

Amicus Curiae

Solicitud de Opinión Consultiva Relativa a la Interpretación de los Artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la
Convención Americana sobre Derechos Humanos

Elevada por la República de Colombia

Presentado ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos

por

Clínica Jurídica de Derechos Humanos

Pontificia Universidad Javeriana Cali

Enero de 2017

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN

- i.* Justificación

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

- i.* Los Raizales
- ii.* Normalización progresiva del derecho internacional ambiental.
- iii.* Prevención y precaución en materia ambiental.
 - 1. Estudios de Impacto Social y Ambiental.
 - 2. EISA como garantía del derecho a la vida e integridad personal.
 - 3. EISA y derecho a la información y participación.
 - 4. Enfoque precautorio.
- iv.* Obligación de Consultar.
- v.* Proyectos de Infraestructura y Derechos Humanos.
 - 1. Política de UNOPS para Infraestructura Sostenible.
 - 2. Enfoque Ruggie

III. CONCLUSIONES

- i.* ¿Se incorporan a las obligaciones generales de respeto y garantía, especialmente frente a los derechos a la vida e integridad personal, las normas derivadas del derecho internacional del medioambiente?
 - ii.* ¿Existe una obligación de llevar a cabo un EISA para la implementación de un proyecto de infraestructura y cuál es su contenido mínimo?
 - iii.* ¿Existe una obligación de cooperación internacional para la implementación de un proyecto de infraestructura y cuál es su contenido mínimo?
-
-

Señor Doctor

PABLO SAAVEDRA

Secretario Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Javeriana, seccional Cali, es un actor promotor y defensor de derechos humanos, que, bajo el respaldo institucional de la Pontificia Universidad Javeriana, seccional Cali, asume labores de litigio estratégico, capacitación, monitoreo y prevención en materia de derechos humanos, principalmente en el suroccidente colombiano. En asocio con diferentes organismos estatales, nacionales e internacionales, así como con otras clínicas jurídicas, Organizaciones no Gubernamentales, ha

emprendido labores de difusión, promoción y protección de derechos humanos. Este Amicus, es suscrito por su Director, RAÚL FERNANDO NÚÑEZ MARÍN, y en este participaron:

SANTIAGO BOTERO GIRALDO

SUSANA BURBANO MONTENEGRO

IVAN DARÍO ZAPATA

MANUELA JIMENEZ

ANA INÉS LOPEZ (ABOGADA)

I. INTRODUCCIÓN

Antonio Cançado Trindade ha reconocido que el derecho a la vida y a la salud constituyen el fundamento y el denominador común al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho ambiental internacional. De allí, que se ha gestado progresivamente la obligación positiva que le asiste a los Estados para asegurar el ejercicio del derecho a la vida y a la integridad personal, como bien lo estableció la Corte Interamericana en la sentencia al caso de los Niños de la Calle vs. Honduras; al formular que el derecho a la vida no solo impone la obligación de no vulnerar por acción su contenido esencial, sino también la obligación de asegurar que las personas tengan una calidad y nivel de vida adecuados.

De lo anterior, siguiendo igualmente lo dicho por Cançado Trindade, implica que el derecho a la vida y a la salud – manifestado a través del derecho a la integridad personal – son corolario de la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, pues ambos imponen cargas de diferente índole a los Estados, frente a la faceta negativa y positiva de las obligaciones que genera. Todo ello, se ve vinculado estrechamente con la protección del medioambiente, pues en todo caso, la protección de la biósfera en sentido general es la primera garantía de protección del derecho a la vida; y a su vez, de todos los derechos humanos, en tanto que la protección de la vida es prerequisite indispensable para el goce de todos los derechos humanos.

Al respecto, la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpreta el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no sólo comprende la atención oportuna y apropiada, sino que además abarca los principales factores determinantes para la salud, entre otras, el medio ambiente. En otra oportunidad, la CIDH ordenó la adopción de medidas cautelares para la protección de la salud, integridad y vida de sesenta y cinco (65) personas que sufrían de afectaciones graves a la salud, como consecuencia de los índices altos de contaminación del agua, suelo y aire en la comunidad de La Oroya (Perú), producto de partículas de metales liberados por el complejo empresarial metalúrgico.

Asimismo, el ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, dependen del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y a la salud del ser humanos, se comprometen dichos derechos.

A lo largo de esta intervención se busca identificar como ha sido tratado por la jurisprudencia internacional, realizando especial énfasis en la producida en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medioambiente. A partir de dicho punto de referencia se concluirá identificando cómo pueden verse impactos los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador – por el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura.

iv. Justificación

La función consultiva de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene especial relevancia en la actualidad, en tanto que por mérito de lo decidido en el procedimiento consultivo referido a la O.C. 21 y la sentencia de supervisión de cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay, esta Corte reconoció que en el ejercicio del control de convencionalidad, como obligación de los jueces y demás funcionarios en ejercicio de función pública al interior de los Estados Americanos, se deben tener en consideración, no solo los pronunciamientos contenciosos respecto de su país respectivo; *res judicata*, y aquellos en el marco de procesos contenciosos con terceros Estados que han reconocido la competencia de la Corte; *res interpretata*, sino también las consideraciones esbozadas por la Corte en ejercicio de su función consultiva.

En dicho sentido, al tratarse de una solicitud de Opinión Consultiva, que como ninguna otra en el pasado tiene vinculación expresa con la justiciabilidad de los DESC, la presente, es una oportunidad valiosa para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos amplíe el alcance del Protocolo de San Salvador en el marco de la discusión de fuentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues debido a su naturaleza no contenciosa, se encuentra desprovista de las limitaciones que el alcance restrictivo de las obligaciones de un Estado particular puede imponer al pleno valor de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lo anterior, no es sino un paso lógico, tras la ampliación progresiva del alcance del control de convencionalidad logrado por la Corte Interamericana desde el momento en que se introdujo la noción en su jurisprudencia, cobijando su ejercicio, hoy por hoy, a todos los tratados producidos en el seno del Sistema, por lo que el Protocolo de San Salvador ya es susceptible de hacerse exigible a través del control de convencionalidad que debe ejercerse al interior de los Estados Americanos.

Del mismo modo, el resultado de este proceso consultivo puede arrojar estándares valiosos en materia de protección del medioambiente, no solo marino, sino en sentido general, como lo ha considerado la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la legalidad del uso de armas nucleares, al sostener que “el medioambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio de supervivencia, calidades de la vida y la salud misma de los seres humanos, incluidas las generaciones futuras”.

De allí, que la rigurosidad que debe caracterizar las decisiones de cualquier instancia internacional de derechos humanos, es en este proceso más importante que en cualquiera anterior en la historia de la jurisprudencia interamericana, pues de la certeza con que se fijen los estándares que imponen las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación del derecho interno, dependerá el futuro de los litigios, que por virtud de la protección del medioambiente, se avecinan en los próximos años del sistema.

El resultado de este procedimiento consultivo permitirá que los Estados Americanos determinen sus conductas con sujeción a sus obligaciones internacionales y a la interpretación evolutiva que debe caracterizarlas, especialmente, por la especial naturaleza de que tratan las discusiones derivadas de la protección del medioambiente. En ese sentido, es primordial que en torno a este procedimiento se vincule en la mayor medida a los Estados Americanos, pues de lograrse establecer estándares concretos, deberá, asimismo, establecerse protocolos de actuación en lo que se refiere al ejercicio del derecho al desarrollo de los Estados Americanos.

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

i. Los Raizales

El pueblo raizal es la población nativa de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹, caracterizada por expresiones culturales propias: la religión bautista, lengua Creole y su tradición oral. La habitabilidad de un espacio tan pequeño de tierra firme, condiciona una fuerte red social, que mantiene una permanente solidaridad comunitaria, además de generar una sensación colectiva de independencia del acontecer continental.²

No obstante, al no ser considerado un sujeto específico en el derecho internacional, semejante al estatus que ostentan las comunidades indígenas y tribales, los principios aplicables a éstas; autodeterminación, derecho a la identidad cultural y a la propiedad colectiva del territorio, así como el derecho a la consulta previa, no han sido pacíficamente reconocidos en favor de aquellas, de allí que hayan sido víctimas de diversas violaciones a sus derechos humanos.

¹ Abello, A. y Mow, J. M. (2008). San Andrés nuestra ciudad insular. Revista Credencial Historia, Edición 228, diciembre. Recuperado el 1 de julio de 2010, de <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/diciembre2008/sanandres.htm>

² Ministerio de Cultura

En el presente caso, es menester reconocer que esta comunidad tiene una identidad étnica particular y un apego territorial concreto, a partir del cual se desprenden elementos culturales que deben ser resguardados. Al hablar superficialmente de identidad étnica, nos referiríamos a que un grupo social comparte un pasado, un territorio definido, una lengua, así como una religión y, en ocasiones, características fenotípicas similares, o formas económicas o de apropiación del medio ambiente³. Es decir que estas comunidades basan su identidad étnica en una serie de valores o conductas, transmitidas históricamente, de generación en generación que, con una mirada superficial, parecerían inmutables en el tiempo.⁴

A pesar que hoy el término raizal se ha utiliza para identificar a los grupos que promueven el rescate de los valores culturales y ancestrales del pueblo del Archipiélago, este término, describe y expresa, ante todo, un sentimiento de ser en la tierra de las Islas, un sentido de pertenencia al “Archipiélago Lejano”, la manera de caracterizarse como la población originaria y en la forma de ratificarse como diferentes del resto de los colombianos y del mundo.⁵ Con lo anterior consideramos necesario resaltar las características propias de esta comunidad.

Respecto al idioma⁶: La lengua es uno de los factores fundamentales que determina la cultura isleña. Para hablar de la lengua sanandresana hay que aclarar que no todo el inglés que se habla en las islas es igual. Los lingüistas han diferenciado entre el inglés criollo, o creole, y el inglés estándar que es básicamente el mismo que se habla en las otras islas del Caribe anglófono. La diferencia entre estos dos tipos es fundamental, ya que esto determina en gran medida las relaciones sociales de las islas.

El inglés criollo es el inglés de la vida cotidiana, y es una lengua compartida con los habitantes de las costas Miskito, u otras costas del Caribe centroamericano. Este inglés es el que se usa en las conversaciones informales, en la calle o en la casa. Según la escritora e historiadora Hazel Robinson⁷, el idioma que se maneja en la isla se denomina creole, el cual se caracteriza por ser un dialecto africano con mezclas de inglés isabelino.

Respecto a la religión: la iglesia Bautista desempeña un componente esencial en esta comunidad, pues históricamente se ha desempeñado como una mediadora entre la iglesia y el

³ BAUD Michiel, KOONINGS Kees, OOSTINDIE Gert, OUWENEEL Arij y SILVA Patricio (1996), Etnicidad como Estrategia en América Latina y el Caribe, Quito: Ediciones Abya-Yala

⁴ Ibídem.

⁵ Robinson D. Pueblo Raizal en Colombia. Bogotá, Universidad del Rosario. Disponible en: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/Investigacion-en-Derecho-Ambiental/ur/Catedra-Viva-Intercultural/documentos/raizales-DiliaPDF.pdf>

⁶ Dittman, Marcia. 1992. El criollo sanandresano. Lengua y cultura. Cali, Universidad del Valle.

⁷ Entrevistada: Hazel Robinson, Escritora e historiadora isleña, 4 de julio, 2003

Estado, y ocupaba las veces de escuela, además era la encargada de llevar el registro civil, administradora de salud y medicinas.⁸

Respecto a las viviendas: la comunidad raizal tiene una particular forma de construcción debido al entorno en el cual habitan, la autora Dilia Robinson Saavedra las describe de la siguiente forma: “las casas se construyen en madera, sobre pilotes, con balcones adornados con barandas, separadas de la cocina, con cisternas y canales para recoger el agua llovida. Los pilotes y los balcones, estratégicamente situadas, eran la solución para las inundaciones y la protección contra el viento. La cocina separada de la casa –cuando se utilizaba el fogón de leña, cáscara de coco o carbón vegetal -, prevenía un eventual incendio que podría iniciarse en la cocina, quemara toda la casa.

En igual sentido, la concepción del agua como un bien escaso y la falta de un sistema de acueducto, motivó la recolección del agua de lluvia en cisternas a través de canales que lo conducía desde los techos hacia las zonas de uso, procurando el uso racional del líquido para el abastecimiento en tiempos de sequía. Finalmente, la distribución interna, por humilde que sea la vivienda, cumple con el rigor que garantice el respeto y la privacidad de los mayores con respecto a sus hijos como una clara evidencia del significado del núcleo familiar.”⁹

Lo anterior demuestra que, si bien no pueden ser asimiladas con las comunidades indígenas o tribales, de acuerdo con las particularidades antropológicas y geográficas de su identidad, los Raizales son comunidades étnica y culturalmente diferenciadas del resto de la población nacional, y que con motivo de su especial apago con el territorio, así como con los recursos naturales de los que disponen en el archipiélago, son acreedoras de las medidas y estándares fijados en la jurisprudencia interamericana y el derecho internacional de los derechos humanos en general, buscando asegurar la preservación de su identidad.

ii. Progresiva normalización del derecho internacional ambiental

En el presente apartado se pretende demostrar la forma en que se han vinculado progresivamente ciertos aspectos normativos del derecho internacional ambiental en diferentes fuentes del derecho internacional desde la segunda mitad del siglo pasado, con miras a establecer como se ha ido generado una *opinio juris* emergente frente a la obligatoriedad de la protección del medioambiente, lo que permite, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hablar de la existencia de una necesaria interpretación evolutiva en lo que se refiere a las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación del derecho interno, frente al derecho

⁸ CLEMENTE Batalla Isabel (1991), Educación, Política Educativa y Conflicto Político Cultural en San Andrés y Providencia, 1880-1980, Informe Final presentado a la Fundación de la Investigación y la Tecnología del Banco de la República, Bogotá, Universidad de los Andes, Departamento de Historia

⁹ Robinson. D. Pueblo Raizal en Colombia. Universidad del Rosario. Página 13. Recurso disponible en línea: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/Investigacion-en-Derecho-Ambiental/ur/Catedra-Viva-Intercultural/documentos/raizales-DiliaPDF.pdf>

internacional ambiental. En este propósito, no se pretende ser exhaustivo, taxativo ni cronológicamente ordenado, pues considerando la amplitud y divergencia de las fuentes del derecho internacional, éstos solo algunos datos relevantes del fenómeno.

Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Resolución 3281 de 1974): El artículo tercero, del capítulo segundo de la Carta, establece la obligación de los Estados de realizar procedimientos de consulta previa y cooperación sobre la base de un sistema de notificaciones, cuando pretenda la explotación de recursos naturales compartidos, con el objetivo de efectuar una óptima utilización de los mismos, sin causar daños a los legítimos intereses de terceros. Asimismo, el artículo 30 de la Carta establece la obligación de los Estados de adoptar políticas de protección, preservación y mejoramiento del medioambiente, especialmente, en lo que respecta a la prevención del daño transfronterizo, pues las actividades desarrolladas bajo su jurisdicción o control, deben realizarse de modo que no impliquen riesgo para terceros estados.

Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe. En este convenio, las partes contratantes resaltan la importancia del Gran Caribe, con atención a sus especialidades hidrográficas y ecológicas, que la hacen especialmente vulnerable a la contaminación. De allí que reconozcan la necesidad de cooperar entre sí, buscando lograr un desarrollo coordinado que implique las menores afectaciones al medio. Por Gran Caribe, entiende el convenio, la zona comprendida entre el Golfo de México, el Mar Caribe y las zonas adyacentes del Océano Atlántico al sur de los treinta grados de latitud norte y dentro de las 200 millas marinas de las costas atlánticas de los Estados contratantes.

En este ámbito, se adoptan una serie de obligaciones generales, conforme al principio de derecho internacional existente al momento de la elaboración del Convenio; la prohibición de emplear el territorio del propio Estado para causar daños a terceros, por lo que se imponen obligaciones de cooperación para procurar el uso responsable de los recursos existentes en el Gran Caribe. No obstante, el Convenio señala obligaciones específicas en torno las diferentes fuentes de contaminación que pueden perjudicar la región, respecto de las zonas especialmente vulnerables, de acuerdo a las especies de flora y fauna marina que habiten en ella, frente a la cooperación debida en situaciones de urgencia, la realización de evaluaciones de impacto ambiental, cooperación científica y responsabilidad por daños causados.

En lo relacionado concretamente con los daños ambientales derivados de cualquier actividad ejecutada en la región, especialmente los proyectos de desarrollo, el Convenio hace amplia mención a las obligaciones de cooperación, con enfoque precautorio, en el ánimo de establecer medidas de prevención y mitigación, especialmente en lo que se refiere a las afectaciones que se deriven respecto de las zonas costeras.

Medioambiente en la Unión Europea: Sirviéndonos de la recopilación realizada por el Parlamento Europeo sobre la gestación y desarrollo de la política ambiental en la Unión Europea,

es importante considerar su progresiva incorporación en la agenda política y jurídica de dicho organismo. Mediante el Acta Única Europea de 1987 se introdujo un nuevo título sobre medio ambiente, que constituyó el primer fundamento jurídico para una política común en materia de medio ambiente, con el objetivo de preservar la calidad del medio ambiente, proteger la salud humana y garantizar un uso racional de los recursos naturales. En posteriores revisiones de los Tratados se reforzó el compromiso de Europa con la protección del medio ambiente y el papel del Parlamento Europeo en su desarrollo. Con el Tratado de Maastricht (1993), el ámbito medioambiental se convirtió en un ámbito político oficial de la UE, se introdujo el procedimiento de codecisión y la votación por mayoría cualificada pasó a ser la norma general en el Consejo. El Tratado de Ámsterdam (1999) estableció la obligación de integrar la protección medioambiental en todas las políticas sectoriales de la UE con miras a promover el desarrollo sostenible. La «lucha contra el cambio climático» pasó a ser un objetivo específico con el Tratado de Lisboa (2009), al igual que el desarrollo sostenible en las relaciones con países terceros. Lo anterior, teniendo en consideración a los principios que rodean la implementación de todas las políticas y normativas: cautela, prevención, corrección de la contaminación en su fuente y ‘quien contamina paga’.¹⁰

En ese sentido, el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, emitido por la Comisión Económica para Europa, hecho en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991, es un importante referente para la materia. Dicho Convenio, en su artículo segundo, consagra que las Partes, individual o colectivamente, adoptarán todas las medidas que sean apropiadas y efectivas para prevenir, reducir y controlar el impacto medioambiental transfronterizo de carácter perjudicial y magnitud apreciable que resulte de actividades previstas. En ese sentido, consagra un sistema de alertas y notificaciones, así como de consultas, precedidas, en todos los casos, por un Estudio de Impacto Social y Ambiental.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador. Según lo preceptuado en el artículo 11 toda persona tiene derecho a ambiente sano y a tener acceso a servicios públicos básicos, de modo que todos los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”¹¹.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo doce, que reconoce el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental, establece en el literal b, del numeral segundo, la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para el mejoramiento, en todos sus aspectos, del medioambiente.

¹⁰ Disponible en http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.4.1.html

¹¹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), noviembre 17, 1988, O.A.S.T.S. No.69.

Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales. El objetivo de dicho instrumento es adoptar, individual y conjuntamente, medidas para la conservación, utilización y mejora del suelo, el agua, la flora y la fauna, para el bienestar presente y futuro de la humanidad desde los puntos de vista económico, nutricional, científico, educativo, cultural y estético.

Declaración de Estocolmo sobre el Medioambiente Humano. Realiza dos proclamaciones fundamentales: (i) el hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma y (ii) que la protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos.

Del mismo modo, resaltamos los siguientes principios en ella contenidos; el principio séptimo señala que los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilidades legítimas del mar. Asimismo, el principio trece, al establecer que a fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente humano en beneficio de su población.

Finalmente, los principios veintiuno y veinticuatro, al consagrar que de conformidad con la carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional, así como que todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ambiente. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Dicho instrumento, adicional al establecimiento del derecho al medioambiente sano, así como el deber de los Estados de protegerlo, identifica las dimensiones individual y colectiva de dicho derecho, lo que debe tenerse en especial consideración en aquellos escenarios internacionales en que se comparten recursos naturales tanto por individuos como por comunidades indígenas, tribales, rom, raizales, o de cualquier naturaleza, en tanto que deben ser entendidas como sujetos colectivos, y como tales, siendo titulares del derecho en cuestión.

Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo. El principio séptimo establece que los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En 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.

Asimismo, en el principio décimo se considera que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos; el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Finalmente, se resaltan los principios 17, 18 y 19, donde se establecen las obligaciones de información, notificación y asistencia, en lo que se refiere a la elaboración de estudios de impacto social y ambiental, daños ambientales transfronterizos y notificaciones internacionales de daños eventuales, para el establecimiento de sistemas de prevención y mitigación de daños.

Conclusión. Como se evidencia de lo anterior, en las últimas décadas se ha robustecido el cuerpo normativo en que el derecho internacional ambiental se soporta, lo que permite concluir, a partir de las diferentes fuentes normativas que se han empleado para tal efecto, que se ha desarrollado una conciencia internacional sobre la importancia de la protección internacional del medioambiente, así como del establecimiento de obligaciones concretas y principios especialísimos que deben reinar las relaciones entre los Estados, tanto individual como colectivamente, con el medioambiente y el desarrollo.

En ese sentido, es evidente que desde los tratados internacionales de protección de los derechos humanos debe darse cabida a esta *opinio juris* emergente a través de la interpretación evolutiva de las obligaciones que impone la Convención Americana, pues ella misma reconoce el valor de dichas fuentes para su interpretación en el artículo 29. No responder en dicho sentido implicaría un retroceso manifiesto en los intentos de la comunidad internacional por asegurar la existencia de un cuerpo normativo sólido que respalde las actuaciones de los Estados, pero aún más, implicaría denegar la relación manifiesta entre la protección del medioambiente y los derechos humanos como un todo indivisible por naturaleza.

iii. Prevención y precaución en materia ambiental.

Una de las figuras que mayor vinculación tiene entre los derechos humanos y el derecho internacional del medioambiente son los estudios de impacto social y ambiental (EISA), especialmente en el marco de los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, tienen una importancia transversal en lo que se refiere a las obligaciones positivas de los Estados a asegurar los derechos a la vida y a la salud a través de la protección, conservación y potencialización del medioambiente.

A través de los EISA se materializa la obligación de los Estados de prevenir la ocurrencia de daños, pues como bien lo ha identificado la Corte Interamericana en la jurisprudencia relativa al derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, su objetivo debe ser la prevención de los daños ambientales y el establecimiento de medidas de mitigación en caso su efectiva ocurrencia. Específicamente, la sentencia al caso *Saramaka vs. Suriname*, así como la sentencia aclaratoria al mismo pronunciamiento, establecieron los parámetros que deben regir la elaboración de los estudios.

El concepto de prevención que se pretende aportar tiene su sustento en el proyecto de artículos sobre responsabilidad por los hechos no prohibidos por el derecho internacional, es decir, por actividades riesgosas. La prevención en este sentido, como procedimiento o como obligación, se refiere a la fase anterior a la situación en que ya se ha producido efectivamente un daño o un perjuicio sensible que requiere que los Estados interesados apliquen medidas correctivas o de indemnización, y que a menudo comprende cuestiones relativas a la responsabilidad. El concepto de prevención ha adquirido gran importancia e interés en la actualidad. Se hace hincapié en la obligación de prevenir, por oposición a la obligación de reparar, remediar o indemnizar.

La política preferida debe ser la prevención, ya que, en el caso de ocurrir un daño, la indemnización por lo general no restablece la situación que existía antes de producirse el suceso o accidente. El cumplimiento de la obligación de prevenir o aplicar la debida diligencia es todavía más necesario a medida que aumentan constantemente los conocimientos sobre las actividades peligrosas, los materiales utilizados, su administración y los riesgos que suponen. Desde un punto de vista jurídico, como ha aumentado la capacidad para determinar la relación de causalidad, es

decir, la vinculación física entre la causa (actividad) y el efecto (daño), e incluso las diversas etapas intermedias de ese vínculo causal, es también imperativo que quienes realizan actividades peligrosas adopten todas las medidas necesarias para prevenir el daño. En todo caso, en cuanto política, prevenir es mejor que curar.

La prevención del daño transfronterizo dimanante de actividades peligrosas es un objetivo en el que se hacen hincapié en el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río), y que la CIJ confirmó en su opinión consultiva en el asunto de la legalidad del uso de armas nucleares, al declarar que ya formaba parte del corpus de normas de derecho internacional. Igualmente, la adopción de políticas de precaución es el eje central a través del cual gira el Convenio de Cartagena antes mencionado, pues los Estados responsables de la protección del Gran Caribe, ante la sensibilidad de los recursos allí comprendidos, han comprendido que la reparación de los daños que puedan ocurrir es virtualmente imposible.

Por otra parte, vale aclarar que la violación de una obligación de prevención puede muy bien ser un hecho ilícito de carácter continuo, aunque, como en el caso de otros hechos ilícitos continuos, el efecto del artículo 13 es que la violación únicamente continúa si el Estado se halla vinculado por la obligación durante el período en que el acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación. Por ejemplo, la obligación de prevenir que se produzca un daño transfronterizo a causa de la contaminación atmosférica, en que se basó el arbitraje relativo a la *Fonderie de Trail*¹² fue violada en tanto continuó la emisión de contaminantes. De hecho, en esos casos la violación puede verse agravada progresivamente al no ponerle fin.

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que la elaboración de EISA es la primera de una serie de obligaciones sucesivas y complementarias que tienen como consecuencia el pleno respeto de la protección del medioambiente, así como de la cooperación internacional que debe predominar en su consecución, más aún cuando se trata de recursos naturales y ecosistemas compartidos.

A continuación, se pasan a enunciar como la elaboración de los EISA, conforme a los estándares fijados por la Corte Interamericana, constituyen la materialización del principio de prevención que debe regir de forma transversal la obligación de protección del medioambiente. Posteriormente, se identificará como los EISA se vinculan con la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere al derecho a la vida e integridad personal.

1. Estudios de Impacto Social y Ambiental.

¹² *Fonderie de Trail*, Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905 (

Se ha identificado que los EISA deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto¹³, así como deben ser compatibles con las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas o tribales que puedan verse afectados, pues en caso de existir una relación de proximidad con los derechos de estos sujetos colectivos, la elaboración de los estudios debe darse en cooperación con éstos, pues el establecimiento de medidas de mitigación de los daños ambientales que puedan causarse, así como cualquier protocolo de atención que se genere en virtud de la obligación de prevención y mitigación, pueden tener una incidencia particularmente onerosa en los derechos de estas comunidades, por lo que su participación es indispensable para evitar, en la mayor medida posible, las intervenciones arbitrarias, así como cualquier tipo de medida que pueda afectar su identidad cultural.

Del mismo modo, conjuntamente con los referidos estándares y buenas prácticas, la Corte ha establecido que los EISA deben ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, o cualquier otra figura de delegación o cesión del derecho a explotar los recursos y ecosistemas, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios, como ya se dijo, es garantizar el derecho los Estados, pueblos y personas potencialmente afectadas a ser informados acerca de todos los proyectos que pretendan adelantarse. Por lo tanto, la obligación de los Estados de realizar y supervisar los EISA coincide con su deber de garantizar la efectiva participación de las personas, miembros de la sociedad civil, ONGs o cualquier interesado, en el proceso de otorgamiento de concesiones.

Finalmente, uno de los factores que debe abordarse en la elaboración de los estudios es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales¹⁴, así como las afectaciones progresivas sobre el medioambiente y los ecosistemas compartidos.

Ahora bien, en lo que se refiere a los estándares internacionales y buenas prácticas que deben considerarse en la elaboración de los estudios, se considera que es de vital relevancia y pertinencia, considerar las directrices de Akwé: Kon, promovidas por la Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, pues tienen por misión aportar criterios específicos que permitan considerar los impactos culturales del desarrollo de proyectos de desarrollo, particularmente en el marco de los derechos de las comunidades indígenas y tribales. No obstante, si bien fueron concebidas para atender las particulares repercusiones de un proyecto de desarrollo en la

¹³ Uno de los más completos y utilizados estándares para EISAs en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como Akwé:Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities, el cual puede ser encontrado en: www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-pdf.

¹⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, Párrafo 41

identidad cultural de comunidades indígenas y tribales, las directrices son aplicables igualmente a cualquier comunidad local interesada.

Específicamente en los casos en que se prevé una afectación particularizada sobre poblaciones indígenas o tribales es necesario que el EISA¹⁵ vincule ciertos elementos fundamentales, a saber:

- a.** Notificación y consulta pública acerca del desarrollo propuesto a cargo del que lo propone;
- b.** Identificación de las comunidades indígenas y locales y de los interesados directos pertinentes que probablemente estarán afectados por el desarrollo propuesto;
- c.** Establecimiento de mecanismos eficaces para la participación en los 8 9 procesos de evaluación de las comunidades indígenas y locales incluidas las mujeres, la juventud, los ancianos y otros grupos vulnerables;
- d.** Establecimiento de un proceso convenido para anotar los puntos de vista y las inquietudes de los miembros de las comunidades indígenas y locales cuyos intereses estarán probablemente afectados por el desarrollo propuesto;
- e.** Establecimiento de un proceso en virtud del cual las comunidades indígenas y locales pueden tener la opción de aceptar o rechazar un desarrollo propuesto que pueda tener impactos en su comunidad;
- f.** Identificación y suministro de suficientes recursos humanos, financieros, técnicos y jurídicos para la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales en todas las fases de los procedimientos de evaluación de impacto;
- g.** Establecimiento de un plan de gestión o vigilancia ambiental (EMP), incluidos los planes de contingencia relativos a posibles impactos adversos culturales, ambientales y sociales como resultado de un desarrollo propuesto;
- h.** Identificación de los actores responsables para fines de responsabilidad jurídica, reparación, seguros e indemnización;
- i.** Conclusión, según corresponda, de acuerdos, o planes de acción, en términos mutuamente convenidos entre el que propone el desarrollo y las comunidades indígenas y locales afectadas, para la aplicación de medidas conducentes a impedir o a mitigar cualesquiera impactos negativos del desarrollo propuesto;
- j.** Establecimiento de un proceso de revisión y apelación

Ahora bien, en lo que se refiere a los componentes fundamentales de una evaluación del impacto ambiental, en cualquier caso, necesariamente deben incluirse las siguientes etapas:

¹⁵ Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004). Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares. Montreal, P9.

- a.** Investigación para determinar qué proyectos o desarrollos requieren un estudio completo o parcial de evaluación de impacto;
- b.** Determinación del alcance para identificar qué posibilidades de impactos resulta pertinente evaluar (basados en requisitos legislativos, convenios internacionales, conocimiento experto y participación pública), para identificar soluciones alternativas que eviten, mitiguen o compensen los impactos adversos en la diversidad biológica (incluida la opción de no continuar con el desarrollo, encontrando diferentes diseños o lugares que eviten los impactos, incorporando resguardos en el diseño del proyecto, o proporcionando compensación por los impactos adversos), y finalmente derivar los términos de referencia de la evaluación de impacto;
- c.** Evaluación y valoración de impactos y desarrollo de alternativas, para pronosticar y determinar los posibles impactos ambientales de un proyecto o desarrollo propuesto, incluida la explicación detallada de alternativas;
- d.** Informar sobre el impacto ambiental, el diseño de un plan de gestión ambiental y un resumen no técnico para el público general;
- e.** Examen de la declaración de impacto ambiental, sobre la base de los términos de referencia (alcance) y participación (autoridad incluida) pública;
- f.** Adopción de decisión de aprobar, o no, el proyecto, y con qué condiciones; y
- g.** Supervisión, cumplimiento, aplicación y auditoría ambiental. Controlar si los impactos esperados y las medidas mitigantes propuestas se cumplen de acuerdo con lo definido en el plan de gestión ambiental.
- h.** Verificar la aplicación de lo propuesto en el plan de gestión ambiental, asegurándose de que se identifiquen y rectifiquen los impactos imprevistos o medidas mitigantes en un tiempo prudencial.

Dentro de las Evaluaciones del Impacto Cultural, deben identificarse los asuntos que son de especial preocupación cultural, como los del patrimonio cultural, religión, creencias y enseñanzas sagradas, prácticas consuetudinarias, formas de organización social, sistemas de uso de recursos naturales, incluyendo patrones de utilización de la tierra, lugares de importancia cultural, valoración económica de los recursos culturales, lugares sagrados, ceremonias, idiomas, sistemas de leyes consuetudinarias y estructuras políticas, funciones y costumbres. Los posibles impactos en todos los aspectos de la cultura, incluyendo los lugares sagrados, deben tenerse, por tanto, en cuenta al desarrollar evaluaciones de impactos culturales.¹⁶

La evaluación del impacto en el patrimonio cultural se ocupa de los impactos probables de un desarrollo propuesto en las manifestaciones materiales del patrimonio cultural de una comunidad y con frecuencia está sujeta a leyes nacionales sobre el patrimonio. Habrán de tenerse en cuenta

¹⁶ Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004). Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares. Montreal, P14. Párr. 24

en una evaluación del impacto en el patrimonio cultural, según lo merezcan las circunstancias, los valores del patrimonio internacional, nacional y local.¹⁷ En el caso de que se descubran lugares u objetos de importancia patrimonial potencial durante los trabajos de excavación del terreno asociados a un desarrollo, todas las actividades dentro y alrededor de la zona deben cesar hasta que se haya completado una evaluación arqueológica o patrimonial adecuada.¹⁸

Finalmente, al considerar la región del Gran Caribe como un ecosistema compartido, especialmente entre los Estados contratantes del Convenio de Cartagena, debe predicarse la actuación mancomunada y cooperativa de los mismos, y, por lo tanto, así como lo establece dicho instrumento, la obligación de tomar medidas de apoyo científico en la elaboración de los Estudios de Impacto que se desprendan de la realización de un proyecto de infraestructura.

En consecuencia, atendiendo a la eventual realización de grandes proyectos de infraestructura en la región del Gran Caribe, debe tenerse como sujeto potencial, pero especialmente afectado, a las comunidades Raizales, por lo que la aplicación de los estándares anteriormente mencionados se hace imperativa en su favor, más aún cuando la elaboración de infraestructuras podría ocasionar afectaciones, no solo a la población, sino también a sus territorios y ecosistemas, especialmente cuando dentro de las mismas se encuentra la Reserva Seaflower, que ha sido incluida por la UNESCO en el programa del “ Hombre y la Biosferas” por sus especiales atributos como ecosistema.

2. EISA como garantía de los derechos a la vida e integridad personal.

Ya la Corte Interamericana ha proferido jurisprudencia progresiva en cuando a las implicaciones que tienen los EISA en la garantía del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, especialmente en los casos Saramaka vs. Suriname y Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, no obstante, teniendo en consideración lo antedicho, respecto de la intrínseca relación del derecho internacional ambiental y el derecho internacional de los derechos humanos, en lo que se refiere a las obligaciones positivas de los Estados de garantizar el derecho un nivel adecuado de salud, a la vida y a la integridad, es necesario que se extienda el alcance de la realización de EISA como manifestación de la obligación de garantía de los derechos contenidos en los artículos 4 y 5 de la CADH.

Lo anterior, en tanto que una interpretación evolutiva del artículo 1.1, en relación con los artículos 4 y 5 de la CADH, así como el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, es una consecuencia ineludible a la luz de la progresiva normalización del derecho internacional del medioambiente, así como del importante lugar que ocupa en el marco del derecho internacional general la protección del medioambiente y los ecosistemas.

¹⁷ Ibidem. P.14 Parr 25

¹⁸ Ibidem P 14 Parr 26.

La identificación de riesgos ambientales, particularmente en ecosistemas frágiles como el lecho marino del mar Caribe, permitiría el establecimiento de mecanismos de prevención y de mitigación de daños que aseguren la inexistencia de impactos negativos sobre los derechos a la vida, integridad y al medioambiente sano, o en el peor de los casos, de la incidencia más reducida posible.

La garantía de estos derechos debe tener un matiz especial cuando se trate de comunidades indígenas o tribales, e inclusive cualquier otra que por su particular cosmovisión y costumbres esté íntimamente ligada al aprovechamiento del medioambiente y los ecosistemas, pues lo que debe proteger la Convención Americana no radica en relaciones formales, o sujeciones especiales reconocidas por los Estados Americanos, sino un aspecto material del vínculo que se forma entre los sujetos de protección convencional y los elementos constitutivos del medioambiente y los ecosistemas. Un abordaje amplio de la protección dispensada por la Convención aseguraría igualmente la materialización del principio *pro personae* en la interpretación de las disposiciones convencionales.

3. EISA y derecho a la información y participación.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido dos oportunidades para pronunciarse de forma expresa en lo que se refiere a la relación del derecho a la libertad de expresión, la participación política y la protección del medio ambiente, al comprender que su protección es un asunto que le atañe a la sociedad en su conjunto, de modo que debe garantizarse acceso a los ciudadanos cuando puedan verse implicados por la ejecución de proyectos de desarrollo con repercusiones medioambientales. Los casos en que se han esbozado las relaciones entre dichos derechos son; *Kawas Fernández vs. Honduras* y *Claude Reyes vs. Chile*, y del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha hecho en los casos *Guerra vs. Italia*, *López Ostra vs. España* o *Fedeyeva vs. Rusia*, todos en el mismo sentido.

De lo anterior se desprende que la elaboración de los EISA, y su socialización, constituye un elemento central del derecho a la libertad de expresión, y que a su vez, su efectivo ejercicio, constituye un prerequisite para el correcto funcionamiento de los sistemas democráticos, donde los ciudadanos tienen la potestad de participar alrededor de cualquier procedimiento administrativo que pueda tener incidencia en su existencia, siendo los proyectos de desarrollo un caso manifiesto de tal interés.

4. Enfoque precautorio

Trasversalmente a la existencia de la obligación de realizar un EISA, especialmente en lo que se refiere a la prevención de los daños ambientales que en el marco de los procesos de desarrollo puedan generarse, el enfoque precautorio debe regir toda consideración. Dicho principio implica

que aún ante la falta de evidencia científica sobre la certeza de ocurrencia del daño, deben tomarse todas las medidas, providencias, mecanismos, normas, protocolos, etc., que puedan evitarlo.

iv. Obligación de Consultar con los Estados.

Cuando existen posibles daños transfronterizos en virtud de la ejecución de proyectos de desarrollo, en cualquiera de sus etapas, así como la potencial afectación a recursos naturales y ecosistemas compartidos, existen obligaciones en relación con los terceros Estados que pueden verse afectados.

Así, la Opinión Consultiva del Tribunal sobre Derecho del Mar “Obligaciones de los Estados por Actividades Industriales en la Zona”, señala que en virtud del artículo 142 de la Convención sobre Derecho del Mar, se exige la realización de un proceso de consulta previa y aplicación de un sistema de notificaciones cuando los yacimientos ubicados en la zona, cuya explotación se pretende, se encuentran fuera de su jurisdicción, afectando derechos e intereses legítimos de terceros Estados ribereños.

Del mismo modo, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, resolución 3281 de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en su artículo tercero, del capítulo segundo, la obligación de los Estados de realizar procedimientos de consulta previa y cooperación sobre la base de un sistema de notificaciones, cuando pretenda la explotación de recursos naturales compartidos, con el objetivo de efectuar una óptima utilización de los mismos, sin causar daños a los legítimos intereses de terceros.

Igualmente, la Comisión de Derecho Internacional en el proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional (Prevención de Daños Transfronterizos Causados por Actividades Peligrosas), aporta valiosos elementos a la discusión, pues el artículo octavo señala que en caso de evidenciarse un riesgo de causar daño transfronterizo sensible una vez realizado el EISA, el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción iba a efectuarse el proyecto, deberá hacer la oportuna notificación del riesgo y traslado de la evaluación al Estado que pueda resultar afectado y le transmitirá la información técnica disponible y toda otra información pertinente en que se base la evaluación. Igualmente impone una obligación negativa, en tanto que el Estado de origen no podrá tomar decisión alguna con respecto a la autorización de la actividad antes de que reciba, dentro de un plazo que no exceda de seis meses, la respuesta del Estado que pueda resultar afectado.

El artículo noveno establece que los Estados interesados celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el

riesgo de causarlo. Asimismo, pretende que los Estados busquen soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses que deberá determinarse de acuerdo a los siguientes factores; a) el grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o reparar el daño; b) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para el Estado que pueda resultar afectado; c) El riesgo de que se cause daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente; d) La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención; e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios, o de sustituirla por otra actividad; f) Las normas de prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.

Ahora bien, de no llegarse a una solución de común acuerdo, el Estado de origen deberá tener en cuenta, no obstante, los intereses del Estado que pueda resultar afectado en caso de que decida autorizar la realización de la actividad en cuestión, sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado. Finalmente, el proyecto de artículos señala un elemento importante, pues requiere a los Estados mientras se lleve a cabo la actividad, intercambiar oportunamente toda la información disponible sobre esa actividad que sea pertinente para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

De lo anterior, se desprende con claridad que, en el desarrollo del principio desarrollado por la Corte Internacional de Justicia en el caso del Canal de Corfú, referido a la prohibición de utilizar el territorio del propio Estado para causar daño a otro, en lo tocante con la protección del medioambiente y los ecosistemas, el estado actual del derecho internacional reconoce la necesaria cooperación que hace posible su más efectiva tutela. En ese sentido, se reconoce que la soberanía de los Estados sobre los recursos compartidos los hace titulares de ciertos de derechos respecto del Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción pretende iniciarse un proyecto de desarrollo, como el derecho a ser notificado, informado y consultado, buscando, principalmente, establecer los mejores mecanismos de prevención y mitigación de daños.

Más aún, el Estado potencialmente afectado es titular del derecho a la protección consular y diplomática de sus nacionales, quienes pueden verse afectados por el ejercicio arbitrario del derecho al desarrollo de un Estado, como bien lo reconoció la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 16, en relación con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El incumplimiento por parte de un Estado que emprende un proyecto de desarrollo de la obligación de notificación y consulta puede dar pie a la puesta en funcionamiento del sistema de

peticiones interestatales, como mecanismo al alcance de los Estados afectados para defender los derechos humanos, tanto de sus nacionales, como de toda persona sujeta a su jurisdicción.

v. Proyectos de Infraestructura y Derechos Humanos.

1. Proyectos de infraestructura y Derechos Humanos

Por proyecto de desarrollo puede entenderse aquellos emprendimientos impulsados por empresas y/o el Estado, que tengan fines comerciales o se lleven a cabo con el objetivo de servir al bien común, y supongan la adquisición, arriendo u ocupación de tierras y territorios impactando sobre la vida de las personas o comunidades que en ellas habitan, o de las que ellas dependen, y trayendo consigo posiblemente una afectación sobre sus derechos humanos. Lo anterior pone de presente la inevitable tensión que existe entre los derechos al desarrollo, en virtud del cual el Estado emprende un proyecto de infraestructura, y los derechos de las personas potencialmente afectadas, tanto en materia de derechos económicos, sociales y culturales, principalmente el derecho a un medio ambiente sano, como civiles y políticos.

No obstante, ha sido sostenido por la jurisprudencia internacional que el derecho ambiental y el derecho sobre el desarrollo son conceptos integrales que se refuerzan mutuamente y no deben ser entendidos como alternativos, por lo que no sería viable priorizar uno sobre el otro. En este sentido, si el desarrollo pudiera generar un daño considerable, este deberá prevenirse o por lo menos mitigarse¹⁹. De allí, surge la complementariedad del derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente, que parte de la existencia de dos normas de derecho internacional; la realización de un estudio de impacto social y ambiental y el establecimiento de un sistema de consultas y notificaciones cuando se prevé una afectación, como se identificó en el apartado anterior. Ambas normas, parten del reconocimiento de la vigilancia y la prevención que se requieren para atender a las responsabilidades derivadas del carácter eminentemente irreversible de los daños ambientales y de las limitaciones inherentes a las medidas de reparación que pueden proponerse para atender a la generación del mismo²⁰.

Como bien lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el caso del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, entre Hungría y Eslovaquia, a través de los años, la humanidad ha intervenido con la naturaleza en orden a satisfacer necesidades económicas o de otra naturaleza. No obstante, el desarrollo de la conciencia ambiental ha conllevado a superar un estado anterior en que no se tomaban en consideración las repercusiones medioambientales de la implementación de proyectos productivos, partiendo del concepto de desarrollo sostenible. Dicho avance ha llevado

¹⁹ Arbitraje del Tribunal de Hierro (Bélgica vs. Holanda). Corte Internacional de Arbitraje.

²⁰ International Court of Justice. Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia). Judgment of 25 September 1997. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Párr. 140

a la acelerada gestación de nuevas normas, de diferentes entidades, que buscan establecer estándares que aseguren la responsabilidad ambiental del desarrollo.²¹

Corolario de lo anterior, es que el principio de prevención, como regla de la costumbre internacional, tiene su génesis en la debida diligencia que se le exige a los Estados, en tanto están en la obligación de no permitir que su territorio, o las zonas sometidas a su jurisdicción, se empleen para afectar los derechos de otros Estados, como bien lo dijo la Corte Internacional de Justicia desde el caso del Canal de Corfú. En el mismo sentido, los Estados están en la obligación de emplear todos los medios a su disposición para prevenir que las actividades que se desarrollan en su territorio o sometidas a su jurisdicción produzcan un daño, en caso de presentarse, de mitigarlo.

En manifestación de dicho principio, la Corte Internacional de Justicia estimó en el caso de las Plantas de Celulosa, que la realización de un estudio de impacto social y ambiental, en tanto se prevea la posibilidad de producirse una afectación significativa con carácter transfronterizo, especialmente cuando se trata de recursos compartidos, adquiere la connotación de obligación del derecho internacional general. Dicha obligación se predica no solo en los términos de una actividad empresarial, como ocurría en el caso en cuestión, sino frente a cualquier actividad de desarrollo adelantada por un Estado.

En ese sentido, es primeramente necesario que los Estados adelanten una evaluación genérica que le permita identificar la ocurrencia potencial de daños ambientales transfronterizos, a través de medios técnicos, que, de establecerse, activarían la obligación del Estado de adelantar la realización de un Estudio de Impacto Social y Ambiental, lo que para tal efecto estará determinado por la legislación de los Estados. Asimismo, en caso de verificarse la potencial ocurrencia de una afectación transfronteriza y la realización del Estudio de Impacto Social y Ambiental, surge en cabeza del Estado interesado en implementar la medida de desarrollo, la necesidad de un sistema de consultas y notificaciones.

En ese sentido, ha sostenido la Corte Interamericana²², a partir de lo preceptuado por la Carta Democrática Interamericana, la importancia de la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia. Asimismo, en su artículo 6, la Carta afirma que la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia, por lo que invita a los Estados Parte a promover y fomentar diversas formas de participación ciudadana.

²¹ *Ibidem*.

²² Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 151. Párr. 79.

De allí, que, atendiendo al carácter individual y colectivo del derecho a la libertad de expresión, en lo referido a la posibilidad de buscar y recibir información, los Estados están en la obligación a proveer de toda la información que está en su conocimiento sobre el diseño, implementación y consecuencias de un proyecto de infraestructura, en tanto que dicha garantía asegura la efectividad de la participación y del control ciudadano. Adicionalmente, teniendo en cuenta la obligación que le asiste a los Estados de adelantar un sistema de consultas cuando se prevé un impacto ambiental transfronterizo en el desarrollo de proyectos de infraestructura o de cualquier naturaleza, la suficiencia de la información es indispensable para el correcto cumplimiento de dicha obligación.

1. Política de UNOPS²³ para Infraestructura Sostenible

Conforme lo señala Jan Mattsson en la presentación del documento, esta política incorpora desarrollo social y económico, así como protección ambiental, al diseño y a la ejecución de todas las actividades de infraestructura de UNOPS. No obstante, aún por fuera del marco de acción de UNOPS, es importante considerar esta política como una guía de buenas prácticas en el diseño y ejecución de cualquier proyecto de infraestructura, ya que incorpora de forma transversal un enfoque de derechos humanos tendiente a responder a las necesidades del desarrollo sostenible.

En ese sentido, establece que los proyectos de infraestructura deben tener en cuenta el género, el trabajo decente, la salud y la seguridad, la accesibilidad para personas con discapacidades, la protección del patrimonio cultural y medioambiental, entre otros, tanto antes como durante la ejecución del proyecto. De esta forma, se busca maximizar los resultados positivos para aquellos que se ven afectados por el desarrollo de la infraestructura y eliminar o mitigar los efectos negativos. En ese sentido, los proyectos de infraestructura fomentan el desarrollo y mejoran las condiciones de vida de los individuos y las comunidades; sin embargo, las actividades de desarrollo no sólo deben centrarse en satisfacer las necesidades del presente, sino también en asegurar que se protegen del mismo modo los derechos y las necesidades de las generaciones futuras.

La finalidad de esta política es proporcionar el marco para asegurar que no se ponen en peligro el desarrollo y las condiciones de vida de todos los segmentos de la sociedad, sino que, al contrario, mejoran con el diseño y la implementación de los proyectos de infraestructura. En particular, permite descubrir oportunidades de realización de actividades de infraestructura sostenibles, a la vez que facilita la detección de impactos sociales o ambientales relacionados con el diseño, el desarrollo o la ejecución de proyectos de infraestructura que puedan tener un efecto perjudicial; y la creación de métodos para eliminar o mitigar estos impactos. Asimismo, esta política describe,

²³ La Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) es un organismo operacional de las Naciones Unidas que apoya a sus asociados en la ejecución de sus proyectos humanitarios, de desarrollo y de consolidación de la paz en todo el mundo.

en términos generales, los riesgos sociales y ambientales que intervienen en el diseño y ejecución de los proyectos de infraestructura y pone de manifiesto la necesidad de vigilancia de riesgos e impactos en todo el ciclo del proyecto.

Para tal efecto, la política de UNOPS establece 4 ejes centrales alrededor de los cuales debe girar el diseño e implementación de los proyectos de infraestructura; (i) derechos humanos (ii) empleo decente (iii) medio ambiente y (iv) transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción. Se desprende del seguimiento de dichos ejes el que el ejercicio del derecho al desarrollo de los Estados pueda hacerse compatible con los objetivos del milenio. No obstante, considerando el objeto de la presente intervención, el análisis de las políticas de UNOPS se circunscribe a materia de derechos humanos y medio ambiente.

En lo que se refiere a los derechos humanos, es necesario tener presente que el derecho al desarrollo es una forma de garantizar la satisfacción de otros derechos, pues existe una relación de causalidad entre la efectividad de la ejecución de los proyectos de infraestructura y la garantía de los derechos humanos, especialmente en lo tocante a los derechos económicos, sociales y culturales, teniendo en cuenta que el derecho a un nivel adecuado de vida, así como la progresividad que debe caracterizar su goce, tienen una faceta económica íntimamente ligada al desarrollo.

El derecho a un nivel de vida adecuado está directamente relacionado con el desarrollo de infraestructuras, del mismo modo que una infraestructura eficaz es condición previa para el desarrollo económico. Del mismo modo, el diseño y la ejecución de un proyecto de infraestructura tienen que atender al reconocimiento de los derechos de las personas potencialmente afectadas, en tanto que las limitaciones de sus derechos, con miras a la ejecución de un proyecto de infraestructura, no pueden implicar hacer ilusorio su ejercicio.

La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo proclama que “la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo”. En este sentido, es necesario asegurar que las comunidades locales, prestando especial atención a los que son particularmente vulnerables, son capaces de lograr una participación significativa en proyectos que afectan a sus derechos. Las actividades de desarrollo promovidas por UNOPS tienen por objeto prevenir, mitigar o remediar los efectos adversos en los individuos, las comunidades y su medio ambiente, resultantes de la elaboración y ejecución de proyectos de infraestructura, e identifican las oportunidades de impacto positivo en los individuos y las comunidades, así como su medio ambiente.

En otro punto, es necesario considerar las implicaciones que puede tener el diseño y ejecución de un proyecto de infraestructura respecto de un pueblo indígena, considerando la protección que el derecho internacional reconoce frente a sus tierras, costumbres e instituciones, siendo indispensable adoptar un enfoque diferenciado respecto de tales afectaciones. Lo anterior, en

tanto que la cosmovisión de los pueblos indígenas, así como su subsistencia como grupo con una identidad cultural definida y diferenciada, depende en gran medida de la protección que pueda dispensarse a sus territorios, así como sobre los recursos naturales a los cuales han tenido acceso ancestralmente.

Los pueblos indígenas tienen derecho al desarrollo y, por lo tanto, derecho a participar en la formulación, ejecución y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles. Los proyectos de infraestructura requieren una consideración especial en la medida en que tienen el potencial de aumentar la vulnerabilidad de los pueblos indígenas mediante la transformación, invasión o degradación de sus tierras y recursos. Sin embargo, si se presta suficiente atención a las formas en que un proyecto en particular pueda afectar a los pueblos indígenas, los proyectos pueden proporcionar a éstos la oportunidad de participar y beneficiarse de las actividades conexas, en el reconocimiento de su derecho al desarrollo económico, social y cultural.

Por otra parte, debe decirse que el patrimonio cultural, tanto el material como el inmaterial, es una valiosa fuente de información y de diversidad e identidad cultural de toda la humanidad. En este sentido, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (Convención del Patrimonio Mundial) y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial hacen hincapié en la importancia de la preservación de estos bienes únicos e irremplazables. El gran valor del patrimonio cultural material e inmaterial, tanto para los pueblos indígenas como para la sociedad en su conjunto, exige su protección como componente crítico para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible. Con arreglo al artículo 1 de la Convención del Patrimonio Mundial, éste incluye monumentos, conjuntos y sitios arquitectónicos que tienen un valor universal excepcional desde una perspectiva histórica, estética, etnológica, antropológica o científica. El artículo 2 define el patrimonio cultural inmaterial como los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y habilidades –incluyendo los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales conexas– que las comunidades, los grupos y, en algunos casos los individuos reconocen como parte de su patrimonio cultural.

En un intento por salvaguardar el patrimonio cultural, UNOPS promueve la realización de evaluaciones previas a los proyectos, en colaboración con los socios, gobiernos y contratistas, para determinar los impactos del proyecto tanto sobre el patrimonio cultural material como inmaterial. En los casos en que se detectan impactos negativos en el inicio de un proyecto, UNOPS procura garantizar un respeto y protección adecuados del patrimonio cultural en cuestión, no obstante, en caso de no ser identificados impactos negativos durante la evaluación previa, pero se descubran posteriormente durante la fase de ejecución del proyecto, UNOPS promueve asegurar la protección y el respeto del patrimonio cultural determinado.

En lo tocante con el medio ambiente, la política de UNOPS comprende que la estrecha vinculación de la protección del medio ambiente con la justicia y la protección de los derechos

humanos y la dignidad, reflejándose en la Declaración de Estocolmo, al afirmar que “los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma. Si bien los instrumentos internacionales no reconocen directamente el derecho humano al medio ambiente, la práctica internacional reconoce que la protección del medio ambiente es una condición previa para asegurar el respeto los derechos humanos y el derecho al desarrollo.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río) reconocen el derecho de todos los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. La declaración establece además que las actividades de desarrollo deben llevarse a cabo de tal forma que respondan con equidad a las necesidades ambientales y de desarrollo de las generaciones presentes y futuras. Igualmente, la supresión de las actividades que contribuyen a la contaminación del medio ambiente es crucial para la protección de la salud humana y el logro de los objetivos de desarrollo sostenible. Hay varios aspectos que deben ser tenidos en cuenta con respecto a la prevención de la contaminación en los proyectos de infraestructura, a saber: la contaminación del aire y las fuentes de agua, la generación y eliminación de residuos, la gestión y el uso de materiales peligrosos, el impacto del ciclo de vida de los materiales utilizados en la construcción, y otras formas de contaminación, como el ruido, el mal olor, la luz y las vibraciones. Los residuos se gestionarán de manera consistente con el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos, el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.

El agotamiento y la degradación de los recursos naturales del mundo es una preocupación creciente. El uso y manejo sostenible de los recursos naturales es esencial para asegurar su disponibilidad para futuras generaciones. El uso sostenible de recursos debe ser incorporado a los proyectos de infraestructura de UNOPS, como mínimo en las siguientes esferas: eficiencia energética, conservación y disponibilidad del agua, uso eficiente de materiales, reducción de las necesidades de recursos y funciones de conservación de los ecosistemas.

En este sentido, UNOPS busca identificar medidas para mejorar la eficiencia de los recursos mediante la reducción del uso de agua y energía; el uso de recursos sostenibles, renovables y de bajo impacto en lugar de recursos no renovables, en la medida de lo posible y en el respeto por el contexto local; y la identificación de métodos de reutilización o reciclaje de los recursos utilizados en las actividades del proyecto.

La diversidad biológica es la variabilidad entre organismos vivos de cualquier fuente, incluyendo, entre otros, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte: esto comprende la diversidad entre las especies y dentro de cada especie, así como la de los ecosistemas. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) reconoce la importancia de la diversidad biológica en el mantenimiento de los

sistemas de sostén de la vida en la biosfera, y reconoce también que la conservación de la diversidad biológica es una preocupación de la sociedad en su conjunto. El CDB reconoce la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades indígenas y locales de los recursos biológicos. Por otra parte, expresa su preocupación por la significativa reducción de la diversidad biológica como resultado de determinadas actividades humanas, y hace hincapié en la necesidad de anticipar, prevenir y atacar las causas de esta reducción o pérdida.

2. Enfoque Ruggie

Los principios Ruggie han irrumpido progresivamente en la agenda del derecho internacional desde su adopción por parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, siendo impulsados en varias ocasiones a través de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como de la Organización de Estados Americanos. En el mismo sentido la Corte Interamericana lo ha adoptado en la discusión de fuentes que dotan de contenidos las obligaciones generales de respeto y garantía en la sentencia al caso Kaliña y Lokono vs. Suriname, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe temático sobre Industria Extractiva.

Lo anterior, deja de presente el reconocimiento de lo que puede verse como un nuevo partícipe del derecho internacional – principalmente de los derechos humanos –; las empresas. Por tal motivo, es importante que la Corte Interamericana determine con mayor precisión cuáles son las obligación que, en virtud de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, se generan para los Estados Americanos cuando, por medio de cualquier instrumento jurídico, otorgar la facultad a una empresa de adelantar un proyecto de desarrollo, cualquiera sea su naturaleza, pero especialmente, cuando se trate de servicios públicos esenciales, a saber; administración de centros de atención en salud, prestación de servicios públicos domiciliarios o extracción de recursos naturales. Particularmente, sobre este supuesto, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la obligación de fiscalización y supervisión de empresas privadas, cuando prestar o administración la prestación de servicios públicos esenciales, en los casos Ximenes López vs. Brasil y González Lluy vs. Ecuador.

Más aún, los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos por privatizar la prestación de servicios con un posible impacto sobre el disfrute de los derechos humanos, por lo que es necesario que los contratos de prestación de servicios o la legislación que habilite esa prestación precisen que el Estado espera de esas empresas que respeten los derechos humanos, por lo que debe asegurarse de su capacidad de supervisar efectivamente las actividades de las empresas, en particular mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas.

En ese sentido, es necesario tener en consideración el que los Estados Americanos no pueden sufragar la totalidad de los gastos en inversión que implica adelantar una gran obra de

infraestructura, de modo que la cooperación del capital privado se torna relevante para poder asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo. Por tal motivo, es igualmente importante que se materialicen las obligaciones de los Estados – de garantizar y adoptar disposiciones de derecho interno – con miras a hacer extensivas las prácticas respetuosas de los derechos humanos a las actuaciones del sector privado que adelanta la inversión en los proyectos de desarrollo, para lograr su cumplimiento con los estándares de protección de los derechos humanos.

Aunque, los Estados, a título individual, son los principales sujetos de las obligaciones conforme a las normas internacionales de derechos humanos y, colectivamente, los garantes del régimen internacional de derechos humanos, cuando una empresa está controlada por el Estado o cuando sus actos pueden atribuirse por alguna otra razón al Estado, una violación de los derechos humanos por esta empresa puede implicar una violación de las obligaciones conforme al derecho internacional del propio Estado, especialmente en la medida en que las actuaciones de la empresa sean posibles en virtud de su proximidad con el Estado o se logren a través del aprovechamiento de recursos públicos. Por ende, comprendiendo que el desarrollo de grandes obras de infraestructura requerirá, en gran medida, figuras como las alianzas público-privado, el régimen de responsabilidad de los Estados adquirirá mayor amplitud, y, en consecuencia, la exigibilidad respecto de la empresa.

De allí, que la adopción de medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar cualquier abuso, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia, se traduce en la efectiva sujeción a las obligaciones convencionales de garantía e implementación de medidas de derecho interno. En tal sentido, es importante considerar que la interpretación evolutiva que ha permitido a la Corte profundizar el contenido de algunos derechos reconocidos en la Convención, se hace extensible a la determinación del alcance de las obligaciones generales, especialmente cuando se tiene en cuenta la normalización progresiva de los ámbitos de actuación de las empresas, así como el caso particular del derecho internacional ambiental.

III. CONCLUSIONES

Fragmentando la pregunta formulada por la República de Colombia en tres cuestiones fundamentales; (i) ¿Se incorporan a las obligaciones generales de respeto y garantía, especialmente frente a los derechos a la vida e integridad personal, las normas derivadas del derecho internacional del medioambiente? (ii) ¿Existe una obligación de llevar a cabo un EISA para la implementación de un proyecto de infraestructura y cuál es su contenido mínimo? (iii) Existe una obligación de llevar de cooperación internacional para la implementación de un proyecto de infraestructura y cuál es su contenido mínimo?

i. ¿Se incorporan a las obligaciones generales de respeto y garantía, especialmente frente a los derechos a la vida e integridad personal, las normas derivadas del derecho internacional del medioambiente?

Considerando la doctrina de la interpretación evolutiva de las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto es necesaria para adaptar el contenido de los tratados internacionales a las condiciones imperantes en el momento de su implementación, sí se incorporan las obligaciones, normas y principios derivadas del derecho internacional del medioambiente como instrumentos indispensables para asegurar la conservación de los recursos naturales y los ecosistemas marítimos, así como de cualquiera categoría, en la medida en que su protección es indispensable para asegurar una vida digna, así como la integridad de las personas en general, pero especialmente de las comunidades especialmente vulnerables que se ven afectadas directa e indirectamente por la realización de proyectos de infraestructura.

En el estado actual del derecho internacional es indispensable que se establezcan las obligaciones de los Estados en relación a la conservación del medioambiente, transversalmente vinculado con la protección de los derechos humanos, universales e indivisibles, sean económicos, sociales y culturales, como civiles y políticos.

ii. ¿Existe una obligación de llevar a cabo un EISA para la implementación de un proyecto de infraestructura y cuál es su contenido mínimo?

Sí existe una obligación de llevar a cabo un Estudio de Impacto Social y Ambiental, como medida de prevención ante los potenciales daños ambientales que puedan causarse por el adelantamiento de proyectos de infraestructura. La realización del EISA, así como su supervisión, deberá estar caracterizada por la aplicación del enfoque precautorio.

Asimismo, los EISA deberán seguir los mismos fines descritos previamente en la jurisprudencia interamericana; identificación de riesgos, prevención de riesgos y establecimiento de mecanismos de mitigación. Para tal efecto, será indispensable la activa participación de las personas en general, y los individuos y poblaciones especialmente vulnerables ante la implementación de proyectos de infraestructura. Igualmente, todo el proceso de construcción de los EISA deberá ser supervisado por el Estado y deliberativamente concertado con la sociedad civil.

Del mismo modo, deberá tener un enfoque comprensivo de las implicaciones culturales de los proyectos, especialmente frente a las comunidades que tienen una especial sujeción con los recursos naturales, ecosistemas y territorios potencialmente afectados por la implementación del proyecto.

iii. ¿Existe una obligación de cooperación internacional para la implementación de un proyecto de infraestructura y cuál es su contenido mínimo?

En la medida en que se desprenda del EISA una potencial afectación transfronteriza, y siempre que se trate de recursos naturales y ecosistemas compartidos, los Estados interesados en adelantar un proyecto de infraestructura, ya sea directamente, a través de una empresa privada o de asociaciones público-privadas, deberán establecer un sistema de notificaciones y alertas con el/los Estado(s) de que se trate.

Lo anterior respondiendo al principio general del derecho internacional construido a partir de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia; ningún Estado podrá emplear su territorio, o las zonas sometidas a su jurisdicción, para causar daño a otro Estado.

Adicionalmente, los Estados potencialmente afectados están legitimados para emplear los mecanismos pacíficos necesarios, consulares, diplomáticos o de cualquier índole, para asegurar la participación de las personas sometidas a su jurisdicción en la formulación del proyecto de infraestructura, así como del EISA y todas las etapas de ejecución del mismo, especialmente cuando se trate de comunidades indígenas o tribales.



RAÚL FERNANDO NÚÑEZ MARÍN

DIRECTOR CLÍNICA DE DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI