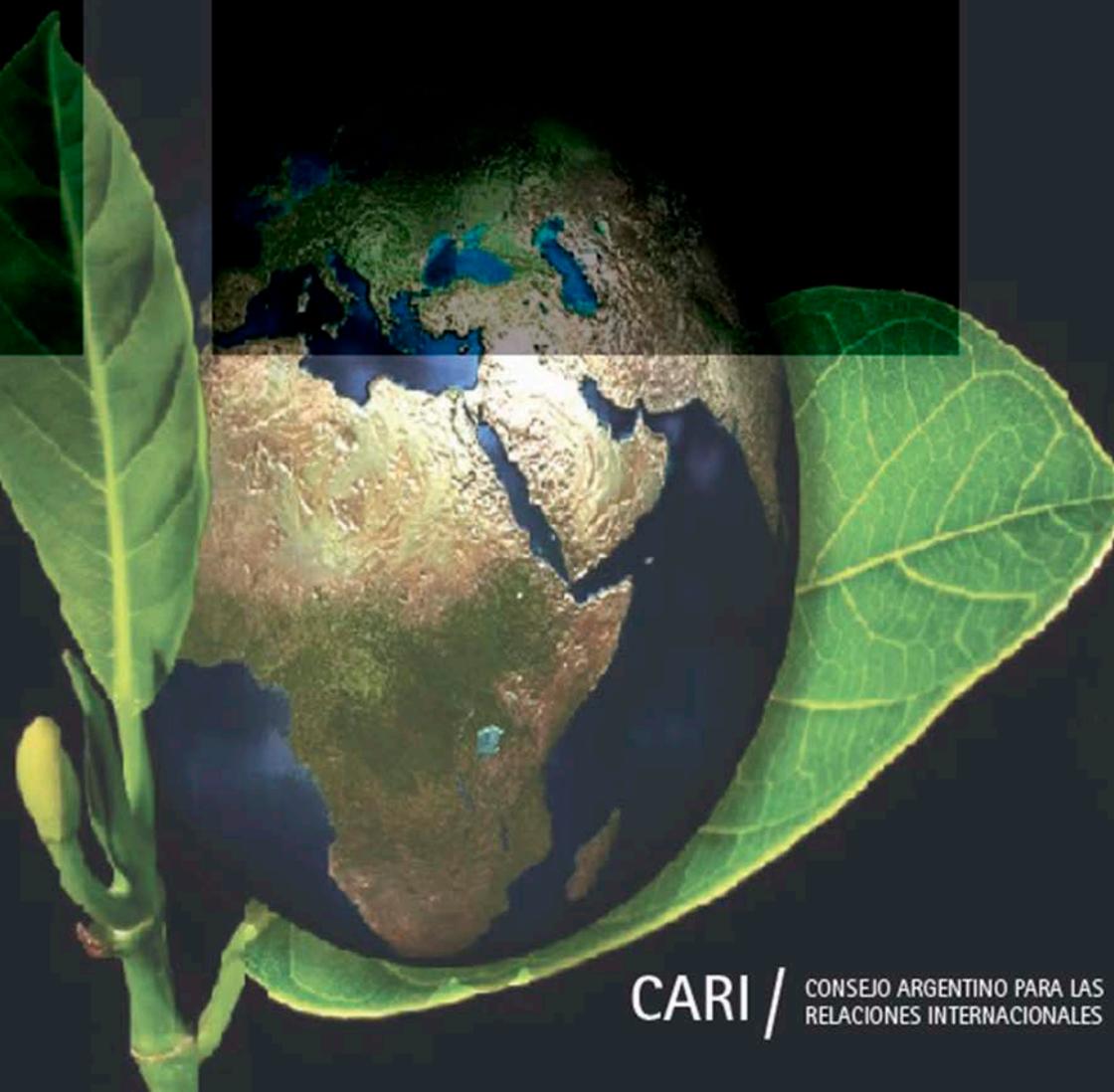


ELSA KELLY / HORTENSIA D. T. GUTIERREZ POSSE /  
SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO / RICARDO ARREDONDO /  
MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE CLAUDIA G. GASOL VARELA /  
MARCOS NELIO MOLLAR / N. GLADYS SABIA DE BARBERIS /  
SOFÍA JOSEFINA DANESSA

# ASPECTOS AMBIENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL



CARI / CONSEJO ARGENTINO PARA LAS  
RELACIONES INTERNACIONALES

# ASPECTOS AMBIENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

# ASPECTOS AMBIENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

ELSA KELLY / HORTENSIA D. T. GUTIERREZ POSSE /  
SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO / RICARDO ARREDONDO /  
MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE / CLAUDIA G. GASOL VARELA /  
MARCOS NELIO MOLLAR / N. GLADYS SABIA DE BARBERIS /  
SOFÍA JOSEFINA DANESSA

2018

Aspectos ambientales en el derecho internacional / Hortensia D.T. Gutiérrez Posse ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, 2018.

274 p.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-1558-20-9

1. Derecho Internacional. 2. Medio Ambiente. I. Gutiérrez Posse, Hortensia D.T.  
CDD 341

*Las opiniones de los autores son a título personal  
y no comprometen a institución oficial alguna*

Impreso en Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

© Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2018

Uruguay 1037, piso primero

C1016ACA Buenos Aires, Argentina

Teléfono 4811-0071 al 74

Diseño de tapa: *Noelia Oliveri*

Diagramación y corrección: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial

Derechos reservados

## INDICE

El enfoque de precaución: la contribución de ITLOS al derecho internacional ambiental en la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos <i>Elsa Kelly</i> .....	9
Apuntes sobre la responsabilidad internacional de un estado patrocinante de actividades en la zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de las jurisdicciones nacionales a la luz de la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar del 10 de febrero de 2011 <i>Hortensia D. T. Gutierrez Posse</i> .....	27
La protección del medio ambiente en los tratados de inversión <i>Silvina S. González Napolitano</i> .....	39
La diplomacia del cambio climático <i>Ricardo Arredondo</i> .....	61
El tránsito de buques con carga CNI por el Canal de Panamá en 2000-2018 <i>Maria del Rosario de la Fuente</i> .....	103
El uso de nuevas tecnologías y la afectación del ambiente en situación de conflicto armado <i>Claudia G. Gasol Varela</i> .....	127
El deber de reducir el riesgo de desastres en el derecho internacional <i>Marcos Nelio Mollar</i> .....	189
La interpretación evolutiva en el derecho internacional <i>N. Gladys Sabia de Barberis</i> .....	225
El terrorismo medioambiental o ecológico <i>Sofía Josefina Danessa</i> .....	259

# EL ENFOQUE DE PRECAUCIÓN: LA CONTRIBUCIÓN DE ITLOS AL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL EN LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA SALA DE CONTROVERSIAS DE LOS FONDOS MARINOS\*

*Elsa Kelly\*\**

**SUMARIO:** Introducción; PRIMERA PARTE: Significado de términos clave; Otras definiciones de la Sala relacionadas con las Preguntas contenidas en la Solicitud del Consejo de la Autoridad; ¿En qué consisten las obligaciones del Estado patrocinante?; La obligación “de procurar” (obligation “to ensure”); La obligación de “diligencia debida” (“due diligence obligation”); Las obligaciones “directas” del Estado patrocinante. SEGUNDA PARTE: El enfoque de precaución en la Opinión Consultiva; El enfoque de precaución como obligación directa del Estado patrocinante y como obligación de diligencia debida en el cumplimiento de la obligación “de procurar”; Contenido y alcance del enfoque de precaución; La contribución de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en lo que respecta al contenido del enfoque (o principio) de precaución; Consideración del enfoque de precaución en la Opinión Consultiva por parte de la comunidad internacional.

## Introducción

Existen múltiples aspectos de la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar susceptibles de ser considerados como ejemplos concretos de desarrollo progresivo del derecho internacional, pero en este artículo me referiré a una de sus decisiones que considero emblemática por su buena acogida tanto de parte de juristas como de

---

\* Este artículo fue publicado por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en oportunidad del XX Aniversario de su creación.

\*\* Jueza del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

instituciones: me refiero a la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos sobre las “Responsabilidades y Obligaciones de los Estados que Patrocinan a Personas o Entidades con respecto a Actividades en la Zona”.

Esta Opinión Consultiva fue dada en respuesta a la solicitud del Consejo de la Autoridad internacional de los Fondos Marinos (el Consejo), registrada en el documento ISBA /16/C/13 del 6 de mayo de 2010. Se trata de una de las decisiones del Tribunal que se refieren a las **obligaciones ambientales** de los Estados Partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (la Convención).

Dada la competencia específica de la Sala y el contenido de las preguntas planteadas en la Solicitud del Consejo, esta decisión se refiere primariamente a la Parte XI de la Convención, los anexos vinculados a esta Parte, el Acuerdo de 1994 relativo a la implementación de la Parte XI de la Convención, y los Reglamentos de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (la Autoridad).

Las Preguntas planteadas por el Consejo fueron las siguientes:

1. ¿Cuáles son las **responsabilidades jurídicas** [legales] y las obligaciones de los Estados Partes de la Convención con respecto al patrocinio de actividades en la Zona de conformidad con la Convención, en particular con la Parte XI, y el Acuerdo de 1994 sobre la Implementación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982?

2. ¿Cuál es el alcance de la **responsabilidad** (liability) de un Estado Parte por el incumplimiento de las disposiciones de la Convención, en particular de la Parte XI y del Acuerdo de 1994, de una entidad a la cual ha patrocinado de conformidad con el Artículo 153, párrafo 2 (b), de la Convención?

3. ¿Cuáles son las medidas necesarias y apropiadas que un Estado patrocinante debe tomar para cumplir con su **responsabilidad** bajo la Convención, en particular con el Artículo 139 de la Convención, el Anexo III y el Acuerdo de 1994?

El enfoque de precaución, que es el tema de esta exposición, es una de las cuestiones jurídicas consideradas en esta Opinión Consultiva que la

Sala examinó en el contexto de las Preguntas 1 y 3 de la Solicitud del Consejo.

Pero antes de analizar esta cuestión en particular, es conveniente repasar brevemente los aspectos más relevantes de esta decisión que conforman el contexto dentro del cual definió la Sala su posición sobre el enfoque de precaución.

## PRIMERA PARTE

### Significado de términos clave

Dos son los términos analizados primeramente por la Sala - dada su importancia para entender el sentido jurídico de varios artículos centrales del sistema normativo que rige para la prospección, exploración y explotación de los recursos minerales de la Zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Dichos conceptos, relacionados entre sí, se denotan en idioma inglés con dos vocablos: “responsibility” y “liability”. En idioma francés esos dos conceptos se denotan con un sólo vocablo: “responsabilidad”, y lo mismo ocurre con el idioma español y con otros idiomas que menciona la Sala (ruso, árabe, chino, entre otros).

Según la Sala, el término inglés “responsibility” se refiere a las **obligaciones primarias** establecidas en la Convención mientras que el término inglés “liability” se refiere a las **obligaciones secundarias**, a saber, las **consecuencias** que se derivan del incumplimiento de una obligación primaria.

La Sala destaca que tanto en el texto francés como en el español, el mismo término “responsabilidad” (responsabilité) en la Convención se refiere a ambos tipos de obligaciones, a las obligaciones primarias y también a las consecuencias del incumplimiento de una obligación primaria, o sea la obligación de compensar (o indemnizar).

Este análisis del uso de los términos “responsibility” y “liability” en las disposiciones de la Convención permite determinar con mayor precisión

el significado de las tres preguntas contenidas en la Solicitud del Consejo de la Autoridad.

En tal sentido la Sala señala que en la **Pregunta 1**, la expresión “responsabilidades jurídicas y obligaciones” se refiere a las obligaciones primarias, esto es, “a qué están obligados los Estados patrocinantes conforme a la Convención” (párrafo 69 de la Opinión Consultiva).

En la **Pregunta 2** la expresión inglesa “liability” (y consecuentemente, las expresiones española “Responsabilidad por daños” y francesa “Responsabilité en cas de dommages”) se refiere a las **consecuencias** por incumplimiento de las obligaciones correspondientes al Estado patrocinante (párrafo 70 de la Opinión Consultiva)<sup>1</sup>.

En la **Pregunta 3**, al igual que en la primera, el término inglés “responsibility” se refiere a las obligaciones primarias del Estado patrocinante.

La Sala aclara, asimismo, que la expresión “responsibility” tal como se emplea en el artículo 139 y en el Anexo III, artículo 4, párrafo 4 de la Convención significa “obligación” (párrafo 65 de la Opinión Consultiva).

### **Otras definiciones de la Sala relacionadas con las Preguntas contenidas en la Solicitud del Consejo de la Autoridad**

La Sala aclara que la **Pregunta 1** se refiere exclusivamente a las **obligaciones de los Estados patrocinantes**, por lo que el concepto de “**patrocinio**” es un elemento clave del sistema de exploración y explotación de los recursos de la Zona.

El régimen jurídico que regula este sistema de exploración y explotación de los recursos de la Zona está contenido en la Parte XI de la Convención e instrumentos conexos.

---

<sup>1</sup> La pregunta 2 no se analiza por exceder el marco de esta presentación. Se la ha transcripto sólo para mostrar la diferencia de significado con que se usa el vocablo “responsabilidad” en el texto español.

Los artículos 139, párrafo 1, 153, párrafo 4 “*in fine*”, y el Anexo III, artículo 4, párrafo 4 son las disposiciones más relevantes relacionadas con las obligaciones del Estado patrocinante.

Dichas disposiciones consideradas en conjunto establecen que el Estado patrocinante debe **procurar** (asegurar) que la persona o entidad patrocinada por él, al desarrollar actividades en la Zona, cumpla con los requisitos establecidos en su contrato y con las disposiciones de la Convención e instrumentos conexos.

El sistema también obliga a los Estados que patrocinen personas o entidades que desarrollan actividades en la Zona, a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas a fin de procurar que dichas personas o entidades cumplan con las normas de la Convención e instrumentos conexos.

El sistema de exploración y explotación de los recursos de la Zona requiere que las personas o entidades estén efectivamente sujetas a la jurisdicción y control del Estado patrocinante en el marco de su propio orden jurídico interno.

En síntesis, para que una persona o entidad pueda ser **elegible** para contratar con la Autoridad un plan de trabajo para desarrollar actividades en la Zona, dicha entidad debe reunir dos requisitos:

**Ser nacional de un Estado Parte de la Convención o sujeto a su control efectivo o al de sus nacionales; y**

**Obtener el “patrocinio” de dicho Estado de conformidad con lo establecido en el artículo 153, párrafo 2 (b) de la Convención.**

La Sala observa que el sistema de patrocinio “tiene por objeto lograr que las **obligaciones establecidas por la Convención**, que es un tratado internacional que obliga sólo a los Estados Partes, sean efectivamente **cumplidas por las personas o entidades patrocinadas por la vía de su sometimiento al ordenamiento jurídico interno del Estado patrocinante**. Según interpreta la Sala, “este resultado se obtiene mediante las disposiciones de los Reglamentos de la Autoridad que se aplican a dichas entidades y mediante la implementación por parte de los Estados patrocinantes de sus obligaciones bajo la Convención e instrumentos conexos” (párrafo 75 de la Opinión Consultiva).

Ningún Estado está obligado a conceder su patrocinio. La nacionalidad, por sí sola, no genera obligación alguna para el Estado, por lo que la existencia de un patrocinio no puede, dice la Sala, inferirse del hecho de que las personas o entidades posean la nacionalidad de ese Estado. El patrocinio debe emanar de un acto de la voluntad del Estado en cuestión, de una decisión explícita de otorgar su patrocinio (Ver párrafo 78 de la Opinión Consultiva).

### ¿En qué consisten las obligaciones del Estado patrocinante?

Las normas relevantes de la Convención son las siguientes:

#### Artículo 139, párrafo 1:

“Los Estados Partes están obligados a velar por que las actividades en la Zona, ya sean realizadas por ellos mismos, por empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean su nacionalidad o estén bajo su control efectivo o sol de sus nacionales, se efectúen de conformidad con esta Parte...”.

#### Artículo 153, párrafo 1, *in fine*:

“...Los Estados Partes prestarán asistencia a la Autoridad adoptando todas las medidas necesarias para lograr dicho cumplimiento, de conformidad con el artículo 139.”

#### Anexo III, artículo 4, párrafo 4, primera parte:

“El Estado o los Estados patrocinantes estarán obligados, con arreglo al artículo 139, a procurar, en el marco de sus ordenamientos jurídicos, que los contratistas, patrocinados por ellos realicen sus actividades en la Zona de conformidad con las cláusulas de sus contratos y con las obligaciones que les incumban en virtud de esta Convención...”.

### La obligación “de procurar” (obligation “to ensure”)

[Según la Sala ésta es la cuestión central que se plantea en la Pregunta 1]

Del examen de estas tres disposiciones surge, como se señaló anteriormente, que las mismas se refieren al Estado patrocinante y establecen, conforme observa la Sala, que la obligación (responsibility/responsabilidad) de dicho Estado es la de procurar (“to ensure”) que “las ‘actividades en la Zona’ se conduzcan por parte del

contratista patrocinado ‘de conformidad con’ o ‘en cumplimiento de las normas a las que se refiere’ (párrafo 103 de la Opinión Consultiva).

Según la opinión de la Sala, esta “responsabilidad de procurar” (responsibility to ensure) es una obligación “de conducta”, “de comportamiento”, (obligation “of conduct”) y no exige la obligación de obtener en todos y en cada uno de los casos, el resultado previsto.

Se trata de responsabilidades que conllevan la obligación de emplear los “medios adecuados, de ejercer los mejores esfuerzos posibles, de hacer lo máximo” para la obtención del resultado de procurar que el contratista cumpla con sus obligaciones de conformidad con la Convención y normas anexas y con su contrato (párrafo 110 de la Opinión Consultiva).

### La obligación de “diligencia debida” (“due diligence obligation”)

La Sala destaca que las obligaciones “de procurar” pueden caracterizarse, además, como obligaciones de “diligencia debida”, afirmando que existe una conexión entre la obligación de “procurar” y la obligación de “diligencia debida”.

La Sala sugiere (esta es mi interpretación) que el concepto de “diligencia debida” de conformidad con la Convención e instrumentos conexos forma parte del contenido de las obligaciones “de procurar”.

La Sala señala que la descripción de las medidas que debe adoptar un Estado patrocinante contenida en el artículo 139, párrafo 2 de la Convención aclara en qué consiste la “obligación de diligencia debida” cuando hace referencia a “todas las medidas necesarias y apropiadas para lograr el cumplimiento efectivo del contratista, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 153 y el párrafo 4 del artículo 4 del Anexo III”.

Más específica, según la Sala, es la norma del artículo 4, párrafo 4 del Anexo III, que requiere que el Estado patrocinante dicte “leyes y reglamentos” y adopte “medidas administrativas” en el marco de su sistema jurídico (interno) que “sean razonablemente adecuados para asegurar el cumplimiento de las personas bajo su jurisdicción” de las obligaciones que les incumban (párrafo 119 de la Opinión Consultiva).

## Las obligaciones “directas” del Estado patrocinante

La Sala señala que existen otras obligaciones que, conforme a la Convención y demás instrumentos vinculados a ella, los Estados patrocinantes deben cumplir **independientemente** de su obligación de procurar un cierto comportamiento del contratista patrocinado. Se trata de “**obligaciones directas**”, es decir, **propias de dichos Estados** y que, según observa la Sala, se expresan en la mayoría de los casos como obligaciones de procurar el cumplimiento de una norma en particular (Ver párrafo 123 de la Opinión Consultiva).

La Sala también afirma que el cumplimiento de estas “obligaciones directas” puede ser considerado como “un factor relevante para cumplir con el elemento de la “diligencia debida” de las obligaciones “de procurar”.

La Sala destaca las siguientes obligaciones directas que conforme a la Convención y demás instrumentos conexos son obligaciones propias de los Estados patrocinantes:

La obligación de asistir a la Autoridad en el ejercicio del control sobre las actividades en la Zona; la obligación de aplicar el enfoque de precaución (que se considerará en detalle más adelante); la obligación de aplicar las mejores prácticas ambientales; la obligación de tomar medidas que aseguren el suministro de una garantía para el caso de una orden de emergencia dispuesta por la Autoridad para la protección del medio marino (estas obligaciones están establecidas en los Reglamentos de la Autoridad); la obligación de asegurar la disponibilidad del recurso de compensación (indemnización) por daños causados por polución del medio marino; y la obligación de efectuar evaluaciones de impacto ambiental (párrafo 122 de la Opinión Consultiva).

## SEGUNDA PARTE

### El enfoque de precaución en la Opinión Consultiva

El enfoque de precaución es uno de los temas ambientales considerados en la Opinión Consultiva y que la Sala examinó en el contexto de las Preguntas 1 y 3 de la Solicitud del Consejo.

Antes de analizar este concepto en la Opinión Consultiva es conveniente hacer un muy breve repaso de la manera en que surgió y evolucionó históricamente la noción del enfoque (o principio) de precaución. Su origen puede rastrearse hasta el año 1970 en el que por primera vez se introdujo dicho concepto en la legislación alemana.

En las décadas que siguieron esta noción evolucionó al ser incluida en varios instrumentos regionales e internacionales como, por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 que se refiere al principio de precaución en su Preámbulo (sin nombrarlo); la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Principio 15); la Convención Marco de Cambio Climático de 1992; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (del Convenio sobre la diversidad Biológica de 2000); y la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (o TFEU), artículos 191 y 192.

Como podrá observarse del examen del texto de los instrumentos mencionados, son diferentes las formulaciones del enfoque o principio de precaución, lo que muestra que no existe un entendimiento uniforme sobre el contenido y aplicaciones de este concepto salvo la idea básica de que en casos de seria amenaza o de daño irreversible al medio ambiente, la ausencia de certidumbre científica no debe ser invocada como una razón para impedir una acción preventiva.

No obstante, esta formulación, que no es otra que la contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río, ha sido ampliamente aceptada a nivel internacional y ha sido reconocida por algunos juristas como el “núcleo” del contenido del principio de precaución<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Una formulación del enfoque (o principio) de precaución más elaborado puede observarse en las legislaciones internas de algunos países europeos aunque la más emblemática es la de Alemania cuya Constitución, que dispone (en su artículo 20) que el Estado “protegerá el fundamento natural de la vida y los animales”, se complementa con la inclusión del principio de precaución en los diferentes sectores regulados por su legislación ambiental tales como la Ley Federal de Control de Emisiones, la Ley de Energía Atómica y la Ley de Ingeniería Genética, cuyas normas han sido, además, desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales alemanes. La evolución del enfoque de precaución parece haber seguido en Alemania un curso diferente respecto de cada sector, en lo que se refiere a su contenido y aplicación y a quiénes afecta o puede llegar a afectar en relación a la carga de la prueba. Asimismo, cabe aclarar que si bien la legislación específica que se refiere al tema que se considera aquí –la Ley Minera de los Fondos Marinos (Seabed Mining Act)– no menciona

---

explícitamente el enfoque de precaución, la obligación legal de aplicar este enfoque con respecto a las actividades mineras en la Zona de los Fondos Marinos está implícitamente contenida en sus disposiciones. Además, ésta fue la posición oficial de Alemania expuesta en su Declaración en ocasión de las audiencias orales convocadas por el Tribunal en 2010 con el objeto de oír a los Estados Partes de la Convención que desearan dar a conocer su opinión sobre el tema objeto de esta Opinión Consultiva. Cabe agregar que esta legislación fue expresamente mencionada por la Sala en el párrafo 237 de esta Opinión Consultiva señalando que “toma nota de la Ley Minera de los Fondos Marinos adoptada por Alemania”. Otra importante contribución fue la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea sobre el Principio de Precaución (COM2000). En una nota explicativa, la Comisión expresa que el objeto de la Comunicación fue informar a todos aquéllos a quienes pudiera interesar cómo la manera en que la Unión Europea se disponía a aplicar el principio de precaución. Al respecto la Comisión declara que aplicaría el mencionado principio a los casos en que “la evidencia científica es insuficiente, no concluyente o incierta pero dónde la evaluación científica preliminar indicara que existen, en virtud de fundamentos razonables, motivos valederos de inquietud de que los efectos potencialmente peligrosos para el ambiente o la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto grado de protección elegido por la Unión Europea”. Uno de los objetivos de la Comunicación según la Comisión de la UE [de interés para países como el nuestro temerosos de que la aplicación de este principio pueda ser usado para justificar barreras arancelarias y servir de pretexto para limitar el acceso de productos a los mercados europeos] es el de evitar desnaturalizar el uso del principio de precaución como una forma disfrazada de proteccionismo”. Los elementos más importantes de este documento son los siguientes: 1. El alcance del principio de precaución en la práctica excede el objetivo declarado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU) “de proteger el medio ambiente” y se aplica específicamente “a los casos en que exista la preocupación de que dicha protección, conforme a la evidencia científica preliminar objetiva indique que los efectos potencialmente peligrosos para el ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser incompatibles con el alto grado de protección elegido por la Comunidad”. 2. El principio debe aplicarse en el marco de “un proceso de adopción de decisiones estructurado con información científica detallada y otros informes objetivos”. Dicha estructura está compuesta de los tres elementos del análisis de riesgo: la evaluación de riesgo; la elección de la estrategia del manejo de riesgo y la comunicación del riesgo. El principio de precaución es particularmente relevante para el elemento de manejo de riesgo”. 3. La aplicación del principio de precaución “presupone que los efectos potencialmente peligrosos que pueden derivarse de un fenómeno, de un producto o de un proceso han sido identificados, y que la evaluación científica no permite que el riesgo pueda ser identificado con suficiente certeza”. 4. La implementación de “un enfoque basado en el principio de precaución debe comenzar con una evaluación lo más completa que sea posible, y donde sea posible, identificando en cada etapa el grado de incertidumbre científica”. La Comisión señaló también que, al considerar el nivel de riesgo y el grado de incertidumbre, la respuesta puede consistir en una decisión de actuar o de no actuar, o de establecer o no una “medida legal obligatoria”. Y si la decisión correcta fuese la de tomar acción “existe una amplia gama de iniciativas disponibles... desde la adopción de una medida legal obligatoria, de un proyecto de investigación o una recomendación”. La Comisión aclaró también que si se recomendará una acción, las medidas basadas en un enfoque de precaución deberían ser proporcionales al nivel de protección elegido; no discriminatorias; coherentes con medidas similares adoptadas con anterioridad; basadas, cuando fuere posible y apropiado, en una

Las conclusiones de la Sala con respecto al enfoque de precaución deben ser analizadas en el contexto de las respuestas dadas a las Preguntas 1 y 3 de la Solicitud del Consejo de la Autoridad<sup>3</sup>.

Antes de analizar los aspectos relevantes de la Opinión Consultiva sobre el enfoque de precaución corresponde efectuar algunas consideraciones preliminares:

(i) El término “enfoque de precaución” corresponde al texto en idioma inglés de los Reglamentos de la Autoridad, observando la Sala que el texto en idioma francés de dichos Reglamentos usa la expresión “principe de precaution” (principio de precaución) lo que sugiere que ambas expresiones pueden usarse indistintamente, o sea, como si fueran sinónimos.

(ii) La Convención no contiene mención alguna del enfoque de precaución como tal. Son los Reglamentos de la Autoridad que la Sala tuvo ante sí, (el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Nódulos Polimetálicos en la Zona (en adelante Reglamento sobre Nódulos) y el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Sulfuros Polimetálicos en la Zona (en adelante Reglamento sobre Sulfuros) los que establecen que tanto la Autoridad como los Estados patrocinantes aplicarán el enfoque de precaución enunciado en el Principio 15 de la Declaración de Río, cuyo texto dice:

“[C]on el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la

---

evaluación del costo/beneficio con respecto a la decisión de actuar o no actuar; sujetas a revisión a la luz de nuevas informaciones científicas; y asignando la responsabilidad de producir evidencia científica (a quién corresponde la carga de la prueba). Es indudable que este documento COM2000 ha proporcionado importantes y muy valiosos elementos de juicio para comprender mejor toda la temática vinculada al enfoque de precaución. Sin perjuicio de ello, su definición sigue siendo una tarea no exenta de complicaciones y sigue manteniendo un alto grado de ambigüedad que hace difícil su aplicación.

<sup>3</sup> Como se ha visto, en la Pregunta 1 se solicita se determine cuáles son las responsabilidades jurídicas y las obligaciones de los Estados que patrocinan actividades de personas o entidades en la Zona conforme a la Convención, en particular la Parte XI e instrumentos conexos. En la Pregunta 3 se solicita se aclare cuáles serían “las medidas necesarias y apropiadas” que un Estado patrocinante debe tomar para cumplir con su responsabilidad conforme a la Convención, en particular con el artículo 139, el Anexo III y el Acuerdo de 1994 sobre la implementación de la Parte XI”.

adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”<sup>4</sup>.

(iii) El Principio 15 por sí mismo no establece una obligación jurídicamente vinculante para los Estados y ha sido generalmente considerado como una norma de “soft law”, vocablo que caracteriza a las normas internacionales de cumplimiento voluntario. Pero, incluido en un artículo de los Reglamentos de la Autoridad, el Principio se convierte en obligatorio para los Estados Partes de la Convención, dentro del marco del sistema jurídico establecido en la Convención e instrumentos conexos. La Sala confirma esta interpretación cuando expresa que los Reglamentos de la Autoridad transformaron la norma no obligatoria contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río en una norma obligatoria para los Estados patrocinantes y los contratistas patrocinados (párrafo 127 de la Opinión Consultiva).

(iv) El Reglamento sobre Nódulos fue modificado con posterioridad a la adopción de la Opinión Consultiva, y más tarde un tercer instrumento, el “Reglamento para la Prospección y Exploración de Costras de Ferromanganeso con alto contenido de Cobalto” (Reglamento de Cobalto Enriquecido), fue adoptado por la Autoridad<sup>5</sup>.

### **El enfoque de precaución como obligación directa del Estado patrocinante y como obligación de diligencia debida en el cumplimiento de la obligación “de procurar”**

En su Opinión Consultiva la Sala comprobó primeramente que la Convención e instrumentos conexos (los Reglamentos de la Autoridad, entre otros) incluyen normas que establecen obligaciones directas a cargo de los Estados patrocinantes, que deben ser implementadas por ellos

---

<sup>4</sup> Se advierte que en la versión española del texto del Principio 15 de la Declaración de Río como en el de los Reglamentos de la Autoridad, la expresión “precautionary approach” se traduce como “criterio de precaución” en lugar de “enfoque de precaución”. Ambas traducciones son correctas.

<sup>5</sup> Al referirse a las reglamentaciones futuras la Sala observó que en los dos Reglamentos que tuvieron ante sí, el enfoque de precaución “se aplica específicamente a las actividades contempladas en su texto, a saber, la prospección y exploración de nódulos polimetálicos y sulfuros polimetálicos”, agregando que “es de esperar que la Autoridad repetirá o desarrollará aún más este enfoque cuando reglamente las actividades de explotación y las actividades relacionadas con otros tipos de minerales”. Eso fue exactamente lo que ocurrió con el Reglamento sobre Cobalto enriquecido cuyo Artículo 33 establece la obligación de aplicar el enfoque de precaución.

**independientemente** de la debida diligencia con la que deben cumplir su “obligación de procurar” que el contratista patrocinado cumpla con una determinada conducta prevista en el contrato o en la Parte XI de la Convención (párrafo 121 de la Opinión Consultiva).

Como se ha visto, la Sala menciona algunas de estas obligaciones directas que estima importantes, **destacando entre ellas la obligación de aplicar el enfoque de precaución.**

Sin embargo, afirma inmediatamente que estas obligaciones directas –entre ellas el enfoque de precaución– **“pueden ser también consideradas como un factor relevante para cumplir con la debida diligencia la “obligación de procurar” el cumplimiento de una norma específica”** de la Convención e instrumentos conexos (párrafo 123 de la Opinión Consultiva).

Señala la Sala que el vínculo entre la obligación de diligencia debida y el enfoque de precaución se remonta a los Casos del Atún de Aleta Azul del Sur [Southern Bluefin Tuna Cases] (Nueva Zelanda v. Japón y Australia v. Japón) conforme surge de la declaración del Tribunal de que las Partes (en ese caso) “deben en las circunstancias actuar con prudencia y cautela a fin de asegurar la adopción de medidas de conservación...”<sup>6</sup>, lo que confirma declarando, en relación a la existencia de incertidumbre científica en lo que respecta a las medidas de conservación, que “aunque el Tribunal no puede evaluar de manera concluyente la evidencia científica presentada por las Partes, encuentra que las medidas deben ser adoptadas por una cuestión de urgencia” (párrafo 131 de la Opinión Consultiva).

La Sala, habiendo afirmado que el cumplimiento de las obligaciones directas de un Estado patrocinante es también un factor relevante para cumplir con debida diligencia la obligación de procurar el cumplimiento por parte del contratista patrocinado, **da un paso adicional al señalar que de las disposiciones de la Parte XI de la Convención e instrumentos conexos se desprende que “el enfoque de precaución es aplicable aún fuera del ámbito de los Reglamentos [de la Autoridad]”** (párrafo 131 de la Opinión Consultiva).

Esta afirmación es una interpretación importante y significativa porque su efecto es el de retrotraer la cuestión de la aplicabilidad del enfoque de precaución a las disposiciones de la Convención al establecer

---

<sup>6</sup> Informes de ITLOS 1999, p. 274, párrafo 77.

que dicho enfoque debe ser aplicado por los Estados patrocinantes, independientemente de las obligaciones establecidas en los Reglamentos de la Autoridad.

La Sala reafirmó estas conclusiones al afirmar que las obligaciones de diligencia debida de los Estados patrocinantes establecidas en la Convención los obliga a tomar “todas las medidas necesarias para prevenir los daños que puedan resultar de las actividades de los contratistas que patrocinan” y que esta obligación rige “en situaciones donde la evidencia científica relativa al alcance potencial del impacto negativo de la actividad en cuestión es insuficiente, pero existen indicaciones plausibles de riesgos potenciales” (párrafo 131 de la Opinión Consultiva).

De ahí que, según la opinión de la Sala, el Estado patrocinante no cumpliría con su obligación de diligencia debida si no aplicara el enfoque de precaución con relación a esos riesgos.

La Opinión se refiere, asimismo, al Anexo 4, Cláusula 5, párrafo 5.1, que, conforme interpreta la Sala, establece una “cláusula estándar” (standard clause) para los contratos de exploración que obliga al contratista a tomar “las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos para éste derivados de sus actividades en la Zona en la medida en que sea razonablemente posible, aplicando un criterio de precaución y las mejores prácticas ambientales”.

Conforme opina la Sala, esta cláusula establece una obligación contractual del contratista patrocinado que indudablemente amplía el alcance de la obligación del Estado patrocinante de aplicar la debida diligencia en su “obligación de procurar”.

## Contenido y alcance del enfoque de precaución

La referencia al Principio 15 contenida en los Reglamentos de la Autoridad en realidad **no es muy explícita** en lo que concierne a establecer concretamente el significado de la expresión “enfoque de precaución”.

El Principio 15 se refiere a la situación en que dicho enfoque debe ser aplicado pero no define su significado.

Dicho Principio tampoco requiere (no obliga) que se adopten medidas, aunque permite que las mismas sean adoptadas en casos de incertidumbre científica.

Existe coincidencia de opiniones entre juristas que el contenido del enfoque precautorio en el Principio 15 es insuficiente y no llega a constituir, a definir, adecuadamente dicho concepto.

En tal sentido, puede observarse que el Principio 15 fue redactado con una terminología imprecisa al referirse genéricamente a “peligro de daño grave o irreversible” en un contexto de incertidumbre científica.

A ello se agrega que el Principio 15 declara que los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución “conforme a sus capacidades”, con lo que se sugiere que la existencia de distintas capacidades entre los Estados puede afectar el modo concreto de aplicación del enfoque precautorio, lo que agrega aún más vaguedad a la norma.

Otro motivo de incertidumbre es la frase “en función de los costos” (cost- effective measures) que parece referirse a algún tipo de decisión política o administrativa en relación con los casos o situaciones en que esté en juego la aplicabilidad del enfoque precautorio, lo que a la vaguedad se agrega un elemento de discrecionalidad, todo lo cual afecta la comprensión de su significado<sup>7</sup>.

### **La contribución de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en lo que respecta al contenido del enfoque (o principio) de precaución**

Como se ha observado precedentemente, la Sala, al interpretar en su Opinión Consultiva las normas del sistema normativo de la Parte XI de la Convención e instrumentos conexos, considerados conjuntamente con los Reglamentos de la Autoridad, **ha otorgado un alcance adicional al “enfoque de precaución”**.

En efecto, la Sala afirma que el enfoque de precaución “debe ser considerado como una parte integral de la obligación general de diligencia

---

<sup>7</sup> Es posible que la Comunicación del Consejo de la Unión Europea que se ha mencionado anteriormente pueda ser de ayuda para captar de una manera más clara el significado de esta metodología que encierra el concepto de “enfoque o principio de precaución”.

debida de los Estados patrocinantes, que es aplicable aún fuera del alcance de los Reglamentos (de la Autoridad)”, agregando que esta obligación general establecida por la Convención obliga al Estado patrocinante, más allá de los Reglamentos, “a tomar medidas dentro del marco de su propio sistema jurídico a fin de obligar a las entidades patrocinadas a adoptar dicho enfoque”.

La Sala, asimismo, se refiere a la cuestión relativa a la frase “conforme a sus capacidades”, mencionada en el Principio 15 en relación a los Estados, examinándola a la luz de la cuestión del trato diferencial que la Convención otorga a los países en desarrollo en comparación con el que otorga a los países desarrollados.

Al respecto, la Sala considera que la incorporación de esa frase en el Principio 15 tuvo por objeto establecer que **“los requisitos para el cumplimiento de la obligación de aplicar el enfoque de precaución pueden ser más estrictos para los Estados desarrollados que para los en desarrollo”**, observando al mismo tiempo que esa referencia es sólo “una manera amplia e imprecisa” de referirse a las diferencias entre Estados desarrollados y en desarrollo pero que “lo que cuenta en una situación específica es el nivel de conocimiento científico y la capacidad técnica al alcance de un Estado en particular en los campos científicos y tecnológicos relevantes”<sup>8</sup>.

A los fines de una mayor claridad y precisión en la interpretación de las normas de la Convención e instrumentos conexos, debe, asimismo, tenerse presente que esta diferenciación entre Estados no afecta la decisión de la Sala en lo que respecta a la cuestión de si existe un **trato preferencial para los Estados en desarrollo** en el marco de la Convención en lo que concierne a las obligaciones de los Estados patrocinantes. Al respecto la Sala afirma con toda claridad que “las disposiciones generales sobre responsabilidad (primaria y secundaria) del Estado patrocinante se aplican igualmente a todos los Estados patrocinantes, sean éstos desarrollados o en desarrollo”.

---

<sup>8</sup> La Sala advierte también en relación con la referencia a las “capacidades”, que este criterio no se aplica al requerimiento establecido en el Artículo 33, párrafo 2, del Reglamento de Sulfuros de seguir “las mejores prácticas ambientales”, que estima constituye un complemento de la obligación del Estado patrocinante de aplicar el enfoque de precaución.

En este contexto, la norma del Principio 15 de la Declaración de Río (de que el mismo se aplica a los Estados “conforme a sus capacidades”) debe considerarse como una **excepción** a dicha norma general.

En el marco de su respuesta a la Pregunta 3 de la Solicitud [que se refiere al contenido de las medidas a ser adoptadas por el Estado patrocinante para cumplir con sus obligaciones conforme a la Convención] la Sala señala que si bien el enfoque de precaución es una de las obligaciones **directas** de los Estados patrocinantes, **dado** que dichos Estados están sujetos a la obligación “de procurar” que el contratista cumpla con su contrato, incluida la cláusula contractual establecida en los Reglamentos de la Autoridad que requiere que el contratista aplique el enfoque de precaución, el **Estado patrocinante debe**, conforme a su obligación de debida diligencia, **incluir este enfoque en sus leyes y reglamentos internos**, los cuales, agrega la Sala, **no pueden ser menos estrictos que los establecidos por la Autoridad**, pero sí pueden ser más exigentes.

### **Consideración del enfoque de precaución en la Opinión Consultiva por parte de la comunidad internacional**

La cuestión de la condición jurídica del enfoque (o principio) de precaución en el campo internacional es aún **debatido** tanto desde el punto de vista académico como en el político, especialmente en relación con ciertos sectores tales como el de la biogenética o el nuclear.

No obstante la persistencia de este debate, existe internacionalmente un grado aceptable de coincidencia en considerar que el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo **ha adquirido la condición de norma de derecho internacional consuetudinario**, aun cuando subsista la falta de uniformidad en lo que concierne a su interpretación y aplicación.

Al respecto, la **posición asumida por la Sala** fue la de observar primeramente “que el enfoque de precaución ha sido incorporado en un número cada vez mayor de tratados y otros instrumentos, muchos de los cuales reflejan la formulación del Principio 15 de la Declaración de Río” y afirma que en su opinión “se ha iniciado una tendencia orientada a que este enfoque sea parte del derecho internacional consuetudinario”.

En su Opinión la Sala afirma también que esta tendencia se ha fortalecido con la incorporación de la “cláusula estándar” en el Anexo 4, sección 5.1 del Reglamento sobre Sulfuros de la Autoridad, y con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso sobre las Papeleras en el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay) [Case concerning the Pulp Mills on the River Uruguay], en el que dicha Corte afirma que considera el enfoque de precaución un factor relevante para la interpretación del Tratado bilateral entre las Partes de esa controversia.

La Opinión Consultiva de la Sala ha fortalecido considerablemente la aceptación del enfoque de precaución, en lo que respecta a la “*opinio iuris*” de muchos autores e instituciones internacionales y por la práctica de un número considerable de Estados, como norma del derecho internacional consuetudinario. De hecho, la Opinión Consultiva ha recibido un amplio reconocimiento internacional como un instrumento orientador para la interpretación de la Convención.

# APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE UN ESTADO PATROCINANTE DE ACTIVIDADES EN LA ZONA DE LOS FONDOS MARINOS Y OCEÁNICOS Y SU SUBSUELO FUERA DE LOS LÍMITES DE LAS JURISDICIONES NACIONALES A LA LUZ DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DEL 10 DE FEBRERO DE 2011

*Hortensia D. T. Gutierrez Posse\**

SUMARIO: Introducción. I. Las actividades en la Zona.  
II. El Estado patrocinador. A modo de colofón.

## Introducción

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 10 de diciembre de 1982 en Montego Bay, Jamaica, regula los espacios marítimos más allá de las costas de los Estados, incluyendo lo que en este tratado se denomina la Zona –esto es, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional– en la que se pueden llevar a cabo actividades de exploración y explotación de sus recursos minerales sólidos, líquidos o gaseosos, incluidos los nódulos polimetálicos, siendo la Zona y sus recursos patrimonio común de la humanidad.

En la Convención se establece la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos a la que se otorga el carácter de organización por conducto de la cual los Estados parte a este tratado organizarán y controlarán las actividades en la Zona. La Autoridad está integrada por tres órganos; la Asamblea, el Consejo y la Secretaría.

A su vez, el Anexo VI de este tratado contiene el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en cuyo marco funciona la Sala

---

\* Profesor emérito Universidad de Buenos Aires.

de Controversias de los Fondos Marinos, la que –según lo dispuesto en la Sección 5 de la Parte XI– tiene la capacidad de emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que le puedan plantear la Asamblea o el Consejo dentro del ámbito de las actividades que se les confían en la Convención.

En ejercicio de estas capacidades el Consejo de la Autoridad, el 6 de mayo de 2010, solicitó a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal una opinión consultiva sobre las responsabilidades y obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención en cuanto al patrocinio de actividades en la Zona; cuál es el grado de responsabilidad de un Estado parte en caso de que una entidad por él patrocinada incumpla las disposiciones de la Convención; y cuáles son las medidas necesarias y apropiadas que un Estado patrocinante debe tomar a fin de cumplir las responsabilidades que le incumben en virtud de la Convención; en particular, del art. 139 –referido a la obligación de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y responsabilidad por daños– del Anexo III, sobre disposiciones básicas relativas a la prospección, la exploración y la explotación en la Zona, y del Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de las normas relativas a la Zona y la explotación de sus recursos.

La Sala emitió opinión sobre estas cuestiones el 1º de febrero de 2011 pero a los fines de esta presentación resulta relevante detenerse sólo sobre lo expresado por la Sala en cuanto a la responsabilidad de los Estados patrocinadores de actividades en la Zona, en tanto que obligaciones a cargo de éstos. Con tal objeto cabe considerar, en primer lugar, a las actividades en la Zona para contemplar luego la figura jurídica del Estado patrocinador.

## **I. Las actividades en la zona**

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 –entre otras cuestiones relativas al mar– regula las actividades mineras en los fondos marinos y oceánicos fuera de las jurisdicciones nacionales e instituye a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos para que en nombre de la humanidad, titular de este patrimonio común, administre sus recursos. Por ende, las actividades en la Zona serán organizadas, realizadas y controladas por la Autoridad de conformidad con

lo establecido en la Convención<sup>1</sup> y en el Anexo III sobre Disposiciones básicas relativas a la prospección, la exploración y la explotación, enmendado por el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de 1994. En razón de este marco jurídico, la Autoridad adoptó el Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona, a propuesta del Consejo<sup>2</sup>.

Ahora bien, pueden realizar actividades en la Zona, entre otros supuestos, tanto los Estados partes a la Convención como empresas estatales o personas naturales o jurídicas que posean la nacionalidad de Estados partes o que sean efectivamente controladas por él o por sus nacionales, pero –en estos casos– es necesario que las patrocinen dichos Estados. Estas actividades han de llevarse a cabo conforme a un plan de trabajo que tendrá la forma de un contrato y que ha de ser aprobado por el Consejo. La solicitud de aprobación de un plan de trabajo ha de acompañarse de un certificado de patrocinio emitido por el o los Estados del cual el solicitante sea nacional o a cuyo control o el de sus nacionales esté efectivamente sujeto. El certificado de patrocinio ha de estar firmado en nombre del Estado que lo presente, consignándose –entre otros recaudos– que el Estado patrocinador asume la responsabilidad a la que se hace referencia en los arts. 139 –sobre la obligación de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y responsabilidad por daños–, 153.4 –referido al control de la Autoridad sobre las actividades en la Zona– y en el art. 4.4 del Anexo III sobre los requisitos que deben reunir los solicitantes y la obligación a este respecto del Estado o los Estados patrocinadores en el marco de sus ordenamientos jurídicos. En lo que hace al área objeto de la solicitud, ésta ha de ser lo bastante extensa y de suficiente valor comercial estimado en modo a permitir dos explotaciones mineras para lo cual en la presentación ha de dividirse el área en dos partes de igual valor comercial estimado. El Consejo, previo examen de la solicitud por la Comisión Jurídica y Técnica de la Autoridad, si lo considerase pertinente designará a una de esas partes como “área reservada” –para que la Autoridad lleve a cabo allí actividades– y aprobará el plan de trabajo para el área no reservada, firmándose el contrato.

---

<sup>1</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 153.

<sup>2</sup> *Ibidem*, art. 162 sobre facultades y funciones del Consejo en tanto que órgano ejecutivo de la Autoridad.

## II. El estado patrocinador

La responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento de un deber ser jurídico por el sujeto obligado<sup>3</sup>. En la especie, resulta central establecer ese deber ser jurídico de un Estado patrocinador para estar en condiciones de examinar las consecuencias de su incumplimiento; esto es, el alcance de las obligaciones a las que debería hacer frente. A este respecto cabe tener presente que el certificado de patrocinio implica un contrato entre el Estado y la persona que propone llevar a cabo una actividad en la Zona en el marco del ordenamiento jurídico del Estado en cuestión<sup>4</sup>.

La Convención establece que la Autoridad ejercerá sobre las actividades en la Zona el control que sea necesario para lograr que se cumplan las disposiciones de este instrumento jurídico y de los correspondientes anexos, normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad y de los planes de trabajo aprobados. Los Estados parte, en tanto, han de prestarle asistencia, adoptando todas las medidas necesarias para lograr dicho cumplimiento<sup>5</sup>, estando obligados en el marco de sus ordenamientos jurídicos a velar para que las actividades en la Zona se efectúen de conformidad con las disposiciones de este tratado<sup>6</sup> y, en el caso de un Estado patrocinante, de conformidad, también, con las cláusulas del contrato. Sin embargo, este Estado, no responderá de los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones por el contratista patrocinado si ha dictado leyes y reglamentos y adoptado medidas administrativas que, en el marco de su ordenamiento jurídico, sean razonablemente adecuados para asegurar el cumplimiento por las personas bajo su jurisdicción<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase, entre otros, Cottureau, Gilles, “Système juridique et notion de responsabilité” en *La responsabilité Dans le Systeme International*, Société Française pour le droit International, Colloque du Mans, Paris, Pedone 1991, pp. 3-90.

<sup>4</sup> Anexo III de la Convención, art. 4.4, según el cual el Estado patrocinador está obligado a procurar en el marco de su ordenamiento jurídico (énfasis agregado) que el contratista patrocinado por él realice sus actividades en la Zona de conformidad con las cláusulas de su contrato y con las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención.

<sup>5</sup> Convención, art. 153.4.

<sup>6</sup> *Ibidem*, art. 139.

<sup>7</sup> Anexo III, Disposiciones básicas relativas a la prospección, la exploración y la explotación, art. 4.4; sobre la posibilidad de un trato especial y diferenciado en este ámbito para los Estados en desarrollo, al respecto véase, entre otros, Guerrero Peniche, Nicolás, “La opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a la luz del principio de trato

A este respecto, precisamente, se le pidió al Tribunal Internacional del Derecho del Mar su opinión sobre cuáles son las responsabilidades y obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención en cuanto al patrocinio de actividades en la Zona. En su respuesta, luego de establecerse que en la pregunta se hacía referencia a las obligaciones del Estado según la Convención, se puso de relieve que el propósito de requerirse el patrocinio está directamente vinculado al hecho de que las obligaciones establecidas en el tratado –vinculante como tal sólo entre Estados partes– sean satisfechas, también, por entidades que son sujetos de sus derechos internos; lo que se pone en evidencia a través del acto voluntario de un Estado de otorgar su patrocinio.

En la opinión el Tribunal señaló que la cuestión planteada se centraba en el alcance a dar a la obligación establecida en el art. 139.1 de la Convención según la cual los Estados partes están obligados a velar (énfasis agregado) porque las actividades en la Zona se efectúen de conformidad con lo establecido en este instrumento jurídico<sup>8</sup>. El Tribunal entendió que éste es el deber ser jurídico que corresponde al Estado patrocinador y que, en consecuencia, su violación –y no el comportamiento de su patrocinado– comprometerían su responsabilidad.

Se trata –así– de una obligación de conducta y no de resultado según la cual se ha de actuar con la debida diligencia, no sólo adoptando las normas que sean las adecuadas sino, además, vigilando que sean cumplidas; por ejemplo, monitoreando la actividad.

El Tribunal, entre otros elementos, citó en apoyo de su opinión el artículo 3 del proyecto de artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° período de sesiones sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas conforme al cual –en lo que hace a la prevención– un Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo, agregándose en el inciso d) del artículo 2 de

---

especial y diferenciado para Estados en desarrollo”, Anuario Mejicano de Derecho Internacional (on line), 2012, vol. 12, pp. 175 y sigs.

<sup>8</sup> Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Responsabilidades y obligaciones de los Estados con relación a las actividades en el área, opinión consultiva, 1° de febrero 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10, paragr. 107 y sigs.

este proyecto que se entiende por “Estado de origen” el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades a las que se refiere el artículo 1; esto es, actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

En el marco de la consideración de la cuestión en función de un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas el Tribunal precisó que a su juicio ello implica la obligación del Estado de ejercer una debida diligencia cuyo contenido no es fácil de precisar puesto que, por ejemplo, puede variar en función de nuevos avances de la ciencia o de la técnica, entre otros elementos que cabría considerar<sup>9</sup>.

Sin embargo, la Convención claramente dispone que los Estados parte prestarán asistencia a la Autoridad adoptando todas las medidas necesarias para que se cumplan las disposiciones pertinentes de la Parte XI de este tratado –la Zona– y de los correspondientes anexos, las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad y los planes de trabajo aprobados de conformidad con lo dispuesto en el art. 139; esto es, la obligación de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y en su caso la responsabilidad por daños, adoptando todas las medidas necesarias en el marco del sistema jurídico del Estado patrocinador para que el contratante cumpla estas disposiciones<sup>10</sup>.

Ello no obstante, el Tribunal puso de relieve que, conforme se establece en el art. 139. 2. de la Convención, un Estado patrocinador no será responsable de los daños causados en caso de incumplimiento de estas disposiciones por su patrocinado si ha tomado todas las medidas necesarias y apropiadas para lograr su cumplimiento efectivo. Es decir, a *contrario sensu*, que su responsabilidad será la consecuencia de la falta de adopción de las medidas que, en la especie, fuesen pertinentes o la falta de implementación efectiva de tales medidas.

Con tal enfoque el hecho generador de la responsabilidad no es la conducta –acciones u omisiones– del patrocinado sino el hecho del Estado

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, paragr. 116 y sigs.

<sup>10</sup> *Ibidem*, paragr. 118 con cita del Anexo III, art. 4.4.

de no haber adoptado medidas adecuadas o, de haberlas adoptado, no haber velado por su cumplimiento.

A la luz de tales consideraciones, la respuesta del Tribunal a la opinión que se le había solicitado no parecería que habría debido tener como marco jurídico la responsabilidad del Estado por actos no prohibidos sino que, más bien, su responsabilidad se enmarcaría en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que le sería atribuible; responsabilidad, ésta, considerada en la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la base del proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional.

En efecto, en el mencionado proyecto se expresa que hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado, rigiéndose la calificación del hecho como internacionalmente ilícito por el derecho internacional<sup>11</sup>. A mayor abundamiento, y en lo que aquí se considera, ha de agregarse que en dicho instrumento también se expresa que se considerará hecho del Estado el comportamiento de una persona *si actúa bajo el control del Estado* al observar el comportamiento en cuestión (énfasis agregado)<sup>12</sup>.

Es decir que en el caso del Estado patrocinador se darían los elementos para enmarcar su responsabilidad no en tanto que consecuencias de actos no prohibidos sino en razón de un hecho internacionalmente ilícito que le es atribuible. Es el hecho del Estado el que comportaría la fuente de su responsabilidad y no las actividades del contratista no prohibidas por el derecho internacional que, sin embargo, pudiesen entrañar el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Los elementos de la responsabilidad internacional del Estado por un hecho internacionalmente ilícito lo constituyen un comportamiento atribuible al Estado según el derecho internacional; comportamiento que es una violación de una obligación internacional del Estado en cuestión<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> A/56/83, Anexo, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, arts. 2 y 3.

<sup>12</sup> *Ibidem*, art. 8.

<sup>13</sup> *Ibidem*, art. 2.

En la especie, el comportamiento atribuible al Estado patrocinador es, en primer lugar, la adopción de todas las medidas necesarias en el marco de su sistema jurídico para que el contratante cumpla las disposiciones pertinentes de la Convención y las del contrato. Y, en aplicación de ello, que también adopte todas las medidas necesarias y apropiadas para lograr su cumplimiento efectivo.

Es decir que su responsabilidad se vería comprometida sólo si no adoptó –conforme a su derecho interno– todas las medidas necesarias para que se cumplan las disposiciones de la Convención y las del contrato o si, habiéndolas adoptado, no veló para que efectivamente se cumpliesen.

Es el hecho del Estado, y no del contratista, el que sería la fuente de su responsabilidad al tener la naturaleza de un hecho internacionalmente ilícito que le es atribuible.

Por cierto que al análisis frente a un caso de especie de la eventual responsabilidad del Estado sólo cabría llegar si la actividad de su patrocinado causó un daño pero ello con el objeto de determinar si tal daño está directamente vinculado a la falta de adopción de medidas del Estado patrocinador o al hecho de que habiéndolas adoptado no ejerció la debida diligencia para vigilar su cumplimiento. En la especie se trata de dos hechos distintos; uno, la conducta del patrocinado; otro, la del Estado patrocinador.

Así considerada la cuestión parecería indudable que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva que constituye al Patrocinador en un garante de las conductas de su patrocinado ante la comunidad internacional. Su deber ser está dado por una obligación legal impuesta por consideraciones de interés general al ser la Zona y sus recursos patrimonio común de la humanidad.

En ese sentido cabe tener presente que la responsabilidad es una reacción en derecho a través de la cual el sistema jurídico mantiene dentro de su esfera los comportamientos que contradicen la norma<sup>14</sup>. No en vano se ha afirmado que solamente puede considerarse como jurídico un sistema que contempla tanto la conducta debida como la que la viola<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 3.

<sup>15</sup> De la Pradelle, G., *Les conflits de loi en matiere de nullités*, Paris, Dalloz, 1967, p. 8.

En el supuesto que se examina, la falta de adopción de medidas por el Estado patrocinador o, habiéndolas adoptado, la falta de debida vigilancia sobre su cumplimiento acarrearían su responsabilidad. Por ende, la conducta de su patrocinado no sería la fuente inmediata de su responsabilidad. Por cierto, la cuestión sólo se plantearía frente a la producción de un daño por dicha conducta –acción u omisión–; ya que hasta dicho momento sólo tendría el carácter de abstracta.

La responsabilidad del Estado patrocinador se basaría, entonces, en su conducta antijurídica –no adopción de medidas o no vigilancia sobre su adecuado cumplimiento– y no en el hecho del patrocinado que sólo comportaría el antecedente que llevaría al análisis de la cuestión frente a un caso de especie. Un eventual daño no sería la condición directa de la responsabilidad del Estado pero el daño, sin ser un elemento del hecho internacionalmente ilícito, sería un hecho necesario al planteamiento de la cuestión ante un caso concreto sin que ello condujese necesariamente a asimilar daño y hecho internacionalmente ilícito<sup>16</sup>.

Un elemento necesario –sí– para poner en funcionamiento la responsabilidad del Estado patrocinador está dado, en el supuesto que se considera, en que la omisión –de regulación o de control– le sea imputable sin perjuicio de que en la especie pudiesen ser invocables circunstancias que excluyesen la ilicitud<sup>17</sup>. Si se tiene en cuenta que los Estados partes a la Convención sobre el Derecho del Mar son responsables de los daños que pudiesen resultar del incumplimiento de las obligaciones que les corresponden en virtud de la parte XI de dicho tratado<sup>18</sup>, entre las que se encuentra la protección del medio marino, cabría considerar que sería la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos la que podría invocar la responsabilidad tanto de quien causó un perjuicio al medio marino con su actividad como del Estado patrocinador<sup>19</sup> si no ejerció la debida diligencia.

---

<sup>16</sup> Véase el anexo a la Resolución A/56/83, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, art. 1 en el que se expresa que “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

<sup>17</sup> *Ibidem*, Capítulo V Circunstancias que excluyen la ilicitud.

<sup>18</sup> Convención sobre el Derecho del Mar, art. 139. 2.

<sup>19</sup> *Ibidem*, art. 145.

Una vez más surge, frente al supuesto que se considera, que la responsabilidad es un elemento esencial del sistema jurídico en el que –en este caso– se enmarcan las actividades en la Zona. Así, la responsabilidad del Estado patrocinador surgiría si violase la norma jurídica que le impone –a él y sólo a él– adoptar medidas o que, si habiéndolas adoptado, no hubiese velado por su cumplimiento. Su omisión constituye en la especie el hecho internacionalmente ilícito que le es imputable y que, en consecuencia, es fuente de su responsabilidad.

En este sentido cabe tener presente que el Estado no responderá de los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones por el contratista patrocinado si ha dictado leyes y reglamentos y adoptado medidas administrativas que, en el marco de su ordenamiento jurídico, sean razonablemente adecuados para asegurar el cumplimiento de las disposiciones pertinentes por las personas bajo su jurisdicción. Su deber de reparar sólo surgiría frente a su falta de adopción de las medidas adecuadas; esto es, frente al incumplimiento del deber ser que a él –y sólo a él– impone la norma<sup>20</sup>.

## A MODO DE COLOFÓN

La opinión consultiva emitida por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar se enmarcó en las normas que regulan un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas; actividades que, en la especie, son llevadas a cabo no por el Estado sino por su patrocinado.

Si se tiene en cuenta que la solicitud formulada se refería a las responsabilidades y obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención en cuanto al patrocinio de actividades en la Zona, ésta estaba directamente referida a un Estado patrocinador y no a su patrocinado. Esto es, que pudo considerarse en la respuesta su situación jurídica independientemente de la conducta de quien llevase a cabo la actividad. Es su deber ser el que pudo haberse contemplado y, eventualmente, su violación ya que el incumplimiento de dicha obligación –y no de la de su

---

<sup>20</sup> C.P.J.I., *caso de la fábrica de Chorzow*, série A, n° 17, p. 29, dónde la Corte expresó verificar que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación comporta el deber de reparar.

patrocinado– sería la que configuraría un hecho internacionalmente ilícito que le sería atribuible y, en consecuencia, generaría su responsabilidad internacional. En ese sentido cabe tener siempre en cuenta que hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación; en la especie, la obligación del Estado patrocinador es la adopción de medidas y, una vez adoptadas, velar para que se respeten.

# LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

*Silvina S. González Napolitano\**

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Origen y evolución de los tratados de inversión; III. El medio ambiente en los nuevos tratados de inversión; IV. El medio ambiente ante tribunales de inversión; 1. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica (CIADI)*; 2. *Caso Metalclad c. México (TLCAN-CIADI)*; 3. *Caso Maffezini c. España (CIADI)*; 4. *Caso Burlington c. Ecuador (CIADI)*; 5. *Caso Allard c. Barbados (CNUDMI-CPA)*; V. Observaciones finales.

## I. Introducción

En la actualidad, cada vez con más frecuencia, los Estados incorporan, en los tratados de inversión que negocian (así como en capítulos de inversión en tratados de libre comercio), cláusulas referidas a la protección del medio ambiente. A partir de 2016, la República Argentina se ha sumado a esta corriente, por lo que resulta pertinente tratar este tópico e introducir al lector en la relación entre medioambiente y tratados de inversión.

En primer lugar, se hará referencia a la evolución de los tratados de inversión, a fin de rescatar en qué momento los Estados comenzaron a preocuparse por las cuestiones ambientales en este contexto específico y a establecer normas al respecto. En segundo lugar, se mostrarán cuáles son las disposiciones relevantes contenidas en los nuevos acuerdos de inversión y los objetivos que se pretenden cumplir a través de ellas. En tercer lugar, se mencionarán algunas controversias en materia de inversiones extranjeras que fueron sometidas ante tribunales arbitrales de inversión, en las que se

---

\* Doctora en Derecho (U.B.A.). Profesora Titular Regular de Derecho Internacional Público y Profesora Adjunta Regular de Derechos Humanos y Garantías (U.B.A.). Profesora en cursos de grado y/o posgrado (U.B.A., Universidad Austral, U.T.D.T., E.S.G.N. y E.C.A.E.). Miembro Consejero del CARI.

alegaron cuestiones vinculadas al medio ambiente y la respuesta dada por dichos tribunales. Finalmente, a partir de lo desarrollado se esbozarán algunas observaciones.

## II. Origen y evolución de los tratados de inversión

Al presente se han celebrado aproximadamente 3000 tratados bilaterales de protección de las inversiones extranjeras (TBIs), así como más de 300 de tratados (bilaterales o multilaterales) que contienen capítulos sobre inversiones<sup>1</sup>, por lo que, en su conjunto, se puede hablar de tratados de inversión o, como comúnmente se los suele denominar, acuerdos internacionales de inversión (AIIs). Veamos cómo surgen estos tratados y cómo evolucionan en cuanto a referencias al medioambiente.

En los siglos 18 y 19, los tratados bilaterales de comercio, o de “amistad, comercio y navegación” (denominados en inglés “FCN Treaties”<sup>2</sup>) fueron los primeros instrumentos internacionales que establecieron normas para la protección de los extranjeros y sus bienes, en especial en caso de expropiación<sup>3</sup>. Por ello, podría decirse que estos tratados, aunque no hablaran expresamente de “inversores”, sino de comerciantes o, simplemente de extranjeros, constituyen el antecedente de los actuales tratados de inversión.

El primer Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que celebró Argentina fue con los Estados Unidos, el 27 de julio de 1853. En él se dispone que los ciudadanos de ambos países “gozarán en todas sus ocupaciones de la más completa protección y seguridad, sujetas a las leyes generales y costumbres de las dos naciones respectivas” (art. 2), es decir que contiene el antecedente de lo que hoy sería el estándar de “plena protección y seguridad” de los tratados de inversión. Asimismo, se prevé que cualquier favor, exención, privilegio o inmunidad que se conceda a ciudadanos de otros Estados debe extenderse a los ciudadanos de la otra parte contratante

---

<sup>1</sup> Cfr. UNCTAD, International Investment Agreements Database, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (en adelante, Base de Datos de la UNCTAD).

<sup>2</sup> La sigla corresponde a “Friendship, Commerce and Navigation Treaties”, es decir, Tratados de Amistad, Comercio y Navegación.

<sup>3</sup> El primer tratado de comercio fue celebrado por Estados Unidos y Francia en 1778; cfr. Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 17.

(art. 3), por lo que se establece de ese modo el estándar de “trato de la nación más favorecida”. Además, en varias disposiciones se impone la obligación de dar a los ciudadanos extranjeros el mismo trato que a los nacionales respecto de diversas materias que regula el tratado, dando lugar al estándar de “trato nacional”.

Es en el siglo 20 cuando surgen los primeros tratados de inversión, a los que suelen llamarse “de primera generación”. En efecto, en 1959 se firmó el primer TBI, entre Alemania y Pakistán, dando así comienzo a una nueva era en materia de protección de las inversiones extranjeras<sup>4</sup>, a la que se sumaron la mayoría de los países del mundo. Sin embargo, cabe mencionar que algunos Estados, si bien negociaron TBIs, luego no los han ratificado por falta de aprobación parlamentaria; tal es el caso de Brasil, que registra varios TBIs firmados aunque, hasta la fecha, ninguno ha entrado en vigor<sup>5</sup>. Si bien en un primer momento estos tratados fueron negociados entre Estados desarrollados –exportadores de inversiones– y Estados en desarrollo –receptores de inversiones–, con el propósito de intensificar la cooperación económica entre ellos y crear las condiciones favorables para las inversiones provenientes de esos países, como consta en el preámbulo de muchos tratados de inversión<sup>6</sup>, no obstante, también se celebraron TBIs entre dos Estados desarrollados o entre dos Estados en desarrollo<sup>7</sup>.

Estos tratados de inversión de primera generación se caracterizan por tener:

- estándares de protección enunciados de manera muy amplia –incluso similares a los contenidos en los tradicionales tratados de amistad, comercio y navegación–, tales como trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, trato nacional, trato de la nación más favorecida, no expropiación, libre transferencia de ganancias, entre algunos otros;

---

<sup>4</sup> Dolzer y Schreuer, *op. cit.*, p. 18.

<sup>5</sup> Cfr. Base de Datos de la UNCTAD.

<sup>6</sup> Por ejemplo, el TBI entre la Argentina y Francia, en su Preámbulo, se refiere al “DESEO de intensificar la cooperación económica entre los dos Estados y de crear las condiciones favorables para las inversiones francesas en la Argentina y las inversiones argentinas en Francia” y a que “la promoción y la protección de estas inversiones son propicias para estimular las transferencias de capital y de tecnología entre los dos países con vistas al desarrollo económico de ambos”; Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, suscripto el 3 de julio de 1991.

<sup>7</sup> Ver Base de Datos de la UNCTAD.

- pocas excepciones (algunos TBIs ninguna);
- obligaciones sólo para los Estados contratantes respecto de los inversores de nacionalidad del otro Estado contratante.

Salvo alguna que otra excepción, estos TBIs de primera generación no contienen previsiones explícitas en materia de protección del medio ambiente. El TBI China-Singapur, celebrado en 1985, constituye una de estas excepciones<sup>8</sup>, ya que, aunque no mencione expresamente al medio ambiente, contiene algunos elementos de protección ambiental, puesto que deja a salvo el derecho de cada Estado contratante a adoptar medidas para la prevención de la salud pública, así como de las enfermedades y plagas en animales o plantas (art. 11). En igual sentido puede mencionarse el TBI China-Nueva Zelandia, firmado en 1988 (art. 11).

Entre 1990 y 2001, la República Argentina celebró 58 TBIs, con Estados de todos los continentes<sup>9</sup>, siendo el primero que se firmó el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones con Italia –el 22 de mayo de 1990– y el último de ese período con la República Dominicana –el 13 de marzo de 2001, el cual nunca entró en vigor–. Si bien tampoco contienen referencias expresas a la protección general del medio ambiente, el TBI Argentina-Nueva Zelandia, en el artículo 5(3) establece lo siguiente:

Las disposiciones del presente Acuerdo de ningún modo limitarán el derecho de cada Parte Contratante a tomar cualquier medida (incluidas la destrucción de plantas y animales, la confiscación de bienes o la imposición de restricciones en el movimiento de ganado) necesaria para la protección de recursos naturales y físicos o de la salud humana, siempre que dichas medidas no se apliquen de modo que resulten un medio de discriminación arbitraria o injustificada.

Como puede observarse, a partir de 1985, algunos TBIs, aunque no hicieron referencia general, incorporaron “algunos elementos” de protección del medio ambiente.

---

<sup>8</sup> De acuerdo con un informe de la OCDE, este es el primer TBI que contiene una referencia al medio ambiente. Cfr. Gordon, Kathryn y Pohl, Joachim, “Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey”, OECD Working Papers on International Investment, 2011/01, OECD Publishing, Paris, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7scrjh-en>, p. 8.

<sup>9</sup> De estos 58 TBIs, sólo 55 llegaron a entrar en vigor.

A nivel multilateral, durante el siglo 20 hubo algunos proyectos de tratados multilaterales para la protección de las inversiones extranjeras (denominados MAI, por sus siglas en inglés), que no se concretaron. En 1962 y 1967 se elaboraron proyectos en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), sin éxito. En 1965 se celebró el Convenio de Washington (Convenio CIADI)<sup>10</sup>, que entró en vigor al año siguiente, el cual estableció un sistema para la solución de controversias entre Estados e inversores extranjeros. Sin embargo, el Convenio no establece estándares de trato; sólo crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial, con la finalidad de proveer mecanismos de arbitraje y conciliación, para la solución de esa clase de disputas. Ni el Convenio CIADI ni en las Reglas de Arbitraje o de Conciliación del CIADI hay referencias a controversias de inversión vinculadas a cuestiones ambientales.

A nivel regional, también se han suscripto diversos acuerdos sobre comercio que contienen algún capítulo o anexo sobre protección de las inversiones extranjeras, como por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, por sus siglas en inglés) (1992)<sup>11</sup> y el Tratado sobre la Carta de la Energía –*Energy Charter Treaty*–<sup>12</sup> (1994). Estos acuerdos representan algunos avances, respecto de los TBIs de primera generación, por ello pueden ser denominados acuerdos “de segunda generación”, puesto que:

- limitan los alcances de los estándares de trato y/o especifican su contenido;
- resguardan en mayor medida el poder regulatorio del Estado;
- contienen mayores excepciones o listados de medidas que no se consideran violatorias del tratado.

---

<sup>10</sup> Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscripto en Washington el 18 de marzo de 1965 y en vigor desde el 14 de octubre de 1966.

<sup>11</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte, suscripto en Ottawa, México y Washington, DC, entre Canadá, Estados Unidos y México en diciembre de 1994 y en vigor desde el 1 de enero de 1994.

<sup>12</sup> Suscripto en Lisboa, el 17 de diciembre de 1994 y en vigor desde el 16 de abril de 1998.

Justamente es en estos últimos tratados donde encontramos referencias más explícitas al medio ambiente. Por ejemplo, el artículo 1114 del TLCAN (Medidas relativas a medio ambiente), dispone lo siguiente:

1. Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

2. Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad o relativas a medio ambiente. En consecuencia, ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.

Aquí podemos observar dos tipos de previsiones: por un lado, se deja a salvo el derecho a regular en materia ambiental; por el otro, se considera inadecuado que los Estados contratantes flexibilicen sus regulaciones ambientales con el fin de atraer inversiones extranjeras.

Por su parte, el artículo 19 (Aspectos medioambientales) del Tratado de la Carta de la Energía contiene disposiciones más detalladas y específicas en materia ambiental, ya que encomienda a los Estados hacer todo lo que esté a sus alcances para minimizar los efectos perniciosos sobre el medio ambiente y “adoptar medidas precautorias para evitar o reducir al mínimo el deterioro del medio ambiente”. Además, los Estados contratantes deben tener en cuenta una serie de factores en el marco de las actividades relacionadas con el ciclo de energía en su territorio. Por ejemplo, deben desarrollar y utilizar fuentes de energía renovables, fomentar el uso de combustibles menos contaminantes y aplicar tecnología para reducir la contaminación, entre otros factores.

### III. El medio ambiente en los nuevos tratados de inversión

A partir de fines del siglo 20 y comienzos del 21, los Estados comenzaron a negociar acuerdos más balanceados, que pueden denominarse “de tercera generación”, ya que presentan un equilibrio entre las obligaciones que asumen los Estados frente a los inversores y las inversiones extranjeras, y las obligaciones que deben cumplir los inversores como contrapartida. Puede tratarse tanto de TBIs, como de tratados de libre comercio bilaterales o multilaterales que contengan capítulos sobre protección de las inversiones. Algunas características de estos tratados son las siguientes:

- se reconoce la necesidad de promover la inversión sobre la base de principios de desarrollo sostenible;
- se establece mayor precisión en cuanto al ámbito de aplicación del tratado (inversiones protegidas y excluidas) y la posibilidad de denegar beneficios a ciertos inversores (por ejemplo, para evitar el denominado *treaty shopping*);
- se establece mayor precisión en los estándares de trato;
- se introducen normas sobre transparencia;
- se prevé explícitamente el derecho del Estado a regular para cumplir con objetivos de política pública;
- se incorporan excepciones o medidas que no se consideran violatorias al tratado (para proteger el orden público, intereses esenciales de seguridad, combatir el terrorismo, la corrupción, etc.);
- se establecen obligaciones para los inversores (responsabilidad social empresarial, cumplimiento de normas laborales, ambientales, derechos humanos, etc.);
- se detallan diversas cuestiones procedimentales en los capítulos sobre solución de controversias (reglas sobre nombramiento y recusación de árbitros, objeciones a la jurisdicción, reconvencción, medidas provisionales, participación de terceros en el proceso, transparencia, ejecución de laudos, plazo de prescripción, etc.).

En estos tratados de tercera generación podemos encontrar referencias a la protección del medio ambiente en el contexto de una o varias de las siguientes disposiciones<sup>13</sup>:

- en el preámbulo;

---

<sup>13</sup> Gordon, Kathryn y Pohl, Joachim, *doc. cit.*, pp. 5-6.

- en el derecho a regular;
- en la prohibición de flexibilizar regulaciones ambientales con el fin de atraer inversiones extranjeras;
- en reservas contenidas en algunos de los estándares de trato (trato justo y equitativo, expropiación, requisitos de desempeño, etc.);
- en las excepciones generales del tratado;
- en la solución de controversias.

En cuanto al último punto –la solución de controversias– cabe destacar que en los capítulos respectivos de los nuevos tratados de tercera generación, se suelen incorporar expresamente instituciones o previsiones que contribuyen a la supervisión del cumplimiento de las normas ambientales, tanto por las partes litigantes, como por el Estado co-contratante o por grupos de interés<sup>14</sup>. Por ejemplo, se prevé la transparencia del procedimiento, lo que incluye posibilidad de divulgación o publicación de las decisiones e incluso algunas otras piezas procesales relevantes –de modo que los terceros ajenos al proceso pueden tener conocimiento de lo que allí se discute, lo que resulta de sumo interés para las organizaciones no gubernamentales y grupos ambientalistas–; se regula la participación de terceros y/o la presentación de amici curiae –institución relevante para los grupos de interés–; se regula la reconvención –herramienta esta última que permite que el Estado demandado en un procedimiento arbitral pueda contrademandar al inversor por la falta de cumplimiento de la legislación ambiental–<sup>15</sup>.

A nivel bilateral, cabe referirnos a diversos tratados suscriptos recientemente por la República Argentina<sup>16</sup>. Por ejemplo, el TBI Argentina-

---

<sup>14</sup> Ver Le Bars, Benoit, “International Arbitration and the Protection of the Environment: Should the Existing Legal Instruments Evolve?”, paper del Congreso *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development*, Viena, 4-6 de julio de 2017, CNUDMI, disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Congress/106-LE\\_BARS-International\\_arbitration\\_and\\_the\\_protection\\_of\\_the\\_environment.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/106-LE_BARS-International_arbitration_and_the_protection_of_the_environment.pdf).

<sup>15</sup> Sobre cuestiones procedimentales vinculadas a la protección del medio ambiente en el arbitraje de inversión, puede consultarse Beharry, Christina L. y Kuritzky, Melinda E., “Going Green: Managing the Environmental through International Investment Arbitration”, *American University International Law Review*, vol. 30, n. 3 (2015), pp. 384-429 (en especial pp. 411-418).

<sup>16</sup> Nos referimos a aquellos tratados cuyo texto se encuentra en el dominio público al 15 de abril de 2018.

Qatar (2016)<sup>17</sup> prevé en su artículo 10 el derecho a regular para la protección del medio ambiente, entre otros objetivos legítimos de política pública.

Asimismo, el Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile (2017)<sup>18</sup>, el cual además del capítulo 13 específicamente referido al comercio y medio ambiente, contiene diversas disposiciones sobre el tema que nos ocupa en el capítulo 8 sobre inversiones. Podemos mencionar el artículo 8.4, que deja a salvo el derecho a regular para la protección del medio ambiente; el artículo 8.8, inciso 2(d), que aclara que salvo circunstancias excepcionales, no constituyen expropiación indirecta los actos expropiatorios no discriminatorios diseñados y aplicados para proteger el medio ambiente; el artículo 8.14, a través del cual los Estados reconocen que no es adecuado derogar o flexibilizar las normas ambientales como medio para incentivar la inversión; el artículo 8.17 sobre responsabilidad social corporativa, en el cual se reafirman los estándares, directrices y principios de responsabilidad social corporativa, incluidas las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, con expresa referencia a aquellos que abordan el medio ambiente, de modo que los Estados contratantes deben procurar alentar a que las empresas los incorporen voluntariamente. Por su parte, el propio preámbulo –común a todos los capítulos del Acuerdo– alude a:

IMPLEMENTAR el presente Acuerdo en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente, incluso mediante el manejo de recursos naturales en sus respectivos territorios, de conformidad con la legislación ambiental de cada Parte y con los acuerdos multilaterales sobre el medioambiente de los que la República Argentina y la República de Chile sean partes [...].

Además, en la parte dedicada a la solución de controversias en materia de inversión del Acuerdo comercial con Chile, contiene una

---

<sup>17</sup> Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Estado de Qatar, firmado en Doha, el 6 de noviembre de 2016 (aún no se encuentra en vigor), disponible en la Biblioteca Digital de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina.

<sup>18</sup> Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile, firmado en Buenos Aires, el 2 de noviembre de 2017 (aún no se encuentra en vigor), disponible en la Biblioteca Digital de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina.

disposición específica sobre demandas subordinadas –i.e. reconveniones– (art. 8.34) y otra sobre transparencia en las actuaciones arbitrales (art. 8.32).

A nivel multilateral regional, podemos mencionar, a modo de ejemplo, varios tratados con capítulos de inversión que en diversos artículos también dejan a salvo la protección del medio ambiente: el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana –*Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement* (DR-CAFTA)<sup>19</sup>, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (AECG) –*Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA)<sup>20</sup> y el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica –*Trans-Pacific Partnership* (TTP)<sup>21</sup>.

#### IV. El medio ambiente ante tribunales de inversión

Diversos tribunales arbitrales de inversión han tenido que resolver casos en los cuales se discutían cuestiones sobre protección del medio ambiente<sup>22</sup>, incluso existen reclamos arbitrales que aún están pendientes de

---

<sup>19</sup> El CAFTA fue suscrito el 17 de diciembre de 2003 por El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y el 25 de enero de 2004 por Costa Rica. El 28 de mayo de 2004 estos Estados acuerdan con EE.UU. y el 5 de agosto de 2004 con la República Dominicana, por lo que el CAFTA pasa a denominarse DR-CAFTA, para incluir a este último Estado. Ver capítulo 17 (Ambiental) y artículo 21.1 (Excepciones Generales).

<sup>20</sup> El Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG, o más conocido por sus siglas en inglés, CETA) es un nuevo acuerdo comercial entre la Unión Europea y Canadá, firmado el 30 de octubre de 2016, en Bruselas, el cual entró provisionalmente en vigor el 21 de septiembre de 2017. Ver referencias al medio ambiente en diversos párrafos del preámbulo; capítulo 8 sobre inversión: artículo 8.4 (acceso a mercado), inciso 2(d); artículo 8.9 (inversión y medidas regulatorias), inciso 1; artículo 28.3 (excepciones generales); así como en otros capítulos del tratado.

<sup>21</sup> El Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica es un tratado de libre comercio firmado el 4 de febrero de 2016 en Auckland, Nueva Zelanda, entre varios Estados del Pacífico. Luego del anuncio de retiro por parte de los EE.UU., en enero de 2017, los once Estados restantes firmaron el denominado Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CTPP o TPP-11), el 8 el marzo de 2018, en Santiago de Chile. Actualmente son Estados signatarios Australia, Brunei, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. En materia de inversión y protección del medio ambiente ver artículo 9.16 (Inversión y Objetivos de Medio Ambiente, Salud y otros Objetivos Regulatorios).

<sup>22</sup> Ver Douglas, Zachary, “The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration”, en Dupuy, Pierre-Marie y Viñuales, Jorge E. (eds.), *Harnessing Foreign*

resolución. Dado que el alcance de este artículo excede el análisis de todos esos asuntos, hemos seleccionado cinco de ellos que son representativos de distintas situaciones y normas invocadas.

### *1. Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica (CIADI)*

Este caso fue instituido en 1995 por una sociedad constituida en su mayoría por accionistas estadounidenses, en reclamo de una indemnización como consecuencia de la expropiación de una propiedad –denominada Santa Elena–, que había sido adquirida para desarrollar un complejo turístico y residencial<sup>23</sup>. Se trataba de un terreno de unos 30 kilómetros a lo largo de la costa del Pacífico, en el que había numerosos ríos, manantiales, valles, bosques y montañas, con una importante variedad de flora y fauna, muchas de las cuales eran autóctonas de la región. En 1978, el Gobierno de Costa Rica expropió la propiedad y propuso pagar una suma como compensación, que fue considerada insuficiente por la demandante, lo que motivó la interposición de este reclamo arbitral ante el CIADI, para el cual Costa Rica prestó su consentimiento. En el decreto de expropiación se aludía a objetivos conservacionistas, puesto que la propiedad en cuestión contenía flora y fauna de gran valor científico, recreacional, educativo y turístico, así como también playas que eran importantes para el desove de las tortugas marinas. No obstante, en el arbitraje no se discutía el derecho a la expropiación en sí, basada en un propósito público, sino el monto debido.

Respecto del derecho aplicable, el tribunal se basó en el artículo 42 del Convenio CIADI y en tal sentido, a falta de acuerdo, terminó aplicando

---

*Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, cap. 15, pp. 415-444; George, Clive y Yamaguchi, Shunta, “Assessing Implementation of Environmental Provisions in Regional Trade Agreements”, OECD Trade and Environment Working Papers, 2018/01, OECD Publishing, París, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/91aacfea-en>; Castillo Argañarás, Luis F., “Arbitraje, expropiaciones y ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, n. 5 (2015), pp. 391-405; Bottini, Gabriel y Mendez Bräutigam, Elisa, “Investment Claims against Latin American States: Environmental Protection and the Applicable Law” (publicación en preparación).

<sup>23</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*, caso CIADI N° ARB/96/1, Laudo Final, 17 de febrero de 2000, párrs. 15-16.

los principios del derecho internacional a los efectos de determinar el monto de la indemnización debida por la expropiación<sup>24</sup>.

Según Costa Rica, al valuar la propiedad, debía aplicarse el método del valor justo de mercado al momento de la expropiación y tenerse en cuenta la legislación ambiental costarricense existente en esa fecha, que restringía, si no prohibía abiertamente, el desarrollo comercial de Santa Elena, con lo cual el precio de la propiedad disminuía<sup>25</sup>.

En cuanto a la consideración del motivo de la expropiación basado en razones ambientales, el tribunal sostuvo que, si bien el propósito de proteger el medio ambiente por el cual se tomaba la propiedad podía ser considerado como un propósito público, lo que tornaba legítima la expropiación, esto no afectaba la medida de la compensación a ser pagada, la que debía ser adecuada<sup>26</sup>. Así, enfatizó:

Las medidas medioambientales expropiatorias –sin importar cuán loables y beneficiosas sean para la sociedad en su conjunto– son, a este respecto, similares a cualesquiera otras medidas expropiatorias que un Estado pueda tomar en orden a implementar sus políticas: cuando una propiedad es expropiada, incluso con propósitos ambientales, sea interna o internacional, subsiste la obligación del Estado a pagar compensación<sup>27</sup>.

En conclusión, el tribunal aplicó el método de valor justo de mercado de la propiedad expropiada y fijó el monto de la indemnización en 16 millones de U\$S, una suma mayor que la establecida por Costa Rica (1,9 millones) y menor que la pretendida por el inversor (41,2 millones).

---

<sup>24</sup> Si bien el artículo 42, inciso 1, del Convenio CIADI establece que a falta de acuerdo se aplicará “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”, el tribunal consideró que el derecho costarricense en materia de valuación de la propiedad expropiada en general estaba de acuerdo con los principios del derecho internacional público. No obstante, en caso de discrepancia, el derecho internacional debía prevalecer. Cfr. *ibidem*, párr. 64.

<sup>25</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*, caso CIADI N° ARB/96/1, Laudo Final, 17 de febrero de 2000, párrs. 35 y 40.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 71. Según se indica en la nota al pie 32 del Laudo, por esta razón el tribunal no analizó la prueba presentada por Costa Rica referida a la obligación de preservar el sitio ecológico único en Santa Elena.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párr. 72 (traducción propia del original en inglés).

Con relación a este caso, se ha señalado la importancia de tener en los tratados de inversión una excepción en materia de medio ambiente<sup>28</sup>, de modo que deje a salvo cualquier medida que el Estado adopte con ese objetivo de política pública<sup>29</sup>.

Cabe mencionar que Costa Rica también ha sido objeto de otras demandas similares, en las que se alegó expropiación para proteger el medio ambiente, como los casos *Unглаube* (donde se invocó el TBI Alemania-Costa Rica)<sup>30</sup>; *Spence* (iniciado en virtud del capítulo 10 del CAFTA)<sup>31</sup>; *Aven* (iniciado en virtud del capítulo 10 del CAFTA)<sup>32</sup>, *Infinito Gold* (donde se invocó el TBI Canadá-Costa Rica)<sup>33</sup>.

## 2. Caso *Metalclad c. México (TLCAN-CIADI)*

En 1997, la empresa estadounidense Metalclad, inició un reclamo contra México ante el CIADI, en virtud del Mecanismo Complementario, por violación de varios estándares contenidos en el capítulo 11 sobre inversión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN)<sup>34</sup>. La demandante alegaba que México, a través de sus gobiernos locales de San Luis Potosí y el municipio de Guadalcázar, había interferido en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos.

En 1990 el gobierno federal de México autorizó a COTERIN la construcción y operación de una planta para el tratamiento de residuos

---

<sup>28</sup> Boisson de Chazournes, Laurence, “Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang?”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10 (2017), p. 386.

<sup>29</sup> Sobre los métodos jurídicos que pueden ser empleados para sopesar el margen que poseen los Estados para adoptar reglamentaciones ambientales y el riesgo en el que incurren los inversores, ver Viñuales, Jorge A. y Pérez Aznar, Facundo, “La distribución del riesgo regulatorio ambiental en el derecho de las inversiones internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversario, 2012, pp. 169-209.

<sup>30</sup> *Marion Unглаube y Reinhard Unглаube c. República de Costa Rica*, caso CIADI N° ARB/08/1 y caso CIADI N° ARB/09/20, Laudo, 16 de mayo de 2012.

<sup>31</sup> *Spence International Investments y otros c. República de Costa Rica*, caso CIADI N° UNCT/13/2, Laudo Provisional (corregido), 30 de mayo de 2017.

<sup>32</sup> *David R. Aven y otros c. República de Costa Rica*, caso CIADI N° UNCT/15/3 (aún no se ha dictado laudo).

<sup>33</sup> *Infinito Gold Ltd c. República de Costa Rica*, caso CIADI N° ARB/14/5, Decisión sobre Jurisdicción, 4 de diciembre de 2017.

<sup>34</sup> *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000.

peligrosos en La Pedrera, valle localizado en Guadalcázar, San Luis Potosí, y en 1993, un organismo le otorgó un permiso federal para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos. Tres meses después, Metalclad concluyó un contrato de opción a seis meses para la compra de COTERIN y de sus permisos, con el fin de construir dicho confinamiento. En mayo de 1993, las autoridades de San Luis Potosí le otorgaron un permiso de uso del suelo para la construcción, sujeto a ciertos requerimientos y en agosto se le otorgó el permiso federal para la operación del confinamiento. En septiembre de ese mismo año, Metalclad ejerció la opción de compra sobre COTERIN, en el entendimiento de que tenía el apoyo de los funcionarios locales y estatales para llevar adelante el proyecto. Así, comenzó la construcción del confinamiento, pero en octubre de 1994 se tuvo que interrumpir, por orden del Municipio, debido a la falta del permiso “municipal” de construcción. Luego de presentar la solicitud del permiso municipal, se reanudó la tarea, la cual concluyó el marzo de 1995. Se celebró la inauguración del confinamiento a puertas cerradas, pero un grupo de manifestantes impidió que se llevara a cabo la inauguración y la apertura del confinamiento. Luego de meses de negociación, Metalclad y México firmaron un convenio que establecía y permitía la operación del confinamiento, pero establecía que se llevaría a cabo una auditoría ambiental del sitio, para verificar que el proyecto hubiese cumplido con las leyes y los reglamentos. Sin embargo, el Municipio le denegó a Metalclad el otorgamiento del permiso municipal de construcción. En septiembre de 1997, cuando ya se había iniciado el arbitraje, el Gobernador emitió un Decreto Ecológico declarando un área natural, que abarcaba la zona del confinamiento, para la protección de un cactus único.

Al defenderse del reclamo, México mencionó la legislación doméstica ambiental. Así, alegó que el Municipio tenía facultad para otorgar (o denegar) permisos de construcción, lo que constituía un ejercicio válido de las facultades regulatorias en materia ambiental. También invocó el artículo 1114 del TLCAN en el contexto del estándar de trato justo y equitativo<sup>35</sup>.

En el análisis efectuado por el tribunal, se mencionó que la legislación ambiental de México otorgaba a la Federación la facultad de

---

<sup>35</sup> Cfr. Memorial de contestación presentado por México, 22 de mayo de 1998, párr. 838 (disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7809.pdf>).

autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos. Sin embargo, de acuerdo con el tribunal,

Aun si México está en lo correcto respecto a que se requería un permiso municipal de construcción, le evidencia también muestra que la competencia de la autoridad federal regulaba lo que se refiere a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, la negativa del Municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, fue inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio<sup>36</sup>.

En consecuencia, el tribunal consideró que Metalclad había confiado en las afirmaciones de los funcionarios federales y creía que estaba autorizada a seguir con la construcción del confinamiento. Metalclad había actuado de manera prudente y con la total expectativa de que el permiso de construcción se le otorgaría<sup>37</sup>. De acuerdo con el tribunal, el Ayuntamiento negó el permiso por diversas razones, tales como la oposición de la población local y las preocupaciones ecológicas referentes a los efectos e impactos ambientales en el sitio y comunidades circundantes, pero ninguna de esas razones incluía lo referente a algún problema relacionado con la construcción material del confinamiento<sup>38</sup>.

Además, el tribunal añadió:

El artículo 1114 del TLCAN, que permite que una Parte se asegure que las inversiones se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental no afecta esta conclusión. La celebración del Convenio y el otorgamiento de los permisos federales muestran claramente que México estaba satisfecho con el hecho de que el proyecto era acorde con y tomaba en cuenta inquietudes en materia ambiental<sup>39</sup>.

En virtud de ello, el tribunal concluyó que México no había otorgado a Metalclad un trato justo y equitativo de conformidad con el

---

<sup>36</sup> *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párr. 86.

<sup>37</sup> *Ibidem*, párr. 89.

<sup>38</sup> *Ibidem*, párr. 92.

<sup>39</sup> *Ibidem*, párr. 98.

TLCAN<sup>40</sup>. Asimismo, la actuación de las autoridades locales, sumado a las afirmaciones del Gobierno federal, equivalía a una expropiación indirecta<sup>41</sup>. En consecuencia, el tribunal hizo lugar al reclamo y condenó a México a pagar una indemnización a Metalclad.

### 3. Caso *Maffezini c. España (CIADI)*

El caso *Maffezini c. España*, producto de un reclamo presentado en 1997 por una persona física de nacionalidad argentina, es muy conocido por la decisión sobre jurisdicción dictada por el tribunal arbitral del CIADI, debido a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida del TBI Argentina-España para atraer una cláusula sobre solución de controversias contenida en otro TBI (TBI Chile-España)<sup>42</sup>. Pero en ese mismo caso, en el laudo de fondo<sup>43</sup>, se trataron cuestiones vinculadas al medio ambiente en lo que concernía a uno de los reclamos del demandante, que finalmente no prosperó (España fue condenada en este procedimiento arbitral, pero debido a otro de los reclamos de fondo).

Maffezini, quien constituyó la sociedad española EAMSA para construir y operar una planta de fabricación de productos químicos en Galicia, alegó que había tenido que desinvertir, debido al incremento en los costos que le iba a demandar su inversión, en virtud de las exigencias de las autoridades a raíz del Estudio de Impacto Ambiental aprobado. Según Maffezini, la Sociedad para el Desarrollo Industrial del Galicia (SODIGA) –una sociedad con participación de España dedicada a promover la industrialización de la región– era responsable por presionar a EAMSA para iniciar la inversión antes de que hubiera finalizado el proceso de impacto ambiental y de que se conocieran sus implicancias<sup>44</sup>.

El tribunal tomó en cuenta que la legislación española exigía un estudio de impacto ambiental antes de autorizar ciertos proyectos que podían causar importantes repercusiones ambientales y que no se podía

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, párr. 99.

<sup>41</sup> *Ibidem*, párrs. 106-107.

<sup>42</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, caso CIADI N° ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000.

<sup>43</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, caso CIADI N° ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000.

<sup>44</sup> *Ibidem*, párr. 65.

responsabilizar a España o a SODIGA por las decisiones adoptadas por el demandante en relación con el estudio de impacto ambiental. Según el tribunal, “la acción del Reino de España concuerda plenamente con la disposición del Artículo 2(1) del Acuerdo Bilateral sobre Inversiones Argentina-España, que exige la promoción de las inversiones en cumplimiento de la legislación nacional”<sup>45</sup>. De modo que, si bien el TBI Argentina-España (1991) no contiene disposiciones específicas en relación con el cumplimiento de normas ambientales, fue suficiente para el tribunal el párrafo referido a la promoción y admisión de las inversiones extranjeras “conforme a sus disposiciones legales”, para tomar en cuenta las reglamentaciones ambientales.

#### *4. Caso Burlington c. Ecuador (CIADI)*

En 2008, Burlington (sociedad estadounidense) y sus subsidiarias iniciaron un arbitraje ante el CIADI contra Ecuador, por considerar que el Estado había violado el TBI aplicable, al adoptar legislación que aplicaba un impuesto sobre las ganancias extraordinarias del petróleo<sup>46</sup>. Dichas compañías eran beneficiarias, a través de un consorcio, de participaciones en contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en la región amazónica ecuatoriana.

Ecuador presentó dos reconveniones en el marco de este procedimiento arbitral (sobre la base de la Regla 40.2 de Arbitraje del CIADI), reclamando el pago de indemnización, por considerar que, según la legislación ecuatoriana, Burlington, en calidad de operador, era responsable de contaminar el suelo y las aguas subterráneas con hidrocarburos y/o metales pesados en dos de los sitios de la explotación (reconveniones ambientales). Se trataba de una responsabilidad objetiva. Además, la empresa había violado el contrato y la legislación interna al no mantener la estructura y devolverla en buen estado a Ecuador (reconveniones sobre infraestructura). Ello por cuanto en 2009, Burlington abandonó los trabajos de explotación en siete pozos, lo que motivó que Petroecuador, empresa estatal ecuatoriana, asumiera esos trabajos.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, párr. 71.

<sup>46</sup> *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, caso CIADI N° ARB/08/5, anteriormente *Burlington Resources Inc. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*.

El tribunal tuvo ocasión de realizar una visita a los sitios de explotación a fin de inspeccionarlos<sup>47</sup>. Al resolver las reconvenções ambientales, el tribunal arbitral aplicó el derecho civil extracontractual ecuatoriano, en virtud de lo establecido en el artículo 42(2) del Convenio CIADI. Luego de analizar en detalle la Constitución de Ecuador y los principios ambientales allí recogidos, hizo lugar a las reconvenções y ordenó a la demandante a pagar una indemnización por los costos de restauración del ambiente.

Paralelamente, Perenco, socia de Burlington en el mencionado consorcio, inició otro reclamo contra Ecuador con objeto similar. Allí también Ecuador presentó similares reconvenções<sup>48</sup>.

##### 5. *Caso Allard c. Barbados (CNUDMI-CPA)*

En 2010, un inversor canadiense inició un arbitraje bajo el Reglamento de la CNUDMI, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya<sup>49</sup>, en el que alegaba que Barbados había violado el TBI Canadá-Barbados, por no tomar las medidas razonables y necesarias de protección ambiental y contribuir directamente a la contaminación del sitio de ecoturismo que había adquirido y desarrollado, destruyendo de este modo el valor de su inversión.

En 1996 el demandante había comprado tierras, al sur de Barbados, para desarrollar un emprendimiento ecoturístico, consistente en un Santuario que incluía un bosque de manglares rojos y blancos, así como un lago y estanques conectados al océano por un canal. En ese momento las autoridades de Barbados le habían informado que, para obtener el permiso para llevar a cabo su proyecto, tenía que presentar una solicitud formal junto con una evaluación de impacto y un plan de gestión ambiental para el humedal. En 1998 se le otorgó un permiso sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones, que incluían la aprobación de un informe de gestión ambiental y un plan de drenaje del pantano. El demandante emprendió la realización

---

<sup>47</sup> *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre reconvenções, 7 de febrero de 2017, párr. 18.

<sup>48</sup> *Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión interina sobre la reconvenção ambiental, 11 de agosto de 2015, párr. 5.

<sup>49</sup> *Peter A. Allard c. Gobierno de Barbados*, caso CPA N° 2012-06, Laudo, 27 de junio de 2016.

de las obras sobre el Santuario y en 2004 fue abierto al público. En 2005, debido a una falla en la planta de tratamiento de aguas residuales operada por la autoridad de Barbados, se produjo, en esa zona, una descarga de emergencia de aguas residuales sin procesar. A mediados de 2007, el inversor trató de vender el Santuario, y un año después anunció el cierre, que se produjo en 2009. Previo a ello, el Gobierno de Barbados reclasificó algunas zonas ubicadas al norte del Santuario, que antes eran reservadas a usos recreativos o de agricultura, las que pasaron a ser consideradas para fines residenciales. El inversor invocó esta medida, así con el incidente de 2005, y el mal funcionamiento de una esclusa que controlaba el intercambio de agua entre los humedales y el Océano, como causantes de la degradación del medio ambiente en el Santuario, que lo tornaron inviable para el ecoturismo. Por su parte, el Estado argumentó que la decisión de vender el Santuario fue exclusivamente empresarial, por no tratarse de un negocio redituable, y no tuvo nada que ver con la situación ambiental del sitio.

El tribunal concluyó que el demandante no había podido probar las premisas fácticas de sus alegaciones. De las seis cuestiones ambientales invocadas: la salinidad del agua, otros parámetros de la calidad del agua, la salud de los manglares, la diversidad y la salud de los peces, la diversidad y número de aves, así como el número de cangrejos, el demandante no demostró un deterioro durante el período temporal relevante, ni que su decisión de dejar de operar el Santuario como una atracción de ecoturismo surgió de cualquier degradación relevante del ambiente<sup>50</sup>. Además, el tribunal consideró que no se había probado la violación del TBI por ninguna acción u omisión atribuible al Estado. En cuanto a la alegada violación del estándar de plena protección y seguridad, el tribunal consideró que Barbados, consciente de las sensibilidades ambientales del Santuario, había tomado medidas razonables para protegerlo<sup>51</sup>. En efecto, según el tribunal, el estándar de plena protección y seguridad sólo requiere de una acción razonable, por parte del Estado, y el hecho de que Barbados fuera parte de la Convención sobre biodiversidad o de la Convención de Ramsar no alteraba el estándar contenido en el TBI, aunque tales obligaciones podían ser relevantes en la aplicación del estándar a circunstancias particulares<sup>52</sup>. En consecuencia, rechazó el reclamo, fijando costas a la demandante.

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, párr. 139.

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 242.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párr. 244.

## V. Observaciones finales

Se ha recorrido un largo camino desde que se adoptó el primer tratado de inversión hasta la actualidad. En esa evolución, se fueron abriendo camino las referencias a la protección del medio ambiente, las cuales, si bien podían encontrarse raramente en algún tratado de primera generación, incluso con un lenguaje acotado, se incrementaron en los tratados de segunda y, sobre todo, en los de tercera generación.

En la actualidad, los Estados suelen incluir, con mayor frecuencia, cláusulas referidas a la protección del medio ambiente en los tratados de inversión que negocian (así como en capítulos de inversión en tratados de libre comercio). Estas disposiciones pueden ubicarse en varios capítulos o secciones del tratado, incluso en el preámbulo, utilizándose un lenguaje suficientemente amplio como para abarcar distintas situaciones en materia de protección del medio ambiente. Así, los Estados negociadores comienzan a relacionar los tratados de inversión con las normas ambientales (ya sea que se trate de legislación interna como de derecho internacional), de modo tal que la protección de las inversiones no se realice de forma fragmentada, aislada, sino en el contexto de otras normas que buscan cumplir objetivos de política pública. Por ello se reconoce la necesidad de promover la inversión sobre la base de principios de desarrollo sostenible, se deja a salvo el derecho a regular en materia ambiental, se introducen excepciones respecto de medidas con fines ambientales que no se consideran violatorias del tratado, se incorporan previsiones para que los inversores respeten las normas de protección del medio ambiente. Asimismo, como se pudo observar, se buscó impedir que los Estados flexibilizaran sus regulaciones ambientales con el fin de atraer inversiones extranjeras.

Los tribunales arbitrales de inversión han tenido oportunidad de resolver controversias en las que se alegaron cuestiones vinculadas al medio ambiente, al analizar la posible violación de diversos estándares de fondo (tales como expropiación, trato justo y equitativo, plena protección y seguridad). En algunos casos (*Allard*), ha sido el inversor quien invocó una de estas cuestiones, por ejemplo, al sostener que el Estado demandado no había cumplido con una obligación ambiental al adoptar determinada medida (por lo general expropiatoria) que afectó su inversión y le causó un perjuicio. En otros casos, ha sido el Estado quien introdujo la cuestión de la

protección ambiental (*Burlington, Perenco*), sea para defenderse de la demanda del inversor y tratar de que se desestime por completo el reclamo, sea para reducir el monto de la compensación debida. En el caso del Estado, la mención de la norma referida al medio ambiente se realiza en el contexto de la contestación de demanda –donde se pretende excluir la ilicitud de la medida cuestionada en función de su objetivo regulatorio ambiental– o bien a través de una reconvencción –aquí se intenta probar que el inversor no cumplió con la normativa ambiental–. En ciertos asuntos, la protección del medio ambiente se sustenta en la legislación interna aplicable, en otros se fundamenta en alguna cláusula especial del propio tratado de inversión o en el derecho internacional general. Frente a estas invocaciones los tribunales arbitrales han respondido de diversa manera. En algunos casos (*Compañía del Desarrollo de Santa Elena, Metalclad*), el propósito ambiental de la medida cuestionada no tuvo efecto alguno, ya que no sirvió ni para atemperar o excluir la responsabilidad del Estado ni para reducir el monto de la indemnización. En otros casos, el tribunal se apoyó en legislación ambiental para justificar la medida adoptada por el Estado como no violatoria del tratado aplicable (*Maffezini*) o para responsabilizar al inversor –en virtud de un reclamo del Estado mediante reconvencción– (*Burlington*), sin que hubiera una disposición convencional específica sobre medio ambiente, bastando para ello el artículo referido al cumplimiento de la legislación nacional (en general) en el contexto de la promoción de las inversiones o el artículo sobre el derecho aplicable a la controversia. Por último, en algunos casos, si bien hubo un análisis exhaustivo de la cuestión ambiental, el tribunal terminó rechazando el reclamo (*Allard*), al considerar que la prueba presentada no avalaba la alegación del incumplimiento por parte del Estado de normas ambientales.

Si bien algunos tribunales han considerado la normativa ambiental sin que el tratado tuviera una referencia explícita a ello, con fundamento en la cláusula sobre derecho aplicable o en la exigencia de que la inversión se lleve a cabo de conformidad con la legislación doméstica, la incorporación de disposiciones específicas en los tratados de inversión más recientes aporta mayor claridad y certeza respecto del contenido del tratado y de su relación con el derecho ambiental y contribuye a reducir la discrecionalidad de los tribunales arbitrales a la hora de interpretar estas cuestiones. Además, provee de un mayor balance entre las obligaciones del Estado frente a las de los inversores, con miras al objetivo de proteger las inversiones, pero

teniendo en cuenta la legalidad –en este caso, el respeto a las normas y reglamentaciones ambientales– y el desarrollo sostenible.

# LA DIPLOMACIA DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Ricardo Arredondo\*

SUMARIO: I. Introducción; II. El plano subjetivo (o los actores); II.1. Los Estados; II.2. Las organizaciones internacionales; II.3. Las entidades subnacionales; II.4. Los actores no estatales; III. El derecho medioambiental internacional y su contexto; III.1. El cambio climático y el Consejo de Seguridad; III.2. El cambio climático y el sistema multilateral de comercio; III.3. El cambio climático y los derechos humanos; III.4. El cambio climático y las migraciones; IV. La vertiente política; V. Conclusiones.

## I. Introducción

Como nos recuerda Remiro Brotóns, “el interés por el medio ambiente en el ámbito internacional es relativamente reciente”<sup>1</sup>, reconociéndose a la Declaración de Estocolmo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, como “el primer instrumento ambiental de derecho internacional”<sup>2</sup>. A partir de ese momento, se produjo una proliferación de instrumentos sobre este tema, que generó incluso un resquemor frente a una potencial fragmentación que podría producirse en esta materia.

---

\* Abogado (UNT), Master of Laws (LL.M) (London School of Economics) y Doctor en Derecho (UBA). Profesor de derecho internacional público (UBA). Miembro Consejero del CARI. Autor de *Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: ¿hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?*, Buenos Aires, Catálogos, 2012 y *Derecho Diplomático y Consular*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016. El autor agradece los comentarios y opiniones recibidos del Embajador Raúl Estrada Oyuela y el Dr. Ariel Gianzone a una versión preliminar de este capítulo.

<sup>1</sup> Remiro Brotóns, Antonio y Fernández Egea, Rosa M “Introducción”, en Remiro Brotóns, Antonio y Fernández Egea, Rosa M. (ed.), *El cambio climático en Derecho internacional y comunitario*, Madrid, Fundación BBVA, 2009, p. 13.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

De los diferentes ámbitos que conforman el derecho internacional medioambiental<sup>3</sup>, el que mayor prominencia ha alcanzado es el del cambio climático, dado que se trata de uno de los mayores, si no el mayor, desafío colectivo al que se enfrenta la humanidad. En este diagnóstico coinciden tanto ecologistas como científicos, políticos y empresarios, Estados y actores no estatales. El cambio climático no se produce de forma natural. La acumulación de gases de efecto invernadero en la atmósfera y los océanos es producto de la acción humana, aunque, por lo general, no se pone el acento en sus causas sino en sus efectos y sus víctimas<sup>4</sup>. El cambio climático presenta retos y riesgos globales para el medio ambiente y las economías; afecta la salud de los seres humanos, aumenta el número de incidentes de clima extremo, amenaza recursos naturales y detona migraciones forzadas de poblaciones. Hoy en día, los impactos del cambio climático son inevitables debido a las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) que ya se han incorporado a la atmósfera.

Conscientes de ese desafío, en 1988 los Estados decidieron establecer el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) para facilitar la realización de evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta<sup>5</sup>. Durante la denominada *Cumbre de la Tierra*, celebrada en Río de Janeiro en 1992, entre otros instrumentos multilaterales, los Estados adoptaron la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)<sup>6</sup>, que instituyó el marco apropiado para un largo proceso de

---

<sup>3</sup> Estrada Oyuela define al derecho internacional del ambiente “como el conjunto de normas adoptadas por la comunidad internacional para organizar la cooperación entre los Estados con el objeto de proteger el ambiente y los recursos naturales del planeta, en beneficio tanto de las generaciones presentes como de las futuras”. Cfr. Estrada Oyuela, Raúl A., “Derecho internacional del medio ambiente. Del daño transfronterizo a las cuestiones globales. Aspectos jurídicos y económico-financieros”, *XXV Anuario Argentino de Derecho Internacional* (2016), p. 132, disponible en <http://aadi.org.ar/admin/imagenesBD/productos/PDF%20COMPLETO.pdf> (acceso 24/01/2018).

<sup>4</sup> Al respecto puede verse Buxton, Nick y HAYES, Ben (eds.), *Cambio climático*, S.A., Madrid, FUHEM Ecosocial, 2017.

<sup>5</sup> Desde el inicio de su labor en 1988, el IPCC ha preparado cinco informes de evaluación de varios volúmenes, que se pueden consultar en <http://www.ipcc.ch/> (acceso 24/01/2018).

<sup>6</sup> La Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC) es un documento ratificado por 195 países, que entró en vigor en 1994, y en él se reconoce por primera vez que el cambio climático es real y atribuible a acciones humanas. La Convención define en su artículo 1 el cambio climático como “un cambio en el clima atribuible directa o

intensas negociaciones, reuniones, avances y retrocesos. En ese largo y sinuoso camino, los Estados fueron suscribiendo diferentes instrumentos, incluido el Protocolo de Kioto (PK)<sup>7</sup>, hasta que el 12 de diciembre de 2015<sup>8</sup>, los participantes de la vigésimo primera Conferencia de las Partes (COP21) adoptaron el *Acuerdo de París* (AP)<sup>9</sup>. Ciento noventa y cinco naciones alcanzaron un acuerdo, calificado como “histórico” para combatir el cambio climático e impulsar medidas e inversiones para un futuro con menor emisión de carbono, resiliente y sostenible<sup>10</sup>.

---

indirectamente a actividades humanas y que supone una alteración de la composición de la atmósfera y de la variabilidad natural del clima, y que se puede comparar con periodos de tiempo”.

<sup>7</sup> La historia de la diplomacia del cambio climático puede verse en ELLIOTT, Lorraine, “Climate Diplomacy” en Cooper, Andrew F., Heine, Jorge y Thakur, Ramesh, *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 840-856. Un resumen del camino al Acuerdo de París puede verse en Abreu, Luciana, “El Nuevo Acuerdo Climático Global. Balance de resultados. Principales dimensiones implicadas en la crisis climática”, 20 *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* (2016), disponible en <http://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=9855346b33039d2a27b45c7563fdd610> (acceso 2/1/2018).

<sup>8</sup> Como recuerda Sanahuja, en adición al AP, ese año 2015 marca un hito para la gobernanza del desarrollo global y las políticas de cooperación, ya que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una nueva resolución definiendo la “Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible” y las metas que en esta ocasión se han llamado “Objetivos de Desarrollo sostenible” (ODS), vigentes hasta 2030. Cfr. Sanahuja, José Antonio, “Paz, seguridad y gobernanza: el ODS 16 y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible”, en Díaz Barrado, C. y Fernández Liesa, C. R. (Dir.), *Objetivos de Desarrollo Sostenible y Derechos Humanos: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas / Derechos Humanos y Empresas*, Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, 2018, p 27.

<sup>9</sup> Acuerdo de París, Convención Marco sobre el Cambio Climático, 12 de diciembre de 2015, NU Doc. C.N.63.2016.TREATIES-XXVII.7.d, disponible en [http://unfccc.int/files/essential\\_background/convention/application/pdf/spanish\\_paris\\_agreement.pdf](http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/spanish_paris_agreement.pdf) (acceso 2/1/2018). Cabe señalar que, a la fecha de finalizar la redacción de este capítulo, la CMNUCC tiene más Estados Partes que el AP. De las 197 Partes en la Convención, 174 Partes han ratificado el AP, cfr. Naciones Unidas, United Nations Framework Convention on Climate Change, “Paris Agreement - Status of Ratification”, disponible en [http://unfccc.int/paris\\_agreement/items/9444.php](http://unfccc.int/paris_agreement/items/9444.php) (acceso 21/2/2018).

<sup>10</sup> De conformidad con lo establecido en su Art. 21.1, el Acuerdo de París entró en vigor el 4 de noviembre de 2016, treinta días después de alcanzarse la mayoría requerida: 55 países que sumen el 55% de las emisiones globales. Cabe señalar que los dos Estados más contaminantes del planeta, China y Estados Unidos, que anteriormente no habían suscripto ninguno de los acuerdos sobre el cambio climático, esta vez lo hicieron. A febrero de 2018, lo habían ratificado 174 países, no estando Estados Unidos entre ellos. La República Argentina suscribió el acuerdo el 22 de abril de 2016 y lo ratificó el 21 de septiembre de ese mismo año. Conf.

Sin embargo, analizado más cuidadosamente, en realidad el AP no contiene ningún compromiso que se hubiera asumido antes por la Convención de 1992. Como recuerda el Embajador Estrada Oyuela<sup>11</sup>, el negociador estadounidense del AP fue Todd Stern, quien también fue miembro de la delegación de su país en Kioto, Protocolo del cual los Estados Unidos decidieron no formar parte. El Jefe de la delegación fue John Kerry, en esa época Secretario de Estado, quien en 1997 estuvo entre los senadores que durante la negociación del PK resolvieron que Estados Unidos no debía asumir nuevos compromisos.

El AP contiene disposiciones para la reducción de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) y su declarado objetivo principal es mantener el aumento de la temperatura por debajo de los 2 grados centígrados e impulsar los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura incluso más, por debajo de 1,5 grados centígrados sobre los niveles preindustriales. Por ello, algunos analistas han considerado que se trata de un acuerdo “ambicioso, vinculante y de carácter universal”<sup>12</sup>. Ello no obstante, nuevamente aquí se impone la necesidad de matizar esas calificaciones, porque en realidad el AP no contiene un compromiso sobre el aumento de la temperatura promedio, sino simplemente una indicación en ese sentido.

La valoración de “vinculante” debe también ser matizada. Hay quienes sostienen que:

“El Acuerdo de París es jurídicamente vinculante para los Estados Parte que lo ratifiquen. En él se establece la obligatoriedad de presentar y mantener objetivos de reducción de emisiones determinados a nivel nacional. El cumplimiento de dichos objetivos queda garantizado mediante

---

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&tmtmsg\\_no=XXXVII-7-d&tchapter=27&tclang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&tmtmsg_no=XXXVII-7-d&tchapter=27&tclang=_en) (acceso 21/2/2018).

<sup>11</sup> Correo electrónico del Embajador Raúl Estrada Oyuela al autor.

<sup>12</sup> El entonces Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, sostuvo que: “Hemos entrado en una nueva era de cooperación global en uno de los asuntos más complejos a los que se enfrenta la humanidad. Por primera vez, cada país del mundo se ha comprometido a reducir sus emisiones, reforzar la resiliencia y unirse a una causa común para actuar juntos por el clima. Este es un rotundo éxito para el multilateralismo”. Cfr. ONU, Cambio climático, “Acuerdo histórico sobre el cambio climático en París”, París, 12 de diciembre de 2015, disponible en <http://newsroom.unfccc.int/es/noticias/final-cop21/> (acceso 2/1/2018)

el mecanismo de revisión de los compromisos de cada país y mediante el mecanismo para facilitar el cumplimiento”<sup>13</sup>.

Sin embargo, otros autores afirman que:

“A diferencia del tratado anterior (el Protocolo de Kioto), el Acuerdo de París no es vinculante; así, los países pueden cambiar sus planes según la situación interna. No hay multas por quedar por debajo de las metas declaradas. La expectativa era que las políticas y las metas fueran reforzadas con el tiempo por medio de la diplomacia y de la presión social”<sup>14</sup>.

A mi juicio, la realidad pasa por una posición ecléctica, ya que algunas partes del acuerdo son legalmente vinculantes, mientras que otras no lo son. Una interpretación literal del texto, a tenor del Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, permite observar la utilización de diferentes modalidades verbales. El texto está plagado de verbos modales tales como “debe”, “deberían”, “deberán”, “pueden” y “podrán”, entre otros, que tienen un peso legal diferente. Un ejemplo de ello es el Artículo 4.2 del AP, que reza: “Cada Parte deberá preparar, comunicar y mantener las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar. Las Partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones”.

“Contribuciones determinadas a nivel nacional” es el término que se utiliza en las negociaciones sobre cambio climático para referirse a los compromisos que los países hacen para reducir sus emisiones dentro de un marco de tiempo específico. Todos los Estados deben legalmente preparar, comunicar y mantener cada uno de estos compromisos, pero la *ambición* de esos compromisos es una decisión de cada país.

---

<sup>13</sup> Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente de España, “Principales elementos del Acuerdo de París”, disponible en <http://www.mapama.gob.es/es/cambio-climatico/temas/el-proceso-internacional-de-lucha-contr-el-cambio-climatico/naciones-unidas/elmentos-acuerdo-paris.aspx> (acceso 2/1/2018). De hecho, la Unión Europea votó a favor de hacer legalmente vinculante al AP, cfr. IFLScience, “The European Union Just Voted To Make The Paris Agreement Legally Binding”, disponible en <http://www.iflscience.com/environment/european-union-voted-make-paris-agreement-legally-binding/> (acceso 21/2/2018).

<sup>14</sup> Plumer, Brad, “¿Qué es el Acuerdo de París?”, *The New York Times*, 1 de junio de 2017, disponible en <https://nyti.ms/2su54iN> (acceso 21/2/2018).

El Artículo 4.4 prevé que:

“Las Partes que son países desarrollados deberían seguir encabezando los esfuerzos, adoptando metas absolutas de reducción de las emisiones para el conjunto de la economía. Las Partes que son países en desarrollo deberían seguir aumentando sus esfuerzos de mitigación, y se les alienta a que, con el tiempo, adopten metas de reducción o limitación de las emisiones para el conjunto de la economía, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales”.

El primer “debería” fue fuente de gran inquietud en las últimas horas de las negociaciones de París. Los Estados que han presentado sus contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC, por sus siglas en inglés) deben actualizarlas cada cinco años. En su esfuerzo por cumplir estas NDC, los países deben ser transparentes con respecto a las emisiones de gases de efecto invernadero y las medidas adoptadas para reducir esas emisiones. Esta transparencia significa que deben informar sobre sus emisiones de gases de efecto invernadero y los países desarrollados tienen que hacerlo cada año. Este requisito es más flexible para los países menos desarrollados y los pequeños estados insulares en desarrollo, que pueden optar por informar como lo deseen. Además de la transparencia sobre las emisiones, los países desarrollados también deben comunicar el apoyo financiero y de otro tipo que se brinda a los países en desarrollo para ayudar a cumplir sus respectivos NDC.

Entonces, ¿por qué el AP es tan flexible? Un análisis de los acuerdos previos sobre cambio climático podría sugerir que el AP pretendía introducir un cambio de paradigma, alejándose de la naturaleza vinculante de esos acuerdos, ya que esa estructura rígida había fracasado<sup>15</sup>. Estados Unidos ciertamente presionó por la flexibilidad, ya que el gobierno de Obama temía un bloqueo en el Senado de los Estados Unidos en caso de que el acuerdo fuera vinculante. Por su parte, los anfitriones franceses también tenían una estrategia de negociación que priorizaba la flexibilidad<sup>16</sup>.

Como sostiene Sanahuja:

“Al reflejar metas en gran medida aspiracionales, más que obligaciones jurídicas, tienen menor efectividad, pero a cambio es posible su aceptación por parte de los Estados. Ello permite definir consensos

---

<sup>15</sup> Véase Estrada Oyuela, Raúl A., “Aspectos vinculantes de los acuerdos internacionales para mitigar el cambio climático”, *La Ley*, Buenos Aires, 8 de marzo de 2001.

<sup>16</sup> Plumer, op. cit.

internacionales que proporcionen un mandato a los organismos multilaterales, y a su vez sitúan las políticas nacionales en un proceso voluntario de ‘multilateralización’ de las mismas”<sup>17</sup>.

Una muestra de esa flexibilidad y la ausencia de compromisos vinculantes de verdadera trascendencia se desprende de un artículo publicado por el negociador estadounidense Todd Stern en *Planet Policy*. Allí le “explica” a Trump que no tiene sentido retirarse del AP, porque no hay nuevos compromisos, mientras que, por el contrario, le beneficia mantenerse en la mesa de negociaciones. Stern señala que, en primer lugar, la delegación de los Estados Unidos negoció cuidadosamente la estructura del AP para que cada país pueda determinar nacionalmente su propio programa cambio climático, de modo que ningún Estado se vea obligado a tomar medidas con las que no se sienta cómodo. Por supuesto, el Acuerdo está diseñado para “alentar la ambición”; de lo contrario, no tendría sentido, pero lo hace de una manera no intrusiva que permite a los Estados establecer su propio camino. Estados Unidos abogó por este enfoque porque sabía que era crucial tanto para garantizar el apoyo en su propio país como para garantizar la participación de todos los Estados, incluidas las principales economías emergentes como China y la India<sup>18</sup>.

El propósito de este capítulo no es analizar las cuestiones de fondo relacionadas con la protección del medio ambiente y la lucha a favor del cambio climático, que son consideradas en otros capítulos de esta obra y sobre las que además existe abundante bibliografía<sup>19</sup>, sino considerar algunos aspectos del proceso negociador, desde el punto de vista diplomático, que se desarrolló a lo largo de innumerables reuniones, actividades y declaraciones internacionales de respuesta ante el cambio

---

<sup>17</sup> Sanahuja, op. cit.

<sup>18</sup> Stern, Todd, “Mr. Trump’s climate decision”, *PlanetPolicy*, 6 de marzo de 2017, disponible en <https://www.brookings.edu/blog/planetpolicy/2017/03/06/mr-trumps-climate-decision/> (acceso 21/2/2017). Agradezco al Emb. Estrada Oyuela haberme facilitado este artículo.

<sup>19</sup> Entre otros, pueden verse: Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Rajamani, Lavanya, *International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017; Farber, Daniel A. y Peeters, Marjan (eds.), *Climate change law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016; Sindico, Francesco, Fernández Egea, Rosa M. y Borrás, Susana, *El Derecho internacional del medio ambiente: una perspectiva desde Iberoamérica*, London, CMP Publishing, 2011; Remiro Brotóns, Antonio y Fernández Egea, Rosa M. (ed.), *El cambio climático en Derecho internacional y comunitario*, Madrid, Fundación BBVA, 2009; Wold #Hunter, David y Powers, Melissa, *Climate Change and the Law* (2nd ed.), San Francisco, Lexis-Nexis, 2013.

climático<sup>20</sup>, cuyo último capítulo ha sido la COP23, que tuvo lugar en Bonn en noviembre de 2017<sup>21</sup>, donde, con una dosis de optimismo y de esperanza, se señaló que el mundo está avanzando para la implementación del Acuerdo de París y que se mantiene vivo un espíritu constructivo de cooperación multilateral frente al cambio climático<sup>22</sup>. Sin embargo, el balance a la fecha exhibe un resultado aflictivo, ya que los esfuerzos internacionales en materia de cambio climático han sido insuficientes para alcanzar la escala del reto al que nos enfrentamos. Como sostiene Estrada Oyuela, “como están las cosas el AP no se puede implementar y por eso son las dilaciones de las sucesivas COP”<sup>23</sup> o en las palabras simples de Bibiloni, “algo estamos haciendo mal”<sup>24</sup>.

En este análisis parcial de lo que podría denominarse la “diplomacia del cambio climático”, deseo abordar el proceso negociador desde un triple punto de vista: a) el plano subjetivo, considerando quienes fueron y son los actores y artífices de esas negociaciones; b) la vertiente intercontextual, referida a la vinculación de los acuerdos multilaterales medioambientales con otras esferas del derecho internacional vigente; y c) la faceta política,

---

<sup>20</sup> Entre ellas pueden mencionarse la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), el Protocolo de Kioto (1997), la Declaración de Montreal (2009), el Acuerdo de Copenhague (2009), la Declaratoria de Cancún (2011) y la Declaratoria de Lyon (2011), para nombrar sólo algunos de los instrumentos más relevantes.

<sup>21</sup> Véase [http://unfccc.int/meetings/bonn\\_nov\\_2017/session/10376.php](http://unfccc.int/meetings/bonn_nov_2017/session/10376.php).

<sup>22</sup> Allí también se lanzó un diálogo facilitador entre las Partes, que comenzó en enero de 2018, conocido como “Diálogo de Talanoa”. Se trata de un diálogo inclusivo, transparente y participativo, que deberá ser constructivo, facilitador y orientado a soluciones, cuyos objetivos son propulsar la voluntad política para la acción climática, reforzar la acción de mitigación que planeen las Partes y los actores involucrados que no son Partes, informar la elaboración de estrategias climáticas a largo plazo, facilitar el desarrollo de las subsecuentes contribuciones nacionales y proveer antecedentes de proceso válidos para los balances globales a realizarse a partir de 2023. Cfr. Vaidyula, Manasvini y Ellis, Jane, 2018 *facilitative dialogue: Identifying options for outputs and outcomes and key questions for modalities*, París, 30 de octubre de 2017, Doc. OCDE COM/ENV/EPOC/IEA/SLT(2017)4, disponible en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/ENV/EPOC/IEA/SLT\(2017\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/ENV/EPOC/IEA/SLT(2017)4&docLanguage=En) (acceso 1/2/2018).

<sup>23</sup> Estrada Oyuela, Raúl, “El Acuerdo de París entró en vigor: implementarlo es otra cosa”, archivo en poder del autor.

<sup>24</sup> Bibiloni, Héctor J., “¿Derechos? ...¿Qué derechos?”, *Memorias*, 14º Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, Capítulo II: La Sustentabilidad como Derecho Humano, complemento o antitesis del Derecho a un Medio Ambiente Sano, 1 de marzo de 2016, disponible en <http://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=230ca165cc7989f0de6daef0220220f> (acceso 1/2/2018).

que examina el debate norte-sur o el plano ideológico que impacta sobre estas negociaciones.

## II. El plano subjetivo (o los actores)

El derecho internacional se crea mediante un diálogo entre los Estados, organizaciones internacionales, otros sujetos de derecho internacional y los actores no estatales. Los Estados son actores esenciales en este proceso, pero no son los únicos<sup>25</sup>. Sólo entendiendo este proceso de diálogo se puede desarrollar una comprensión completa de la diplomacia del cambio climático. En este sentido, Betsill afirma que “las negociaciones ambientales internacionales no pueden entenderse en términos de diplomacia interestatal. Más bien, estos procesos involucran una miríada de actores que representan una diversidad de intereses”<sup>26</sup>.

Sin embargo, esto no siempre fue así. Cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) adoptó la Res. 45/212<sup>27</sup> por la que se dio inicio a las negociaciones formales en materia de cambio climático se alejó de la visión más amplia de “diplomacia de las partes interesadas” que había caracterizado los debates y discusiones iniciales. Si bien se invitó a las “organizaciones no gubernamentales competentes a que contribuyan al proceso de negociación”, ello fue “en la inteligencia de que esas organizaciones no desempeñarán ninguna función de negociación durante el proceso”<sup>28</sup>. La Asamblea General circunscribió las negociaciones en el modelo diplomático convencional de *diplomacia del club* de las Naciones Unidas, estableciendo que cada uno de los cinco puestos en el Bureau del Comité de Negociaciones fuera ocupado por un representante de cada uno

---

<sup>25</sup> Roberts, Anthea y Sivakumaran, Sandesh, “The Theory and Reality of the Sources of International Law”, en Evans, Malcolm (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 5th ed., 2018, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3101042> (acceso 22/01/2018).

<sup>26</sup> Betsill, Michele M. y Correll, Elisabeth, “Introduction to NGO Diplomacy”, en Betsill, Michele M. y Correll, Elisabeth, *NGO Diplomacy: The Influence of Nongovernmental Organizations in International Environmental Negotiations*, Massachusetts, MIT Press, 2008, p. 2.

<sup>27</sup> AGNU, Doc. A/Res/45/212 de 21 de diciembre de 1990, disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/45/212> (acceso 22/01/2018).

<sup>28</sup> *Ibidem*, para. 19.

de los grupos regionales de las Naciones Unidas<sup>29</sup>. Haas lo percibió como una estrategia deliberada de parte de algunos Gobiernos como los Estados Unidos para evitar exponerse a otras fuerzas políticas que podrían haber llevado las negociaciones a un resultado más ambicioso<sup>30</sup>.

Esta noción parece haber sido sustituida por un sistema transnacional en el que las relaciones son más complejas. Incluso bajo la CMNUCC la diplomacia del cambio climático se ha convertido en un ámbito conformado por una diversidad de actores, reflejando lo que Heine describe como un paso de la *diplomacia de club* a una *diplomacia de redes*<sup>31</sup> y lo que otros llaman *diplomacia multisectorial*<sup>32</sup>, *diplomacia colectiva*<sup>33</sup> o *diplomacia multilateral pública*<sup>34</sup>. Ello no obstante, ese paso a favor de un proceso más abierto, transparente, participativo, consultivo y responsable (en términos de rendición de cuentas), ha generado mayor equidad a expensas de la efectividad y la eficiencia del proceso<sup>35</sup>. Sin embargo, en

---

<sup>29</sup> El diplomático argentino, Raúl E. Estrada Oyuela, participó como vicepresidente de dicho Bureau, asumiendo un papel clave en las negociaciones.

<sup>30</sup> Hass, Peter M., "Climate Change Governance after Bali", 8 *Global Environmental Politics* (3) (2008), p. 5, disponible en [https://www.researchgate.net/profile/Peter\\_Haas/publication/23546950\\_Forum\\_Climate\\_Change\\_Governance\\_after\\_Bali/links/56eb064108aeb65d75939501/Forum-Climate-Change-Governance-after-Bali.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Peter_Haas/publication/23546950_Forum_Climate_Change_Governance_after_Bali/links/56eb064108aeb65d75939501/Forum-Climate-Change-Governance-after-Bali.pdf) (acceso 22/01/2018).

<sup>31</sup> Heine, Jorge, "From Club to Network Diplomacy" en Cooper, Andrew F., Heine, Jorge y Thakur, Ramesh, *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 54 y ss. Asimismo puede verse Heine, Jorge, *On the Manner of Practising the New Diplomacy*, The Centre for International Governance Innovation, Working Paper n. 11, 2006 (oct.), disponible en [http://www.cigionline.org/sites/default/files/paper11\\_jorge\\_heine.pdf](http://www.cigionline.org/sites/default/files/paper11_jorge_heine.pdf). (acceso 22/01/2018).

<sup>32</sup> Hocking, Brian, "Multistakeholder Diplomacy: Forms, Functions, and Frustrations" en Kurbalija, Jovan y Katrandjiev, Valentin (eds.), *Multistakeholder Diplomacy - Challenges and Opportunities*, Malta, Diplo-Foundation, 2006, p. 13, disponible en [https://www.diplomacy.edu/sites/default/files/Multistakeholder%2BDiplomacy\\_Part1.pdf](https://www.diplomacy.edu/sites/default/files/Multistakeholder%2BDiplomacy_Part1.pdf) (acceso 22/01/2018).

<sup>33</sup> Haas, op. cit., p. 7.

<sup>34</sup> Bäckstrand, Karin, "Accountability of Networked Climate Governance: The Rise of Transnational Climate Partnerships", 8 *Global Environmental Politics* (3) (2008), p. 84, disponible en <https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/files/content/docs/ee/arctic1109/arctic1109-backstrand-excerpt.pdf> (acceso 22/01/2018).

<sup>35</sup> Falkner, Robert, "The New Geopolitics of Climate Change after Copenhagen", *Industry Vision*, World Economic Forum, enero de 2010, disponible en [https://static1.squarespace.com/static/538a0f32e4b0e9ab915750a1/t/538dc793e4b0369e0b946de9/1401800595876/Falkner\\_2010\\_New\\_Geopolitics\\_Of\\_Climate\\_Change.pdf](https://static1.squarespace.com/static/538a0f32e4b0e9ab915750a1/t/538dc793e4b0369e0b946de9/1401800595876/Falkner_2010_New_Geopolitics_Of_Climate_Change.pdf) (acceso 22/01/2018).

última instancia, las decisiones finales continúan estando en manos de los Estados, como el propio AP lo refleja.

Los tipos o clases de actores<sup>36</sup> implicados en otras áreas de la política exterior y el derecho internacional son los mismos que están involucrados directa o indirectamente en la política y el derecho ambiental internacional: los gobiernos de los Estados; las organizaciones internacionales; las organizaciones no gubernamentales; empresas transnacionales y nacionales con fines de lucro, que varían en tamaño desde grandes multinacionales como Monsanto o Exxon hasta a tiendas o talleres unipersonales; coaliciones transnacionales de activistas; e inclusive movimientos rebeldes, redes de delincuencia organizada y grupos terroristas. Sin embargo, la importancia de cada tipo de actor varía inevitablemente cuando el análisis se concentra entre las causas de los problemas medioambientales, las razones de la persistencia de estos problemas y sus posibles soluciones.

## II.1. Los Estados

Hoy nadie discute que en un mundo algo más horizontal y, en algunos aspectos globalizado, un diálogo ordenado e institucional entre los distintos actores resulta inevitable. Sin embargo, a pesar de los cambios notables en las últimas décadas, los Estados siguen siendo los actores esenciales en el proceso de gestación y aplicación de normas

---

<sup>36</sup> Hablamos de *actores internacionales* porque se trata de una gama amplia de sujetos que actúan en el plano internacional, con independencia de que tengan o no personería jurídica internacional. Por lo tanto, en este concepto englobamos tanto los Estados y otros sujetos del derecho internacional, como las organizaciones, los grupos beligerantes, etc., y entes que careciendo de una personalidad jurídica internacional “actúan” en el plano de las relaciones internacionales, tales como Greenpeace, Amnesty, Human Rights Watch, las empresas multinacionales, los denominados “fondos buitre” y otras entidades que Merle denomina “fuerzas transnacionales” (Merle, Marcel, *Sociología de las relaciones internacionales*, Alianza, Madrid, 1991, p. 411). Como señala Del Arenal, se ha pasado de una vieja sociedad internacional, en la que los Estados eran actores casi exclusivos de las relaciones internacionales y sujetos exclusivos del derecho internacional, a una nueva sociedad mundial en la que las dimensiones transnacional y humana, junto con la interestatal, tienen una importancia y un protagonismo igualmente decisivo en las relaciones internacionales (Del Arenal, Celestino, “La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política”, en AA.VV., *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, UPV/EHU, Leioa, 2002, p. 17-90).

internacionales. Esto puede especialmente observarse en aquellas instancias de negociación de instrumentos internacionales, donde los Estados ponen su mayor esfuerzo en la defensa de posiciones jurídicas que reflejan sus intereses, procurando que ellas sean recogidas en el articulado del instrumento respectivo o en la costumbre que se pueda llegar a formar a partir de la obra codificadora.

Quienes estudian estas cuestiones a menudo lamentan el hecho de que “aquellos con poder carecen de incentivos para proteger el medioambiente y aquellos con incentivos para proteger el medioambiente carecen del poder para hacerlo”<sup>37</sup>. Gobiernos de Estados desarrollados y gerentes de grandes corporaciones multinacionales son percibidos como los principales creadores de problemas –los poderosos que se benefician ignorando el medioambiente y por lo tanto trabajan para limitar el alcance del derecho ambiental– mientras que los Gobiernos de los pequeños y medianos Estados en desarrollo, los trabajadores, los pobres y los grupos socialmente marginados son típicamente vistos como las víctimas, los indefensos que sufren daños ambientales continuos porque no pueden conseguir una protección medioambiental adecuada<sup>38</sup>.

La diversidad de perspectiva de los Estados en esta materia se ve reflejada en la conformación de distintos grupos. Los países muchas veces forman alianzas para aumentar la eficiencia y multiplicar la influencia durante las negociaciones. Entre estas agrupaciones tenemos: a) los países en desarrollo que generalmente intervienen a través del Grupo de los 77 + China para establecer posiciones negociadoras comunes. Se trata de un conglomerado heterogéneo con intereses diversos en las cuestiones relacionadas con el cambio climático. Asimismo, los países en desarrollo también intervienen en los debates en forma individual o a través de bloques como el Grupo regional de África, la Alianza de pequeños estados insulares y el Grupo de los países menos adelantados; b) la Alianza de Pequeños Estados Insulares (AOSIS, por sus siglas en inglés) es una coalición de 43 países insulares de tierras bajas y pequeñas dimensiones,

---

<sup>37</sup> Mitchell, Ronald B., *International Politics and the Environment*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2010, p. 61.

<sup>38</sup> Peterson, M. J., “Politics and Law in international environmental governance” en Sandholtz, Wayne y Whytock, Christopher A., *Research Handbook on the Politics of International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 447. En el mismo sentido, Ziegler, Jean, *Hay que cambiar el mundo*, Madrid, Foca, 2018.

que son particularmente vulnerables a la subida del nivel del mar. Los países de la AOSIS están unidos por la amenaza que el cambio climático representa para su supervivencia, y frecuentemente adoptan una postura común en las negociaciones; c) los 48 países definidos como **países menos adelantados** por las Naciones Unidas exhiben una creciente actividad en el proceso relacionado con el cambio climático y muchas veces colaboran entre sí para defender sus intereses, por ejemplo, con respecto a la vulnerabilidad y adaptación al cambio climático; d) los miembros de la **Unión Europea (UE)** coordinan una postura negociadora común; e) el **Grupo de Integridad Ambiental** es una coalición formada por México, la República de Corea y Suiza. Varios otros grupos colaboran también en el proceso del cambio climático, en particular países de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), un grupo de países de Asia central, Cáucaso, Albania y Moldova (CACAM) y países que son miembros de organizaciones como la Liga de Estados Árabes y la Agence Intergouvernementale de la Francophonie.

En el acápite relacionado con la faceta política-ideológica de estas negociaciones, consideraremos las diversas posiciones de estos diferentes grupos de países.

## II.2. Las organizaciones internacionales

Las Organizaciones Internacionales (OIs) son producto de una necesidad de cooperación entre los Estados, más que de una estrategia de diseño para regular y gobernar los asuntos globales. En el campo del medioambiente, las OIs han jugado un papel relevante, pues ha sido a partir de los esfuerzos desarrollados en el seno de las Naciones Unidas y otros regímenes institucionales que se fueron creando con posterioridad, que el derecho internacional en esta materia experimentó un crecimiento significativo, que algunos consideran incluso “desmesurado”<sup>39</sup>, en el intento de encontrar herramientas para corregir la acción negativa del hombre sobre el medio ambiente.

Una vez que comenzaron los esfuerzos diplomáticos serios para combatir este fenómeno en la década de los 80's, la diplomacia del cambio

---

<sup>39</sup> Andrés Sáenz de Santamaría, Paz, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Navarra, Civitas, 2011, p. 443.

climático en el marco de las Naciones Unidas siguió una trayectoria bastante convencional, que se vio reflejada en diversos aspectos: resoluciones de la Asamblea General, el establecimiento de un comité de negociaciones intergubernamental, la adopción de la convención marco seguida de un protocolo, la generación de órganos subsidiarios, una variada y compleja gama de otro tipo de estructuras internacionales, reuniones interesesionales, conferencias anuales de las Partes, la adopción de mandatos y hojas de ruta, y la aceptación del principio del consenso como método de toma de decisiones.

Si bien las OIs, en particular las del sistema de las Naciones Unidas, han introducido importantes cambios en las formas, contenidos y efectos del derecho internacional, una observación más cercana y detallada de los OIs y/o tribunales internacionales no demuestra de manera concluyente que ellos hayan introducido una mejora sustantiva en las relaciones internacionales, que el derecho haya primado sobre la voluntad de los actores poderosos, ni que se hayan alcanzado los objetivos específicos perseguidos por quienes diseñaron las OIs y/o tribunales internacionales<sup>40</sup>.

Por otra parte, las discusiones sobre instituciones y gobernanza para el cambio climático se han desarrollado sustancialmente en un ámbito reducido. Los analistas, a menudo, se centran en el proceso de negociación bajo la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), incluido el Protocolo de Kioto<sup>41</sup>, el Acuerdo de Copenhague y más recientemente el Acuerdo de París, tomando las conquistas y frustraciones en estos escenarios como base para juzgar el éxito y el fracaso en la lucha contra el cambio climático<sup>42</sup>.

Para lograr una mejor comprensión de esta cuestión o realizar un balance más objetivo, resulta esencial comprender el complejo y mucho más amplio mundo de las OIs, cuyas normas, decisiones y actividades pueden tener consecuencias importantes en los esfuerzos internacionales para

---

<sup>40</sup> Álvarez, José E., *The Impact of International Organizations on International Law*, Leiden, Boston, Brill/Nijhoff, 2017, p. 45.

<sup>41</sup> El Protocolo de Kioto es un tratado de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático que contiene medidas jurídicamente vinculantes para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

<sup>42</sup> Michonski, Katherine y Levi, Michael A., *Harnessing International Institutions to Address Climate Change*, New York, Council on Foreign Relations, 2010, p. 1.

enfrentar el cambio climático<sup>43</sup>. La necesidad de un enfoque más holístico fue subrayada durante la COP15, celebrada en Copenhague en diciembre de 2009, que dejó en claro que no es apropiado considerar el ámbito de la convención como el único foro para hacer frente al cambio climático. De hecho, actualmente se está trabajando sobre cómo y dónde implementar el Acuerdo de París. La plena aplicación del acuerdo requerirá que los Estados desarrollen esfuerzos para enfrentar la mitigación del cambio climático, la adaptación, las finanzas y la tecnología, cualquiera de los cuales podría abordarse tanto dentro de la CMNUCC o fuera de ella. Sin embargo, como se señalara previamente, el gran desafío en la actualidad es implementar los compromisos asumidos en el AP, lo que continúa dilatando la toma de decisiones sustanciales en materia de cambio climático.

### II.3. Las entidades subnacionales

En el marco de la proliferación de nuevos actores internacionales generada por el proceso de globalización, las entidades subnacionales o actores gubernamentales no centrales (regiones, Estados de los Estados Unidos o México, Provincias argentinas, comunidades autónomas españolas, cantones suizos, etc.) han cobrado una particular relevancia. En este sentido, puede denominarse *paradiplomacia* a la actividad internacional que llevan a cabo estas entidades subnacionales para la consecución de objetivos en el plano exterior, estableciendo relaciones con entidades públicas o privadas<sup>44</sup>, lo que puede realizarse de manera conjunta con el Gobierno central (o federal) (paradiplomacia convergente o positiva), de manera autónoma respecto de éste o, bien, de modo opuesto al Estado central o federal (paradiplomacia divergente o protodiplomacia).

La actividad internacional de las entidades subnacionales puede representar un reto para las Cancillerías desde un doble punto de vista: a) por una parte, puede significar un reto en un sentido positivo, donde las Cancillerías busquen actuar de manera conjunta con las entidades subnacionales para la consecución de objetivos de política exterior, el

---

<sup>43</sup> Un enfoque más holístico de la cuestión puede verse en Keohane, Robert O. y VICTOR, David G., "The Regime Complex for Climate Change," *Discussion Paper 10-33*, Harvard Project on International Climate Agreements, Belfer Center for Science and International Affairs, Harvard Kennedy School, enero de 2010.

<sup>44</sup> Zeraoui, Zidane, "Para entender la paradiplomacia", 28 *Desafíos* (1) (2016), pp. 15-34.

establecimiento de relaciones estables entre Estados o provincias con entidades públicas o privadas en el exterior, que pueden implicar asociaciones de carácter estratégico, ventajas de tipo comercial o la asunción de compromisos comunes. Un ejemplo en este sentido puede ser la firma por parte de las Provincias de Tucumán y Santa Fe del denominado *Under2MOU*<sup>45</sup>, una iniciativa impulsada por el Gobernador de California, Jerry Brown, que agrupa a 206 jurisdicciones de 43 países en 6 continentes<sup>46</sup>. De esta manera, estas entidades subnacionales trabajan mancomunadamente con el Gobierno nacional (los Ministerios de Educación, Agricultura Ganadería y Pesca, Salud, Interior y Transporte, Planificación, Ciencia y Tecnología, Turismo, Economía y Finanzas, Relaciones Exteriores y Culto, Defensa, e Industria, también con la SENASA, el Servicio Meteorológico Nacional, INTA, INTI, COHIFE, INIDEP, CNAE y CNEA) en la lucha contra el cambio climático. De manera similar, varias provincias argentinas trabajan a la par del Gobierno federal para obtener inversiones extranjeras productivas o mejoras en la exportación de sus productos.

Por otra parte, el reto también puede ser negativo, en la medida que las entidades subnacionales realicen actividades internacionales o firmen acuerdos sin el conocimiento del Gobierno central o federal, o en contra de éste y que, en última instancia, pueden generar la responsabilidad internacional del Estado. Las constituciones federales varían en cuanto a si sus unidades constituyentes tienen el poder de celebrar tratados. Los estados de Australia, las provincias canadienses y los estados de los Estados Unidos no tienen ningún tipo de poder. Algunas constituciones federales autorizan a sus unidades constitutivas a entrar en acuerdos sobre determinados asuntos, o hacerlo si tienen el consentimiento expreso de la federación, y, dada la necesidad de ese consentimiento federal, general o específico, en el derecho internacional se consideran que los acuerdos que suscriban generarán, en última instancia, la responsabilidad internacional del Estado federal<sup>47</sup>. El artículo 124 de la Constitución Nacional argentina, luego de su reforma en 1994, dispone que las provincias pueden, dentro de ciertos

---

<sup>45</sup> Véase <http://under2mou.org/> (acceso 22/01/2018).

<sup>46</sup> Véase <http://under2mou.org/wp-content/uploads/2015/05/Under2-Coalition-Two-Page-Nov-2017.pdf> (acceso 22/01/2018).

<sup>47</sup> Así lo prevé el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (art. 4.1).

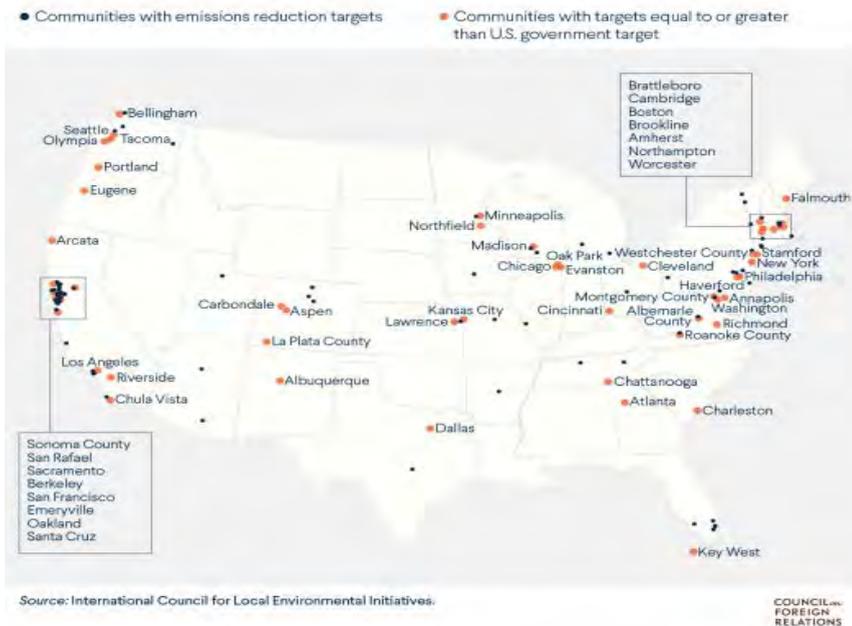
límites, celebrar tratados<sup>48</sup>. Por lo tanto, el riesgo está en que esos límites sean ignorados por las provincias. Por eso, no sólo es conveniente sino necesario que las entidades subnacionales procuren trabajar de manera conjunta con la Cancillería para minimizar este tipo de situaciones o realizar el adecuado “control de daños”.

La decisión de ciertas regiones o entidades de llevar adelante políticas identitarias propias, diferentes de las Estado central, como es el caso de Cataluña o el País Vasco en España, Quebec en Canadá o Escocia en el Reino Unido, por mencionar sólo unos pocos casos, también generan un problema de gobernabilidad de difícil solución a menos que exista una coordinación adecuada entre los Gobiernos centrales y las regiones o entidades subnacionales.

Asimismo, al interior de algunos Estados puede percibirse un desacuerdo entre el Gobierno central y ciertas entidades subnacionales. En Estados Unidos, algunos Estados tienen suficiente autonomía respecto del gobierno nacional en materia medioambiental, lo que les ha permitido adoptar sus propios programas para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero, habiendo contribuido de este modo a mantener la disminución de las emisiones a nivel nacional. Asimismo, las principales ciudades de muchos países se han unido a la campaña global *Cities for Climate Protection*, donde los gobiernos municipales están tomando el liderazgo local. El siguiente gráfico muestra las comunidades estadounidenses que tienen metas de reducción de emisiones que difieren de las del Gobierno federal.

---

<sup>48</sup> Dicha norma prevé que las provincias “podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional”.



49

A pesar de la decisión de la administración de Donald J. Trump de retirar a los Estados Unidos del AP, docenas de ciudades estadounidenses han establecido ambiciosos objetivos de reducción de emisiones. Muchas de las más grandes, como Nueva York, Chicago y Atlanta, se han comprometido a reducir las emisiones en un 80% o más para 2050, adoptando diferentes enfoques para la consecución de ese objetivo, como la planificación del crecimiento inteligente, la expansión del transporte público y la promoción de la energía renovable<sup>50</sup>. Otra iniciativa en este sentido es el ya mencionado *Under2MOU*.

Como se señalara previamente, el retiro anunciado por la Administración Trump ha comenzado a motivar a los actores subnacionales y no estatales estadounidenses a fortalecer sus propios compromisos. Este esfuerzo combinado, que se basa en los tremendos avances tecnológicos en

<sup>49</sup> Fuente: Council on Foreign Relations, “Visualizing 2018: The Essential Graphics”, 20 de diciembre de 2017, disponible en <https://www.cfr.org/expert-roundup/visualizing-2018-essential-graphics> (acceso 23/01/2018).

<sup>50</sup> Myers Jaffe, Amy, “U.S. Communities and the Climate Challenge” en Council on Foreign Relations, “Visualizing 2018: The Essential Graphics”, op. cit.

marcha, tiene el potencial de mantener a los Estados Unidos en una posición de liderazgo global en el corto plazo. Los estados y las ciudades continúan elaborando marcos legales para permitir estas transiciones y el costo de la energía limpia ha evolucionado para hacer que la mayoría de las comisiones de servicio público de los Estados Unidos sean compatibles con los planes de des-carbonización.

Al analizar la relación entre el gobierno central y los poderes locales se pueden observar dos fuerzas que conviven y combaten entre sí. Una tendencia centrípeta que procura retener el poder para el gobierno central permitiendo acciones autónomas de las unidades subnacionales siempre y cuando éste continúe regulándolas y controlándolas. A su vez, una tendencia centrífuga que muestra las unidades subnacionales en búsqueda de una mayor autonomía política y económica para sus intereses específicos, que se ve acentuada actualmente por las crecientes asimetrías en la distribución de recursos internos y en las oportunidades de negocios abiertas por los efectos derivados de la globalización. La concentración de factores productivos, industriales, agrícolas, de servicios y de tecnología en una región del país en detrimento de otras y la concentración poblacional que a su vez distorsiona el equilibrio federativo son ingredientes que en el contexto actual podrían fortalecer los elementos centrífugos. Será un reto para los Ministerios de Relaciones Exteriores procurar lograr un equilibrio adecuado entre ambas fuerzas, de modo de evitar un juego de suma cero y lograr, por el contrario, que se genere una situación “win-win” donde tanto el Estado central como las entidades subnacionales salgan victoriosas.

#### **II.4. Los actores no estatales**

Los actores no estatales han cobrado preeminencia con el proceso de globalización, que por una parte ha generado una erosión del principio de soberanía en la manera en que venía siendo concebido desde la paz de Westfalia (1648), y, por otro lado, ha propiciado que sean los propios Estados quienes deleguen parte de las competencias que tradicionalmente le son atribuidas a otros actores no gubernamentales.

A la vez, el proceso de “humanización” experimentado por la comunidad internacional ha transformado a los individuos en actores relevantes del proceso de globalización, incluyendo tanto a líderes

mundiales como Nelson Mandela, el Dalai Lama, como a celebridades del mundo del entretenimiento, como Angelina Jolie, George Clooney y tantos otros. Su capacidad de movilización de recursos e influencia es muchas veces mayor que la que puede atraer un Estado pequeño o una organización internacional o no gubernamental.

El aumento del número de actores no estatales es paralelo a los crecientes niveles de desarrollo económico, político, social y cultural. Del mismo modo, el proceso de globalización ha introducido cambios fundamentales en el modo de relacionamiento de los diferentes actores, planteando nuevos desafíos y debilitando el concepto de relaciones internacionales centradas en el Estado<sup>51</sup>.

La mayor participación de las ONGs en estos procesos políticos refleja cambios más amplios en la naturaleza de la diplomacia en la política mundial. Las ONGs intervienen como actores en la política exterior, principalmente a través de su capacidad de influir en otros actores de la política exterior. Esta influencia ocurre *ex ante* o *ex post facto*. En otras palabras, las ONGs pueden influir en el establecimiento de la agenda (*ex ante*) y proporcionar legitimidad y / o implementar soluciones decididas en otro lugar (*ex post*). Se ha reconocido ampliamente su capacidad para influir en el establecimiento de las agendas internacionales, ya que, a través de sus acciones, pueden poner ciertos temas en la agenda de los tomadores de decisiones mundiales. En segundo lugar, son útiles, y a menudo indispensables, para ayudar a implementar las soluciones acordadas por los tomadores de decisiones mundiales.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo (1972) participaron enviados de más de 250 ONGs, que representaban a diferentes entidades unidas por valores comunes, conocimiento e intereses. Willets sostiene que Estocolmo representó un punto de clivaje en términos de la participación de las ONGs en la gobernanza global, marcando el comienzo de una lenta pero sostenida participación de estos actores no estatales<sup>52</sup>. Desde ese momento a la

---

<sup>51</sup> Arredondo, Ricardo, *Derecho Diplomático y Consular*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, p. 280.

<sup>52</sup> Willets, Peter, "From Stockholm to Rio and Beyond: The Impact of the Environmental Movement on the United Nations Consultative Arrangements for NGOs", 22 *Review of*

actualidad, la participación de las ONGs en el proceso de toma de decisiones internacional referido al medio ambiente y el desarrollo sustentable han continuado aumentando considerablemente, como lo demuestra la participación en las subsiguientes conferencias globales.

Existe cierta tendencia a considerar la diplomacia de las ONG como algo que ocurre fuera del ámbito de la política formal e interestatal. En particular, en América Latina, sólo unos pocos países, como Colombia, han regulado la participación de la sociedad civil en el diseño de sus estrategias de cambio climático, mientras que la mayoría ha integrado las contribuciones de la sociedad civil a través de procesos participativos específicos. En algunos casos, esto se ha hecho con el objetivo de adoptar una estrategia específica para el cambio climático, como en Argentina, Brasil, México, Uruguay, Costa Rica y Chile. En otros casos, esto se ha hecho para la adopción de planes o estrategias nacionales de desarrollo, como en la República Dominicana<sup>53</sup>.

Sin embargo, estas organizaciones sirvieron como expertos técnicos, prepararon informes, ayudaron a desarrollar las normas para la participación de entidades no gubernamentales, intervinieron en las sesiones plenarias y reuniones de comité y tuvieron distintos modos de participación en diferentes foros, que contribuyeron a reforzar sus conexiones recíprocas y su legitimidad en el proceso negociador.

En las negociaciones multilaterales sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible, los representantes de las ONGs actúan como diplomáticos que, a diferencia de los diplomáticos del gobierno, representan distritos electorales que no están vinculados por el territorio sino por valores, conocimientos y / o intereses comunes relacionados con un tema específico.

---

*International Studies* (1) (1996), pp. 57-80, p. 57, disponible en <http://www.jstor.org/stable/20097431> (acceso 6/2/2018).

<sup>53</sup> Aguilar, Soledad y Recio, Eugenia, "Climate Change Law in Latin America" en Hollo, Erkki J., Kulovesi, Kati y Mehling, Michael (eds.), *Climate Change and the Law*, Netherlands, Springer, 2013, p. 8, disponible en [http://www.ambienteycomercio.org/wp-content/uploads/2010/09/aguilar-and-recio\\_FINAL-1.pdf](http://www.ambienteycomercio.org/wp-content/uploads/2010/09/aguilar-and-recio_FINAL-1.pdf) (acceso 6/2/2018).

### III. El derecho medioambiental internacional y su contexto

Como se señalara previamente, la lucha contra el cambio climático requiere de un enfoque holístico, ya que los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente no son el foro único y exclusivo para hacer frente al cambio climático. La plena aplicación del Acuerdo de París requerirá que los Estados desarrollen esfuerzos tanto dentro de la CMNUCC como fuera de ella. Sin embargo, también en este terreno existen voces discordantes acerca de cuál o cuáles serían los ámbitos apropiados para llevar a cabo los debates y negociaciones de la diplomacia del cambio climático.

A continuación se consideran la interrelación de los acuerdos medioambientales con otras áreas del derecho internacional vigente en las que las cuestiones referidas a la lucha contra el cambio han surgido de manera clara y contundente:

#### III.1. El cambio climático y el Consejo de Seguridad

Aun cuando existen una serie de estudios que han cuantificado el impacto del cambio climático sobre los conflictos<sup>54</sup>, la interrelación entre el cambio climático y los conflictos armados sigue siendo objeto de discusión. Ello no obstante, la premisa de que el cambio climático afecta a la paz y la seguridad internacionales ha ido ganando fuerza tanto en los círculos académicos como entre representantes gubernamentales, políticos y activistas<sup>55</sup>. En particular, la cuestión fue llevada al Consejo de Seguridad de

---

<sup>54</sup> Entre otros, puede verse Hsiang, Solomon M., Burke, Marshall y Miguel, Edward, "Quantifying the Influence of Climate on Human Conflict", *Science*, Vol. 341, Issue 6151, 13 de septiembre de 2013. Incluso hay estudios sobre casos particulares que subrayan la relación directa entre el cambio climático y los conflictos armados, como por ejemplo en el caso de Siria, donde se menciona la existencia de pruebas de que la sequía de 2007-2010 contribuyó al conflicto que se desató desde el 2011 en ese país y que aún subsiste. Cfr. Kelleys, Colin (et. al), "Climate change in the Fertile Crescent and implications of the recent Syrian drought", 112 *PNAS* (11), 17 de marzo de 2015, pp. 3241-3246, disponible en <http://www.pnas.org/content/pnas/112/11/3241.full.pdf> (acceso 25/01/2018).

<sup>55</sup> Evans, Gareth, "Conflict Potential in a World of Climate Change", Bucerius Summer School on Global Governance, Berlin, 29 de agosto de 2008, disponible en <https://www.crisisgroup.org/global/conflict-potential-world-climate-change> (acceso 26/01/2018).

las Naciones Unidas, que ha celebrado varios debates, a menudo polémicos, sobre el tema<sup>56</sup>.

La primera vez que el Consejo consideró expresamente el cambio climático fue el 17 de abril de 2007 durante un debate abierto a nivel ministerial sobre la relación entre energía, seguridad y clima<sup>57</sup>. Las discusiones fueron notoriamente controversiales. Algunos miembros establecieron un vínculo claro entre el cambio climático y la responsabilidad del Consejo de Seguridad en la prevención de conflictos, al señalar que “un clima inestable exacerbará algunos de los principales factores instigadores de conflicto, como las presiones migratorias y la competición por los recursos”<sup>58</sup>. En sentido similar se pronunció la República Argentina, al recordar que “el párrafo 9 del Documento Final de la Cumbre de las Naciones Unidas 2005 reconoce que el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos están vinculados y se refuerzan mutuamente” y que:

“En la resolución 1625 (2005) del Consejo de Seguridad se reafirmó la necesidad de adoptar una estrategia amplia de prevención de conflictos, en la que se tengan en cuenta las causas básicas de los conflictos armados y de las crisis políticas y sociales de manera global, en especial mediante la promoción, entre otras cuestiones, del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Tales cuestiones no deben ser analizadas de manera aislada, sino en su interrelación”<sup>59</sup>.

Sin embargo, la Argentina sostuvo que la vinculación entre estos temas “no debe llevar de manera alguna a que la cuestión del cambio climático ingrese en el orden del día del Consejo de Seguridad”<sup>60</sup>.

Otros países, como China, Rusia y Sudáfrica, cuestionaron la compatibilidad del tema con el mandato del Consejo de conformidad con la

---

<sup>56</sup> Security Council Report, “In Hindsight: The Security Council and Climate Change-An Ambivalent Relationship”, Nueva York, 31 de julio de 2017, disponible en [http://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2017-08/the\\_security\\_council\\_and\\_climate\\_change\\_an\\_ambivalent\\_relationship.php](http://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2017-08/the_security_council_and_climate_change_an_ambivalent_relationship.php) (acceso 25/01/2018).

<sup>57</sup> Véase UN Doc. S/PV.5663 y Resumption I, disponible en <http://undocs.org/es/S/PV.5663> y [http://undocs.org/es/S/PV.5663\(Resumption1\)](http://undocs.org/es/S/PV.5663(Resumption1)) respectivamente (acceso 25/01/2018).

<sup>58</sup> Declaración de la Representante del Reino Unido, Sra. Beckett, UN Doc. S/PV.5663, p. 2.

<sup>59</sup> Declaración del Representante Alterno de la República Argentina, Diego Limeres, UN Doc. S/PV.5663 (Resumption I), p. 29.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

Carta de las Naciones Unidas. Con posterioridad a este debate, tanto el Movimiento de los Países No Alineados (MNOAL) como el Grupo de los 77 + China enviaron sendas notas al Consejo de Seguridad expresando su preocupación por el quebrantamiento de los mandatos de la Asamblea General y el Consejo Económico y Social en este tema. El debate reflejó en gran medida las divisiones entre los miembros de la Organización.

La decisión de si el Consejo de Seguridad debe abordar o no la cuestión del cambio climático es un asunto altamente politizado, que está vinculado con los debates sobre el mandato del Consejo, la reforma de su membresía y la división apropiada del trabajo en el sistema de las Naciones Unidas. Entre las cuestiones debatidas se encuentra el interrogante: ¿qué podría hacer exactamente el Consejo de Seguridad?<sup>61</sup>

En diciembre de 2017 tuvieron lugar dos encuentros relevantes en materia de cambio climático. En París tuvo lugar el segundo aniversario del Acuerdo de París y, los días 12 y 13 de diciembre, se celebró en La Haya la tercera Conferencia de Seguridad Planetaria 2017, que produjo la Declaración de La Haya sobre Seguridad Planetaria, que describe el cambio climático como una amenaza a la paz mundial<sup>62</sup>.

El más reciente de estos debates, al momento de finalizar la preparación de este capítulo, tuvo lugar el 15 de diciembre de 2017, ocasión en que se realizó un encuentro informal y ampliado del Consejo de Seguridad, bajo la fórmula Arria, bajo el acápite “Seguridad y aumento de temperaturas”. En esa oportunidad se reiteraron los debates que vienen

---

<sup>61</sup> Un artículo reciente considera que entre las acciones posibles está la incorporación del riesgo climático en las operaciones de mantenimiento de la paz, el desarrollo de un sistema de alerta temprana, la gestión de la amenaza que el cambio climático presenta a los pequeños Estados insulares, la diplomacia preventiva, el tratamiento de los denominados “refugiados climáticos” y la adopción de un principio o norma en materia de cambio climático análoga al principio de la responsabilidad de proteger. Sin embargo, se reconocen las dificultades para la adopción de una agenda “pragmática y transformadora”, ya el desafío climático difícilmente pueda integrarse al programa de trabajo del Consejo de Seguridad tal como está actualmente constituido. Cfr. Conca, Ken, Thwaites, Joe y Lee, Goueon, “Climate Change and the UN Security Council: Bully Pulpit or Bull in a China Shop?”, 17 *Global Environmental Politics* (2) (2017), pp. 1-20.

<sup>62</sup> Véase [https://www.planetarysecurityinitiative.org/sites/default/files/2017-12/The\\_Hague\\_Declaration.pdf](https://www.planetarysecurityinitiative.org/sites/default/files/2017-12/The_Hague_Declaration.pdf) (acceso 25/01/2018). El documento además establece un plan de acción de seis puntos, que incluye crear un foro institucional para la seguridad climática y responder a problemas de migración y resiliencia urbana.

suscitándose desde hace más de una década sobre la interrelación entre las causas de los conflictos, incluido el desarrollo sostenible<sup>63</sup>. Aunque la Organización en su conjunto lleva muchos años comprometida con el tratamiento del cambio climático como una cuestión fundamental, algunos miembros consideran que el cambio climático está estrechamente relacionado con el mandato del Consejo de Seguridad, cuya misión primordial es mantener la paz y la seguridad internacionales, mientras que otros sugieren que el lugar adecuado para el tratamiento de este tema recae en otros órganos de las Naciones Unidas, en particular la Asamblea General y el Consejo Económico y Social.

Algunos países, como Alemania, sostienen que la base para el tratamiento de estas cuestiones en el seno del Consejo de Seguridad está dada por la Declaración de la Presidencia del 20 de julio de 2011, en ocasión del debate sobre “Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”<sup>64</sup>. Sin embargo, otros países como Rusia y China, no comparten esa posición y afirman que el Consejo de Seguridad no es la plataforma apropiada para abordar la temática del cambio climático, dado que es una cuestión que no recae dentro de las competencias del Consejo.

La Argentina mantiene la posición señalada previamente, en el sentido de considerar que existe una sinergia entre el desarrollo sostenible y el nuevo concepto de “sostenimiento de la paz”<sup>65</sup>. Sin embargo, la República Argentina sigue estimando que el Consejo de Seguridad no es el foro adecuado para la discusión de estos temas. Por otra parte, el Consejo tampoco dispone de espacio en su agenda ni cuenta con *expertise* ni los recursos para mantener estos debates en su seno. La Asamblea General, el ECOSOC y el Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible son

---

<sup>63</sup> Orlove; Ben, “Meeting at UN Security Council Discusses Climate Change and Conflict”, State of the Planet, Earth Institute, Columbia University, 22 de diciembre de 2017, disponible en <http://blogs.ei.columbia.edu/2017/12/22/meeting-un-security-council-discusses-climate-change-conflict/> (acceso 25/01/2018).

<sup>64</sup> Consejo de Seguridad, Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/PRST/2011/15, disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/prst/2011/15> (acceso 25/01/2018).

<sup>65</sup> Asamblea General, Diálogo de Alto Nivel “Construyendo la paz sostenible para todos: sinergias entre la agenda 2030 para el desarrollo sostenible y el sostenimiento de la paz (“Sustaining Peace”)”, intervención del Representante Permanente Alternativo de la República Argentina, Mateo Estremé, 24 de enero de 2017, disponible en <http://enaun.mrecic.gov.ar/content/di%C3%A1logo-de-alto-nivel-de-la-asamblea-general-construyendo-la-paz-sostenible-para-todos-siner> (acceso 25/01/2018).

los sitios apropiados para mantener estas discusiones. El Consejo de Seguridad debería evitar interferir en los mandatos de la Asamblea General, a menos que se trate de una situación de un conflicto en particular, que se encuentra dentro de la agenda del Consejo de Seguridad y, por ende, recae dentro de su competencia<sup>66</sup>. Un ejemplo de ello fue la adopción de la Resolución 2349<sup>67</sup> pero, en general y en abstracto, no es apropiado que estos debates se lleven a cabo en el seno del Consejo.

### III.2. El cambio climático y el sistema multilateral de comercio

Sin lugar a dudas puede afirmarse que existe una profunda interrelación entre el comercio internacional y la protección del medio ambiente, en la medida en que las normas protectoras y tuitivas del medio ambiente muchas veces entran en colisión con las normas del sistema multilateral de comercio que buscan otorgar la mayor apertura posible de los mercados internacionales. Estrada Oyuela afirma que “las cuestiones ambientales tienen impacto en la vida económica porque están estrechamente relacionadas con las modalidades producción y consumo”<sup>68</sup>.

Por un lado, la actividad comercial contribuye a la degradación ambiental, ya que las mercancías que se intercambian se producen, transportan, consumen y desechan, produciendo diferentes impactos sobre el medio ambiente. Por otro lado, en aras de la salvaguardia del medio ambiente, se introducen obstáculos al comercio consistente en restricciones o condicionantes a la importación o exportación de determinados productos, en ocasiones, en aplicación de un acuerdo multilateral medioambiental. Por esta razón cada vez es más frecuente que aparezcan consideraciones ambientales en la resolución de controversias comerciales ante los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC.

---

<sup>66</sup> Véase Arredondo, Ricardo, *Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: ¿hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?*, Buenos Aires, Catálogos, 2012, p. 133 y ss.

<sup>67</sup> Consejo de Seguridad, Res. 2349 (2017) “Paz y seguridad en África”, adoptada el 31 de marzo de 2017, UN Doc. S/RES/2349 (2017), disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2349\(2017\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2349(2017)) (acceso 25/01/2018).

<sup>68</sup> Estrada Oyuela, Raúl A., “Cambio climático: el fenómeno y la negociación”, *Revista del Colegio Profesional de Ciencias Económicas de la CABA*, Buenos Aires, julio de 2016. Agradezco al Embajador Estrada Oyuela haberme facilitado este artículo.

En lo que se refiere específicamente al cambio climático, Fernández Egea acertadamente subraya que:

“La reducción de la emisión de los gases de efecto invernadero (GEI) supone un cambio del sistema económico que ha imperado hasta la actualidad, requiriéndose modificaciones en las pautas de producción, transporte y consumo. Los países deberán adoptar medidas nacionales que afectarán directamente a sus empresas y a la situación competitiva de las mismas. Muchas de estas medidas conllevarán, a su vez, restricciones al comercio que afecten a los productos de terceros países más tolerantes con la emisión de gases”<sup>69</sup>.

En sí misma, la cuestión del cambio climático no forma parte del programa de trabajo de la OMC y tampoco hay normas del sistema multilateral de comercio que se refieran específicamente al cambio climático. Sin embargo, la Organización es relevante en este contexto porque las medidas y políticas relativas al cambio climático afectan al comercio internacional de diversas maneras.

En el preámbulo del Acuerdo de Marrakech que estableció la OMC, el desarrollo sostenible y la protección y preservación del medio ambiente se reconocen como objetivos fundamentales de la organización. La OMC promueve un comercio más abierto con miras a lograr el desarrollo sostenible, brindando a sus miembros la flexibilidad que necesitan para perseguir objetivos medioambientales. Sin embargo, la Organización procura que se establezca una distinción apropiada entre las medidas comerciales con un objetivo ambiental genuino y aquellas que se conciben

---

<sup>69</sup> Fernández Egea, Rosa María, “La incidencia de la normativa sobre el comercio de mercancías de la OMC en el derecho internacional del medio ambiente: el Protocolo de Kioto”, en Remiro Brotóns, Antonio y Fernández Egea, Rosa M. (ed.), *El cambio climático en Derecho internacional y comunitario*, Madrid, Fundación BBVA, p. 239. Para un estudio más detallado del tema puede verse de la misma autora *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2008. Asimismo, en la literatura anglosajona ver, entre otros, Dunoff, Jeffrey, “Institutional Misfits: The GATT, The ICJ & Trade-Environment Disputes”, 15 *Michigan Journal of International Law*, 1994, p. 1043, disponible en [http://www.ibrarian.net/navon/paper/Copyright\\_\\_c\\_\\_1994\\_University\\_of\\_Michigan\\_Law\\_Sch.pdf?paperid=315497](http://www.ibrarian.net/navon/paper/Copyright__c__1994_University_of_Michigan_Law_Sch.pdf?paperid=315497) (acceso 1/02/2018); Brack, Duncan, “Reconciling the GATT and Multilateral Environmental Agreements with Trade Provisions: The Latest Debate”, 6 *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 2, 1997, p. 112; y Cameron, James y Robinson, James, “The Use of Trade Provisions in International Environmental Agreements and their Compatibility with the GATT”, 2 *Yearbook of International Environmental Law*, 1991, pp. 3-30.

como restricciones encubiertas y se aplican de manera injustificable, arbitraria o discriminatoria<sup>70</sup>.

La cuestión de normas conflictivas y su potencialidad de sustituir a las normas de la OMC ha surgido en reiteradas oportunidades en la jurisprudencia de la OMC, principalmente, en el contexto de acuerdos internacionales referidos al medio ambiente y los paneles se han mostrado renuentes a dictaminar en forma definitiva sobre esta cuestión. En muchos casos, la renuencia de los integrantes de los Grupos Especiales a avocarse al estudio y vinculación de los temas no estrictamente relacionados con el comercio, tales como el medio ambiente, se debió a la falta de *expertise* de los panelistas sobre estos temas y a la imaginaria amenaza que representaba la eventual participación de ONGs en este debate. Si bien los Grupos Especiales están facultados para buscar el asesoramiento de expertos en materias científicas o técnicas, raramente lo han hecho. Una mayor transparencia puede contribuir a resolver las preocupaciones comerciales relacionadas con los planes/programas de ecoetiquetado y puede ayudar también a alcanzar los objetivos medioambientales facilitando a los consumidores una información precisa y completa<sup>71</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia comercial ha experimentado una evolución desde una ceguera medioambiental a una progresiva apertura hacia intereses no comerciales, incluido la protección del medio ambiente<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> La República Argentina participa activamente en el sistema de solución de diferencias de la OMC, procurando que sus productos no se vean afectados por restricciones injustificables, arbitrarias o discriminatorias. Al respecto, pueden verse los casos donde Argentina ha sido “reclamante”: *DS293: Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*; *DS447 Estados Unidos – Medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina*, *DS448 Estados Unidos – Medidas que afectan a la importación de limones frescos*.

<sup>71</sup> Véase Arredondo, Ricardo, “Reflexiones en torno al sistema de solución de diferencias de la OMC. Sus implicancias para la Argentina”, en Gutierrez Posse, Hortensia D. T. (et. al.), *Temas Jurisdiccionales en materia de Derecho Internacional*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), Buenos Aires, abril de 2017, p. 112 y ss.

<sup>72</sup> Entre otros, puede verse el informe del Órgano de Apelación de la OMC en el caso *DS58: Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos* (1998), disponible en

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/ExportFile.aspx?id=22613&filename=S/WT/DS/58ABRW.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=22613&filename=S/WT/DS/58ABRW.pdf) (acceso 1/02/2018).

Sin embargo, todavía son muchas las cuestiones que requieren respuestas razonables para aclarar la relación comercio-medio ambiente

### III.3. El cambio climático y los derechos humanos

Como sucede con la relación entre comercio y medio ambiente, los derechos humanos y la protección del medio ambiente son inherentemente interdependientes, ya que la realización de estos atributos humanos fundamentales depende de un medio ambiente que les permita florecer. A su vez, la protección eficaz del medio ambiente está supeditada al ejercicio de derechos humanos que son vitales para la formulación de políticas apropiadas. En este sentido, Mangas Martín afirma que “hoy, el desarrollo sostenible está enraizando como el marco e instrumento de nuevas metas en materia de derechos humanos que sienten las bases de unas condiciones de bienestar que lleven a un nuevo enfoque en materia de derechos humanos”<sup>73</sup>.

A pesar de esta relación de recíproca interdependencia, originalmente ningún instrumento multilateral en materia de derechos humanos o derecho medioambiental contemplaba de manera explícita esta correlación. El instrumento que más se acerca a tal reconocimiento tal vez sea la Declaración de Estocolmo, cuyo principio 1 dispone que:

“[e]l hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”<sup>74</sup>.

El informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que acuñó el concepto del desarrollo sostenible, incluía una serie

---

<sup>73</sup> Mangas Martín, Araceli, “Unión Europea: Derechos humanos y desarrollo sostenible”, en Díaz Barrado, C. y Fernández Liesa, C. R. (Dirs.), *Objetivos de Desarrollo Sostenible y Derechos Humanos: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas / Derechos Humanos y Empresas*, Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, 2018, p. 13.

<sup>74</sup> Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5-16 de junio de 1972, Principio 1, disponible en <http://www.uhu.es/pablo.hidalgo/docencia/educacionambiental/estocolmo01.pdf> (acceso 5/02/2018).

de principios jurídicos redactados por un grupo de expertos, el primero de los cuales declaraba que “[t]odos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar”<sup>75</sup>.

Sin embargo, en lugar de adoptar esta formulación, la Declaración de Río de 1992 establece lo siguiente: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza” (principio 1).

El Acuerdo de París contiene lo que quizás sea la señal más destacada de la creciente atención que se presta a la relación entre el cambio climático y los derechos humanos. Tras reconocer que el cambio climático es una preocupación común de la humanidad, el preámbulo del Acuerdo establece lo siguiente:

“... las Partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deberían respetar, promover y tomar en consideración sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones de vulnerabilidad y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional”.

La influencia de la perspectiva de los derechos humanos puede apreciarse también en otras partes del acuerdo. Asimismo, existe un creciente reconocimiento de los desastrosos efectos del cambio climático en los derechos humanos. Por otra parte, el AP implica que la comunidad internacional reconoce que el cambio climático plantea amenazas inaceptables al pleno disfrute de los derechos humanos y que las medidas para hacerle frente deben cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos, lo que representa un verdadero logro en esta materia. Sin embargo, este acuerdo no es más que el comienzo. Queda por delante la difícil tarea de poner en práctica los compromisos contraídos y afianzarlos. En ese empeño, las normas relativas a los derechos humanos seguirán revistiendo una importancia fundamental.

---

<sup>75</sup> Naciones Unidas. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Nota del Secretario General, Doc. ONU A/42/427, 4 de agosto de 1987, disponible en <http://undocs.org/es/A/42/427> (acceso 5/02/2018).

La “relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos” fue puesta de relieve en la reciente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre “Medio Ambiente y Derechos Humanos”<sup>76</sup>, en la que señaló que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas y que esto puede incluir, según el caso en concreto y de manera excepcional, situaciones que van más allá de sus límites territoriales, incluyendo la obligación de evitar los daños transfronterizos<sup>77</sup>. Asimismo, la Corte IDH estableció las obligaciones derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente. Particularmente, determinó que los Estados deben: prevenir los daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio; actuar conforme al principio de precaución frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente; cooperar con otros Estados de buena fe para la protección contra daños ambientales significativos; garantizar el acceso a la información sobre posibles afectaciones al medio ambiente; garantizar el derecho a la participación pública de las personas, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, y garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

La OC se refiere reiteradamente a las obligaciones de los Estados en materia de cambio climático y, en particular, subraya que esa “Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos”<sup>78</sup>.

En su escrito de *amicus curiae* en este caso, la República Argentina sostuvo, entre otras consideraciones relevantes en este punto, que:

“Tanto el derecho a la vida como el resto de los derechos arriba mencionados, constituyen el núcleo de derechos humanos que, históricamente, el derecho internacional ambiental ha reconocido como vulnerables a los daños ambientales. En ese sentido, el Estado argentino recuerda que el reconocimiento en el ámbito internacional de que los daños

---

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, sobre “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf) (acceso 8/2/2018).

<sup>77</sup> *Ibidem*, para. 104 c) y f).

<sup>78</sup> *Ibidem*, para. 47.

ambientales pueden afectar el goce y ejercicio de estos derechos fundamentales se remonta a los primeros desarrollos que se dieron en la Organización de las Naciones Unidas en materia de protección ambiental. Dicho reconocimiento se ha extendido hasta nuestros días e integra una de las premisas centrales que rigen el vínculo entre derecho internacional ambiental y derecho internacional de los derechos humanos”<sup>79</sup>.

También la Corte Internacional de Justicia se ha referido a la interrelación entre los derechos humanos y el cambio climático en diferentes pronunciamientos, incluido su más reciente fallo entre Nicaragua y Costa Rica<sup>80</sup>. Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también se ha venido ocupando de esta cuestión como lo reflejan sucesivas resoluciones e informes sobre el tema<sup>81</sup>.

#### III.4. El cambio climático y las migraciones

Los desastres naturales siempre han desencadenado en la historia humana movimientos de población. La movilidad es, de hecho, un mecanismo de supervivencia tradicional para las poblaciones que enfrentan cambios en su entorno de vida. Sin embargo, la evidencia científica y las proyecciones de los impactos del cambio climático en el medio ambiente sugieren que el fenómeno aumentará en los próximos años y décadas,

---

<sup>79</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Nota DCINT N°175/2017, Objeto: Opinión Consultiva del Estado colombiano, p. 11-12, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/colombiaoc23/4\\_argentina.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/colombiaoc23/4_argentina.pdf) (acceso 21/2/2018).

<sup>80</sup> Véase Desierto, Diane, “Environmental Damages, Environmental Reparations, and the Right to a Healthy Environment: The ICJ Compensation Judgment in Costa Rica v. Nicaragua and the IACtHR Advisory Opinion on Marine Protection for the Greater Caribbean”, *EJIL: Talk!*, 14 de febrero de 2018, disponible en <https://www.ejiltalk.org/environmental-damages-environmental-reparations-and-the-right-to-a-healthy-environment-the-icj-compensation-judgment-in-costa-rica-v-nicaragua-and-the-iacthr-advisory-opinion-on-marine-protection/> (acceso 21/2/2018).

<sup>81</sup> Para un análisis más detallado de la cuestión pueden verse los *Informes del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John H. Knox, Doc. A/HRC/22/43, A/HRC/25/53, A/HRC/28/61 y A/HRC/28/61/Add.1, y las resoluciones 16/11, de 24 de marzo de 2011, 19/10, de 22 de marzo de 2012, 25/21, de 28 de marzo de 2014 y 28/11, de 7 de abril de 2015, *sobre los derechos humanos y el medio ambiente*, y las resoluciones pertinentes de la Comisión de Derechos Humanos, entre otros documentos, disponibles en [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=167](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=167) (acceso 21/2/2018).

afectando principalmente a los países en desarrollo y a las poblaciones vulnerables.

Mientras que los desplazados internos siguen bajo la jurisdicción de sus países, el desplazamiento transfronterizo desencadenado por la degradación ambiental se ha identificado como una brecha en el régimen de protección legal internacional. Hasta ahora no se han considerado adecuadamente, desde el punto de vista normativo, las posibles respuestas previstas para abordar eficaz y ampliamente el desplazamiento ambiental, lo que una vez más habla de la necesidad de un enfoque holístico en la lucha contra el cambio climático<sup>82</sup>.

#### IV. La vertiente política

El cambio climático muestra todas las características controversiales propias de las políticas nacional e internacional sobre los problemas ambientales y plantea desafíos a los sistemas legales en todos los niveles. Sin embargo, se ha considerado que el cambio climático merece un tratamiento diferenciado porque es una cuestión que combina fuentes contaminantes múltiples y altamente dispersas, un efecto global de gran alcance sobre la actividad humana, a medida que esas fuentes se mezclan en la atmósfera, y una gran controversia sobre la forma y la agenda temporal de las normas que regulan este asunto, tanto dentro de los Estados como hacia afuera. Todo ello ha hecho que se caracterice al cambio climático como un “problema súper perverso”<sup>83</sup>.

Si bien existe un amplio acuerdo de que abordar el cambio climático requiere una respuesta global, el estancamiento ha impedido que se produzca un cambio tanto desde el punto de vista sustancial (o normas de fondo) como respecto de la agenda programática que regula esta cuestión. Se atribuye la culpa por el fracaso del único esfuerzo regulatorio hasta

---

<sup>82</sup> Para un análisis más detallado de este tema puede verse Ragheboom, Hélène, “Conceivable legal responses to environmental displacement”, *Völkerrechtsblog*, 20 de julio de 2015, disponible en doi: <http://voelkerrechtsblog.org/conceivable-legal-responses-to-environmental-displacement/> (acceso 1/02/2018).

<sup>83</sup> Levin, Kelly (et. al), “Overcoming the Tragedy of Super Wicked Problems: Constraining our Future Selves to Ameliorate Global Climate Change”, 45 *Policy Sciences* (2012), p. 123.

ahora, el Protocolo de Kioto, a la renuencia de los Estados Unidos y otras grandes potencias a convertirse en parte de ese acuerdo.

Aunque ha aumentado la aceptación pública de que el problema del cambio climático es real, el estancamiento político en el proceso negociador y de implementación de las normas acordadas para reducir las emisiones sigue siendo fuerte. Este estancamiento continuo ha producido dos efectos claros. El primero es el aumento continuo del CO2 y otros gases de efecto invernadero en la atmósfera, que ya han producido un calentamiento global y otros efectos climáticos identificables suficientes como para requerir que se preste una atención seria. El otro efecto, percibido en muchos Estados, es una fuerte disputa doméstica sobre la política de cambio climático que enfrenta a grupos altamente alarmados contra otros que se muestran menos preocupados.

Aun cuando crece el consenso acerca de que algo debe hacerse para luchar contra el cambio climático, muchos analistas consideran que, por lo general, existe una “tendencia a la baja” en materia de regulación ambiental, ya que muchos Estados procuran reducir los compromisos en este materia, sumando a ello incentivos en materia fiscal, como estímulo para atraer potenciales inversores para que se establezcan en su territorio<sup>84</sup>. Por otra parte, el control de las emisiones que causan el calentamiento global requiere que los Estados incurran en determinados costos actuales, mientras que los potenciales beneficios se obtendrían en un futuro lejano. Estas condiciones dificultan la creación de una política exitosa. Cuanto más tiempo se postergue la implementación de políticas contra el cambio climático, mayor será la cantidad de gases de efecto invernadero que se acumularán en la atmósfera. Sin embargo, también puede ocurrir el fenómeno inverso cuando países con una mayor conciencia ambiental imponen regulaciones más estrictas como precondition para la entrada a sus mercados de productos extranjeros<sup>85</sup>, generalizando de este modo la aplicación de determinadas herramientas de lucha contra el cambio climático.

---

<sup>84</sup> Al respecto puede verse Markusen, James R., Morey, Edward R. y Oleweiler, Nancy, “Competition in Regional Environmental Policies when Plant Locations are Endogenous” 56 *Journal of Public Economics* (1995), p. 55.

<sup>85</sup> Vogel, David, *Trading up: Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy*, Harvard, Harvard University Press, 1995.

Desde los inicios de los debates sobre la lucha contra el cambio climático se pudo percibir una división que se ha caracterizado como *norte-sur*, aunque en realidad tiene muchos otros componentes que complejizan esta identificación. Como señala Estrada Oyuela:

“Las partes en este proceso son actores con realidades nacionales diferentes, filosofías distintas e intereses muchas veces contrapuestos. Aunque todos puedan enunciar su adhesión al propósito compartido de mitigar el cambio climático como objetivo de beneficio común, la elección de los medios y los tiempos para alcanzarlo no tienen el mismo impacto en todos los actores”<sup>86</sup>.

Desde los comienzos de las negociaciones sobre cambio climático, los gobiernos formaron rápidamente bloques de negociación competitivos en torno a cuestiones clave como la inclusión de estrategias específicas para estabilizar emisiones y concentraciones, la adopción de objetivos formales de mitigación, la cuestión de quién era o debía ser responsable<sup>87</sup> y cómo tomar en cuenta un cierto grado de incertidumbre científica sobre el alcance de las contribuciones humanas al cambio climático<sup>88</sup>.

Ello llevó a la adopción, entre otros, del principio de las responsabilidades comunes diferenciadas, que afirma que:

“[e]n vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”<sup>89</sup>.

Este principio está presente en algunos de los acuerdos multilaterales de medio ambiente que exigen obligaciones distintas a sus

---

<sup>86</sup> Estrada Oyuela, Raúl A., “Acuerdo de Copenhague: las negociaciones sobre el cambio climático después de la XV Conferencia”, 17 *Revista del CEI* (2010), p. 110.

<sup>87</sup> Ya la Res. 45/212 había dejado claro que la responsabilidad era de los países desarrollados. “... la mayor parte de la emisión actual de contaminantes en el medio ambiente se origina en los países desarrollados y reconociendo que a estos países les incumbe, por tanto, la principal responsabilidad en la lucha contra la contaminación”. Cfr. A/RES/45/122, para.

<sup>88</sup> Cfr. Elliot, op. cit., p. 844.

<sup>89</sup> Principio 7 de la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río) de 14 de junio de 1992, disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (acceso 8/2/2018).

Estados parte, según su nivel de desarrollo, entre ellos el Protocolo de Kioto de 1997 que sólo establece reducciones cuantificables de emisiones de gases de efecto invernadero para los Estados industrializados. La aplicación de este principio también se manifiesta en la cada vez más frecuente y necesaria obligación de transferencia tecnológica y financiera de los países más ricos a aquellos en vías de desarrollo.

Sanahuja señala que:

“En 2015 el escenario era muy distinto: más de tres décadas de globalización habrían transformado las geografías y agendas de desarrollo, que iría dejando atrás las tradicionales agendas Norte-Sur para tornarse más global y transnacional, lo que supone mayores demandas de acción colectiva eficaz y legítima. Todo ello, sin dejar de reconocer que aún hay marcadas asimetrías en los niveles de desarrollo entre los países avanzados y en desarrollo, y en estos últimos, entre los de renta media y los más pobres, y a partir de esas distintas capacidades, cada parte habrá de asumir responsabilidades diferenciadas ante esa agenda”<sup>90</sup>.

Atendiendo al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el Acuerdo de París contempla, en materia de financiamiento, que:

“... las Partes que son países desarrollados deberán proporcionar recursos financieros a las Partes que son países en desarrollo para prestarles asistencia tanto en la mitigación como en la adaptación –como mínimo US\$100.000 millones anuales– también deberán seguir encabezando los esfuerzos dirigidos a movilizar financiación a partir de una gran variedad de fuentes e instrumentos, teniendo en cuenta el importante papel de los fondos públicos, y las necesidades y prioridades de las Partes que son países en desarrollo”<sup>91</sup>.

Este principio, al igual que otros de naturaleza similar, fue asumido por la mayoría de los Estados, aunque no lo fue por parte de los países más contaminantes, como los Estados Unidos, China y otros, que se mostraron renuentes a consentir a obligaciones de esta naturaleza. Ante la negativa de los Estados Unidos a transformarse en parte del Protocolo de Kioto, el

---

<sup>90</sup> Sanahuja, op. cit.

<sup>91</sup> López Alfonsín, Marcelo y Fanti, Valeria “La construcción del consenso en materia de cambio climático”, 25 *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* (2017), disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=0cef6f818e329721f4f9e7e5c93ff99b> (acceso 6/2/2018).

gobierno chino se resistió a asumir compromisos internacionales vinculantes aunque adoptó ciertos controles de emisiones y otras políticas que amortiguan el uso de gases de efecto invernadero. En 2009, se unió a los Estados Unidos para establecer compromisos unilaterales definitivos para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero<sup>92</sup>.

Si bien Estados Unidos se transformó en parte del Acuerdo de París, la llegada de Donald Trump a la presidencia de los Estados Unidos introdujo un cambio radical de escenario, ya que mientras el presidente estadounidense comunicó su intención de retirar a su país del AP<sup>93</sup>, a la inversa, China decidió mantenerse dentro del acuerdo y apostar por la implementación de los mecanismos y la agenda allí previstos.

Las múltiples decisiones disruptivas de Trump en el ámbito internacional<sup>94</sup>, entre ellas retirar a los Estados Unidos del AP, han impuesto un cambio de estrategia tanto a los socios tradicionales de Estados Unidos como a sus adversarios. No se trata de un mero cambio de prioridades en relación con la Administración Obama, sino de una alteración de los frágiles equilibrios que se habían consensuado en el plano global. A pesar de la decisión de los Estados Unidos de retirarse de este acuerdo, todos los demás signatarios reafirmaron su compromiso de luchar contra el cambio climático, demostrando un fuerte liderazgo hacia la meta de emisiones cero emisiones netas de gases de efecto invernadero para la segunda mitad del siglo.

---

<sup>92</sup> Lewis, Joanna I. y Gallagher, Kelly Sims, "Energy and Environment in China: Achievements and Enduring Challenges" en Axelrod, Regina S., Vandevier, Stacy D. y Downie, David Leonard (eds.), *The Global Environment: Institutions, Law and Policy*, 3ra. Ed., Washington, CQ Press, 2011, p. 259.

<sup>93</sup> Véase Departamento de Estado, Office of the Spokesperson, "Communication Regarding Intent To Withdraw From Paris Agreement", Washington, DC, 4 de agosto de 2017, disponible en <https://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2017/08/273050.htm> (acceso 8/2/2018). Estrada Oyuela sostiene que, según se desprende de esta comunicación del Departamento de Estado, la intención se "concretará" en los términos del Art. 28 del Acuerdo de París, lo que a su juicio "confirma que EEUU está ligado al AP y no puede apartarse sin caer en incumplimiento". Cfr. <https://twitter.com/restradaoyuela?lang=es> (acceso 8/2/2018).

<sup>94</sup> El lema de Trump "América Primero" alberga una visión tóxica del mundo, a la vez que banaliza el valor de las alianzas con los intereses de los Estados Unidos y su relación con sus socios tradicionales. Asimismo, puede observarse la erosión del multilateralismo, como, entre otros supuestos, la intención de retirarse del Acuerdo de París lo pone manifiesto.

El AP fue diseñado específicamente para proporcionar a los Estados la flexibilidad que necesitan para elaborar sus propios planes de reducción de gases de efecto invernadero. La revisión cíclica y transparente del progreso hacia esos objetivos se establece para permitir y fomentar una creciente ambición en el tiempo: una carrera global hacia la cima.

Para lograr una economía muy baja en carbono, se necesitará una política federal para liberar aún más las fuerzas del mercado a largo plazo. A la luz de la flexibilidad del AP con respecto a las políticas internas, la probable continuación del progreso tecnológico en áreas clave y el impulso demostrado por las entidades subnacionales y los actores no estatales, la actual Administración estadounidense tendría la oportunidad de adoptar un nuevo enfoque y reclamar un “mejor trato” en el AP. Al observar esta oleada de acciones subnacionales y la oportunidad de enfoques basados en el mercado que cuentan con apoyo bipartidista, no hay ninguna razón para que la Administración no pueda reformular las contribuciones nacionales estadounidenses de una manera que contribuya a resolver el problema climático<sup>95</sup>.

En América Latina, el derecho internacional del medio ambiente está en una etapa prematura, aunque los países de la región han exhibido una voluntad de avanzar a ritmo constante. La mayoría de los países de la región ha adoptado instrumentos de *soft law*, incluidas estrategias de cambio climático y, en algunos casos, planes de acción de cambio climático o planes de acción sectoriales para la adaptación<sup>96</sup>.

Se ha señalado que:

“Argentina presenta enormes posibilidades para atender efectivamente a los desafíos de un clima cambiante con respuestas efectivas, un cambio climático que profundiza la inequidad social e incrementa la vulnerabilidad de los sectores más necesitados. Pero sólo podrá alcanzarse si se supera la reinante inercia de individuos y organizaciones de todos los sectores, público, privado, académico y ONG y avanzar hacia algo superador, generando instituciones políticas y

---

<sup>95</sup> Ahmad, Fatima Maria, Huang, Jennifer y Perciasepe, Bob, “The Paris Agreement Presents a Flexible Approach for US Climate Policy”, 11 *Carbon & Climate Law Review* (4) (2017), pp. 283 – 291.

<sup>96</sup> Aguilar, op. cit., p. 3.

económicas coherentes con un desarrollo resiliente, justo y bajo en emisiones”<sup>97</sup>.

Hasta el momento, la Argentina sólo ha hecho tres comunicaciones nacionales de inventarios de emisiones, la mayor cantidad presentada por países en desarrollo desde 1995, sólo superada por México que presentó cinco<sup>98</sup>. Todavía queda un largo camino por delante.

## V. Conclusiones

En un mundo interconectado, global, interdependiente, resulta obvio señalar que es preciso que cada uno de los actores internacionales aporte su granito de arena para que los desafíos globales, como el cambio climático, puedan ser atacados y pueda empezar a avizorarse una solución efectiva y eficaz a un fenómeno que amenaza con llevarse puesta a la humanidad. Sin embargo, el peso fundamental de estas negociaciones sigue estando en manos de los Estados.

Hasta el Acuerdo de París, el derecho medioambiental internacional se había movido, para emplear la terminología de García Segura, “de *Westfalia* a *Worldfalia*”, ya que se trata de una etapa cosmopolita “liderada sobre todo por algunas organizaciones internacionales y por actores de la sociedad civil global, mientras que los Estados responden a las presiones de los actores líderes articulando una narrativa cosmopolita. Sin embargo, en la práctica permanecen anclados en *Westfalia* y, mayoritariamente, se resisten a formalizar sus compromisos en normas e instituciones de carácter vinculante”<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Fundación de Ambiente y Recursos Naturales, “Argentina ¿En un clima de cambio?”, Editorial, *7 Pulso Ambiental*, marzo de 2017, p. 3, disponible en <http://farn.org.ar/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=22286> (acceso 21/2/2018).

<sup>98</sup> Estrada Oyuela, Raúl, “El Acuerdo de París necesita despejar su camino”, *7 Pulso Ambiental*, marzo de 2017, p. 9, disponible en <http://farn.org.ar/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=22286> (acceso 21/2/2018).

<sup>99</sup> García Segura, Caterina, “Westfalia, Worldfalia, Eastfalia. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional”, 69 *Revista Española de Derecho Internacional* (2) (2017), p. 45 y ss.

Si el derecho internacional se encuentra en la intersección de autoridad y poder, eso explicaría por qué en muchas ocasiones, a pesar del esfuerzo mancomunado de otros actores, el derecho medioambiental continúa reflejando el punto de vista o los intereses de los Estados más poderosos<sup>100</sup>. Esta realidad resulta palpable cuando se visualiza la conducta de grandes potencias contaminantes, como Estados Unidos y China, que hasta hace poco tiempo eran o continúan siendo renuentes a transformarse en partes de los instrumentos internacionales de lucha contra el cambio climático.

Una nota positiva en este sentido es el cambio de actitud de China y la decisión de un considerable número de entidades subnacionales de profundizar la aplicación de mecanismos de lucha contra el cambio climático frente a la decisión de la Administración Trump de retirar a los Estados Unidos del AP.

La lucha contra el cambio climático representa una oportunidad para el crecimiento y el desarrollo sostenibles. Para garantizar que el AP sea un éxito se requiere un compromiso activo para implementar plenamente las *contribuciones determinadas a nivel nacional* (NDC, por sus siglas en inglés) y aumentar la ambición en los próximos años. Una transformación sostenible de la economía puede generar prosperidad a largo plazo y una mayor seguridad energética y de los recursos.

Por lo tanto, los diplomáticos tendrán que transmitir un argumento clave de manera más convincente que nunca: si se hace la ecuación costo-beneficio, está claro que la lucha contra el cambio climático es un imperativo, ya que tiene sentido desde el punto de vista económico. Los combustibles, recursos y procesos de uso intensivo del carbono tienen un gran costo para la vida humana, el medio ambiente y el desarrollo económico a largo plazo. La inversión en tecnologías ambientalmente racionales proporciona una gran fuente de “empleos verdes” nuevos y

---

<sup>100</sup> Como señala acertadamente Pastor Ridruejo: “el derecho internacional positivo resulta con frecuencia de un ajuste o acomodación de intereses estatales contrapuestos, y el distinto nivel de poder de los Estados ha dejado una huella en él, en el sentido de que los intereses de los más fuertes han prevalecido sobre los intereses de los más débiles”. Cfr. Pastor Ridruejo, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8° ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 32.

estables al tiempo que reduce los costos económicos y sociales de la contaminación.

La diplomacia puede ayudar mucho a crear las condiciones para la transición sostenible que necesitamos. Las alianzas bilaterales y multilaterales pueden servir como instrumentos significativos para superar los obstáculos al comercio e invertir en tecnologías con bajas emisiones de carbono. Los esfuerzos de los países en desarrollo de construir su propio futuro limpio y resiliente al clima deberán contar con un mayor apoyo financiero de los países desarrollados y con las contribuciones voluntarias de otros países.

“La consecución de estos compromisos debe fundarse en un orden mundial basado en normas, con el multilateralismo como principio clave y las Naciones Unidas como eje”<sup>101</sup>. Se requiere, fundamentalmente, que dentro del nuevo enfoque flexible y pragmático, se desarrollen actuaciones diferenciadas atendiendo a la disímil situación de Estados desarrollados y en desarrollo. Sin embargo, resulta imprescindible que todos, Estados y actores no estatales (interlocutores sociales y económicos, sector privado, organizaciones de la sociedad civil y organizaciones internacionales), contribuyamos a buscar una solución pronta y efectiva a un fenómeno que así lo demanda. Sin dudas, ello estará en gran medida condicionado por la existencia de un entorno global favorable y por la movilización de recursos y medios de implementación.

---

<sup>101</sup> Unión Europea, Declaración conjunta del Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión (2017/C 210/01), “El nuevo consenso europeo en materia de desarrollo. ‘nuestro mundo, nuestra dignidad, nuestro futuro’”, de 30 de junio de 2017, para. 3 *in fine*, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:42017Y0630\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:42017Y0630(01)) (acceso 22/2/2018).

# EL TRÁNSITO DE BUQUES CON CARGA CNI POR EL CANAL DE PANAMÁ EN 2000-2018

*Maria del Rosario de la Fuente*<sup>°°</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción; II. El estatuto jurídico del canal de Panamá; III. El marco jurídico internacional que regula los cargamentos de combustible gastado y residuos de alto nivel radioactivo en buques; IV. La posición de los Estados ribereños de América Latina y el Caribe; V. La posición de los Estados del pabellón de buques; VI. Conclusión.

## I. Introducción

En la década de 1970, Japón firmó contratos de reprocesamiento de plutonio con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Francia. En aquel momento, el transporte marítimo de plutonio, combustible gastado y residuos de alto nivel radioactivo se realizaba en pequeñas cantidades y no generaba la preocupación y objeción de los Estados ribereños. Japón encontró un primer obstáculo en 1984 cuando intentó transportar 253 kilogramos de plutonio desde Francia a través del canal de Panamá a bordo del buque *Seishin Maru*. El cargamento terminó siendo escoltado por las Armadas de Francia y los Estados Unidos de América y fue recibido por manifestantes y activistas de *Greenpeace* en su arribo a Japón, habiendo sido noticia alrededor del mundo.

El 6 de febrero de 1998, tres activistas de la ONG *Greenpeace* abordaron el buque *Pacific Swan* en la esclusa de Gatún del canal de Panamá y se encadenaron a su mástil en protesta por el tránsito de material

---

<sup>°</sup> Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UCA. Abogado (UCA, 2005). *Master of Laws in International Law (The Fletcher School of Law & Diplomacy, 2009)*.

<sup>°°</sup> Con la colaboración de la abogada Eugenia Lostrì como asistente de investigación.

radioactivo a través del canal<sup>1</sup>. Los activistas, nacionales de Bélgica, Chile y Suiza, desplegaron un estandarte que rezaba “*Stop Plutonium*”. Fueron detenidos por las autoridades locales panameñas. En ese momento, el canal era administrado por la Comisión del Canal de Panamá (CCP), agencia federal de los Estados Unidos de América.

Este trabajo tiene por objeto examinar el tránsito de buques con carga CNI (combustible nuclear irradiado, plutonio, y residuos de alto nivel radioactivo) a través del canal de Panamá en el período 2000-2018<sup>2</sup>. Se excluye del análisis del presente trabajo el tránsito de buques nucleares (buques de propulsión nuclear). Para ello, se abordará la cuestión conforme al siguiente esquema: el estatuto jurídico del canal de Panamá (II), el marco jurídico internacional que regula los cargamentos de combustible gastado y residuos de alto nivel radioactivo en buques (III), la posición de los Estados ribereños de América Latina y el Caribe (IV), la posición de los Estados del pabellón de buques (V).

## II. El estatuto jurídico del canal de Panamá

Los canales son considerados aguas interiores conforme el derecho del mar<sup>3</sup>. Por ello, no existe el derecho de paso inocente a través de ellos<sup>4</sup>. El canal de Panamá es un cauce artificial de 82 kilómetros de longitud, abierto en el istmo de Panamá, para unir el mar del Caribe con el océano Pacífico, desde Colón a Balboa. Los canales artificiales no se encuentran comprendidos en la categoría de estrechos internacionales, están sujetos a la absoluta soberanía del Estado que cruzan salvo acuerdo en contrario<sup>5</sup>. Cada canal presenta desafíos únicos con relación a su construcción, operación, mantenimiento, administración, funcionamiento, control, conservación,

---

<sup>1</sup> “*Greenpeace boards ship carrying nuclear waste*”, La Nación, 7 de febrero de 1998. (Disponible en <https://www.nacion.com/archivo/greenpeace-boards-ship-carrying-nuclear-waste/M5MYG5H7TJDQ3KWNHU765JR4VY/story/> el 28 de febrero de 2018).

<sup>2</sup> Desde el 1 de enero de 2000 al 28 de febrero de 2018.

<sup>3</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre del Derecho del Mar, artículo 8.

<sup>4</sup> Jon M. Van Dyke, “Rights and Responsibilities of Strait States” *en* Navigating Straits. Challenges for International Law (ed. David D. Caron y Nilufer Oral), Leiden, Brill Nijhoff, 2014, 45.

<sup>5</sup> Ana G. López Martín, *International Straits. Concept, Classification and Rules of Passage*, Heidelberg, Springer, 2010, 45.

mejoramiento y modernización. El tránsito por los canales está generalmente regulado por tratados internacionales.

El estatuto jurídico del canal de Panamá está compuesto por los siguientes instrumentos internacionales: i) el tratado Clayton-Bulwer de 19 de abril de 1850<sup>6</sup>; ii) el tratado Hay-Pauncefote de 18 de noviembre de 1901<sup>7</sup>; iii) la convención sobre un canal interoceánico a través del istmo de Panamá –tratado Hay-Bunau Varilla– de 18 de noviembre de 1903<sup>8</sup>; iv) el tratado concerniente a la neutralidad permanente del canal y al funcionamiento del canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977<sup>9</sup>; y v) el tratado del canal de Panamá –tratado Torrijos-Carter– de 7 de septiembre de 1977<sup>10</sup>.

En el tratado Clayton-Bulwer celebrado entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el 19 de abril de 1850, ambos Estados acuerdan que el canal que se construya para unir los océanos Atlántico y Pacífico no estará bajo control exclusivo de ninguno de ellos ni se establecerán monopolios ni fortificaciones.

El 18 de noviembre de 1901, los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte celebraron el tratado Hay-Pauncefote que reemplazó al anterior. Los Estados Unidos adoptaron mediante el artículo III del tratado, las reglas de la convención de Constantinopla de 29 de octubre de 1888 sobre la libertad de navegación a través del canal de Suez. Sin embargo, el texto del tratado Hay-Pauncefote fue modificado para que fuera aprobado por el Senado de los Estados Unidos de América en 1902. La fórmula de la convención de Constantinopla estableció, en su artículo I, que “El canal marítimo de Suez estará siempre abierto y será libre tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, para todos los navíos de comercio o de guerra, sin distinción de banderas. En consecuencia, las altas partes contratantes convienen en no estorbar en

---

<sup>6</sup> Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949 (comp. Charles I. Bevans), Washington, D.C., Department of State, US Gov't Print Off., 1974, volume 12 UK-Zanzibar, 105.

<sup>7</sup> *Ibidem*, 258.

<sup>8</sup> Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949 (comp. Charles I. Bevans), Washington, D.C., Department of State, US Gov't Print Off., 1972, volume 10 Nepal-Perú, 663.

<sup>9</sup> 1161 *U.N.T.S.* 177.

<sup>10</sup> 1280 *U.N.T.S.* 3.

forma alguna el libre uso del canal, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz. El canal no será jamás sometido, al ejercicio del derecho de bloqueo”. Por su parte el artículo III del tratado Hay-Pauncefote omite cualquier referencia a tiempos de paz o guerra, estableciendo que el canal se halla abierto a buques de todas las naciones.

*“Artículo III: Los Estados Unidos adoptan como base para la neutralización de dicho canal las siguientes reglas que son substantivamente las incorporadas en la Convención de Constantinopla, firmada el 29 de octubre de 1888, para la libre navegación del canal de Suez, es decir:*

1. *El canal será libre y abierto a la navegación por buques mercantes y de guerra de todas las naciones que observen estas reglas, en términos de entera igualdad, de modo que no haya contra ninguna nación ni sus ciudadanos o súbditos discriminación concerniente a las condiciones o costes del tránsito u otra clase. Esas condiciones o costes del tránsito serán justas y equitativas.*

2. *El canal jamás será bloqueado ni dentro de él se ejercerá ningún acto de guerra o se cometerá ningún acto de hostilidad. Los Estados Unidos, sin embargo, estarán en libertad de mantener a lo largo del canal la policía militar que sea necesaria para protegerlo contra actos de anarquía y desórdenes.*

3. *Ningún buque de guerra perteneciente a un beligerante se aprovisionará ni pertrechará en el canal excepto en caso de ser estrictamente necesario; y el tránsito de dichos buques a través del canal se efectuará con la menor dilación posible de conformidad con los reglamentos vigentes y sólo con aquellas intermisiones que pudieran resultar de las necesidades de servicio. Las presas quedarán sujetas en todo a las mismas reglas que los buques de guerra beligerantes.*

4. *Ningún beligerante podrá embarcar o desembarcar tropas, municiones, y materiales de guerra en el canal excepto en caso de obstáculo accidental en el tráfico, y en tal caso el tránsito se reanudará con la mayor celeridad posible.*

5. *Las disposiciones de este artículo se aplicarán a las aguas adyacentes al canal, dentro de las tres millas marinas de cada extremo. Los buques de guerra pertenecientes a un beligerante no podrán permanecer en esas aguas más de veinticuatro horas seguidas cada vez, excepto en casos de peligro, y en esos casos deberán partir lo antes posible; pero un buque de guerra beligerante no podrá partir sino pasadas las veinticuatro horas de la partida de otro buque de guerra de otro beligerante contrario.*

6. *El establecimiento, los edificios, talleres y demás obras necesarias para la construcción, el mantenimiento, y la operación del canal serán consideradas como parte del mismo, a los efectos de este tratado, y en tiempo de guerra, como en tiempo de paz, gozarán de absoluta inmunidad contra el ataque o daño por parte de beligerantes y contra actos destinados a dañar su utilidad como parte del canal<sup>11</sup>.*

Durante las dos guerras mundiales el canal de Panamá permaneció abierto a los beligerantes. Recién a fines de julio de 1940 los accesos al canal fueron minados y se controló el movimiento de buques. Al entrar los Estados Unidos de América en guerra el 7 de diciembre de 1941, el paso de buques por el canal quedó limitado a las horas diurnas mientras duraron las hostilidades. Durante la guerra de Corea, Estados Unidos reforzó la seguridad del canal por orden ejecutiva del presidente Truman de 24 de marzo de 1951.

El 18 de noviembre de 1903, los Estados Unidos de América y Panamá celebraron el tratado Hay- Bunau Varilla. Su artículo XVIII estableció que el canal y sus entradas serán neutrales a perpetuidad y estarán abiertos a la navegación en las condiciones establecidas en el artículo III del tratado Hay-Pauncefote de 1901, ya señaladas anteriormente.

El 7 de septiembre de 1977, ambos Estados suscribieron el tratado concerniente a la neutralidad permanente del canal y al funcionamiento del canal de Panamá que estableció el régimen de neutralidad aplicable al canal. Panamá se comprometió a que el canal permanezca seguro y abierto para el tránsito pacífico de los buques de todas las naciones<sup>12</sup>. El tratado del canal de Panamá entre Estados Unidos y Panamá firmado ese mismo día, sustituyó al tratado Hay-Bunau Varilla de 1903 y confirió a Estados Unidos el derecho de manejar, operar y mantener el canal de Panamá, sus obras, instalaciones, y equipos auxiliares<sup>13</sup> hasta el 31 de diciembre de 1999<sup>14</sup>, al mediodía (hora de Panamá).

---

<sup>11</sup> Traducción no oficial de la autora.

<sup>12</sup> Tratado concerniente a la neutralidad permanente del canal y al funcionamiento del canal de Panamá, artículo II.

<sup>13</sup> Tratado del canal de Panamá, artículo III.

<sup>14</sup> *Ibidem*, artículo II.

El gobierno panameño aprobó el Reglamento para la navegación en aguas del canal de Panamá<sup>15</sup> mediante el Acuerdo No. 13 de 3 de junio de 1999. El reglamento establece la categoría de buque peligroso<sup>16</sup>, categoría que incluye al buque que transporta combustible gastado o residuos de alto nivel radioactivo. Su artículo 9 dispone que la Autoridad del Canal de Panamá (ACP) tiene la responsabilidad de coordinar la prevención y control del tránsito de mercancía peligrosa<sup>17</sup>. La autoridad determinará la naturaleza o clasificación de la mercancía peligrosa de conformidad con los lineamientos de la Organización Marítima Internacional (OMI)<sup>18</sup>. Los buques con mercancía peligrosa deberán probar 24 horas antes de su arribo a las aguas del canal los dispositivos de alarma y seguridad<sup>19</sup> –incluidos los sistemas contra incendio– y la ACP podrá inspeccionar los buques con mercancía peligrosa con el objeto de garantizar que cumplen con los requisitos de ese reglamento<sup>20</sup>. La autoridad podrá negar el paso por aguas del canal a buques peligrosos cuando en opinión de la ACP la operación presenta un riesgo extremo, entre otras causas<sup>21</sup>.

El transporte de mercancía peligrosa embalada queda sujeto a las exigencias de notificación previa al arribo del buque, la presentación de documentos, mercancía prohibida, y a las restricciones reglamentarias<sup>22</sup>. Los buques que transporten tal mercancía deberán cumplir con los requisitos relativos al fondeo, tránsito, mercancía y aquellos establecidos en los

---

<sup>15</sup> Disponible en <http://micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2012/01/acuerdo13.pdf> el 28 de febrero de 2018.

<sup>16</sup> Acuerdo No. 13 (3 de junio de 1999) Reglamento para la navegación en aguas del canal de Panamá, artículo 8: “**Buque peligroso.** Aquél que cuando la naturaleza o condición de su carga, casco o maquinaria sea tal que ponga en peligro el medio ambiente, la calidad de las aguas, las estructuras propias del Canal o pueda hacer que el buque obstruya el mismo, o su calado, en cualquiera de sus puntos, exceda el máximo permitido por la Autoridad”. [El subrayado pertenece a la autora].

<sup>17</sup> *Ibidem*, artículo 9: “Con el objeto de proteger el funcionamiento del Canal, la Autoridad tiene la responsabilidad de coordinar la prevención y control de los hechos, actos y accidentes de naturaleza peligrosa que ocurran durante la navegación por las aguas del Canal, incluidos los siguientes casos: (1) Desastres, principalmente derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas; (2) Eliminación de desperdicios; (3) Echazón, principalmente de tipo industrial; (4) Tránsito de mercancía peligrosa; y (5) Manejo de lastre”. [El subrayado pertenece a la autora].

<sup>18</sup> *Ibidem*, artículo 114.

<sup>19</sup> *Ibidem*, artículo 115.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 116.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo 50 y anexo.

<sup>22</sup> *Ibidem*, artículo 127.

convenios y códigos sobre la materia de la OMI<sup>23</sup>. Deberán presentar el manifiesto de carga peligrosa a la ACP<sup>24</sup>. El transporte de toda mercancía peligrosa embalada que no se ajuste a lo dispuesto por el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (Código IMDG) de la OMI está prohibido<sup>25</sup>. Los buques que transporten sustancias radioactivas (clase 7) deben cumplir con los requisitos de los convenios y códigos de la OMI y el artículo 128 del reglamento<sup>26</sup>.

Las aguas del canal se consideran país en ruta cuando se trata del transporte de sustancias radioactivas para los fines de aviso previo y aprobación del cargamento de conformidad con el Código IMDG<sup>27</sup>. La ACP debe ser notificada con 30 días de antelación al arribo del buque a aguas del canal cuando se trata de materia fisionable con el objeto de obtener la aprobación del tránsito por el canal<sup>28</sup>. Los recipientes que contienen mercancías radioactivas, sus accesorios o anexos, no podrán pesar más de 150 toneladas<sup>29</sup>.

Los buques que transporten mercancías radioactivas deben presentar documentación reciente que demuestre su solvencia económica para indemnizar al Estado panameño, la ACP u otra dependencia, por los daños y pérdidas resultantes, en caso de accidente, debidas a esa mercancía<sup>30</sup>. Estos buques deben presentar a la ACP copia de los informes de inspección de seguridad radioactiva para cumplir con los requisitos de la clase 7 del Código IMDG tan pronto se haya verificado antes que esa carga sea embarcada<sup>31</sup>.

El practicaje es obligatorio en aguas del canal<sup>32</sup>. La ACP determinará el número de prácticos asignados a cada buque que transite por él, incluyendo los puertos de Cristóbal y Balboa.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, artículo 128.

<sup>24</sup> *Ibidem*, artículo 130.

<sup>25</sup> *Ibidem*, artículo 131.

<sup>26</sup> *Ibidem*, artículo 135.

<sup>27</sup> *Ibidem*, artículo 136.

<sup>28</sup> *Ibidem*, artículo 137.

<sup>29</sup> *Ibidem*, artículo 138.

<sup>30</sup> *Ibidem*, artículo 139.

<sup>31</sup> *Ibidem*, artículo 140.

<sup>32</sup> *Ibidem*, artículo 90.

### III. El marco jurídico internacional que regula los cargamentos de combustible gastado y residuos de alto nivel radioactivo en buques

El transporte marítimo de cargamentos de combustible gastado<sup>33</sup> y residuos de alto nivel radioactivo son regulados por tres instrumentos jurídicos internacionales: a) la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar<sup>34</sup>; b) el Código Internacional para el Transporte Seguro de Combustible Nuclear Irradiado, Plutonio y Residuos de Alto Nivel Radioactivo en Embalajes a Bordo de Buques (Código CNI) adoptado por la OMI<sup>35</sup>; y c) la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radioactivos del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA)<sup>36</sup>.

#### III.1. *La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*

El artículo 23 de este tratado establece que los buques extranjeros que transporten sustancias nucleares u otras sustancias intrínsecamente nocivas o peligrosas (y el combustible gastado y los residuos de alto nivel radioactivo quedan comprendidos en esa carga) al ejercer el derecho del paso inocente por el mar territorial, deberán tener a bordo todos los documentos y observar las medidas especiales de precaución que para tales buques se hayan establecido en acuerdos internacionales (es decir, el Código CNI de OMI y la Convención de OIEA).

Esta es la única norma aplicable al tránsito de combustible gastado y residuos de alto nivel radioactivo a través del mar territorial panameño en tanto el buque clase CNI 3 ingrese o egrese del canal. Y esta es la norma que pueden aplicar los demás estados ribereños del mar del Caribe respecto del tránsito de esta carga por sus respectivos mares territoriales.

En la sesión de Caracas (20 de junio – 29 de agosto de 1974) de la Tercera Conferencia del Mar, durante la octava reunión de 19 de julio de

---

<sup>33</sup> La definición de combustible gastado que se utiliza en este trabajo es la adoptada por OIEA, a saber: combustible nuclear irradiado y extraído permanentemente del núcleo de un reactor.

<sup>34</sup> 1833 U.N.T.S. 3.

<sup>35</sup> OMI, Resolución MSC.88(71) de 27 de mayo de 1999. El Código CNI es obligatorio en virtud del Convenio SOLAS 1974 y entró en vigor el 1 de enero de 2001.

<sup>36</sup> OIEA, INFCIRC/546 de 24 de diciembre de 1997. En vigor, el 18 de junio de 2001.

1974 sobre investigación científica y en particular, desarrollo y transferencia de tecnología, el representante de Panamá, Sr. Ehrman, señaló que su país conocía los dos enfoques relativos a la investigación científica para combatir la contaminación marina y proteger el medio ambiente marino<sup>37</sup>. El primer enfoque sostiene que la contaminación es una invención de los países desarrollados para obtener control económico sobre los países en vías de desarrollo mientras el segundo propone que debe favorecerse el desarrollo a cualquier costo. Con relación a la construcción del canal de Panamá y a las consecuencias de esos enfoques, el Sr. Ehrman enunció dos ejemplos: la desaparición de varias especies de peces del ecosistema marino, y la transformación de las playas de Barraza, Santo Domingo y Bella Vista en una bahía maloliente cuyo olor pútrido se propagaba a sectores urbanos de la bahía de Panamá. El representante panameño concluyó que el desarrollo debe efectuarse con la cooperación científica de todos los países, compartiendo y aprendiendo de las experiencias y los errores. En 1974, el debate sobre la investigación científica, el desarrollo, y la transferencia de tecnología para la protección y preservación del medio ambiente marino no contemplaba el tránsito de buques con carga CNI como una amenaza a los ecosistemas marinos ni era una preocupación para Panamá u otros Estados.

La relevancia de la contaminación marina se ha puesto de manifiesto con el transcurso del tiempo. Cuando comienza a regularse la libertad de navegación, ella no presentaba ningún peligro al ecosistema marino debido al pequeño número de buques, las limitaciones al tonelaje de la carga, y el uso del viento. La tensión entre los Estados del pabellón de buques, por un lado, y los Estados ribereños preocupados por los eventuales efectos nocivos que el transporte de carga CNI puede generar al medio ambiente marino, por el otro, no había alcanzado los niveles actuales al momento de negociarse el texto de esta convención en la sesión de Nueva York (23 de mayo - 15 de julio de 1977) de la Tercera Conferencia del Mar<sup>38</sup>. Por ello, la convención no contiene otras normas aplicables a la cuestión.

---

<sup>37</sup> Disponible en

[http://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_lo/docs/english/vol\\_2/a\\_conf62\\_c3\\_sr8.pdf#xml=http://legal.un.org/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getpdfhits&DocId=535&Index=D%03a%5csites%5clegal%5cdiplomaticconferences%5cdtSearch%5cIndexes%5clawofthesea%02d1982%02dEnglish&HitCount=2&hits=17a+17b+&t.pdf](http://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_lo/docs/english/vol_2/a_conf62_c3_sr8.pdf#xml=http://legal.un.org/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getpdfhits&DocId=535&Index=D%03a%5csites%5clegal%5cdiplomaticconferences%5cdtSearch%5cIndexes%5clawofthesea%02d1982%02dEnglish&HitCount=2&hits=17a+17b+&t.pdf) el 28 de febrero de 2018.

<sup>38</sup> David D. Caron, "The Great Straits Debate: The Conflict, Debate, and Compromise that shaped the Straits Articles of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea", **en**

### *III.2. El Código CNI*

Esta norma se aplica al transporte seguro de la carga CNI, es decir: combustible nuclear irradiado<sup>39</sup>, plutonio<sup>40</sup>, y residuos de alto nivel radioactivo<sup>41</sup> transportados con arreglo a la clase 7 del Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (Código IMDG). Esta carga de combustible nuclear irradiado, plutonio, y residuos de alto nivel radioactivo debe ser transportada en buques de clase CNI 3<sup>42</sup>.

### *III.3. La Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radioactivos*

En el caso bajo análisis, Panamá es el Estado de tránsito conforme a la convención, distinto del Estado de origen (Francia o Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) y del Estado de destino (Japón), a través de cuyo territorio se prevé o tiene lugar un movimiento transfronterizo<sup>43</sup>. Asimismo, el tratado establece que el movimiento transfronterizo estará sujeto a las obligaciones internacionales relacionadas con las modalidades particulares del transporte que se empleen<sup>44</sup>.

---

Navigating Straits. Challenges for International Law (ed. David D. Caron y Nilufer Oral), Leiden, Brill Nijhoff, 2014, 24-27.

<sup>39</sup> El combustible nuclear irradiado es el material que contiene isótopos de uranio, torio o plutonio, y que se ha utilizado para mantener una reacción nuclear autosostenida en cadena.

<sup>40</sup> El plutonio es la mezcla resultante de isótopos de ese material extraída del combustible nuclear irradiado de reelaboración.

<sup>41</sup> Los residuos de alto nivel radioactivo son los desechos líquidos resultantes de la primera fase de operación de extracción o desechos concentrados resultantes de fases de extracción subsiguientes, en una instalación para la reelaboración de combustible nuclear irradiado, o desechos sólidos en los que se hayan convertido dichos líquidos.

<sup>42</sup> Los buques de clase CNI 3 son buques que cuentan con un certificado para transportar combustible nuclear irradiado o residuos de alto nivel radioactivo y buques que tienen un certificado para transportar plutonio sin límite en cuanto a la actividad total de los materiales.

<sup>43</sup> Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radioactivos, artículo 2 inciso s).

<sup>44</sup> *Ibidem*, artículo 27.1. ii).

#### IV. La posición de los Estados ribereños de América Latina y el Caribe

Los Estados se han manifestado en contra del tránsito de buques con carga CNI a través del Canal de Panamá y el mar del Caribe en las siguientes oportunidades:

- Contra el tránsito del *Pacific Swan* en 1998, los gobiernos de CARICOM, los Altos Comisionados de la Comunidad Británica del Caribe<sup>45</sup>, y el Foro del Pacífico Sur.

- Declaración conjunta sobre el transporte de desechos radioactivos del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (OPANAL), México D.F., 5 de febrero de 1998<sup>46</sup>.

- Comunicado de los Altos Comisionados de la Comunidad Británica del Caribe, Londres, 30 de enero de 1998<sup>47</sup>.

- Comunicado del Ministro de Relaciones Exteriores y Comercio Exterior de Jamaica, 23 de enero de 1998<sup>48</sup>.

- Comunicado del Gobierno de las islas Bahamas sobre el tránsito de desechos nucleares a través del Caribe y el Canal de Panamá, 23 de enero de 1998<sup>49</sup>.

- Comunicado del Gobierno de Antigua y Barbuda, 20 de enero de 1998<sup>50</sup>.

- Comunicado de la Organización de los Estados del Caribe Oriental<sup>51</sup> en la 29 reunión de su Autoridad, celebrada en Santa Lucía, 15-16 de enero de 1998<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> La Comunidad del Caribe está integrada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, y Trinidad y Tobago.

<sup>46</sup> OPANAL, Joint Declaration on the Transport of Nuclear Waste, México D.F., 5 February 1998, disponible en <http://www.nci.org/c/cs-opan.htm> el 28 de febrero de 2018.

<sup>47</sup> "High Commissioners call for end to nuclear contracts: Caribbean Threatened", London, 30 January 1998, disponible en <http://www.nci.org/c/cs-chc.htm>, el 28 de febrero de 2018.

<sup>48</sup> Statement by the Ministry of Foreign Affairs and Foreign Trade of Jamaica on the imminent shipment of radioactive material through the Caribbean. Ministry of Foreign Affairs and Foreign Trade of Jamaica. Press release, 23 January 1998.

<sup>49</sup> Statement by the Government of the Commonwealth of the Bahamas regarding the transshipment of nuclear waste through the Caribbean and Panama Canal as of 23<sup>rd</sup> January 1998. Ministry of Foreign Affairs. Press release dated 23 January 1998.

<sup>50</sup> Statement by the Government of Antigua and Barbuda. Ministry of Foreign Affairs. Press release. 20 January 1998.

- Comunicado del Gobierno de la República Dominicana, 2 de enero de 1998<sup>53</sup>.
- *Comunicado de la Décima Reunión de la Conferencia de Jefes de Gobiernos, CARICOM, Suriname, 4-5 de marzo de 1999*<sup>54</sup>.

*Los comunicados y declaraciones listados anteriormente preceden la administración panameña del canal de Panamá. A continuación, se detallan los comunicados y declaraciones con posterioridad al 31 de diciembre de 1999, fecha en que Estados Unidos cesó en el manejo, operación y mantenimiento del canal de Panamá, sus obras, instalaciones y equipos auxiliares*<sup>55</sup>.

- Declaración de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS)<sup>56</sup> sobre el paso de buques con material radioactivo frente a las costas del Pacífico Sudeste, Quito (Ecuador), 10 de enero de 2001.

*“[...] la CPPS expresa su especial preocupación por la decisión que han adoptado algunos Estados de transportar materiales radioactivos a través del Pacífico Sudeste y el Canal de Panamá, debido a su peligrosidad para la salud y para el medio ambiente, posición consecuyente con la que sus Estados Miembro han sustentado en las diversas instancias multilaterales”.*

[...]

*“La Comisión reitera el interés de sus miembros para que, a la brevedad, se refuerce la normativa sobre transporte marítimo internacional de desechos radioactivos y combustible nuclear irradiado. Este transporte debe tener la mayor transparencia posible, realizarse por rutas seguras y expeditas, con garantías de no contaminar el medio ambiente, con planes de contingencia y tomando en cuenta las normas del Reglamento sobre Transporte Seguro de Materiales Radioactivos de la Organización Internacional de Energía Atómica”.*

---

<sup>51</sup> Son miembros de la Organización de los Estados del Caribe Oriental: Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, y Montserrat. Los observadores incluyen a Anguila e Islas Vírgenes Británicas.

<sup>52</sup> Jeffrey T. Scrimo *et al.*, “A Review of Developments in Ocean and Coastal Law 1998-1999,” 5 *Ocean & Coastal L.J.* 147 (2000), 163.

<sup>53</sup> Statement by the Government of the Dominican Republic. Secretary of State for Foreign Affairs. Press release. 2 January 1998.

<sup>54</sup> *Communiqué of the Tenth Meeting of the Conference of Heads of Government, Caribbean Community (CARICOM), Suriname, 4-5 March 1999.*

<sup>55</sup> *Cfr.* Tratado del canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977, artículo II.

<sup>56</sup> La Comisión Permanente del Pacífico Sur fue establecida por Colombia, Chile, Ecuador y Perú en 1952.

Esta declaración menciona que el derecho internacional del mar obliga a los Estados a proteger y preservar el medio ambiente marino. Señala que –como lo establece el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992<sup>57</sup>– deben adoptarse con urgencia medidas adecuadas para evitar posibles daños al medio ambiente marino.

- El Grupo de Río<sup>58</sup> en su XX Reunión Ordinaria de Ministros de Relaciones Exteriores emitió un Comunicado sobre Transporte de Material Radioactivo y Desechos Peligrosos en Santiago de Chile, el 27 de marzo de 2001<sup>59</sup>:

*“Recordamos que las normas vigentes del Derecho Internacional, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, reconocen la soberanía de los Estados Ribereños sobre su mar territorial y su jurisdicción en materia de protección y preservación del medio ambiente marino en sus respectivas Zonas Económicas Exclusivas. El cumplimiento de dicha responsabilidad debe contar con la cooperación de otros Estados en el sentido de que se observe un control estricto sobre las embarcaciones de su bandera que transiten por las aguas jurisdiccionales adyacentes, con miras a evitar los riesgos de contaminación.*

*Instamos a la comunidad internacional a la pronta aplicación de los mecanismos que sobre medidas de seguridad aplicables al transporte de material radioactivo y desechos peligrosos establecen el Organismo Internacional de Energía Atómica y la Organización Marítima Internacional y a la adopción de normas que los completen, especialmente en los aspectos referidos a garantías sobre la no contaminación del medio marino, el intercambio de información sobre las rutas elegidas, la comunicación de los planes de contingencia para los casos de siniestro, el compromiso de recuperar materiales en caso de vertimiento (o pérdida de los mismos por hundimiento u otra causa), la descontaminación de las zonas afectadas y el establecimiento de mecanismos y normas efectivas de responsabilidad en caso de daño”.*

---

<sup>57</sup> Disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> el 28 de febrero de 2018.

<sup>58</sup> Son miembros del Grupo de Río: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, CARICOM, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y Venezuela.

<sup>59</sup> Disponible en [https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20100422/asocfile/20100422100444/xx\\_mre\\_06.pdf](https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20100422/asocfile/20100422100444/xx_mre_06.pdf) el 28 de febrero de 2018.

- La Comisión sobre el Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su período de sesiones de 16-27 de abril de 2001, adoptó su decisión 9/1 sobre Energía para el Desarrollo Sostenible<sup>60</sup>, en la cual recomendó a los Estados que examinen y mejoren las medidas y regulaciones internacionales sobre el transporte marítimo internacional y otros movimientos transfronterizos de material radiactivo, residuos de alto nivel radioactivo, combustible nuclear irradiado, incluyendo entre otros, acuerdos de notificación previa y consulta previa de conformidad con otros instrumentos internacionales<sup>61</sup>.

- El Plan de Acción<sup>62</sup> de la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en la ciudad de Québec (Canadá), de 20-22 de abril de 2001, recogió la preocupación de los Estados de la región sobre el transporte marítimo de material radioactivo como posible amenaza al medio ambiente marino:

*“Reconociendo las preocupaciones de algunos Estados sobre el transporte de material radioactivo, incluyendo desechos, por rutas cercanas a costas de los Estados o lo largo de vías navegables del Hemisferio, y las posibles consecuencias que puedan provocar en la salud de nuestra población al igual que la posible amenaza para el medio marino, y consistentes con los derechos y obligaciones marítimas en el derecho internacional; alentarán y apoyarán el pleno cumplimiento de las convenciones, normas y códigos de conducta vigentes de la OMI y OIEA, y subrayarán la importancia de contar con mecanismos efectivos de responsabilidad; alentarán la consideración por parte de la OIEA y de la OMI y de otros órganos internacionales competentes, de reforzar medidas adicionales internacionales, cuando sea necesario, que puedan incluir: las garantías sobre la no contaminación del medio marino; el compromiso de recuperar material radioactivo, incluyendo desechos, en caso de derrame o pérdida accidental de los mismos; las provisiones para la reparación,*

---

<sup>60</sup> Disponible en <https://sustainabledevelopment.un.org/index.php?menu=1415> el 28 de febrero de 2018.

<sup>61</sup> “21.h) Recalling paragraph 8 of the Governing Council of the International Atomic Energy Agency (IAEA) resolution GC(44)/RES/17 and taking into account the very serious potential for environment and human health impacts of radioactive waste, make efforts to examine and further improve measures and internationally agreed regulations regarding safety, while stressing the importance of having effective civil liability mechanisms in place, relevant to international maritime transportation and other transboundary movement of radioactive material, radioactive waste and spent fuel, including, inter alia, arrangements for prior notification and consultations done in accordance with relevant international instruments”.

<sup>62</sup> Disponible en [http://www.summit-americas.org/iii\\_summit/iii\\_summit\\_poa\\_sp.pdf](http://www.summit-americas.org/iii_summit/iii_summit_poa_sp.pdf) el 28 de febrero de 2018.

*rehabilitación o reconstrucción, cuando sea apropiado, de las poblaciones afectadas en caso de un accidente; e invitarán a los países que transporten material radioactivo, incluyendo desechos, a proveer información oportuna relacionada con dichos embarques a los Estados potencialmente afectados del Hemisferio, consistente con la necesidad de mantener y garantizar la seguridad de estos embarques”.*

- El 17 de agosto de 2001, los Jefes de Estado y de Gobierno en la XV Cumbre del Grupo de Río adoptaron el párrafo 26 sobre el tránsito de buques con material radioactivo y residuos peligrosos en su Declaración de Santiago:

*“Manifestamos nuestra preocupación por los riesgos que implica el tránsito de material radioactivo y desechos peligrosos por rutas cercanas a costas o por vías navegables de los países miembros, dados los riesgos de daño que ello trae aparejado con efectos nocivos para la salud de las poblaciones ribereñas y para los ecosistemas del medio marino y antártico. Por consiguiente, instamos a la comunidad internacional a seguir trabajando con el objeto de completar el actual ordenamiento internacional en materia de medidas de seguridad aplicables a este tipo de transporte”.*

- En la XVI Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río, la Declaración de San José de Costa Rica de 12 de abril de 2002 reitera:

*“[...] nuestra preocupación expresada ya en otros foros internacionales sobre los riesgos que implica el tránsito de material radioactivo y desechos peligrosos por rutas cercanas a nuestras costas o vías navegables de los países miembros. A este respecto, instamos a la comunidad internacional a seguir trabajando a fin de completar el actual ordenamiento jurídico internacional en materia de medidas de seguridad aplicables a este tipo de transporte”.*

- En mayo de 2002, el presidente del Consejo de Asuntos Exteriores y Relaciones Comunitarias (COFCOR) de CARICOM en la Quinta Reunión de COFCOR emitió una declaración<sup>63</sup>, que en su parte relevante señala:

---

<sup>63</sup> Statement by the Honorable S.R. Insanally Or, CCH, MP, Minister of Foreign Affairs, Guyana, at the Fifth Meeting of the Council for Foreign and Community Relations (COFCOR), 6-7 May 2002, Castries, Saint Lucia. CARICOM Secretariat, Press release 59/2002 dated 7 May 2002. Disponible en [http://www.caricom.org/jsp/speeches/5cofcor\\_insanally.jsp?null&tprnf=1](http://www.caricom.org/jsp/speeches/5cofcor_insanally.jsp?null&tprnf=1) el 28 de febrero de 2018.

*“Nosotros también continuamos enfrentando los peligros que presentan los cargamentos de desechos nucleares a través del mar del Caribe. Incluso, en este mismo momento, mientras nos reunimos, otro cargamento está a punto de transitar nuestras aguas a pesar de las numerosas solicitudes hechas por nuestros Jefes de Gobierno a los Estados correspondientes para que revisen sus posiciones sobre este asunto. Éste es otro ejemplo de los desafíos que enfrentan Estados pequeños y vulnerables como los nuestros, cuando intentamos preservar y gestionar nuestros valiosos recursos naturales para el beneficio de nuestros pueblos<sup>64</sup>”.*

- En junio de 2002, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó la resolución 1886 sobre Preocupaciones especiales de seguridad de los pequeños Estados insulares del Caribe<sup>65</sup>.

Esta resolución expresa la profunda preocupación de los Estados Miembro de la OEA por las posibles amenazas al medio ambiente marino en el hemisferio, y en particular en el mar del Caribe, si un buque con carga CNI sufre un accidente o es objeto de un acto terrorista mientras transita por el mar del Caribe o cualquier otra vía de comunicación marítima del hemisferio.

- El 19 de julio de 2002<sup>66</sup>, los Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)<sup>67</sup> adoptaron la declaración de Nadi en la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno y expresaron:

---

<sup>64</sup> Traducción no oficial de la autora.

<sup>65</sup> OEA, AG/RES. 1886 (XXXII-O/02) de 4 de junio de 2002.

<sup>66</sup> Al momento de la declaración, dos buques británicos (*Pacific Pintail* y *Pacific Teal*) con carga CNI habían navegado por las zonas económicas exclusivas de cinco Estados: Nueva Caledonia, Federación de Estados de Micronesia, Islas Salomón, Vanuatu, y Papua Nueva Guinea.

<sup>67</sup> Los Estados de África, el Caribe y el Pacífico son: Angola, Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Chad, Comoras, Congo, Cote d'Ivoire, Cuba, Djibouti, Dominica, Eritrea, Etiopía, Federación de Estados de Micronesia, Fiji, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Salomón, Jamaica, Kenya, Kiribati, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Malí, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Namibia, Nauru, Niger, Nigeria, Niue, Palau, Papua Nueva Guinea, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Unida de Tanzania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, Samoa, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Suriname, Swazilandia, Timor-Leste, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Zambia, y Zimbabwe.

*“[...] nuestra firme objeción al transporte de materiales nucleares y otras sustancias peligrosas a través de nuestras aguas alrededor de los Estados de África, el Caribe y el Pacífico. Reclamamos el inmediato cese de esa práctica con el objeto de, entre otras cosas, prevenir cualquier accidente que pueda amenazar seriamente el desarrollo sostenible y la salud de nuestros pueblos”<sup>68</sup>.*

- El 10 de enero de 2003, la OEA en su Declaración de Kingstown sobre la Seguridad de los Pequeños Estados Insulares<sup>69</sup> incluyó la preocupación de algunos de sus Estados Miembro sobre el tránsito de buques con carga CNI.

*“Que están conscientes de que los pequeños Estados insulares y otros Estado costeros del Hemisferio están profundamente preocupados por las posibles amenazas a sus economías y entorno marítimo si una nave que transporta desechos peligrosos, en especial desechos nucleares, tuviera un accidente o fuera el objetivo de un ataque terrorista mientras transita por el Mar Caribe”<sup>70</sup>.*

- Los Jefes de Estado y de Gobierno en ocasión de la XVII Cumbre del Grupo de Río, en Cusco (Perú), de 23-24 de mayo de 2003, adoptaron el documento Consenso de Cusco. En él incluyeron al “tránsito de desechos tóxicos y de material radioactivo por nuestras aguas” dentro de las “nuevas amenazas a la seguridad”, amenazas que “deben ser enfrentadas integralmente, mediante la cooperación internacional eficaz, articulada y solidaria, a través de las organizaciones competentes y basada en el respeto a la soberanía de los Estados y al derecho internacional”<sup>71</sup>.

- En junio de 2005, la Asamblea General de la OEA adoptó la resolución 2112 sobre Preocupaciones especiales de seguridad de los pequeños Estados insulares del Caribe<sup>72</sup>.

Esta resolución reitera la posición expresada en 2002.

---

<sup>68</sup> Traducción no oficial de la autora.

<sup>69</sup> OEA/Ser.K/XXIX SEPEIN-II/doc.8/02 rev.2 corr.1 de 10 de enero de 2003.

<sup>70</sup> Disponible en

[https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Declaracion\\_Kingstown.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Declaracion_Kingstown.pdf) el 28 de febrero de 2018.

<sup>71</sup> XVII Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río, Consenso de Cusco, Cusco (Perú), 23-24 de mayo de 2003, párrafo 10.

<sup>72</sup> OEA, AG/RES. 2112 (XXXII-O/05) de 7 de junio de 2005.

- En junio de 2006, la Asamblea General de la OEA adoptó la resolución 2187 sobre Preocupaciones especiales de seguridad de los pequeños Estados insulares del Caribe<sup>73</sup>.

- En junio de 2008, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó la resolución 2397 sobre Preocupaciones especiales de seguridad de los pequeños Estados insulares del Caribe<sup>74</sup>.

Esta resolución se adoptó de conformidad con las resoluciones previas adoptadas por la Asamblea General de la OEA en 2002, 2005 y 2006.

- En diciembre de 2012, el presidente de CARICOM emitió una declaración<sup>75</sup> expresando:

*“El cargamento inminente de desechos radioactivos del Reino Unido sigue los catorce cargamentos a la fecha, cada uno de los cuales ha sido firmemente objetado por los Jefes de Gobierno de CARICOM, las comunidades empresarias del Caribe y la sociedad civil. En este contexto, la región está particularmente decepcionada por el continuo desinterés del Reino Unido a las objeciones a esos cargamentos dadas las relaciones históricas que el Caribe comparte con el Reino Unido”<sup>76</sup>.*

Las declaraciones y comunicados anteriores son actos unilaterales de los Estados. En el caso de las rutas a través del canal de Panamá y el mar del Caribe, estos actos unilaterales no han incidido sobre el tránsito de los buques que transportan carga CNI. En cambio, los actos unilaterales de los Estados interesados en proteger los ecosistemas marinos de la ruta a través del Cabo de Hornos, en particular de Argentina y Chile, desarrollaron una práctica estatal consistente con estas declaraciones y esa ruta marítima fue abandonada<sup>77</sup> a pesar de las declaraciones de Japón y el Reino Unido en la OMI y OIEA. La práctica de los Estados ribereños latinoamericanos y

---

<sup>73</sup> OEA, AG/RES. 2187 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006.

<sup>74</sup> OEA, AG/RES. 2397 (XXXII-O/08) de 3 de junio de 2008.

<sup>75</sup> CARICOM Secretariat Press release 338/2012 dated 28 December 2012.

<sup>76</sup> Traducción no oficial de la autora.

<sup>77</sup> Cfr. María del Rosario de la Fuente, *“The passage of nuclear waste shipments through the Exclusive Economic Zone: Is a regional customary rule emerging in Latin America?”*, LL.M. thesis, Medford, The Fletcher School of Law and Diplomacy, 2009. Copy available at the Fletcher School of Law and Diplomacy Ginn Library.

caribeños es consistente con la creación de la primera zona libre de armas nucleares establecida por el Tratado de Tlatelolco<sup>78</sup> en 1967.

Varios Estados consideran oficialmente la protección del medio ambiente como parte integral de su seguridad nacional y perciben el tránsito de buques con cargas CNI cerca de sus costas como una amenaza<sup>79</sup>.

## V. La posición de los Estados del pabellón de buques

Al ser consultado, el 21 de diciembre de 2000, el Director Adjunto de la División de Ciencia y Energía Nuclear del Ministerio de Asuntos Exteriores de Japón, Sr. Koichi AI, sobre si el cargamento en curso de combustible nuclear irradiado transportado por el buque *Pacific Swan* desde Francia a Japón a través del Cabo de Hornos<sup>80</sup> significaba el abandono de la ruta del canal de Panamá, respondió<sup>81</sup>: “*Es imposible que el canal de Panamá no sea utilizado. Utilizaremos las tres rutas –el canal de Panamá, el Cabo de Buena Esperanza/ruta entre Australia y Nueva Zelandia, y el Cabo de Hornos– de manera equilibrada*”<sup>82</sup>.

Un viaje de Tokio a Londres recorre 15.000 millas a través del Cabo de Hornos y 12.600 millas por el canal de Panamá. Los factores tales como tiempo, costos operativos (combustible, seguros de cargas, salarios de la tripulación, entre otros) tienen sin duda incidencia sobre la elección de la ruta marítima a seguir. Debe considerarse, además, la oposición política de los Estados ribereños a la ruta elegida. Por ejemplo, en dos oportunidades buques con cargamento de plutonio japonés cambiaron sus derrotas<sup>83</sup> para evitar los estrechos de Malacca y Singapur<sup>84</sup> (por oposición de Malasia,

---

<sup>78</sup> 1968 *U.N.T.S.* 326.

<sup>79</sup> Marco Roscini, “The Navigational Rights of Nuclear Ships”, 15 *LJIL* 251 (2002), 258.

<sup>80</sup> Nótese que las Armadas de Argentina y Chile monitorearon conjuntamente el tránsito del buque *Pacific Swan* por las aguas bajo su jurisdicción nacional. Véase “*La Armada escoltará al peligroso carguero*”, *La Nación* (Argentina), 31 Dic. 2000. Disponible en [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=46865&high=desechos](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=46865&high=desechos) el 28 de febrero de 2018.

<sup>81</sup> Disponible en <http://www.nci.org/j/jfm122100.htm> el 28 de febrero de 2018.

<sup>82</sup> Traducción no oficial de la autora.

<sup>83</sup> Rumbo o dirección que llevan en su navegación las embarcaciones o las aeronaves.

<sup>84</sup> Buque *Akatsuki Maru* en 1992.

Indonesia y Singapur) y el canal de la Mona<sup>85</sup> (por prohibición de Puerto Rico y República Dominicana).

La tabla 1 indica los buques con carga CNI que transitaron por el canal de Panamá en 2000-2018<sup>86</sup>.

Tabla 1:  
Buques con carga CNI a través del canal de Panamá 2000-2018

BUQUE	PUERTO DE ORIGEN	PUERTO DE DESTINO	MES Y AÑO
<i>Pacific Sandpiper</i>	Japón	Reino Unido	Julio 2001
<i>Pacific Swan</i>	Francia	Japón	Junio 2003
<i>Pacific Sandpiper</i>	Francia	Japón	Febrero 2004
<i>Pacific Sandpiper</i>	Francia	Japón	Febrero 2006
<i>Pacific Sandpiper</i>	Francia	Japón	Febrero 2007
<i>Pacific Sandpiper</i>	Reino Unido	Japón	Febrero 2010
<i>Pacific Grebe</i>	Reino Unido	Japón	Agosto 2011
<i>Pacific Grebe</i>	Reino Unido	Japón	Julio 2016

FUENTE: DE LA FUENTE – LOSTRI (2018)

Los registros públicos<sup>87</sup> demuestran que hubo, al menos, un cargamento por año desde que Panamá opera el canal. La información sobre el tránsito de buques con carga CNI es reservada desde el incidente del abordaje al *Pacific Swan* por activistas de *Greenpeace* ocurrido el 6 de febrero de 1998.

---

<sup>85</sup> Buque *Pacific Pintail* en 1995.

<sup>86</sup> Al 28 de febrero de 2018.

<sup>87</sup> Se entiende por registros públicos la información difundida por la prensa, las organizaciones no gubernamentales, y las declaraciones de la Autoridad del Canal de Panamá (ACP).

En la tabla 2, se destaca la información de la Autoridad del Canal de Panamá (ACP)<sup>88</sup>:

**Tabla 2: Cargas peligrosa y radioactiva a través del canal de Panamá 2015-2017**

<b>Mercaderías Transportadas a Través del Canal de Panamá</b>					
<b>Años Fiscales 2015-2017</b>					
<b>(Miles de Toneladas Largas*)</b>					
<b>Tipo de Carga</b>					
<b>Carga Peligrosa Variada</b>					
<b>2015</b>		<b>2016</b>		<b>2017</b>	
Rumbo Sur - Atlántico a Pacífico	Rumbo Norte - Pacífico a Atlántico	Rumbo Sur - Atlántico a Pacífico	Rumbo Norte - Pacífico a Atlántico	Rumbo Sur - Atlántico a Pacífico	Rumbo Norte - Pacífico a Atlántico
1035	132	951	264	962	113
<b>Misceláneo Radioactivo</b>					
<b>2015</b>		<b>2016</b>		<b>2017</b>	
Rumbo Sur - Atlántico a Pacífico	Rumbo Norte - Pacífico a Atlántico	Rumbo Sur - Atlántico a Pacífico	Rumbo Norte - Pacífico a Atlántico	Rumbo Sur - Atlántico a Pacífico	Rumbo Norte - Pacífico a Atlántico
-	-	1	1	-	1

FUENTE: AUTORIDAD DEL CANAL DE PANAMÁ

(\*) No se muestra tonelaje menor a 500

Por su parte, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sostiene en su estrategia para las descargas radioactivas 2006-2030 (revisada en 2009) que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar obliga a los Estados Parte a tomar todas las medidas adecuadas para asegurar la protección efectiva del medio ambiente marino contra los efectos nocivos que puedan ocasionarse en la exploración o explotación de los recursos en los fondos marinos. Agrega que este tratado obliga a los buques que transportan carga nuclear a través del mar

<sup>88</sup> Disponible en <http://micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2017/10/2017-Tabla06.pdf> el 28 de febrero de 2018.

territorial a contar con los documentos a bordo y observar todas las medidas especiales de precaución establecidas por acuerdos internacionales para tal transporte<sup>89</sup>.

## VI. Conclusión

La libre circulación de buques a través del canal de Panamá continuará promoviendo prosperidad económica. Sin embargo, la importancia de proteger los ecosistemas marinos de los Estados ribereños en el mar del Caribe debe ser también reconocida. Lo que debe lograrse es un equilibrio entre los derechos relativos a la libertad de navegación de los Estados del pabellón de buque y la protección del medio ambiente marino de los Estados ribereños. En este contexto, la aplicación del principio 19 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992<sup>90</sup> puede ser el punto de partida para que estos Estados con intereses contrapuestos elaboren normas sobre intercambio de información sobre las rutas elegidas, notificación y consulta previas, la comunicación de los planes de emergencia para el caso de siniestros.

Asimismo, los Estados del pabellón de buques que transportan cargas CNI podrían ofrecer asistencia técnica y cooperación internacional para que los Estados ribereños incrementen su capacidad institucional de alerta y pronta respuesta en casos de accidentes marítimos de buques clase CNI 3 de modo bilateral o a través de organismos internacionales. Otras ideas por explorar son la creación de un fondo destinado a la garantía de no contaminación del medio ambiente marino, el compromiso de recuperar los materiales radioactivos en caso de accidente de los buques que los

---

<sup>89</sup> UK Strategy for Radioactive Discharges 2006 – 2030. Revised July 2009, (London, Department of Energy & Climate Change, 2009), 20. Disponible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/249884/uk\\_strategy\\_for\\_radioactive\\_discharges.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/249884/uk_strategy_for_radioactive_discharges.pdf) el 28 de febrero de 2018.

<sup>90</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), principio 19: Los Estados deberán proporcionar información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe. Disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> el 28 de febrero de 2018.

transportan, la creación de una zona marina especialmente sensible<sup>91</sup> conforme las directrices<sup>92</sup> elaboradas por la OMI, entre otras.

Actualmente, con la normativa vigente, no podría establecerse una zona especial en virtud del Convenio MARPOL ya que la eventual contaminación ocasionada por el transporte de carga CNI no encuadra en ninguna de las categorías de contaminación, a saber: hidrocarburos (anexo I), sustancias nocivas líquidas transportadas a granel (anexo II), aguas sucias de los buques (anexo IV), basuras (anexo V), y contaminación atmosférica ocasionada por los buques (anexo VI). La OMI resulta, entonces, uno de los foros internacionales adecuados para considerar si podría receptarse la contaminación ocasionada por buques con carga CNI.

Existe una iniciativa de considerar el mar del Caribe como una “zona especial en el contexto del desarrollo sostenible”. Sin embargo, tal designación no se encuentra desarrollada en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>93</sup>.

La preocupación sobre la salud y el medio ambiente continuará intensificándose, generando una mayor presión para limitar el transporte de cargas CNI y otras cargas peligrosas. Teniendo en cuenta que existe temor a que esos cargamentos sufran ataques terroristas, su tránsito marítimo entre Europa y Japón a través de la ruta del canal de Panamá continuará encontrando una mayor oposición política. Es una cuestión acerca de la protección al medio ambiente marino y también, una cuestión de seguridad nacional de los Estados ribereños.

---

<sup>91</sup> Una zona marina especialmente sensible es aquella que requiere protección especial por su importancia ecológica, socioeconómica o científicas reconocidas, o que puede ser vulnerable a los daños resultantes de las actividades marítimas internacionales.

<sup>92</sup> OMI, A24/RES.982 de 6 de febrero 2006.

<sup>93</sup> UN doc. A/65/301 de 16 de agosto de 2010. Informe del Secretario General “Hacia el desarrollo sostenible del Mar Caribe para las generaciones presentes y futuras”, párr. 37.

## EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA AFECTACIÓN DEL AMBIENTE EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO

*Claudia Gabriela Gasol Varela\**

“(…) una de las cuestiones...más actuales es la relación entre la tecnología y el Derecho. Por lo tanto, cuando relacionamos y articulamos al mundo globalizado, de inmediato surge la tecnología y, por supuesto, el vector más eficiente para su transmisión que es el Derecho Internacional. Una frase muy antigua es que el Derecho Internacional es la ley de la tierra. Resulta interesante aplicar la ley de la tierra en la sociedad de la información. De esta manera, en este espacio cibernético, que es global rige uno de los derechos más modernos: el Derecho Internacional. ...”. *Juan Antonio Travieso*<sup>1</sup>.

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Parte A): Análisis general de la cuestión referida a la relación entre el Derecho Internacional contemporáneo, ambiente y tecnología; II.1) El conflicto armado y el Derecho Internacional Humanitario: Una breve aproximación a sus bases, como punto de partida; II.2) La protección del ambiente: orígenes y evolución; II.3) La diversificación y expansión del derecho internacional y el surgimiento de regímenes autónomos: Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional del Ambiente, relación normativa e integración; III. Parte B): La cuestión tecnológica y su interacción progresiva y evolutiva con los institutos del Derecho Internacional referidos a los conflictos armados y la protección ambiental; III.1) Derecho Internacional Humanitario y tecnología, ¿está preparado el DIH para la llamada “revolución tecnológica”?; III.2) La incidencia de la “(re) evolución” tecnológica en el contexto de la

---

\*Abogada. Especialista en Derecho de Daños (U.B.). Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense y la Escuela Diplomática de Madrid). Ex Becaria O.E.A.-A.E.C.I.D.-U.C.M.-U.P.V. Miembro Consultor del CARI; Miembro A.A.D.I. y A.A.D.C. Profesora U.B.A.-U.B.-U.N.L.Z. Preparadora ISEN. Conferencista Cumbre Mundial de Comunicación Política.

<sup>1</sup> Travieso, Juan Antonio, “Derecho Internacional 2.0”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2012, p. 165.

afectación del medio ambiente en situación de conflicto armado: Cláusula Martens, Derecho Internacional General, la labor de las instituciones internacionales; III.3) Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados; IV. Conclusiones. Reflexiones finales a modo de colofón; V. Bibliografía.

## I. Introducción

El presente trabajo persigue el objetivo de analizar la situación dada por el impacto de las tecnologías, en su interacción con las normas del derecho internacional ambiental en el escenario de un conflicto armado. Es decir, dos conjuntos normativos diferentes: el Derecho Internacional Ambiental (DIMA) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), el efecto que –sobre ellos– genera la evolución tecnológica dinámica y constante que viene teniendo presencia en diversos institutos del derecho internacional y, en consecuencia, cómo opera la protección del ambiente en una situación de conflicto armado, en orden a determinar el modo en que los subsistemas aludidos se relacionan entre sí y con las normas del derecho internacional general.

Por lo expuesto precedentemente, es que en la parte A) del trabajo –que será de índole general– nos referiremos no sólo a la evolución de las normas que regulan el ambiente y por otro lado, los conflictos armados; sino que también abordaremos la cuestión referida a la diversificación y expansión del Derecho Internacional Público y el consecuente surgimiento de regímenes autónomos, al sólo efecto de indagar si podemos considerar “régimen autónomo del derecho internacional” a cada uno de los conjuntos normativos antedichos, con las implicancias que ello significa, así como la vinculación de cada uno de ellos entre sí y con el derecho internacional general, en orden a determinar los mecanismos jurídicos de protección.

En la parte B) –que lo será de índole especial– abordaremos diferentes temáticas relacionadas con los temas cuyos lineamientos generales presentamos a-priori. A esos efectos indagaremos acerca de la vinculación tanto del DIMA como del DIH con los recursos provenientes de la tecnología, en donde analizaremos especialmente la llamada “cláusula Martens”. Asimismo, analizaremos el papel desempeñado por las

instituciones internacionales y el propio derecho internacional público. Por último, nos detendremos en el análisis de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en relación con la protección del ambiente en situación de conflicto armado. Para finalizar, elaboraremos una serie de reflexiones y conclusiones a modo de colofón.

Finalizamos esta introducción, no sin antes aclarar que el presente trabajo es de carácter exploratorio, y que dada la particularidad de los argumentos y su abordaje teórico así como el escaso tratamiento en conjunto de las temáticas que aquí analizaremos, no se pretende agotar el tema sino examinar los aspectos relevantes junto con las nuevas tendencias y desarrollos, en orden a ofrecer líneas de estudio para hallar respuestas a los desafíos que la cuestión plantea al derecho internacional contemporáneo.

## **II. Parte A): Análisis general de la cuestión referida a la relación entre el Derecho Internacional contemporáneo, ambiente y tecnología**

El Derecho Internacional Público surgió en su concepción clásica, como un ordenamiento jurídico descentralizado, primitivo, casi carente de sanciones, o al menos cuestionable en su poder coercitivo, pero a poco de comenzar a estudiar la historia y evolución de esta ciencia jurídica, vemos que el impacto tecnológico ha comenzado a ganar espacio acompañando a la indicada disciplina a través del surgimiento de las primeras uniones administrativas –devenidas hoy en organizaciones internacionales intergubernamentales– para tratar temas propios del avance tecnológico como las telecomunicaciones y la navegabilidad de ríos que requerían un tratamiento conjunto mediante el mecanismo de la cooperación internacional interestatal.

Los doctrinarios del Derecho Internacional entienden de este modo, que “...el avance tecnológico, la expansión del comercio internacional y la intensificación de las relaciones internacionales contribuyen al progreso del derecho internacional...”<sup>2</sup>. Tal es así que se comienzan a gestar principios tales como el de libre navegación de los ríos, normas que regulan los

---

<sup>2</sup> Moncayo – Vinuesa – Gutierrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalia, 1990. p. 38.

derechos de autor y propiedad industrial, así como reglas jurídicas tuitivas de la persona humana, procurándose humanizar la guerra y emprendiendo la codificación parcial de sus normas<sup>3</sup>.

Avanzando en el tiempo, nos situamos luego de la Segunda Guerra Mundial, con el advenimiento de Naciones Unidas, etapa en donde la comunidad internacional ha sido testigo de un desarrollo científico y tecnológico vertiginoso mediante el surgimiento de nuevas áreas de interés que despertaron novedosos ámbitos para el desarrollo de la cooperación internacional, tales como la desnuclearización de ciertas regiones, las normas sobre el uso pacífico del espacio ultraterrestre, la luna y otros cuerpos celestes a través de un régimen internacional, la regulación de los fondos marinos y oceánicos como “patrimonio común de la humanidad” y la preservación del ambiente<sup>4</sup>.

Todos los ejemplos que venimos citando no hacen más que ilustrar la premisa que reza que el ordenamiento jurídico –en este caso, el derecho internacional público– viene a ejercer una influencia directa en la carrera científica y tecnológica al regularlas. Un caso está dado por las normas internacionales que regulan el ambiente, ámbito donde se puede observar que el Derecho de Gentes, se encargó tempranamente del tratamiento de temas de gran importancia como el referido al uso de material nuclear o radioactivo y a través de la creación de “áreas internacionales” todas ellas sujetas a un uso pacífico y común, más allá del régimen particular que cada una tenga asignado.

En sintonía con la evolución que venimos indicando, Travieso señala en el año 1967 el punto de inicio del replanteo de las cuestiones referidas al derecho del mar y al futuro régimen de los recursos del lecho y subsuelo marino, en el marco del avance tecnológico que, como indicamos, en esa época ya era notorio. Es así como posteriormente la Asamblea General de Naciones Unidas dictó la Resolución N° 2749/1979 por la que se los declara como “patrimonio común de la humanidad”<sup>5</sup> y se comenzó a edificar un régimen internacional en donde –en sus cimientos– el debate estaba dado entre los Estados marítimos desarrollados y aquellos en vías de desarrollo por la distribución de los recursos económicos, pasándose luego a

---

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>5</sup> Travieso, Juan Antonio, *ob. cit.*, p. 175.

discutir los criterios de transferencia de tecnología; todo ello en los inicios de un nuevo orden económico internacional, como antesala de un cambio a una era marcada por lo que podemos llamar un nuevo “orden político tecnológico”<sup>6</sup>.

Posteriormente, en la década siguiente, se adoptó la Convención de Montego Bay sobre el derecho del mar donde todos estos temas –de algún modo– habrían quedado contemplados. No es la misión en este artículo analizar los pormenores del derecho del mar, pero sí quisimos incorporar estos conceptos porque, como acertadamente indica Travieso, “...uno de los temas en los que la tecnología ha influido de manera determinante sobre el derecho internacional, es el referido a la anchura del mar territorial...” y “...en el marco de la convención...un ejemplo elocuente es el referido a la transmisión de tecnología...temática difícil de negociar...”<sup>7</sup>.

En los tiempos actuales, el Derecho Internacional Público continúa acompañado, de un modo arrollador, por el avance tecnológico, encontrando un ejemplo de ello en el uso de información satelital para el desarrollo y protección del ambiente, así como medio de prueba en litigios internacionales. Como muy ciertamente indica Travieso “...es muy difícil entender un espacio en donde no se hallen en juego las reglas del derecho internacional en su interacción con las telecomunicaciones, video, informática, coordinadas por la ciencia y la tecnología conformando una red...”<sup>8</sup>. En esa idea, cabe destacar también que durante la reunión de consultoría llevada a cabo en la sede de la Organización Internacional para la Energía Atómica (OIEA) entre los días 15 y 17 de mayo de 2013 se comenzó a elaborar el Plan de Acción de la OIEA sobre seguridad nuclear, siendo uno de los objetivos de dicho plan, garantizar la protección continua de las personas y del ambiente, de radiaciones ionizantes al facilitar el uso de conocimiento y técnicas disponibles para el monitoreo ambiental a través de vehículos aéreos no tripulados (en adelante, UAV o drones) con sistema de posicionamiento global (en adelante, GPS) y tecnología de baterías desarrolladas para los famosos smartphones<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 165.

<sup>9</sup> Iturri, Augusto: “Usando drones para el monitoreo ambiental”. 27.05.2013. Disponible en: [www.drones-argentina.com.ar](http://www.drones-argentina.com.ar) [Última referencia 15.12.2016].

Más allá de toda esta evolución que venimos destacando, no todo es beneficioso en el surgimiento y uso de las tecnologías y entonces la aplicación de ellas en un conflicto armado, nos obliga a cuestionarnos acerca de si estas incipientes “armas” y otros medios de “hacer la guerra” son (o no) menos letales a la persona humana y al ambiente que las armas tradicionales, tales como las nucleares, minas terrestres, gas tóxico, bomba de racimo, armas biológicas entre otras; ¿son legales? ¿qué nos dice el derecho internacional al respecto? Sobre estas cuestiones reflexionaremos en la segunda parte del presente trabajo.

## *II.1) El conflicto armado y el Derecho Internacional Humanitario: Una breve aproximación a sus bases, como punto de partida*

Las disposiciones a tratar en el presente apartado se sitúan en el marco del llamado “Derecho Internacional Humanitario” entendido éste como una parte del Derecho Internacional Público<sup>10</sup> y definido como “...el conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado, es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades, y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra”<sup>11</sup>.

Esta rama del Derecho Internacional Público comenzó su tarea de codificación en el siglo XIX mediante lo que, tradicionalmente se dio en llamar “Derecho de Ginebra”<sup>12</sup> y “Derecho de La Haya”<sup>13</sup> aunque, en 1977, con la adopción de los dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, esta distinción se tornó meramente académica.

Por su parte, Gabriel Valladares, citando a Gutierrez Posse, indica que “...se trata de un cuerpo de normas jurídicas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicable

---

<sup>10</sup> Valladares, Gabriel Pablo, “Violaciones del Derecho Internacional Humanitario, la legislación argentina y la contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2012, p. 268.

<sup>11</sup> Bernard Oberson: “CICR –derecho internacional humanitario– respuestas a sus preguntas”. Comité Internacional de la Cruz Roja – Geneve – 1997, p. 3.

<sup>12</sup> Llamado también “Derecho Humanitario”, protege los derechos de las víctimas civiles y aquellos que ya no participan en el conflicto.

<sup>13</sup> Llamado también “Derecho de la Guerra”, protege la situación de los beligerantes, adjudicando derechos y obligaciones. Asimismo, limita los medios para hacer la guerra.

en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en los conflictos armados, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto...”<sup>14</sup>. Añade el autor que la mayoría de las normas fundamentales de DIH han adquirido el carácter de *jus cogens*, con lo cual, su derogación es imposible<sup>15</sup>.

Su finalidad –fundamentalmente– es limitar los sufrimientos provocados en el marco de un conflicto armado<sup>16</sup> sin considerar la legalidad o no del recurso a la fuerza<sup>17</sup>. Para cumplir dicho cometido está nutrido de

---

<sup>14</sup> Valladares, Gabriel Pablo, ob. cit., p. 269.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Conocido también como *Ius in Bello* (Derecho a emplearse en la guerra, leyes y costumbres de la guerra). Las disposiciones que de él emanan son aplicables a todas las partes en el conflicto independientemente de la causa que lo generó y los motivos esgrimidos por cada una de ellas, lo que se conoce como *Ius ad Bellum* (Derecho a hacer la guerra, acudir al recurso de la fuerza).

<sup>17</sup> La prohibición del uso a la fuerza ha sufrido modificaciones con el transcurso del tiempo. Efectuando una breve síntesis de su desarrollo y evolución en el ámbito del Derecho de Gentes se puede decir que anteriormente el recurso a la guerra era considerado como un medio permitido para la solución de las controversias. Ello fue variando luego de una serie de documentos, entre los cuales podemos citar el Pacto de la Sociedad de las Naciones –1919– que limitaba el recurso a la fuerza. A posteriori, se debe mencionar el Tratado de París (Tratado de renuncia a la guerra), conocido también como Pacto Briand – Kellogg – 1928, el cual ha sido objetado por su bajo nivel de obligatoriedad y fuerza vinculante entre los Estados Parte, asimismo porque tampoco establecían una prohibición en tal sentido. Con independencia de la consagración en algunos pactos previos (Antibélico Saavedra Lamas – Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados), ha sido recién en 1945 con la Carta de San Francisco –que da lugar al nacimiento de las Naciones Unidas– que se consagra definitivamente con verdadero carácter vinculante al manifestar en su art. 2 inc. 4 que “...Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”. No obstante ello, en ciertas situaciones, la Carta de Naciones Unidas permite acudir a dicho recurso. Ello es así en el marco de la legítima defensa (individual o colectiva) que tiene lugar cuando un Estado –o grupo de Estados– es víctima de un ataque armado, según lo establece el Art. 51 de la Carta. También se permite la utilización de este recurso –dentro de las facultades conferidas al Consejo de Seguridad– según lo establecido en el Capítulo VII de la Carta. Por último, corresponde mencionar –en este sentido– la Resolución Nro. 2105-AG-ONU en la cual se reconoce la legitimidad del recurso a la fuerza, en la lucha entablada por los pueblos en el ámbito de una guerra de liberación nacional.

una serie de normas, entre las cuales mencionaremos las que consideramos más destacadas. Ellas son:

Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 que poseen un ámbito de aplicación variado por cuanto: I) protege a los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, II) está destinado a proteger los derechos de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, III) se refiere al trato que se le debe inferir a los prisioneros de guerra y IV) se dedica a establecer las normas relacionadas con el trato y protección debido a la población civil.

Además, el DIH cuenta con los protocolos adicionales a dichos convenios –dos de ellos de fecha 8 de junio del año 1977– que regulan los siguientes temas a saber: El protocolo I) está dirigido a complementar y/o reforzar el sistema de protección a las víctimas de conflictos armados internacionales. En él se incluyen las guerras de liberación nacional. El protocolo II) está orientado a complementar todo el sistema normativo de protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales<sup>18</sup>. En el año 2005 se adoptó el III protocolo adicional relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Cristal rojo).

De todo ello podemos inferir que el DIH está llamado a entender en los conflictos armados, ya sea que revistan éstos carácter internacional o no internacional. No se aplica en aquellas situaciones de violencia interna (disturbios interiores, por ejemplo: motines) que no alcancen el grado de conflicto armado no internacional. Para dichas situaciones podrá aplicarse –de acuerdo la situación en particular– el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o la legislación nacional. El entendimiento de ello es clave, al momento de determinar la aplicación del DIMA en un contexto de conflicto armado (internacional o no internacional, es decir, de DIH).

Para dejar asentados algunos conceptos relevantes, útiles para la comprensión de este trabajo, recordamos que se denomina conflicto armado internacional a aquel que se halla configurado por el accionar de las fuerzas armadas pertenecientes –al menos– a dos Estados. Asimismo, se ha elevado a la categoría que nos encontramos analizando aquí, a las guerras de liberación nacional emprendidas por los Pueblos a través de los

---

<sup>18</sup> También se deben mencionar, entre otros: Los convenios de La Haya de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y marítima (que complementa la Convención de Ginebra de 1864 sobre la protección de militares heridos en campaña).

Movimientos de Liberación Nacional. A esta clase de conflicto se le aplican los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional Nro. I de 1977, el Protocolo Adicional III de 2005, otros tratados de derecho internacional humanitario, el derecho consuetudinario y los principios generales del DIH.

Por otro lado, denominamos “conflicto armado no internacional” a aquella situación en la cual se enfrentan –dentro del territorio de un Estado– sus fuerzas armadas regulares con grupos armados identificables, o éstos últimos entre sí. Le son aplicables el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional II de 1977, el Protocolo Adicional III de 2005, otros tratados de derecho internacional humanitario, el derecho consuetudinario y los principios generales del DIH.

A lo expuesto precedentemente, se le debe sumar, uno de los pilares del Derecho Internacional Público, las palabras emitidas por el jurista y diplomático ruso Frédéric de Martens en ocasión de celebrarse la Convención de La Haya en 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra. Las mismas han sido receptadas por la doctrina y por el DIH en sus diferentes documentos bajo el nombre de “Cláusula Martens”, la que expresa que “...para los casos no previstos en derecho humanitario, el principio siguiente: “(...) las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública...”<sup>19</sup>.

Esta cláusula, de alto valor consuetudinario, fue receptada por los Convenios de Ginebra de 1949, previamente mencionados y por el protocolo adicional Nro. 1 de 1977. Es de gran importancia para el DIH porque, ante cualquier situación no regulada expresamente por alguno de sus documentos, se deberán aplicar, a priori, los principios del derecho internacional público relativos a criterios de humanidad y proporcionalidad<sup>20</sup>. Sobre ello, regresaremos en la segunda parte del presente trabajo.

Sólo resta mencionar en esta instancia, con respecto a los lineamientos básicos del DIH, el importantísimo reconocimiento que ha

---

<sup>19</sup> Bernard Oberson: “CICR: Derecho Internacional Humanitario – respuestas a sus preguntas”, ob. op. cit., pág. 7.

<sup>20</sup> Sobre ella, nos referiremos en el punto III.3.

adquirido el Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (en adelante, C.I.C.R.) como organización independiente e imparcial, a través de todo este Corpus Iuris del Derecho Internacional Humanitario. Ello debido a su incesante labor de tipo asistencial, lo cual le ha permitido consolidarse como un verdadero sujeto del derecho de gentes, reconocido como tal por la comunidad internacional.

El Comité Internacional de la Cruz Roja –órgano fundador del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja– ha sido fundado en 1863 por cinco ciudadanos suizos: Henry Dunant; Gustave Moynier; Guillaume Henry Dufour; Lois Appia y Theodore Maunoir<sup>21</sup>.

Vale destacar que el Comité se encuentra inserto dentro de una estructura de tipo piramidal en donde ocupa el lugar superior, seguido por la Federación Internacional de sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y, por último, las sociedades nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Dicha organización institucional se completa con los órganos que facilitan el accionar del sistema. Ellos son: a) la Conferencia Internacional, b) el Consejo de Delegados y c) la Comisión Permanente. Cada integrante (CICR, Federación y sociedades nacionales), así como el sistema mismo tienen su propio estatuto<sup>22</sup>.

En el caso de la Cruz Roja Argentina (como sociedad nacional, integrante del sistema) corresponde señalar que ha sido creada el 10 de junio de 1880, en tiempos del gobierno del entonces presidente Nicolás Avellaneda, habiendo desarrollado su importante labor en acontecimientos tales como la Guerra con el Paraguay, las epidemias de cólera y fiebre amarilla (antes de su reconocimiento formal)<sup>23</sup>. Por Decreto Nro. 5428/1957, que ha sido publicado en el Boletín Oficial de fecha 5 de abril de 1957, se ha procedido a la creación del Consejo Supremo de la Cruz Roja Argentina.

El C.I.C.R. ha celebrado un sinnúmero de tratados internacionales que le otorgan derechos y/o le imponen obligaciones en el plano internacional, más allá de las que devienen de los convenios de Ginebra y

---

<sup>21</sup> Armas Pfirter, Frida – Barberis, Julio A. – Querol María: *Sujetos del derecho de gentes*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1998, pp. 120-123.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>23</sup> Cf. <http://cruzroja.org.ar/> [última revisión, 23 de enero de 2018].

sus protocolos adicionales<sup>24</sup>. En ese sentido y a título de ejemplo, traemos el caso del Acuerdo sobre Repatriación de Prisioneros de Guerra que establece obligaciones directamente aplicables al C.I.C.R.<sup>25</sup>.

A nivel internacional es el único integrante del sistema al que se le ha reconocido personalidad jurídica internacional y en el marco de su acreditada subjetividad, el C.I.C.R. desarrolla actividades consulares y de ejercicio de la llamada “protección funcional” a favor de sus funcionarios<sup>26</sup>, entre otras funciones relevantes.

## *II.2) La protección del ambiente: orígenes y evolución*

La preocupación (y la ocupación e interés) por atender los problemas ambientales, de los cuales viene siendo testigo la comunidad internacional, es creciente, como así también dichos fenómenos se incrementan en magnitud y complejidad.

Asuntos tales como la desertificación, el cambio climático, la contaminación de aguas y aire, la protección de las reservas mundiales de agua dulce, el daño ambiental resultante de actividades transfronterizas y el uso y agotamiento de los recursos naturales en beneficio del desarrollo

---

<sup>24</sup> Cf. Armas Pfirter, Frida, ob. cit; p. 129.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 124 y pp. 133-135. Para mayor información acerca del DIH y el accionar del CICR a la luz de los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales y demás normas del DIH ver: 1) Bernard Oberson - CICR: “Derecho internacional Humanitario.....” Ob. Cit. Asimismo se puede consultar: 2) Comité Internacional de la Cruz Roja - Delegación Regional del CICR para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay en su sitio web: [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa); 3) “Resumen de los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 y de sus Protocolos Adicionales” - CICR, 19 Avenue de la Paix, 1202 - Ginebra, Suiza; 4) “Descubra el CICR” - Publicación del CICR - Original en idioma inglés - Diciembre 2002; 5) “Los principios fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja” - Publicación del Comité Internacional de la Cruz Roja - Febrero 2003. 6) Cruz Roja Argentina: “Periódico informativo para colaboradores”, Marzo 2003. [info@cruzroja.org.ar](mailto:info@cruzroja.org.ar) /// [www.cruzroja.org.ar](http://www.cruzroja.org.ar); 7) “Prevenir y aliviar el sufrimiento humano”. Cruz Roja Argentina, sede central sita en la calle Hipólito Irigoyen Nro. 2068 C1089AAN, Buenos Aires, Argentina; 8) “Una mirada a los principios” Cruz Roja - Media Luna Roja, Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Número 4, año 2002, págs. 4/9. Si se pretende profundizar sobre su personalidad jurídica internacional, así como de las características del sistema en sí mismo, se recomienda consultar la obra colectiva ya citada: Armas Pfirter, Frida, ob. cit; pp. 119 y ss.

económico y social de las poblaciones; son sólo algunos de los motivos de preocupación que planteamos en este apartado, *ab - initio*. Si a ello le sumamos el crecimiento de la población a nivel mundial, la demanda de alimentos (y los cambios en la cadena de producción y en el consumo), los niveles de pobreza en particular y el desarrollo económico y social a nivel mundial en general, así como el surgimiento y evolución a diario, de nuevas tecnologías aplicadas a varios (por no decir, todos) de estos ámbitos, podemos concluir en que esas preocupaciones, así como la necesidad de encontrar solución a estas problemáticas, se encuentran debidamente fundadas.

El escenario planteado nos obliga a realizar una afirmación y es que, la protección del ambiente y de los recursos naturales como tales, no es nueva y el escenario de una situación de beligerancia no es ajeno a ello. Por el contrario, ya en la antigüedad pueden encontrarse normas tendientes a regular el acceso de las personas a recursos humanos básicos (y recursos naturales) tales como el agua potable. No obstante, y dada la evolución tanto del *jus ad bellum* como del *jus in bello* en aquellos tiempos, tal como lo reflejamos en el apartado anterior, el peligro de que el ambiente, sus ecosistemas y recursos naturales se vieran afectados por un conflicto armado, era menor<sup>27</sup>.

La situación descrita cambió ya entrado el siglo XX cuando el avance tecnológico generó un mayor riesgo de afectación al ambiente dado el surgimiento de nuevos y más letales recursos armamentísticos tales como las armas nucleares y otras armas de destrucción masiva, así como por los medios y métodos de hacer la guerra. Ello también ha ido generando progresivamente una mayor conciencia en orden a la necesidad de proteger el ambiente natural ante el escenario de un conflicto armado<sup>28</sup>.

En la etapa posterior a la conformación de Naciones Unidas y dada tal vez, por la expansión material del derecho internacional (que analizaremos en el próximo apartado), es que van surgiendo otras normas tendientes a la protección ambiental, fundamentalmente, a consecuencia de las problemáticas antedichas, en el presente apartado.

---

<sup>27</sup> Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V. Informe preliminar: "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados". p. 235. Disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/> [última referencia: 26.02.2018].

<sup>28</sup> *Ibidem*.

La Comisión de Derecho Internacional, al estudiar el tema en modo preliminar, en el año 2011, marcó una evolución en el marco jurídico de protección del ambiente en situación de beligerancia, señalando que con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, se pueden identificar tres etapas al respecto: La primera de ellas comenzó en los años sesenta y ha sido motivada por un lado, por los medios y métodos de beligerancia, utilizados en la Guerra de Viet Nam y, por el otro lado, por el surgimiento del DIMA contemporáneo<sup>29</sup>.

Tal es así que, en esta primera etapa, van surgiendo normas en derecho internacional que poseen dentro de su ámbito material de aplicación, alguna cuestión vinculada al ambiente. Tal vez las más conocidas a nivel mundial, son las siguientes:

Por un lado, encontramos la Declaración de Estocolmo de 1972 que, siguiendo los criterios de la Carta de las Naciones Unidas en relación con el principio de soberanía estatal, ha sido el resultado de la Conferencia sobre Ambiente Humano que se llevó a cabo en dicha ciudad y año y de la cual surgieron veintiséis principios y un Plan de Acción en donde se trazaron objetivos de protección ambiental para las generaciones presentes y futuras.

A consecuencia de ambos instrumentos internacionales mencionados (Carta de las Naciones Unidas y Declaración de Estocolmo) es que, en 1983, la Asamblea General de la ONU, ha creado la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo, de donde emanó el llamado “Informe Brundtland” en honor a su Presidente, en donde por primera vez se define al “desarrollo sustentable” como aquél que debe satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender las suyas propias<sup>30</sup>.

Por otro lado, ya mencionamos en el apartado anterior a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. El primero de ellos, adoptado en 1977 contiene dos artículos: el 35 y el 55 referidos a la protección del ambiente. El primero de ellos prohíbe el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que queda prever que, causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. El segundo de los artículos indicados regula la protección

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>30</sup> Cf. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427> [última referencia: 26.02.2018].

del ambiente contra daños extensos, duraderos y graves lo cual incluye la prohibición de emplear métodos o medios que hayan sido concebidos para causar, o de los que queda prever que, causen daños al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o supervivencia de la población<sup>31</sup>.

La segunda etapa marcada por la CDI en su informe preliminar está dada por la guerra entre Irak y Kuwait en 1990 (la primera guerra del golfo) en donde el mundo ha sido testigo de acontecimientos altamente nocivos para el ambiente como el incendio de pozos de petróleo que fortalecieron la necesidad de una toma de conciencia en orden a la protección ambiental en tiempos de guerra. En esta etapa también, indica la CDI, tuvo influencia la conformación de la Comisión de Indemnización conformada por Naciones Unidas creada por Resolución N° 687 (1991) del Consejo de Seguridad cuyo mandato estaba vinculado con la Convención de La Haya sobre leyes y costumbre de la guerra terrestre de 1907 relativas a la indemnización por violaciones del derecho de guerra<sup>32</sup>.

En la etapa en análisis, destacamos como acontecimientos y normas sobresalientes de las mismas, en primer lugar, la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 en donde se planteó la relación entre ambiente y desarrollo económico. De dicho foro han surgido importantes documentos que forman parte del DIMA. Ellos son: a. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, b. Principios Generales de la Conservación de los Bosques, c. Agenda 21, d. Convención sobre Cambio Climático y e. Convenio sobre diversidad biológica<sup>33</sup>.

De la Declaración, rescatamos los principios 24 y 25 que expresamente indican lo siguiente:

PRINCIPIO 24: La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario.

PRINCIPIO 25: La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.

---

<sup>31</sup> Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V, ob. cit. p. 236.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 230. Señala la CDI que la indicada comisión concedió algunas indemnizaciones por daños indirectos causados en humedales, debido al consumo de agua por los refugiados.

<sup>33</sup> Cf. <http://www.un.org/es/development/devagenda/sustainable.shtml>[última referencia: 26.02.2018].

Por otro lado, el llamado Programa de Acción para el desarrollo sostenible (conocido también como “agenda 21”), plantea la necesidad de adoptar medidas acordes con el derecho internacional para hacer frente, en el marco de un conflicto armado, a la destrucción en gran escala del medio ambiente, de modo injustificable conforme el derecho internacional.

Por otro lado, encontramos la Carta Mundial de la Naturaleza<sup>34</sup> la cual indica que: “...se protegerá a la naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad...”, lo cual guarda a todas luces un interés tuitivo del ambiente en situación de conflicto armado.

Poco más de una década después, la Asamblea General de Naciones Unidas volvió sobre el tema instando a los Estados a la adopción de medidas tendientes a la aplicación del D.I.M.A. durante los conflictos armados<sup>35</sup>.

El escenario descrito derivó en la adopción, por parte del CICR, de las directrices para la incorporación de cuestiones relativas a la protección del ambiente en los manuales de las fuerzas armadas<sup>36</sup>.

De ello podemos deducir claramente que la protección del ambiente no es ajena al escenario de un conflicto armado. Es una realidad también que las normas del Derecho Internacional Ambiental han sido creadas para ser aplicadas en tiempos de paz, y, por ende, a contrario sensu de lo que ocurre con aquellas que conforman el Derecho Internacional Humanitario. No obstante ello, en el presente trabajo analizaremos cómo las disposiciones emanadas de ambos regímenes normativos pueden convivir y, de hecho, son aplicables a una situación de beligerancia, más allá de los ajustes que, oportunamente, señalaremos como necesarios para lograr una armonía entre ellas.

---

<sup>34</sup> Resolución N° 37/7 AG-ONU, 28/10/1982, Carta Mundial de la Naturaleza, UN DOC. A/RES. /37/7, principio 5.

<sup>35</sup> Resolución N° 47/37 AG-ONU, 09/02/1993, Protection of the Environment Times of armed conflict, UN DOC. A/RES. /47/37.

<sup>36</sup> CICR, Directrices para los manuales de instrucción militar sobre la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado, Ginebra, 1994. Fuente: Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V, ob. cit, p. 241 y ss.

A partir de la adopción de los instrumentos antedichos, se han ido sancionando otros (algunos codificadores de normas de derecho internacional general) que regulan diversos aspectos en orden a la protección del ambiente, varios de ellos en relación con una situación de conflicto armado. No es el objetivo del presente trabajo, realizar una enumeración del estado del arte en la cuestión, ni tampoco un análisis de estos<sup>37</sup>, pero sí dar cuenta de la importante y, podemos decir, veloz evolución que ha tenido esta parte del Derecho Internacional Público la cual es definida por Vigevano como “...el conjunto de normas jurídicas tanto sustantivas como de procedimiento, cuyo objetivo es la protección general del medio ambiente”<sup>38</sup>.

Corresponde señalar también que, para analizar la protección internacional del ambiente, además es necesario conocer que, si bien se cuenta con regulaciones particulares (tal como lo indicamos supra: cambio climático, biodiversidad, biotecnología, etc); se debe partir de la base de entender dicha protección jurídica (la del ambiente en sentido amplio, incluyendo los ecosistemas y recursos naturales), como una norma perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos.

La Declaración del Milenio, en tal sentido, indica que: “Es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible. No debemos escatimar esfuerzos por liberar a toda la humanidad, y ante todo a nuestros hijos y nietos de la amenaza de vivir en un planeta irremediabilmente dañado por las actividades del hombre, y cuyos recursos ya no alcancen para satisfacer sus necesidades”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Para tal objetivo, recomendamos consultar la siguiente obra: Vigevano, Marta R, “Los efectos de los conflictos armados en el medio ambiente. Su compleja relación jurídica”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2012, p. 325 y ss. Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional, al tratar el tema en su informe preliminar en el año 2011, también incorpora en sus apéndices I y II interesantes sistematizaciones y compilaciones de “ejemplos de práctica convencional y no convencional pertinente” así como “referencias académicas citadas en el Informe del PNUMA con información actualizada” (al año 2009). Fuente: Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V, ob. cit, p. 241 y ss.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 325.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 337.

Por otro lado, la organización de Naciones Unidas declaró en la Resolución 56/4, el 6 de noviembre de 2001 como Día Internacional para la prevención de la explotación del medio ambiente en la guerra y los conflictos armados<sup>40</sup>, en donde señala un dato que no nos resulta menor. Pues allí indica que dado que los daños al ambiente siguen afectándolo, así como a los ecosistemas y recursos naturales, mucho tiempo después de finalizado el conflicto armado, y más allá de los territorios nacionales y la generación actual, ubica el tratamiento del tema en el marco del párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones, es decir, al amparo de la prohibición de uso y amenaza de uso de la fuerza y, por ende, bajo las normas del capítulo VII de la carta en orden a tutelar y alcanzar el mantenimiento de la paz y su consolidación, dado que se entiende que no puede existir paz duradera si los recursos naturales y los ecosistemas, son destruidos.

Ello reviste importancia dado que, como venimos afirmando, el ambiente parecería no estar entre los valores prioritarios a defender en el escenario de conflicto armado, pero la aplicación de las indicadas normas, codificadas en la Carta de la ONU, creemos que fortalece la protección ambiental durante los conflictos armados y, si se nos permite, elevándolo a una consideración imperativa de tutelar y resguardar.

Por su parte, la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas de 2007 destaca que: “tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital”<sup>41</sup>.

La tercera etapa comenzó en el año 2010<sup>42</sup>, siendo difícil –indica la CDI– colocar en inicio de esta etapa a un conflicto armado particular ya que han sido muchos los sucedidos en este contexto temporal que han acrecentado y robustecido la toma de conciencia en orden a la protección ambiental. Los conflictos desarrollados en Kosovo, Irak y el Líbano son ejemplo de ello, lo cual, ha generado también una confluencia de normas de distintos regímenes autónomos aplicables a la tarea de proteger el ambiente

---

<sup>40</sup> Conforme: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/56/4> [última referencia: 26.02.2018].

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V, ob. cit, p. 237.

en el marco de un conflicto armado, tales como el DIMA, el DIH y el Derecho Internacional Penal con la competencia específica de la Corte Penal Internacional en materia de daños ambientales, conferida por el artículo 8 del Estatuto de Roma.

La Asamblea General, asimismo, adoptó el 28 de julio de 2010 la Resolución N° Res/64/292 que ubica al agua potable y el saneamiento básico como “derecho humano esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”<sup>43</sup>.

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos (europeo, americano y africano), a su vez, han establecido expresamente por vía convencional y jurisprudencial “un derecho explícito de las personas a un ambiente sano, favorable y satisfactorio a su desarrollo”<sup>44</sup>. Todo ello en orden a suplir la omisión de recepción expresa en tal sentido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, sociales y culturales; ambos de 1966.

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)<sup>45</sup> y la Convención del niño (1989)<sup>46</sup> sí contienen mención expresa al derecho de toda persona a su bienestar, condiciones de vida adecuada, al abastecimiento del agua, y al saneamiento ambiental mediante un ambiente sano.

La primera de ellas, en su artículo 14 señala lo siguiente:

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1). En la República Argentina tiene jerarquía constitucional de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Texto disponible en:

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> [última referencia: 26.02.2018].

<sup>46</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, SANCIONADA como Ley N° 23.849 en septiembre de 1990. En la República Argentina tiene jerarquía constitucional de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Texto disponible en: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNDerechos.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNDerechos.pdf). [última referencia: 26.02.2018].

“...Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: ....h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del niño, expresamente indica en varias de sus disposiciones, entre las que destacamos las siguientes:

Artículo 24: “Los Estados Parte...adoptarán las medidas necesarias para....c)..... Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;.....”. Por su parte, el artículo 29 “.....e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural...”.

Si analizamos los datos indicados precedentemente, es fácil deducir que algunos de ellos son anteriores a la Conferencia de Estocolmo de 1972 y otros datan de un poco de tiempo posterior. Ello explica claramente, a nuestro entender, el motivo por el cual en algunos de ellos el derecho a la protección ambiental encuentra expresa regulación mientras que, en los primeros en el tiempo, lo contemplan de modo implícito.

El 25 de setiembre de 2015, la Asamblea General aprobó la Resolución 70/1 titulada: “Transformar nuestro mundo. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”<sup>47</sup> en donde, entre otros temas, destaca a la paz como una de las esferas de instancia críticas para la humanidad y el planeta y constitutiva de los objetivos y las metas de Desarrollo Sostenible en los próximos quince años e indica al respecto que la comunidad internacional reunida en las Naciones Unidas está decidida a propiciar sociedades pacíficas, justas e inclusivas que estén libres del temor y la violencia ya que no puede haber desarrollo sostenible sin paz, ni paz sin desarrollo sostenible.

---

<sup>47</sup> <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1> [última referencia: 03.03.2018].

Al año siguiente, entre el 23 y el 27 de mayo, la Asamblea General de las Naciones Unidas en el marco del Programa de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, aprobó la Resolución UNEP/EA.2/Res. 15<sup>48</sup> en donde recuerda y toma nota de varias de sus resoluciones previas, así como de manuales militares elaborados por el CICR, algunos de estos documentos, citados en el presente apartado.

La Asamblea General destaca en la resolución indicada en el párrafo anterior, la importancia de la protección del ambiente en todo momento, en particular en situaciones de conflicto armado y su restauración posterior al mismo, colocando ello como una obligación más de los Estados dentro de sus obligaciones derivadas del DIH, de los manuales de instrucciones y las directrices del CICR, así como de la legislación nacional dictada en conformidad con el derecho internacional, como veremos oportunamente, todo ello de la mano de lo que actualmente y desde el año 2011 viene trabajando la CDI. También promueve la Asamblea General en dicha resolución que, cada vez con mayor énfasis, los Estados suscriban acuerdos internacionales en la materia de los que aún no sean parte.

### *II.3) La diversificación y expansión del derecho internacional y el surgimiento de regímenes autónomos: Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional del Ambiente, relación normativa e integración*

La especialización del derecho internacional en regímenes normativos particulares diversos, refleja intereses, deberes y derechos diferentes de varios campos de la actividad internacional, tales como la cooperación científica y tecnológica; a lo que nosotros agregamos las normas referidas al Derecho Internacional Humanitario y a la protección del ambiente, como constitutivas de este fenómeno.

Si bien ha sido una característica tradicional del derecho internacional clásico, la especialización en jurisdicciones particulares (tales como el derecho del mar o los sistemas regionales de derechos humanos) y, consecuentemente, una especialización normativa (dado el sistema particular de normas que aplican esas jurisdicciones), ha sido recién con el

---

<sup>48</sup> <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/K16/072/55/pdf/K1607255.pdf?OpenElement> [última referencia: 03.03.2018].

advenimiento de la Organización de las Naciones Unidas, en la segunda mitad de los años cuarenta del siglo pasado que, acompañado de un “ensanchamiento material” del derecho internacional público, se ha comenzado a colocar en la agenda internacional, el estudio acerca de la existencia de los llamados “régimenes autónomos” del derecho internacional y la consecuente interacción de dichas normas (ley especial) con aquellas del derecho internacional general. Dentro del contexto descrito es que corresponde el estudio de la relación entre las normas del DIMA y del DIH en el entorno de una creciente evolución tecnológica que también alcanza al ordenamiento jurídico internacional.

Vale aclarar que en este análisis podríamos incluir también las normas del Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y hasta también, las pertenecientes al Derecho Internacional de los Refugiados, pero dados los objetivos particulares trazados para elaborar el presente trabajo, sólo las mencionaremos en este y otros apartados en aquellas situaciones donde el análisis nos conduzca a estas normas.

En las sesiones trascurridas entre el 28 de julio y el 9 y 10 de agosto de 2006, correspondiente a su 58º periodo de sesiones, la C.D.I. analizó el informe del grupo de estudio cuyo presidente fue el Sr. Martti Koskenniemi y, tras un debate en su seno, aprobó los trabajos presentados<sup>49</sup>. Ellos se ven materializados en un Informe diagramado en diversas partes: I) Antecedentes, II) Conclusiones de los trabajos, dentro de las cuales podemos apreciar: generalidades, la máxima *lex specialis derogat legi generali*, régimenes especiales (autónomos) -*self-contained regime*-, apartado c) del párr. 3º del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CV69), conflictos entre normas sucesivas y modificaciones de tratados multilaterales (conforme su artículo 41) y por último, la jerarquía normativa en el derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

El informe comienza señalando los “antecedentes” del tema, donde plantea la diversidad que ha alcanzado el derecho internacional en cuanto a

---

<sup>49</sup> International Law Commission, “Fragmentation of International Law: Report on the work on its fifty-eighth Session (1 May, 9 Jun and 3 July to 11 August 2006)”. General Assembly. Official Records, Sixty-first-Session, Supplement nº 10 (A/61/10).

sus ámbitos de aplicación, situando este fenómeno o proceso en el último medio siglo. Es así como, de los tiempos clásicos y un orden jurídico eminentemente interestatal, se ha ido abriendo paso al tratamiento de distintas temáticas que van desde la protección del ambiente, los derechos humanos, y el avance científico y tecnológico obteniéndose nuevas modalidades de cooperación en estas áreas. En ese sentido, también se evidencia el surgimiento de nuevos sujetos del ordenamiento jurídico internacional, tales como incipientes organizaciones internacionales y regionales con fines específicos y determinados. Agrega el informe que: “(...) es difícil concebir actualmente un campo de actividad social que no esté sujeto a algún tipo de reglamentación jurídica internacional”<sup>50</sup>.

Observa la Comisión que el escenario descrito se fue generando sin la suficiente “coordinación”, concentrándose la atención en problemas específicos, sin considerar el establecimiento de normativas generales, similar a la legislación estatal. Se evidencia, de ese modo, una creciente especialización de partes de la sociedad, que produce la correspondiente “autonomización de esas partes”.

Agrega la CDI que, en consecuencia, lo que antes aparecía regulado por el “derecho internacional general” hoy se presenta como “sistemas especializados” y cita a modo de ejemplo el “derecho ambiental” con sus propios principios e instituciones; sobre los cuales profundizaremos en la segunda parte del presente trabajo.

La CDI –en el informe preliminar del año 2011 referido a sus actuales trabajos sobre la protección del medio ambiente en relación a los conflictos armados<sup>51</sup>– refiere expresamente al presente informe sobre fragmentación y diversificación material del derecho internacional, señalando que la legislación aplicable a los conflictos armados, excede claramente el ámbito del llamado derecho de la guerra, no bastando solamente hacer referencia al DIH como *lex specialis* con la esperanza de hallar solución a un problema jurídico concreto, también podrían ser aplicables otras ramas del derecho internacional por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos. En ese criterio, trae a colación lo indicado por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva

---

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V, ob. cit, p. 239.

sobre las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio palestino ocupado y señaló lo siguiente:

“...la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en el caso que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: que algunos derechos estén contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, que otros estén contemplados exclusivamente en normas de derechos humanos y que otros estén contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, las normas de derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario...”<sup>52</sup>.

La CDI, analizando el razonamiento de la Corte indica que su presupuesto básico es que la existencia de un conflicto armado no concluye, *per se e ipso facto*, un tratado internacional de protección del ambiente ni genera su suspensión. Ello también en concordancia con los trabajos de la comisión, no sólo en materia de fragmentación y diversificación del derecho internacional, sino también aquél referido al efecto de los conflictos armados en los tratados<sup>53</sup>.

Añade la CDI en su informe del año 2011<sup>54</sup> que parece que ningún Estado o jurisdicción internacional, coloca en duda la aplicación en simultáneo de diversas ramas del derecho internacional pero que no existiría una idea concreta o lo más exacta de su dimensión y alcance en cuanto a su nivel de protección y aplicabilidad al caso concreto, y parecería existir una imperiosa necesidad de llegar a una solución de esta cuestión. Sitúa ello como una cuestión nueva en la aplicación del derecho internacional y que dado los problemas concretos que enfrentan los Estados,

---

<sup>52</sup> Las consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en territorio palestino ocupado. Corte Internacional de Justicia, opinión consultiva del 9 de julio de 2004, p. 178, párr. 106. Disponible en: [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) [última referencia: 07.03.2018].

<sup>53</sup> International Law Commission. Disponible en: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2011/spanish/chp6.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2011/> [Última referencia: 10.03.2018].

<sup>54</sup> Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V, ob. cit, p. 239.

requiere urgente solución en orden a determinar ante una situación concreta (un conflicto armado particular) cuál es la norma aplicable<sup>55</sup>.

Remiro Brotons<sup>56</sup>, al comentar sobre el tema de la fragmentación y diversificación material del derecho internacional, en una entrevista, incorpora a la especialización normativa estudiada por la CDI en su informe, la que tiene lugar por las instituciones internacionales y trae al análisis el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia dado que en 1999 en el asunto Tadic<sup>57</sup> ha ido más allá del precedente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto que reunió a Nicaragua contra Estados Unidos por las actividades militares y paramilitares llevadas adelante en y en contra del primero<sup>58</sup> dado que decidió apartarse del criterio establecido por la CIJ ya que en Tadic, la jurisdicción especializada adoptó el criterio del “control general” en lugar de continuar el adoptado previamente por la Corte Internacional de Justicia acerca del “control efectivo”. Ello para determinar cuando podía considerarse que un grupo armado militar o paramilitar actuaba por cuenta de una potencia extranjera. El autor en la entrevista intenta explicar ese “giro interpretativo” del tribunal especializado indicando que este trataba de establecer la aplicación de normas de DIH a un caso de Responsabilidad Penal Individual. Además, indica Brotons que puede ser que las decisiones de una institución jurisdiccional especializada, puede motivar cambios posteriores y progresivos en la jurisprudencia de la propia CIJ<sup>59</sup>.

Para explicar los peligros de una jurisprudencia posiblemente contrario y analizando ambos casos mencionados precedentemente, Cesare Romano<sup>60</sup> indica que después del último pronunciamiento (Tadic), la CIJ “le respondió” un tiempo después al Tribunal especializado, en el caso

---

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Entrevista a Antonio Remiro Brotons. Revista Puente Europa. Año V, Número 2 (nueva serie), junio de 2007, p. 26.

<sup>57</sup> Caso Prosecutor v. Tadic, IT-94-1-A, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Sentencia del 15 de julio de 1999. Disponible en: [www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm](http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm) y en [www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-ii950213e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-ii950213e.pdf) [última referencia: 07.03.2018].

<sup>58</sup> Military and Paramilitary activities (Nicaragua v. Unites States of America). Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 27 de junio de 1986. Disponible en: [www.icj-cij-org](http://www.icj-cij-org) [última referencia: 07.03.2018].

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Romano, Cesare, “El lado oscuro de la luna: Fragmentación de las instituciones que aplican normas jurídicas internacionales”. Revista Puente Europa, ob. Cit. p. 30.

Genocidio (Bosnia Herzegovina)<sup>61</sup> indicando que se tratan de dos jurisdicciones diferentes (una con competencia jurisdiccional internacional general y otra especializada en materia internacional penal) que pueden verse en la necesidad de referirse a dos estándares diferentes con objetivos distintos, y lo que funciona para una, puede no ser de utilidad para la otra; concluyendo para el caso en trato que el criterio del “control general” no es aplicable en este caso porque debilita el vínculo entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de este último, no obstante lo cual la CIJ (indica el autor) no se pronuncia *ex cathedra* sino que, muy por el contrario, se ha sometido a las pruebas del tribunal especializado cuando tuvo que determinar si había ocurrido (o no) un genocidio en Bosnia – Herzegovina<sup>62</sup>.

Recordemos que la CIJ se encargó de proporcionar las características que tienen estos regímenes autónomos al indicar que necesariamente deben contar con: 1) obligaciones dirigidas a los Estados que se encuentran bajo aquel sistema; 2) los posibles hechos ilícitos que podrían originarse dentro de él y, por último, 3) indicar las medidas correctivas ante dichos hechos<sup>63</sup>.

De todo lo expuesto podemos deducir, respondiendo al interrogante planteado en la introducción, que tanto el DIMA como el DIH son regímenes autónomos pues, constituyen un sistema de normas particular, con obligaciones claras a los Estados, así como sanciones ante incumplimientos que ocurran a dichas normas consuetudinarias o convencionales, así como procedimientos y/o mecanismos institucionales o convencionales de solución de controversias; los cuales –cada uno de ellos– conviven con normas y principios emanados del derecho internacional general.

En cuanto a la convivencia e interacción entre normas internacionales provenientes del DIH y del DIMA, autores como Bothe, Bruch, Diamond y Jensen plantean una problemática en relación a la protección del ambiente durante los conflictos armados ya que son pocas

---

<sup>61</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia – Herzegovina v. Serbia Montenegro) Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 26 de febrero de 2007, párrafos 403-405 y 223. Disponible en: [www.icj-cij-org](http://www.icj-cij-org) [última referencia: 07.03.2018].

<sup>62</sup> *Ibidem*, parr. 223.

<sup>63</sup> Case concerning the United States Diplomatic and Consular staff in Tehran (United States of America v. Iran) I.C.J. Reports 1980, p. 40, parr. 86.

las disposiciones del DIH que contemplan este ámbito material de aplicación (el ambiente) y que –por otro lado– desde el punto de vista del DIMA, si bien presenta un amplio conjunto de normas (reflejado en principios y mecanismos) para proteger el ambiente en tiempos de paz, su aplicación en conflictos armados es debatida<sup>64</sup>. Sobre estos temas reflexionaremos más adelante, en el apartado III.3).

### **III. Parte B): La cuestión tecnológica y su interacción progresiva y evolutiva con los institutos del derecho internacional referidos a los conflictos armados y la protección ambiental**

La “Guerra Fría Digital”. La creciente militarización del ciberespacio y su consiguiente utilización como escenario para agredir a otros Estados, da inicio a una nueva “guerra fría”, la que cuenta con un campo de batalla dado por bytes, equipos informáticos y robots, en lugar de los clásicos espacios donde se desarrollaban los conflictos armados tradicionales y/o los enfrentamientos políticos en bloques, como surgió luego de la segunda posguerra. Ello, desde luego, también encuentra su incidencia y afectación al ambiente dado que, si como venimos planteando en este trabajo, el ambiente no es el primer factor por considerar en un conflicto armado, la incidencia de nuevas tecnologías en el campo de batalla requeriría una preocupación mayor que tal vez hoy no veamos aún.

En nuestros días, la influencia de la tecnología en los conflictos armados es exponencial dado que en algunos casos implica nuevos métodos y formas de hacer la guerra, en el clásico escenario de beligerancia y, en otros, cambia radicalmente hasta el mismo ámbito físico, con el acaecimiento de las llamadas “guerras cibernéticas”, dado que se traslada el escenario al campo virtual.

Vale destacar, por otro lado, que la creciente evolución tecnológica permite nuevos mecanismos de protección del ambiente (dentro y fuera de un contexto de conflicto armado) como por ejemplo, el uso de drones no tripulados para detectar áreas que se encuentran en amenaza (potencial o

---

<sup>64</sup> Bothe, Michael; Bruch, Carl; Diamond, Jordan; Jensen, David, “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, *International Review of the Red Cross*, Setiembre de 2010, N° 879, p. 322 y ss.

real) por el acaecimiento de situaciones de beligerancia y evaluar rápidamente los daños cuando se produzcan.

Ya no se trata de un enfrentamiento ideológico como el que separó a Estados Unidos y Rusia en la segunda posguerra. Las “contendias bélicas actuales” plantean un escenario uni-multipolar que no es solamente estatal, sino que, muy por el contrario, da lugar a la intervención de las empresas, las sociedades transnacionales y otros actores no estatales, en donde conceptos tales como ciberespionaje, ciberterrorismo y ciberguerra dicen presente.

Ello hace surgir la necesidad de indagar acerca de una posible regulación del entorno digital y, previamente, investigar si ya no existen normas que establezcan un marco de protección. Mucho se habla de este tema; a punto tal que permite sostener que existen tantas propuestas o alternativas como voces que se escuchan al respecto.

Lo cierto es que ese debate se intensificó en tiempos recientes con diferentes sucesos que colocaron a las redes de recolección de datos en el estricto ámbito gubernamental, como un factor clave al momento de desestabilizar a ciertos gobiernos<sup>65</sup>. Los ataques cibernéticos que sufrió Venezuela en su empresa petrolera estatal (PDVSA) por parte de Estados Unidos en 2003 luego de implementar su política de nacionalización de hidrocarburos; y que como consecuencia del *lock-out* petrolero que se desarrolló entre los meses de diciembre de 2002 y enero de 2003 paralizó a Venezuela y generó que algunos analistas como Enrique Amestoy encuentren en ese suceso “una de las primeras experiencias de ciberguerra en el mundo”<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Lino González Veiguera escribió un interesante artículo el 2 de julio de 2013, titulado “Los ciberataques (conocidos) más importantes” haciendo una reseña de 10 ciberataques sucedidos entre los años 2013 y 1982 donde coloca en evidencia que una buena parte de los ciberataques registrados en los últimos años anteriores a la publicación de su artículo, fueron efectuados por piratas informáticos con motivaciones políticas pero otros muchos han sido perpetrados por los servicios de seguridad nacionales. Se lo puede hallar en: <http://www.esglobal.org/la-lista-los-ciberataques-conocidos-mas-importantes/>. [última referencia: 25.03.2018].

<sup>66</sup> Amestoy, Enrique (2015): “Ciberguerra y Soberanía Tecnológica”. Publicado en “Política Comunicada. Innovación en la gestión pública”. 14 de agosto de 2015. Disponible en: <http://politicacomunicada.com/ciberguerra-y-soberania-tecnologica/> [última referencia: 23.03.2018]

En esta nueva Guerra Fría digital, también existen movimientos hippies que protestan contra las paradojas y problemas de la “vida digital” tales como Wikileaks, Anonymous, Edward Snowden, Julian Assange, los cuales, en lugar de flores y guitarras, utilizan herramientas informáticas generando otra autentica contracultura<sup>67</sup>.

La filtración de información gubernamental a causa del espionaje seguido por algunos países, como Estados Unidos a través de su Agencia de Seguridad Nacional (NSA) es uno de ellos. En tal sentido, las revelaciones de Edward Snowden en junio de 2013 vincularon a las mega empresas tecnológicas estadounidenses (Apple, Google, Microsoft y Facebook entre otras) como partes del Programa de Vigilancia Electrónica (PRISM, por sus siglas en inglés) a cargo de la NSA, como mecanismo de vigilancia de las comunicaciones y datos gubernamentales y más recientemente las filtraciones ocurridas mediante Facebook a favor de la empresa Cambridge Analytica<sup>68</sup> y otros casos de filtraciones en el marco de campañas electorales, son indicios que estas prácticas continúan<sup>69</sup>.

PRISM es un proyecto que encuentra su razón de ser en la ley estadounidense denominada *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA, por sus siglas en inglés) que establece procedimientos para la vigilancia tanto física como electrónica, así como el depósito de información proveniente de las agencias de inteligencia extranjeras. El órgano encargado de llevar adelante el cumplimiento de esa ley es la NSA a cargo de la interceptación de comunicaciones entre no nacionales estadounidenses y su función principal es la de velar por la seguridad nacional<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> García Toni, Javier: (2014) “La guerra fría del siglo XXI”. Publicado el 26.02.2014 en el blog: [esglobal.org](http://www.esglobal.org). Disponible en: <http://www.esglobal.org/la-guerra-fria-del-siglo-xxi> [última referencia: 25.03.2018].

<sup>68</sup> Disponible en: <https://www.elpais.com.uy/mundo/facebook-sigue-medio-tormenta-fuerte-presion.html>. [última referencia: 25.03.2018].

<sup>69</sup> Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/09/19/rusia-facebook-perfiles-falsos-elecciones-eeuu/> [última referencia: 25.03.2018].

<sup>70</sup> Editorial publicado en el periódico ABC (2013) de Madrid titulado, ¿Sería posible (lícitamente) un espionaje como el programa Prism en España?”. 19 de junio de 2013. Disponible en: <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20130619/abci-espionaje-prism-espana-redes-201306181425.html> [última referencia: 25.03.2018].

Se puede describir a Edward Joseph Snowden como un analista de inteligencia que decidió arriesgarlo todo para denunciar los abusos del espionaje masivo que realizan los servicios secretos de Estados Unidos, en su calidad de ex empleado de los servicios de inteligencia estadounidense (CIA) que tuvo conocimiento de las prácticas irregulares de la NSA y decidió que el mundo debía conocerlas. Snowden expuso al mundo la fragilidad de la privacidad en las comunicaciones en la era digital dejando al descubierto el poder que tienen las corporaciones tecnológicas privadas con conocimiento de los gobiernos.

A su tiempo, Julian Assange –periodista y director de WikiLeaks– y Bradley Manning –soldado del ejército de Estados Unidos– también son considerados hippies digitales. Bradley Manning publicó información gubernamental a través de WikiLeaks revelando crímenes de guerra, cometidos por miembros del ejército estadounidense en las guerras en Medio Oriente en nombre de la “democracia”, lo cual generó un repudio internacional generalizado. Bradley Manning fue arrestado, recibiendo tratos inhumanos y crueles. Ellos también efectuaron revelaciones de información gubernamental que pusieron en evidencia el mundo del “*Big Brother*” y de la “guerra fría digital” al cual estamos expuestos como ciudadanos.

El escenario descrito, conduce a plantear algunos interrogantes en el ámbito del derecho internacional tales como si la “soberanía tecnológica”, entendida como la libertad de los Estados de utilizar sus recursos tecnológicos, ¿implica que los Estados pueden hacer uso libre de sus recursos tecnológicos para “espíar” a otros Estados o atacar sus sistemas (o atacarlos “físicamente” mediante “nuevas armas” de gran desarrollo tecnológico) argumentando temor fundado de posible ataque o simplemente por considerarlo una “amenaza a la paz”? ¿tienen obligación de informar cuando realizan estas prácticas? Ante un escenario jurídico difuso, como el presente, ¿podemos afirmar que es políticamente correcto, por ejemplo, usar armas de alto desarrollo tecnológico, sin medir daños a las personas y a los bienes naturales?

*III.1) Derecho Internacional Humanitario y tecnología, ¿está preparado el DIH para la llamada “revolución tecnológica”?*

El escenario internacional ha ido cambiando paulatinamente desde el fin de la Guerra Fría y, como ya indicamos, ello incluyó un reacomodamiento en las relaciones internacionales que generó un progresivo tránsito a un mundo en donde el poder tiene una distribución uni-multipolar, en lugar del escenario bipolar de la segunda posguerra. A su vez otras entidades diferentes a los Estados van ganando espacio, claramente nos referimos a los actores no estatales y a una nueva configuración político-militar de los Estados que incluye también a sus fuerzas armadas y a los criterios que sustentan una política estatal (interna y exterior) en materia de defensa y seguridad. Indudablemente el factor tecnológico cobra especial relevancia al momento de marcar una clara necesidad de adaptar esa agenda a las nuevas realidades: surgimiento de armamento de avanzada en materia tecnológica, ejércitos estatales o “no estatales” altamente tecnológicos o directamente virtuales constituyen algunos factores, que nos permiten plantear este escenario actual.

Desde hace ya unos años, la comunidad internacional viene siendo testigo de una “evolución” “generacional”<sup>71</sup> en donde encontramos por lo menos, cuatro generaciones de guerras que tienen lugar por medios no tradicionales y con una fuerte incidencia de la tecnología imperante en cada etapa / momento.

Lo expuesto, sumado a lo que venimos planteando nos permite reflexionar en orden a señalar que por un lado, como dijimos antes, la protección del ambiente nunca ha sido un bien prioritario a tutelar en el marco de un conflicto armado, pero por otro lado, como veremos a continuación, la concepción de guerra y sus características ha cambiado y –de algún modo– siempre esos cambios estuvieron “influenciados” por el factor tecnológico, con lo cual, más allá de cuál sea la tecnología aplicable en un conflicto armado (armas novedosas como los drones o directamente una ciberguerra –*cyber-warfare*–) no se evidencia un verdadero interés por la tutela de los bienes naturales en un escenario bélico. En consecuencia, no estarían directamente asociados los conceptos: mayor tecnología - menor protección ambiental, sino que la falta de suficiente protección, sería un problema autónomo.

---

<sup>71</sup> No sin fundamento, colocamos ambos términos entre comillas.

Montiel<sup>72</sup> identifica cuatro generaciones de guerras. En cuanto a sus rasgos principales, son: I. La primera generación se debe a contextos tecnológicos y técnicos dados por el combate con mosquete y que puede ubicarse en el periodo que transcurre entre el surgimiento de las armas de fuego y la creación de ejércitos profesionales, hasta aproximadamente el fin del siglo XIX. II. La segunda generación nos ubica en el entorno de la industrialización y registra “avances”<sup>73</sup> en el tipo de artillería y nuevas tácticas asociadas a la inclusión del escenario aéreo como parte del combate. Esta etapa abarca la Primera Guerra Mundial. III. La tercera generación tiene lugar con la invención del tanque en orden a otorgarle una impronta diferente al combate<sup>74</sup>. Ello supone que la presente generación de guerras colocó el énfasis en la guerra terrestre, así como la anterior lo hizo en las aéreas. A esta generación el autor la ubica desde la Segunda Guerra Mundial hasta la invasión estadounidense a Afganistán (2001) e Irak (2003)<sup>75</sup>. IV. La cuarta generación de guerras, afirma Montiel, está dada por el protagonismo de actores no estatales, tal como dijimos al introducir este apartado, y, desde luego, nuevas tácticas y tecnologías que se utilizan para el combate en todo terreno físico (aéreo – terrestre – marítimo) y también en un espacio virtual (cibespacio)<sup>76</sup>.

Montiel, citando a Lind y otros autores en el *Marine Corps Gazette*<sup>77</sup>, destaca ciertas características de estas guerras<sup>78</sup>: a) existencia de un actor no estatal que ejerza violencia política la que genera, por un lado, la difuminación de los límites entre combatiente y no combatiente, y, por otro lado, distintos fines además de los militares, dirigidos a motivaciones políticas, sociales, económicas, religiosas, entre otras; b) desaparece en muchos casos, el campo de batalla como lugar físico; c) diferentes formas de hacer la guerra que “terminan” con los esquemas y moldes de los ejércitos

---

<sup>72</sup> Montiel, Moisés A.: “Las guerras de 4ta. generación y su regulación jurídica”, pp. 6-7 RECorDIP 2013, Vol 1 N° 2.

<sup>73</sup> El entrecomillado nos pertenece y lo utilizamos para plantear el interrogante de si, realmente debemos estar hablando de un avance, entendido este concepto como relacionado con el de evolución. Ello desde la concepción personal de quien escribe estas líneas de no entender al desarrollo armamentístico como una evolución para el mundo, sino lo contrario.

<sup>74</sup> Montiel, Moisés A., ob. cit. p. 7.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 7/8 y 10/2.

<sup>78</sup> Por una cuestión de espacio y de objetivos teóricos del presente trabajo, incorporamos las que creemos más relevantes, pero para ampliar la información se recomienda acudir a la lectura del artículo previamente citado.

tradicionales; d) el terrorismo está presente como táctica, donde la cultura del enemigo es un objetivo a destruir, además del militar; e) las fuerzas combatientes son horizontales y no verticales; f) nuevos medios para una auténtica “guerra psicológica”, valiéndose fundamentalmente de los medios de comunicación.

Para explicar con mayor detalle estas guerras, Montiel señala que el aspecto tecnológico cobra un rol casi protagónico dada la cantidad de casos de ciber guerra en donde el aprovechamiento del elemento tecnológico es el quid de la cuestión en orden a “ganar” ventajas sobre el enemigo<sup>79</sup>. El escenario descrito requiere, a juicio de Montiel, una actualización del derecho internacional en estos temas<sup>80</sup>. En nuestras conclusiones, elaboraremos nuestra opinión al respecto, pero como adelanto de esta creemos que el derecho internacional actual (general y en sus regímenes autónomos o especializados), contiene suficientes elementos normativos para atender estas cuestiones, más allá que dada la sensibilidad del tema, cuanto mayor precisión, mejor será la protección jurídica.

El presente apartado será analizado desde dos perspectivas diferentes, es decir, tanto desde el *jus ad bellum* como del *jus in bello*<sup>81</sup>; ello dado que consideramos (y así pensamos este *paper* desde el comienzo), que la “(re)volución tecnológica” ha representado un fuerte impacto tanto en el acto por el cual se hace uso de la “fuerza” como en los medios empleados (así sea en escenarios bélicos tradicionales como directamente en el ciberespacio) y que, en todos ellos, la protección ambiental debe estar presente dado que, como dijimos antes, el ambiente es todo: tierra, aire, espacio aéreo, recursos naturales de cualquier índole, y todo ello está en juego tanto con una “guerra” tradicional o con una ¿“moderna”? según expondremos al compartir nuestro personal punto de vista al respecto.

La llamada “ciber guerra”<sup>82</sup>, es decir el ataque realizado a través de un equipo informático con diversos fines tales como ingresar

---

<sup>79</sup> Montiel, Moisés A., ob. cit. p. 28.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>81</sup> Conforme lo definimos en el punto II.1) al pie de página nº 16.

<sup>82</sup> Para un análisis más detallado del “*jus ad bellum*” en el ciberespacio, se recomienda consultar el siguiente trabajo académico: Llorens, María Pilar; “Los desafíos del uso de la fuerza en el ciberespacio”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XVII, 2017, p. 785 y ss., México DF.

clandestinamente a un sistema, u obtener, destruir, robar o encriptar datos, puede generar la paralización de un país en su sistema financiero, energético, gubernamental, así como afectar bienes tan esenciales como el aire, los cursos de agua y sus sistemas de saneamiento y potabilización, y/u otros recursos naturales esenciales para la vida humana. A raíz de ello plantea diversos desafíos tales como la identificación de los autores para su consecuente juzgamiento, pues una característica del ciberespacio es garantizar el anonimato y, por, sobre todo, medidas tendientes a proteger los bienes afectados y minimizar al máximo posible los daños ocasionados.

Genera también la necesidad de adaptar estructuras tradicionales y/o pensar nuevas, a fin de diseñar el encuadre jurídico que debe otorgarse a éstos ataques que, desde luego, no integran el concepto de “agresión” y, por ende, no se encuentra contemplado entre las causas lícitas de *jus ad bellum* (o derecho sobre el empleo de la fuerza) contemplados en la Carta de las Naciones Unidas y, por ende, no habilita el sistema de seguridad colectiva ni la actuación del Consejo de Seguridad, pero que, como refleja la realidad, pueden ser igual o más letales que aquellos usos de la fuerza considerados dentro del concepto de “agresión” que emana de la Resolución 3314-AG-ONU.

En Estados Unidos se instaló el debate en 2012<sup>83</sup> acerca de si es posible un Pearl Harbor Cibernético (término usado por León Panetta –entonces Secretario de Defensa– tomándolo de opiniones surgidas en los años noventa) indagando acerca de la posibilidad que una acción desde Internet pueda causar daños realmente graves a infraestructuras sensibles entre las cuales también incluimos los bienes naturales de un Estado.

Las opiniones están a favor y en contra en orden a considerar la posibilidad cierta de un ciberataque al estilo “*cyber Pearl Harbor*” o “*cyber 11.S.*”. Joseph Nye y Richard Clarke están entre las voces más alarmistas, considerando que es cuestión de tiempo que se pueda desarrollar este gran ciberataque. Sostiene Nye, politólogo neoliberal estadounidense, que, en la Sociedad de la Información, el poder se ha difuminado y que Internet ofrece un territorio donde la hegemonía de los Estados tradicionales se ve cada vez más contestada por organizaciones no estatales. Agrega que estas

---

<sup>83</sup> Giménez Chueca, Iván, “¿Es posible un Pearl Harbor cibernético?”. Publicado el 07.12.2015 en el blog: [esglobal.org](https://www.esglobal.org). Disponible en: <https://www.esglobal.org/es-posible-un-pearl-harbor-cibernetico/> [última referencia: 25.03.2018].

operaciones de ciberguerra son mucho menos costosas que las guerras tradicionales<sup>84</sup>.

Por su lado, Richard Clarke, responsable de contraterrorismo del gobierno estadounidense en las administraciones de Bill Clinton y de George Bush, en su libro “guerra en la red” ya en el año 2009 mostró el hipotético escenario de un ataque desde Internet que dañe infraestructuras claves de Estados Unidos y ocasione explosiones en refinерías y plantas químicas, accidentes en transportes y el colapso del sistema financiero, señalando que el resultado serían miles de muertos, un país en shock y sin la posibilidad de determinar la autoría del hecho<sup>85</sup>.

Thomas Rid, profesor del *King College* de Londres, por su parte, desestima tal efecto “atroz”. Analizando los actos de ciberguerra sigue el pensamiento de Von Clausewitz y entonces considera que un acto bélico debe ser violento (causar daño humano y/o material), instrumental (debe tener medios y un fin) y tener naturaleza política, y para este académico, los ciberataques que se manifestaron hasta la fecha no tienen tales características y deben verse como acciones más propias del espionaje o el sabotaje y no de un auténtico conflicto bélico<sup>86</sup>.

Lo cierto es que, más allá de “encajar” o no en las estructuras tradicionales del concepto de “guerra” - “agresión”, tomando como referencia el Sistema de Seguridad Colectiva de la ONU, creemos que el análisis debe estar encaminado a determinar si estos “ciberataques” pueden generar similares (o aún más) daños que la “guerra clásica” y, de ser así, claramente las estructuras jurídicas deben adaptarse a esta nueva modalidad de “uso de fuerza” y desde luego que ello no puede correr por cuenta de la legislación estatal solamente.

Lo expuesto *supra*, conduce a formular otro planteo no menor y que está dado por el concepto mismo de “ataque” a los efectos de una posible regulación; puesto que el derecho internacional entiende como ataque el perpetrado por el uso de la fuerza de Estado a Estado conforme la

---

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*. En su artículo, Gimenez Chueca cita la siguiente bibliografía (mencionada en el presente párrafo): Clarke, Richard – Kanake, Robert, Guerra en la red. Los nuevos campos de batalla, España, Ariel, 2011.

<sup>86</sup> *Ibidem*. Allí se cita el artículo de Rid, titulado “Cyber War Will Not Take Place”.

Resolución 3314 de 1974<sup>87</sup> adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Muchas incertidumbres y un ámbito jurídico dado por la Carta de las Naciones Unidas que no contempla estos ataques a los efectos de habilitar su sistema de seguridad colectiva, tal como ya expusimos.

En el pasado los Estados defendían los límites territoriales con ejércitos. Hoy ya no hay límites que defender, porque la guerra se ha trasladado al ciberespacio, para lo cual, se necesitan nuevas técnicas de defensa y ello implica también adaptar el Sistema de Seguridad Colectiva en el marco de la ONU para que pueda ser de utilidad frente a las nuevas amenazas que azotan a la comunidad internacional en la actualidad.

Pasando al análisis de la ciberguerra y el *jus in bello*, vale destacar que la posibilidad que el escenario bélico se traslade al ciberespacio viene adquiriendo gran importancia en el ámbito jurídico. En la actualidad, y como se viene exponiendo, las guerras ya no se desarrollan en los campos de batalla tradicionales a saber mar, tierra y aire; sino que se trasladaron a otros ámbitos diferentes tales como en las propias ciudades, a través de las matanzas que a diario nos coloca de espectadores de una “obra de teatro de terror” en diferentes ciudades y que, en todas sus modalidades, colocan en jaque a la población. Otro escenario es el espacio sideral, el cual no cuenta con “fronteras” y el impacto puede ser mayor generando violación a principios tradicionales del Derecho Internacional Humanitario tales como el de proporcionalidad y distinción, entre otros. Es cierto que este tipo de actividad militar no se encuentra aún regulado de manera particular tampoco, por las normas del *jus in bello* (el derecho en la guerra), pero no por ello es posible entender que pueda ser utilizado de manera indiscriminada o sin restricciones, sino todo lo contrario.

El Comité Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja entiende que todos los medios y métodos de combate, incluyendo la tecnología cibernética, quedan sujetos a las normas del derecho internacional humanitario, al igual que cualquier otro elemento introducido al ámbito bélico. Sin embargo, quedan muchas cuestiones en este ámbito que se encuentran en discusión y presentan un gran desafío dada la particularidad y lo novedoso de estos medios y métodos. Al respecto y vinculándolo con lo que más adelante analizaremos en relación con la “cláusula Martens”, vale

---

<sup>87</sup> Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314(XXIX)). [última referencia: 25.03.2018].

destacar que Llorens<sup>88</sup> señala que con motivo del progresivo incremento de las operaciones cibernéticas así como la ausencia de una doctrina pacífica en orden a la aplicabilidad de las normas ya existentes a estas nuevas situaciones, es que el Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa en asociación con la Organización del Tratado del Atlántico Norte patrocinó un proyecto de investigación destinado a determinar las implicancias del *jus ad bellum* y del *jus in bello* en relación con los conflictos armados cibernéticos. El resultado de ello ha sido el llamado Manual de Tallín sobre el Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados Cibernéticos que ha sido publicado en 2013<sup>89</sup>.

Si bien el manual no es vinculante para los Estados, realiza un examen *lege lata* del orden jurídico internacional relevante para la regulación de la guerra a través de medios cibernéticos y/o con tecnología de avanzada, con lo cual se presenta como un marco teórico para el análisis de este tipo de operaciones. No obstante lo cual, existe consenso, indica la autora, en la necesidad de adaptación de las normas del derecho internacional a esta nueva realidad<sup>90</sup>.

En relación con la cuestión en examen y, en especial, al uso de armamento de avanzada tecnología en un conflicto armado, tal como el caso de los drones, el DIH puede proporcionarnos herramientas de protección, a través del artículo 36 del Protocolo Adicional I de Ginebra, que regula las armas nuevas y, en tal sentido, afirma lo siguiente:

“Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte Contratante”.

Al respecto, se podrá colocar en duda el valor, como derecho consuetudinario, de esta regla jurídica, más aún puesto a analizar ello en el entendimiento de que el señalado tratado carece de vocación universal *per se*. No obstante lo cual, creemos como una opinión meramente personal que, partiendo de la base de que gran parte del DIH actual es derecho

---

<sup>88</sup> Llorens, María Pilar; ob. cit. pp. 788/9.

<sup>89</sup> Disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/356296245.pdf> [última referencia: 25.03.2018].

<sup>90</sup> Llorens, María Pilar; ob. cit. pp. 789 y su nota al pie nro. 13.

emanado de la costumbre internacional, se puede válidamente sostener que esta norma que –de algún modo– estaría colocando un límite al *jus in bello* de los Estados en favor de la vida humana y la protección de bienes naturales y personales, no podría ser desoída por un Estado con el simple argumento de que no es parte de dicho tratado.

El uso de drones (o armas autónomas) no es nuevo en la comunidad internacional, y dado que, por sí misma, el dron puede ser una herramienta con altas ventajas que recomienden su uso ya que, por ejemplo, como se pueden accionar de modo autónomo en la lejanía, no obligan al militar a estar en la zona de conflicto, puede realizar tareas de observación y recolección de datos pero, a la vez, y dada justamente esa “idoneidad tecnológica”, la misma puede ir en contra del principio de distinción, se torna muy difícil, por no decir imposible, distinguir quién es (o no) un combatiente, para aplicar las normas que rigen a tales fines. Estos aspectos nocivos que encierran “armas” como la descrita, es que llevaron a las Naciones Unidas a través del Relator Especial Philip Alston a indicar que “...una de las mayores preocupaciones respecto del uso de drones es que es más sencillo asesinar sin que el Estado corra riesgos...los Estados deben asegurar que el criterio que aplican con respecto a quién puede ser un blanco o quién es asesinado, se corresponda con el uso de cualquier otra arma...”<sup>91</sup>.

En cuestiones vinculadas a la tecnología utilizada como un medio para la guerra, el CICR ha encendido la mecha generando una alerta a la comunidad internacional por los usos contrarios al derecho internacional que se realizan de los avances logrados en la biotecnología y entonces afirmó que dichos adelantos constituirán un peligro para la humanidad y para el ambiente si no se ejerce un control adecuado o si se usan como medios para hacer la guerra, sembrar el terror o con cualquier otro fin hostil<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Alston, Philippe; “Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary, or arbitrary executions”; A/HRC/14/24/Add.6, párr. 80, 28.05.2010.

<sup>92</sup> CICR, “Biotecnología, armas y humanidad”. Folleto de divulgación. Entregado a la autora en el marco de las “Jornadas Conmemorativas del Centenario de los Convenios de La Haya de 1907 sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados”, celebradas en Madrid, del 17 al 19 de octubre de 2007, organizadas por la Cruz Roja Española y el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Sede: Instituto universitario General Gutiérrez Mellado.

La piedra angular del mensaje del CICR en este aspecto señala que la información obtenida de los Gobiernos, los organismos de Naciones Unidas, las asociaciones científicas, médicas y la industria permitieron elaborar una lista de posibilidades existentes y en desarrollo de empleo de los avances científicos de manera indebida. Algunos de ellos son: la alteración de agentes de enfermedades existentes para hacerlas más nocivas, la propagación deliberada de ciertas enfermedades como la viruela con ánimo de sembrar terror, causar daños o provocar la muerte, la creación de ciertos virus a partir de materiales sintéticos valiéndose de fórmulas alojadas en Internet y secuenciadores de genes que pueden obtenerse por correo, la producción de agentes biológicos para atacar la infraestructura agrícola o industrial dado que la liberación de tales agentes podría tener efectos incontrolables y desconocidos sobre el medio ambiente natural<sup>93</sup>. Ello conduce a la afirmación de que tendencias como las que se describen, generarán que las armas biológicas sean más atractivas, eficaces y difíciles de detectar y que, dado que los descubrimientos en materia de biotecnología comienzan a resultar cotidianos propagándose cada vez más los conocimientos en esta materia, el CICR entiende necesario regular algunos esfuerzos científicos en este ámbito y controlar las tecnologías potencialmente peligrosas<sup>94</sup>.

### *III.2) La incidencia de la “(re) evolución” tecnológica en el contexto de la afectación del medio ambiente en situación de conflicto armado: Cláusula Martens, Derecho Internacional General, la labor de las instituciones internacionales*

Ya expresamos en otro apartado del presente trabajo que, a juzgar del modo en que ha “evolucionado” el concepto de “guerra” para la doctrina, mediante las diferentes generaciones ya analizadas, a la par de los avances tecnológicos en cada una de ellas, dados a lo largo del tiempo, y conforme al panorama incierto en cuanto a la protección de bienes naturales en una situación de conflicto armado, reiteramos aquí lo dicho en orden a afirmar como opinión personal, a la vez de ofrecer líneas de acción para explorar en el futuro, que la protección ambiental debe ser una preocupación de los Estados en sí misma, tanto como la protección de las personas que se ven involucradas en un conflicto armado, ya que atentar

---

<sup>93</sup> CICR, “Biotecnología, armas y humanidad”, ob. cit.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

(en una guerra tradicional o cibernética, con mayor o menor tecnología) por ejemplo, contra un sistema de saneamiento y potabilización de agua, o dañando el aire, puede generar (y seguramente lo logrará) iguales o mayores daños a la población que un ataque directamente a la persona a través de un arma tradicional.

Por lo expuesto *supra*, la protección ambiental no debe estar asociada a la utilización cada vez de mayor (o más efectiva) tecnología, sino que debe ser una cuestión vinculada a la protección de la persona humana independientemente de la “complejidad tecnológica” que ese conflicto armado u operación bélica implique, no obstante lo cual observamos que existen reglas provenientes del derecho internacional humanitario, así como del derecho internacional general y de las organizaciones internacionales en aras de promover la defensa del ambiente en situación de conflicto armado, pero aún ello creemos que falta esa “conciencia” de la importancia de nuestro planeta (nuestro hogar común) y la magnitud de los daños que puede sufrir la población a nivel mundial por su deterioro o destrucción.

La cláusula Martens, en el sentido que indicamos en el punto II.1, surge en el ámbito del derecho internacional humanitario<sup>95</sup> y refleja el criterio que aquellos aspectos no regulados expresamente en las normas del DIH, no necesariamente implica que estén permitidos. Esta cláusula surge por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, a instancia del delegado del Zar ruso Nicolás II, quien era Friederich Von Martens, delegado soviético a la Conferencia de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y, a posteriori, con algunas variaciones en su texto originario, ha sido plasmada en el protocolo sobre gases venenosos y guerra bacteriológica de 1925, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en el Protocolo Adicional I de 1977 en su artículo 1.2, en el Preámbulo del Protocolo Adicional II también de 1977 y en la Convención sobre la prohibición o la limitación del empleo de ciertas armas clásicas de 1981.

---

<sup>95</sup> “En espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

Barberis<sup>96</sup>, en su obra “Formación del derecho internacional” se refiere a la cláusula e indica que las remisiones que la cláusula establece, son interesantes de analizar en el ámbito de las fuentes del derecho internacional, colocando el acento en “las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública”, dado que entiende que refieren a prescripciones originadas fuera del derecho internacional y que se forman por la opinión pública en los distintos Estados, por ejemplo: instituciones de bien público, comunidades religiosas y hasta las sociedades nacionales o el propio sistema internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, formadoras todas ellas de una concepción que influye considerablemente en la opinión pública como valores y principios compatibles con el sentir de la humanidad y que, justamente con la cláusula Martens cobran efectos jurídicos, estableciendo de este modo, un nuevo proceso de creación de normas<sup>97</sup> y, en consecuencia, restándole sustento a la doctrina que ubica a la cláusula Martens como una fuente material del orden jurídico internacional<sup>98</sup>.

La Corte Internacional de Justicia se refirió a ella en la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza y del uso de armas nucleares<sup>99</sup> y señaló que “...ha resultado un medio eficaz de hacer frente a la rápida evolución de la tecnología militar...”<sup>100</sup> y añadió que:

“(…) pasando a la aplicabilidad de los principios y normas del derecho humanitario a la posible amenaza o empleo de armas nucleares, la Corte señala que las armas nucleares fueron inventadas después de que la mayoría de normas y principios del derecho humanitario aplicables estuvieran ya vigentes; las Conferencias de 1949 y de 1974 -1977 dejaron a un lado esas armas, y existe una diferencia tanto cualitativa como cuantitativa, entre las armas nucleares y todas las armas convencionales. (...) Sin embargo, a juicio de la Corte, no puede concluirse que los

---

<sup>96</sup> Barberis, Julio A; “Formación del derecho internacional”, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, pp. 270-2.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>98</sup> *Ibidem*. La opinión que no comparte, es la que pertenece a Meyrowitz, en “Réflexions sur le fondement du Droit de la guerre”, *EAtudes et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix - Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, pp. 422- 424.

<sup>99</sup> Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Corte Internacional de Justicia, 1996, en especial para nuestro tema, se recomienda consultar los parágrs. 74-87. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 09.03.2018].

<sup>100</sup> *Ibidem*, parágr. 78.

principios y normas establecidos del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados, no se apliquen a las armas nucleares.”<sup>101</sup>.

Lo mismo podemos afirmar de las modernas armas autónomas como los VANT, vehículos aéreos no tripulados, más conocidos como “drones”. Si consideramos los motivos que inspiraron la creación de las normas y principios del derecho internacional humanitario, cabe concluir que ellos, además de establecer verdaderas reglas jurídicas, marcan criterios y estándares a los cuales la comunidad internacional debe ajustar sus comportamientos en orden a la protección de esos valores y bienes jurídicos cuya tutela se intenta alcanzar con dichas normas. Dentro de los dictados de la conciencia pública y también de los principios de humanidad (claramente, estos últimos, cercanos a la noción de *jus cogens*), ambos aludidos en la ya indicada cláusula Martens, podemos claramente incluir criterios de protección del ambiente, en situación de conflicto armado y que –en algunos casos– el daño ocasionado puede verse agravado por el uso de moderna tecnología que magnifique o potencie los daños ocasionados.

Por otro lado y como indicamos previamente, Bothe, Bruch, Diamond y Jensen<sup>102</sup> plantean algunas problemáticas en relación a la protección del ambiente durante los conflictos armados dado que, por un lado, ellos observan que la definición de “daño ambiental inadmisibles” es demasiado restrictiva y poco clara, en relación a la prohibición de causar daños “extensos duraderos y graves” al ambiente, emanado del Protocolo adicional I en sus artículos 55 y 56, dado el carácter acumulativo de estas condiciones. No obstante, los autores mencionados indican que ello trae aparejada una oportunidad dado que en diferentes textos que evidencian la existencia de derecho consuetudinario, surge una forma alternativa de protección del ambiente en situación de conflicto armado y está dada por la “debida consideración” y la prohibición de “destrucción innecesaria”, planteándose como un interrogante no cerrado, el aclarar el alcance de esa cuestión<sup>103</sup>.

El segundo inconveniente planteado por Bothe, Bruch, Diamond y Jensen está dado por la protección de elementos del ambiente como bienes de carácter civil. En ese marco entienden los autores que existe una alta

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, paragr. 86.

<sup>102</sup> En el punto II.3. Bothe, Michael; Bruch, Carl; Diamond, Jordan; Jensen, David, *ob. cit.*

<sup>103</sup> *Ibidem*, pp. 328-9.

probabilidad de que los elementos del ambiente se conviertan en objetivos militares. En consecuencia, entienden que debe evitarse el uso de elementos del ambiente (por ejemplo, árboles) con tal objetivo y para ello acuden a los artículos 59 y 60 del Protocolo adicional I referido a “localidades no defendidas” y “zonas desmilitarizadas” como modelos por la falta de presencia militar en esas zonas<sup>104</sup>.

En cuanto a la labor de las instituciones internacionales al respecto, vale destacar que son varias las instituciones / órganos y/o entidades en general que –de algún modo u otro– se han ocupado del tema. Como mencionamos al trazar los lineamientos generales de la evolución normativa del DIMA, el CICR elaboró en los años noventa Directrices sobre la protección del ambiente en situación de conflicto armado para manuales militares. La CDI comenta ello e indica que los mismos presentan, desde luego, la perspectiva del DIH, es decir, parten del interrogante de plantear básicamente si el DIH vigente contiene principios, normas o disposiciones que persigan como objetivo proteger al ambiente durante un conflicto armado. Asimismo, parten de la base de entender necesaria la protección del ambiente para alcanzar el objetivo de proteger a la población civil y sus medios de subsistencia, así como de proteger al ambiente por sí mismo, considerándolo como “bien civil” por naturaleza<sup>105</sup>. Sobre esto, recordemos los debates de Bothe, Bruch, Diamond y Jensen al comentar la segunda cuestión (o laguna) acerca de que, en ocasiones, ciertos elementos del ambiente son considerados “objetivos militares” y, por ende, atacados. Además de las directrices, la CDI incorpora otros trabajos elaborados por el CICR en relación con el derecho internacional humanitario consuetudinario<sup>106</sup>.

La Asociación de Derecho Internacional ha elaborado diferentes informes durante los años 2004 a 2010 que la CDI considera pertinentes en el tema. Los mismos se refieren a los recursos hídricos y su protección en tiempos de guerra o de conflicto armado<sup>107</sup>. Por su parte, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus recursos (UICN) ha constituido un grupo sobre la temática que analiza también la protección

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 329.

<sup>105</sup> Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V, *ob. cit.*, p. 238.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 237 in fine, 238 numerales 18 y 19.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 238 numeral 20.

del ambiente después del conflicto armado, incluyendo oportunidades de reforzar el derecho vigente y su aplicación<sup>108</sup>.

Por su parte, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el *Environmental Law Institute* (ELI) en conjunto con otras prestigiosas instituciones elaboraron en el año 2009 un informe acerca de la protección del ambiente en situación de conflicto armado, realizando un inventario y análisis del derecho internacional. Allí se analiza la confluencia de distintos regímenes autónomos del derecho internacional, que coinciden en ese ámbito material de protección: DIH, Derecho internacional penal, DIMA y derechos humanos, formulando recomendaciones en orden a consolidar el marco jurídico de protección<sup>109</sup>.

Desde las Naciones Unidas también sus órganos se han ocupado del tema. La Asamblea General ha dictado diversas resoluciones que tienden a proteger la vida humana, la salud y el ambiente contra amenazas provenientes de ensayos nucleares y no proliferación (Asamblea General, 47/37 del año 1993), en particular, la protección del ambiente en conflicto armado (Res. A/RES/49/50 del año 1995) y el propio Consejo de Seguridad también se ocupó del tema en diversas ocasiones<sup>110</sup>.

En cuanto a la labor de las instancias jurisdiccionales internacionales, corresponde incorporar nuevamente lo dicho por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares<sup>111</sup>, en donde sostuvo que "...la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción y control debían respetar el medio ambiente de los demás

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, numeral 21.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp. 238-239, numerales 22 y 23.

<sup>110</sup> Como indicamos en el punto II.2 y en su nota al pie 37, no es el objetivo de este trabajo realizar una enumeración de normas referidas a la protección ambiental dentro y fuera de un conflicto armado. Para ello recomendamos consultar la obra: Vigevano, Marta R, "Los efectos de los conflictos armados en el medio ambiente. Su compleja relación jurídica", Revista Jurídica de Buenos Aires., 2012, p. 325 y ss.

<sup>111</sup> Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Corte Internacional de Justicia, 1996, paragr. 29. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 09.03.2018].

Estados y de las áreas más allá de las jurisdicciones estatales era ya parte del corpus del derecho internacional general sobre el medio ambiente...”<sup>112</sup>.

Por otro lado, Vigevano<sup>113</sup> incorpora en su trabajo algunas decisiones de la Corte Internacional de Justicia en donde se entendió que “...los principios generales sobre la conducción de hostilidades se aplican al medio ambiente natural...” y que “...existe una obligación del Estado de evitar que tales actos sucedan y que, por lo tanto, el daño provocado a los recursos naturales debe ser reparado”, refiriéndose en este último caso a la obligación de la potencia ocupante de prevenir el pillaje, el saqueo y la explotación de los recursos naturales. La labor de las instancias jurisdiccionales no se agota allí pero sí, intentamos reflejar la existencia de un importante universo de principios y reglas que emanan de las decisiones de los magistrados, aplicando normas ya creadas y vigentes en derecho internacional<sup>114</sup>.

En materia de derechos humanos, el 7 de febrero de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la opinión consultiva Nro. 23 denominada: “obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad física – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>115</sup> y, al ser la primera vez que la Corte Interamericana es llamada

---

<sup>112</sup> Del Castillo, Lilian: “La protección ambiental internacional y el agua: estado del debate”, p. 20, en: “La contaminación fluvial en el derecho internacional. Casos recientes de la práctica sudamericana”, Lilian del Castillo, Directora, Buenos Aires, La Ley, 2013. Se recomienda consultar la obra aquí citada en materia de jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (pp. 19/22) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (pp. 44/5), en ambos casos, referida al ambiente, así como los acuerdos regionales de integración en América del Sur y la regulación ambiental en ellos (pp. 40/4).

<sup>113</sup> Vigevano, Marta R; Ob. Cit. pp. 351/2.

<sup>114</sup> *Ibidem*, pp. 352-4. En dicha obra, también se analizan algunas opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia, así como decisiones de otras instancias jurisdiccionales – Tribunales Penales Ad-Hoc para la ex – Yugoslavia, Sierra Leona y de la Corte Penal Internacional, todas ellas en materia de protección del ambiente en situación de conflicto armado, donde –aunque no se mencione expresamente– la tecnología está presente. Tratan de daños ambientales ocurridos en conflictos armados por el uso de armas con uranio empobrecido, uso de armas químicas, saqueo de recursos naturales, contaminación o envenenamiento de fuentes de agua, matanza de ganado y contaminación de tierras.

<sup>115</sup> Opinión Consultiva “OC-23”. Texto disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_esp.pdf) [última referencia: 26.02.2018].

a proporcionar una opinión consultiva en materia ambiental, reviste importancia en la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José. En ese sentido en el párrafo 35 “...tomando en cuenta la relevancia del medio ambiente en su totalidad para la protección de los derechos humanos...” amplía su respuesta más allá del ambiente marino donde estaba originariamente centrada la consulta de Colombia.

En el párrafo 47 expresamente señala lo siguiente:

“...Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales... resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales –que incluye el derecho a un medio ambiente sano– y la de los derechos civiles y políticos...”<sup>116</sup>.

Asimismo, también indica la Corte en el párrafo 57 que “...adicionalmente este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana...”. Por último, en los párrafos 66 y 67 la Corte parecería aludir directamente a la aplicación del derecho a un ambiente sano en situación de un conflicto armado y, particularmente en relación al derecho a la paz, haciendo referencia a los desplazamientos causados por el deterioro del ambiente y aduciendo que los mismos –por lo general– derivan en conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al cual se desplaza la primera, algunos de los cuales asumen su carácter de máxima gravedad por la magnitud del desplazamiento<sup>117</sup>.

### *III.3) Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*

Nuevamente, pero esta vez terminando la parte especial (o segunda) de nuestro trabajo, volvemos a recurrir a los siempre valiosos trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, pero en este caso, para analizar lo

---

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

estudiado por los expertos que la componen, en relación con el tema objeto de estas líneas, ello es, la protección del ambiente en situación de conflicto armado.

Vale destacar que la Comisión fundamentó su labor en el informe preliminar elaborado en 2011<sup>118</sup> y que ya comentamos en otras secciones del presente trabajo. Allí marcó como un factor relevante para consolidar el interés por identificar el marco jurídico de protección del ambiente en situación de beligerancia, a la evolución tecnológica y al surgimiento de nuevas armas, así como de novedosos métodos y medios de hacer la guerra, producto de las nuevas tecnologías que van surgiendo y que –paralelamente a su nacimiento o creación– rápidamente van formando parte de las llamadas “nuevas guerras” y nuevos “medios y métodos” de hacer la guerra, lo que genera una nueva conciencia ambiental en aras a proteger, tal vez a la víctima más débil e indefensa de las guerras (tradicionales y nuevas), el ambiente, nuestro hogar común.

En 2011, la CDI decidió incluir el tema acerca de “la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” en su programa de trabajo a largo plazo, y de allí es que elaboró el informe que ya venimos analizando en diferentes partes del presente trabajo<sup>119</sup>.

En dicha ocasión, la Comisión definió su propuesta de trabajo y estableció como objetivos los siguientes: -determinar el alcance del problema jurídico; -identificar las novedades en la jurisprudencia así como en el derecho consuetudinario; -aclarar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho ambiental internacional y las normas de derechos humanos, así como la relación entre ellos; -continuar desarrollando las conclusiones del informe de la CDI en el trabajo sobre el “efecto de los conflictos armados en los tratados” en cuanto a la continuación de los tratados de protección del medio ambiente y los derechos humanos; -aclarar la relación existente entre el derecho de los tratados vigente y la evolución jurídica reciente (incluido el razonamiento jurídico); -sugerir lo que debe hacerse para lograr un sistema uniforme y coherente (a fin de evitar el riesgo de la fragmentación)

---

<sup>118</sup> Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V, ob. cit. pp. 235-246.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

y, por último, -considerar la formulación de normas aplicables y formular principios de derecho internacional general pertinentes para el tema<sup>120</sup>.

Estos objetivos trazados por la Comisión explican –por una parte– la organización del presente trabajo en orden a incluir, en la parte general, algunos lineamientos básicos sobre los trabajos previos en materia de diversificación material del derecho internacional a fin de identificar la existencia de un orden jurídico uniforme en la presente temática (lo cual hoy, presenta una realidad compleja en ese aspecto) y, por el otro lado, nos depara expectativa en cuanto a sus resultados finales dado que actualmente el tema continúa en agenda, tal como lo observaremos a continuación.

La Comisión indica al respecto de lo que venimos comentando, que el resultado final podría ser un proyecto de convención marco o una declaración de principios y normas sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado<sup>121</sup>. Como sabemos, de acuerdo con el estatuto de funcionamiento<sup>122</sup>, la comisión formula recomendaciones de trabajo a la Asamblea General, en cuanto a la etapa preliminar, así como una vez elaborado el informe final, en la elevación a dicho órgano deliberativo de las Naciones Unidas.

La Comisión trazó un plan de trabajo de 5 años, determinando que en los primeros tres años se dedicarían a identificar las normas existentes y estudiar los posibles conflictos entre ellas. Los siguientes dos años se dedicarían a elaborar las conclusiones operativas y el documento final<sup>123</sup>. En 2013 decidió incluir el tema en el programa de trabajo (dado que en el 2011 se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo) y designó como Relatora Especial a cargo a la señora Marie G. Jacobsson<sup>124</sup>.

A continuación, pasaremos a realizar un análisis de lo trabajado hasta el momento por la Comisión. En tal sentido corresponde destacar que la Comisión aprobó provisionalmente en su 68° periodo de sesiones

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 239-240.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>122</sup> Disponible en:

<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf&lang=EF>

[última referencia: 09.03.2018].

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>124</sup> Cf. A/72/10 Informe anual correspondiente al año 2017, p. 228. Disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2017/>. [última referencia: 09.03.2018].

correspondiente al año 2016, los proyectos de principio: 1, 2, 5, 9, 10, 11, 12, y 13 con sus comentarios. Todos ellos correspondientes al segundo informe de la relatora. En el mismo periodo de sesiones, la Comisión examinó el tercer informe de la Relatora Especial y tomó nota de los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, aprobados provisionalmente por el Comité de redacción.

Dado que no se trata del informe definitivo y que, en consecuencia, lo que aquí incorporemos puede modificarse en las próximas sesiones de trabajo de la Comisión, señalaremos en el presente apartado los aspectos que consideramos más relevantes de los proyectos de principio aprobados provisionalmente hasta el momento.

En primer lugar, el trabajo de la Comisión está dirigido a proteger el ambiente tanto durante el conflicto armado como antes y después del mismo, lo cual incluye también la adopción de medidas preventivas, así como la designación, por los Estados, de zonas protegidas mediante acuerdo o de otro modo, consideradas como tal por su gran importancia medioambiental y cultural; siempre y cuando dichas áreas no contengan objetivos militares, entendidos estos como aquellos objetivos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida<sup>125</sup>.

La CDI aclara también en su proyecto de principio 1 (referido al alcance del trabajo), que, en posteriores periodos de trabajo, revisará el empleo de la expresión “medio ambiente” o “medio ambiente natural”.

La protección durante un conflicto armado implica evitar daños extensos, duraderos y graves y también evitar ataques contra el medio ambiente natural, a menos que constituya un “objetivo militar”. Recordemos lo dicho al respecto en el trabajo de Bothe, Bruch, Diamond y Jensen en cuanto a las lagunas planteadas por ellos al momento de analizar la protección ambiental en época de conflicto armado<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Cf. A/71/10 Informe anual correspondiente al año 2016, numeral 12, p. 356. Disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2016/> [última referencia: 09.03.2018].

<sup>126</sup> Bothe, Michael; Bruch, Carl; Diamond, Jordan; sen, David, ob. cit.

Por otro lado, durante el conflicto armado el ambiente será protegido y respetado de conformidad con el derecho internacional aplicable, en particular el de los conflictos armados. En este aspecto, la CDI trazó la distinción entre las expresiones “derecho de los conflictos armados” incluyendo aquí no sólo la protección de las víctimas, sino también los medios y métodos de hacer la guerra y, por otro lado, “derecho internacional humanitario” como parte del derecho de los conflictos armados que tiene por objeto proteger a las víctimas de un conflicto armado<sup>127</sup>.

En el pasado año 2017, como la relatora especial ya no era miembro de la Comisión, se conformó un Grupo de Trabajo que destacó la necesidad de concluir, mantener y tomar como base los trabajos realizados hasta el momento coincidiendo también en que aspectos como la armonización normativa y la cobertura de lagunas eran fundamentales. Como consecuencia de ello, en la sesión celebrada el 4 de agosto de ese año, se nombra Relatora Especial a la señora Marja Letho<sup>128</sup>. En el próximo período de sesiones que se realizará durante el presente año 2018, la CDI continuará trabajando en el tema.

Así como en 2017, y con nuevo Relator Especial designado, la Comisión decidió mantener y tomar como base lo realizado hasta el momento, el Grupo de Trabajo entendió necesario examinar otros ámbitos, con lo cual se deduce que su trabajo en el presente año 2018 se encausará y organizará a partir de los siguientes abordajes temáticos<sup>129</sup>:

*Cuestiones de complementariedad con otras ramas del derecho internacional, así como la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación.* De ello podemos inferir que, tomando criterios emanados de su trabajo (y del informe final) en materia de fragmentación y diversificación material del derecho internacional (ya comentados en el presente trabajo, en su primera parte), la Comisión se abocará a diseñar mecanismos normativos

---

<sup>127</sup> Cf. A/71/10 ob. cit, punto 4), p. 354. Disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2016/> [última referencia: 09.03.2018].

<sup>128</sup> Cf. A/72/10 Informe anual correspondiente al año 2017, p. 229.

<sup>129</sup> Anuario 2017. A/72/10 p. 229.

armónicos entre el DIMA, el DIH, el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los refugiados<sup>130</sup>.

*Cuestiones relacionadas con la responsabilidad, tanto en términos de “responsibility”, como de “liability” así como la responsabilidad de “actores no estatales” y la aplicación general del proyecto de principios, a conflictos armados no internacionales.* En este ámbito entendemos que la Comisión se encargará de estudiar cuestiones relacionadas con las formas de reparación ante el acaecimiento de situaciones contempladas en los proyectos de principio sobre la protección del ambiente en situación de conflicto armado. Por otro lado, entendemos que puede resultar –a todas luces– de sumo interés para el derecho internacional en general (e independientemente de esta temática en particular), el abordaje por parte de la CDI de la cuestión de la posible responsabilidad de actores no estatales y de grupos armados organizados en el contexto de conflictos armados no internacionales dado que ello podría arrojar luz al estudio, aproximación y abordaje de determinadas situaciones en torno al instituto de la subjetividad internacional.

Por último, la Comisión sugirió añadir un proyecto de principio que estableciera que *los Estados deberán ser cautelosos a la hora de probar armas nuevas y que debían elaborar manuales militares adecuados a la previsión de conflictos armados*<sup>131</sup>. En este aspecto, creemos que la CDI se verá inmersa en la tarea de analizar el impacto tecnológico en el ámbito de un conflicto armado y cómo ello puede influir en la obligación de proteger el ambiente. La temática colocada en agenda entendemos que es de gran relevancia dado que, como surge del presente trabajo, en la actualidad y desde hace ya un tiempo, el concepto tradicional de “guerra” y/o “conflicto armado” en los hechos, ha sufrido significativamente la evolución tecnológica, al incorporarse nuevas armas y, por ende, modificar los medios y métodos de hacer la guerra. En ese sentido, más allá de que existan normas del DIH aplicables, tal como analizamos *a priori*, creemos que se

---

<sup>130</sup> Este último no lo tratamos en nuestro trabajo dado que no analizamos los desplazamientos humanos que los conflictos armados generan y la necesidad de otorgarle un marco jurídico de protección a las personas que se encuentran envueltas en una situación de desplazamiento forzoso por esa causa, pero allí radica la incidencia que este sistema normativo del derecho internacional, posee en la materia en trato.

<sup>131</sup> Anuario 2016. A/71/10 p. 341.

hace necesario contar con reglas jurídicas específicas, es decir, creadas a tal fin y no sólo adaptadas para su aplicación a la “(re)evolución tecnológica”.

El entorno ambiental en un conflicto armado, en síntesis y como ya lo indicamos, representa al “todo”, dado que corresponde incluir en él, recursos tales como: agua, (incluyendo espejos y cursos de agua), tierra, aire, flora, fauna; todo ello puede verse seriamente damnificado por un inadecuado uso de los medios y métodos de combate. Desde la utilización de material nuclear, radioactivo, armas de destrucción masiva, vehículos no tripulados (drones), se puede generar un desastre de gravísima magnitud en el ambiente.

Paralelamente la tecnología también brinda herramientas útiles que coadyuvan en las tareas de protección del ambiente, como los satélites que permiten conocer el clima y sus “incidentes” con antelación suficiente para evitar (o minimizar) los daños de una catástrofe climática preservando vidas humanas y bienes naturales.

Por las razones expuestas es que creemos que resultará de sumo beneficio e interés la inclusión en la agenda de la CDI de las cuestiones aquí planteadas como perspectivas propias de cada tema, y que emanan de las temáticas que la propia comisión colocó expresamente como necesarias de estudiar, para completar el informe final acerca de la protección del ambiente en situación de conflicto armado.

#### **IV) Conclusiones. Reflexiones finales a modo de colofón**

A lo largo del presente trabajo hemos intentado reflejar la situación dada por la afectación del ambiente en el ámbito de un conflicto armado, en donde la incidencia del factor tecnológico cobra especial relevancia. Por lo que, en diferentes partes, nos hemos referido al concepto “(re) evolución tecnológica”, dado que hemos sostenido en estas líneas que la tecnología, a la par de traer beneficios al derecho internacional (marcando una evolución en la disciplina), le depara desafíos en orden a la atención y regulación de nuevas amenazas que ella trae aparejada (la revolución que la tecnología genera). En tal sentido, destacamos que el derecho internacional ha convivido casi desde su nacimiento y, desde luego, a lo largo de su evolución, con los adelantos tecnológicos que lo han aggiornato, dando

lugar a diversos mecanismos e institutos, hoy propios de esta disciplina jurídica, tales como la cooperación internacional intergubernamental a través de las organizaciones internacionales y de regulaciones particulares en orden a la determinación de la anchura del mar territorial, la transmisión de tecnología y la utilización de satélites de teleobservación para el desarrollo y protección del ambiente, entre otras incidencias de la tecnología en el entorno del derecho internacional. Pero también planteamos que la tecnología usada de modo incorrecto o para causar daños deliberados merece especial atención, y, luego de haber consultado diversas fuentes para realizar este trabajo, creemos que ello es moneda corriente hoy día. La comunidad internacional está sujeta a muchas amenazas en la actualidad, y el orden jurídico que la regula, si bien creemos y así lo sostuvimos en el trabajo, que posee herramientas para hacer frente a ello, también expusimos aspectos débiles de protección y ante ello, el derecho internacional no puede estar ajeno.

Nos hemos preguntado en el trabajo, acerca de qué nos dice el derecho internacional frente a esta realidad preocupante, por cierto. La Cláusula Martens, el artículo 36 del Protocolo Adicional I de Ginebra y los principios del Derecho Internacional Humanitario de proporcionalidad y distinción, nos dan respuestas para rebatir argumentos que indican una posible ausencia de normas que regulen estas nuevas realidades.

Como dijimos en el apartado respectivo del presente trabajo, más allá de las opiniones en contra que esta afirmación puede generar, creemos que el artículo 36 del Protocolo Adicional I, por la importancia de su contenido en cuanto a limitar el uso indiscriminado de armamento por parte de los Estados, ello sólo ya lo convierte –cuando menos– en una norma del derecho internacional general con lo cual, es irrelevante la cantidad de ratificaciones que posea el señalado protocolo.

Mención aparte en nuestra conclusión merece la Opinión Consultiva de la CIJ sobre la legalidad de la amenaza y del uso de armas nucleares. Allí la Corte es muy clara en decir que, si bien las armas nucleares han sido creadas muy *a posteriori* de las normas que conforman el DIH, no por ello están exentas de su ámbito de aplicación. De optarse por un criterio diferente, y dado que todo el núcleo duro del derecho internacional se ha formado mucho antes de la (re)evolución tecnológica de la cual hoy somos

protagonistas, estaríamos frente a una verdadera desprotección de las normas internacionales y, claramente, ello no es así.

Del trabajo, creemos que también ha quedado verificado que tanto el DIMA como el DIH son regímenes autónomos del Derecho Internacional a los cuales el impacto tecnológico no les es ajeno. Ellos no sólo se nutren mutuamente al aplicarse normas de ambos a una misma situación: por ejemplo, la protección de bienes naturales en un escenario de beligerancia; sino que también encuentran una pacífica convivencia con las normas del derecho internacional general. Ello lo hemos comprobado con los trabajos de la CDI en materia de diversificación material de este ordenamiento jurídico. No obstante, esta armonización, creemos, merece unos “ajustes” que –a nuestro criterio– giran por entender que el DIMA está pensado desde sus cimientos para regir en tiempos de paz, mientras que con el DIH sucede lo contrario. Entonces ello genera, a nuestro entender, lo que tantas veces sostuvimos en estas líneas y es que el ambiente no está entre los valores esenciales a defender en un conflicto armado tanto tradicional ni, mucho menos aún, en los nuevos escenarios virtuales dados por las llamadas ciberguerras (o cyber-warfare). Creemos en lo particular que aún falta la conciencia de que el ambiente es todo: tierra, aire, cursos de agua, así como la propia agua dulce y sus sistemas de saneamiento y potabilización, flora, fauna, y podríamos seguir nombrando elementos y bienes naturales constitutivos de nuestro hogar común; el planeta. Como dijimos en un apartado del trabajo, la protección ambiental en situación de beligerancia es (o debe serlo, ciertamente en los hechos) una consideración imperativa para tutelar por todos los Estados.

Por lo expuesto *supra*, celebramos que las Naciones Unidas hayan considerado fijar un día internacional para la conmemoración del ambiente y su protección en ámbitos de beligerancia y que ello lo haya elevado a la consideración del artículo 2 párrafo 4 de la Carta. Creemos que los trabajos de la CDI sobre protección del ambiente en situación de conflicto armado deben efectuar una consideración similar, así como intensificar su análisis acerca de la incidencia y posible regulación de la cuestión tecnológica y su influencia en el ambiente en situación de beligerancia. En ese aspecto puntual, celebramos la inclusión de un proyecto de principio que establezca la obligación de los Estados de ser cautelosos al momento de probar nuevas armas ya que, creemos que indefectiblemente aquí deberá tratarse el fuerte impacto tecnológico en el escenario de los conflictos armados.

Los temas que ha colocado la comisión en su agenda para el presente año 2018 nos resultan interesantes. Como mencionamos en su oportunidad, el hecho de que la CDI aborde el tema de los actores no estatales en el marco del instituto de la responsabilidad internacional, lo consideramos muy oportuno y de suma utilidad para el Derecho Internacional en sus estructuras teóricas clásicas, en orden a tomar lo que resulte de esos trabajos, como parámetros para aplicar en otros ámbitos de esta disciplina, como el instituto de la subjetividad internacional y la regulación de ciertos aspectos donde entidades que no forman parte del elenco de sujetos del derecho internacional, están involucradas. Lo mismo, nos induce a pensar, la inclusión de la aplicación general del proyecto de principios en actual elaboración por parte de la comisión, a los conflictos armados no internacionales. Creemos que estos temas, además de aportar criterios de regulación novedosos y útiles al tema en examen, generarán una gran contribución al derecho internacional general.

Otra mención aparte (la segunda en esta conclusión), creemos que debe ser la referida a los ataques perpetrados directamente desde el ciberespacio, hoy huérfanos de normas que lo regulen; aquí sí hablamos de ausencia de normas expresas y casi también implícitas, dado que ese ataque, al no estar contemplado dentro del concepto de “agresión”, no habilita la activación del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas y la protección que ello genera en los Estados atacados. También las normas del DIH requieren un análisis muy particular a la hora de evaluar aplicarlas a un suceso de esas características. Y desde luego, creemos que nadie puede disentir en la afirmación de que esos ataques pueden ser igual o más dañinos a los bienes naturales y a la persona humana, que la guerra clásica, con armamentos tradicionales o tecnológicamente sofisticados. Ello sí merece una regulación por parte del derecho internacional, en orden a brindar resguardo frente a estos ataques.

Por otro lado, y en relación a los medios utilizados para hacer la guerra, las nuevas armas y la tecnología en general utilizada de modo indebido, coincidimos plenamente con el Relator Especial Philip Alston y con el CICR en relación a que allí también se hace necesario una regulación especial que, en base a los principios y normas generales que mencionamos antes como reguladoras actualmente de este fenómeno tecnológico,

establezcan marcos específicos de actuación para los Estados y demás partes en un conflicto armado.

Por último, también hemos querido reflejar en estas líneas que, bajo nuestra personal opinión, la protección del ambiente no debe estar asociada a la mayor o más alta tecnología existente, sino que debe ser una cuestión vinculada directamente a la protección de la persona humana y de uno de sus derechos humanos esenciales; el de gozar de un ambiente sano. Las distintas generaciones de “guerras” que hemos señalado en el trabajo así lo demuestran. La tecnología siempre estuvo presente y, de algún modo, ha ido marcando las generaciones de guerra, pero en el cuidado de los bienes naturales y del ambiente en general en una situación de beligerancia, creemos que la comunidad internacional aún sigue teniendo una deuda pendiente con la persona humana y con la gran casa de todos, ¡¡nuestro querido ambiente!!

## V) Bibliografía.

### Libros y publicaciones académicas:

Armas Pfirter, Frida; Barberis, Julio A.; Querol, María, *Sujetos del derecho de gentes*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1998.

Barberis, Julio A., “Formación del derecho internacional”, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1994.

Bothe, Michael; Bruch, Carl; Diamond, Jordan; Jensen, David, “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, *International Review of the Red Cross*, 2010, N° 879, p. 322 y ss.

Cesare, Romano, “El lado oscuro de la luna: Fragmentación de las instituciones que aplican normas jurídicas internacionales”. *Revista Puente Europa*. Año V, Número 2 (nueva serie), 2007, pp. 29/33.

Del Castillo, Lilian, “La protección ambiental internacional y el agua: estado del debate”, en: “La contaminación fluvial en el derecho internacional. Casos recientes de la práctica sudamericana”, Lilian del Castillo Directora, Buenos Aires, La Ley, 2013. p. 3 y ss.

Entrevista a Antonio Remiro Brotons, *Revista Puente Europa*. Año V, Número 2 (nueva serie), 2007, pp. 24-7.

Moncayo; Vinuesa; Gutierrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalia, 1990.

Montiel, Moisés A., “Las guerras de 4ta. generación y su regulación jurídica”, *RECorDIP* 2013, Vol. 1 N° 2, pp. 1-39.

Oberson Bernard, “CICR – derecho internacional humanitario – respuestas a sus preguntas”. Comité Internacional de la Cruz Roja – Geneve – 1997.

También se han consultado las siguientes publicaciones del CICR (formato: folletos breves de difusión):

- Comité Internacional de la Cruz Roja – Delegación Regional del CICR para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay en su sitio web: [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa);
- “Resumen de los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 y de sus Protocolos Adicionales” – CICR, 19 Avenue de la Paix, 1202 – Ginebra, Suiza;
- CICR, “Biotecnología, armas y humanidad”. Folleto de divulgación. CICR, 19 Avenue de la Paix, 1202 – Ginebra, Suiza;
- Cruz Roja Argentina: “Periódico informativo para colaboradores”, Marzo 2003. [info@cruzroja.org.ar](mailto:info@cruzroja.org.ar) /// [www.cruzroja.org.ar](http://www.cruzroja.org.ar);
- “Una mirada a los principios” Cruz Roja – Media Luna Roja, Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Número 4, año 2002, págs. 4/9;
- “Descubra el CICR” – Publicación del CICR – Original en idioma inglés – Diciembre 2002;
- “Los principios fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja” – Publicación del Comité Internacional de la Cruz Roja – Febrero 2003;
- “Prevenir y aliviar el sufrimiento humano”. Cruz Roja Argentina, sede central sita en la calle Hipólito Irigoyen Nro. 2068 C1089AAN, Buenos Aires, Argentina;
- CICR, Directrices para los manuales de instrucción militar sobre la protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado, Ginebra, 1994.

Travieso, Juan Antonio, “Derecho Internacional 2.0”, Revista Jurídica de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2012.

Valladares, Gabriel Pablo, “Violaciones del Derecho Internacional Humanitario, la legislación argentina y la contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2012.

Vigevano, Marta R, “Los efectos de los conflictos armados en el medio ambiente. Su compleja relación jurídica”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2012.

Sitios web consultados:

ABC, ¿sería posible (lícitamente) un espionaje como el programa Prism en España?”. 19 de junio de 2013. Disponible en: <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20130619/abci-espionaje-prism-espana-redes-201306181425.html> [última referencia: 25.03.2018].

Amestoy, Enrique: “Ciberguerra y Soberanía Tecnológica”. Publicado en “Política Comunicada. Innovación en la gestión pública”. 14 de agosto de 2015. Disponible en: <http://politicacomunicada.com/ciberguerra-y-soberania-tecnologica/> [última referencia: 23.03.2018]

Asamblea General – Organización de las Naciones Unidas:

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427> [última referencia: 26.02.2018].

<http://www.un.org/es/development/devagenda/sustainable.shtml> [última referencia: 26.02.2018].

Convención de Naciones Unidas contra todas las formas de discriminación contra la mujer: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> [última referencia: 26.02.2018].

Convención sobre los Derechos del Niño: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNDerechos.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNDerechos.pdf) [última referencia: 26.02.2018].

Comisión de Derecho Internacional – Asamblea General – Organización de las Naciones Unidas: <http://legal.un.org/ilc/> [última referencia 01.04.2018]

Corte Interamericana de Derechos Humanos:  
<http://www.corteidh.or.cr>

Corte Internacional de Justicia: [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

El País: <https://www.elpais.com.uy/mundo/facebook-sigue-medio-tormenta-fuerte-presion.html>.

García Toni, Javier, “La guerra fría del siglo XXI”. Publicado el 26.02.2014 en el blog: [esglobal.org](http://www.esglobal.org). Disponible en: <http://www.esglobal.org/la-guerra-fria-del-siglo-xxi> [última referencia: 25.03.2018].

Giménez Chueca, Iván, “¿Es posible un Pearl Harbor cibernético?” Publicado el 07.12.2015 en el blog: [esglobal.org](http://www.esglobal.org). Disponible en: <https://www.esglobal.org/es-posible-un-pearl-harbor-cibernetico/> [última referencia: 25.03.2018].

González Veiguela Lino, “Los ciberataques (conocidos) más importantes”. Se lo puede hallar en: <http://www.esglobal.org/la-lista-los-ciberataques-conocidos-mas-importantes/> [última referencia: 25.03.2018].

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: [www.icty.org](http://www.icty.org)

Iturri Augusto, “Usando drones para el monitoreo ambiental”. 27.05.2013. Disponible en: [www.drones-argentina.com.ar](http://www.drones-argentina.com.ar) [última referencia 15.12.2016].

Llorens, María Pilar, “Los desafíos del uso de la fuerza en el ciberespacio”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XVII, 2017, pp. 785-816, México DF.

New York Times: <https://www.nytimes.com/es/2017/09/19/rusia-facebook-perfiles-falsos-elecciones-eeuu/> [última referencia: 25.03.2018].

Informes y documentación oficial de organizaciones internacionales y sus órganos.

Alston, Philippe, “Reporto f the Special Rapporteur on extrajudicial, summary, or arbitrary executions; A/HRC/14/24/Add.6, párr. 80, 28.05.2010.

Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2017. A/72/10, p. 228.

Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2016. A/71/10, p. 356.

Anuario Comisión de Derecho Internacional correspondiente al año 2011. Anexo V. Informe preliminar: “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”. pp 235 – 246.

International Law Comission, “Fragmentation of International Law: Report on the work on its fifty-eighth Session (1 May, 9 Jun and 3 July to 11 August 2006)”. General Assembly. Official Records, Sixty-first-Session, Supplement nº 10 (A/61/10).

Resolución N° 47/37 AG-ONU, 09/02/1993, Protection of the environment times of armed conflict, UN Doc. a/res. /47/37.

Resolución N° 37/7 AG-ONU, 28/10/1982, Carta Mundial de la Naturaleza, UN DOC. A/RES. /37/7, principio 5.

Convención de Naciones Unidas contra todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Jurisprudencia – Opiniones Consultivas citadas.

Opinión Consultiva “OC-23”. “Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad física – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos del 07 de febrero de 2018.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia – Herzegovina v. Serbia Montenegro) Reports 2007.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136.

Caso Prosecutor v. Tadic, IT-94-1-A, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Sentencia del 15 de julio de 1999.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Case concerning the United States Diplomatic and Consular staff in Tehran (United States of America v. Iran) I.C.J. Reports 1980, p. 2.

# EL DEBER DE REDUCIR EL RIESGO DE DESASTRES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*Marcos Nelio Mollar\**

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Desarrollo histórico: de Yokohama a Sendai; II.1. Hacia la reducción del riesgo de desastres; II.2. La reducción de riesgos de desastres; III. Apreciaciones conceptuales; III.1. Desastres; III.2. Riesgo de desastres; III.3. Reducción de riesgo de desastres; IV. El deber de reducir el riesgo de desastres; IV.1. En el derecho internacional de los derechos humanos; IV.2. En el derecho Internacional Ambiental; IV.3. En el derecho internacional relativo a los desastres; IV.4. En la legislación interna de los Estados en materia de desastres; IV.5. En el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas; V. Conclusiones.

## I. Introducción

Ciertos fenómenos naturales tales como los terremotos, ciclones, huracanes, tornados, tifones, maremotos, inundaciones, desprendimientos de tierra, erupciones volcánicas, incendios y otras calamidades de origen natural pueden derivar en situaciones de desastre.

El riesgo de desastre surge cuando las amenazas interactúan con factores de vulnerabilidad físicos, sociales, económicos y ambientales. Las pérdidas que ocasionan los desastres acarrear graves consecuencias para la supervivencia, la dignidad y los medios de vida de los seres humanos, en particular los más pobres.

---

\* Profesor de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales, Universidad Católica Argentina, Facultad de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina. Se desempeña también como Jefe de Trabajos Prácticos en la asignatura de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires y es miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI y miembro de la Plataforma Nacional para la Reducción de Riesgo de Desastres en representación de la Universidad Católica Argentina.

El riesgo de desastres es un motivo de creciente preocupación mundial cuyo impacto y acción en una región pueden repercutir en los riesgos de otra, y viceversa.

Pese a que se va comprendiendo y reconociendo cada vez más la importancia de la reducción del riesgo de desastre y a que han aumentado los medios de respuesta, los desastres y en particular la gestión y la reducción del riesgo siguen representando un desafío mundial.

El objetivo del presente trabajo es analizar si existe un deber de reducir el riesgo de desastres en el derecho internacional público. Inicialmente se abordará el desarrollo histórico del concepto de riesgo de desastres para luego precisar su alcance y, después, considerar el deber de reducir el riesgo de desastres en el derecho internacional público. Finalmente, se esbozarán algunas conclusiones.

## II. Desarrollo histórico: de Yokohama a Sendai

### *II.1. Hacia la reducción del riesgo de desastres*

Una de las primeras iniciativas en el ámbito de Naciones Unidas sobre el tema, es el informe elaborado en 1979 por un grupo de expertos, integrado por científicos y planificadores especializados en los principales riesgos naturales de origen meteorológico, geológico y geofísico, en el que se estudiaban en detalle los desastres naturales y las vulnerabilidades<sup>1</sup>, en el marco del proyecto impulsado por la entonces Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre, predecesora de la actual Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios<sup>2</sup>. En el mencionado informe, se llegó a la conclusión de que “actualmente también se tiene conciencia de que las consecuencias tanto reales como posibles de los riesgos naturales son tan graves y de escala tan crecientemente global

---

<sup>1</sup> Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en caso de Desastre (UNDRO), *Natural Disaster and Vulnerability Analysis, Report of the expert group meeting*, 9-12 de julio de 1979, UNDRO/EXPGRP/1.

<sup>2</sup> Sexto Informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, presentado por Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/662, 03/05/13, p. 5.

que en lo sucesivo deberá prestarse una atención mucho mayor a la planificación y la prevención antes de los desastres”<sup>3</sup>.

Más tarde, mediante la resolución 42/169 de 1987, la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante la Asamblea General) reconoció:

“(…) la responsabilidad que incumbe al sistema de las Naciones Unidas de promover la cooperación internacional en el estudio de los desastres naturales de origen geofísico y en la elaboración de técnicas para mitigar los riesgos que se derivan de estos, así como de coordinar el socorro en casos de desastre, la preparación para los desastres y la prevención de desastres, incluidas la predicción y la alerta temprana ... [y decidió] designar el decenio de 1990 como un decenio en que la comunidad internacional, con los auspicios de las Naciones Unidas, prestar[ía] especial atención al fomento de la cooperación internacional en la esfera de la reducción de los desastres naturales”<sup>4</sup> (en adelante el Decenio).

En 1989, la Asamblea General aprobó el “*Marco Internacional de Acción del Decenio*”, una de cuyas secciones estaba dedicada a las medidas que había de adoptar el sistema de las Naciones Unidas. En dicho Marco “se insta a los órganos, organizaciones y organismos del sistema de las Naciones Unidas a que otorguen prioridad en sus actividades operacionales, según proceda y de manera concertada, a la preparación para casos de desastres naturales y a las medidas de prevención, socorro y recuperación a corto plazo”. Asimismo, se reconocía “la importante responsabilidad que incumbe al sistema de las Naciones Unidas en su conjunto de promover la cooperación internacional para mitigar los desastres naturales, proporcionar asistencia y coordinar el socorro y las medidas de preparación para los desastres y la prevención de los mismos”<sup>5</sup>.

En 1991, la Asamblea General aprobó la resolución 46/182, piedra angular sobre la materia, en cuyo anexo se incluyen varios principios rectores sobre la asistencia humanitaria, la preparación, la prevención y la transición del socorro a la rehabilitación y el desarrollo<sup>6</sup>. En particular, se señala que “se debería tratar especialmente de que los gobiernos afectados y

---

<sup>3</sup> *Natural Disaster and Vulnerability Analysis. Report, doc. cit.*, Preámbulo.

<sup>4</sup> Resolución AG 42/169, 11 de diciembre de 1987.

<sup>5</sup> Resolución AG 44/236, 22 de diciembre de 1989.

<sup>6</sup> Resolución AG 46/182, 19 de diciembre de 1991.

la comunidad internacional adoptaran medidas de prevención y preparación en relación con los desastres”<sup>7</sup>. Las secciones II y III del anexo están dedicadas a la prevención y la preparación y contienen propuestas sobre las medidas específicas que debían adoptar la comunidad internacional y los Estados.

Ese mismo año, la Asamblea General observó que ya había unos 100 Estados que estaban respondiendo al llamamiento efectuado en 1989 de establecer estrategias nacionales para lograr los objetivos del Decenio y convocó a una conferencia mundial sobre reducción de los desastres naturales para contribuir a aplicar el Marco Internacional de Acción<sup>8</sup>.

En 1994 se celebró en Yokohama (Japón) la primera Conferencia Mundial sobre Reducción de los Desastres Naturales. Partiendo del examen de mitad de período del Decenio, la Conferencia culminó en la aprobación de la “*Estrategia de Yokohama para un mundo más seguro: directrices para la prevención de desastres naturales, la preparación para casos de desastres y la mitigación de sus efectos*” y el “*Plan de Acción*”<sup>9</sup>. Además, se adoptó el “*Mensaje de Yokohama*”, en el que los 148 Estados participantes reconocieron que “la prevención de desastres, la mitigación de sus efectos, la preparación y el socorro son cuatro elementos que contribuyen a la ejecución de la política de desarrollo sostenible, la cual a su vez redundará en beneficio de ellos”, indicando que “los países deben incluirlos en sus planes de desarrollo y velar por que se adopten medidas complementarias eficaces en los planos comunitario, nacional, subregional, regional e internacional”<sup>10</sup> y haciendo un llamamiento a que se siguiera mejorando la alerta temprana<sup>11</sup>. Asimismo, afirmaron que “para el logro de las metas y los objetivos del Decenio, la prevención de desastres, la mitigación de sus efectos y la preparación para casos de desastre son mejores que la reacción una vez ocurrido uno” y que “la reacción ante un caso de desastre no basta por sí sola”<sup>12</sup>. Para el resto del Decenio y más adelante, se instó a los Estados a “desarrollar y fortalecer la capacidad y los recursos nacionales y, cuando proceda, la legislación nacional para la prevención de desastres

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, para. 8.

<sup>8</sup> Resolución 46/149, 18 de diciembre de 1991, para. 3.

<sup>9</sup> Informe de la Conferencia Mundial sobre la reducción de los desastres naturales, Yokohama, 23 a 27 de mayo de 1994. Doc. A/CONF.172/9, cap. I, Resolución I, anexo I.

<sup>10</sup> *Ibidem*, anexo II, para. 2.

<sup>11</sup> *Ibidem*, cap. I, resolución I, anexo I, para. 5.

<sup>12</sup> *Ibidem*, para. 3.

naturales o de otro tipo, la mitigación de sus efectos y la preparación para esos casos”<sup>13</sup>.

En 1999 se puso en marcha la “*Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres*” (EIRD) como seguimiento del “*Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales*” y para desarrollar la Estrategia y el “*Plan de Acción de Yokohama*” y se creó la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR) como secretaría encargada de supervisar y orientar la Estrategia<sup>14</sup>. Según dicha secretaría, la Estrategia “refleja una importante transición del énfasis tradicional en la respuesta a los desastres a la reducción de los desastres, y en efecto trata de promover una ‘cultura de prevención’”<sup>15</sup>. Esta afirmación es un reflejo del contenido de las principales resoluciones de la Asamblea General relativas a la Estrategia, y hace hincapié en la necesidad de una cooperación internacional generalizada que preste especial atención a la prevención<sup>16</sup>.

La preocupación por la reducción del riesgo de desastres también quedó plasmada en otros ámbitos, como el del medio ambiente. Por ejemplo, en el “*Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible*” de Johannesburgo en 2002 se indicó:

“(…) la aplicación, con respecto a la vulnerabilidad a los desastres, la evaluación de riesgos y la gestión de desastres, de un enfoque integrado, inclusivo y que tenga en cuenta peligros múltiples, y que abarque las actividades de prevención, mitigación, preparación, respuesta y recuperación es esencial para que el mundo sea más seguro en el siglo XXI”<sup>17</sup>.

En similar sentido el Programa de Acción Humanitaria, aprobado en el marco de la 28a Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en 2003, se centró en cuatro esferas principales, una

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, para. 7.

<sup>14</sup> Resolución AG 54/219, 22 diciembre de 1999.

<sup>15</sup> UNISDR, “*What is the International Strategy?*”, puede consultarse en [www.unisdr.org/who-weare/international-strategy-for-disaster-reduction](http://www.unisdr.org/who-weare/international-strategy-for-disaster-reduction)

<sup>16</sup> Véanse las resoluciones AG 54/219 y AG 56/195, respectivamente.

<sup>17</sup> Informe de la Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002, Doc. A/CONF.199/20, anexo, para 37.

de las cuales era reducir el riesgo y los efectos de los desastres y mejorar los mecanismos de preparación y de respuesta. El objetivo final 3.1 del Programa es “reconocer la importancia de reducir el riesgo de desastres y tomar medidas para minimizar sus efectos sobre los grupos de población vulnerables”<sup>18</sup>.

Ese mismo año, la Asamblea General reconoció “la urgente necesidad de seguir desarrollando y utilizando los conocimientos científicos y técnicos existentes para reducir la vulnerabilidad a los desastres naturales”<sup>19</sup> y decidió celebrar una Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres en 2005 a fin de lograr resultados concretos con el objetivo de:

“a) Concluir el examen de la Estrategia de Yokohama y su Plan de Acción, con el fin de actualizar el marco de orientación para la reducción de desastres en el siglo XXI; b) Determinar actividades específicas encaminadas a asegurar el cumplimiento de las disposiciones pertinentes del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (‘Plan de Aplicación de Johannesburgo’)<sup>20</sup> sobre vulnerabilidad, evaluación de los riesgos y gestión de actividades en casos de desastre; c) Intercambiar las mejores prácticas y enseñanzas para fomentar la reducción de los desastres en el contexto de la consecución del desarrollo sostenible y determinar las deficiencias y los problemas; d) Cobrar más conciencia sobre la importancia de las políticas de reducción de desastres, y así facilitar y promover su aplicación y e) aumentar la fiabilidad y la disponibilidad de información adecuada sobre los desastres destinada al público y a los organismos de gestión de desastres en todas las regiones”<sup>21</sup>.

## *II.2. La Reducción del Riesgo de Desastres*

La segunda Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, que tuvo lugar en Kobe, Hyogo (Japón), del 18 al 22 de enero de 2005, señala el comienzo de una etapa en la cual el compromiso de reducir el riesgo de desastres comienza a consolidarse.

---

<sup>18</sup> 28a Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Programa de acción humanitaria (2003).

<sup>19</sup> Resolución AG 58/214, 23 de diciembre de 2003.

<sup>20</sup> Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, *doc. cit.*, cap. I, resolución 2, anexo.

<sup>21</sup> Resolución AG 58/214, para. 7.

A partir de este momento es posible advertir un nuevo enfoque más integral, en consonancia con otros desafíos planteados por la comunidad internacional como el desarrollo sostenible y la eliminación de la pobreza. Ello así, considerando que existen un sinnúmero de factores demográficos, políticos, sociales, económicos y de desarrollo que pueden agravar el contexto de desastre, más allá de la amenaza o peligro que plantea un determinado fenómeno natural.

La segunda Conferencia Mundial constituyó así una oportunidad excepcional para promover un enfoque estratégico y sistemático de reducción de la vulnerabilidad a los peligros y los riesgos que estos conllevan. En dicha ocasión aprobaron dos documentos relevantes, la “*Declaración de Hyogo*” y el “*Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*”<sup>22</sup>.

La “*Declaración de Hyogo*” reafirma el compromiso adoptado en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas<sup>23</sup> para fortalecer las actividades mundiales de reducción de los desastres en el siglo XXI; se reconoce la existencia de una relación intrínseca entre la reducción de los desastres, el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, a la vez que la necesidad de fomentar una cultura de la prevención de los desastres y de resiliencia, así como estrategias conexas previas a los desastres. También se afirma que incumbe principalmente a los Estados la protección de su población y sus bienes en su territorio frente a los peligros, por lo que resulta “apremiante incrementar la capacidad de los países en desarrollo propensos a los desastres, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, para reducir los efectos de los desastres redoblando los esfuerzos nacionales e intensificando la cooperación bilateral, regional e internacional, en particular mediante la asistencia técnica y financiera”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Informe final de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, Kobe, Hyogo (Japón), 18 a 22 de enero de 2005, Doc. A/CONF.206/6.

<sup>23</sup> Resolución AG 52/2, 8 de septiembre de 2000. En particular los objetivos de desarrollo y erradicación de la pobreza.

<sup>24</sup> Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, *doc. cit.*, pp. 4-5.

El “*Marco de Acción de Hyogo*” se concibió como el primer plan en el que se explica, describe y detalla la labor que deben realizar los diversos sectores y agentes para reducir las pérdidas ocasionadas por los desastres y persiguió como resultado para el decenio 2005-2015: “La reducción considerable de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto las de vidas como las de bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y los países”<sup>25</sup>.

Para lograr el resultado previsto, se establecieron los siguientes objetivos estratégicos: a) La integración más efectiva de la consideración de los riesgos de desastre en las políticas, los planes y los programas de desarrollo sostenible a todo nivel, con acento especial en la prevención y mitigación de los desastres, la preparación para casos de desastre y la reducción de la vulnerabilidad; b) La creación y el fortalecimiento de instituciones, mecanismos y medios a todo nivel, en particular a nivel de la comunidad, que puedan contribuir de manera sistemática a aumentar la resiliencia ante las amenazas; y c) En la fase de reconstrucción de las comunidades damnificadas, la incorporación sistemática de criterios de reducción de riesgos en el diseño y la ejecución de los programas de preparación para las situaciones de emergencia, de respuesta y de recuperación<sup>26</sup>.

Las prioridades de Acción del “*Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015*” eran las siguientes: 1) velar por que la reducción del riesgo de desastres constituya una prioridad nacional y local dotada de una sólida base institucional de aplicación; 2) identificar, evaluar y vigilar el riesgo de desastres y potenciar la alerta temprana; 3) utilizar los conocimientos, las innovaciones y la educación para crear una cultura de seguridad y de resiliencia a todo nivel; 4) reducir los factores de riesgo subyacentes; y 5) fortalecer la preparación para casos de desastre a fin de asegurar una respuesta eficaz a todo nivel<sup>27</sup>.

Otro hito importante, teniendo en cuenta la aplicación del “*Marco de Acción de Hyogo*”, fue la creación, por parte de la Asamblea General en 2006, de una *Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de*

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 11.

*Desastres*, como mecanismo para reemplazar al Equipo de Tareas Interinstitucional sobre Reducción de Desastres<sup>28</sup>.

Desde entonces se han celebrado cinco reuniones de la Plataforma Mundial, en 2007, 2009, 2011, 2013 y 2017. La labor preparatoria y de seguimiento de las reuniones de la Plataforma Mundial la dirige la *Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR)*<sup>29</sup>.

La Asamblea General reconoció que se había confirmado que la Plataforma Mundial “era el principal foro mundial para la coordinación del asesoramiento estratégico y la creación de asociaciones para la reducción del riesgo de desastres”<sup>30</sup>. Asimismo, solicitó a la UNISDR que “facilite la elaboración de un marco de reducción del riesgo de desastres para el período posterior a 2015”<sup>31</sup>.

La tercera Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres tuvo lugar en la ciudad de Sendai (Japón), del 14 al 18 de marzo de 2015, oportunidad en la que adoptaron la “*Declaración de Sendai*” y el “*Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*”<sup>32</sup>.

En la “*Declaración de Sendai*” se asume el firme compromiso de aplicar un nuevo marco como guía para intensificar los esfuerzos para hacer que el mundo esté más seguro frente al riesgo de desastres en las próximas décadas en beneficio de las generaciones presentes y futuras<sup>33</sup>.

El “*Marco de Sendai*”, por su parte, permitió concluir la evaluación y el examen de la aplicación del “*Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015*”, señalándose que este último ha sido un instrumento importante para la sensibilización del público y las instituciones, para generar compromiso político y para centrar e impulsar medidas por parte de una amplia gama de actores a todos los niveles<sup>34</sup>. Sin embargo, los desastres han seguido

---

<sup>28</sup> Resolución AG 61/198, 20 de diciembre de 2006, para. 15.

<sup>29</sup> Creada en 1999 como secretaria de la Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres, Resolución AG 54/219, *doc. cit.*

<sup>30</sup> Resolución AG 66/199, 22 de diciembre de 2011, para. 4 y 5.

<sup>31</sup> *Ibidem*, para. 5.

<sup>32</sup> Resolución AG 69/283, 3 de junio de 2015.

<sup>33</sup> *Ibidem*, Anexo I, para. 2 y 3.

<sup>34</sup> Resolución AG 69/283, Anexo II, para. 3.

multiplicándose, exacerbados por el cambio climático y otros factores subyacentes (como las consecuencias de la pobreza y la desigualdad, la urbanización rápida y no planificada, la gestión inadecuada de las tierras, los cambios demográficos, la no disponibilidad de las tecnologías, la utilización no sostenible de los recursos naturales, el debilitamiento de los ecosistemas, las pandemias y epidemias, entre otros), aumentando su frecuencia e intensidad, obstaculizando significativamente el progreso hacia el desarrollo sostenible y generando nuevos riesgos con un considerable impacto en los ámbitos económicos, social, sanitario, cultural y ambiental a corto, mediano y largo plazo<sup>35</sup>.

En general, el “*Marco de Acción de Hyogo*” ha proporcionado directrices fundamentales para reducir el riesgo de desastres y ha ayudado a progresar en el logro de los “*Objetivos de Desarrollo del Milenio*”. Sin embargo, su aplicación ha puesto de manifiesto varias carencias no sólo en el tratamiento de los factores de riesgo subyacentes, sino también en la formulación de los objetivos y prioridades de acción, en la necesidad de promover la resiliencia a los desastres a todos los niveles y en asegurar que se cuente con los medios de aplicación adecuados. Las carencias son muestra de la necesidad de desarrollar un marco orientado a la acción que los gobiernos y los actores pertinentes puedan implementar prestándose apoyo y complementándose y que contribuya a determinar los riesgos de desastres que han de gestionarse y oriente las inversiones para aumentar la resiliencia<sup>36</sup>.

En base a las enseñanzas extraídas, el “*Marco de Sendai*” estableció como resultado esperado para los siguientes 15 años: “La reducción sustancial del riesgo de desastres y de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto en vidas, medios de subsistencia y salud como en bienes económicos, físicos, sociales, culturales y ambientales de las personas, las empresas, las comunidades y los países”<sup>37</sup>.

Para alcanzar el resultado previsto, se fijó el siguiente objetivo:

“Prevenir la aparición de nuevos riesgos de desastres y reducir los existentes implementando medidas integradas e inclusivas de índole económica, estructural, jurídica, social, sanitaria, cultural, educativa,

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, para. 3 a 6.

<sup>36</sup> *Ibidem*, para. 9.

<sup>37</sup> *Ibidem*, para. 16.

ambiental, tecnológica, política e institucional que prevengan y reduzcan el grado de exposición a las amenazas y la vulnerabilidad a los desastres, aumenten la preparación para la respuesta y la recuperación y refuercen de ese modo la resiliencia”<sup>38</sup>.

A tal fin, en el “*Marco de Sendai*” se acordaron siete metas mundiales<sup>39</sup>, una serie de principios rectores<sup>40</sup> y prioridades de acción<sup>41</sup>.

Las decisiones relacionadas con la reducción del riesgo de desastres formuladas en la “*Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*”<sup>42</sup>, el “*Programa 21*”<sup>43</sup>, la “*Declaración de Johannesburgo sobre el*

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, para. 17.

<sup>39</sup> Las siete metas mundiales para el 2030 se pueden resumir como sigue: a) Reducir considerablemente la mortalidad mundial causada por desastres; b) Reducir considerablemente el número de personas afectadas a nivel mundial; c) Reducir las pérdidas económicas causadas directamente por los desastres; d) Reducir considerablemente los daños causados por los desastres en las infraestructuras vitales y la interrupción de los servicios básicos; e) Incrementar considerablemente el número de países que cuentan con estrategias de reducción del riesgo de desastres a nivel nacional y local para 2020; f) Mejorar considerablemente la cooperación internacional para los países en desarrollo y g) Incrementar considerablemente la disponibilidad de los sistemas de alerta temprana sobre amenazas múltiples y de la información y las evaluaciones sobre el riesgo de desastres transmitidas a las personas, y el acceso a ellos. *Ibidem*, para. 18.

<sup>40</sup> Entre los que se pueden destacar: la responsabilidad primordial de cada Estado de prevenir y reducir el riesgo de desastres, incluso mediante la cooperación internacional, regional, subregional, transfronteriza y bilateral; las responsabilidades compartidas entre los gobiernos centrales y las autoridades, los sectores y actores nacionales pertinentes; la gestión del riesgo orientada a la protección de las personas y sus bienes, salud, medios de vida y bienes de producción, así como los activos culturales y ambientales, la implicación y colaboración de toda la sociedad en la reducción del riesgo de desastres; mecanismos de colaboración intra-sectoriales e inter-sectoriales; el empoderamiento de las autoridades y las comunidades locales; el enfoque basado en múltiples amenazas y la toma de decisiones inclusiva; el principio “reconstruir mejor” e incrementar la educación y la sensibilización públicas sobre el riesgo de desastres, entre otros. *Ibidem*, para. 19.

<sup>41</sup> Las prioridades de acción del Marco de Sendai, se concentran en cuatro esferas prioritarias: “1) Comprender el riesgo de desastres; 2) Fortalecer la gobernanza del riesgo de desastres para gestionar dicho riesgo; 3) Invertir en la reducción del riesgo de desastres para la resiliencia y 4) Aumentar la preparación para casos de desastre a fin de dar una respuesta eficaz y para “reconstruir mejor” en los ámbitos de la recuperación, la rehabilitación y la reconstrucción”. *Ibidem*, para. 20.

<sup>42</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, resolución 1, anexo I.

<sup>43</sup> *Ibidem*, anexo II.

*Desarrollo Sostenible*<sup>44</sup> y el “*Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*” (Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo)<sup>45</sup> y el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012, titulado “El futuro que queremos”<sup>46</sup>, también encontraron recepción en el “*Marco de Sendai*”.

Asimismo, la necesidad de reducir el riesgo de desastres quedó reflejada en algunos instrumentos relevantes adoptados a partir de 2015, como la “*Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*”<sup>47</sup> y la “*Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*”<sup>48</sup>. Éstos representan una oportunidad sin precedentes para ofrecer un marco normativo mundial más coherente e integrado para gestionar el riesgo de desastres y fortalecer la resiliencia<sup>49</sup>.

El “*Marco de Sendai*” tiene un papel importante en el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y viceversa. De hecho, 10 de los 17 “*Objetivos de Desarrollo Sostenible*” tienen metas relacionadas con la reducción del riesgo de desastres. Del mismo modo, las siete metas mundiales del “*Marco de Sendai*” son fundamentales para el logro de los “*Objetivos de Desarrollo Sostenible*”. A fin de que las actividades de desarrollo eviten crear nuevos riesgos, la “*Agenda de Acción de Addis Abeba*”, por su parte, alienta a que se examine el cambio climático y la resiliencia a los desastres en la financiación para el desarrollo<sup>50</sup>.

El quinto período de sesiones de la *Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres*, celebrado en Cancún del 22 al 26 de mayo de 2017, y las deliberaciones del período de sesiones de 2017 del foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible bajo los auspicios del

---

<sup>44</sup> Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, *doc. cit.*, cap. I, resolución 1, anexo.

<sup>45</sup> *Ibidem*, resolución 2, anexo.

<sup>46</sup> Resolución AG 66/288, anexo.

<sup>47</sup> Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, Addis Abeba, Etiopía, 13-16 de julio de 2015.

<sup>48</sup> Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Resolución AG 70/1, Doc. A/RES/70/1, 25/09/2015.

<sup>49</sup> Aplicación del Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, Informe del Secretario General, Doc. A/71/230, 29/07/2016, p. 4.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 4-5.

Consejo Económico y Social, afianzaron aún más el compromiso de fomentar la integración entre las metas mundiales del “*Marco de Sendai*” y los “*Objetivos de Desarrollo Sostenible*” y otros órganos internacionales y regionales pertinentes.

Los diversos foros y órganos existentes en el ámbito de las Naciones Unidas, así como de la reciente evolución de los instrumentos internacionales sobre reducción de riesgos de desastres, brevemente reseñados hasta aquí, han permitido generar compromisos internacionales de tipo político, jurídicamente no vinculantes, e impulsar a los Estados a adoptar medidas tendientes a reducir el riesgo de desastres en sus respectivas jurisdicciones; incluso, como fuente material del derecho internacional, han facilitado la celebración de algunos tratados internacionales relativos a situaciones de desastres causados por fenómenos naturales, que incluyen algún tipo de referencia a la reducción de riesgo de desastres, cuyo análisis abordaremos en el apartado IV de esta obra.

### III. Apreciaciones conceptuales

A partir del contexto histórico anteriormente detallado, es posible ahora abocarnos al concepto de reducción del riesgo de desastres, en particular en cada uno de sus términos.

#### *III.1. Desastres*

El término “desastre” no es un término jurídico. No existe una definición generalmente aceptada de ese concepto en derecho internacional.

El Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe, de 1998, define una catástrofe como:

“(…) una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad que suponga una amenaza considerable y generalizada para la vida humana, la salud, los bienes o el medio ambiente, con independencia de que el desastre sea ocasionado por un accidente, la naturaleza o las actividades humanas y

de que sobrevenga súbitamente o como el resultado de un proceso dilatado y complejo”<sup>51</sup>.

En el “*Marco de Acción de Hyogo 2005-2015*” la amenaza se define como:

“Un evento físico, fenómeno o actividad humana potencialmente perjudicial que puede causar pérdida de vidas o lesiones, daños materiales, grave perturbación de la vida social y económica o degradación ambiental. Las amenazas incluyen condiciones latentes que pueden materializarse en el futuro. Pueden tener diferentes orígenes: natural (geológico, hidrometeorológico y biológico) o antrópico (degradación ambiental y amenazas tecnológicas)”<sup>52</sup>.

El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) sobre Protección de las personas en casos de desastre, define desastre como:

“Un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad”<sup>53</sup>.

Como vemos, las situaciones de desastre parecen surgir, entonces, como resultado de las condiciones de vulnerabilidad de los seres humanos que quedan expuestos a una amenaza o situación de peligro, con capacidad insuficientes para reducir o hacer frente a las posibles consecuencias negativas, que pueden incluir muertes, lesiones, enfermedades y otros efectos negativos en el bienestar físico, mental y social humano, conjuntamente con daños a la propiedad, la destrucción de bienes, la

---

<sup>51</sup> Véase el art. 1(6), del Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe, adoptado en Tampere (Finlandia) el 18/06/1998. Véase también el art. 1(3) del Acuerdo de la ASEAN sobre la gestión de los desastres y la respuesta a las emergencias, en el que se establece que por “desastre” se entenderá una alteración grave el funcionamiento de una comunidad o sociedad que cause pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales de gran alcance.

<sup>52</sup> Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, Hyogo, Doc. A/CONF.206/6, Res. 2, nota 2.

<sup>53</sup> Proyectos de artículos sobre Protección de las personas en casos de desastre, capítulo IV del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68° periodo de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10), 2016, p. 14.

pérdida de servicios, trastornos sociales y económicos y la degradación ambiental, afectando gravemente el funcionamiento de la sociedad<sup>54</sup>.

### III.2. Riesgo de desastres

Como se adelantó en el apartado II, el concepto de reducción del riesgo de desastres tiene su origen en una serie de resoluciones de la Asamblea General y ha sido desarrollado en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales, celebrada en Yokohama en 1994, en el “*Marco de Acción de Hyogo*” y en el “*Marco de Sendai*”, así como en varias sesiones de la Plataforma Mundial para la Reducción del Riesgo de Desastres.

La Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR), preparó en el año 2009 la “Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres”, en la que se señala al riesgo de desastres como: “Las posibles pérdidas que ocasionaría un desastre en términos de vidas, las condiciones de salud, los medios de sustento, los bienes y los servicios, y que podrían ocurrir en una comunidad o sociedad particular en un período específico de tiempo en el futuro”<sup>55</sup>.

El riesgo de desastre consiste, entonces, en la probabilidad de que se produzcan consecuencias perjudiciales o pérdidas en materia de vidas humanas o salud, medios de subsistencia, bienes y actividad económica o daños al medio ambiente, como resultado de un desastre.

### III.3. Reducción del riesgo de desastres

Según lo adelantáramos, el “*Marco de Acción de Hyogo*” estableció un enfoque integral para la reducción del riesgo de desastres y su resultado previsto, que es la reducción considerable de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto las de vidas como las de bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y los países. Para aspirar a la reducción del

---

<sup>54</sup> Para mayor abundamiento sobre el concepto de desastre véase, Silvina González Napolitano [et. al.], *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, SGN Editora, Avellaneda, 2015, pp. 11 y ss.

<sup>55</sup> Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR), *Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres*, Ginebra Suiza, 2009, p. 27, disponible en: [http://www.unisdr.org/files/7817\\_UNISDRTerminologySpanish.pdf](http://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologySpanish.pdf).

riesgo de desastres resulta necesario conocer la naturaleza del riesgo de desastres y del potencial que existe para reducirlos.

En este sentido, la UNISDR lo define como:

“El concepto y la práctica de reducir el riesgo de desastres mediante esfuerzos sistemáticos dirigidos al análisis y a la gestión de los factores causales de los desastres, lo que incluye la reducción del grado de exposición a las amenazas, la disminución de la vulnerabilidad de la población y la propiedad, una gestión sensata de los suelos y del medio ambiente, y el mejoramiento de la preparación ante los eventos adversos”<sup>56</sup>.

La reducción del riesgo de desastre requiere la adopción de medidas que se realizan antes de iniciarse el desastre, es decir, en la fase anterior, tales como la prevención, la mitigación y la preparación. Siguiendo la *Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres* preparada por la UNISDR, el significado de cada uno de los tres términos utilizados, prevención, mitigación y preparación se puede ilustrar como sigue:

### *III.3.a) Prevención*

“Prevención [es] [l]a evasión absoluta de los impactos adversos de las amenazas y de los desastres conexos. (...) La prevención (es decir, la prevención de desastres) expresa el concepto y la intención de evitar por completo los posibles impactos adversos mediante diversas acciones que se toman con anticipación. (...) Con mucha frecuencia, no es posible evitar por completo las pérdidas y las tareas se transforman en aquellas relativas a la mitigación. Por esta razón, al menos en parte, algunas veces los términos de prevención y de mitigación se utilizan de forma indistinta en su acepción informal”<sup>57</sup>.

### *III.3.b) Mitigación*

“Mitigación [es] [l]a disminución o la limitación de los impactos adversos de las amenazas y los desastres afines. (...) A menudo, no se pueden prevenir en su totalidad todos los impactos adversos de las amenazas, pero se pueden disminuir considerablemente su escala y severidad mediante diversas estrategias y acciones. (...) Se debe tener

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 25.

presente que en las políticas relativas al cambio climático se define la ‘mitigación’ de forma diferente, puesto que se utiliza el término para abordar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que son la fuente del cambio climático”<sup>58</sup>.

### III.3.c) Preparación

“Preparación [es] [e]l conocimiento y las capacidades que desarrollan los Gobiernos, los profesionales, las organizaciones de respuesta y recuperación, las comunidades y las personas para prever, responder y recuperarse de forma efectiva de los impactos de los eventos o las condiciones probables, inminentes o actuales que se relacionan con una amenaza. (...) La preparación es una acción que se lleva a cabo en el contexto de la gestión del riesgo de desastres. Su objetivo principal es desarrollar las capacidades necesarias para gestionar de forma eficaz todos los tipos de emergencia y lograr transiciones metódicas y ordenadas desde la respuesta hasta una recuperación sostenida. La preparación se basa en el análisis sensato del riesgo de desastres y en el establecimiento de vínculos apropiados con los sistemas de alerta temprana (...) [Las medidas que se adopten] deben recibir el apoyo de las capacidades institucionales, jurídicas y presupuestarias formales”<sup>59</sup>.

## IV. El deber de reducir el riesgo de desastre

Cabe ahora preguntarnos acerca de la existencia de un deber jurídico de reducir el riesgo de desastres en el derecho internacional. Para ello, identificaremos los tratados internacionales que contemplan dicho deber.

Partiendo del concepto de reducción del riesgo de desastres, analizado en el apartado anterior, se podría sostener que la *ratio legis* del deber de reducir el riesgo de desastres podría encontrarse en las obligaciones de prevenir, mitigar y preparar.

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

La prevención está estrechamente vinculada con una obligación primaria de prevenir los daños a la población y a los bienes propios y al medio ambiente en general<sup>60</sup>.

La obligación jurídica internacional de prevenir el daño, tanto en su dimensión horizontal<sup>61</sup> como vertical<sup>62</sup>, encuentra apoyo en el derecho de los derechos humanos y el derecho ambiental<sup>63</sup>.

#### *IV.1. En derecho internacional de los derechos humanos*

Los Estados tienen la obligación permanente y universal de proteger a quienes se encuentran en su territorio conforme a los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y las normas internacionales consuetudinarias de derechos humanos y cada derecho humano impone al Estado una triple obligación<sup>64</sup>: el deber de respetar (esto es, abstenerse de violarlo), proteger (o lo que es lo mismo, proteger a los titulares de los derechos de su violación por terceros) y cumplir (es decir, tomar medidas afirmativas para fortalecer el acceso al derecho)<sup>65</sup>. No obstante, la protección no sólo tiene que ver con las violaciones efectivas de los derechos humanos, sino que también conlleva la obligación de que los Estados prevengan dichas violaciones<sup>66 67</sup>.

---

<sup>60</sup> Protección de las Personas en caso de desastres, Memorando de la Secretaría, Doc. A/CN.4/590, 11/12/2007, para. 24.

<sup>61</sup> Los derechos y obligaciones de los Estados entre sí y con respecto a la comunidad internacional.

<sup>62</sup> Los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas que se encuentran en su territorio y bajo su control.

<sup>63</sup> Sexto Informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, CDI, *doc. cit.*, p. 16.

<sup>64</sup> Informe preliminar sobre Protección de las Personas en caso de desastres, presentado por el Sr. Eduardo Valencia Ospina, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/598, 05/05/2008, para. 25-26.

<sup>65</sup> Fisher, David, *Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*, Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2007, p. 34.

<sup>66</sup> Van Boven, Theo, "Prevention of human rights violations", en *The Future of Human Rights in a Changing World: Fifty Years since the Four Freedoms Address, Essays in Honour of Torkel Opsahl*, Asbjørn Eide y Jan Helgesen eds., Oslo, Norwegian University Press, 1991, p. 191.

<sup>67</sup> Esta obligación positiva de prevenir las violaciones de los derechos humanos se consagra expresamente en el artículo 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>68</sup> impone a los Estados la obligación positiva de respetar y asegurar los derechos humanos para todos los que estén sujetos a su jurisdicción, sin distinciones de ningún tipo. Los artículos 2 2) y 3 a) y b) indican la existencia de una obligación de prepararse ante las violaciones de los derechos humanos y de mitigar sus consecuencias. El artículo 2 2) se ha interpretado en el sentido de que conlleva “medidas preventivas que aseguren las condiciones necesarias para el goce sin trabas de los derechos consagrados en el Pacto”<sup>69</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado la obligación jurídica de los Estados de tomar medidas razonables para prevenir las violaciones de los derechos humanos del siguiente modo:

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte”<sup>70</sup>.

La protección de los derechos humanos afectados en casos de desastre –como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y a servicios médicos, el derecho al abastecimiento de agua, el derecho a vivienda, vestido y saneamiento adecuados, y el derecho a no ser discriminado, entre otros– se extiende a la adopción de medidas destinadas a prevenir y mitigar sus efectos. Así, la obligación internacional de prevenir y mitigar los desastres se desprende de la obligación universal de los Estados de asegurar derechos como el derecho a la vida y el derecho a la alimentación, el vestido y la vivienda<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Véase la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, 16/012/1966, anexo.

<sup>69</sup> Kriebaum, Ursula, “Prevention of human rights violations”, en *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, núm. 1, 1997, p. 156.

<sup>70</sup> Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 4, para. 174-175.

<sup>71</sup> Sexto Informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, CDI, *doc. cit.*, p. 17.

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe privar arbitrariamente de la vida, requiere que los Estados prevengan ciertos desastres previsibles que suponen un peligro para la vida. En su observación general sobre la interpretación del artículo 6, el Comité declaró que “sería deseable que los Estados tomaran medidas positivas para reducir la mortalidad, incluidas medidas para “eliminar la malnutrición y las epidemias”<sup>72</sup>.

El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. De ello podría derivarse que en casos de desastre, el Estado tendría la obligación de garantizar las condiciones de vida de todos mediante la mitigación de sus efectos<sup>73</sup>, aunque sea de manera progresiva de acuerdo con los recursos disponibles del Estado.

La Convención sobre los Derechos del Niño también reconoce “el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”<sup>74</sup>. Los Estados Partes en la Convención tienen el deber de adoptar “medidas apropiadas” para ayudar a los padres a cumplir su responsabilidad primordial de hacer efectivo tal derecho, “particularmente con respecto a la nutrición”<sup>75</sup>.

La Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad de 2006, prevé, en su artículo 11 que:

“Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el

---

<sup>72</sup> HRI/GEN/1/Rev.1, para. 5 (“Además, el Comité ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión ‘el derecho a la vida es inherente a la persona humana’ no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias”).

<sup>73</sup> Véase Nicoletti, Barbara, “The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States”, en *International Disaster Response Law*, Andrea de Guttry, Marco Gestri y Gabriella Venturini, eds., La Haya, T. M. C. Asser Press, 2012, p. 194.

<sup>74</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, art. 27 1).

<sup>75</sup> *Ibidem*, art. 27 3).

derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales”<sup>76</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido expresamente que el derecho a la vida exige que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para prevenir los desastres tanto naturales como provocados por el hombre. En dos casos pioneros, el Tribunal declaró que el hecho de no adoptar medidas factibles que habrían permitido prevenir o mitigar las consecuencias de desastres previsibles equivalía a una violación del derecho a la vida, lo que daba lugar a la responsabilidad del Estado con arreglo al derecho internacional<sup>77</sup>. En el asunto *Öneryıldız*, el Tribunal afirmó que el derecho a la vida “no sólo tiene que ver con las muertes derivadas del uso de la fuerza por un agente del Estado sino que también ... impone a los Estados una obligación positiva de tomar medidas apropiadas para salvaguardar las vidas de quienes se encuentran bajo su jurisdicción” ... [y destacó que] “esta obligación positiva conlleva sobre todo un deber primordial del Estado de establecer un marco legislativo y administrativo concebido para proporcionar un elemento eficaz de disuasión frente a amenazas al derecho a la vida”<sup>78</sup>.

En su sentencia de 2008 en el asunto *Budayeva*, el Tribunal declaró que en la esfera del socorro en casos de emergencia, cuando el Estado participa directamente en la protección de las vidas humanas a través de la mitigación de los peligros naturales, estas consideraciones deben aplicarse en la medida en que las circunstancias de un caso particular apuntan a la inminencia de un peligro natural que haya sido claramente identificable, especialmente cuando se refiera a una calamidad recurrente que afecte a

---

<sup>76</sup> Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006, art. 11.

<sup>77</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Öneryıldız v. Turkey*, demanda núm. 48939/99, sentencia de 30 de noviembre de 2004; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Budayeva and others v. Russia*, demandas núms. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, sentencia de 20 de marzo de 2008. Para mayor abundamiento véase Cárdenas Pérez, Leyddy, Aguirre, Luciana, El tratamiento en la jurisprudencia internacional sobre los desastres naturales, en González Napolitano, Silvina *et. al.*, *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, *ob. cit.*, pp. 119 y ss.

<sup>78</sup> TEDH, *Öneryıldız v. Turkey*, demanda núm. 48939/99, sentencia de 30 de noviembre de 2004, para. 128-129.

una zona delimitada apta para la habitación o el uso humanos. Señaló además que el alcance de las obligaciones positivas imputables al Estado en circunstancias particulares depende del origen de la amenaza y el grado en que un riesgo u otro, sea susceptible de mitigación<sup>79</sup>.

Por consiguiente, un Estado incurre en responsabilidad cuando hace caso omiso de su obligación de adoptar medidas preventivas en los casos en que un peligro natural es claramente identificable y dispone de medios eficaces para mitigar el riesgo<sup>80</sup>.

#### *IV.2. En el derecho internacional ambiental*

Los Estados tienen también la obligación de no causar daños ambientales en general y de asegurar que las actividades que se realicen bajo su jurisdicción no supongan un perjuicio para el medio ambiente o para zonas sujetas a la jurisdicción de otro Estado. En el derecho internacional del medio ambiente, el deber de prevenir abarca ambas obligaciones<sup>81</sup>. Como declaró la Corte Internacional de Justicia en el asunto del Canal de Corfú, este principio está bien arraigado en el derecho internacional<sup>82</sup> y ya había sido aplicado en 1941 en el arbitraje de la Fundición de Trail<sup>83</sup>.

El principio de prevención evolucionó a partir de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano<sup>84</sup>, cuyo principio 21 expresa:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de

---

<sup>79</sup> TEDH, *Budayeva and others v. Russia*, demandas núms. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, sentencia de 20 de marzo de 2008, para. 137.

<sup>80</sup> Kälín, Walter y Haenni Dale, Claudine, “Disaster risk mitigation – why human rights matter”, en *Revista Migraciones Forzadas*, N° 31, octubre 2008, p. 39.

<sup>81</sup> C.I.J., *Asunto de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*, (Argentina v. Uruguay), Fallo, 20/04/2010, opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, para. 59.

<sup>82</sup> C.I.J. *Asunto del Canal de Corfú*, (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte v. Albania), Fallo, 09/04/1949, *Recueil*, 1949, p. 22.

<sup>83</sup> Tribunal Arbitral, *Asunto del Trail Smelter*, (Estados Unidos de América v. Canadá), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 1905 a 1982.

<sup>84</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, primera parte, cap. I, principio 21.

su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de su jurisdicción nacional”.

El principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo incorporó en su totalidad el principio 21, a lo que añadió el reconocimiento de que los Estados tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos de conformidad con sus políticas de desarrollo<sup>85</sup>. El principio 11 de la Declaración de Río profundiza en esta obligación al agregar que los Estados deben adoptar políticas legislativas y administrativas destinadas a prevenir o mitigar los daños transfronterizos<sup>86</sup>.

Este principio se reafirmó en la opinión consultiva que la Corte Internacional de Justicia emitió en 1996 sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares<sup>87</sup>, en los siguientes términos:

“La existencia de la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades desarrolladas en los territorios bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas situadas más allá del control nacional forma parte actualmente del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente”.

A lo largo del tiempo, las principales formulaciones del principio de prevención se han utilizado para responsabilizar a los Estados por no haber tomado las medidas necesarias para impedir daños transfronterizos. Por ejemplo, en el asunto relativo al Proyecto *Gab•ikovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia instó a ambas partes a “examinar de nuevo los efectos para el medio ambiente del funcionamiento de la central eléctrica de *Gab•ikovo*” en el río Danubio<sup>88</sup>. Teniendo en cuenta las “nuevas normas y principios”, la Corte declaró que, al menos en la esfera de la protección del medio ambiente, “son necesarias la vigilancia y la prevención” a causa del carácter frecuentemente irreversible de los daños medioambientales y de las limitaciones intrínsecas de los propios mecanismos de reparación de ese tipo

---

<sup>85</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *doc. cit.*, resolución 1, anexo I, principio 2.

<sup>86</sup> *Ibidem*, principio 11.

<sup>87</sup> C.I.J., *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, opinión consultiva, *Recueil*, 1996, p. 241, para. 29.

<sup>88</sup> C.I.J., *Asunto del Proyecto Gab•ikovo-Nagymaros*, (Hungria v. Eslovaquia), *Recueil*, 1997, p. 7, para. 140.

de daños<sup>89</sup>. De modo similar, en el asunto relativo a las Plantas de celulosa en el río Uruguay, la Corte observó que el principio de prevención era parte del derecho internacional consuetudinario, por lo que un Estado estaba obligado a utilizar todos los medios a su disposición para evitar actividades que tuvieran lugar en su territorio o en cualquier zona bajo su jurisdicción que causaran daños significativos al medio ambiente de otro Estado”<sup>90</sup>.

En 2001, la Comisión de Derecho Internacional identificó un “arraigado principio de prevención” en el contexto de los daños transfronterizos al medio ambiente. El artículo 3 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas exige que los Estados adopten “todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo”<sup>91</sup>.

Varias convenciones internacionales que contemplan cuestiones medioambientales contienen una obligación de este tipo, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>92</sup>; Convenio sobre Diversidad Biológica<sup>93</sup>; el Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias<sup>94</sup>; el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono<sup>95</sup>; la Convención para Regular las Actividades Relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos<sup>96</sup>; el Convenio sobre Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo<sup>97</sup>; la Convención sobre el Control del Movimiento Transfronterizo de los Desechos Peligrosos y su Eliminación<sup>98</sup>; el Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y

---

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> C.I.J., *Asunto de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*, *doc. cit.*, para. 101 (donde se cita el para. 22 del fallo en el asunto relativo al Canal de Corfú y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares).

<sup>91</sup> Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo, art. 3, comentario, para. 4).

<sup>92</sup> Arts. 192, 193 y 194.

<sup>93</sup> Preámbulo. La Convención establece una serie de medidas tendientes a prevenir las causas de reducción y pérdida de la diversidad biológica entre los Estados parte.

<sup>94</sup> Arts. I, II y VII 2).

<sup>95</sup> Art. 2.

<sup>96</sup> Art. 7 5).

<sup>97</sup> Art. 2 1).

<sup>98</sup> Art. 4 4).

Lagos Internacionales<sup>99</sup>, la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacionales para Fines Distintos de la Navegación<sup>100</sup> y el reciente Acuerdo de París, que establece la obligación de adoptar medidas de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero, así como la reducción del riesgo de pérdidas y daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático<sup>101</sup>.

Tanto la Corte Internacional de Justicia como la Comisión de Derecho Internacional consideran que el principio de prevención emana de dos obligaciones distintas, aunque interrelacionadas, de los Estados, a saber, la diligencia debida y el principio de precaución<sup>102</sup>.

#### *IV.3. En el derecho internacional relativo a los desastres*

En cuanto a los tratados internacionales que contemplan obligaciones convencionales vinculadas con la prevención, mitigación y preparación, específicamente para las situaciones de desastre, se puede mencionar la Convención y el Estatuto por los que se establece la Unión Internacional de Socorro, de 1927, que contemplaban que uno de los objetivos de la Unión sería “alentar, con carácter general, el estudio de medidas preventivas contra desastres”<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Art. 2 1).

<sup>100</sup> Arts. 20-20.

<sup>101</sup> Conferencia de Partes del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, París, Francia, 12 de diciembre de 2015, Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1.

<sup>102</sup> Sexto Informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, *doc. cit.*, p. 23.

<sup>103</sup> Convención y Estatuto de la Unión Internacional de Socorro, 12 de julio de 1927, art. 2. La Convención y el correspondiente Estatuto de la Unión Internacional de Socorro fueron concebidos en un momento de gran optimismo sobre la posibilidad de lograr importantes avances en el ámbito de la asistencia humanitaria y la colaboración entre la Sociedad de las Naciones y la Cruz Roja. No obstante, debido a dificultades financieras la Unión nunca fue capaz de proporcionar socorro inmediato en situaciones de desastre y, por lo general, se limitó a elaborar estudios científicos sobre el socorro en casos de desastre. Cuando se produjo el terremoto de Orissa en 1934, el Gobierno de la India no aceptó la asistencia directa de la Unión, aunque sí la canalizada a través de la Cruz Roja. Tras el terremoto de Beluchistán de 1935, siete gobiernos aportaron socorro por conducto de la Unión. Cuando en 1937 se produjeron las inundaciones de Mississippi y Ohio, los Estados Unidos declinaron la asistencia ofrecida por la Unión. Véase Macalister-Smith, Peter, “The International Relief Union: reflections on establishing an International Relief Union of July 12, 1927”, en *Legal History Review/Revue d’histoire dudroit/Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. 54, 1986, pp. 368-372. A finales de la segunda guerra mundial, se dudaba de que siguiera existiendo. En 1948, la Res. XLII aprobada en la 17ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja dispuso que

La convención internacional contemporánea de alcance global más reciente que regula la prevención y la mitigación de desastres, incluida la reducción del riesgo de desastres, es el Convenio marco de asistencia en materia de protección civil, de 22 de mayo de 2000. El Convenio define la “asistencia” como “toda actuación llevada a cabo por el Servicio de Protección Civil de un Estado en beneficio de otro Estado orientada a prevenir las catástrofes o reducir sus consecuencias”<sup>104</sup>. Aunque en virtud de una disposición general los Estados Partes “se comprometen a examinar todas las posibilidades de cooperación” entre otras cosas en materia de prevención, previsión y preparación, la mayoría de sus disposiciones sustantivas se refieren a la asistencia “en caso de catástrofe o amenaza de ella”<sup>105</sup>.

El Convenio de Tampere de 1998, que regula el aspecto concreto de las telecomunicaciones en la asistencia humanitaria, contempla la cooperación entre los Estados, y con las entidades no estatales y las organizaciones intergubernamentales, para facilitar la utilización de las telecomunicaciones para, entre otras cosas, la “mitigación de catástrofes”<sup>106</sup>, que se define como “las medidas encaminadas a prevenir, predecir, observar y/o mitigar los efectos de las catástrofes, así como para prepararse y reaccionar ante las mismas”<sup>107</sup>.

En el plano regional, el Acuerdo entre los Estados miembros y los Miembros asociados de la Asociación de Estados del Caribe para la cooperación regional en materia de desastres naturales, de 1999, tiene como

---

la Cruz Roja se retirara oficialmente de la Unión. El Consejo Económico y Social, en su Res. 286 (X), del 08/02/1950, recomendó que los Estados Miembros de las Naciones Unidas que también eran miembros de la Unión tomaran medidas para disolver la Unión. El Comité Ejecutivo de la Unión se reunió en 1963 y recomendó que los activos y responsabilidades de la Unión fueran transferidos a las Naciones Unidas. Esa medida fue adoptada por el Consejo Económico y Social mediante su Res. 1268 (XLIII), del 04/08/1967. A raíz de ello varios Estados se retiraron de la Convención. Protección de las personas en casos de desastre, Memorando de la Secretaría, *doc. cit.*, p. 9.

<sup>104</sup> Convenio marco de asistencia en materia de protección civil, 22 de mayo de 2000, art. 1 d).

<sup>105</sup> *Ibidem*, art. 4.

<sup>106</sup> Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe, 18 de junio de 1998, art. 3 1).

<sup>107</sup> *Ibidem*, art. 1 7).

objetivo declarado crear mecanismos jurídicamente vinculantes que promuevan la cooperación para la prevención y mitigación de los desastres<sup>108</sup>. El tratado incluye una disposición sobre la prevención y la mitigación y exige, entre otras cosas, que las partes adopten, individual o conjuntamente, medidas para apoyar la cooperación intrarregional e interregional en el manejo de los desastres naturales y que intercambien periódicamente información actualizada<sup>109</sup>.

El Acuerdo de la ASEAN (Asociación de Naciones del Asia Sudoriental) sobre gestión en casos de desastre y la respuesta de emergencia, adoptado en 2005, sigue un enfoque integrado de “gestión de desastres” y abarca actividades que van desde la identificación y evaluación de riesgos de desastre y la prevención, mitigación y preparación ante ellos hasta la respuesta en situaciones de emergencia. En dicho instrumento se exige que los Estados Parte “den prioridad a la prevención y mitigación, para lo que deberán tomar medidas de precaución a fin de prevenir, controlar y mitigar desastres”<sup>110</sup> y “en la medida de lo posible, incorporen las iniciativas de reducción del riesgo de desastres en la formulación de políticas, planes y programas de desarrollo sostenible a todos los niveles”<sup>111</sup>.

Las partes tienen, además, la obligación general de cooperar en la elaboración y aplicación de medidas para reducir las pérdidas que se derivan de los desastres, a través de actividades como la identificación de los riesgos de desastre; la puesta en marcha de sistemas de control, evaluación y alerta temprana; y el establecimiento de mecanismos permanentes para la prestación de socorro en casos de desastre<sup>112</sup>.

La obligación general de cooperar para prevenir desastres es, a su vez, objeto de disposiciones específicas que, por ejemplo, exigen que las partes realicen evaluaciones de los riesgos<sup>113</sup>; controlen las

---

<sup>108</sup> Art. 2.

<sup>109</sup> Art. 8 3). La disposición establece además que “en materia de transporte de material y equipo para la prevención y mitigación de los desastres naturales, las Partes Contratantes tomarán las medidas necesarias para obtener la cooperación del sector privado, proveedor del transporte aéreo y marítimo”.

<sup>110</sup> Acuerdo de la ASEAN sobre gestión en casos de desastre y la respuesta de emergencia, 26/07/2005, Art. 3 4).

<sup>111</sup> *Ibíd.*, art. 3 5).

<sup>112</sup> *Ibíd.*, art. 4.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, art. 5 1) b).

vulnerabilidades<sup>114</sup>; elaboren estrategias para detectar, prevenir y reducir riesgos derivados de situaciones de peligro<sup>115</sup>; adopten medidas para reducir las pérdidas derivadas de los desastres, en particular mediante la elaboración y aplicación de medidas legislativas y otras disposiciones reguladoras<sup>116</sup>; establezcan, mantengan y revisen mecanismos nacionales de alerta temprana de desastres<sup>117</sup>; cooperen, según proceda, en el control de peligros que tengan efectos transfronterizos, intercambiando datos y facilitando información sobre alerta temprana<sup>118</sup>; elaboren, de forma individual o conjunta, estrategias y planes de contingencia y de respuesta para reducir las pérdidas derivadas de desastres<sup>119</sup>; elaboren acuerdos regionales permanentes de socorro para casos de desastre y de respuesta de emergencia<sup>120</sup>.

Numerosos Estados han celebrado, además, acuerdos bilaterales que se refieren especialmente a la cooperación en la prevención de desastres<sup>121</sup>. Ejemplos de ellos son los acuerdos entre la Argentina y España<sup>122</sup>, Guatemala y México<sup>123</sup>, Alemania y Hungría<sup>124</sup>, Francia e Italia<sup>125</sup>, la República de Corea y Polonia<sup>126</sup>, Polonia y Hungría<sup>127</sup>, Polonia y Ucrania<sup>128</sup>,

---

<sup>114</sup> *Ibidem*, art. 5 1) c).

<sup>115</sup> *Ibidem*, art. 6 1).

<sup>116</sup> *Ibidem*, art. 6 2) a).

<sup>117</sup> *Ibidem*, art. 7 1).

<sup>118</sup> *Ibidem*, art. 7 2).

<sup>119</sup> *Ibidem*, art. 8 1).

<sup>120</sup> *Ibidem*, art. 8 2) a).

<sup>121</sup> Protección de las Personas en caso de desastres, Memorando de la Secretaría, *doc. cit.*, para. 43.

<sup>122</sup> Convenio de cooperación entre el Reino de España y la República Argentina para la previsión, prevención y asistencia mutua en caso de calamidades, de 3 de junio de 1988.

<sup>123</sup> Acuerdo sobre cooperación para la prevención y atención en casos de desastres naturales, de 10 de abril de 1987, Guatemala-México.

<sup>124</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Hungría sobre cuestiones de interés común relativas a la seguridad nuclear y la protección radiológica, de 26 de septiembre de 1990.

<sup>125</sup> Convenio sobre previsión y prevención de riesgos graves y asistencia mutua en casos de desastre natural o provocado por la actividad humana, de 16 de septiembre de 1992, Francia-Italia.

<sup>126</sup> Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica, de 29 de junio de 1993, República de Corea-Polonia.

<sup>127</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República de Polonia y la República de Hungría sobre cooperación y asistencia mutua para la prevención de catástrofes, desastres naturales y otros sucesos graves y para la eliminación de sus efectos, de 6 de abril de 2000.

Polonia y la Federación de Rusia<sup>129</sup>, la Federación de Rusia y Grecia<sup>130</sup>, Suiza e Italia<sup>131</sup>, los Estados Unidos y la Federación de Rusia<sup>132</sup>, los Estados Unidos y Polonia<sup>133</sup>, los Estados Unidos y Bulgaria<sup>134</sup>, los Estados Unidos y Ucrania<sup>135</sup>, los Estados Unidos y Filipinas<sup>136</sup>, el Uruguay y España<sup>137</sup>, España y México<sup>138</sup>, la Federación de Rusia y España<sup>139</sup>, y Francia y Malasia<sup>140</sup>.

---

<sup>128</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República de Polonia y el Consejo de Ministros de Ucrania sobre cooperación y asistencia mutua para la prevención de catástrofes, desastres naturales y otros sucesos graves y para la eliminación de sus efectos, de 19 de julio de 2002.

<sup>129</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República de Polonia y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación para la prevención de desastres tecnológicos y naturales y la eliminación de sus efectos, de 25 de agosto de 1993.

<sup>130</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en materia de prevención y respuesta ante desastres naturales y provocados por el hombre, de 21 de febrero de 2000.

<sup>131</sup> Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Italiana sobre cooperación en materia de gestión y prevención de riesgos y asistencia mutua en casos de desastre natural o provocado por el hombre, de 2 de mayo de 1995.

<sup>132</sup> Memorando de entendimiento entre el Gobierno de la Federación de Rusia y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre cooperación para la prevención y respuesta ante situaciones de emergencia tecnológica de carácter natural o causada por el hombre, de 16 de julio de 1996.

<sup>133</sup> Protocolo de intenciones entre el Organismo Federal de Gestión de Emergencias de los Estados Unidos de América y el Ministerio de Defensa de la República de Polonia sobre cooperación para la prevención y respuesta ante situaciones de emergencia tecnológica de carácter natural o causada por el hombre, de 9 de mayo de 2000.

<sup>134</sup> Protocolo de intenciones entre el Organismo Federal de Gestión de Emergencias de los Estados Unidos de América y el Ministerio de Defensa de la República de Bulgaria sobre cooperación para la prevención y respuesta ante situaciones de emergencia tecnológica de carácter natural o causada por el hombre, de 24 de enero de 2000.

<sup>135</sup> Memorando de entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Ucrania sobre cooperación para la prevención y respuesta ante situaciones de emergencia tecnológica de carácter natural o causada por el hombre, de 5 de junio de 2000.

<sup>136</sup> Protocolo de intenciones entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la República de Filipinas sobre cooperación y prevención y gestión de desastres, de 20 de noviembre de 2001.

<sup>137</sup> Acuerdo de cooperación científica y tecnológica y de asistencia mutua en materia de protección civil y prevención de desastres, entre el Ministerio de Defensa Nacional de la República Oriental del Uruguay y el Ministerio del Interior del Reino de España, de 25 de septiembre de 1997.

<sup>138</sup> Acuerdo de cooperación científica y tecnológica y de asistencia mutua en materia de protección civil y prevención de desastres, entre el Ministerio del Interior del Reino de España y la Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos, de 1997.

<sup>139</sup> Acuerdo sobre cooperación en el ámbito de la prevención de catástrofes y asistencia mutua en la mitigación de sus consecuencias, de 14 de junio de 2000, Federación de Rusia-España.

En resumen, los acuerdos internacionales relativos a los desastres contemplan, en general, la obligación de cooperar para reducir el riesgo de desastres. Excepcionalmente, el Acuerdo de la ASEAN sobre gestión en casos de desastre y respuesta de emergencia prevé obligaciones sobre la adopción de medidas concretas para la reducción del riesgo de desastres, más allá de la cooperación internacional.

#### *IV.4. En la legislación interna de los Estados en materia de desastres*

El reconocimiento del compromiso de reducir el riesgo de desastres, que como ya vimos encontró recepción en numerosos instrumentos de *soft law*, se pone de manifiesto además por el hecho de que los Estados han incorporado medidas de reducción del riesgo de desastres en los marcos nacionales jurídicos y de políticas.

En efecto, varios países han aprobado leyes que se ocupan específicamente de la reducción del riesgo de desastres, ya sea como legislación independiente o como parte de un marco jurídico más amplio sobre la gestión del riesgo de desastres y la respuesta a los desastres, incluidos los siguientes: Argelia<sup>141</sup>, Argentina<sup>142</sup>, Camboya<sup>143</sup>, Camerún<sup>144</sup>, China<sup>145</sup>, El Salvador<sup>146</sup>, Eslovenia<sup>147</sup>, Estados Unidos de América<sup>148</sup>, Estonia<sup>149</sup>, Filipinas<sup>150</sup>, Francia<sup>151</sup>, Georgia<sup>152</sup>, Guatemala<sup>153</sup>, Haití<sup>154</sup>,

---

<sup>140</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de Malasia sobre cooperación en materia de prevención y gestión en casos de desastre y seguridad civil, de 25 de mayo de 1998.

<sup>141</sup> Ley núm. 04-20, de 25 de diciembre de 2004, de Prevención de Riesgos y Gestión de Desastres en el Marco del Desarrollo Sostenible.

<sup>142</sup> Ley 27.287 Sistema Nacional para la Gestión integral del Riesgo y la Protección Civil (2016).

<sup>143</sup> Ley de Gestión de Desastres núm. NS/RKM/0715/007. Aprobada por el Senado el 30 de junio de 2015.

<sup>144</sup> Camerún, Decreto núm. 037/PM, de 19 de marzo de 2003, relativo al Establecimiento, la Organización y las Funciones de un Observatorio Nacional sobre Desastres.

<sup>145</sup> Ley de la República Popular China de Respuesta de Emergencia (2007).

<sup>146</sup> Ley de Protección Civil y Prevención y Mitigación de Desastres (2005).

<sup>147</sup> Ley de Protección contra los Desastres Naturales y de Otra índole (2006).

<sup>148</sup> Ley de Mitigación de Desastres, de 2000.

<sup>149</sup> Ley de Preparación para Situaciones de Emergencia (2000).

<sup>150</sup> Ley de Filipinas de Gestión del Riesgo de Desastres (2006).

<sup>151</sup> Ley núm. 2003-699 de Prevención de los Riesgos Tecnológicos y Naturales y Reparación de los Daños (2003).

Hungría<sup>155</sup>, India<sup>156</sup>, Indonesia<sup>157</sup>, Italia<sup>158</sup>, Madagascar<sup>159</sup>, Namibia<sup>160</sup>, Nueva Zelandia<sup>161</sup>, Pakistán<sup>162</sup>, Perú<sup>163</sup>, República de Corea<sup>164</sup>, República Dominicana<sup>165</sup>, Sudáfrica<sup>166</sup> y Tailandia<sup>167</sup>.

Muchos Estados han adoptado, además, plataformas nacionales para la reducción del riesgo de desastres<sup>168</sup>, que, de conformidad con el *Marco de Sendai*, son foros de coordinación gubernamental integrados por actores pertinentes “para, entre otras cosas, detectar los riesgos sectoriales y multisectoriales de desastres, crear conciencia y aumentar el conocimiento del riesgo de desastres mediante el intercambio y la difusión de información y datos no confidenciales sobre el riesgo de desastres, contribuir a los informes sobre los riesgos de desastres locales y nacionales y coordinar esos informes, coordinar las campañas de sensibilización pública sobre el riesgo de desastres, facilitar y apoyar la cooperación multisectorial local (por ejemplo, entre las autoridades locales), y contribuir a la creación de planes nacionales y locales de gestión del riesgo de desastres y a la presentación de

---

<sup>152</sup> Ley de Seguridad Pública. Documento núm. 2467-II.

<sup>153</sup> Ley núm. 109-96 del Coordinador Nacional para la Reducción de Desastres (1996).

<sup>154</sup> Plan Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (2001).

<sup>155</sup> Ley núm. LXXIV de Gestión y Organización para la Prevención de Desastres y de Accidentes Graves con Sustancias Peligrosas (1999).

<sup>156</sup> Ley núm. 53 de Gestión de Desastres (2005).

<sup>157</sup> Ley núm. 24 de Gestión de Desastres (2007).

<sup>158</sup> Decreto sobre el Establecimiento de una Plataforma Nacional para la Reducción del Riesgo de Desastres (2008).

<sup>159</sup> Decreto núm. 2005-866 por el que se establece el Procedimiento de Aplicación de la Ley núm. 2003-010, de 5 de septiembre de 2003, de Política Nacional de Gestión de Riesgos y Desastres (2005).

<sup>160</sup> Ley de Gestión del Riesgo de Desastres (2012).

<sup>161</sup> Orden del Plan Nacional de Gestión de Emergencias de Defensa Civil 2005 (SR 2005/295).

<sup>162</sup> Ley de Gestión de Desastres Nacionales (2010).

<sup>163</sup> Ley núm. 29664, que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (2011).

<sup>164</sup> Ley de Contramedidas contra Desastres Nacionales (1995) y Ley de Gestión de Desastres Nacionales (2010).

<sup>165</sup> Decreto núm. 874-09 que aprueba el reglamento de aplicación de la Ley núm. 147-02 sobre Gestión de Riesgos y deroga los capítulos 1, 2, 3, 4 y 5 del Decreto núm. 932-03 (2009).

<sup>166</sup> Ley núm. 57 de Gestión de Desastres (2002).

<sup>167</sup> Ley de Prevención y Mitigación de Desastres (2007).

<sup>168</sup> Para consultar la lista de Estados que han adoptado plataformas nacionales, véase [www.unisdr.org/partners/countries](http://www.unisdr.org/partners/countries).

informes sobre dichos planes, así como a todas las políticas pertinentes para la gestión del riesgo de desastres”<sup>169</sup>.

Estas normas internas permiten asegurar la obligación de reducir el riesgo de desastres a partir de los compromisos políticos asumidos internacionalmente.

Aunque existen algunas normas jurídicas internacionales sobre reducción del riesgo de desastres, la regulación en este ámbito se realiza fundamentalmente a nivel interno, dado el papel central que se atribuye al fortalecimiento de la capacidad nacional para gestionar el riesgo de desastres.

La relevancia de la legislación interna, como cualquier otra práctica estatal como las sentencias de los tribunales nacionales, radica en la posibilidad de considerarla como medio de prueba de la práctica del Estado en el plano internacional y demostrar la existencia del elemento material de la costumbre internacional.

Por su parte, los instrumentos internacionales jurídicamente no vinculantes identificados en el apartado II, pueden impulsar la realización de conductas por parte de los Estados, al comportarse de acuerdo con los compromisos políticos oportunamente asumidos. Las numerosas resoluciones de la Asamblea General que se ocuparon de la reducción del riesgo de desastres podrían, además, constituir evidencia de la *opinio iuris* de los Estados sobre la materia y, eventualmente, generar una norma consuetudinaria relativa al deber de reducir el riesgo de desastres.

#### *IV.5. En el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*

Una mención especial merece el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional, en junio de 2016<sup>170</sup>. En particular, el proyecto de artículo 9 “Reducción del riesgo de desastres” expresa:

---

<sup>169</sup> Resolución 69/283, Marco de Sendai, *doc. cit.* para 27 g).

<sup>170</sup> Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en casos de desastre, Doc. A/CN.4/L.871.

1. “Todo Estado deberá reducir el riesgo de desastres adoptando las medidas apropiadas, incluso mediante legislación y otras normas, con objeto de prevenir y de mitigar los desastres, y de prepararse para ellos.

2. Las medidas para reducir el riesgo de desastres incluyen la realización de evaluaciones de riesgo, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores, y la instalación y operación de sistemas de alerta temprana”.

Para la Comisión, la obligación de reducir el riesgo de desastre es un deber de conducta, no de resultado, que no consiste en prevenir o mitigar completamente un desastre, sino en reducir el riesgo de los daños que puede causar<sup>171</sup>.

Las “medidas apropiadas” que los Estados deben adoptar durante la fase previa al desastre no se refieren a cualquier medida general, sino a medidas específicas y concretas con el propósito de prevenir y mitigar los desastres y prepararse para ellos<sup>172</sup>.

El párrafo 2 del proyecto de artículo enumera tres categorías de medidas de reducción del riesgo de desastres, la primera medida, evaluaciones del riesgo, se refiere a la obtención de información sobre los peligros, la exposición y la vulnerabilidad, así como de las tendencias del riesgo de desastres; la segunda medida, la recopilación y difusión de información sobre riesgos y sobre pérdidas anteriores, requiere el acceso a la información, lo cual permite adoptar medidas y decisiones eficaces; y la tercer medida se refiere la instalación y operación de sistemas de alerta temprana, que son fundamentales tanto para poner en marcha como para llevar a cabo planes de emergencia, limitando de ese modo la exposición a los peligros<sup>173</sup>.

El proyecto de artículo 9 representa una contribución fundamental para elaborar marcos normativos para la reducción del riesgo de desastres. En general, hay una sólida convergencia y complementariedad, así como una relación funcional, entre el proyecto de artículos y el “*Marco de Sendai*”, ya que el primero articula el deber de reducir el riesgo de desastres

---

<sup>171</sup> A/71/10, *doc. cit.*, p. 51.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pp. 51-52.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 52.

y de cooperar, y el segundo las modalidades y medidas que han de aprobar los Estados para cumplir ese deber.

El valor del proyecto de artículos se manifiesta, además, en el carácter de fuente auxiliar para la determinación de las reglas de derecho internacional relativas a la protección de las personas en caso de desastres.

## V. Conclusiones

La Asamblea General ha subrayado la importancia de determinar, evaluar y gestionar los riesgos antes de que se produzcan los desastres. El compromiso de reducir el riesgo de desastres ha quedado reflejado principalmente en numerosas resoluciones de la Asamblea General y en los instrumentos jurídicamente no vinculantes adoptados en el marco de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales, celebrada en Yokohama en 1994, el “*Marco de Acción de Hyogo*” y el “*Marco de Sendai*”, así como en varias sesiones de la Plataforma Mundial y las Plataformas Regionales para la Reducción del Riesgo de Desastres, entre otros.

Algunos tratados internacionales contemplan mecanismos que crean obligaciones en el plano internacional que promueven la cooperación para la prevención y mitigación de los desastres, como el Convenio marco de asistencia en materia de protección civil y el Convenio de Tampere, así como varios acuerdos regionales y bilaterales. Sin embargo, ninguno de ellos establece claramente la obligación de adoptar las medidas específicas con el propósito de prevenir y mitigar los desastres, más allá de la cooperación; con excepción del Acuerdo de la ASEAN sobre gestión en casos de desastre y respuesta de emergencia.

El estándar normativo internacional está muy por debajo del necesario para asegurar la reducción sustancial del riesgo de desastres y de las pérdidas de vidas y medios de subsistencia, y el patrimonio económico, físico, social y ambiental de las personas, las empresas, las comunidades y los Estados.

La adopción de políticas nacionales y marcos normativos internos con estrategias y objetivos claramente definidos sigue siendo, aún hoy, la

manera más firme para asegurar la adopción de medidas tendientes a reducir el riesgo de desastres.

# LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*N. Gladys Sabia de Barberis*

**SUMARIO:** I. Introducción; II. El tema en los tribunales Internacionales II.1. Corte Internacional de Justicia; II.2. Tribunal Internacional sobre Derecho del Mar; II.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos; II.4. Corte Europea de Derechos Humanos; III. El Tema en la Comisión de Derecho Internacional; IV. Conclusión.

## I. Introducción

La interpretación evolutiva sobrevuela todo el tema de la interpretación tanto en el derecho consuetudinario como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, pues aunque no se la mencione expresamente en esta última ya que se omitió en materia de interpretación el elemento temporal, está incluida en los métodos y reglas previstos por ambas fuentes. Uno de los objetivos de este trabajo es determinar cómo se inserta la interpretación evolutiva de los términos de un tratado con lo previsto en esta materia por los artículos 31 y 32 de la citada Convención.

En efecto, cuando la Convención prioriza el método textual, cuando se refiere al sentido ordinario de las palabras o cuando prescribe que debe tenerse en cuenta el objeto y fin del tratado, cabe preguntarse si se refiere al sentido que tenían los términos en el momento de su celebración o el que tienen en el momento de su aplicación.

Lo mismo ocurre cuando en una Convención se hace referencia a instituciones que han evolucionado con el tiempo, por ejemplo el instituto de la posesión como modo de adquirir el dominio sobre territorios *res nullius*. En este caso ¿se deberán interpretar las cláusulas de un Tratado según el sentido que tenían cuando se creó el derecho a favor de un Estado o a la luz de la evolución del derecho internacional, de la que puede surgir la existencia de un título mejor y más perfecto por parte de otro?

Si bien existen temas muy conservadores, como los que rigen los límites entre Estados, por ejemplo, ya que es necesario proteger la intangibilidad de las fronteras, así como muchas palabras mantienen su sentido a través del tiempo, otros temas evolucionan, como los derechos humanos; los modos de adquisición del dominio sobre territorios, el *status* de los territorios no autónomos cuya concepción fue variando con el avance de la civilización o, por ejemplo, el medio ambiente cuyo conocimiento se intensifica a pasos agigantados, al compás de los desarrollos científicos y tecnológicos. Estos casos plantean una opción o aprestarse a celebrar nuevos tratados cada vez que exista un desarrollo importante del tema o interpretar los términos de los tratados, si fuera posible, en forma evolutiva.

Es dable, entonces, investigar si los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar; o los Tribunales de Derechos Humanos, se han referido a la interpretación evolutiva y en qué casos. En este trabajo se analizarán sólo algunos ejemplos pero que son demostrativos de que existe una verdadera corriente en este sentido.

## II. El tema en los Tribunales Internacionales

La Corte Permanente de Arbitraje y el fallo emitido en el año 1923 en la disputa entre Estados Unidos y Países Bajos, por el árbitro único, el jurista suizo Max Huber en el caso de la Isla de Palmas, constituye un antecedente insoslayable en este tema, ya que se ocupa de la variable temporal en la interpretación de los tratados.

Al terminar la guerra entre Estados Unidos de América y España en 1898 se suscribió el Tratado de París, en virtud del cual este último país cedió el Archipiélago de Filipinas al primero. Estados Unidos consideró que la Isla de Palmas estaba incluida en la cesión ya que le pertenecía a España por el descubrimiento y también por contigüidad. La controversia entre ambos países se cristalizó en 1906.

Si bien España descubrió el archipiélago y ocupó islas, la Isla de Palmas fue ocupada pacíficamente por más de doscientos años por la Compañía de las Indias Orientales a nombre del Gobierno de los Países

Bajos al que representaba. Por ello si bien mediante el descubrimiento España adquirió un título, posesorio en el siglo XVI, ya a mediados del siglo XVIII y en el siglo XIX, ese título pasó a ser embrionario, pues para mantener el dominio era necesario cumplir con los nuevos requisitos del derecho internacional, que ya en este último siglo consistía en la posesión efectiva.

En este sentido es muy importante el caso de la Isla de Palmas porque el árbitro Max Huber consideró que en la época de la celebración del Tratado de París el título embrionario que había detentado España había dejado lugar al título más perfecto de la posesión efectiva, pública y continua que detentaban los Países Bajos. No basta con la creación de un título, es necesario que se mantenga a través del tiempo y que permanezca en el momento decisivo para la solución de la controversia. En efecto, el árbitro subraya: “The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law”<sup>1</sup>.

Decía también Max Huber:

“If a dispute arises as to the sovereignty over a portion of territory, it is customary to examine which of the States claiming sovereignty possesses a title –cession, conquest, occupation, etc.– superior to that which the other State might possibly bring forward against it. However, if the contestation is based on the fact that the other Party has actually displayed sovereignty, it cannot be sufficient to establish the title by which territorial sovereignty was validly acquired at a certain moment; it must also be shown that the territorial sovereignty has continued to exist and exist at the moment which for the decision of the dispute must be considered as critical...!”<sup>2</sup>

Sin embargo tanto en el seno de la Comisión de Derecho Internacional como de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se desechó la idea que se había introducido primigeniamente en los proyectos de la Comisión de tener en cuenta la variable temporal. En este sentido, Giovanni Distéfano dice: “La notion du temps est indissociable

---

<sup>1</sup> Repertoire de la Jurisprudence Arbitral Internationale, Tome II, 1919-1945, préparé par Vincent Coussirat-Coustère et Pierre Michel Eisemann, ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 73.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 71.

de la vie des traités internationaux, car le droit international, comme toute autre création humaine, évolue lui aussi; c'est la problématique du droit intertemporel..."<sup>3</sup>. En ese mismo sentido: "...les volontés qui ont donné vie à l'accord ne sont pas momifiées à jamais dans celui-ci; l'acte juridique qu'est le traité, n'est pas sclérosé dans le temps et, étant une création humaine, évolue aussi.... Cette adaptation du traité à la réalité évite, dans bien des cas, que l'engagement conventionnel ne soit balayé par une réalité désormais étrangère au cadre normatif".<sup>4</sup>

Lo mismo ocurre con el *status* de los territorios no autónomos cuyo desarrollo hacia otras formas de organización comenzó a fines de la Primera guerra mundial con el Pacto de la Sociedad de las Naciones. Posteriormente, un nuevo avance se produjo en el régimen de tales territorios en virtud del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, redactada en forma de Declaración unilateral de los países que los administraban, que si bien constituía un gran adelanto, aún no se mencionaba como meta final la independencia de dichos territorios. Posteriormente, y en forma meteórica se llega a la Resolución 1514 (XV) adoptada en 1960 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la que se estableció un sistema para elegir su futuro, salvo en los casos en que existiesen controversias de soberanía, produciéndose todo un proceso de descolonización. Si ha existido esta evolución enmarcada en una nueva concepción de la organización política de las comunidades asentadas sobre un territorio, ¿cómo no va a estar acompañada de una interpretación evolutiva de los textos convencionales existentes en la materia?

Por tal motivo, reitero, es importante revisar fallos y opiniones consultivas de distintos tribunales internacionales que se han referido a la interpretación evolutiva, refiriéndonos en primer lugar a la Corte Internacional de Justicia.

## II.1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

*II.1 a) Opinión consultiva sobre las Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en*

---

<sup>3</sup> Giovanni DISTÉFANO, "L'interprétation évolutive de la norme internationale", *Revue Générale de Droit International, (on line)*, Vol 115, 2, pág. 385.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 378.

*Namibia (África Sudoccidental) no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*<sup>5</sup>

El Secretario General de las Naciones Unidas, hizo saber a la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia que por Resolución 284 (1970), adoptada el 29 de julio de 1970 por el Consejo de Seguridad, éste decidió solicitar una Opinión Consultiva sobre la siguiente cuestión:

“Quelles sont les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité?”<sup>6</sup>.

Cuando se disolvió la Sociedad de las Naciones, se previó en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, un régimen de administración fiduciaria bajo el cual se pusieron, entre otros, a los antiguos Mandatos. Sin embargo, Sudáfrica, que administraba Namibia como Mandato C, consideró que éste había constituido una verdadera anexión.

Es por esa razón que en 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Resolución 2145 (XXI) en la que decidió dar por terminado el Mandato pues consideraba que Sudáfrica no tenía derecho alguno a seguir administrando ese territorio y mediante la Resolución 276 (1970) el Consejo de Seguridad declaró que la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia era ilegal, lo que dio lugar al pedido de la presente Opinión Consultiva, ya que Sudáfrica insistía en la misma posición.

Sudáfrica se hallaba entre los Estados que se presentaron ante la Corte para exponer sus respectivos puntos de vista. Tanto en su exposición escrita como oral, se refirió a la intención de ciertos participantes de la Conferencia de Paz de París en la que fue aprobada la Resolución y que posteriormente, con algunas modificaciones, devino en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, considerando que era natural que en ese ámbito se hubiese hablado del Mandato “C” como muy cercano, en cuanto a sus efectos prácticos, a la anexión<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> C.I.J., “*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*” ordonnance n° 1 du 26 janvier 1971.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 28.

Pero, para la Corte, si existieron tales comentarios, ellos no fueron recogidos en el texto del artículo 22, que se aplicaba a las colonias y a los territorios que después de la guerra habían dejado de pertenecer a los Estados que los gobernaban, pero que sus pueblos aún no tenían la capacidad de gobernarse a sí mismos en las condiciones difíciles del mundo moderno y prescribía: “...Le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation et il convient d’incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l’accomplissement de cette mission”<sup>8</sup>.

Tales garantías estaban previstas por el parágrafo 2 de ese mismo artículo que consideraba que la mejor forma de garantizarla consistía en confiar la tutela a las Naciones desarrolladas que deberían ejercerla en calidad de Mandatarios y en nombre de la Sociedad, lo que excluía toda anexión.

Por ello, la Corte, ya en la Opinión Consultiva sobre el Estatuto Internacional del Sudoeste Africano de 1950 había considerado que desde que el sistema de Mandatos fue creado: “deux principes furent considérés comme étant d’importance primordiale: celui de la non-annexion et celui qui proclamait que le bien-être et le développement de ces peuples formaient ‘une mission sacrée de civilisation’”<sup>9</sup>.

La Corte, aunque reconoció que hubo una tendencia en las negociaciones, proclive a la anexión de los territorios coloniales de las potencias enemigas, le restó importancia al pensamiento que pudieron haber tenido en 1919 quienes participaron en la redacción del Pacto y consideró que se debía atener a lo que se estableció realmente en el Artículo 22. Es decir que cualquiera que hubiese sido el contenido de las negociaciones, finalmente se rechazó esa idea. La Corte afirmó que desconocer el sentido evidente de la institución de los mandatos dando a disposiciones explícitas una interpretación distinta a su objeto y fin, constituía una tesis insostenible<sup>10</sup>.

También sostuvo que los principios consagrados por el Artículo 22 del Pacto cuando se refiere a las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, o al bienestar y desarrollo de los pueblos interesados no

---

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 30.

eran estáticos, sino por definición evolutivos, como también lo era el concepto de misión sagrada de la civilización. Cuando se hace referencia a las instituciones de 1919, se deben tener en cuenta las transformaciones que sobrevinieron durante medio siglo y a su interpretación no le puede faltar esa evolución que han tenido ulteriormente tales conceptos gracias a la Carta de las Naciones Unidas y a la costumbre. Por tal motivo ese instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico en vigor al momento de su interpretación<sup>11</sup>. Así la Corte puntualizó:

“Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure les cinquante dernières années on marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante. Du fait de cette évolution il n’y a guère de doute que la ‘mission sacrée de civilisation’ avait pour objectif ultime l’autodétermination et l’indépendance des peuples en cause”<sup>12</sup>.

Por tal motivo, la variable evolutiva era muy importante para interpretar el Mandato C, en el sentido de que no importaba una anexión y que no se distanciaba tampoco del régimen integral de mandatos instituido por el Pacto de la Sociedad de las Naciones.

### *II.1.b. Caso relativo a la Plataforma Continental del Mar Egeo (Competencia de la Corte)*<sup>13</sup>

El 10 de agosto de 1976, Grecia presentó una demanda introductoria de instancia contra Turquía, en virtud de una controversia referente a la delimitación de la plataforma continental en el Mar Egeo y a los derechos de ambas partes sobre esa plataforma y el mismo día el agente griego solicitó a la Corte que indicara medidas provisionales.

Para fundamentar la competencia de la Corte Internacional de Justicia, Grecia mencionó el Artículo 17 del Acta General de 1928 para el Reglamento Pacífico de Controversias, sobre cuya interpretación se plantearon cuestiones que interesan al tema que se analiza en este trabajo. Asimismo, en relación con las medidas preventivas citó el artículo 33 de la mencionada Acta General.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>12</sup> *Ídem*.

<sup>13</sup> CIJ “*Plateau Continental de la Mer Egée*”, (Grèce v.Turquie), arrêt, Recueil 1978.

Sobre el pedido de medidas provisionales, Turquía presentó observaciones y manifestó que la Corte no tenía competencia para indicarlas. La Corte, por su parte, consideró que el procedimiento escrito debería versar en primer lugar sobre la competencia<sup>14</sup>.

Turquía manifestó reiteradamente que dicha Acta no estaba vigente, pero el Tribunal no se detuvo en esta circunstancia ya que lo importante era que al momento de su adhesión, ambos países habían planteado reservas. El Acta General entró en vigor el 16 de agosto de 1929 y Grecia devino parte depositando el instrumento de adhesión el 14 de setiembre de 1931 con reservas y en el apartado b) excluía de los procedimientos descriptos en el Acta General en relación con: “les différends portant sur des questions que le droit international laisse á la compétence exclusive des Etats et notamment, les différends ayant trait au statut territorial de la Grèce, y compris ceux relatifs à ses droits de souveraineté sur ses ports et ses voies de communication”<sup>15</sup>.

Grecia consideraba que si se interpretaba correctamente la reserva que había formulado, surgía que no se refería a cualquier controversia sobre el “*statut territorial*” sino a aquéllas a las que el derecho internacional dejaba a la competencia exclusiva de los Estados. Para Grecia la expresión “*et notamment*” evidenciaba que se trataba de un ejemplo particular de un concepto general<sup>16</sup>, y como corolario de esa interpretación Grecia podía incoar la Corte en este caso. La Corte no estuvo de acuerdo con esa concepción y estudió la reserva tanto desde el punto de vista gramatical como en relación con la práctica convencional de la época y con otros antecedentes y llegó a la conclusión que el mencionado punto b) contenía dos reservas distintas e independientes, una de las cuales se refería a los asuntos de la competencia exclusiva de los Estados y otra a los casos relativos al “*statut territorial*”. Es decir que Grecia no podía incoar la instancia de la Corte por tales asuntos territoriales<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 23.

Además Grecia introdujo otro argumento para convencer a la Corte que la reserva b) no se aplicaba al caso y es que la noción de plataforma continental era totalmente desconocida tanto en 1928 como en 1931<sup>18</sup>.

Para la Corte la cuestión de saber si la expresión “*statut territorial*” tenía el sentido que quería darle Grecia, dependía del contexto del instrumento de adhesión<sup>19</sup>, de cuyo análisis llegó a la conclusión que constituía una fórmula genérica.

Por tal motivo, la Corte expresó:

“Une fois admis que l’expression ‘le statut territorial de la Grèce’ a été employée dans l’instrument d’adhésion grec comme une formule générique englobant toutes les questions qui relèvent de la notion de statut territorial en droit international général, il faut nécessairement présumer que son sens était censé évoluer avec le droit et revêtir à tout moment la signification que pourraient lui donner les règles en vigueur. Selon la Cour, cette présomption s’impose encore plus si l’on se rappelle que l’Acte de 1928 était une convention de règlement pacifique de différends conçue comme devant être de la portée la plus générale et sans limite de durée; car il ne semble guère concevable que dans un instrument semblable on ait voulu donner à des expressions comme ‘compétence exclusive’ et ‘statut territorial’ un contenu invariable quelle que soit l’évolution ultérieure du droit international”<sup>20</sup>.

La Corte insistió con esta interpretación respecto de la reserva b) de Grecia, afirmando que los términos debían ser interpretados conforme a las reglas de derecho internacional, tales como existían en la época de su aplicación y no como existían en 1931. Y agregó: “...Il s’en suit que, pour l’interprétation de la réserve b) et son application au présent différend, la Cour doit tenir compte de l’évolution des règles de droit international relatives au droits d’exploration et exploitation d’un État riverain sur le plateau continental”<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 34.

## II.1 c) Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo - Nagymaros (Hungria/Eslavaquia)<sup>22</sup>

El 16 de setiembre de 1977 se celebró un tratado entre la entonces Checoslovaquia y Hungría con el objeto de construir y operar en común y en forma integral un sistema de esclusas, mediante una inversión conjunta. La obra preveía la construcción de dos series de esclusas, una en Gabčíkovo (Checoslovaquia) y otra en Nagymaros (Hungría), con el objeto de constituir “*un système d’ouvrages opérationnel, unique et indivisible*”<sup>23</sup>.

Si bien Checoslovaquia inició y avanzó con la obra en Gabčíkovo, Hungría decidió suspender los trabajos en Nagymaros, en virtud de las grandes críticas que se habían producido en ese país, a la espera de estudios que debían realizarse antes del 31 de octubre de 1989. Pero justamente en esa época se produjeron profundos cambios políticos y se ahondaron las diferencias entre ambos países y Hungría abandonó los trabajos, mientras que Checoslovaquia desvió unilateralmente el Río Danubio por su propio territorio para darle funcionalidad a la obra. Hungría, por su parte, notificó a Checoslovaquia el 19 de mayo de 1992 que daba por terminado el Tratado de 1977.

Por Nota del 2 de julio de 1993, Hungría y la República Eslovaca, sucesora de Checoslovaquia en relación a esta obra a partir del 1 de enero de 1993, notificaron en forma conjunta a la Corte un compromiso arbitral para introducir la instancia a fin de que dirimiera la controversia existente entre ambas repúblicas.

Para la Corte las dos Partes habían incumplido el Tratado, pero como éste estaba vigente y el régimen conjunto que instituía representaba un elemento fundamental, era necesario restablecerlo, a menos que las Partes dispusieran de otro modo<sup>24</sup>.

En el fallo, la Corte abordó el tema de la evolución del derecho en materia ambiental. Refiriéndose, por ejemplo, a la evaluación de los riesgos ecológicos consideró que debían tenerse en consideración las normas

---

<sup>22</sup> CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie v/Slovaquie), arrêt, Recueil 1997.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 79.

existentes en el momento en que se produjo la controversia<sup>25</sup>. Ello se evidencia, según la Corte, cuando el Tratado de 1977 prescribe que las partes tienen a su cargo una obligación continua “et donc nécessairement évolutive, de maintenir la qualité de l’eau du Danube et de protéger la nature...”<sup>26</sup>.

En el mismo sentido la Corte agregó:

“Au cours des âges, l’homme n’a cessé d’intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l’a souvent fait sans tenir compte des effets sur l’environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu’offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l’humanité- qu’il s’agisse des générations actuelles ou futures- de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d’instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent des nouvelles activités, mais aussi lorsqu’ils poursuivent des activités qu’ils sont engagés dans le passé...”<sup>27</sup>.

En este caso, ello significaba que las partes debían examinar nuevamente, en forma conjunta, los efectos sobre el medio ambiente de la explotación de la Central Gabčíkovo<sup>28</sup>.

#### *II.1.d) Causa relativa a la Controversia sobre los Derechos de la Navegación y Derechos Conexos (Costa Rica c/Nicaragua)*<sup>29</sup>

Costa Rica incoó la instancia de la Corte Internacional de Justicia el 29 de setiembre de 2005, para demandar a Nicaragua en relación con un diferendo relativo a los derechos de navegación y conexos sobre el Río San Juan. El citado país se agraviaba de que Nicaragua incumplía una serie de obligaciones establecidas en el Tratado celebrado en 1858, impidiendo a Costa Rica la posibilidad de ejercer libremente su derecho a la navegación sobre dicho río. Entre las obligaciones que habría incumplido menciona en el punto 2, inc. h) de la Memoria y de la Réplica la siguiente: “l’ obligation

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>27</sup> *Ídem*.

<sup>28</sup> *Ídem*.

<sup>29</sup> CIJ “*Différend relatif a des droits de navigation et de droits Connexes*”, arrêt, Recueil 2009.

de faciliter et d'accélérer la circulation sur le San Juan au sens du traité du 15 avril 1858 tel qu'interprété par la sentence Cleveland de 1888, conformément à l'article premier de l'accord bilatéral du 9 janvier 1956..."<sup>30</sup>.

El Tratado de 1858 fijó los límites entre Costa Rica y Nicaragua desde el Océano Pacífico al Mar Caribe. Entre un punto situado entre el Mar Caribe y tres millas inglesas anteriores al Castillo Viejo, el Tratado fijaba el límite a lo largo del río San Juan y si bien establecía la autoridad soberana de Nicaragua sobre las aguas, el Artículo VI otorgaba a Costa Rica el derecho de libre navegación "con objetos de comercio"<sup>31</sup>.

Nicaragua planteó en varias ocasiones la invalidez de ese Tratado, que finalmente fue considerado válido en el arbitraje de 1888 del Presidente Cleveland de los Estados Unidos. En dicho arbitraje se expidió a favor de la libre navegación exceptuando a los buques de guerra de Costa Rica y, respecto de los de aduana, interpretó que estaban habilitados siempre que la navegación fuera "*for the purposes of commerce*"<sup>32</sup>.

Para Nicaragua "objetos" significaba "mercaderías" y la palabra "comercio", recibía la interpretación restrictiva que tenía al momento de conclusión del Tratado y por tal motivo ponía obstáculos a la libre navegación por parte de Costa Rica. Sin embargo, la Corte no suscribió ninguna de las dos interpretaciones de Nicaragua.

Al referirse al tema interpretativo, consideró que era verdad que en algunas circunstancias como por ejemplo en el caso de la Isla de Kasilikili/Sedudu (Bostwana/Namibia) debían interpretarse términos tales como "*centre du chenel principal*" y "*thalweg*" en el sentido originario del Tratado celebrado entre Francia y Alemania en 1896<sup>33</sup>.

Sin embargo, la Corte manifestó: "Toutefois, cela ne signifie pas qu'il ne faille jamais tenir compte du sens que possède une terme au moment ou le traité doit être interprété en vue d'être appliqué, lorsque ce

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>31</sup> *Ídem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 242.

sens n'est plus le même que celui qu'il possédait à la date de la conclusion"<sup>34</sup>.

Cabe señalar, en este sentido, que el Artículo 31.3.b) de la Convención de Viena tiene en cuenta para la interpretación la conducta ulterior de las Partes, lo que implica que la intención originaria de las Partes de una convención no constituiría un anclaje para la interpretación. Según la Corte, parecería que si las partes han empleado en un tratado términos genéricos, no podrán ignorar que el sentido era susceptible de evolucionar en el tiempo y que si fue concluido por un largo período o sin límite de duración, existiría un acuerdo tácito entre ellas al momento mismo de la conclusión del tratado o la presunción de que se confirió a los términos empleados o a alguno de ellos un sentido o un contenido evolutivo para tener en cuenta especialmente los cambios y el desarrollo del Derecho Internacional<sup>35</sup>.

## II.2. TRIBUNAL INTERNACIONAL SOBRE DERECHO DEL MAR

### II.2.a) *Opinión Consultiva sobre las responsabilidades y obligaciones de un Estado patrocinante de actividades en la Zona*<sup>36</sup>

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) instituyó a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos para que en nombre de la humanidad administre los Recursos de la Zona.

A los fines de la Opinión Consultiva en trato, el marco normativo referente a la prospección, exploración y explotación de los Fondos Marinos está compuesto por la Parte XI de la CONVEMAR, el Anexo III a la Convención que establece las condiciones básicas para tales actividades, cuyas disposiciones fueron enmendadas por el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 28 de julio de 1994 y el "Reglamento sobre

---

<sup>34</sup> Ídem.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 243.

<sup>36</sup> ITLOS, Seabed Disputes Chamber "*Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Personal and Entities with the respect to activities in the area*", Advisory Opinion, 1911.

Prospección y Exploración de Nódulos Polimetálicos en la Zona”, adoptado por la Autoridad Internacional de Fondos Marinos el 13 de julio de 2000.

No me referiré al sistema de explotación de los recursos de la Zona ni a las áreas reservadas, que es objeto del trabajo de la Doctora Hortensia Gutierrez Posse en esta misma publicación<sup>37</sup>. Es necesario solamente mencionar para seguir el hilo de la exposición que pueden realizar actividades en la Zona, según corresponda, la Autoridad, a través de la Empresa y los Estados Partes en la CONVEMAR, y empresas estatales, personas naturales y jurídicas que posean la nacionalidad de ese Estado Parte o sean controladas por ellos o por sus nacionales o por cualquier agrupación de operadores comerciales privados, pero en estos casos deben ser patrocinados por Estados Partes, según el artículo 153 de dicha Convención.

Pero a su vez de acuerdo con el Reglamento de Nódulos, en el área reservada que corresponde a la Autoridad, puede explotarla la Empresa por sí pero también en asociación con privados que estén patrocinados por Estados en desarrollo.

Dentro de ese marco, el Consejo de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos solicitó a la Sala de Controversias de Fondos marinos el 6 de mayo de 2010 una Opinión Consultiva sobre tres cuestiones jurídicas relativas a las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes en la Zona, que a continuación se citan:

1. What are the legal responsibilities and obligations of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention of the Law of the Sea of 10 December 1982.
2. What is the extend of liability of a State Party for any failure to comply with the provision of the Convention, in particular Part. XI and the 1994 Agreement. by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2(b) of the Convention?
3. What are the necessary and appropriate measures that sponsoring State must take in order to fulfil its responsibility under the

---

<sup>37</sup> Hortensia Gutierrez Posse, “Apuntes sobre la responsabilidad internacional de un Estado Patrocinante de Actividades en la Zona de los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo fuera de los Límites de las Jurisdicciones Nacionales a la Luz de la opinión Consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar del 1° de febrero de 2011” (en esta publicación).

Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement<sup>38</sup>.

A fin de contextualizar las cuestiones planteadas en la solicitud de Opinión Consultiva es necesario ahondar sobre el origen del citado pedido, pues si bien de ninguna de las tres preguntas surge expresamente que incluyan la cuestión de si a los Estados patrocinantes que fuesen Estados en desarrollo, se les debería exigir o no las mismas responsabilidades y obligaciones que a todos los demás Estados o si existiría un trato especial ya que hubo una inquietud en ese sentido<sup>39</sup>. La inquietud tendría algún asidero porque el trato especial y diferenciado a los países en desarrollo se halla presente en la CONVEMAR no sólo en su preámbulo sino también en su articulado, por lo que estuvo en la propuesta original de Naurú al Consejo para solicitar una Opinión Consultiva, pues consideraba que dichas obligaciones eran muy difíciles de cumplir para dichos Estados.

En efecto, dos empresas notificaron formalmente a la Autoridad que presentarían un Plan de Trabajos para la exploración de nódulos polimetálicos en áreas reservadas. Las compañías eran Nauru Ocean Resources Inc., constituida en Naurú y Tonga Offshore Mining Ltd., constituida en Tonga, ambas subsidiarias de la compañía canadiense Nutilus Minerals. El 10 de abril de 2008, la Autoridad recibió para su aprobación los planes de trabajo de ambas compañías, patrocinadas respectivamente por la República de Naurú y el Reino de Tonga. Pero posteriormente las empresas pidieron postergación del tratamiento de las solicitudes para la exploración de nódulos polimetálicos, justamente por el problema de la extensión de obligaciones y responsabilidades de los Estados patrocinantes<sup>40</sup>.

Sin embargo, el Consejo planteó las preguntas en forma general respecto de las responsabilidades y obligaciones de todos los estados patrocinantes y no circunscripto a los Estados en desarrollo.

La Sala llegó a la conclusión que las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes son iguales tanto se trate de

---

<sup>38</sup> ITLOS, Advisory Opinión, 1911, p. 6.

<sup>39</sup> Nicolás Guerrero Peniche, "La Opinión Consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a la luz del principio del trato especial y diferenciado para Estados en desarrollo", (on line), *Anuario Mejicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 181.

<sup>40</sup> Nicolás Guerrero Peniche, *op.cit.* p. 188.

Estados desarrollados o en desarrollo. Así dice: “...It May therefore be concluded that the general provisions concerning the responsibilities and liability of the sponsoring State apply equally to all sponsoring States, wether developing or developed...”<sup>41</sup>. Tales responsabilidades y obligaciones son de conducta y no de resultado. Si los Patrocinantes actuaron con la debida diligencia, como por ejemplo si dictaron dentro de sus ámbitos internos la legislación correspondiente, si ejercieron los debidos controles no responderán por las acciones de sus patrocinados si éstos incumplen sus obligaciones. De acuerdo con el artículo 139 de la CONVEMAR el Estado patrocinante no responderá de los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones si tomó las medidas necesarias y apropiadas para lograr su cumplimiento efectivo. En este sentido corresponde a la Autoridad establecer las normas y procedimientos que sean adecuados a la protección del medio marino.

Estas responsabilidades y obligaciones se imponen también a los Estados en desarrollo porque lo esencial es proteger el medio marino. Si bien en la Convención se acepta el trato especial y diferenciado para los Estados en desarrollo, como en lo que se relaciona con la asistencia técnica, o la transferencia de tecnología, ello no se extiende a las responsabilidades y obligaciones relativas a la debida diligencia por parte de los Estados patrocinantes.

Sin embargo, la Opinión Consultiva manifiesta también:

“The Nodules Regulations the and Sulphides Regulations contain provisions that establish a direct obligation for sponsoring States...These are regulation 31, paragraph 2, of Nodules Regulations and regulation 33, paragraph 2 of the Sulphydes regulations, both of which State that sponsoryng States (as well as the Authority) “shall apply a precautionary approach, as reflected in Principle 15 of the Río Declaration”<sup>42</sup>.

En efecto, el Reglamento de Nódulos en el artículo 3 punto.2 de la Parte V establece una obligación directa para el Estado Patrocinante al aplicar el enfoque precautorio cuando expresa: “Para asegurar la protección eficaz del medio marino contra los efectos nocivos que puedan derivarse de las actividades en la Zona, la Autoridad y los Estados patrocinadores

---

<sup>41</sup> ITLOS, Advisory Opinion, 2011, p. 48.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 125.

aplicarán el criterio de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río en relación con dichas actividades”<sup>43</sup>.

Pero en esa Declaración la aplicación por los Estados del criterio precautorio es “de conformidad con sus capacidades”. Por supuesto que las capacidades van a ser distintas entre estados desarrollados y en desarrollo. Cabe preguntarse si cuando se aplica el criterio precautorio hay estándares más restrictivos respecto de los estados desarrollados. Sin embargo en la Opinión Consultiva el criterio preponderante es que se debe cuidar el medio marino. Para evitar que los Estados en desarrollo al aplicar el criterio precautorio utilicen esos estándares más laxos que puedan afectar el medio marino, la CONVEMAR prevé la asistencia técnica, el trasvase de tecnología entre otras acciones a favor de los países en desarrollo.

Además la Sala expresó que el Reglamento de Nódulos debe ser interpretado a la Luz del Reglamento de Sulfuros que era posterior y más evolucionado.

En efecto la Opinión Consultiva expresa: “In the absence of specific reason to the contrary, it may be held that the Nodules Regulations should be interpreted in light of the development of law as evidenced by the subsequent adoption of the Sulphydes Regulation”<sup>44</sup>. Es decir que prevé expresamente la interpretación evolutiva.

En un trabajo de tesis sobre el Tribunal Internacional de Derecho del Mar se pusieron de manifiesto los criterios del citado Tribunal sobre protección del medio ambiente los que constituyeron, en opinión del autor un *corpus juris* en la materia.

El autor considera que al resolver una controversia o emitir una opinión consultiva, el Tribunal construye un razonamiento que está atravesado por la protección del medio marino, más allá del interés de las partes o de lo superficiales o vagas que puedan parecer las normas de la Convención. A su vez las normas se han interpretado tomando un enfoque evolutivo en determinados casos, cuando el concepto es uno que implica tomar en consideración desarrollos económicos o técnicos, ejemplo claro es el alcance dado al ‘medio marítimo’ o al ‘enfoque precautorio’. De igual

---

<sup>43</sup> [www.isa.org.jm/files/documens/ES/Regs/Mininf Code.pdf](http://www.isa.org.jm/files/documens/ES/Regs/Mininf%20Code.pdf), p. 18.

<sup>44</sup> ITLOS, *Opinion Advisory*, 1911 p. 42.

manera se debe proceder cuando el concepto tiene una naturaleza general o está expresado en términos amplios que deben tener en cuenta las circunstancias cambiantes del régimen. Estas formas de interpretación representan un mecanismo idóneo para las normas ambientales, que se encuentran en constante evolución, permitiendo una más adecuada protección del medio ambiente”<sup>45</sup>.

Esta interpretación evolutiva que el Tribunal ha aplicado en distintos casos, también lo ha desarrollado, como dijimos más arriba, en la Opinión Consultiva que nos ocupa.

### *II.3 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en múltiples casos a la interpretación evolutiva del Derecho Internacional, específicamente en esta materia. Incluso lo ha hecho también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que si bien no es un órgano judicial, tiene muchos ejemplos en este sentido. Uno de ellos es el caso Prince Pinder ocurrido en Bahamas, al que me referiré a título de ejemplo<sup>46</sup>.

El 15 de enero de 2003, la Comisión Interamericana recibió una petición de una abogada del Reino Unido, contra el Commonwealth de Bahamas en nombre del Sr. Pinder, nacional de ese país, que estaba recluido en prisión por delitos a mano armada, sentenciado a 30 años de prisión y a ser flagelado con seis latigazos aplicados en dos series de tres azotes cada vez, que estaban previstos en la legislación penal de Bahamas. La defensa planteó que tales disposiciones violaban la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que era aplicable a Bahamas por ser miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>47</sup>.

La Comisión afirmó que para pronunciarse en el caso, en la medida que correspondiese, interpretaría y aplicaría las disposiciones de la Declaración Americana “a la luz de la evolución actual en la esfera del

---

<sup>45</sup> Martín Cabrera Mirassou, (on line) “La institución judicial para el régimen de los océanos”. *Tesis de la Universidad Nacional de la Plata*. [cedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/31598/Documento\\_completo\\_.pdf?sequence=4](https://www.cedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/31598/Documento_completo_.pdf?sequence=4)

<sup>46</sup> <https://www.cidh.cas.org/annualrep/2007sp,Bahamas2513sp.htm>

<sup>47</sup> *Ibidem*, párr. 1.

derecho internacional de los Derechos humanos, reflejadas en tratados, costumbres y otras fuentes pertinentes del derecho internacional”<sup>48</sup>.

Asimismo consideró que, de acuerdo a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, las disposiciones de sus instrumentos rectores, incluida la Declaración Americana debían ser aplicadas de manera evolutiva, tomando en cuenta la evolución que han experimentado las normas, instrumentos y jurisprudencia internacionales desde que fueron originalmente adoptados<sup>49</sup>. Para la Comisión la flagelación constituye un castigo cruel, infamante e inusual<sup>50</sup>, motivo por el cual el derecho penal de un país no puede quedar estático e inmune a la evolución de los principios de derechos humanos.

La Comisión concluyó que el Estado al autorizar e imponer a Pinder una pena consistente en un castigo corporal judicial, era responsable de la violación de sus derechos reconocidos por los Artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos<sup>51</sup>, tanto por la flagelación como por el daño global del proceso penal de larga duración y la angustia provocada por la perspectiva de aplicación de dicha pena, aunque en la realidad no hubiese sido aplicada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional, se ha referido al tema que nos ocupa, tanto en su faz consultiva como contenciosa, como podemos apreciar en el análisis de los siguientes casos:

*II.3 a)-Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre los derechos humanos. (Opinión Consultiva del 14 de julio de 1989)*<sup>52</sup>

En ocasión de contestar la solicitud de Opinión Consultiva formulada por el Gobierno de Colombia el 17 de febrero de 1988, la Corte interamericana de Derechos Humanos se refirió al tema de la interpretación evolutiva.

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, párr. 23.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párr. 21.

<sup>50</sup> *Ibidem*, párr. 35.

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 41.

<sup>52</sup> [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf)

La opinión Consultiva se planteó en los siguientes términos:

“¿Autoriza el artículo 64 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a rendir opiniones consultivas, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o de uno de los órganos de la misma, sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá en 1948 por la Novena Conferencia Internacional Americana?”

El Artículo 64.1 de la Convención establece:

“Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrá consultarla, en lo que les compete, los órganos enunciados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.”

La Corte consideró que la solicitud de Opinión Consultiva era admisible ya que se refería a un Artículo de la Convención. Al respecto expresó: “Dado que el artículo 64.1 autoriza a la Corte a rendir opiniones consultivas ‘acerca de la interpretación de esta Convención’ cualquier consulta que se formule sobre una disposición de la Convención, como el propio artículo 64, cumple con los requisitos de admisibilidad”<sup>53</sup>.

En cuanto al fondo del asunto, en referencia al *status* jurídico de la Declaración, la Corte manifestó que era claro que la Declaración no es un tratado en el sentido del Artículo 3 de la Convención de Viena de 1969 porque no fue adoptada como tal y, en consecuencia, no lo es tampoco en el del Artículo 64<sup>54</sup>, pero para la Corte esa circunstancia no significaba necesariamente que no pudiera emitir una Opinión Consultiva que contuviera la interpretación de la Declaración Americana<sup>55</sup>.

En efecto, la Convención prevé en su Preámbulo, en relación a los principios que adopta, que los mismos han sido consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 29 d) señala al referirse a normas de interpretación que:

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, párr. 24.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párr. 33.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párr. 35.

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

d) excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Para la Corte, de ello se desprende que al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva pueda resultar necesario interpretar la Declaración<sup>56</sup>.

Ahora bien, respecto del tema de nuestro trabajo, el tercer considerando de la Declaración se basa en la idea que “la protección internacional de los derechos del Hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.

El cuarto considerando de la Declaración Americana también enfatiza esa idea evolutiva de los derechos humanos al expresar:

“Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”.

La Corte consideró que la circunstancia de que la Declaración no sea un tratado, no lleva entonces a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto<sup>57</sup>.

Para la Corte no es a la luz de lo que en 1948 se estimó el valor y la significación de la Declaración Americana de los derechos del Hombre, que debe analizarse su *status* jurídico, sino que es preciso determinar esa significación en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 36, in fine.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 47.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párr. 37.

El Tribunal opinó también que: “La evolución del derecho americano en la materia es una expresión regional de la experimentada por el derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos.”<sup>59</sup>.

En este sentido tuvo en cuenta que el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que es el órgano de la OEA creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización, define en el artículo 1º que los derechos humanos a los fines del Estatuto no sólo son los establecidos en la Convención Americana, sino también en “los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la relación con los demás Estados miembros” y que la Asamblea General de la OEA ha reconocido reiteradamente que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA.

La Corte contestó positivamente a la pregunta formulada por Colombia pues se efectuó en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA, la Convención Americana y demás tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. En esta Opinión Consultiva se reconoce expresamente la interpretación evolutiva de las normas de derechos humanos.

### *III.3, b) Caso de los “Niños de la calle (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala”<sup>60</sup>*

Se trata de un caso que introdujo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte, el 30 de enero de 1997, por el secuestro, tortura y asesinato de cinco niños, aunque se consideraron como niños también a dos jóvenes mayores de 18 años, así como por la omisión de los mecanismos del Estado de tratar dichas violaciones a los derechos humanos como correspondía y brindar acceso a la justicia a las familias de las víctimas. En el proceso ante la Corte quedaron probados tales hechos, así como que fueron ejecutados por las fuerzas de seguridad por lo que los cinco homicidios eran imputables al Estado.

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 38.

<sup>60</sup> [www.corteideh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteideh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf).

Es importante destacar el sentido amplio que la Corte le dio en esta causa al derecho a la vida. En efecto, la sentencia expresa:

“El derecho a la vida es un derecho fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”<sup>61</sup>.

En este caso la Corte consideró “que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección”<sup>62</sup>.

Según la Corte, la Convención Americana debe interpretarse y ejecutarse con las normas correspondientes de la Declaración Americana, pero también consideró que “tanto la Convención Americana como la Convención de los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”<sup>63</sup>.

En el voto concurrente conjunto de los Jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, comentan el citado párrafo de la sentencia en los siguientes términos:

“El párrafo 144 de la presente Sentencia, a nuestro juicio, refleja con fidelidad el estado actual de la evolución del derecho a la vida en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4), en particular”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 144.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 193.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 194.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 1 del Voto concurrente.

Asimismo, agregaron:

“El derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquél derecho básico. Dicha interpretación del derecho a la vida, de modo que abarque medidas positivas de protección por parte del Estado, encuentra respaldo hoy en día tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina”<sup>65</sup>.

En relación con el tema que nos ocupa, los mismos Jueces puntualizaron en forma muy clara “que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe acompañar la evolución de los tiempos y las consecuencias actuales”<sup>66</sup> y que “dicha interpretación evolutiva, consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados, ha contribuido decididamente a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>67</sup>.

*III.3.c) Masacre de Mapiripan vs. Colombia.* (Sentencia del 15 de setiembre de 2005)<sup>68</sup>

El 5 de setiembre de 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos introdujo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra el Estado de Colombia en virtud de que en el mes de julio de 1997 un grupo paramilitar compuesto de alrededor de cien personas, denominado Autodefensas Unidas de Colombia, con la aquiescencia de agentes estatales ya que oficiales de la armada trabajaban con ellos, circunstancias que posteriormente se probaran en las actuaciones ante la Corte, privaron de la libertad, torturaron, y asesinaron por lo menos a cuarenta y nueve civiles y arrojaron los restos al Río Guaviare<sup>69</sup>. Según la Comisión, los paramilitares escogieron esa población porque era un centro de comercio de cocaína y, por lo tanto un ingreso económico para la guerrilla.

Uno de los temas que se planteó es respecto de la responsabilidad de Colombia por los actos de los paramilitares. Colombia, si bien reconoció

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, párr. 2.

<sup>66</sup> *Ibidem*, párr. 5.

<sup>67</sup> *Ídem*.

<sup>68</sup> [www.corteideh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_134-esp.pdf](http://www.corteideh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_134-esp.pdf)

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 2.

parcialmente su responsabilidad negó que esos actos le pudieran ser atribuidos ya que manifestó que sólo algunos militares apoyaron a los paramilitares. Colombia no dirigía las acciones ni estaba en control de las operaciones. Según este país algunos agentes se comportaron en forma irregular pero ello no obedecía a una política de Estado, motivo por el cual no aceptaba que se le atribuyesen los actos de los grupos de autodefensa como si fueran sus agentes<sup>70</sup>. Es decir que no se cumplía con los requisitos para atribuirle la responsabilidad según el derecho internacional.

Cabe señalar que en el tema de la responsabilidad internacional del Estado, la Corte hizo hincapié en el carácter de la Convención Americana de Derechos Humanos en el marco del Derecho Internacional, así como los principios que informan su aplicación y su interpretación<sup>71</sup>. En este sentido, la Corte siempre destacó el carácter especial de la Convención Americana en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuyas normas están centradas en la protección de los derechos humanos y “están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre Estados Partes”<sup>72</sup>.

La Corte consideró, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que las convenciones sobre derechos humanos “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”<sup>73</sup>. El Tribunal dijo que si bien la Convención Americana se refiere a las normas del derecho internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad de un Estado por violaciones a la misma, por lo que constituye un efecto de

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, párr. 102.

<sup>71</sup> *Ibidem*, párr. 103.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párr. 104.

<sup>73</sup> *Ibidem*, párr. 106.

*lex specialis* en materia de responsabilidad estatal<sup>74</sup>. Por tal motivo, el tribunal consideró que la responsabilidad internacional del Estado así como el alcance del reconocimiento efectuado por Colombia deben ser efectuados a la luz de dicha Convención<sup>75</sup>.

Los familiares de las víctimas sufrieron daños materiales e inmateriales como consecuencia directa de la desaparición y ejecución de éstas, por lo que el Tribunal consideró como parte lesionada a todos los familiares de las aproximadamente 49 víctimas de la violación de los derechos consagrados por la Convención Americana<sup>76</sup>. Estas apreciaciones del tribunal son muy demostrativas de la interpretación evolutiva de las normas sobre derechos humanos.

#### II.4. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Es interesante el comentario efectuado por Giovanni Distefano, al referirse a la interpretación evolutiva en casos de la Corte Europea de Derechos Humanos cuando expresa: “L’interprétation évolutive est induite par la nécessité ressentie par les États parties à la CEDH d’adapter celle-ci aux nouvelles exigences en matière de protection des droits de l’homme... Certes, la nature des droits protégés et l’exigence de leur sauvegarde effective font assurément le lit à l’interprétation évolutive; il n’est donc pas un mystère que cette dernière, soit absolument congéniale aux droits de l’homme...”<sup>77</sup>.

##### II.4.1) Caso *Tyrer c/Reino Unido de Gran Bretaña*<sup>78</sup>

El ciudadano británico Anthony M. Tyrer, residente en la Isla de Man, presentó su caso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el 21 de setiembre de 1972 y ésta lo introdujo ante la Corte Europea de Derechos Humanos el 11 de marzo de 1977. Cuando tenía 15 años golpeó a un joven porque aparentemente lo había denunciado, al igual que a los amigos que lo acompañaban, por introducir cerveza en la escuela. Tyrer se declaró culpable ante el Tribunal local para la juventud y fue condenado a

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, párr. 107.

<sup>75</sup> *Ídem*.

<sup>76</sup> *Ibidem*, párr. 256.

<sup>77</sup> Giovanni Distéfano, *op.cit.* p. 380.

<sup>78</sup> Cour Européenne des droits de l’homme, *Affaire Tyrer v, Royaume- Uni*, arrêt 25 avril 1978.

tres golpes con bastón y tres golpes de vara en virtud de la Ley aplicable en ese momento, que era el artículo 10 de la Ley de 1960 sobre Tribunales de Policía<sup>79</sup>. Interpuso un recurso ante el tribunal superior de la Isla que no hizo lugar a la modificación de la sentencia y ordenó someterlo a un examen médico que lo declaró apto para sufrir la pena. Ejecutaron la sentencia delante del padre, le hicieron bajar los pantalones y demás ropa apoyado sobre una mesa y dos policías lo tenían mientras otro le infligía los golpes. Al tercero, el padre se abalanzó contra uno de los agentes y hubo que contenerlo.

El menor tuvo problemas en la piel y dolores durante una semana y media.

En la especie estaba en juego el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos que prescribe: “Nadie podrá ser sometido a la tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

La Corte consideró que Tyrer había sido sometido a una pena degradante y expresó en relación con el artículo 3 citado: “La Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter - la Commission l’a relevé à juste titre - a la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l’évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l’Europe dans ce domaine. L’Attorney General de l’île de Man a du reste signalé que depuis de longues années on révisé les dispositions législatives mannoises concernant lesdits châtiments”<sup>80</sup>.

#### *II.4.2) Caso Vinter y otros c/Reino Unido de Gran Bretaña*<sup>81</sup>

En este caso se sustanciaron tres demandadas interpuestas ante la Corte Europea contra el Reino Unido el 11 de diciembre de 2009, el 17 de diciembre de 2009 y el 6 de enero de 2010, por los ciudadanos británicos Douglas Gary Vinter, Jeremy Neville Bamber y Peter Howard Moore,

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, párr. 9.

<sup>80</sup> *Ibidem*, párr. 31.

<sup>81</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Vinter y Otros c/Reino Unido*, sentencia del 9 de julio de 2013.

respectivamente, que eran asesinos múltiples y a quienes se les impuso cadena perpetua permanente. Desde la abolición de la pena de muerte en Inglaterra y Gales se imponía por asesinato, cadena perpetua, pero una vez que se cumplía el período mínimo de pena de prisión, se podía pedir la libertad condicional a la Junta de Libertad Condicional.

Pero excepcionalmente atento la gravedad de algunos casos, se podía imponer una pena a cadena perpetua permanente, con la que el condenado sólo podría, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley de 1997, ser liberado por una decisión discrecional del Ministro del Interior, justificado por motivos humanitarios, como lo puede ser una enfermedad terminal o ser físicamente discapacitado<sup>82</sup>.

Estos tres casos, justamente purgaban esta pena de reclusión perpetua permanente u obligatoria<sup>83</sup>.

Al momento de tramitar las causas en los tribunales locales regía una Ley en Inglaterra y Gales de 2003 que no incluía, como anteriormente, un régimen de revisión después del transcurso de 25 años de una sentencia a cadena perpetua y sólo existía el mencionado artículo 30 de la Ley de 1997, que era interpretado restrictivamente por el Ministerio del Interior.

La Corte advirtió que existía aquí una incompatibilidad con el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos que prohibía la aplicación de penas o tratos inhumanos o degradantes y consideró que una persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho de conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, qué tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendría lugar o podría esperarse que se produzca. En consecuencia, cuando el derecho nacional no produzca ningún mecanismo de revisión de una pena a cadena perpetua, la incompatibilidad de este tipo de pena con el artículo 3 se produciría en el mismo momento en el que se impone la pena a cadena perpetua y no con posterioridad en algún momento del transcurso de la condena<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, párr. 12.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 14.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párr. 127.

Para el Tribunal la puesta en libertad por motivos humanitarios, no puede equipararse a la expectativa de ser liberado<sup>85</sup>, por lo que no acepta la alegación del gobierno del Reino Unido que está garantizada por el artículo 30 citado. El Tribunal consideró que las penas a cadena perpetua de los demandantes no pueden ser consideradas como redimibles de acuerdo con el artículo 3 del Convenio, los requisitos previstos en el artículo 3 no se cumplen respecto de ninguno de los demandados<sup>86</sup>.

La Corte destacó que en Inglaterra y en Gales la Ley de 2003 no incluyó un mecanismo de revisión, después del transcurso de 25 años del cumplimiento de una cadena perpetua.

En relación con el tema de este trabajo la Corte dijo: “...en estos momentos tanto el derecho europeo como el internacional claramente apoyan que los reclamos, incluyendo aquellos que están cumpliendo penas a cadena perpetua, tengan la posibilidad de rehabilitarse y la expectativa de ser liberado si la rehabilitación se consigue”<sup>87</sup>.

Asimismo reiteró: “El Tribunal ha tenido ocasión previamente de señalar que, si bien la retribución es una de las posibles finalidades de la pena de prisión, la tendencia de la política criminal europea en estos momentos es centrarse en la finalidad rehabilitadora de la pena de prisión, en especial en relación con la terminación de una pena de prisión de larga duración”.

Por ello, la Corte consideró que el artículo 3 de la Convención Europea de derechos humanos debe ser interpretado en relación con las condenas perpetuas, en el sentido que deben ser reexaminadas para constatar si en el curso de su ejecución el detenido ha evolucionado hacia su enmienda y que no existe ningún motivo legítimo desde el punto de vista penal, como podría ser la peligrosidad, que justifique que sea mantenido en su situación de detenido<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Ídem.

<sup>86</sup> *Ibidem*, párr. 121.

<sup>87</sup> Ídem, párr. 114.

<sup>88</sup> *Ibidem*, párr. 119.

### III. El tema en la Comisión de Derecho Internacional

En el año 2008 la Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema: “Los tratados en el tiempo”. Consecuentemente, en el 61° período de sesiones se constituyó un Grupo de Estudio, presidido por George Nolte. El tema devino, por sugerencia de ese Grupo de Estudio en “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados” y Nolte pasó a ser el Relator Especial.

El cambio de nombre constituye, a su vez, un cambio de enfoque, ya que se lo trata dentro de lo estatuido por el Artículo 31, apartados 3 a y 3 b y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que se refieren a los acuerdos y prácticas ulteriores a la celebración de un tratado.

El Grupo de Estudio puntualizó que la Convención de Viena de 1969 no tuvo en cuenta el elemento temporal en relación con la interpretación de los tratados porque consideraba que era muy difícil elaborar un proyecto de artículo sobre dicho elemento y recordó que ya la Comisión de Derecho Internacional, en sus comentarios en 1966 a un proyecto de artículos, consideró que era muy difícil formular una norma que abarcara totalmente el elemento temporal. Asimismo mencionó que el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la Fragmentación del Derecho Internacional llegó a la conclusión en 2006, de que era difícil convenir una norma general que diera preferencia a la interpretación contemporánea o que reconociera en forma general la necesidad de tener en cuenta el significado evolutivo<sup>89</sup>.

La cuestión de la variable temporal en la interpretación de los tratados tuvo antecedentes anteriores a 1966. Dos años antes, en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el Decimosexto período de sesiones fue tratada en el proyecto de artículo 68 que se refería a la modificación o revisión de un tratado y sus efectos sobre los derechos y obligaciones de las partes<sup>90</sup>.

El artículo 68 que se refería a la modificación de un tratado, por otro tratado, por una práctica o una norma consuetudinaria posteriores, en

---

<sup>89</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Capítulo VI, “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”, 2016, p. 196.

<sup>90</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964, vol. II.

su apartado c) establecía: “Por la aparición posterior de una nueva norma de derecho consuetudinario, obligatoria para todas las partes, relativa a la materia objeto del tratado”<sup>91</sup>.

En el Informe de la Comisión a la Asamblea General de ese período de sesiones se consideró que para la aplicación de un tratado en una época determinada había que tenerse en cuenta la evolución del derecho internacional, porque en realidad se había producido una modificación del mismo<sup>92</sup>.

Sin embargo cuando trataba el tema de la interpretación, el artículo 69 bajo el título “Regla General de Interpretación”, establecía, en el apartado 1.b) “teniendo presentes las normas de derecho internacional general que estuviesen en vigor en la época de celebración del tratado”<sup>93</sup>.

Algunos miembros de la Comisión manifestaron que si bien estaban de acuerdo que en primera instancia los términos de un tratado se apreciaban por el derecho en vigor en la época de su conclusión, no era menos cierto que “los cambios de las normas generales del derecho internacional pueden influir en la interpretación del tratado y habrían preferido que se omitieran las palabras ‘que estuvieran en vigor en la época de la celebración del tratado’”<sup>94</sup>.

Sin embargo la mayoría de la Comisión opinó que tales cambios en el derecho constituían más bien una cuestión referente a la aplicación del nuevo derecho al tratado, es decir que se trata de la modificación de la norma enunciada en el tratado por una norma posterior y no una cuestión de interpretación de los términos del tratado<sup>95</sup>.

Es muy ilustrativo también leer algunas conclusiones del Grupo de Estudio que trató el tema de la “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional” que se halla en el Informe de la Comisión a la Asamblea

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>92</sup> *Ídem*.

<sup>93</sup> *Ídem*.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>95</sup> *Ídem*.

General sobre la labor realizada en su 58° período de sesiones sobre el tema” (Capítulo XII)<sup>96</sup>.

En ese Informe, aparecen algunas conclusiones que es importante destacar y que son las siguientes: Conclusión 22. Intertemporalidad: “El derecho internacional es un sistema jurídico dinámico. Un tratado puede indicar si, al aplicar el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31, el intérprete debe remitirse únicamente a las normas de derecho internacional vigentes en el momento de la conclusión del tratado o si también puede tener en cuenta los cambios legislativos producidos ulteriormente”.

Además el sentido de una disposición de un tratado puede también verse afectado por hechos posteriores, especialmente cuando esa evolución subsiguiente se produce en el derecho consuetudinario y en los principios generales del derecho<sup>97</sup>. Así se manifiesta en la Conclusión 23, Conceptos abiertos o en evolución: “Podrán tenerse en cuenta normas de derecho internacional posteriores al tratado que haya de interpretarse, especialmente cuando los conceptos empleados en el tratado sean abiertos o estén evolucionando. Así ocurre, en particular, cuando: a) el concepto implique que hayan de tenerse en cuenta novedades técnicas, económicas o jurídicas posteriores; b) el concepto comporta la obligación de un ulterior desarrollo progresivo de las partes; c) el concepto es muy general o se expresa en términos tan generales que debe tenerse en cuenta la evolución de las circunstancias”<sup>98</sup>.

Teniendo en cuenta tales antecedentes, pero también los fallos de las Cortes y Tribunales internacionales, el Grupo de Estudio que trabaja actualmente sobre el tema de los acuerdos y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, formuló entre las distintas conclusiones, la Conclusión 8 denominada “Interpretación de los términos de un tratado como susceptible de evolucionar en el tiempo”, que dispone: “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 puede contribuir a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido de evolucionar en el tiempo”<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, Segunda Parte, Capítulo XII.

<sup>97</sup> Ídem.

<sup>98</sup> Íbidem, p. 199.

<sup>99</sup> Íbidem, p. 162.

En el comentario a la Conclusión 8 se puntualiza lo siguiente: “No se debe entender que el proyecto de conclusión 8 toma partido con respecto a la idoneidad de un enfoque más contemporáneo o más evolutivo de la interpretación de los tratados en general”.

El proyecto de Conclusión 8 subraya también que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como cualquier medio de interpretación de los tratados, pueden apoyar una interpretación tanto contemporánea como evolutiva, según proceda. La Comisión por tanto llegó a la conclusión de que esos medios de interpretación de los tratados pueden contribuir a determinar si una interpretación evolutiva es o no adecuada en relación con un término concreto de un tratado”<sup>100</sup>.

La jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales confirma este planteamiento. Los diversos tribunales y cortes internacionales han recurrido a la interpretación evolutiva, aunque en distinto grado, parecen haber seguido un enfoque específico para cada caso a la hora de determinar, mediante el recurso a los diversos medios de interpretación de los tratados a los que se hace referencia en 31 y 32, si conviene o no atribuir a un término de un tratado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo<sup>101</sup>.

#### IV. Conclusión

En mi opinión, plantear el tema de la aplicación y la interpretación de un tratado como una dicotomía constituye un falso dilema. Son dos caras de una misma moneda, en el sentido de que la aplicación de una norma nunca es automática, pues por más clara que sea su redacción, siempre presenta en mayor o menor grado un abanico de posibilidades y justamente el proceso de interpretación consiste en elegir una de esas posibilidades. El problema no se plantea tampoco en relación con la modificación de un tratado por otro o por una norma consuetudinaria o una práctica posterior, sino que se centra en saber si en un caso concreto se interpreta esa norma tal como fue concebida al momento de la celebración o si por el contrario al momento de su aplicación. Si existiese una

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>101</sup> *Ídem*.

modificación de la norma, la nueva norma en principio se aplicaría en el futuro a todos los casos.

Esta cuestión interpretativa se plantea sobre todo en temas que van evolucionando al ritmo de la ciencia y la tecnología, pero también de las concepciones filosóficas y morales de la sociedad. En este trabajo, son sobre todo estas circunstancias las que se han analizado y es típicamente una cuestión interpretativa, de ahí su título.

Es muy impresionante, por ejemplo, leer sobre los castigos corporales que judicialmente se imponían a algunos condenados y ello hace pocos años y peor aún en las escuelas de algunos países. La protección del medio ambiente es otro tema en evolución. Es lógico que en algunos casos se impondrá la modificación de las normas pero mientras ello no ocurra, y durante el devenir de los cambios, la interpretación evolutiva es la clave.

Ahora bien, habiendo analizado algunos ejemplos de fallos y opiniones consultivas de distintos tribunales se puede afirmar que la interpretación evolutiva no constituye una forma distinta de interpretación, sino que se ha realizado en aplicación de los diversos medios de interpretación que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, sobre la base de cada caso.

Por tanto, toda interpretación evolutiva del sentido de los términos de un tratado debe ser el resultado del proceso ordinario de interpretación de los tratados<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 199.

# EL TERRORISMO MEDIOAMBIENTAL O ECOLÓGICO<sup>1</sup>

*Sofía Josefina Danessa<sup>2</sup>*

**SUMARIO:** I. Introducción; II. La definición de terrorismo; III. Medio ambiente y degradación ambiental; IV. Diferentes tipos de degradación ambiental; V. Terrorismo medio ambiental; VI. Conclusiones; Bibliografía.

## I. Introducción

Tras el lanzamiento de la Guerra del Golfo en 1991, las fuerzas iraquíes intencionalmente causaron derrames de petróleo en las aguas del Golfo. La explosión de varios pozos de petróleo causó un gran incendio que provocó olas de humo que convirtieron el mediodía de Kuwait en medianoche. Estos acontecimientos generaron que la Administración Bush acuse a Irak de “Terrorismo medioambiental”<sup>3</sup>.

Posteriormente, el término “Terrorismo medioambiental” fue adoptado en la sociedad norteamericana y comenzó a estudiarse en la academia internacional. Ahora bien, el objetivo de este artículo es analizar el término terrorismo medioambiental o ecológico. Intentaremos definir por sus características al Terrorismo, ya que en la comunidad internacional no hay un consenso acerca de lo que el término significa. Así también definiremos lo que se entiende por Medio ambiente y degradación

---

<sup>1</sup> Este artículo forma parte de un capítulo de su tesis doctoral.

<sup>2</sup> Abogada UCA. Profesora Superior en Abogacía UCA. Magister en Relaciones Internacionales UBA. Doctorando en Derecho Internacional UBA. Profesora Adjunta a cargo de Derecho Internacional Público UCA. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado UCA. Profesora de Derecho Internacional Público, Jefa de Trabajos Prácticos UBA. Ex becaria UCA en proyectos de investigación UCA. Ha realizado varias publicaciones y entrevistas en El Derecho Editorial Jurídica. Profesora Evaluadora en el Servicio Exterior de la Nación. Integrante del grupo de Investigación de Derecho Internacional público UCA. Directora Proyecto de investigación PROYECTO IUS UCA 2016-2018. Miembro adherente del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI). Consultora experta en Derecho Internacional Público en la Comisión Nacional del Límite exterior de la Plataforma Continental del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (2017-2018).

<sup>3</sup> Newsweek, New York Times, 4 de febrero 1991: 36.

ambiental. Finalizado el análisis de estos dos términos estudiaremos el término terrorismo ambiental o ecológico y su utilización.

## II. La definición de terrorismo

El terrorismo es una de las cuestiones que más limitaciones produce al momento de conceptualizar en el derecho internacional contemporáneo, ya que el término es impreciso y ambiguo<sup>4</sup>.

Los atentados terroristas perpetrados en la última década y más aún los perpetrados en los últimos años conjuntamente con la aparición del Estado Islámico han producido un gran interés en el concepto de definir al terrorismo y su pertinente importancia, pero definir el terrorismo siempre se ha visto frustrado.

La comunidad internacional ha intentado definir el terrorismo desde 1937 con poco éxito. Ya que siempre la definición legal ha sido teñida de contenidos ideológicos o políticos, alejándose siempre de una estricta definición jurídica. Como resultado existen diferentes definiciones en instrumentos internacionales y en legislaciones de diferentes estados que durante décadas se fueron realizando con enfoque sectorial y como resultado de este enfoque pragmático, existen varios tratados internacionales en los que se evitó el problema irreconciliable de la definición del terrorismo y se lo trató como un delito transnacional a secas<sup>5</sup>.

Los ataques del 11 de septiembre de 2001 dieron lugar a un renovado interés en la posibilidad de alcanzar una definición internacionalmente aceptada del terrorismo. Pero hay desacuerdo que sugiere un grado persistente de indeterminación sobre el estado conceptual y normativo del terrorismo internacional en el derecho internacional y fue en este contexto que la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano se cuestionó acerca de la definición de terrorismo y si esta existía en el derecho internacional<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Este artículo se realizó en el marco de un proyecto de investigación denominado PROYECTO IUS, en la Facultad de Derecho de la UCA, cuya Directora es la autora.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> ALMIRO, Clere, *An Examination of the Special Tribunal for Lebanon's Explosive Declaration of 'Terrorism' at Customary International Law*. A dissertation completed in partial fulfillment

La Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano<sup>7</sup> declaró al terrorismo como un crimen, basándose en derecho consuetudinario internacional, tras un vacío legal de varias décadas.

Los pensadores como Antonio Cásese<sup>8</sup> sostienen que los elementos objetivo y subjetivo que posee el crimen de terrorismo en tiempos de paz están cristalizados en el derecho consuetudinario, claro está, con amplios parámetros para alcanzar una definición del crimen de terrorismo.

La realidad es que desde los atentados del 11 de septiembre de 2001 el mundo cambió, y el Consejo de Seguridad ha impuesto una serie de medidas contra el terrorismo en general.

La primera resolución que “pone en evidencia una posición extendida y una vista en común de terrorismo” fue la Resolución del Consejo de Seguridad 1373<sup>9</sup> (2001) en la que declaró el terrorismo

---

of the requirements of the degree of Bachelor of Laws (Honours) University of Otago. October 2012.

<sup>7</sup> El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a las Naciones Unidas que establecieran un tribunal de carácter internacional. Con arreglo a la resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, las Naciones Unidas y la República Libanesa negociaron un acuerdo sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano. Una vez aprobada la resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007, las disposiciones del documento anexo a ella, incluido el Estatuto del Tribunal Especial que figuraba como apéndice, entraron en vigor el 10 de junio de 2007. El mandato del Tribunal Especial para el Líbano es enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. La competencia del Tribunal puede ampliarse más allá del atentado con bomba de 14 de febrero de 2005 si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1º de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado de 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares. Esa conexión podrá consistir, entre otras cosas, en una combinación de los siguientes elementos: intención de delinquir (móvil), finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques (modus operandi) y autores. Los delitos cometidos después del 12 de diciembre de 2005 podrán incluirse en la competencia del Tribunal bajo los mismos criterios si así lo deciden el Gobierno de la República Libanesa y las Naciones Unidas, con el consentimiento del Consejo de Seguridad.

<sup>8</sup> CASESSE, Antonio, *The multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, 4 JICJ 933, 2006.

<sup>9</sup> Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Decide que todos los Estados: a) Prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo; b) Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o

---

indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo; c) Congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos; d) Prohíban a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes; 2. Decide también que todos los Estados: a) Se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, inclusive reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y eliminando el abastecimiento de armas a los terroristas; b) Adopten las medidas necesarias para prevenir la comisión de actos de terrorismo, inclusive mediante la provisión de alerta temprana a otros Estados mediante el intercambio de información; c) Denieguen refugio a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a esos actos, o proporcionan refugios; d) Impidan que quienes financian, planifican, facilitan o cometen actos de terrorismo utilicen sus territorios respectivos para esos fines, en contra de otros Estados o de sus ciudadanos; e) Aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y aseguren que, además de cualesquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo; f) Se proporcionen recíprocamente el máximo nivel de asistencia en lo que se refiere a las investigaciones o los procedimientos penales relacionados con la financiación de los actos de terrorismo o el apoyo prestado a éstos, inclusive por lo que respecta a la asistencia para la obtención de las pruebas que posean y que sean necesarias en esos procedimientos; g) Impidan la circulación de terroristas o de grupos terroristas mediante controles eficaces en frontera y controles de la emisión de documentos de identidad y de viaje, y mediante la adopción de medidas para evitar la falsificación, la alteración ilegal y la utilización fraudulenta de documentos de identidad y de viaje; 3. Exhorta a todos los Estados a: a) Encontrar medios para intensificar y agilizar el intercambio de información operacional, especialmente en relación con las actividades o movimientos de terroristas individuales o de redes de terroristas; los documentos de viaje alterados ilegalmente o falsificados; el tráfico de armas, explosivos o materiales peligrosos; la utilización de tecnologías de las comunicaciones por grupos terroristas y la amenaza representada por la posesión de armas de destrucción en masa por parte de grupos terroristas; b) Intercambiar información de conformidad con el derecho internacional y la legislación interna y cooperar en las esferas administrativas y judiciales para impedir la comisión de actos de terrorismo; c) Cooperar, en particular mediante acuerdos y convenios bilaterales y multilaterales, para impedir y reprimir los ataques terroristas, y adoptar medidas contra quienes cometan esos actos; d) Adherirse

internacional como una amenaza a “la paz y la seguridad internacionales”. Y también en la que impone obligaciones vinculantes para todos los Estados miembros de la ONU, dirigiéndolos a penalizar los actos de terrorismo en el derecho interno. En 2004, momento en el cual la mayoría de los estados de la comunidad internacional había tipificado el terrorismo, surge la Resolución del Consejo de Seguridad 1566<sup>10</sup> que ofreció una definición legal del terrorismo, lo que permite a los Estados adoptar su propia definición<sup>11</sup>.

---

tan pronto como sea posible a los convenios y protocolos internacionales pertinentes relativos al terrorismo, inclusive el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999; e) Fomentar la cooperación y aplicar plenamente los convenios y protocolos internacionales pertinentes relativos al terrorismo, así como las resoluciones del Consejo de Seguridad 1269 (1999) y 1368 (2001); f) Adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales en materia de derechos humanos, antes de conceder el estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que el solicitante de asilo no haya planificado o facilitado actos de terrorismo ni participado en su comisión; g) Asegurar, de conformidad con el derecho internacional, que el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por los autores, organizadores o patrocinadores de los actos de terrorismo, y que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa de denegación de las solicitudes de extradición de presuntos terroristas; 4. Observa con preocupación la conexión estrecha que existe entre el terrorismo internacional y la delincuencia transnacional organizada, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero; 5. Declara que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a dichos propósitos y principios de las Naciones Unidas; 6. Decide establecer, de conformidad con el artículo 28 de su reglamento provisional, un Comité del Consejo de Seguridad integrado por todos los miembros del Consejo, para verificar la aplicación de la presente resolución, con la asistencia de los expertos que se consideren apropiados, y exhorta a todos los Estados a que informen al Comité, a más tardar 90 días después de la fecha de aprobación de la resolución y con posterioridad conforme a un calendario que será propuesto por el Comité, de las medidas que hayan adoptado para aplicar la presente resolución; 7. Pide al Comité que establezca sus tareas, presente un programa de trabajo en el plazo de 30 días después de la aprobación de la presente resolución y determine el apoyo que necesita, en consulta con el Secretario General; 8. Expresa su determinación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación plena de la presente resolución de conformidad con las funciones que se le asignan en la Carta; 9. Decide seguir ocupándose de la cuestión dinero, el tráfico ilícito de armas y la circulación ilícita de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros materiales potencialmente letales, y a ese respecto pone de relieve la necesidad de promover la coordinación de las iniciativas en los planos nacional, subregional, regional e internacional, para reforzar la respuesta internacional a este reto y amenaza graves a la seguridad internacional.

<sup>10</sup> Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Condena en los términos más enérgicos todos los actos de terrorismo, cualquiera que sea su motivación y cuando quiera y por quienquiera sean cometidos, que constituyen una de las más graves

---

amenazas a la paz y la seguridad; 2. Insta a todos los Estados a que, de conformidad con las obligaciones que les impone el derecho internacional, cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo, especialmente con aquellos en cuyo territorio o contra cuyos ciudadanos se cometan actos de terrorismo, a fin de encontrar, negar refugio seguro y someter a la justicia, sobre la base del principio del enjuiciamiento o la extradición, a quien apoye o facilite la financiación, la planificación, la preparación o la comisión de actos de terrorismo o la provisión de refugio seguro o participe o intente participar en esos actos; 3. *Recuerda que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza;* 4. Insta a todos los Estados a hacerse partes, con carácter urgente, a los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales, con independencia de si son o no partes en los convenios o las convenciones regionales en la materia; 5. Insta a los Estados Miembros a que cooperen plena y rápidamente para resolver todas las cuestiones pendientes con miras a aprobar por consenso el proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional y el proyecto de convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear; 6. Insta a las organizaciones internacionales, regionales y subregionales competentes a que estrechen la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo e intensifiquen sus relaciones con las Naciones Unidas y, en particular, con el Comité contra el Terrorismo a fin de facilitar la aplicación cabal y oportuna de la resolución 1373 (2001); 7. Pide al Comité contra el Terrorismo que, en consulta con las organizaciones internacionales, regionales y subregionales y los órganos de las Naciones Unidas competentes, formulen una serie de prácticas recomendadas para ayudar a los Estados a poner en práctica las disposiciones de la resolución 1373 (2001) relativa a la financiación del terrorismo; 8. Encomienda al Comité contra el Terrorismo que, como cuestión prioritaria y, cuando proceda, en estrecha cooperación con las organizaciones internacionales, regionales y subregionales competentes, comience a hacer visitas a los Estados, con el consentimiento de éstos, a fin de vigilar mejor el cumplimiento de la resolución 1373 (2001) y facilitar la prestación de asistencia técnica y de otra índole para cumplirla; 9. Decide establecer un grupo de trabajo integrado por todos los miembros del Consejo de Seguridad para que estudie y le presente recomendaciones sobre las medidas prácticas que se han de imponer contra las personas, los grupos y las entidades involucrados en actividades terroristas o asociados con ellas, además de las ya enunciadas por el Comité de Sanciones contra Al-Qaida y los Talibanes, entre ellas establecer los procedimientos más eficaces que se consideren adecuados para someterlos a la justicia mediante el enjuiciamiento o la extradición, congelar sus activos financieros, impedir su desplazamiento por los territorios de Estados Miembros y prevenir que les sean suministrados armas y material conexo de todo tipo, así como sobre los procedimientos para poner en práctica esas medidas; 10. Pide además al grupo de trabajo establecido en el párrafo precedente que considere la posibilidad de establecer un fondo internacional para indemnizar a las víctimas de actos de terrorismo y sus familias, que se financiaría con contribuciones

En todas las resoluciones, y esto es lo que todas las resoluciones tienen en común, se trata al terrorismo como una amenaza a la paz y a la seguridad internacional.

También, hasta la fecha, la ONU ha formulado 13 instrumentos internacionales<sup>12</sup> multilaterales que contienen manifestaciones específicas de terrorismo<sup>13</sup>.

La resolución más significativa de la Asamblea General de Naciones Unidas es la 49/60 de 1994 sobre medidas contra la eliminación del

---

voluntarias, que podrían a su vez consistir en parte de los bienes confiscados a organizaciones terroristas, sus miembros y patrocinantes, y que le presente sus recomendaciones al respecto; 11. Pide al Secretario General que tome, con carácter urgente, las medidas que procedan para que la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo entre plenamente en funciones y que le presente un informe para el 15 de noviembre de 2004; 12. Decide seguir ocupándose activamente de la cuestión.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Hasta la fecha se han adoptado trece tratados de ámbito universal que cubren diversos sectores relacionados con el terrorismo. En orden cronológico, estos trece tratados sectoriales de ámbito universal sobre el terrorismo son los siguientes: 1. el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14-IX-1963; 2. el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya, el 16-XII-1970; 3. el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23-IX-1971; 4. la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada mediante la Resolución 3166 (XXVIII), de 14-XII-1973, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; 5. la Convención internacional contra la toma de rehenes, aprobada mediante la Resolución 34/146, de 17-XII-1979, de la Asamblea General; 6. la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, aprobada en Viena el 3-III-1980; 7. el Protocolo para la represión de los actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación internacional, firmado en Montreal el 24-II-1988; 8. el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10-III-1988); 9. el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 10-III-1988); 10. el Convenio sobre la marcación de los explosivos plásticos para los fines de detección (Montreal, 1-III-1991); 11. el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado mediante la Resolución 52/64 de 15-XII-1997, de la Asamblea General; 12. el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado mediante la Resolución 52/64 de 15-XII-1997, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; y 13. el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, aprobado mediante la Resolución 59/290, de 13-IV-2005, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>13</sup> ALMIRO, Clere, *supra* nota 6.

Terrorismo Internacional y en dar una definición política sobre terrorismo<sup>14</sup>. Esta resolución fue aprobada sin votación, lo que sugiere un consenso entre los estados, y ha sido reiterada en numerosas resoluciones posteriores.

De la citada resolución se puede visualizar una definición de terrorismo, o al menos los elementos que aquella debería tener. “Declara solemnemente lo siguiente: 1. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirman solemnemente que condenan en términos inequívocos todos los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlos criminales e injustificables, dondequiera y quienquiera los cometa, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y los pueblos y amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados; 2. Los actos, métodos y prácticas terroristas constituyen una grave violación de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, y pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, poner en peligro las relaciones de amistad entre los Estados, obstaculizar la cooperación internacional y llevar a la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y las bases democráticas de la sociedad; 3. Los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”.

De la mencionada resolución podemos ver que terrorismo, puede ser un acto, método o práctica. Cualquiera sea el lugar donde se cometa y por quien se cometa. Incluidos aquellos actos que amenacen la integridad territorial y seguridad de los estados. Son una violación grave a los propósitos y principios de la ONU, que puede obstaculizar la cooperación internacional, destruir los derechos humanos, las libertades fundamentales, y las bases democráticas de la sociedad. Los actos con fines políticos planeados para provocar terror en la población, cualquiera sea la consideración sea política, étnica, ideológica, racial o religiosa.

Sin tratar en este artículo, porque no es su cometido, de dar una definición de terrorismo, pero de esta resolución, se debe aclarar que se

---

<sup>14</sup> A/RES/49/60 Asamblea General de Naciones Unidas <http://www.un.org/es/comun/docs>

vislumbran los elementos que puede tener el concepto de terrorismo, que contribuye a conceptualizar el fenómeno del Terrorismo ambiental. Entonces debemos tener claro que el acto, método o práctica, provoca terror en la población con una intencionalidad política, donde sea que se cometa y por quien sea que lo cometa.

### III. Medio ambiente y degradación ambiental

Con respecto a estos términos no hay mayor inconveniente para su conceptualización ya que tomaremos la definición que nos brinda la UNESCO.

El Medio Ambiente es todo aquello que rodea al ser humano y que comprende elementos naturales tales como físicos, biológicos, artificiales (las tecno estructuras), sociales y las interacciones de todos ellos entre sí<sup>15</sup>.

A su vez también define a la Degradación ambiental como la transformación del medio ambiente particularmente de los sistemas naturales debido fundamentalmente a las actividades humanas que lo alteran, lo tornan improductivo y rebajan la calidad ambiental<sup>16</sup>.

Teniendo en cuenta la definición de degradación ambiental se puede intentar analizar qué tipos de degradación ambiental existen.

### IV. Diferentes tipos de degradación ambiental

Ahora bien, antes de intentar determinar si hay algo que se pueda llamar "Terrorismo ambiental", vamos a analizar los diferentes tipos de 'destrucción ambiental' y qué tipo de destrucción ambiental podría caer bajo la rúbrica 'terrorismo'.

---

<sup>15</sup> Sánchez, Vicente y Guiza, Beatriz, *Glosario de términos sobre Medio Ambiente*, OREALC. UNESCO, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Chile, 1989.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

La destrucción ambiental puede ser intencional o no intencional; simbólica o no simbólica; y destrucción ambiental que ocurre durante tiempos de guerra o la que ocurre en tiempos de paz<sup>17</sup>.

Un acto deliberado o una amenaza de destrucción medioambiental implicaría que el perpetrador podría razonablemente esperar que ocurra el daño.

La segunda distinción es entre actos o amenazas de destrucción ambiental simbólicos y no simbólicos.

Esta distinción es crucial porque es necesario determinar si es desafortunado y sin propósito que daños ambientales o amenazas de los mismos puedan considerarse terrorismo.

La distinción con respecto al simbolismo puede diferenciarse entre 'simbolismo primario', que se refiere a la manipulación del medio ambiente en un intento de infundir temores en la población y que este miedo o terror sea más grande que las consecuencias del acto; y el 'simbolismo secundario' que se refiere a una amenaza al ambiente mayor pero en los que el autor no está tratando de crear miedo. En este caso el primario sería el que podría implicar un acto de terrorismo ambiental.

Con respecto a la distinción entre tiempos de guerra y tiempos de paz es esencial porque las leyes aplicables son diferentes.

Se hace evidente que existen ciertos tipos de destrucción ambiental que pueden considerarse "terrorismo", y otras como "terrorismo medioambiental".

Hay que saber en cuanto a las categorías establecidas *ut supra* que todos los actos terroristas son simbólicos y por lo tanto intencionales también. La falta de simbolismo e intención elimina a aquellos actos o amenazas de destrucción ambiental sea en tiempos de guerra o paz como actos de terrorismo medio ambiental.

---

<sup>17</sup> Schwartz, Daniel M., *Environmental Terrorism, Analyzing the Concept*. Journal of Peace Research. Vol 35, N° 4, London, 1998, pp. 483-496.

Por lo tanto, la Guerra del Golfo podría ser etiquetada como actos de terrorismo durante la guerra, pero no como terrorismo ambiental ya que el término “terrorismo ambiental” sólo puede aplicarse a los actos o las amenazas de destrucción ambiental en los que el ambiente se utiliza como medio para crear temor por las consecuencias ecológicas del acto (es decir, el acto es uno de los “simbolismos” y el medio ambiente es una víctima).

Por consiguiente, la destrucción ambiental de Hussein en la Guerra del Golfo podría ser etiquetada como “terrorismo”. Por el contrario, si fuese el caso de una amenaza, mutilación y matanza de especies raras de tortugas en peligro de extinción, podría legítimamente denominarse “Terrorismo ambiental”<sup>18</sup>.

## V. Terrorismo medio ambiental

Se puede afirmar que el término Terrorismo ambiental o medioambiental ha sido mal utilizado, mal aplicado por políticos, medios de comunicación y académicos, normalmente por falta de claridad de sus términos. La realidad es que se entiende por terrorismo ambiental a una clase de Terrorismo en el que los seres humanos o el medio ambiente natural son el objetivo simbólico primario de los terroristas.

Y aunque los terroristas utilizan a veces el entorno natural como objetivo simbólico, debe hacerse una distinción entre actos de terrorismo en los que el uso del medio ambiente es meramente incidental o accidental, o actos de terrorismo en los que el terrorista intenta crear miedo por el medio ambiente en sí mismo, o sea el terrorista utiliza deliberadamente la fuerza para afectar el uso normal del medio ambiente y de los recursos naturales<sup>19</sup>.

Deberíamos tener en cuenta que el término “terrorismo medioambiental”, se entiende en este último sentido, es decir que debe ser reservado para los incidentes en los que el propio medio ambiente se ve interrumpido o amenazado por el perpetrador como un símbolo que provoca temor en la población, acerca de las consecuencias ecológicas del acto<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 483-496.

<sup>19</sup> Lavaux, Stephanie, *Degradación ambiental y conflictos armados. Las conexiones*, Grupo de Investigación sobre seguridad, Universidad del Rosario, Colombia, 2004, pp. 10-19.

<sup>20</sup> Cfr. Schwartz, Daniel M., *supra* nota 17, pp. 483-496.

“Si bien los primeros son actos terroristas per sé que pueden ocasionar involuntariamente un daño ambiental (como la destrucción de un oleoducto), los segundos son actos de puro terrorismo ambiental puesto que el mismo medio ambiente está directamente amenazado por los autores de estos actos, que buscan la indignación o el miedo de la opinión pública alrededor del daño ambiental ocasionado (contaminación voluntaria de una fuente de agua, por ejemplo)”<sup>21</sup>.

En ambos casos se genera de manera premeditada, una destrucción medioambiental o una interrupción en las interacciones naturales. Varios autores afirman que los actos de violencia desarrollados durante periodos de guerra no pueden asumirse como terroristas sino como actos legítimos o ilegítimos de fuerza, pero no es una cuestión a debatir en el presente artículo.

Sin embargo, se puede considerar que en el caso particular de los actos de destrucción ambiental se debe seguir hablando de terrorismo ambiental, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, porque un daño al medio ambiente afecta automáticamente a la población civil<sup>22</sup>.

## VI. Conclusiones

Tal como se analizó en este artículo no es sencillo determinar qué es terrorismo, menos aún qué es el terrorismo ambiental y por esta razón muchas veces es mal utilizado. En primer lugar estamos en condiciones de afirmar que el terrorismo ambiental es un fenómeno que se produce por estos días, pero que también ha existido en la historia, tal como se vio en algunos ejemplos que analizamos.

Por otro lado hoy sabemos que aun siendo difícil definir el terrorismo, podemos establecer elementos comunes en este delito o crimen, como por ejemplo que puede ser una acto o amenaza, practica o método, dirigido a una población civil, que causando terror o miedo, se intente lograr atemorizar por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas.

---

<sup>21</sup> Cfr. Lavaux, Stephanie, *supra* nota 19, pp. 10-19.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

También sabemos en qué consiste la degradación ambiental como la transformación del medio ambiente particularmente de los sistemas naturales debido fundamentalmente a las actividades humanas que lo alteran, lo tornan improductivo y rebajan la calidad ambiental.

Y con ambos conceptos analizamos de qué se trataba el terrorismo medioambiental pudiendo concluir que es aquella especie de terrorismo que ocasiona una degradación ambiental. La realidad es que se entiende por terrorismo ambiental a una clase de Terrorismo en el que los seres humanos o el medio ambiente natural son el objetivo simbólico de los terroristas.

Y aunque los terroristas utilizan a veces el entorno natural como objetivo simbólico, debe hacerse una distinción entre actos de terrorismo en los que el uso del medio ambiente es meramente incidental o accidental, o actos de terrorismo en los que el terrorista intenta crear miedo por el medio ambiente en sí mismo, o sea el terrorista utiliza deliberadamente la fuerza para afectar el uso normal del medio ambiente y de los recursos naturales; los segundos sin embargo, son actos de puro terrorismo ambiental puesto que el mismo medio ambiente está directamente amenazado por los autores de estos actos, que buscan la indignación o el miedo de la opinión pública alrededor del daño ambiental ocasionado.

Luego de este análisis, debemos entonces haber comprendido el real significado que tiene el terrorismo medioambiental. Fenómeno poco estudiado y/o regulado tanto en el Derecho Internacional General como tampoco ha sido lo suficientemente debatido en los foros internacionales de discusión.

## Bibliografía

Abad Castelos, M. *Terrorismo y negociación de rehenes. Delitos de terrorismo y narcotráfico*. Editorial jurídica bolivariana. Caracas 2002.

Almqvist, J., *El Comité contra el Terrorismo de la ONU y el respeto de los Derechos Humanos*. Editorial FRIDE. 2004.

Ambos, Kai, *La lucha antiterrorista tras el 11 de septiembre de 2001*. Editado por Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos N 39. Bogotá 2007.

Avilés Farré, J., *Es posible y necesario definir el terrorismo*. Conferencia pronunciada en el Seminario Terrorismo. Nuevas manifestaciones. Nuevas respuestas. Universidad de Granada, 18 de abril de 2002.

Cassese, Antonio, *The multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*. 2006 4 JICJ 933

Clere Almiro, *An Examination of the Special Tribunal for Lebanon's Explosive Declaration of 'Terrorism' at Customary International Law*. A dissertation completed in partial fulfilment of the requirements of the degree of Bachelor of Laws (Honours) University of Otago. October 2012.

Gasser, Hans Peter, Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1986. N 76.

Gioa, Andrea, Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità, *Revista de diritto internazionale*, Vol 1, pp 5-69, 2004.

Gómez Colomer, Juan Luis y González Cussac, José Luis, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Editorial: Tirant Lo Blanch. Valencia 2006.

Kaldor, Mary, *Las Nuevas Guerras*. Ed. Kriterion tus quets Editores. Madrid 1999.

Kepel, Gilles, *Guerra en el corazón del Islam*. Ed. Paidós. Barcelona, 2004.

Lavaux, Stephanie, *Degradación ambiental y conflictos armados. Las conexiones*. 2004. Colombia. Grupo de Investigación sobre seguridad. Universidad del Rosario. Pág. 10-19.

Martín Martínez, Magdalena M. *La Corte Penal Internacional. Justicia vs. Impunidad*. Editorial Ariel Derecho. Barcelona 2001.

Pérez Llana, Carlos, *El regreso de la Historia. La política internacional durante la posguerra fría, 1989-1997*. Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1994.

Ramonet, Ignacio, *Guerras del siglo XXI, Nuevos Miedos, Nuevas amenazas*. Ed. Mondadori. Barcelona, 2002.

Reinares Nestares, Fernando, *Terrorismo y antiterrorismo*. Editorial Paidós. Barcelona, 1998.

Sánchez, Vicente y Beatriz Guiza, *Glosario de términos sobre Medio Ambiente*, 1989. Chile. OREALC. Unesco. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Schwartz Daniel M., *Environmental Terrorism, Analyzing the Concept*. 1998. London. Journal of Peace Research. Vol. 35, numero 4. PP. 483-496.

Zbar, Agustín, *Terrorismo internacional y Derechos Humanos*. Editorial Fundación Abravanel. Buenos Aires, 2008.

Zeraoui, Zidane y Montiel, Fernando, *La guerra contra el terror*. Ed. Ariete. México 2006.

Zeraoui, Zidane, *Seguridad Internacional y Terrorismo*. Ed. Ariete. México, 2006.

Zorrilla, Mainer, *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*. Editorial Universidad de Deusto, Bilbao. 2005.

*Amnistía Internacional*, “Violación y violencia sexual”. Leyes y normas de Derechos Humanos en La Corte Penal Internacional. *Revista Amnistía Internacional*. Inglaterra, 2011.

Valladares, Gabriel Pablo (compilador), “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, *Lecciones y Ensayos n.º 78*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 533 a 547. CICR ref. T2003.49/0003.