voluntad política sean favorables a la compra.

Este tema es muy discutido en la doctrina sobre el valor de la compensación en general, ya que la mayor parte de los autores critican el uso de compensaciones en las ventas de armas.⁷⁷ Esto porque frecuentemente se exageran los beneficios que se incluyen en las cláusulas de los contratos para así fomentar el apoyo de la opinión pública y después de celebrado el contrato, los fabricantes generalmente no los cumplen. También, se critica que las compensaciones ambientales son nada más que distracciones políticas para asegurar el apoyo de la gente.

El mayor problema es que estas compensaciones son ofrecidas con la intención de equilibrar los daños que causan las armas y al no ser cumplidas, se está permitiendo con esto, dañar sin mayores resguardos, el medio ambiente. Las autoridades al

⁷⁵ Ver Trimble, *supra*, nota 32.

⁷⁶ Mark J. Nackman, A Critical Examination of Offsets in International Defense Procurements: Policy Options for the United States, 40 *Pub. Cont. L.J.* 511, 513 (2011).

⁷⁷ *Id.* nota 17.



creer que los fabricantes van a compensar los eventuales daños al medio ambiente, seguramente estarán menos preocupadas al momento de comprar o usar las armas.

IV. CONCLUSIÓN

En la actualidad existe un vacío en el derecho internacional respecto de la protección del medio ambiente en cuanto a la fabricación, compra, y uso de armas durante las guerras. No existe la obligación de hacer una evaluación del impacto ambiental para la venta y uso posterior de las armas, tampoco se establece la obligación de evaluar el impacto ambiental de nuevas tecnologías armamentistas al momento de su diseño.

La única regulación respecto de esta materia en el derecho internacional, son las normas del derecho internacional humanitario, pero como vimos aún es bastante débil. El derecho penal internacional sólo establece ciertos recursos una vez ocurridos los daños, tales como las indemnizaciones o la acción penal. Así, las empresas privadas podrían ser responsables por su negligencia cuando los daños que provocaron las armas que ellas vendieron son "excesivos", sin embargo, tales demandas hasta el momento, no han tenido éxito ante ningún tribunal. Un ejemplo de aquello es lo ocurrido en el caso de los tribunales de Estados Unidos, los cuales han establecido verdaderos obstáculos para poder perseguir la responsabilidad por estos daños. Pese a esto, creemos que todavía existe la oportunidad de demandar con éxito en algunos casos, conforme se ha explicado.

La protección ambiental en materia de guerra proviene entonces, principalmente de los ordenamientos jurídicos nacionales. Un ejemplo de esto es la política del Departamento de Defensa de los Estados Unidos que exige efectuar evaluaciones de impacto ambiental respecto de distintas actividades militares. Estas evaluaciones se llevan a cabo sin participación ciudadana, por ello esta protección es aún débil.

Hay muchas alternativas posibles para ampliar la protección internacional respecto de las consecuencias de la guerra sobre el medio ambiente. La amenaza internacional más potente son las demandas civiles que pueden presentarse en contra de las empresas privadas. Esto porque el riesgo de que un fabricante de armas pueda ser responsable por las consecuencias de la guerra es un incentivo poderoso. Además, la responsabilidad civil es una alternativa viable políticamente para perseguir la responsabilidad de los perpetradores de crímenes de guerra, por los daños ambientales que hayan causado. Esto se explica porque como ha ocurrido hasta la fecha, la persecución penal de los crímenes de guerra es un tema sensible y es difícil que por ejemplo, algún político de Estados Unidos o de cualquier país occidental poderoso, sea acusado por un crimen de guerra ante la CPI.

Por lo tanto, en la práctica, la responsabilidad civil es la única medida de protección realista, ya que si las personas, fabricantes de armas, o Estados son obligados a indemnizar a las víctimas de sus acciones, en el futuro, ellos serán más cuidadosos con el medio ambiente.