



Al Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

REF.: Amicus Curiae - Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2016

Liverpool, 18 de enero de 2017

Licenciado

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretario General

Corte Interamericana de Derechos Humanos,

De conformidad con el artículo 44.1 del Reglamento de la Corte, le rogamos tenga a bien incorporar el escrito de *amicus curiae* adjunta a la presente, en la *Solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2016*.

Este escrito de *amicus curiae* es presentado por los Profesores Doctores Belén Olmos Giupponi, Cristián Delpiano Lira y Christian Rojas Calderón, quienes han participado en la preparación de este escrito.

Le rogamos que, en caso de tener alguna pregunta al respecto, no dude ponerse en contacto con nosotros.

Le reiteramos, Sr Secretario General, las seguridades de nuestra más alta y distinguida consideración.

Dr. Christian Rojas Calderón
Profesor de Derecho
Administrativo y Ambiental

Universidad Adolfo Ibáñez

Dra. Belén Olmos Giupponi
Profesora de Derecho
Internacional Público y Derecho
Ambiental

Liverpool Hope University

Dr. Cristián Delpiano Lira
Profesor de Derecho internacional
Público y Derecho Internacional de
Medio Ambiente

Universidad Católica del Norte

**ESCRITO DE AMICUS CURIAE PRESENTADO ANTE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
POR LOS PROFESORES
BELÉN OLMOS GIUPPONI,
CRISTIÁN DELPIANO LIRA
Y CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN
EN LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA
DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
DE 14 DE MARZO DE 2016**

19 de enero de 2017

Dra Belén Olmos Giupponi - Profesora de Derecho Internacional y Derecho Internacional del Medio Ambiente - Liverpool Hope University – Hope Park Campus- Liverpool – [REDACTED] - REINO UNIDO

Dr Cristián Delpiano Lira - Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional del Medio Ambiente. Director del Centro de Estudios en Derecho de los Recursos Naturales (CEDRENA), Facultad de Ciencias Jurídicas., Universidad Católica del Norte. [REDACTED] CHILE

Dr Christian Rojas Calderón - Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental. Universidad Adolfo Ibáñez. [REDACTED] – CHILE

Direcciones de correo electrónico:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Contenido

| | |
|---|----|
| Parte I -Introducción..... | 4 |
| A. Los autores de este escrito de amicus curiae..... | 4 |
| B. Fundamento jurídico de este escrito..... | 4 |
| C. Objetivo..... | 4 |
| PARTE II- La relación entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Medio Ambiente..... | 5 |
| A. Marco teórico general de las relaciones entre derecho internacional del medio ambiente y derecho internacional de los derechos humanos..... | 5 |
| B. La jurisprudencia internacional en la materia..... | 6 |
| PARTE III – Obligaciones de los Estados a la luz de las normas del Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA)..... | 13 |
| A. Generalidades: Los instrumentos internacionales en materia de medio ambiente (Declaraciones, tratados, normas consuetudinarias)..... | 13 |
| B. Génesis de los fundamentos del Derecho internacional del medio ambiente, y de los instrumentos internacionales en la materia..... | 14 |
| a.- El Derecho internacional del medio ambiente y los “casos tempranos”..... | 14 |
| b. Los instrumentos internacionales en materia de medio ambiente..... | 17 |
| C. Obligaciones sustantivas derivadas del DIMA aplicables a este caso..... | 19 |
| a. Obligación de cooperar por parte de los Estados afectados..... | 19 |
| b. El deber de debida diligencia como deber general del Estado..... | 20 |
| c. Principio preventivo y precautorio en el marco de las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz del DIMA..... | 22 |
| i. Principio precautorio: ¿Norma consuetudinaria de Derecho internacional?..... | 24 |
| ii. El principio precautorio como norma de interpretación de las disposiciones de la CADH..... | 29 |
| iii. El principio precautorio como límite a la actuación del Estado..... | 29 |
| D. Obligaciones procedimentales aplicables al caso..... | 31 |
| a. La obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental (EIA) en proyectos transfronterizos..... | 32 |
| b. Derecho de acceso a la información ambiental, derechos de participación y acceso a la justicia ambiental..... | 34 |
| c. Obligación de notificar para evitar y reparar el daño medioambiental..... | 36 |
| PARTE IV – El Convenio para la Protección y el Desarrollo Del Medio Marino en La Región Del Gran Caribe interpretado a la luz del derecho regional de los derechos humanos..... | 37 |
| A. Las obligaciones derivadas del Convenio de Cartagena..... | 37 |

| | |
|---|----|
| B. La interpretación del Convenio para la protección del Mar Caribe a la luz del DIMA y de las obligaciones derivadas de la Convención..... | 38 |
| Conclusiones | 40 |

Parte I -Introducción.

A. Los autores de este escrito de amicus curiae

1. Esta presentación de *amicus curiae* ha sido preparado por los Profesores Belén Olmos Giupponi, Cristián Delpiano Lira y Christian Rojas Calderón quienes han participado en la preparación de este escrito. Belén Olmos Giupponi es Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y Profesora de Derecho Internacional y Derecho Internacional del Medio Ambiente en Liverpool Hope University, Liverpool, Reino Unido. Cristián Delpiano Lira es Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca y Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional del Medio Ambiente. Director del Centro de Estudios en Derecho de los Recursos Naturales (CEDRENA), Facultad de Ciencias Jurídicas, Chile. Christian Rojas Calderón es Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental en la Universidad Adolfo Ibáñez. Viña del Mar (Chile).

B. Fundamento jurídico de este escrito

2. De acuerdo al Reglamento de la Corte en su artículo 44.1:

“El escrito de quien desee actuar como amicus curiae podrá ser presentado al Tribunal...”

3. Por su parte, de conformidad con el artículo 2.3, “la expresión ‘amicus curiae’ significa “la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.”

C. Objetivo

4. Los autores/firmantes de este escrito, académicos y profesionales con una larga trayectoria en el ámbito de los derechos humanos, del derecho internacional público y del derecho ambiental, ofrecemos respetuosamente a esta Honorable Corte argumentos razonados sobre algunos aspectos jurídicos de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia el 14 de marzo de 2016 relativa a al Convenio del Mar Caribe y a la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA). Nuestras consideraciones no son necesariamente en apoyo de alguno de los argumentos expresados en la Solicitud de Opinión. En efecto, nos acercamos a este Tribunal como amici (“amigos”), con el objetivo de contribuir a la preservación y el desarrollo jurídico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como nuestro único interés.

PARTE II- La relación entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Medio Ambiente

A. Marco teórico general de las relaciones entre derecho internacional del medio ambiente y derecho internacional de los derechos humanos

5. La solicitud de Opinión Consultiva se sitúa en el ámbito de las interacciones entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA), representando una oportunidad destacada para que la Corte IDH en ejercicio de su competencia consultiva se refiera a tan trascendental aspecto del derecho internacional contemporáneo. La relación entre ambos sectores del derecho internacional público se remonta a principios del siglo pasado. En efecto, en los albores del derecho internacional del medio ambiente, las cuestiones vinculadas con la protección de la salud humana fueron consideradas como uno de los aspectos centrales en la evolución. A su vez, el disfrute de un medio ambiente sano se ha erigido como elemento necesario para el goce de los derechos humanos como lo han puesto de manifiesto, entre otros instrumentos internacionales, la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Carta Mundial de la Naturaleza (1982) y la Declaración de Río sobre el Ambiente y la Naturaleza (1992).

6. En los últimos tres decenios se aprecia una modificación cualitativa en la manera de percibir la relación entre medioambiente y derechos humanos.¹ Desde 1970, la cuestión medioambiental constituye uno de los temas principales de la agenda internacional. El principio 1 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 (en adelante “Declaración de Estocolmo”) consagró el derecho al medioambiente como un derecho de tercera generación, al establecer que el 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”.² Además, el Informe Brundtland (1987), definió las bases del desarrollo sustentable o sostenible, teniendo en cuenta la protección de los derechos humanos en la consecución del mismo.³

7. Desde el punto de vista del DIDH, el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos afirmado en la Conferencia de Viena,⁴ ha significado un giro en la protección del acceso a un medio ambiente sano como uno de los

¹ BROWN WEISS, E. (2011), ‘The Evolution of International Environmental Law’, *Japanese Y.B. Intl. L.* 54, 1-27.

² La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), la Carta Mundial de la Naturaleza (1982) y la Declaración de Río sobre el Ambiente y la Naturaleza (1992). BROWN WEISS, E. (1992): “In Fairness to Future Generations and Sustainable Development.” *American University International Law Review*, 8, no. 1: 19-26.

³ Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo a la Asamblea General de Naciones Unidas: “Nuestro Futuro Común”, Documento A/42/427 de 4 de agosto de 1987.

⁴ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993. Declaración y Programa de Acción de Viena.

llamados derechos de tercera generación, lo cual se ha visto reflejado, a su vez, en el constitucionalismo iberoamericano a través de la protección constitucional del ambiente.⁵

8. Sin dudas, la consagración del principio de desarrollo sustentable o sostenible ha contribuido a afianzar las interacciones entre DIDH y DIMA.⁶ De esta manera, las Metas de Desarrollo del milenio (2000) y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002) acentúan la necesidad de garantizar la protección del medio ambiente al mismo tiempo que se persigue la consecución del desarrollo económico.

9. La interrelación entre los diversos regímenes de protección se puede apreciar tanto en la jurisprudencia internacional y en la práctica de los Estados, como se analizará en las secciones siguientes

B. La jurisprudencia internacional en la materia

10. Ante todo, desde la perspectiva del DDIDH, las consideraciones acerca del reconocimiento de un derecho expreso al medio ambiente han sido formuladas por los órganos de protección de los derechos humanos instituidos en diversas regiones. Tal como FITZMAURICE, indica existen dos tipos de modelos: un modelo de reconocimiento indirecto de derechos ambientales (el seguido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) y un modelo de reconocimiento directo de derechos ambientales, representado por el Sistema Interamericano y el Sistema Africano de Derechos Humanos, respectivamente.⁷ A estos efectos, los párrafos siguientes ilustran acerca de la evolución en la jurisprudencia de los órganos regionales de protección de los derechos humanos de cara a proporcionar un análisis de los argumentos y principios jurídicos esgrimidos por los mismos.

11. En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, los primeros casos relativos a problemas ambientales que llegaron al conocimiento de los órganos del mismo (en particular de la extinta Comisión) se remontan a la década de los setenta. Así, en *X. E Y. v. República Federal de Alemania* originado en el reclamo de una asociación ecologista que denunció prácticas realizadas en zonas militares, cercanas a la localidad donde vivían los peticionarios, éstos alegaron la violación de los derechos a la vida (art. 2), libertad (art. 5), y la prohibición de la tortura (art. 3) contenidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, "CEDH").⁸ Otro de los primeros casos, *Arrandele, Royane v. Reino Unido*, versó sobre contaminación acústica debida al aumento del ruido en el tráfico del aeropuerto de

5 Ver, por ejemplo: Art. 41 Constitucional de Argentina (reforma de 1994), Art. 225 de la Constitución Federal del Brasil, Art. 79 de la Constitución de Colombia, Art. 19 N° 8 de la Constitución de Chile, Art. 50 Constitución Política de Costa Rica, Art. 19 N° 2 de la Constitución del Ecuador, Artículos 45- 69 Constitución de España.

⁶ Para un análisis de los principales aspectos controvertidos en las relaciones entre DIDH y DIMA, ver OLMOS GIUPPONI, M.B. (Ed) (2011): *Medio ambiente, cambio climático y derechos humanos* (DIKE, Bogotá/San José) pp.93-116.

⁷ FITZMAURICE, M.: (2014): "Environmental Degradation", en MOECKLI, D.; SIVAKUMARAN, S.: *International Human Rights Law* (2 ed, Oxford University Press, Oxford) pp. 590-609.

⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos. *X. E Y. v República Federal de Alemania* (1976).

Gatwick y la construcción de una autopista en las cercanías de su casa de habitación.⁹ En ese entonces, la Comisión declaró ambas peticiones inadmisibles con base en que el CEDHLF no reconoce expresamente el derecho a la conservación de la naturaleza, por dicho motivo el Tribunal no decidió sobre el fondo.

12. Superando esta fase inicial, en la evolución posterior de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) se aprecia un mayor énfasis en la protección del derecho a un medio ambiente sano. De este modo, el TEDH ha decidido sobre el fondo en otros casos llegados a su conocimiento, estableciendo criterios de interpretación y aportando conceptos para definir la relación entre DIMA y DIDH, como dos sectores de derecho internacional estrechamente vinculados entre sí.

13. Al respecto, el TEDH aun ante la ausencia de una disposición expresa en el mismo del derecho a un ambiente sano, a través de una interpretación evolutiva del artículo 8 del CEDHLF que tutela el respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y de la correspondencia, el cual prevé que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

14. En uno de los primeros casos que llegaron al conocimiento del TEDH, *López Ostra v. España* (referido a contaminación acústica), la recurrente alegó que las molestias ocasionadas a ella y a los miembros de su familia debido a la contaminación proveniente de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos (por lo demás construida con una subvención del Estado sin contar con los permisos necesarios), que emitía gases y malos olores provocando los habitantes de poblaciones cercanas problemas de salud, constituían una violación del artículo 8.¹⁰ En la petición ante la ex-Comisión Europea de Derechos Humanos, la recurrente sostuvo que, a pesar de su cierre parcial en septiembre de 1988, la planta había continuado despidiendo malos olores, que ocasionaron a los miembros de su familia problemas de salud interfiriendo con su derecho a la vida privada y familiar protegido en el artículo 8 del CEDHLF. En la sentencia, el TEDH determinó que en la ponderación de derechos, el Estado demandado no había logrado un justo equilibrio entre el interés general representado por la apertura de la planta de tratamiento de residuos y el efectivo goce de la recurrente de su derecho a la vida privada y familiar. En este caso, el TEDH determinó la responsabilidad del Estado por omisión, al no haber proporcionado una respuesta que cumpliera con los estándares del CEDHLF.

15. En *Guerra v. Italia*, otro caso relativo a contaminación aérea, el TEDH estableció los elementos para determinar la existencia de una interferencia a la luz del art. 8 y la responsabilidad del Estado en materia ambiental. Al igual que en el caso comentado

⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos. Caso *Arondelle v. Royaume v. Reino Unido*. Decisión sobre Admisibilidad 15/7/1980.

¹⁰ TEDH. *López Ostra v. España*. Sentencia del 9 de diciembre de 1994, párr. 51.

anteriormente, los recurrentes alegaron además de la violación a la vida privada y familiar, la vulneración del derecho a la información en materia ambiental derivado del artículo 10 del CEDH. En este caso, la Comisión Europea interpretó extensivamente el artículo 10 del CEDH subrayando que “(...) la importancia del derecho a la información ambiental encuentra su razón de ser en la exigencia de proteger el bienestar y la salud de las personas implicadas, es decir, tutelar indirectamente, los derechos que son protegidos por otras disposiciones del Convenio”.¹¹ Sin embargo, en la sentencia, el TEDH señaló que la libertad de información mencionada en el artículo 10 (2) del CEDH no se encontraba afectada, ya que dicho numeral no impone al Estado una obligación positiva de recolección y divulgación de la información, sino que prescribe una obligación de carácter negativa, en otras palabras: la obligación de abstenerse de cualquier injerencia en la circulación de la información. En cuanto a la interpretación del artículo 8, en base a la prueba aportada en la causa, el TEDH (aplicando el principio expresado en *López Ostra*) determinó que había existido una violación del derecho ya que los recurrentes padecieron la contaminación hasta el cierre de la fábrica.

16. En *Powell, Rayner v. Reino Unido*, el TEDH analizó la contaminación acústica causada por ruido provocado en el aterrizaje de aviones en el aeropuerto de Heathrow, a la luz de los derechos reconocidos en el CEDH constituyendo una violación del derecho a la vida privada, contenido en el citado artículo 8.¹² En este caso, el TEDH resolvió el caso por medio de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación reconociendo al Estado demandado libertad de acción y maniobra, definiendo como preponderante el interés económico que el aeropuerto da al Estado y a que, de acuerdo con las pruebas presentadas, no se había comprobado que los índices de ruido afectarían la salud de los denunciantes, por tanto, no se demostró violación al derecho a la vida privada.

17. En una evolución posterior, en otro caso similar el TEDH cambió su postura inicial. En *Hatton v. Reino Unido*, ciudadanos residentes en las cercanías del aeropuerto de Heathrow presentaron una petición ante el TEDH debido a un apreciable aumento en el ruido a raíz de la autorización de aterrizajes en horarios nocturnos.¹³ A consecuencia de la contaminación acústica, los peticionarios sufrían grandes alteraciones en el sueño y otros efectos secundarios como dolor de cabeza, cansancio, pérdida de concentración y depresiones. En este caso, el TEDH aplicó el principio de inversión de la carga de la prueba (principio propio del derecho internacional del ambiente) afirmando que, en aquellos casos en los cuales se alega la violación del derecho a la vida privada y familiar por problemas ambientales, es una obligación del Estado proporcionar las pruebas que demuestren que las medidas adoptadas en el orden interno siguen los estándares del CEDH.¹⁴

¹¹ Las pruebas aportadas, determinaron que a) durante su ciclo productivo tal industria había liberado grandes cantidades de gas inflamable, así como sustancias nocivas, entre otras anhídrido de arsénico, debido a la ubicación del establecimiento industrial, las emisiones de sustancias a la atmósfera circulaban hacia el centro de la Ciudad de Manfredonia.

¹² TEDH, *Powell, Rayner v. Reino Unido*, Sentencia 21 de Febrero de 1990.

¹³ TEDH, *Hatton v. Reino Unido*, Gran Sala, 8 de julio de 2003.

¹⁴ Ver también el caso *Moreno Gómez v. España*, relativo a la contaminación acústica, en el que el TEDH confirmó los principios previamente afirmados en esta materia.

18. En *Fadeyeva v Rusia*, una familia de vecinos que habitaban en las cercanías de una fundición de acero presentó una petición en contra del Estado debido a la polución provocada por la planta de acero y a la omisión del mismo de proceder a la re-localización de los vecinos especialmente afectados por la contaminación, lo cual a su juicio constituía una violación del art 8 CEDH.¹⁵ En cuanto al estándar de prueba, el TEDH determinó que en estos casos la interferencia en el goce del derecho debe quedar demostrada “más allá de toda duda razonable”.¹⁶ Asimismo, el TEDH recordó que en ciertos casos concernientes a daño medioambiental (como en el de la especie), es el gobierno del Estado demandado el único que tiene acceso a la información capaz de corroborar o de refutar las alegaciones de los recurrentes.¹⁷ Por lo demás, el TEDH confirmó la aplicación del principio de debida diligencia (“due diligence”) como principio de derecho internacional¹⁸ conforme al cual el Estado tiene el deber de actuar en consecuencia para evitar o reducir el daño medioambiental en el caso de contaminación aérea, correspondiéndole el *onus probandi*. Si bien el TEDH tomó en cuenta la aplicación del margen de apreciación, concluyó afirmando que en la ponderación entre los derechos en juego, el Estado en cuestión había violado el art 8 CEDH.¹⁹

19. Cabe mencionar que en otro caso más reciente, *Hardy y Maile v Reino Unido*, relativo al proceso de construcción e instalación (evaluación de impacto ambiental y concesión de la licencia para operar -planning permission) de una planta de gas natural licuado en las cercanías de un poblado, el TEDH reafirmó el derecho a la información medioambiental y a la participación del público afectado en la toma de decisiones a la luz del Convenio de Aarhus y del derecho de la Unión Europea.²⁰ En este caso el TEDH corroboró que el Estado demandado había cumplido con las obligaciones a su cargo.

20. Fuera del ámbito europeo, la interrelación entre DIMA y DIDH se manifiesta a través de diversas normas de derecho regional de los derechos humanos en el ámbito interamericano y en el ámbito africano que proporcionan un reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano.²¹

21. Específicamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) de 22 de noviembre de 1969, compromete a los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, incorporando únicamente en el artículo 26 lo relativo al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En ésta, los Estados adquirieron el compromiso de alcanzar el desarrollo integral, bajo criterios de solidaridad y justicia social, de acuerdo con el artículo 26. Pese a que la CADH no contiene

¹⁵ TEDH, *Fadeyeva v. Russia*, Sentencia 9 Junio 2005.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ TEDH, *Fadeyeva v. Russia*, Sentencia 9 Junio 2005, párr. 79.

¹⁸ Sobre ello volveremos en la parte III.

¹⁹ The Court concludes that, despite the wide margin of appreciation left to the respondent State, it has failed to strike a fair balance between the interests of the community and the applicant's effective enjoyment of her right to respect for her home and her private life. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

²⁰ TEDH, *Case of Hardy y Maile v. The United Kingdom*, Sentencia de 14 Febrero de 2012.

²¹ Solicitud de Opinión Consultiva, párr. 46. En el ámbito americano ver por ejemplo, la Resolución de la OEA 56/09

normas expresas sobre el desarrollo sostenible o la tutela al medio ambiente, existe una relación intrínseca entre los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la CADH y el derecho a un medio ambiente sano.

22. En el Protocolo en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adicional a dicha Convención (también conocido como “Protocolo de San Salvador”) de 17 de noviembre de 1988, atendiendo a la progresividad en la protección de los derechos humanos, se incluyen los llamados derechos de solidaridad, entre ellos, el derecho a la salud, a la alimentación y a un medio ambiente sano. Así, en el numeral 11 se indica “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Asimismo impone a los Estados tener en cuenta la naturaleza progresiva de tales derechos.

23. Atendiendo a la progresividad de los Derechos económicos, sociales y culturales, ambos órganos del Sistema Interamericano, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han comenzado a reconocer la tutela de los derechos humanos de solidaridad, entre ellos al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, paralelamente al reconocimiento y tutela de los derechos de los pueblos originarios.

24. A la luz de casos concretos, la Comisión y la propia Corte se han ido ocupando progresivamente de la tutela del derecho a un medio ambiente sano. Esta evolución ha sido posible mediante una interpretación sistemática, material y evolutiva, del conjunto de normas del Sistema de Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, considerando tanto los derechos individuales como los derechos colectivos, en particular de comunidades y pueblos originarios. De este modo, en sentencias como *Kawas Fernández v. Honduras* (2009) la Corte ha indicado que la protección del medio ambiente se ubica en el ámbito de la defensa de los derechos humanos, en el supuesto de la especie, la Corte constató una violación de la libertad de asociación (en su dimensión colectiva) de un grupo de ambientalistas que perseguía como fin lícito, la protección de los recursos naturales.²²

25. A su vez, la protección progresiva del derecho humano al medio ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha adquirido importancia en el caso de los pueblos indígenas. En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingny v. Nicaragua*, la Corte señaló que:

“146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida actuales. 147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. 148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención- que

²² Corte IDH, *Kawas Fernández v. Honduras*, sentencia de 3 de abril de 2009.

prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.”²³

En este caso, como en otros resueltos por la Corte, se estableció la responsabilidad del Estado por no garantizar el derecho a la propiedad indígena.

26. En el caso *Kawas*, la Corte vinculó el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, para reivindicar el nexo inescindible entre derechos civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales, y los de solidaridad entre los cuales se incluye el derecho al medio ambiente:

“148. (...) existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano. Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador”.²⁴

27. En el caso de los Pueblos Indígenas de *Mashco Piro, Yora y Amahuaca* (2007) la Comisión otorgó medidas cautelares para garantizar su vida e integridad personal y erradicar las actividades de extracción ilegal de madera en su territorio, legamente protegido, pues estaban expuestas al riesgo de extinción.²⁵

28. Asimismo, en diversos casos tanto la Corte como la Comisión ha dictado medidas tendientes a proteger derechos ambientales de comunidades indígenas o personas de organizaciones ambientalistas dedicadas a la defensa del medio ambiente, capacitación y asesoría a comunidades indígenas y campesinas que habían sido objeto de persecución y amenazas. Como en los casos *Yatama v Nicaragua* (2005)²⁶; el caso *Marco Arana Mirtha Vásquez y otros v Perú*;²⁷ *Caso Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores v México*.²⁸

29. Por lo demás, la Corte ha decidido casos relacionados con daños a la salud, derivados de actividades con efectos negativos para el medio ambiente y la salud de las

²³ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingny v. Nicaragua*, Sentencia 31 de Agosto de 2001.

²⁴ Corte IDH, *Kawas Fernández v. Honduras*, Sentencia 3 de abril 2009.

²⁵ CIDH, 22 de marzo 2007.

²⁶ En la cual se reconoce el derecho a la participación política y a la protección judicial efectiva, de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica o Caribe, organizada en defensa del derecho histórico de los pueblos indígenas y sus territorios, bajo una democracia comunitaria para establecer y proteger su identidad cultural, usos, costumbres y formas de organización (23 de junio, 2005).

²⁷ CIDH, del 23 de abril del 2007. Dichas personas, formaban parte de una organización dedicada al medio ambiente, capacitación y asesoría legal, fueron objeto de amenazas por individuos que apoyan la actividad minera en la zona.

²⁸ Los peticionarios se habían dedicado a la protección del derecho al medio ambiente y los derechos humanos, que han sido objeto de agresiones y violaciones a su libertad de asociación, por lo que la CIDH planteó demanda el 24 de junio del 2009.

personas. En el caso del Pueblo Indígena de *Sarayaku v Ecuador*, el Estado demandado había concluido un contrato de explotación petrolera en parte del territorio ancestral de esta comunidad, como consecuencia del cual se deforestó parte del territorio, impidiéndose la circulación a miembros de la comunidad. Ante el incumplimiento reiterado de medidas adoptadas por la Comisión, la Corte ordenó la protección de la vida e integridad de las personas y la garantía de acceso a la libre circulación.

30. En el *Caso de las Comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó v Colombia*, la Corte indicó que, ante el cultivo ilegal de palma africana en las tierras de las comunidades afrodescendientes, y su consecuente deforestación, era necesario que el Estado brindase protección a los miembros de las familias integrantes de esas Comunidades.²⁹ En el *Caso de la Comunidad San Mateo Huanchor v Perú*, la Comisión solicitó a la Corte que declarase que los derechos de los miembros de dicha Comunidad habían sido violados por actuaciones y omisiones del Estado, por la grave contaminación de sus salud, hogares y medio ambiente a causa de desechos peligrosos mineros vertidos en la Comunidad, por lo que solicitó la reparación del medio ambiente, el suelo, el subsuelo, y el agua afectados por la contaminación de los relaves tóxicos.³⁰ En el Caso de la Comunidad del Pueblo Maya v Guatemala, referido a la concesión de una licencia de explotación minera de oro y plata, sin consulta previa, plena, libre e informada, la Comisión determinó la violación de los derechos a la vida, la salud y el medio ambiente, debido a la contaminación ambiental y riesgo de dejar a las comunidades sin agua para consumo humano.³¹

31. En el *Caso de la Comunidad de La Oroya v Perú*, las víctimas sufrieron una serie de problemas de salud (99% de los niños) a consecuencia de altos índices de contaminación de aire, suelo y agua, producto de partículas de metales liberadas por un complejo de empresas metalúrgicas, ocasionados por la falta de atención médica y controles ambientales.³²

32. Un aspecto por demás significativo en la evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, constituye el mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias instaurado por la Corte IDH, extremadamente relevante en términos de la protección de derechos medioambientales. En el caso de la *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, la Corte en resolución de 6 de septiembre del 2002 y ante el incumplimiento de la sentencia dictada el 31 de agosto del 2001 a favor de esa Comunidad Indígena, ordenó medidas provisionales tendientes a preservar el derecho de uso y goce de la Comunidad sobre sus tierras y recurso; se ordenó el cese de acciones de terceros que explotan los recursos causando daños irreparables; además de otra serie de medidas específicas, como el doble deber de abstención (inhibitoria) y de vigilancia y garantía.

²⁹ En este caso, una comunidad organizada de afrodescendientes, presentó una comunicación por incursiones paramilitares y desplazamiento forzoso de su territorio colectivo para la siembra ilegal de palma Africana. (15 de marzo de 2005). Véase OLMOS GIUPPONI, M.B. (2010): "La protección de las comunidades afrodescendientes en el sistema interamericano: reflexiones a la luz del caso de las comunidades de Jiguamiandó y de Curbaradó".

REIB: Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 4, Nº. 2, págs. 61-97.

³⁰ CIDH, 29 junio de 2006.

³¹ CIDH, del 20 de mayo de 2010.

³² CIDH, del 31 de agosto del 2007.

33. En resumen, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, han sentado criterios para hacer efectiva la tutela judicial de los derechos humanos de la tercera generación, en particular, la protección del derecho humano al desarrollo sostenible.

34. Refiriéndonos al Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos, probablemente desde la perspectiva de la consagración de un derecho al medio ambiente sano, la formulación de la Carta Africana constituya el texto más relevante en la materia, ya que consagra en el artículo 24 el derecho de todos los pueblos a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo.³³ A su vez, la Comisión Africana se ha referido a la protección del medio ambiente en relación con los derechos de comunidades indígenas y grupos tribales. En *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, la Comisión reafirmó la obligación de “respetar, proteger, promover y cumplir’ los derechos humanos (...) exige que los Estados se adhieran positivamente y negativamente a estos deberes y se pueden encontrar en la Carta Africana”.³⁴

PARTE III – Obligaciones de los Estados a la luz de las normas del Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA)

A. Generalidades: Los instrumentos internacionales en materia de medio ambiente (Declaraciones, tratados, normas consuetudinarias)

35. La regulación ambiental comprende frecuentemente dificultades derivadas de cuestiones científicas, las que usualmente involucran consecuencias potenciales –y no pasadas- derivadas de la acción estatal.³⁵ Estas dificultades obligan a su vez a cuestionarse diversos aspectos de la actuación ambiental del Estado, tales como: i) ¿si acaso el nivel de riesgo ambiental aceptable es definido internamente por cada Estado de forma soberana, o si, por el contrario, existe un nivel mínimo de riesgo aceptable derivado de la naturaleza de la actividad que se realiza, con independencia del Estado en el que se desarrolla dicha actividad?; ii) ¿qué principios y normas rigen las relaciones entre Estados derivados desde el Derecho internacional del medio ambiente?; iii) son las obligaciones derivadas del Derecho internacional del medio ambiente de resultado, o bien son de medio?; iv) ¿Cómo se conjugan las obligaciones derivadas del Derecho internacional del medio ambiente con aquellas obligaciones derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos?

36. En la presente sección, intentaremos dar algunas ideas para la respuesta que pueda dar esta Corte a las preguntas formuladas por Colombia en su Opinión Consultiva desde la perspectiva del derecho internacional del medio ambiente, intentando hacer una

³³ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981. Abdelhamid ADNANE RKIOUA, A. (2012): “Los derechos sociales en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, *Lex social: Revista de los derechos sociales*, Nº. 1, pps. 31-54.

³⁴ African Commission of Human Rights, *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights v. Nigeria No. 155/96* (May 27, 2002), para. 44.

³⁵ LOWE, V: *International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 235

revisión histórica de los instrumentos fundantes de esta rama del Derecho internacional, para luego revisar algunos aspectos estructurales que tienen incidencia en la interpretación y aplicación de la CADH a la luz de las obligaciones del Estado derivadas del Derecho internacional del medio ambiente, y de la interpretación del Convenio para la Protección y el Desarrollo Del Medio Marino en La Región Del Gran Caribe con enfoque en la protección de los derechos humanos. En este sentido, revisaremos el deber de debida diligencia en el Derecho internacional del medio ambiente, la obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental, su sentido y alcance, así como las discusiones y aplicación del principio o enfoque precautorio en el Derecho internacional del medio ambiente.

B. Génesis de los fundamentos del Derecho internacional del medio ambiente, y de los instrumentos internacionales en la materia

37. El Derecho internacional del medio ambiente ha conocido de un desarrollo jurídico relativamente lento, muy probablemente derivado de las complejidades propias de su regulación. Durante la primera mitad del siglo XX, algunos abogados promovieron casos ambientales que fueron forjando los fundamentos de esta disciplina, a la vez que desarrollaron algunos de sus principios estructurales.

a.- El Derecho internacional del medio ambiente y los “casos tempranos”

38. Al igual que en el caso del Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional del medio ambiente ha tenido una explosiva evolución a partir del término de la Segunda Guerra Mundial. Siguiendo a Peter SAND,³⁶ se pueden identificar tres grandes etapas diferenciadas: i) la era tradicional, que puede situarse hasta 1970 aproximadamente, o bien hasta antes de la Declaración de Estocolmo de 1972; ii) la era moderna, que puede situarse entre la Declaración de Estocolmo en 1972, y la Declaración de Río de 1992, y; iii) la era post-moderna, que se sitúa post Declaración de Río de 1992.

39. En la primera de las etapas, el Derecho internacional del medio ambiente fue desarrollando algunos de sus fundamentos básicos, que moldearon los principios y normas que hoy por hoy son de uso común en la disciplina. Este desarrollo, según veremos, se produjo a través de la promoción de algunos “casos ambientales tempranos”, producidos entre finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. El primero de ellos fue el asunto de las *Focas Peleteras sobre el Mar de Behring* resuelto en 1893³⁷ entre Estados Unidos y Gran Bretaña, a la sazón Estado responsable por las acciones de Canadá.

40. La controversia surgió debido al otorgamiento por parte de Estados Unidos de una licencia a la empresa Alaska Commercial Company, para ejercer el monopolio de la captura de focas en la costa de las Islas Pribilov, en la recientemente adquirida Alaska. El

³⁶ SAND, P.: “The Evolution of International Environmental Law”, en BODANSKY, D.; BRUNÉE, J.; HEY, E.: *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, p. 30.

³⁷ United Nations Reports of International Arbitral Awards: Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering’s sea and the preservation of fur seals, 15 de Agosto de 1893, Volume 28, pp. 263-276.

valor de dicho monopolio fue fuertemente reducido por pesqueros canadienses que operaban en alta mar fuera de las aguas estadounidenses, con la consecuente disminución del número de ejemplares posibles de capturar.

41. Estados Unidos y Gran Bretaña acordaron someter el asunto a arbitraje, con el añadido que el compromiso facultaba a los árbitros a regular entre ellos la zona con el objetivo de proteger y preservar adecuadamente las focas. Como resultado, los árbitros dispusieron una zona de exclusión de 60 millas alrededor de las Islas Pribilov, en las cuales Estados Unidos y Gran Bretaña debían prohibir a sus ciudadanos la muerte, captura o persecución de focas durante un período determinado del año. Ambos Estados incorporaron las disposiciones del laudo arbitral a sus legislaciones internas, lo que sin embargo no logró impedir la progresiva disminución de los ejemplares. La razón fue muy simple, dado que el laudo arbitral es solo aplicable a las partes, y por lo tanto no prohibía la captura de focas por parte de barcos de terceros Estados –especialmente de Rusia o de Japón-, o incluso de buques norteamericanos o canadienses que navegaran bajo bandera de terceros países.

42. Para los efectos de las cuestiones planteadas en esta Opinión Consultiva, interesa destacar una cuestión básica derivada de este caso, consistente en el hecho que las medidas o regulaciones que sean adoptadas en una zona determinada deben evitar, en toda la medida posible, la figura del *free rider*, de forma que debe obligar a la mayor cantidad de Estados interesados en la protección de la zona determinada, en el caso *sub lite*, el Mar Caribe. Por lo tanto, la eficacia de la protección de la zona por parte de los Estados interesados viene dada por la determinación de un estándar mínimo exigible a cada uno de los Estados interesados, más allá de las obligaciones convencionales derivadas de tratados internacionales.

43. Por otra parte, el asunto de las focas peleteras puso en el tapete algunos de los argumentos más usados en materia de protección del medio ambiente, cual es el concepto de administración de los recursos naturales en beneficio de la humanidad. En efecto, la argumentación estadounidense en el arbitraje consistía en que estaban actuando no solo en aras de la protección de los pescadores norteamericanos, sino que además como administradores del stock de focas en beneficio de la humanidad. *A pesar que el Tribunal Arbitral no aceptó este argumento,³⁸ sin duda que en el caso sub lite puede considerarse que los Estados interesados en la protección del Mar Caribe y sus recursos naturales son administradores del mismo y de sus recursos naturales en beneficio de humanidad.*

44. Otro argumento general en materia de protección internacional del medio ambiente viene dado por la consideración de la prevención del daño transfronterizo. Un buen ejemplo de ello lo constituye el asunto *Trail Smelter*³⁹ entre Canadá y Estados Unidos, en el cual se discutían los daños que una empresa situada en territorio canadiense provocaba en las aguas del Rio Columbia, en el Estado de Washington, Estados Unidos. Comentando este laudo arbitral, Vaughan LOWE explica que el Tribunal Arbitral reconoció

³⁸ Por el contrario, sostuvo la imposibilidad de los Estados de regular unilateralmente la pesca en alta mar.

³⁹ United Nations, *Trail Smelter Case* (United States, Canada), Award of 16 April 1938 and 11 March 1941, Reports of Arbitral Awards, Volume III, p. 1905 y ss.

que la normativa seguida por Estados Unidos en relación con las cuestiones ambientales se encuentra en conformidad con los principios generales del derecho internacional a la época, basado fundamentalmente en la hipótesis elemental relativa a que un Estado tiene la obligación de proteger a otros Estados contra actos que causaran daño por individuos que se encuentran en su jurisdicción, cuestión que se basaba a su vez en el fallo arbitral de Max Huber en el *asunto Isla de Palma* de 1928.⁴⁰ El tribunal hizo notar que la mayor dificultad en este caso consistía en determinar qué se presume como constitutivo de un acto dañoso.

45. Por otra parte –continúa LOWE–, esta argumentación tiene el mérito de considerar el trato de dos Estados con soberanía independiente cada uno como partes componentes de un Estado federal. Hay una disposición a considerar que existe un interés público internacional en el cual dos Estados tienen intereses comunes, cuestión contraria al atomismo propio de las relaciones internacionales, en que los Estados tienen claramente demarcada su soberanía y sus competencias en el territorio. Esto marca una tendencia que posteriormente será adoptada en el derecho ambiental, consistente en la ruptura de la bidimensionalidad clásica de “territorio estatal”, hacia una noción trascendente de “espacio medioambiental”. En este caso, la frontera nacional se caracteriza como una línea que delimita los ámbitos de vigilancia estatal, entendida como un deber frente a los vecinos y frente a la Comunidad Internacional.

46. En el caso en concreto, el argumento del daño transfronterizo no solo puede servir para determinar el ámbito de aplicación *ratione loci* de las obligaciones que pueden emanar del Derecho internacional del medio ambiente. Además, desde la perspectiva de la interacción entre el DIMA y el DIDH, el daño transfronterizo actúa para determinar la aplicación *ratione personae* de estas obligaciones, en la medida que un proyecto o actividad desarrollado en un Estado determinado de la zona de aplicación del Convenio para la Protección y el Desarrollo Del Medio Marino en La Región Del Gran Caribe (en adelante e indistintamente “el Convenio de Cartagena” o “el Convenio Mar Caribe”) no solo tiene la capacidad de generar un daño significativo al territorio de otro Estado, sino que además, puede tener la capacidad de menoscabar o incluso impedir el goce y libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como el derecho a la vida o a la integridad personal de los artículos 4 y 5 de la CADH, sino que además puede impedir el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en aquellos casos en que se vea limitado indebidamente el acceso a la información ambiental proveniente de dichos proyectos o actividades.

47. Desde un punto de vista normativo, el desarrollo del moderno Derecho internacional del medio ambiente se produjo a partir de la década de 1960, producto de procesos legislativos en que se han visto envueltos organizaciones internacionales, conferencias diplomáticas, procesos de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, tribunales internacionales, y una sutil interacción entre tratados, declaraciones no vinculantes o resoluciones de organizaciones internacionales, y normas

⁴⁰ United Nations, *Island of Palmas Case* (Netherlands, USA), Award of 4 April 1928, Reports of Arbitral Awards, Volume II, p 829 y ss.

consuetudinarias de Derecho internacional general,⁴¹ que forman el *corpus* normativo del Derecho internacional del medio, a la vez que informan las obligaciones de los Estados en esta materia.

b. Los instrumentos internacionales en materia de medio ambiente

48. Una segunda etapa del Derecho internacional del medio ambiente, según se señaló *supra*, consiste en la denominada “era moderna”, que comprende la época situada entre la Declaración de Estocolmo (1972) y la Declaración de Rio de Janeiro (1992). Este período se caracteriza por el cambio de paradigma en materia ambiental internacional, desde la idea del daño como causal de responsabilidad del Estado, hacia el reconocimiento del deber de prevención del daño transfronterizo, que hoy se reconoce expresamente como una norma consuetudinaria de Derecho internacional.

49. Como cuestión contextual, se puede señalar que la Declaración de Estocolmo estuvo fuertemente influenciada por el proceso de descolonización desarrollado durante la década de 1960, en el que se vieron enfrentadas las visiones conservacionistas del medio ambiente, frente a la idea del medio ambiente como equivalente a “recursos naturales” explotables para promover el desarrollo, especialmente de los países recientemente descolonizados. En esa línea, por ejemplo, encontramos la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1962, relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, en el que declara expresamente que su ejercicio debe realizarse “en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado”. Por el contrario, aunque se debe reconocer que tiene un componente de desarrollo relevante, la Declaración de Estocolmo constituye un punto de referencia en los esfuerzos de la sociedad internacional en materia de protección del medio ambiente,⁴² desde una perspectiva orientada hacia la tesis conservacionista. En efecto, el punto de partida de la Declaración lo constituye nuevamente el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, agregando la obligación “de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

50. Por último, la Declaración de Estocolmo tuvo el mérito de modificar la aproximación internacional hacia la protección del medio ambiente, desde una perspectiva bilateral hacia una perspectiva multilateral, desde un paradigma de “transboundary matters”, hacia uno de “governance of the commons”. Desde este punto de vista, los tratados suscritos con posterioridad a la Declaración de Estocolmo y hasta la Declaración de Rio más que duplicaron en cantidad a los tratados suscritos con anterioridad, aunque la estructura institucional para su implementación fue altamente descentralizada.⁴³ Dentro de este marco se suscribió, en 1983, el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio

⁴¹ BIRNIE, P.; BOYLE, A; REDGWELL, C.: *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 3rd Edition, 2009, p. 12.

⁴² VIÑUALES, J. (2015): “The Rio Declaration on Environment and Development. Preliminary Study, en VIÑUALES, J. (ed.): *The Rio Declaration on Environment and Development: A commentary*, Oxford University Press, p. 4.

⁴³ SAND, P. (2007): “The Evolution of International Environmental Law”, en BODANSKY, D.; BRUNÉE, J.; HEY, E.: *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, p. 35.

Marino en la Región del Mar Caribe, junto con el Protocolo Relativo a la Cooperación para Combatir los Derrames de Hidrocarburos en la Región del Gran Caribe.

51. Una etapa “post-moderna” puede ser reconocida a partir de la Declaración de Río de 1992, que a la vez significó un nuevo cambio de paradigma en el Derecho internacional del medio ambiente, a la vez que constituye probablemente el instrumento más representativo del *corpus* de normas derivada de tratados, leyes internas y decisiones relativas a nuestra relación con el medio ambiente.⁴⁴

52. En su concepción, la idea de desarrollo sostenible acuñada en el informe emitido por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo vino a reconciliar las consideraciones relativas al desarrollo económico y a la protección ambiental,⁴⁵ hasta ese momento en aparente contradicción. A pesar que a nivel jurisprudencial no se ha reconocido un carácter consuetudinario a este principio, se puede destacar la opinión separada del Juez Weeramanry a la sentencia relativa al caso *Gabcikovo/Nagymaros*, en la que defendió que el desarrollo sustentable o sostenible es parte del derecho internacional consuetudinario siendo, en consecuencia, de obligado cumplimiento para todos los Estados.⁴⁶ Otra perspectiva indica el uso del concepto de desarrollo sostenible como un elemento de interpretación de las disposiciones del Convenio de Cartagena y de la CADH, en tanto es un elemento incorporado de forma expresa con posterioridad a la entrada en vigor de ambos acuerdos, a pesar que, según veremos, los componentes social, económico y ambiental del concepto de desarrollo sostenible ya se encuentran implícitamente incorporados como parte del preámbulo del Convenio de Cartagena.

53. Por otra parte, la Declaración de Río confirmó en algunos aspectos determinados principios que ya se habían incorporado en la Declaración de Estocolmo,⁴⁷ a la vez que incorporó otros principios que no se encontraban mencionados en ésta.⁴⁸ En este último caso, surge el problema de identificar si determinados principios incorporados en la Declaración de Río (y no en Estocolmo) pueden o no ser considerados como normas consuetudinarias, como es el caso más notable del principio precautorio, sobre el que volveremos *infra*.

54. Esta consideración, en todo caso, es compatible con el postulado relativo a la

⁴⁴ VIÑUALES, J. (2015): “The Rio Declaration on Environment and Development. Preliminary Study, en VIÑUALES, J. (ed.): *The Rio Declaration on Environment and Development: A commentary*, Oxford University Press, p. 2

⁴⁵ Corte Internacional de Justicia, *Gabcikovo/Nagymaros Project* (Hungary v Slovakia), sentencia de 25 de septiembre de 1997.

⁴⁶ Corte Internacional de Justicia, *Gabcikovo/Nagymaros Project* (Hungary v Slovakia), sentencia de 25 de septiembre de 1997, Opinión Separada del Juez Weeramanry.

⁴⁷ Entre ellos se pueden mencionar los principios preventivos (N° 2), principio de cooperación (N°s 7, 9, 12, 14 y 27), promulgación de leyes eficaces sobre el medio ambiente (N° 11), responsabilidad por daño ambiental (N° 13), y ciertos derechos humanos, como el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (N° 1), y los derechos de participación, acceso a la información ambiental y de acceso a la justicia ambiental (N° 10) como pilares de la denominada “democracia ambiental”.

⁴⁸ Por ejemplo, los principios de responsabilidades comunes pero diferenciadas (N° 7), precautorio (N° 15), quien contamina paga (N° 16), evaluación de impacto ambiental (N° 17), notificación en caso de emergencias (N° 18), notificación y consultas en caso de riesgos ambientales transfronterizos (N° 19), y de solución pacífica de controversias (N° 20).

interpretación de ambos tratados a la luz del sistema jurídico en vigor, como lo dispone la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que significa que debe tener presente conceptos, principios o enfoques no considerados previamente en su concepción, tales como el ya mencionado de desarrollo sostenible, el principio o enfoque precautorio que analizaremos *infra*, y los principios derivados de la idea de democracia ambiental, como son los de acceso a la información ambiental, participación y acceso a la justicia ambiental, como derechos derivados de la propia normativa ambiental.

C. Obligaciones sustantivas derivadas del DIMA aplicables a este caso

a. Obligación de cooperar por parte de los Estados afectados

55. El principio de cooperación de buena fe en las relaciones entre Estados ha sido reconocido como un principio general del Derecho internacional, reafirmado en diversos tratados, en la jurisprudencia de tribunales internacionales, y en los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Además, en el Derecho internacional del medio ambiente es una expresión del propio principio preventivo, reflejado en diversos tratados e instrumentos, apoyado a su vez por abundante práctica estatal, especialmente en relación con actividades ultra peligrosas y en materia de emergencias ambientales.⁴⁹ En el caso de la Convención de Caracas, el principio de cooperación se manifiesta en diversos ámbitos, tales como en la elaboración y adopción de protocolos u otros acuerdos para la aplicación efectiva del Convenio (Artículo 4.3), en caso de emergencias en materia de contaminación que se produzcan en la zona de aplicación del Convenio (Artículo 11.1), en materia científica y técnica (Artículo 13), y en materia de adopción de normas y procedimientos respecto de la responsabilidad y la indemnización por los daños resultantes de la contaminación de la zona de aplicación del Convenio (Artículo 14). Desde el punto de vista de los instrumentos de soft-law, el principio de cooperación se encuentra reconocido en el principio 24 de la Declaración de Estocolmo, en términos tales que

“Todos los países, [...] 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”.

A su vez, el principio 27 de la Declaración de Río de 1992 señala que

“Los Estados y los pueblos deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible”.

56. La obligación general de cooperación en el Derecho internacional se puede traducir en compromisos específicos vinculados al medio ambiente, como puede ser en

⁴⁹ SANDS, P.; PEEL, J. (2012): *Principles of International Environmental Law*, 3rd Edition, Cambridge University Press, p. 203.

materia de evaluación de impacto ambiental, reglas relativas a deberes de intercambio de información relativa a determinados proyectos o actividades, tanto desde la etapa de construcción como durante su etapa de operación y cierre, en materia de intercambio de información en caso de emergencias ambientales, y cumplimiento transfronterizo de estándares ambientales, entre otros.

57. Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, es un principio transversal a las restantes obligaciones derivadas del Derecho internacional del medio ambiente, ya provenga de mecanismos convencionales o de normas consuetudinarias. Como ha puesto de relieve la Corte Internacional de Justicia, es a través de la cooperación que los Estados interesados pueden manejar, de forma conjunta, los riesgos de posibles daños ambientales que puedan generarse de actividades o proyectos desarrollados en los territorios de uno o de otros, de forma de impedir el daño en cuestión.⁵⁰ Por su parte, el Tribunal de Derecho del Mar identificó el deber de cooperación como un principio fundamental para la prevención de la polución del medio ambiente marino bajo el amparo de la Parte XII de la CONVEMAR, así como también del Derecho internacional general. Con ello, el ITLOS consideró que el deber de cooperación constituye una obligación *erga omnes* en materia de Derecho internacional del Medio Ambiente, más allá de las obligaciones convencionales, e incluso más allá de la necesidad de preservar los derechos de las partes, dado que el fundamento se sitúa en la necesidad de preservar el medio marino, en los términos del artículo 290 de la CONVEMAR.⁵¹

b. El deber de debida diligencia como deber general del Estado

58. En general, el concepto de debida diligencia en el marco del Derecho internacional encuentra su sustento en la responsabilidad que puede tener un Estado frente a una obligación de conducta, en términos tales que frente a la ocurrencia de determinadas situaciones, se debe analizar su actuación para evitar que se produzca el daño. Nace al amparo del propio concepto de soberanía, en términos tales que junto con las facultades que tiene el Estado en su territorio, se reconoce la obligación correlativa de proteger la seguridad de otros Estados, así como también de los sujetos sometidos a su jurisdicción. Bajo esta consideración general, el deber del Estado de actuar con debida diligencia ha sido un concepto cuyo contenido ha sido determinado por el Derecho internacional, y que ha sido utilizado en los diversos ámbitos de actuación del mismo, tanto desde la esfera del Derecho internacional humanitario, en el DIDH, en el Derecho del Mar, en el DIMA, entre otras áreas.

59. En el ámbito de los derechos humanos, el deber de debida diligencia ha sido abordado en los tratados más relevantes, especialmente cuando se refieren a derechos económicos, sociales y culturales en los cuales los Estados se comprometen a adoptar

⁵⁰ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, párrafo 77.

⁵¹ ITLOS, *MOX Plant Case*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, párrafo 81.

“todas las medidas apropiadas” tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos correspondientes. Sin embargo, también se corresponde, tal como lo ha sostenido esta Corte, para los casos de Derechos civiles y políticos, expresado en el deber de debida diligencia para prevenir la violación de los derechos humanos, o en su caso para cumplir las obligaciones de investigar, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas⁵².

60. En el caso del Derecho internacional del medio ambiente, el concepto de debida diligencia ha tenido mayor desarrollo en la práctica de los Estados durante la segunda mitad del siglo XX. Dentro de este desarrollo, se puede sostener que existe acuerdo prácticamente unánime relativo a que la prevención del daño ambiental es una obligación de debida diligencia,⁵³ sin que ello signifique necesariamente que el daño se vaya a producir. Lo relevante del caso es que el Estado debe haber adoptado todas las medidas razonables y necesarias para evitar que se produzca el daño ambiental, como por ejemplo podría ser una evaluación de impacto ambiental. Así, en caso que se produzca un daño al medio marino en la Región del Mar Caribe, el Estado puede incurrir en el responsabilidad en la medida que no haya actuado con debida diligencia en el cumplimiento de la normativa ambiental, como puede ser el caso de la exigencia de una evaluación de impacto ambiental que tenga como objetivo prever y, en su caso, mitigar o compensar los potenciales daños que la actividad produzca. Además, puede incurrir en responsabilidad internacional cuando este daño afecta los derechos humanos protegidos por la CADH.

61. Para que el deber del Estado de actuar con debida diligencia se vea cumplido desde la perspectiva del Derecho internacional del medio ambiente, a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos –según veremos–, es necesario dar cumplimiento con los principios preventivo y precautorio, ambos reconocidos en el Derecho internacional del Medio Ambiente. Tal como lo ha señalado el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, el contenido del deber de debida diligencia es un concepto variable que puede cambiar a través del tiempo, en términos tales que una medida considerada suficiente en un momento determinado puede derivar en medidas que en otro tiempo no lo sean, de acuerdo a un nuevo conocimiento científico o tecnológico, o en relación con los riesgos involucrados en la actividad o proyecto.⁵⁴ Siguiendo el razonamiento de este Tribunal en materia de las responsabilidades del Estado que patrocina la prospección o exploración de los fondos marinos u oceánicos más allá de su jurisdicción, puede sostenerse que el deber de debida diligencia involucra, además, la obligación directa de conducir una evaluación de impacto ambiental en ciertos casos, así como también adoptar un enfoque precautorio al momento de adoptar decisiones relativas a autorizaciones de operación de proyectos, obras o actividades determinadas.⁵⁵

⁵² Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 172, *Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 182, entre otros.

⁵³ FITZMAURICE, M.: (2007): “International Responsibility and Liability”, en BODANSKY, D. et. al.: *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, p. 1014.

⁵⁴ ITLOS, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), February 1st, 2011, párrafo 117.

⁵⁵ *Ibidem.*, párrafo 122

62. Además, y siguiendo el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las Papeleras sobre el Río Uruguay, el propio principio preventivo tiene su origen en el deber de debida diligencia.⁵⁶ A mayor abundamiento, la dimensión preventiva en relación al medio ambiente se ha entendido cada vez más como un deber de debida diligencia, sin importar que se trate de actividades que sean capaces de provocar daño transfronterizo o si bien son actividades puramente domésticas.⁵⁷ A mayor abundamiento, agregó que para dar cumplimiento a la obligación de debida diligencia al impedir un daño ambiental transfronterizo, un Estado debe, antes de llevar a cabo una actividad que tenga el potencial de afectar de forma adversa el medio ambiente de otro Estado, determinar si existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, que pueda gatillar el requisito de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental.⁵⁸ En el caso *sub lite*, quiere significar que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para proteger la vida, integridad personal y la salud de la población existente en la zona de influencia de las actividades que vayan a desarrollarse en el Mar Caribe,⁵⁹ lo que involucra no solo identificar un estándar relativo al sistema de autorizaciones previo, sino que además, un estándar relativo a formas de monitoreo permanente una vez que se encuentra en funcionamiento el proyecto o actividad de que se trate.

63. De esta forma, se puede sostener que los principios preventivo y precautorio informan el deber de debida diligencia en el Derecho internacional del medio ambiente, que supone que el Estado –incluidos sus jueces– asumen en relación con la protección del medio ambiente.

c. Principio preventivo y precautorio en el marco de las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz del DIMA

64. Desde el punto de vista del Derecho internacional, los principios preventivo y precautorio han sido considerados como estructurales en materia de medio ambiente. En el caso del primero, su enunciado parte de la premisa relativa a que el Estado tiene la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional (Principio N° 2 de la Declaración de Río). La Corte Internacional de Justicia, por su parte, lo reconoció como parte del *corpus* del derecho internacional relativo al medio ambiente en la Opinión Consultiva relativa al uso de armas

⁵⁶ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010.

⁵⁷ VIÑUALES, J. (2015): “The Rio Declaration on Environment and Development. Preliminary Study, en VIÑUALES, J. (ed.): *The Rio Declaration on Environment and Development: A commentary*, Oxford University Press, p. 23

⁵⁸ Corte Internacional de Justicia, *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica V. Nicaragua) Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua V. Costa Rica)*. Sentencia de 16 de diciembre de 2015, para 104.

⁵⁹ Siguiendo en este sentido el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, párrafos 101 y 197.

nucleares de 1996.⁶⁰

65. A su vez, desde el derecho interno, el principio preventivo tiene el alcance hacia el territorio del Estado, en términos tales que el Estado tiene la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no dañen el medio ambiente ni la salud de la población. De esta forma, contiene un mandato para adoptar las medidas necesarias relativas a la identificación de los riesgos que un proyecto o actividad puede generar en la salud humana o en el medio ambiente, para adoptar las medidas de mitigación o compensación en su caso.

66. El principio preventivo ha fundamentado las legislaciones ambientales en prácticamente todo el mundo, especialmente en materia de instrumentos de gestión ambiental. En este sentido, cobra relevancia para el caso concreto la necesidad de elaborar una evaluación de impacto ambiental, según se ha señalado *supra*.

67. Por su parte, el principio precautorio⁶¹ se encuentra proclamado en el Principio 15 de la Declaración de Río. Como se sabe, el principio precautorio –a diferencia del principio preventivo– contiene un mandato para adoptar decisiones frente a escenarios de incertidumbre científica, cuestión que puede ocurrir ya sea por la novedad de la acción (entendida como proyecto, actividad o tecnología), por la complejidad de las variables que la componen, por una controversia sobre los datos existentes o sobre la falta de algunos datos pertinentes⁶². De esta forma, el principio de precaución ayuda a determinar cuándo un riesgo es suficientemente predecible y serio para requerir una respuesta, sin importar la existencia de pruebas concluyentes⁶³, entendiéndose que no siempre se puede basar en la certidumbre científica para determinar medidas de intervención sobre el medio ambiente, y que las consecuencias de no adoptar medidas preventivas con bastante antelación pueden ser irreversibles. En consecuencia, se puede señalar que el principio precautorio contiene cuatro grandes elementos o dimensiones: 1) una amenaza; 2) falta de certeza, en cuyo caso; 3) algún tipo de acción; 4) es obligatoria.

68. Las preguntas que surge a partir de la constatación de la existencia de una amenaza y falta de certeza respecto de la actividad desarrollada entonces, son: 1. ¿Hasta qué punto el juez internacional tiene facultades para determinar el incumplimiento de una obligación derivada de la CADH a la luz del Derecho internacional del medio ambiente, a la luz del principio precautorio? 2. ¿Qué acciones o decisiones puede adoptar la Corte en aplicación del principio de precaución?

⁶⁰ Corte Internacional de Justicia, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, párrafo 29.

⁶¹ Se hace presente que existe controversia respecto a si la precaución debe ser considerado un enfoque o un principio. Sin embargo, para los efectos de esta presentación, la expresión enfoque o principio se utilizarán de forma sinónima, sin prejuzgar una posición definida en este sentido.

⁶² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Documento COM(2000) 1, p. 15.

⁶³ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; REDGWELL, C. (2009): *International Law and the Environment*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, p. 164.

i. Principio precautorio: ¿Norma consuetudinaria de Derecho internacional?

69. Una respuesta coherente a estas interrogantes debe tener como punto de partida el alcance que tiene en el Derecho internacional el enfoque precautorio. Como se sabe, el principio 15 de la Declaración de Río establece que

“Con 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 adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

70. En relación con la primera de las preguntas, se debe abordar el debate relativo a si el principio precautorio puede ser considerado como una norma consuetudinaria de derecho internacional o no. En este sentido cabe señalar, como cuestión general, que salvo en el caso de la Corte Internacional de Justicia –que es una instancia de jurisdicción general-,⁶⁴ la inexistencia de un tribunal internacional vinculado a tratados de tipo ambiental ha hecho que los conflictos de esta naturaleza hayan sido abordados desde la óptica del tratado que deben interpretar y aplicar. Así, por ejemplo, en los casos del Tribunal de Derecho del Mar, los conflictos ambientales deben formularse desde la óptica de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, mientras que en el caso del recurso al Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, desde la noción de “acuerdos abarcados” previsto en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. A ello cabe agregar que son escasos los tratados internacionales ambientales que contemplan recursos a medios jurisdiccionales de solución de controversias.

71. De esta manera, la invocación del principio de precaución se ha hecho en ciertos casos en función del tratado –cuando éste es parte del marco de jurisdicción del tribunal internacional-, o como norma consuetudinaria de derecho internacional general, cuando su aplicación se intenta justificar más allá del derecho de los tratados, o bien cuando se intenta interpretar la disposición de un tratado teniendo en cuenta “toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable entre las partes”.⁶⁵

72. Según se sabe, en el Derecho internacional del medio ambiente se pueden identificar algunas normas consuetudinarias generales, tales como la soberanía permanente sobre los recursos naturales, el principio de prevención de daños transfronterizos, y la obligación de llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental en ciertos casos.⁶⁶ Quienes defienden el principio de precaución como una norma consuetudinaria,⁶⁷ lo circunscriben como una cuarta norma de esta naturaleza, situando el principio como una regla

⁶⁴ Y en el caso de los tribunales arbitrales que se forman como mecanismo de solución de controversias respecto de materias ambientales.

⁶⁵ Artículo 31.3 letra c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁶⁶ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010., párrafo 203 y ss.

⁶⁷ Véase, entre otros MCINTYRE, O; MOSEDALE, T. (1997): “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 9 N° 2, p. 221; CAMERON, J; ABOUCHAR, J. (1991): “The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of Global Environment”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 14 Issue 1, especialmente p. 19 y ss.

fundacional del derecho internacional del medio ambiente, o una norma a través de la cual deben ser interpretadas otras normas o directrices, y por la cual –salvo objeto persistente–, todos los Estados se encuentran obligados.⁶⁸ Sin embargo, ningún tribunal ha estado dispuesto a pronunciarse en el sentido que el principio de precaución tenga el carácter de derecho internacional consuetudinario, aunque tampoco han querido afirmar que no lo tiene. Siguiendo en este punto a FOSTER, se puede señalar que los tribunales internacionales pueden ser receptivos frente al principio de precaución sin tener que determinar si se trata de una norma obligatoria en el derecho internacional.⁶⁹

73. Con todo, se pueden identificar en la actualidad un conjunto de opiniones individuales que podrían cristalizarse en una opinión mayoritaria,⁷⁰ y que defienden el carácter consuetudinario del principio precautorio. Entre las opiniones mayoritarias y minoritarias se pueden desprender algunos conceptos claves relativos al principio de precaución, tales como su relación con el estándar de prueba exigible en materia ambiental, como principio de interpretación de normas convencionales, su vinculación con el deber de debida diligencia y, en consecuencia, con el principio de prevención.

74. De esta forma, en lo sucesivo veremos cómo ha sido tratado el principio de precaución, especialmente en los casos que han sido conocidos por la Corte Internacional de Justicia y por el Tribunal de Derecho del Mar. La cuestión también ha sido debatida en el seno del mecanismo de solución de diferencias de la OMC en materia de seguridad alimentaria.⁷¹ Sin embargo, en ambas ocasiones, tanto el Órgano de Apelación como un Grupo Especial, han señalado que “[d]ado que la naturaleza jurídica del principio de precaución o cautela sigue sin determinarse, [...] consideramos que la prudencia aconseja que no tratemos de resolver esta compleja cuestión, especialmente si no es necesario hacerlo”.⁷²

75. En el asunto *Gabcikovo – Nagymaros*, Hungría sostenía que la obligación relativa a no causar daño en el territorio de otro Estado había evolucionado hacia una obligación *erga omnes* de prevención del daño, de conformidad con el principio de precaución.⁷³ La Corte, sin embargo, no consideró este argumento, limitándose a señalar que ambas partes estaban de acuerdo en la necesidad de tomar las preocupaciones ambientales de forma

⁶⁸ Véase en este sentido PEDERSEN, O.: (2014): “From Abundance to Indeterminacy: The Precautionary Principle and its Two Camps of Custom”, *Transnational Environmental Law*, Vol. 3 N° 2, p. 323 y ss.

⁶⁹ FOSTER, C. (2012): “Adjudication, Arbitration and the Turn to Public Law ‘Standards of Review’: Putting the Precautionary Principle in the Crucible”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3 N° 3, p. 534.

⁷⁰ SANDS, P. (2002): “Los Tribunales Internacionales y el Principio de Precaución”, en AA.VV.: *La precaución, de Río a Johannesburgo. Actas de la Mesa Redonda de la Geneva Environment Network* (Ginebra, Naciones Unidas para el Medio Ambiente), p. 36.

⁷¹ Véase entre muchos otros, FOSTER, C. (2009): “Precaution, Scientific Development and Scientific Uncertainty under the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Vol. 18, N° 1, p. 50 y ss.

⁷² Véase Organización Mundial de Comercio, *Comunidades Europeas – Medidas que Afectan a la Carne y Productos Cárnicos (Hormonas)* (WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 16 de enero de 1998; *Comunidades Europeas – Productos biotecnológicos* (WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R), párrafo 7.89.

⁷³ Corte Internacional de Justicia, *Gabcikovo/Nagymaros Project* (Hungary v Slovakia), sentencia de 25 de septiembre de 1997, párrafo 97.

sería, y de adoptar las *medidas precautorias* adecuadas, aunque discuten las consecuencias que tiene para el proyecto.⁷⁴

76. Por su parte, en el *asunto de las Papeleras en el río Uruguay* se volvió sobre la cuestión de si la jurisdicción relativa a la interpretación y aplicación de un tratado internacional incluye las obligaciones de las partes bajo las disposiciones de otros tratados internacionales y del derecho internacional general, así como el rol que tendrían en un caso concreto. Al respecto, la CIJ consideró que el principio de precaución podía constituir un elemento relevante para la interpretación y aplicación del Estatuto sobre el Río Uruguay, sin especificar en qué medida lo sería en el caso concreto, así como tampoco su justificación.

77. Por su parte, en el caso del Tribunal Internacional de Derecho del Mar (en adelante "ITLOS"), su competencia es más restringida que la de la CIJ, en tanto conoce de las controversias que le sean sometidas de conformidad con la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, o de otros acuerdos que le confieran competencia.⁷⁵ A su vez, para resolver las controversias debe recurrir a la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (en adelante "CONVEMAR") "y a las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella".⁷⁶

78. Así, el ITLOS ha sido requerido en tres ocasiones para decretar medidas provisionales invocando el principio precautorio. Además, se ha referido en las dos ocasiones en que se le han requerido opiniones consultivas.⁷⁷ En ambas opiniones consultivas, el análisis del principio de precaución se hizo a partir de textos expresos en acuerdos específicos.

79. En materia de medidas provisionales, el primero de los casos fue el de la conservación del Atún de Aleta Azul del Sur, requerimientos de medidas provisionales de Australia y de Nueva Zelanda. En dicho caso, se pidió que el tribunal decretara, entre otras cosas, que las partes actuaran consistentemente con el principio de precaución en la pesca del atún de aleta azul mientras se resuelve el fondo de la cuestión.⁷⁸ El segundo se produjo en el asunto *MOX Plant*, en el cual Irlanda solicitó al Tribunal, entre otras cosas, que el Reino Unido suspendiera la autorización de la Planta de MOX, argumentando que por efecto del principio de precaución, el Reino Unido debía demostrar que las descargas y otras consecuencias de la operación de la Planta de MOX no generarán un daño al medio ambiente. Desde un punto de vista procedimental –de acuerdo a la argumentación irlandesa–, el principio de precaución puede informar la evaluación de la urgencia de las medidas provisionales que vayan a adoptarse en relación con la operación de la planta de MOX.⁷⁹ Por último, en el asunto del *Estrecho de Johor*, Malasia argumentó que Singapur

⁷⁴ Corte Internacional de Justicia, *Gabcikovo/Nagymaros Project* (Hungary v Slovakia), sentencia de 25 de septiembre de 1997, párrafo 113.

⁷⁵ Artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Derecho del Mar.

⁷⁶ Artículo 293 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

⁷⁷ ITLOS, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion of February 1st, 2011; ITLOS: *Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission* (SRFC), Advisory Opinion, 2 April 2015.

⁷⁸ ITLOS, *Southern Bluefish Tuna Cases*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, párrafos 31.3 y 32.3.

⁷⁹ ITLOS, *MOX Plant Case*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, párrafo 71.

había vulnerado diversas normas de la CONVEMAR, además del principio de precaución, “which under international law must direct any party in the application and implementation of those obligations”.⁸⁰

80. Una de las cuestiones a determinar por el ITLOS fue hasta qué punto el principio de precaución informa el sentido de urgencia que debe existir para justificar su imposición bajo las normas de la CONVEMAR. En este sentido, en el asunto *Southern Bluefish Tuna*, el ITLOS consideró que las partes deben actuar con “prudencia y cautela” para asegurar la adopción de medidas efectivas de conservación, para impedir daños graves al stock del atún de aleta azul.⁸¹ Consideró además que no hay certeza científica relativa a las medidas a adoptar para la conservación de dicha especie, así como tampoco acuerdo en relación con el efecto de las medidas de conservación.⁸² Además, a pesar que el Tribunal no puede hacer una evaluación concluyente de la prueba presentada, considera que las medidas provisionales deben ser adoptadas como una cuestión de urgencia para preservar los derechos de las partes, y para evitar mayores deterioros del stock del atún de aleta azul.⁸³ En este sentido, se puede señalar que, a pesar que el ITLOS evitó usar las palabras “principio” o “enfoque”, la referencia a la falta de certeza científica como elemento principal del principio de precaución permite señalar que fue el caso en el que el ITLOS estuvo más cerca de aplicar dicho principio, tal como ha sido reconocido en diversas opiniones separadas a dicho asunto y en el asunto *MOX Plant*, así como también en la Opinión Consultiva relativa a las actividades en la zona.⁸⁴

81. En el asunto *Mox Plant*, reiteró que la “prudencia y cautela” exigen que las partes cooperen intercambiando información relativa a los riesgos y efectos de la operación de la planta de MOX e ideando mecanismos para gestionar dichos riesgos y efectos.⁸⁵ Por último, en el asunto del *Estrecho de Johor*, el ITLOS reiteró que, dadas las posibles implicaciones de la reclamación en el medio marino, “prudencia y cautela” exigen que Malasia y Singapur establezcan mecanismos para intercambiar información y evaluar los riesgos y efectos de los trabajos de recuperación de tierras, e ideando mecanismos para gestionar dichos riesgos.⁸⁶ Con ello, se puede sostener que se ha asentado la doctrina relativa a que la satisfacción del requisito de urgencia para la adopción de medidas provisionales se encuentra implícito cuando se sostiene que la protección de los derechos de las partes o del medio marino se hace necesario por el principio/enfoque precautorio.⁸⁷

82. A pesar que en los dos primeros casos, Australia y Nueva Zelanda, por una parte,

⁸⁰ ITLOS, *Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003, párrafo 74.

⁸¹ ITLOS, *Southern Bluefish Tuna Cases*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, párrafo 77.

⁸² ITLOS, *Southern Bluefish Tuna Cases*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, párrafo 79.

⁸³ ITLOS, *Southern Bluefish Tuna Cases*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, párrafo 80.

⁸⁴ ITLOS, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), February 1st, 2011, párrafo 132.

⁸⁵ ITLOS, *MOX Plant Case*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, párrafos 82 a 84.

⁸⁶ ITLOS, *Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003, párrafo 99.

⁸⁷ En este sentido KWIATKOWSKA, B. (2003): “The *Ireland v United Kingdom (Mox Plant) Case*: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 18 N° 1, p. 40.

e Irlanda por otra parte, han esgrimido el argumento relativo a que el principio de precaución constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional general, el ITLOS ha sido extremadamente prudente en su análisis. Sin embargo, el reconocimiento del deber de cooperación relativo al medio ambiente marino en los casos *MOX Plant* y del *Estrecho de Johor* se encuentran estrechamente conectados con el principio de precaución.⁸⁸

83. En la Opinión Consultiva relativa a las actividades desarrolladas en “la zona”, el ITLOS analizó, dentro del marco de la debida diligencia, ciertas obligaciones directas, tales como: 1) la obligación de asistir a la Autoridad [de los Fondos Marinos y Oceánicos] en el control que debe ejercer sobre las actividades en la zona; 2) *Aplicar un enfoque precautorio*; 3) La obligación de aplicar las mejores prácticas ambientales; 4) La obligación de adoptar medidas para asegurar la adopción de garantías en caso de una orden de emergencia por parte de la Autoridad, tendiente a la protección del medio ambiente marino; 5) La obligación de asegurar la disponibilidad de recursos para compensar los daños causados por polución, y; 6) La obligación de desarrollar una evaluación de impacto ambiental.⁸⁹

84. En el caso del principio de precaución, tanto la regulación relativa a nódulos polimetálicos como la de sulfuros, pertinentes al análisis del caso, contienen disposiciones específicas relativas a la aplicación del principio de precaución, en los términos del Principio 15 de la Declaración de Rio, por lo que dicha disposición pasa a ser vinculante para los Estados patrocinantes de actividades en “la zona”, en términos tales que la implementación del enfoque precautorio de la forma en que está definida en dichas regulaciones es una de sus obligaciones.⁹⁰ Sin embargo, el ITLOS abordó dos cuestiones pendientes de la constatación anterior. La primera, es que las regulaciones sobre sulfuros y nódulos polimetálicos se encuentran limitadas a los procesos de prospección y exploración, mas no de explotación. De esta forma, la pregunta de si existe una obligación de implementar el principio de precaución en este último aspecto sigue abierta. La segunda cuestión, radica en el hecho que el Principio 15 de la Declaración de Rio de 1992 contempla el enfoque precautorio “conforme a las capacidades” de los Estados, por lo que introduce la posibilidad de introducir diferencias en su aplicación según el grado de desarrollo.

85. En respuesta a estas interrogantes, el ITLOS reconoce que el principio de precaución constituye parte integrante del deber de debida diligencia de los Estados patrocinantes, por lo que es aplicable incluso fuera del ámbito de las regulaciones relativas a sulfuros y nódulos polimetálicos, y se aplica en aquellos casos en que la evidencia científica relativa al ámbito e impactos negativos de la actividad en cuestión sean

⁸⁸ ORREGO, F. (2007): “The International Tribunal of the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 22 N° 3, p. 458.

⁸⁹ ITLOS, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), February 1st, 2011, párrafos 121 y 122.

⁹⁰ ITLOS, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), February 1st, 2011, párrafo 127.

insuficientes, pero que haya indicios plausibles de potenciales riesgos.⁹¹ Agregó que el enfoque de precaución había sido incorporado a un creciente número de tratados y otros instrumentos en los términos del Principio 15 de la Declaración de Río, por lo que consideró que había iniciado una tendencia hacia hacer de este enfoque una norma consuetudinaria de derecho internacional.⁹² De esta forma, aun cuando ningún tribunal internacional ha reconocido su carácter consuetudinario, ésta ha sido la ocasión en que más cerca ha estado un tribunal internacional de un reconocimiento de esta naturaleza.

ii. El principio precautorio como norma de interpretación de las disposiciones de la CADH

86. Otra dimensión del principio precautorio radica en la determinación como elemento de interpretación normativa. Con carácter general, no resulta complejo explicar la precaución como un principio general de derecho, que si bien puede no estar creado necesariamente para ser una regla jurídica, puede ejercer una influencia relevante en materia de interpretación, aplicación y desarrollo de otras reglas de derecho, de la misma manera que pueden hacerlo otros principios ambientales, como por ejemplo el de desarrollo sostenible.

87. En efecto, y siguiendo la jurisprudencia internacional, el principio precautorio puede servir como elemento de interpretación de otras normas del ordenamiento jurídico, tanto a nivel de tratados como a nivel de normas internas. Así, en el Asunto de las *Papeleras sobre el Río Uruguay*, la Corte Internacional de Justicia señaló que el principio precautorio puede servir para interpretar el Estatuto del año 1975.⁹³ En los mismos términos, puede servir para interpretar las disposiciones del Convenio de Cartagena y de la CADH a la luz de las normas del DIMA.

iii. El principio precautorio como límite a la actuación del Estado

88. En relación con la segunda de las cuestiones, esto es, que acciones o decisiones puede adoptar la Corte en caso de interpretar la CADH a la luz del principio precautorio, tiene que ver con los límites de actuación de un tribunal internacional frente a la actuación de un Estado.

89. El punto de partida consiste en el hecho que las decisiones administrativas adoptadas sobre la base del principio de precaución por parte de un Estado pueden ser revisadas judicialmente. Sin embargo, en el caso de la revisión por parte de tribunales internacionales puede ser un asunto más complejo. Un buen ejemplo de ello se puede encontrar en el asunto *Indus Water Kishenganga* (Pakistán v. India) de la Corte Permanente de Arbitraje. Dicho caso consistía en un proyecto de construcción de una central

⁹¹ ITLOS, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), February 1st, 2011, párrafo 131.

⁹² ITLOS, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), February 1st, 2011, párrafo 135.

⁹³ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14.

hidroeléctrica en el *Río Kishenganga/Neelum*, en posible contravención a un acuerdo firmado entre ambos el año 1960, relativo al uso de las aguas del denominado *Indus System of Rivers*, dentro del cual se encuentra el Kishenganga/Neelum. En la argumentación Pakistani se alegaba que, entre otras obligaciones de India, se encontraba la de aplicar un enfoque precautorio a sus actividades, en línea con la Declaración de Río de 1992, particularmente en relación con el ambiente que se encuentra bajo el dique de contención.⁹⁴ La respuesta de India, por su parte, se situó en dos líneas distintas: 1) La primera, consistente en discutir su carácter de norma consuetudinaria, entre otras razones porque algunos países importantes han discutido fuertemente este carácter consuetudinario, y además; 2) Porque no es aplicable al caso, debido a sus diversos significados posibles.⁹⁵

90. Los árbitros no se pronunciaron, ni en el laudo parcial ni en el definitivo acerca de esta cuestión. Sin embargo, señalaron que “the Court does not consider it appropriate, and certainly not ‘necessary,’ for it to adopt a precautionary approach and assume the role of policymaker in determining the balance between acceptable environmental change and other priorities, or to permit environmental considerations to override the balance of other rights and obligations expressly identified in the Treaty—in particular the entitlement of India to divert the waters of a tributary of the Jhelum”.⁹⁶ Con ello, se le reconoce un amplio margen de discrecionalidad al Estado en el cual se ejecuta el proyecto o actividad en relación con la aplicación del principio de precaución.

91. Ahora bien, desde el punto de vista del proceso de toma de decisiones, ya sean administrativas o judiciales relativas al principio precautorio, desde la literatura se pueden identificar un conjunto de medidas, que en algunos casos tienen que ver con decisiones administrativas, y en otros pueden ser aplicadas por jueces en controversias ambientales. Así, estas medidas se suelen manifestar en: 1) La obligación para quien pretenda desarrollar una actividad económica de acreditar que dicha actividad no resultará en un daño ambiental; 2) una eventual obligación de los reguladores de suponer el peor de los escenarios al momento de evaluar las medidas a adoptar para el desarrollo del proyecto o actividad; 3) prohibir derechamente alguna actividad o proyecto, o; 4) exigir de dichos proyectos la adopción de las mejores tecnologías y medidas disponibles.

92. Como se puede apreciar, las alternativas 2 y 4 son típicamente decisiones de tipo políticas, que suelen estar amparadas por el principio de equilibrio institucional a nivel interno, o por la doctrina del margen de apreciación en el derecho internacional. Sin embargo, las medidas 1 y 3 pueden ser adoptadas por decisión judicial. En el caso *sub lite*, el principio precautorio en sentido amplio sirve para amparar decisiones adoptadas en el caso de incertidumbre respecto del propio proyecto o actividad a desarrollar, adoptando las medidas que estime pertinentes para determinar el tipo de actividad a que se refiere, así

⁹⁴ Corte Permanente de Arbitraje, *The Indus Waters Kishenganga Arbitration* (Pakistan v. India), Partial Award of 18 February 2013, párrafo 223.

⁹⁵ Corte Permanente de Arbitraje, *The Indus Waters Kishenganga Arbitration* (Pakistan v. India), Partial Award of 18 February 2013, párrafo 227.

⁹⁶ Corte Permanente de Arbitraje, *The Indus Waters Kishenganga Arbitration* (Pakistan v. India), Final Award of 20 December 2013, párrafo 112.

como las autorizaciones con las que deba operar. Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, se pueden destacar una serie de opiniones separadas a sentencias dictadas por el Tribunal de Derecho del Mar, la Corte Permanente de Arbitraje y la Corte Internacional de Justicia. En el primero de los Tribunales señalados, el juez Rüdiger Wolfrum reconoció que el principio de precaución tiene como efecto alterar la carga de la prueba. Así, señaló que en el caso que exista un interés en hacer o continuar una actividad debe probar que dicha actividad no va a resultar en un daño.⁹⁷ En la misma línea se pronunció el Juez Árbitro Gavan Griffith en su opinión disidente a la sentencia arbitral pronunciada por la Corte Permanente de Arbitraje en relación con las obligaciones del Convenio OSPAR.⁹⁸ Por último, en el asunto de las Papeleras sobre el Río Uruguay, el juez Greenwood aportó una visión diversa en relación con la aplicación del principio precautorio. En efecto, señaló que la naturaleza de los conflictos ambientales no incide sobre la alteración de la carga de la prueba, sino que sobre el standard probatorio.⁹⁹ En efecto, agregó que la aplicación de un alto estándar de prueba en materia ambiental puede tener un efecto de hacer casi imposible cumplir con la carga de la prueba del daño ambiental, en términos tales que el real efecto que puede atribuirse al principio 15 de la Declaración de Río, es la de rebajar el standard de prueba para quien deba acreditar el riesgo o el daño ambiental.¹⁰⁰

D. Obligaciones procedimentales aplicables al caso

93. Siguiendo la Declaración de Río de 1992, se pueden identificar de sus principios reconocidos aquellos de carácter sustantivo, como aquellos de carácter adjetivo o procedimental. Dentro de los primeros, podemos encontrar los principios preventivo (N° 2), de cooperación (N°s 7, 9, 12, 14 y 27), de responsabilidad por daño ambiental (N° 13), responsabilidades comunes pero diferenciadas (N° 7), precautorio (N° 15), quien contamina paga (N° 16), y ciertos derechos humanos, como el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (N° 1). Por su parte, como principios de tipo procedimental, se puede identificar los componentes de la denominada “democracia ambiental”, esto es, los derechos de participación, acceso a la información ambiental y de acceso a la justicia ambiental (N° 10), así como los principios de evaluación de impacto ambiental (N° 17), notificación en caso de emergencias (N° 18), notificación y consultas en caso de riesgos ambientales transfronterizos (N° 19), y de solución pacífica de controversias (N° 20).

94. A diferencia de los derechos ambientales sustantivos, consagrados principalmente en instrumentos de derechos humanos, los derechos ambientales procesales encuentran su fundamento en el derecho del medio ambiente. El punto de

⁹⁷ ITLOS, *MOX Plant Case*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, Separate Opinion of Judge Wolfrum.

⁹⁸ Corte Permanente de Arbitraje, *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention* (Ireland v. United Kingdom), Final Award, 2 July 2003, Dissenting Opinion of /Gavan Griffith QC, párrafo 72.

⁹⁹ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, Separate Opinion of Judge Greenwood, párrafo 26.

¹⁰⁰ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; REDGWELL, C. (2009): *International Law and the Environment*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, p. 154 y 157.

partida para la consagración de tales derechos es el principio 10 de la Declaración de Río de 1992 que los articula en torno a tres pilares fundamentales: derecho a la información, derecho a la participación y derecho al acceso a la justicia en materia medio ambiental, que veremos en esta sección, junto con la obligación de conducir una evaluación de impacto ambiental en casos determinados, y de notificación frente a determinados supuestos.

a. La obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental (EIA) en proyectos transfronterizos

95. La obligación que incumbe a los Estados de efectuar una evaluación de impacto ambiental respecto de actividades que resulten dañinas para el medio ambiente y con efectos transfronterizos emana del derecho internacional consuetudinario.¹⁰¹

96. Asimismo, los Estados deben cumplir con la obligación de cooperar internacionalmente, según ya se ha señalado. Como en otros supuestos, los Estados tienen la obligación de cooperar de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas y el conjunto de los tratados de derechos humanos.¹⁰² En materia de tratados aplicables en este caso, tanto la Convención sobre Diversidad Biológica (artículo 14) como el Convenio de Cartagena se refieren a la obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental. En este último caso, el artículo 12 del Convenio de Cartagena señala que

“1. En el marco de sus políticas de ordenación del medio, las Partes Contratantes se comprometen a elaborar directrices técnicas y de otra índole que sirvan de ayuda en la planificación de sus proyectos de desarrollo importantes, de manera que se prevenga o minimice su impacto nocivo en la zona de aplicación del Convenio.

2. Las Partes Contratantes evaluarán de acuerdo con sus posibilidades, o se asegurarán de que se evalúe, el posible impacto de tales proyectos sobre el medio marino, particularmente en las zonas costeras, a fin de que puedan adoptarse las medidas adecuadas para prevenir una contaminación considerable o cambios nocivos apreciables en la zona de aplicación del Convenio.

3. En lo que se refiere a las evaluaciones mencionadas en el párrafo 2, cada Parte Contratante, con asistencia de la Organización cuando se le solicite elaborará procedimientos para difundir información y podrá, cuando proceda, invitar a otras Partes Contratantes que puedan resultar afectadas a celebrar consultas con ella y a formular observaciones”.

97. La obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental en proyectos transfronterizos ha sido reconocida en derecho internacional por la Corte Internacional de Justicia. Precisamente, en el asunto *Trail Smelter* ya señalado *supra*, el Tribunal Arbitral se refirió a la protección del medio ambiente relativo a daños transfronterizos, cuestión que fue retomada en la Opinión Consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares (1996)*, en la cual la CIJ afirmó la relevancia de la protección del medio ambiente

¹⁰¹ BIRNIE, P.; BOYLE, A.; REDGWELL, C. (2009): *International Law and the Environment*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, p. 87; see also DUPUY, P.-M. (1991): “Overview of the Existing Customary Legal Regime Regarding International Pollution”, in MAGRAW, D. (ed.): *International Law and Pollution*, Philadelphia University Press, p. 61.

¹⁰² CRAIK, N. (2008): *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration*, Cambridge University Press.

en los siguientes términos:

“The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.”¹⁰³

98. La Corte Internacional de Justicia ha reafirmado la obligación de efectuar un estudio de impacto ambiental a los Estados en el *Caso de las Papeleras en el río Uruguay*

“podría considerarse hoy un requisito bajo el derecho internacional general llevar a cabo un estudio de impacto ambiental cuando existe un riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto extraterritorial, en particular, en un recurso compartido”.¹⁰⁴

99. En cuanto al contenido de dicha obligación, la CIJ se refirió a la misma en los siguientes términos:

“it is for each State to determine in its domestic legislation or in the authorization process for the project, the specific content of the environmental impact assessment required in each case, having regard to the nature and magnitude of the proposed development and its likely adverse impact on the environment as well as to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment”.¹⁰⁵

100. En los *Casos entre Costa Rica y Nicaragua relativos al Río San Juan (2015)* la CIJ tuvo la ocasión de referirse a la obligación procedimental de conducir un estudio de impacto ambiental concerniente a las actividades que puedan causar daño transfronterizo significativo, recordó que el principio de prevención como regla del derecho internacional consuetudinario:

“(…) tiene sus orígenes en la debida diligencia que se requiere del Estado en su territorio. Es la “obligación de todo Estado no permitir a sabiendas que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados” —Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania), méritos, fallo, ICJ Reports 1949, p. 22—. Por lo tanto, un Estado está obligado a usar todos los medios a su disposición para evitar que actividades que tienen lugar en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un daño significativo al medio ambiente de otro Estado —ICJ Reports 2010, (I), pp. 55-56, para. 101”.¹⁰⁶

101. La obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental encuentra su

¹⁰³ Corte Internacional de Justicia, *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Opinión Consultiva*, ICJ Reports 1996, (I), pp. 241-242, para. 29.

¹⁰⁴ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, párrafo 204.

¹⁰⁵ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, 205.

¹⁰⁶ Corte Internacional de Justicia, *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*. Sentencia de 16 de diciembre de 2015, para 104.

fundamento también en el derecho internacional de los derechos humanos. En las sentencias en el *caso del Pueblo Saramaka v. Surinam* de 28 de noviembre de 2007 y 12 de agosto del 2008, la Corte reiteró que el Estado tenía la obligación de consultar con el pueblo Saramaka, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, garantizando su derecho a ser efectivamente consultado sobre las medidas legislativas, administrativas o de otra índole, así como también la obligación de efectuar estudios previos de impacto social y ambiental y cualquier restricción a los derechos de propiedad, particularmente planes de desarrollo o inversión que les afecte.¹⁰⁷ En particular, la Corte exigió la realización de estudios previos de impacto social y ambiental (EISA), para poder obtener medidas objetivas de impacto sobre la tierra y las personas, y el conocimiento sobre los riesgos ambientales y de salubridad.¹⁰⁸

102. Más recientemente, en *Kaliña y Lokono v. Suriname* (2015), la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció los derechos de los pueblos indígenas a su derecho a la protección del medio ambiente, en el caso de la explotación de una mina de bauxita sin haberse realizado un proceso de consulta previa, libre e informada ni contar la existencia de un estudio de impacto ambiental y social.¹⁰⁹

b. Derecho de acceso a la información ambiental, derechos de participación y acceso a la justicia ambiental.

103. El principio de 10 de la Declaración de Rio establece 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 ofrecen 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 del público 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”.

104. Esta disposición contiene lo que se denominan los tres pilares de la democracia ambiental: esto es: i) la obligación de acceso a la información ambiental; ii) el principio de participación ciudadana en el tratamiento de las cuestiones ambientales, y; iii) el acceso a los procedimientos judiciales y administrativos de carácter ambiental. Aun cuando la Declaración no posee carácter vinculante (*soft law*), los tres pilares han sido desarrollados en el derecho internacional convencional a través de tratados específicos como el Convenio de Aarhus o tratados medioambientales generales. El Convenio de Aarhus regula de un modo preciso el derecho de acceder a la información medioambiental, de participar en la toma de decisiones y acceso a la justicia ambiental, lo que influyó fuertemente en las negociaciones que en la materia se han desarrollado durante los últimos años en América Latina, con el objetivo de incorporar los tres pilares del concepto de democracia ambiental en un convenio adaptado a la realidad latinoamericana tal como lo ha propuesto la

¹⁰⁷ Corte IDH, Caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam*, 28 de noviembre de 2007 y 12 de agosto del 2008

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Corte IDH, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of November 25, 2015.

CEPAL.¹¹⁰

105. La democracia ambiental, en sus tres componentes, puede ser considerada como uno de los conceptos claves en materia de Derecho internacional del medio ambiente, y como legitimador de la toma de decisiones de la autoridad ambiental del Estado. A la vez, sus tres pilares han tenido una influencia relevante en la interpretación de disposiciones de Derechos humanos, como ha sido el caso de la estrecha vinculación entre el derecho de acceso a la información y la libertad de expresión del artículo 13 de la CADH.¹¹¹ En este sentido, la Corte IDH ha declarado que el acceso a la información es un derecho humano. En el caso *Claude Reyes v. Chile*, los peticionarios alegaron que el Estado de Chile había violado el derecho a la libertad de expresión y el libre acceso a la información estatal cuando el Comité Chileno de Inversión Extranjera omitió divulgar información sobre un proyecto de deforestación. La Corte concluyó que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a “buscar, recibir e impartir” información y que “el acceso a la información pública es un requisito para el ejercicio mismo de la democracia”, lo mismo es aplicable, por extensión, a la información ambiental.¹¹²

106. Si bien es un principio incorporado en la Declaración de Río sin que previamente lo haya sido en Estocolmo, si tiene su antecedente previo en la *Carta Mundial de la Naturaleza*¹¹³, al menos en la dimensión relativa al principio de participación y en el acceso a los procedimientos judiciales y administrativos de carácter ambiental. En el caso del Convenio Mar Caribe, se debe tener presente que sus disposiciones no aluden a ninguna de estas cuestiones, salvo obligaciones menores de *transmisión de información* al Programa de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente –que hace las veces de Secretaría-, relativo a acuerdos que suscriban las partes para la protección del medio marino en la zona de aplicación del Convenio de Cartagena (Artículo 3), en el caso que la zona de aplicación del Convenio esté de peligro inminente de sufrir daño por contaminación (Artículo 11.2), así como de las medidas adoptadas para la aplicación del Convenio Mar Caribe (Artículo 22). También contiene obligaciones de *intercambio de información* relativas a la administración y ordenación de las zonas especialmente protegidas (Artículo 10), intercambio de datos e informaciones científicas relacionadas con los objetivos del Convenio (Artículo 13.1). Una tercera dimensión de las obligaciones contenidas en el Convenio de Cartagena, consiste en la elaboración de procedimientos de difusión de información cuando se lleve a cabo una evaluación de impacto ambiental de conformidad con el artículo 12.2 del mismo Convenio (artículo 12.3).

107. Esta falta de incorporación de normas relativas a la participación en el proceso de toma de decisiones, así como de acceso a la información ambiental y a procedimientos judiciales o administrativos de tipo ambiental refleja la visión dominante a la época de la entrada en vigor del Convenio, consistente en que estas cuestiones eran solo de dominio del

¹¹⁰ CEPAL. Negociaciones para la adopción de un tratado relativo al Principio 10. <http://www.cepal.org/en/principio-10>

¹¹¹ *Claude Reyes v. Chile*, Case 12.108, Inter-Am. C.H.R., Report No. 60/03, OEA/Ser.UV/II. 118, doc. 70, rev. 2,159 (2003), <<http://www1.umn.edu/humanrts/cases/60-03.html>>.

¹¹² *Ibid.*, parr. 75 y ss.

¹¹³ Carta Mundial de la Naturaleza, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, Res. 37/7, UN Doc. A/37/51 de 1982, principio 23.

derecho interno, y no del derecho internacional.¹¹⁴ Con la incorporación de estas disposiciones en la Declaración de Río de 1992, las disposiciones del Convenio de Cartagena en la materia habrían de ser interpretadas teniendo presente el concepto de democracia ambiental, junto con sus componentes.

c. Obligación de notificar para evitar y reparar el daño medioambiental

108. La obligación de notificar la realización de actividades que pudieran resultar dañinas para el medio ambiente reviste carácter consuetudinario y emana del principio preventivo. Como la CIJ afirmó en el asunto *Gacikovo-Nagymaros*:

“[i]n the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage”.¹¹⁵

109. A la luz del DIMA, la obligación de notificar en el marco del derecho internacional del medio ambiente se enmarca dentro de las obligaciones de prevención del daño transfronterizo.

110. Como recuerda BODANSKY, la Asociación de Derecho Internacional ha llegado a la conclusión de que el deber de notificar era una norma de derecho internacional consuetudinario, citando ejemplos de práctica de los Estados, en casos en que los Estados habían emprendido actividades con un riesgo significativo de daño transfronterizo, mencionando además diversas resoluciones y tratados en los que aparece dicha norma.¹¹⁶ En cuanto a los recursos naturales de interés general, GESTRI sostiene que la obligación de los Estados de asegurar la conservación o el uso durable de los recursos naturales en beneficio de generaciones futuras posee base consuetudinaria.¹¹⁷

111. Por su parte, en una serie de casos que plantean la protección del medio ambiente, la CIJ ha delimitado los principios clave del DIMA que regulan la obligación de prevenir el daño medio ambiental transfronterizo, a través de las consideraciones vertidas en el asunto de *Papeleras en el río Uruguay* (2010), el caso de la *Fumigación aérea con herbicidas* y el *Caso de la caza de ballenas en la Antártica* (2014),¹¹⁸ así como en las respectivas sentencias relativas a *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la*

¹¹⁴ EBBESSON, J. (2015): “Principle 10: Public Participation”, en VIÑUALES, J. (ed.): *The Rio Declaration on Environment and Development: A commentary*, Oxford University Press, p. 289.

¹¹⁵ Corte Internacional de Justicia, *Gabcikovo/Nagymaros Project* (Hungary v Slovakia), sentencia de 25 de septiembre de 1997, párrafo 140.

¹¹⁶ BODANSKY, D. (1995) “Customary (And Not So Customary) International Environmental Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 3: Issue 1, Article 7.

¹¹⁷ GESTRI, M. (1996): *La gestione delle risorse naturali d’interesse generale per la Comunità internazionale*, G.Giappichelli editore, Torino 1996, pp. 158-159.

¹¹⁸ Corte Internacional de Justicia, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, *Aerial Herbicide Spraying and Whaling in the Antarctic* (2014).

*zona fronteriza (Costa Rica v Nicaragua) y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) (Procedimientos acumulados).*¹¹⁹

112. Refiriéndonos en concreto al Convenio de Cartagena, éste prevé en el artículo 11 la obligación de notificación en el marco de la cooperación en casos de emergencia

“2. Cuando una Parte Contratante tenga conocimiento de casos en que la zona de aplicación del Convenio se halle en peligro inminente de sufrir daños por contaminación, o los haya sufrido ya, lo notificará inmediatamente a los otros Estados que, a su juicio, puedan resultar afectados por esa contaminación, así como a las organizaciones internacionales competentes. Además, informará a la brevedad posible a esos Estados y organizaciones internacionales competentes de las medidas que haya adoptado para minimizar o reducir la contaminación o la amenaza de contaminación”.¹²⁰

113. En conclusión, la obligación de notificar actividades que pueden acarrear daño medioambiental transfronterizo constituye un deber de carácter procesal reconocido en el derecho internacional general que acarrea efectos sustanciales, toda vez que resulta funcional para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos entendidas a la luz del DIMA.

PARTE IV – El Convenio para la Protección y el Desarrollo Del Medio Marino en La Región Del Gran Caribe interpretado a la luz del derecho regional de los derechos humanos

A. Las obligaciones derivadas del Convenio de Cartagena

114. Tal como lo define el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, (PNUMA), el Convenio de Cartagena es “el único tratado ambiental jurídicamente vinculante para la región”.¹²¹ Así, el Convenio de Cartagena proporciona el marco legal para las acciones regionales y nacionales de cooperación en la Región del Gran Caribe (RGC) e implementa el Plan de Acción del Programa Ambiental del Caribe (PAC).¹²² El Convenio cuenta también con el respaldo de tres acuerdos técnicos adicionales o Protocolos: el Protocolo sobre Derrames de Hidrocarburos¹²³; el Protocolo relativo a las Áreas y a la Flora y Fauna Silvestres Especialmente Protegidas (conocido por su sigla en inglés como SPAW)¹²⁴ y

¹¹⁹ Corte Internacional de Justicia, *Case of Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica)*, ICJ Reports 2015.

¹²⁰ Convenio de Cartagena, art 11.2.

¹²¹ PNUMA, Protocolo Relativo a las Áreas y la Flora y Fauna Silvestres Especialmente Protegidas en la Región del Gran Caribe el marco jurídico regional para la biodiversidad.

¹²² El Convenio de Cartagena fue adoptado Colombia el 24 de marzo de 1983 y entró en vigor el 11 de octubre de 1986.

¹²³ El Protocolo relativo a la cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la región del Gran Caribe se adoptó en 1983 y entró en vigor el 11 de octubre de 1986.

¹²⁴ El Protocolo relativo a las Áreas y a la Flora y Fauna Silvestres Especialmente Protegidas (SPAW) en la Región del Gran Caribe fue adoptado el 18 de enero de 1990 y entró en vigor el 18 de junio de 2000.

el Protocolo relativo a la contaminación procedente de fuentes y actividades terrestres (conocido por su sigla en inglés como LBS).¹²⁵

115. Respecto a la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR) el Convenio regional guarda una relación de especificidad. El Convenio de Cartagena constituye un tratado de carácter regional que prevé diferentes tipos de obligaciones a cargo de los Estados partes.¹²⁶ Con respecto a las obligaciones derivadas del Convenio, interpretadas a la luz de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, cabe subrayar el objeto y fin del mismo.¹²⁷

116. Tal como lo expresa el preámbulo, el objetivo central es la protección de los ecosistemas del medio marino de la Región del Gran Caribe reconociendo su valor económico y social, lo cual se alinea con el principio de desarrollo sostenible.¹²⁸ Por lo demás, el preámbulo consagra la obligación de los Estados contratantes de proteger el medio marino de la Región del Gran Caribe para beneficio y disfrute de las generaciones presentes y futuras, a la luz del principio de responsabilidad intergeneracional.¹²⁹ El tercer objetivo principal se refiere a la dimensión ambiental del desarrollo sostenible, por cuanto se afirma que “la contaminación y el hecho de que el medio marino no se tenga suficientemente en cuenta en el proceso de desarrollo constituyen una amenaza para el medio marino, su equilibrio ecológico, sus recursos y sus usos legítimos.”¹³⁰

B. La interpretación del Convenio para la protección del Mar Caribe a la luz del DIMA y de las obligaciones derivadas de la Convención

117. En la solicitud de Opinión se pide a la Corte que interprete la obligación de proteger los derechos humanos a la luz del derecho internacional del medio ambiente. A este respecto cabe resaltar que, la aplicación territorial de la Convención, y del Protocolo de San Salvador se extiende a todos aquellos Estados que son partes en ambos instrumentos jurídicos. La Declaración Americana extiende su aplicación a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

118. La degradación medioambiental se presenta como una amenaza para la protección de los derechos humanos de los habitantes de la región del Caribe, en particular

¹²⁵ El Protocolo relativo a la contaminación procedente de fuentes y actividades terrestres se adoptó el 6 de octubre de 1999 y entró en vigor el 13 de agosto de 2010.

¹²⁶ SHEELY, B. (2004): “Does International Marine Environment Law Work? An Examination of the Cartagena Convention for the Wider Caribbean Region”, *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol, 12 N° 3, pp 441-472.

¹²⁷ Art 237 CONVEMAR sobre protección y preservación del medio marino.

¹²⁸ GAVOUNELI, M. (2014), *State Jurisdiction in Relation to the Protection and Preservation of the Marine Environment*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2596135> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2596135> [última visita, 18 de enero de 2017]

¹²⁹ Convenio de Cartagena, preámbulo.

¹³⁰ Convenio de Cartagena, preámbulo.

de aquellos derechos consagrados en los artículos 4.1 (derecho a la vida) y 5.1 (derecho a la integridad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³¹

119. En una línea argumental similar, cabe recordar que en el caso *Mangouras c España* relativo al vertido de petróleo proveniente del hundimiento del buque Prestige en la Costa da Morte en Galicia, el TEDH tuvo la ocasión de referirse a similares obligaciones contenidas en la Convención de Derecho del Mar de 1982. En el supuesto de la especie, en lo relativo a la necesidad de proteger el medio marino el TEDH determinó que

“hay que tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, a saber, la naturaleza específica de los delitos cometidos en el marco de una ‘jerarquía de responsabilidades’ propia del derecho del mar y, en particular, infracciones contra el medio marino, que distinguen este caso de otras en las que ha tenido ocasión de examinar la duración de la prisión preventiva. A este respecto, el Tribunal considera que la gravedad de la catástrofe natural justificaba la preocupación de los órganos jurisdiccionales internos de determinar quién era responsable y, por consiguiente, era razonable que trataran de garantizar que el demandante compareciera al juicio fijando un alto nivel de fianza”.¹³²

120. Una de las cuestiones planteadas a la Corte, es la relativa a la aplicación territorial de la Convención y la interpretación del contenido de las obligaciones concretas a la luz de otros tratados internacionales. En este sentido, cabe recordar lo dispuesto por la Corte IDH respecto de la interpretación del artículo 64.1

“que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”.¹³³

121. Por lo demás, Las consideraciones vertidas por la Corte en relación con el ejercicio de su competencia consultiva en la OC-21/14, son aplicables a este caso ya que:

“el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, en virtud de la cual y a diferencia de lo dispuesto para otros tribunales internacionales, se encuentran legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y los Estados Miembros de la OEA, aunque no fueran partes de la Convención. Otra característica de la amplitud de esta función se relaciona con el objeto de la consulta, el cual no está limitado a la Convención Americana, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y, además, se concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.¹³⁴

¹³¹ Solicitud de Opinión Consultiva, parr. 129.

¹³² TEDH, *Mangouras c España*. Application no. 12050/04, parr. 42. Sentencia de 8 de enero de 2009. La traducción nos pertenece.

¹³³ Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 De Setiembre De 1982 "Otros Tratados" Objeto De La Función Consultiva De La Corte (Art. 64 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) Solicitada Por El Perú.

¹³⁴ Opinión Consultiva OC 21/14 de 19 de agosto de 2014, parr. 19, 23.

122. Finalmente, cabe indicar que la Corte IDH determinó específicamente que el alcance de su función consultiva comprende no sólo a los Estados Partes en la Convención Americana, sino a todos los Estados Miembros de la OEA que han adoptado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Convención Americana y los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se relaciona con el objeto de la solicitud.

123. A mayor abundamiento, con respecto al alcance del ejercicio de la competencia consultiva, la Corte IDH ha precisado que:

“a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una Opinión Consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos”.¹³⁵

Conclusiones

124. Como autores de este informe, opinamos que las normas de los artículos 1.1, 4.1 (derecho a la vida) y 5.1 (derecho a la integridad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas a la luz de las obligaciones que los Estados del Mar Caribe han contraído desde el Derecho internacional del medio ambiente. En ese cometido, los parámetros de interpretación identificados vienen dados por el contenido de los principios de desarrollo sostenible, el deber de debida diligencia, el principio preventivo y principio precautorio.

125. Consideramos que este informe provee razones amplias y suficientes para concluir que desde el DIMA se pueden identificar diversas obligaciones directas del Estado, como son el cumplimiento del deber de debida diligencia, del principio preventivo, del principio precautorio, así como de la obligación de desarrollar una evaluación de impacto ambiental en determinados casos. La violación de una norma del DIMA puede, a su vez, derivar en una violación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto puede constituir a lo menos una amenaza para la vida y la integridad personal.

126. Finalmente, sostenemos que en cuanto a los derechos ambientales procedimentales, la práctica del sistema interamericano ha afianzado la triada de los derechos consagrados en el principio 10 de la Declaración de Rio de 1992: la obligación de acceso a la información ambiental; principio de participación ciudadana en el tratamiento de las cuestiones ambientales, y el acceso a los procedimientos judiciales y administrativos de carácter ambiental. A este respecto, esta solicitud de Opinión Consultiva constituye una oportunidad única para promover el proceso de determinación de estándares convencionales en América Latina y el Caribe en la materia, a la luz de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. A su vez, tal como lo demuestra la evolución de

¹³⁵ OC 21/14, parr. 31.

la jurisprudencia interamericana, en la actualidad existe un reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano en sus diferentes dimensiones, que debe influir claramente en el análisis del asunto que se presenta en este procedimiento.

127. Consideramos que la obligación de prevenir el daño transfronterizo propio del DIMA debe ser interpretado, para efectos de esta Opinión Consultiva, a la luz de las obligaciones que tienen los Estados del Mar Caribe en materia de derechos humanos, yendo más allá de la mera constatación de un posible daño ambiental fuera de su ámbito territorial. En realidad, esta obligación debe entenderse respecto de los efectos que puede provocar un proyecto o actividad en las personas que habitan tanto en el territorio del Estado en que se genera el daño, como en territorio del Estado que recibe los perjuicios derivados del daño. De esta forma, la hipótesis de responsabilidad por daño ambiental no tiene solo como parámetro el posible daño que pueda ser provocado en el territorio del Estado, sino que además en relación con los perjuicios que provoca en los individuos, sometidos o no a su jurisdicción.

128. Por último, esta Opinión Consultiva constituye una oportunidad para determinar los estándares que en materia de derechos humanos pueden ser considerados para la elaboración de la política ambiental del Estado en general, y de los Estados del Mar Caribe en particular. En ese cometido, el principio precautorio puede jugar un rol relevante, como una obligación del Estado derivada de una norma consuetudinaria de derecho internacional general, como parte del deber de debida diligencia, y como elemento de interpretación de obligaciones ambientales.

**Dra Belén Olmos Giupponi - Profesora de Derecho Internacional y Derecho Internacional del Medio Ambiente - Liverpool Hope University – Hope Park Campus- Liverpool – [REDACTED]
REINO UNIDO**

Dr Cristián Delpiano Lira - Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional del Medio Ambiente. Director del Centro de Estudios en Derecho de los Recursos Naturales (CEDRENA), Facultad de Ciencias Jurídicas., Universidad Católica del Norte. [REDACTED] – CHILE

Dr Christian Rojas Calderón - Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental. Universidad Adolfo Ibáñez. [REDACTED] – CHILE