

Por correo electrónico

Lic. Pablo Saavedra Alesandri  
Secretario General  
Corte Interamericana de  
Derechos Humanos

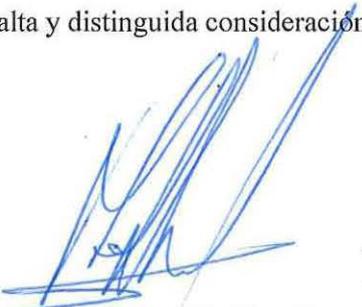
12 de septiembre de 2016

**Objeto: Planteamiento de *Amicus Curiae***

Señor Secretario General,

De conformidad con los artículos 73(3), 44(1) y 28(1) del Reglamento vigente de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, muy atentamente remito el presente Planteamiento de *Amicus Curiae*, acompañado de dos anexos, en el marco del procedimiento iniciado por la Solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Colombia en fecha 14 de marzo de 2016, en relación con la interpretación de los artículos 1(1), 4(1) y 5(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Reitero al Señor Secretario General las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.



Prof. Dr. Jorge E. Viñuales

Anexo:

Planteamiento de *Amicus Curiae* y Anexos

# PLANTEAMIENTO DE *AMICUS CURIAE*

presentado por el

**Prof. Dr. Jorge E. Viñuales**  
**Catedrático de Derecho y Políticas Ambientales**  
**Universidad de Cambridge**

Relativo a

## LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

En el marco del

Procedimiento iniciado por la Solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Colombia ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos en relación con la interpretación de los artículos 1(1), 4(1) y 5(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Marco del análisis
- III. Síntesis de la matriz consuetudinaria identificada por la jurisprudencia
- IV. Diligencia debida en el marco del principio de prevención
- V. Obligación de cooperación de buena fe
- VI. Exigencia de una evaluación de impacto ambiental
- VII. Conclusiones

Anexo 1: Curriculum vitae

Anexo 2: Documento de identidad del autor

## I. INTRODUCCIÓN

1. Este Planteamiento de *amicus curiae* se presenta de conformidad con los artículos 73(3), 44(1) y 28(1) del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la ‘CIDH’)<sup>1</sup> en el marco del procedimiento iniciado por la Solicitud de opinión consultiva (en adelante la ‘Solicitud’) presentada por la República de Colombia ante la CIDH en fecha 14 de marzo de 2016 en relación con la interpretación de los artículos 1(1), 4(1) y 5(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el ‘Pacto de San José’).
2. El autor de este Planteamiento interviene de modo independiente y a título individual en su calidad de especialista en derecho internacional, Catedrático de Derecho y Políticas Ambientales en la Universidad de Cambridge (**Anexo 1: Curriculum vitae; Anexo 2: Documento de identidad del autor**) así como director de un estudio y comentario de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante la ‘Declaración de Río’),<sup>2</sup> financiado por el Fondo Nacional de la Investigación Científica suizo (FNRS) y publicado en 2015 en la colección de comentarios de derecho internacional de la casa Oxford University Press. Dicho comentario reunió a numerosos/as especialistas de derecho internacional con el fin de determinar el estado actual del derecho internacional positivo en este ámbito.<sup>3</sup> El estudio analiza por primera vez y de modo extenso la jurisprudencia internacional y la práctica estatal en relación con los principios del derecho internacional del medio ambiente.
3. En dicha calidad, el autor del presente Planteamiento considera que, siendo el primer estudio de esta índole y dada la importancia de los principios consuetudinarios en materia de protección ambiental para las cuestiones planteadas en la Solicitud, una presentación concisa de las conclusiones del estudio a este respecto y de su articulación con las cuestiones planteadas en la Solicitud podrían serle útiles a la CIDH. En particular, se espera que el análisis de las posiciones adoptadas por la jurisprudencia internacional en relación con el carácter consuetudinario y el alcance de ciertos principios pueda asistir a la CIDH en sus propias determinaciones del estado actual del derecho consuetudinario pertinente.
4. A efectos de este procedimiento, se ruega se remita toda comunicación a la dirección postal siguiente, de preferencia por vía de correo electrónico:

---

<sup>1</sup> Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

<sup>2</sup> ‘Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo’, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I).

<sup>3</sup> Véase J. E. Viñuales (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary* (Oxford University Press, 2015).

Prof. Jorge E. Viñuales, LALIVE, 35 rue de la Mairie, 1207 Ginebra, Suiza,  
Tel. +41 58 105 2000 / Fax +41 58 105 2060 / Correo electrónico:  
jev32@cam.ac.uk

5. El Planteamiento se divide en siete secciones. Luego de la presente introducción (I), se identifican los aspectos de las preguntas planteadas en la Solicitud con respecto a los cuales el derecho ambiental consuetudinario es particularmente pertinente (II). La sección siguiente introduce de modo sintético la matriz consuetudinaria de las normas internacionales de protección ambiental (III), las cuales son a continuación analizadas con más detenimiento por orden de generalidad, partiéndose de la diligencia debida en el marco del principio de prevención (IV), abordándose luego la obligación de cooperación de buena fe en materia ambiental (V), y concluyéndose con la exigencia de efectuar una evaluación del impacto ambiental de ciertas actividades (VI). El Planteamiento concluye con una breve relación de la pertinencia de las normas consuetudinarias analizadas con respecto a las preguntas planteadas por la Solicitud (VII).

## II. MARCO DEL ANÁLISIS

6. La Solicitud plantea la interpretación de los artículos 1(1), 4(1) y 5(1) del Pacto de San José a la luz del derecho internacional del medio ambiente, tanto convencional como consuetudinario. En dicho marco se presenta a continuación el estado actual del **derecho internacional consuetudinario** en materia de protección ambiental.
7. La clarificación de las normas consuetudinarias de protección ambiental es relevante para la **pregunta 1** de la Solicitud en lo atinente a la existencia y al contenido de una jurisdicción ambiental funcional, ya sea de modo adicional a un régimen convencional con el cual las normas consuetudinarias interactúan o de modo autónomo, cuando dicho régimen convencional no existiere o no fuera aplicable a una región o a un Estado. Dicha jurisdicción ambiental funcional ofrecería una base jurídica susceptible de **extender la jurisdicción** del Estado en relación con el respeto de sus obligaciones en virtud del Pacto de San José.
8. Dicha clarificación también es relevante para la **pregunta 2** de la Solicitud, en la medida en que el respeto o la vulneración de una norma consuetudinaria de protección ambiental podrá ser tomada en cuenta para evaluar el respeto o la vulneración de los artículos 1(1), 4(1) y 5(1), por ejemplo si se comparan normas concordantes, como la **diligencia debida** exigida por el derecho internacional ambiental y la **obligación proactiva de proteger** los derechos humanos de los individuos situados en la jurisdicción extendida de un Estado.
9. Finalmente, esta clarificación también es relevante para la **pregunta 3** de la Solicitud en la medida en que la interpretación de los artículos 1(1), 4(1) y 5(1) a la luz de las normas consuetudinarias de protección ambiental podrá explicitar el **contenido ambiental de estas obligaciones en materia de derechos humanos**.

### III. SÍNTESIS DE LA MATRIZ CONSUETUDINARIA IDENTIFICADA POR LA JURISPRUDENCIA

10. En el marco de los litigios entre *Costa Rica y Nicaragua* relativos a diversas actividades en el Río San Juan, decididos de modo acumulado por la Corte Internacional de Justicia (en adelante 'CIJ') en su decisión del 16 de diciembre de 2015, la CIJ sintetiza en un párrafo la matriz consuetudinaria de las normas internacionales de protección ambiental:

'to fulfil its obligation to exercise *due diligence* in preventing significant transboundary environmental harm, a State must, before embarking on an activity having the potential adversely to affect the environment of another State, ascertain if there is a risk of significant transboundary harm, which would trigger the requirement to carry out an environmental impact assessment [ ... ] If the environmental impact assessment confirms that there is a risk of significant transboundary harm, the State planning to undertake the activity is required, in conformity with its *due diligence* obligation, to notify and consult in good faith with the potentially affected State, where that is necessary to determine the appropriate measures to prevent or mitigate that risk'<sup>4</sup>

11. Este párrafo es particularmente útil porque al mismo tiempo: (i) identifica las **normas a las que se les reconoce valor consuetudinario** (la exigencia de diligencia debida de modo amplio así como en el marco del principio de prevención (véase la sección IV), y sus expresiones procedimentales, a saber la obligación de cooperación de buena fe, en particular por medio de la notificación y la consulta (véase la sección V), y la exigencia de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental (véase la sección VI); y (ii) se refiere a los **precedentes jurisprudenciales** en los que la base consuetudinaria ha sido reconocida con anterioridad, en particular la decisión de la CIJ en el caso de las *Papeleras en el Río Uruguay*, entre Argentina y Uruguay,<sup>5</sup> decisión que a su vez se refiere a diversas decisiones anteriores,<sup>6</sup> prueba de las raíces profundas de las normas identificadas.

---

<sup>4</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafo 104 (énfasis añadido).

<sup>5</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 101 (relaciones entre la diligencia debida y la prevención); párrafo 102 (obligación de cooperación como expresión de la prevención); párrafos 144-146 (obligación de cooperación de buena fe, en particular en relación con el desarrollo de la consultas entre Estados potencialmente afectados); párrafo 204 (evaluación previa de impacto ambiental).

<sup>6</sup> *Corfu Channel Case*, Judgment of 9 April 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 4, página 22 (referencia a la diligencia debida del Estado fuera del marco ambiental); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, párrafo 29 (reconocimiento del carácter consuetudinario del principio de prevención del daño ambiental); *Nuclear Tests (Australia v. France) (New Zealand v. France)*, Judgments, I.C.J. Reports 1974, p. 268, párrafo 46, y p. 473, párrafo 49 (buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales); *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 105, párrafo 94 (buena fe); *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark ; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 47, párrafo 85 (obligación de negociar de buena fe).

Estos precedentes serán analizados en relación con cada una de las normas mencionadas.

12. Aspectos de dicha matriz también han sido reconocidos específicamente en el **ámbito del derecho del mar** por la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante '**TIDM**'),<sup>7</sup> el TIDM mismo,<sup>8</sup> así como por un tribunal de arbitraje<sup>9</sup> constituido según el Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante '**CONVEMAR**').<sup>10</sup>
13. Cabe resaltar que en el caso *Filipinas c. China*,<sup>11</sup> así como en una ordenanza sobre medidas cautelares y en una opinión consultiva adoptadas por el TIDM,<sup>12</sup> la aplicación de las normas consuetudinarias de protección ambiental fue afirmada **a pesar de que el título y los derechos soberanos sobre ciertos espacios marítimos fuesen litigiosos**, como es el caso de ciertos espacios del Mar Caribe. La protección del medio ambiente es un deber objetivo que incumbe a todos los Estados. La aplicación de las normas ambientales recogidas en la Parte XII de la

---

<sup>7</sup> *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011, ITLOS Case No. 17, párrafos 131-135 (en el que se afirma que el principio de precaución puede ser considerado como una expresión de la obligación de diligencia debida e inclusive se sugiere su carácter consuetudinario independiente), párrafo 145 (carácter consuetudinario de la obligación de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental, inclusive mas allá de un contexto transfronterizo)

<sup>8</sup> *The MOX Plant Case, Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Provisional Measures, ITLOS Case no. 10, Order of 3 December 2001, párrafo 82 (en el que se afirma el carácter consuetudinario de la obligación de cooperación); *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, ITLOS Case no. 23, Order of 25 April 2015, párrafo 71, 73 (en el que se afirma el carácter consuetudinario del principio de prevención y de la obligación de cooperación); *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, párrafo 140 (en que se reafirma la base tanto convencional como consuetudinaria de la obligación de cooperación con referencia al caso MOX Plant).

<sup>9</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 941 (en el que se vincula el contenido de la obligación de prevención del artículo 192 de la CONVEMAR al derecho consuetudinario ambiental); párrafos 946, 984-985 (en el que se hace referencia a los artículos 197 y 123 de la CONVEMAR relativos a la cooperación, inclusive en el ámbito de mares cerrados o semi-cerrados); párrafos 947-948 (en el que se hace referencia a los artículos 204 a 206 en relación con la obligación de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental, sin limitación al contexto transfronterizo, y se la vincula al derecho consuetudinario).

<sup>10</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, 1834 CTNU 371.

<sup>11</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016),

<sup>12</sup> *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, ITLOS Case no. 23, Order of 25 April 2015, párrafos 68-73 (en los que se implica que el principio de prevención y la obligación de cooperación se aplican independientemente del carácter litigioso del área marítima en cuestión); *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case no 21, párrafos 111, 120 (en los que se afirma que la obligación formulada en el artículo 192 de la CONVEMAR se aplica independientemente del tipo de espacio marítimo).

CONVEMAR no depende de cuestiones de soberanía o de derechos soberanos.<sup>13</sup> A *fortiori*, la aplicación de las normas consuetudinarias en materia ambiental de contenido similar o mas amplio no puede estar supeditada a dichas cuestiones.

#### IV. DILIGENCIA DEBIDA EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

14. La **formulación del principio de prevención** que ha sido consagrada por la jurisprudencia es aquélla de los principios 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano<sup>14</sup> y 2 de la Declaración de Río. Según este instrumento:

‘De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la *responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional*’<sup>15</sup>

Dicha formulación, posterior a la primera afirmación del principio en el caso *Trail Smelter*,<sup>16</sup> ha sido amplia y sistemáticamente reconocida como expresión del derecho internacional consuetudinario por la jurisprudencia internacional de diversos órganos,<sup>17</sup> entre los cuales la CIJ,<sup>18</sup> el TIDM<sup>19</sup> y varios tribunales de arbitraje.<sup>20</sup>

---

<sup>13</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 940 (‘At the outset, the Tribunal notes that the obligations in Part XII apply to all States with respect to the marine environment in all maritime areas, both inside the national jurisdiction of States and beyond it. Accordingly, questions of sovereignty are irrelevant to the application of Part XII of the Convention’).

<sup>14</sup> ‘Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano’, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.73.II.A.14 y corrección), cap. 1.

<sup>15</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), énfasis añadido (la formulación del principio 2 difiere de aquella del principio 21 de la Declaración de Estocolmo, ya en Río se agregó la frase [‘y de desarrollo’] luego de ‘políticas ambientales’).

<sup>16</sup> *Trail Smelter*, RIAA, vol. III, pp. 1905-1982, pagina 1965 (‘no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence’).

<sup>17</sup> Sobre la practica internacional y el reconocimiento jurisprudencial del principio de prevención véase L.-A. Duvic-Paoli, J. E. Viñuales, ‘Principle 2: Prevention’, in J. E. Viñuales (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary* (Oxford University Press, 2015), pp. 107-138.

<sup>18</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, párrafo 29; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, párrafo 140; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 101; *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafos 104, 118.

<sup>19</sup> *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic*

15. Nótese en la formulación del principio consuetudinario de prevención la **extensión espacial** de la norma, que se aplica tanto a daños al medio ambiente ‘de otros Estados’ como de ‘zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional’ (como el alta mar, los fondos marinos de la Zona, el espacio aéreo internacional o la Antártida). La jurisprudencia lo ha reconocido desde el inicio con dicha extensión espacial.<sup>21</sup>
16. Aunque la formulación aceptada del principio no emplee un adjetivo para calificar el **daño ambiental**, se entiende que se trata de un daño ‘considerable’ (‘significant’),<sup>22</sup> pero no hace falta que sea un daño grave o irreversible.<sup>23</sup> Las iniciativas internacionales de codificación de esta materia optaron deliberadamente por dejar la calificación del daño abierta, para que pueda ser decidida concretamente al nivel de la aplicación de la norma.<sup>24</sup>
17. En el reciente laudo en el caso *Filipinas c. China*, el tribunal de arbitraje se pronunció sobre el daño resultante tanto de la acción de pescadores bajo el control de China como de la construcción, directamente por parte de China, de **grandes obras de infraestructura** en el Mar de China Meridional. En ambos casos, el tribunal consideró el daño causado suficientemente considerable para vulnerar el principio de prevención recogido en los artículos 192 y 194 de la CONVEMAR.<sup>25</sup>

---

*Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, ITLOS Case no. 23, Order of 25 April 2015, párrafo 71.

- <sup>20</sup> *In the matter of the Indus Waters Kishenganga Arbitration before the Court of Arbitration constituted in accordance with the Indus Waters Treaty 1960 between the Government of India and the Government of Pakistan signed on 19 September 1960 (Islamic Republic of Pakistan v. Republic of India)*, PCA, Partial Award (18 February 2013), párrafos 448-450 (en que se afirma la base consuetudinaria del principio de prevención desde el caso *Trail Smelter* y su aplicación en el marco del diferendo, aunque se lo relacione con un pretendido ‘principio de desarrollo sostenible’); *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People’s Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 941.
- <sup>21</sup> Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, párrafo 29; *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, párrafo 120; *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People’s Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 940.
- <sup>22</sup> Véase Draft articles on the prevention of transboundary harm from hazardous activities, 12 December 2001, G.A. Res. 56/82, U.N. Doc A/RES/56/82, artículo 2(a); *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 101.
- <sup>23</sup> Se exige que haya ‘peligro de daño grave o irreversible’ en el marco del ‘criterio’ (en inglés se habla del ‘approach’) de precaución, según el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I). Véase igualmente el comentario al artículo 2 de los Draft articles on the prevention of transboundary harm from hazardous activities, 12 December 2001, G.A. Res. 56/82, U.N. Doc A/RES/56/82 commentary ad art 2, p. 152, párrafo 4 (el daño debe ser mas que considerable – ‘detectable’ – pero no hace falta que sea grave – ‘serious’ o ‘substantial’)
- <sup>24</sup> Véase el comentario a los Draft articles on the prevention of transboundary harm from hazardous activities, 12 December 2001, G.A. Res. 56/82, U.N. Doc A/RES/56/82 commentary ad art 2, p. 152, párrafo 4 (‘The term “significant” is not without ambiguity and a determination has to be made in each specific case. It involves more factual considerations than legal determination’).

En la primera hipótesis, el tribunal resaltó que las actividades habían sido toleradas a pesar de que China hubiera ratificado ciertos convenios internacionales, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (en adelante ‘**CBD**’)<sup>26</sup> y la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (en adelante ‘**CITES**’).<sup>27</sup> La adopción por parte de China de legislación nacional para implementar dichos textos no fue considerada suficiente por el tribunal en la ausencia de iniciativas concretas tendientes a implementar dicha legislación. Por consiguiente, y a la luz de la existencia de obligaciones convencionales en materia ambiental, el tribunal concluyó que China no había cumplido con su diligencia debida.<sup>28</sup> Esta conclusión sugiere la posibilidad de un vínculo jurídico, aunque no automático, entre la violación de una obligación ambiental convencional y la determinación del carácter considerable del daño. En la segunda hipótesis (construcción de islas artificiales), el daño resultante de las obras de infraestructura fue considerado ‘devastador y duradero’,<sup>29</sup> lo que va claramente más allá del nivel requerido para considerar un daño considerable.

18. Dada la relevancia de la cuestión del daño significativo para la cuestión planteada ante la CIDH, puede hacerse referencia a otros casos en que se evalúa el nivel del

---

<sup>25</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 941 (vinculando en artículo 192 de la CONVEMAR al principio consuetudinario de prevención reconocido en la opinión consultiva de la CIJ sobre la Legalidad de la amenaza y el uso de armas nucleares); párrafo 966 (concluyendo que China toleró las prácticas de los pescadores de ciertas especies protegidas internacionalmente y por ende violó los artículos 192 y 194(5)); párrafo 977 (el tribunal consideró, a la luz de un estándar de soft-law, que en la ausencia de medidas que impidan el uso de dinamita o de cianuro como método de pesca se estaría vulnerando los artículos 192, 194(2) y 194(5) de la CONVEMAR, pero agregó que no había suficientes pruebas para concluir que China había faltado a sus deberes); párrafo 977 (en que el tribunal concluye que los trabajos tendientes a construir islas artificiales en siete arrecifes de las islas Spratly causaron un daño ‘devastador y duradero - ‘devastating and long-lasting’ - al medio ambiente marino en violación de las obligaciones de China conforme a los artículos 192, 194(1) y 194(5) de la CONVEMAR). Véase también *In the matter of the Indus Waters Kishenganga Arbitration before the Court of Arbitration constituted in accordance with the Indus Waters Treaty 1960 between the Government of India and the Government of Pakistan signed on 19 September 1960 (Islamic Republic of Pakistan v. Republic of India)*, PCA, Partial Award (18 February 2013), párrafos 448-449 (afirmando la aplicación del principio consuetudinario de prevención); PCA, Final Award (20 December 2013), párrafos 105-116 (en que se determina la cantidad de agua del Río Indo que debía acordársele a Pakistán por medio de una estimación entre los derechos convencionales de la India y, entre otros factores, la protección del medio ambiente, en aplicación del principio de prevención, y se la fija a 9 m<sup>3</sup> por segundo en lugar de los 12 m<sup>3</sup> por segundo necesarios para una plena protección ambiental. La diferencia puede ser considerada como un daño tolerable – o no significativo – al medio ambiente).

<sup>26</sup> Convenio sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, disponible en: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

<sup>27</sup> Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, 3 de marzo de 1973, disponible en: <https://cites.org/sites/default/files/esp/disc/CITES-Convention-SP.pdf>

<sup>28</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafos 962-966.

<sup>29</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 977.

daño ambiental desde la perspectiva de su **impacto sobre los derechos humanos** de una persona física. Como lo menciona el comentario al trabajo de codificación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la prevención del daño transfronterizo:

‘the harm must lead to a real detrimental effect on matters such as, for example, *human health*, industry property, *environment*, or agriculture’<sup>30</sup>

La jurisprudencia de las cortes y comisiones regionales así como de los comités cuasi-jurisdiccionales establecidos por los tratados de derechos humanos exige un vínculo entre la degradación ambiental y la vulneración de un derecho humano.<sup>31</sup> En el caso *López Ostra c. España*, cuya importancia para el desarrollo del contencioso ambiental ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante ‘TEDH’) es de conocimiento general, el TEDH consideró que una interferencia de naturaleza ambiental por parte de un tercero (humos, ruidos y malos olores emitidos por el funcionamiento de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos) era suficientemente considerable para constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar, previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos,<sup>32</sup> aunque no lo fuera en relación con la salud de la demandante o de su familia:

‘[n]aturally, severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health.’<sup>33</sup>

*A fortiori*, un nivel de interferencia susceptible de menoscabar no solo el derecho a la vida privada y familiar sino también los derechos a la salud, a la integridad física

<sup>30</sup> Draft articles on the prevention of transboundary harm from hazardous activities, 12 December 2001, G.A. Res. 56/82, U.N. Doc A/RES/56/82, commentary ad art 2, p. 152, párrafo 4, énfasis añadido.

<sup>31</sup> Véase P.-M. Dupuy, J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge University Press, 2015), pp. 320-324. Véase, por ejemplo, la exigencia de un vínculo entre la degradación ambiental y la situación individual de los demandantes *Kyrtatos v. Greece*, ECtHR Application No. 41666/98, Judgment (22 May 2003), párrafos 52-53; *Fadeyeva v. Russia*, ECtHR Application No. 55723/00, Judgment (30 November 2005), 68-70.

<sup>32</sup> Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 4 de noviembre de 1950, disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

<sup>33</sup> *López Ostra v. Spain*, ECtHR Application no. 16798/90, Judgment (9 December 1994), párrafo 51.

<sup>34</sup> Véase *Oneryildiz v. Turkey*, ECtHR Application No. 48939/99, Judgment (30 November 2004), párrafos 89-90 (dimensión ambiental de la protección del derecho a la vida); *Budayeva and others v. Russia*, ECtHR Applications No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, Judgment (29 September 2008), párrafos 128-137 (en que se afirma la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de los individuos afectados por una catástrofe natural por intermedio de un deber proactivo de tomar medidas a este respecto).

<sup>35</sup> *López Ostra v. Spain*, ECtHR Application no. 16798/90, Judgment (9 December 1994), párrafo 58.

<sup>36</sup> Véase *Corfu Channel Case, Judgment of 9 April 1949*, I.C.J. Reports 1949, p. 4, página 22.

o a la vida serían más que suficientes para que el daño ambiental fuera considerable.<sup>34</sup> Se debe recalcar que, en el caso *López Ostra*, el TEDH llegó a esta conclusión a pesar de que la interferencia en cuestión comportaba cierto interés público.<sup>35</sup>

19. Otro punto de gran importancia para el funcionamiento del principio de prevención es su **relación con la diligencia debida** no solo en el plano conceptual sino también, y ante todo, en el plano propiamente jurídico. Existen dos tipos de relación. En primer lugar, la obligación general de diligencia debida tiene un ámbito de aplicación que va más allá de la materia ambiental y recubre otras cuestiones tanto en las relaciones entre Estados como en aquellas entre un Estado y otras entidades.<sup>36</sup> El principio de prevención constituye una expresión de esta norma amplia que exige un comportamiento diligente por parte de los Estados. En segundo lugar, la diligencia debida se manifiesta en el contexto específico del principio de prevención exigiendo que los Estados no solo se limiten a reparar el daño considerable causado al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional sino que también **adopten, de modo pro-activo, medidas de prevención de dicho daño y velen a su aplicación efectiva.**<sup>37</sup> La diligencia debida en el ámbito del principio de prevención comporta tanto una acción interna – el adoptar medidas de prevención y el velar a su aplicación efectiva – como una acción internacional – las diversas expresiones de la obligación de cooperación.
20. En derecho internacional consuetudinario (distinguiéndoselo a este respecto del derecho internacional convencional), ciertos **tipos de acción preventiva** por parte del Estado en que se desarrolla una actividad riesgosa solo pueden ser **exigidos de modo general** (es decir sin especificación de medidas y/o procesos particulares) mientras que otros tipos de acción preventiva pueden ser **exigidos de modo específico** por los Estados potencialmente afectados u otros actores (*inter alia* la evaluación de impacto ambiental, la notificación y la consulta<sup>38</sup>). El deber pro-activo propio al principio de prevención exige ambos tipos de acción y por ende su ámbito – y los derechos correlativos de que gozan los sujetos afectados – **no se limita a los procedimientos específicos** requeridos por normas específicas de

---

<sup>37</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 197, *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011, ITLOS Case No. 17, párrafo 117; *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, párrafo 131; *In the matter of the Indus Waters Kishenganga Arbitration before the Court of Arbitration constituted in accordance with the Indus Waters Treaty 1960 between the Government of India and the Government of Pakistan signed on 19 September 1960 (Islamic Republic of Pakistan v. Republic of India)*, PCA, Partial Award (18 February 2013), párrafo 451; *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 941.

<sup>38</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafo 104.

derecho internacional consuetudinario. La acción preventiva exigida por el principio consuetudinario de prevención puede incluir toda una serie de medidas de manejo del riesgo inherente a ciertas actividades, lo que define una de las formas de **articulación** entre, por un lado, la norma consuetudinaria y, por otro lado, el derecho interno así como el derecho internacional convencional (incluyéndose en éste a tratados ambientales y a convenios en materia de derechos humanos) del Estado bajo el control del cual se desarrolla la actividad riesgosa.<sup>39</sup> La diligencia debida en el marco del principio de prevención puede, según las circunstancias, implicar que dicho Estado se conforme a su derecho interno y a sus obligaciones internacionales convencionales en todo ámbito de relevancia – inclusive fuera de lo que se entiende por derecho ambiental (por ejemplo, los derechos humanos) – para la prevención del daño considerable al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

21. Cabe resaltar, sin embargo, que el deber pro-activo de prevención del daño ambiental considerable es una **obligación de medios** y no de resultado.<sup>40</sup> De modo más específico, no existe en derecho consuetudinario una responsabilidad objetiva por la mera ocurrencia de un daño ambiental considerable, en la ausencia de violación de un deber. Le principio de prevención solo es vulnerado si el Estado en que se desarrolla la actividad en cuestión ha faltado a su deber pro-activo de prevenir el daño ambiental considerable, en sus diversas manifestaciones. Puede suceder que dicho daño ocurra a pesar del alto nivel de diligencia del Estado en cuestión, por ejemplo cuando el daño se debe a la acción dolosa de un tercero que, a pesar de la existencia de un marco preventivo suficiente y de su aplicación diligente, no ha podido ser prevenido.
22. El deber de un Estado (**‘Estado de origen’**) de velar a que su territorio no sea utilizado de modo que se pueda causar un daño considerable al medio ambiente de

---

<sup>39</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafos 101-102 (en el cual se vincula la obligación consuetudinaria al sistema convencional de gestión del Río Uruguay); *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011, ITLOS Case No. 17, párrafos 117-120, 127-150 (en que se vincula las obligaciones consuetudinarias de diligencia debida en el marco del principio de prevención, cooperación y evaluación de impacto ambiental al sistema de la CONVEMAR y a las reglas de la Autoridad de Fondos Marinos); Véase igualmente *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, párrafos 131-140 (en que se vincula y se da contenido específico a la obligación de diligencia debida con base en las obligaciones convencionales de la CONVEMAR); *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People’s Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafos 941-942 (en que se vincula las normas consuetudinarias de prevención, cooperación y de evaluación de impacto ambiental al sistema de la CONVEMAR así como al de la CBD y CITES).

<sup>40</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 187; *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011, ITLOS Case No. 17, párrafo 110; *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, párrafo 129.

otros Estados (**'Estado afectado'**) o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional acarrea diversos **derechos correlativos**.

23. Por una parte, el **Estado afectado** tiene el derecho de invocar el principio de prevención para que el Estado de origen tome, mejore o implemente efectivamente medidas preventivas para evitar que el riesgo se materialice<sup>41</sup> y, en caso de que un daño considerable haya sido causado, se cese la actividad y se repare el daño, de conformidad con las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad internacional por hecho ilícito.<sup>42</sup>
24. Por otra parte, desde el punto de los individuos basados en el Estado afectado (**'víctimas individuales'**) a quienes dicho daño cree un perjuicio, se abren diversas vías de acción que son relevantes para el análisis de la interacción entre normas ambientales y derechos humanos:
  1. Con respecto al Estado afectado, las víctimas individuales podrían invocar su deber de protegerlas de las interferencias por parte de terceros (el Estado de origen o las entidades privadas basadas en éste que llevan a cabo la actividad riesgosa) en virtud de las normas internacionales de derechos humanos. La falta de invocación del principio de prevención por parte del Estado afectado en relación con el Estado de origen sería tomada en cuenta en la evaluación de su ejercicio diligente o no de la obligación de proteger los derechos humanos de su población.
  2. Con respecto al Estado de origen, las víctimas individuales podrían utilizar vías de acción fundadas, según las circunstancias de hecho, en la extensión del ámbito de aplicación de las normas internacionales de derechos humanos, conjugadas con el principio de prevención, el cual operaría como base de jurisdicción funcional extendida. La violación por parte del Estado de origen del principio de prevención sería un elemento importante, aunque no suficiente (ya que haría falta un vínculo entre la degradación ambiental y la vulneración de derecho humanos), para concluir que dicho Estado ha violado sus obligaciones de respetar y/o proteger los derechos humanos de individuos basados en el extranjero pero bajo su jurisdicción extendida.
  3. Con respecto a individuos o entidades basadas en el Estado de origen, se abrirían vías de contencioso transnacional basado en normas de derecho interno, conjugadas con normas internacionales que deberán ser respetadas por las instancias jurisdiccionales o administrativas del Estado de origen, como el

---

<sup>41</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 197 ('[i]t is an obligation which entails not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators, to safeguard the rights of the other party'); *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011, ITLOS Case No. 17, párrafo 117 ("due diligence" is a variable concept. It may change over time as measures considered sufficiently diligent at a certain moment may become not diligent enough in light, for instance, of new scientific or technological knowledge. It may also change in relation to the risks involved in the activity [ ... ] The standard of due diligence has to be more severe for the riskier activities'). Véase igualmente *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, párrafos 131-140.

<sup>42</sup> Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, anexo a la Resolución 56/83 de la Asamblea General, 12 de diciembre de 2001, artículos 29 a 31.

acceso a la información, la participación en los procesos de decisión, el acceso a la justicia y la no discriminación, entre otras.

## V. OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN DE BUENA FE

25. El principio 19 de la Declaración de Río **formula** la obligación de cooperación en el ámbito ambiental en los términos siguientes:

*‘Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe.’<sup>43</sup>*

Los componentes de la obligación de cooperación formulada en el principio 19 han sido ampliamente **reconocidos por la jurisprudencia** internacional,<sup>44</sup> en particular por la CIJ,<sup>45</sup> el TIDM<sup>46</sup> y varios tribunales de arbitraje.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), énfasis añadido.

<sup>44</sup> Sobre la práctica internacional y el reconocimiento jurisprudencial en relación con este principio véase L. Boisson de Chazournes, K. Sangbana, ‘Principle 19: Notification and Consultation on Activities with Transboundary Impact’, in J. E. Viñuales (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary* (Oxford University Press, 2015), pp. 493-507.

<sup>45</sup> Véase, en orden cronológico, *Corfu Channel Case, Judgment of 9 April 1949*, I.C.J. Reports 1949, p. 4, página 22; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark ; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 47, párrafo 85 (obligación de negociar de buena fe); *Nuclear Tests (Australia v. France) (New Zealand v. France), Judgments*, I.C.J. Reports 1974, p. 268, párrafo 46, y p. 473, párrafo 49 (buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales); *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafos 77, 102 (obligación de cooperación como expresión de la prevención); párrafos 144-146 (obligación de cooperación de buena fe, en particular en relación con el desarrollo de la consultas entre Estados potencialmente afectados); *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment of 16 December 2015* (I.C.J.), párrafo 106 (obligación consuetudinaria de notificación y consulta).

<sup>46</sup> *The MOX Plant Case, Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Provisional Measures, ITLOS Case no. 10, Order of 3 December 2001, párrafo 82 (carácter consuetudinario de la obligación de cooperación); *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, ITLOS Case no. 12, Order of 10 September 2003, párrafo 92 (obligación de cooperación); *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, ITLOS Case no. 23, Order of 25 April 2015, párrafo 73 (carácter consuetudinario de la obligación de cooperación); *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, párrafo 140 (base consuetudinaria de la obligación de cooperación con referencia al caso MOX Plant).

<sup>47</sup> *Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne)*, sentence du 16 novembre 1957, RSA, vol XII (1957), pp. 281-317, página 308, párrafo 13 (existencia de una obligación de cooperación para establecer acuerdos sobre recursos compartidos); *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafos 946, 984-985 (en el que se hace referencia a los artículos 197 y 123 de la CONVEMAR relativos a la cooperación, inclusive en el ámbito de mares cerrados o semi-cerrados).

26. El funcionamiento de la obligación consuetudinaria de cooperación ha sido analizado por la jurisprudencia en relación con mecanismos específicos de cooperación establecidos por vía convencional.<sup>48</sup> Dichos mecanismos suelen especificar las **modalidades de los componentes consuetudinarios** de la obligación (por ejemplo las circunstancias que desencadenan la obligación de notificación, el contenido de las comunicaciones requeridas, sus destinatarios, el plazo, el período mínimo o máximo por el cual se debe desarrollar la consulta). En ciertos casos, dichos mecanismos prevén **obligaciones adicionales** que no poseen una base consuetudinaria, como por ejemplo la exigencia del consentimiento del Estado afectado por la actividad en cuestión.<sup>49</sup> A continuación, nos concentraremos únicamente en los componentes de naturaleza consuetudinaria.
27. Las **circunstancias susceptibles de desencadenar la obligación de notificación y de consulta** del Estado afectado por una actividad son de diversos órdenes. En su reciente decisión en el caso entre *Costa Rica y Nicaragua*, la CIJ afirmó el principio según el cual el riesgo de daño ambiental considerable en un contexto transfronterizo, confirmado por una evaluación de impacto ambiental, desencadena la obligación de notificar al Estado afectado.<sup>50</sup> También se desprende de este caso que, en la ausencia de dicho riesgo, aseverada por procedimientos internos requeridos por la diligencia debida en el marco del principio de prevención (por ejemplo una evaluación preliminar o ‘preliminary assessment’),<sup>51</sup> no emerge la obligación consuetudinaria (exigible por los Estados afectados) de efectuar una evaluación de impacto ambiental o de notificar y consultar.<sup>52</sup> Como fue observado en el párrafo 20 de este Planteamiento, existe una diferencia entre, por un lado, la

---

<sup>48</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 144-147 (en el cual se vincula la obligación consuetudinaria al sistema convencional de cooperación del Estatuto del Río Uruguay); *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No 21, párrafos 139-140 (en que se vincula la obligación consuetudinaria de cooperación al contenido específico del artículo 94(6) de la CONVEMAR); *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafos 946, 984-985 (en el que se hace referencia a los artículos 197 y 123 de la CONVEMAR relativos a la cooperación, inclusive en el ámbito de mares cerrados o semi-cerrados).

<sup>49</sup> *Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne)*, sentence du 16 novembre 1957, RSA, vol XII (1957), pp. 281-317, página 308, párrafos 13, 22 (ausencia en derecho internacional general, ya sea como norma consuetudinaria o como principio general del derecho, de una norma supeditando el desarrollo de proyectos susceptibles de tener un impacto transfronterizo al consentimiento previo del Estado potencialmente afectado. Dicha exigencia solo puede existir en virtud de un tratado).

<sup>50</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafos 104, 108, 168.

<sup>51</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafo 153-154.

<sup>52</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafo 108.

acción preventiva requerida por el principio de prevención (por ejemplo una evaluación preliminar), la cual que no puede ser exigida de modo específico por otros Estados en derecho consuetudinario y, por otro lado, los procedimientos específicos de acción preventiva (como la evaluación de impacto ambiental y las obligaciones de notificación y de consulta) que sí pueden ser exigidos de modo específico en virtud de normas consuetudinarias. La CIJ ha dejado muy en claro que si una evaluación de impacto ambiental establece la existencia de riesgo de daño ambiental considerable a otro Estado, el derecho internacional consuetudinario exige la notificación y la consulta con dicho Estado.<sup>53</sup>

28. Pero la obligación de notificación y de consulta no se encuentra condicionada a la realización de una evaluación de impacto ambiental que asevere el riesgo de daño ambiental considerable (sobre la calificación del daño véase los párrafos 16-18] de este Planteamiento. El **elemento esencial que desencadena la obligación es la existencia de dicho riesgo**, la cual puede ser aseverada de varios modos. El deber de determinar dicho riesgo incumbe al Estado en que se planifican las actividades en cuestión, en el **marco de la diligencia debida y de la buena fe**. Es preciso recalcar que no se trata de un poder unilateral y discrecional de este Estado, ya que el elemento decisivo es el riesgo real. Puede suceder que el Estado de origen considere que no existe un riesgo suficiente y, por ende, no cumpla con los procedimientos específicos exigidos por el derecho consuetudinario. Pero ello no exime dicho Estado de sus obligaciones.<sup>54</sup> Llegado el caso, un tribunal internacional podrá establecer que existía un riesgo suficiente y que, por su acción deficiente, el Estado en cuestión ha vulnerado sus obligaciones internacionales.<sup>55</sup> La necesidad de evaluar el riesgo, en virtud del principio de prevención, debe ser interpretada a luz de ciertos **estándares que pueden variar con el tiempo y el desarrollo tecnológico**, como lo requiere la diligencia debida. Generalmente, para enmarcar el ejercicio del deber de evaluación del riesgo, se utilizan técnicas como la identificación de tipos de **actividad** que por su naturaleza y alcance implican un riesgo suficiente (por ejemplo refinerías de petróleo crudo, ciertas centrales termoeléctricas, autopistas y vías férreas, puertos comerciales, oleoductos y

---

<sup>53</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.)*, párrafos 104, 108, 168.

<sup>54</sup> En el caso relativo al Lac Lanoux, el tribunal de arbitraje subrayó que el eventual impacto sobre un país limítrofe no puede, en ningún caso, quedar librado a la apreciación exclusiva del Estado que desarrolla las actividades en cuestión. Véase *Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne)*, sentence du 16 novembre 1957, RSA, vol XII (1957), pp. 281-317, página 314, párrafo 21.

<sup>55</sup> En el caso entre *Costa Rica y Nicaragua*, la CIJ consideró por sí misma, basándose en las pruebas aducidas, que la construcción de una ruta por parte de Costa Rica presentaba un riesgo significativo que habría exigido que Costa Rica efectúe una evaluación de impacto ambiental previamente a los trabajos de construcción (*Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.)*, párrafos 155-156.). En base a esta conclusión, la CIJ no consideró necesario pronunciarse sobre la violación por Costa Rica de la obligación de notificación y de consulta (véase el párrafo 168) sin duda por razones de economía procesal.

gasoductos de gran diámetro, grandes presas y embalses, producción de hidrocarburos frente a la costa, y otras<sup>56</sup>) o de **objetos jurídicos** cuyas particularidades requieren la cooperación entre Estados (por ejemplo áreas particularmente frágiles o recursos compartidos<sup>57</sup>). Aunque se trate en dichos casos de sistemas convencionales, estos sistemas son relevantes para evaluar tanto el nivel de diligencia como la buena fe. Es así, por ejemplo, que una evaluación unilateral basada en estándares obsoletos o claramente inadecuados o que concluya de modo sumario que una actividad a la que se le reconoce generalmente un alto nivel de riesgo no acarrea ningún riesgo transfronterizo<sup>58</sup> faltaría a los estándares de diligencia debida y/o a la buena fe. En dicho caso, las obligaciones consuetudinarias específicas que exigen la realización de una evaluación de impacto ambiental así como la notificación y la consulta serían exigibles por parte de Estados afectados.

29. La obligación consuetudinaria de notificación **incumbe al Estado de origen** y no es suficiente que la información se encuentre disponible públicamente en los medios de comunicación<sup>59</sup> o que dicha notificación haya sido efectuada por parte de una empresa o de otra entidad privada, a pesar de que esta última esté a cargo del proyecto en cuestión.<sup>60</sup> Ello atiende al **objetivo de la obligación de notificación** que es el de informar suficientemente y oficialmente a los Estados afectados acerca de la situación con el fin de continuar el proceso de cooperación.<sup>61</sup>
30. Dicho objetivo también conlleva que los **destinatarios** de la notificación sean aquellas entidades que estarán involucradas en el proceso de cooperación. Naturalmente, ello incluye a los **Estados afectados** pero también puede requerir que se notifique a **ciertos organismos internacionales**.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Véase Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, 25 de febrero de 1991, doc. ONU ECE/ENHS/NONE/2003/25, Anexo 1.

<sup>57</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafos 75-77 (en relación con el aprovechamiento conjunto del Río Uruguay); *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafo 109 (en que la CIJ se refiere a obligaciones procedimentales adicionales en relación con humedales transfronterizos, aunque dichas obligaciones no hayan sido consideradas como aplicable *in casu*).

<sup>58</sup> Véase *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 988.

<sup>59</sup> Véase *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, I.C.J. Reports 2008, p. 231, párrafo 150.

<sup>60</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafos 110.

<sup>61</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafos 113, 115.

<sup>62</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafos

31. El objetivo de cooperación es también determinante con respecto al **momento y al contenido de la notificación** exigida por la obligación consuetudinaria. La norma consuetudinaria no posee el detalle que pueden brindar a este respecto los sistemas convencionales, pero el objetivo de la norma implica necesariamente que se notifique con suficiente antelación (el principio 19 utiliza los términos ‘previamente y en forma oportuna’)<sup>63</sup> y se brinde la información suficiente (‘información pertinente’)<sup>64</sup> para que el proceso de cooperación tenga pleno sentido o, como lo menciona el principio 19, para posibilitar ‘consultas con esos Estados [afectados] en una fecha temprana y de buena fe’.
32. Para que el **proceso de consulta cumpla con las exigencias de la buena fe**, es necesario que no se limite a meros trámites formales. Como lo afirmó el tribunal de arbitraje en el caso del *Lac Lanoux*:

‘l’Etat d’amont a, d’après les règles de la bonne foi, l’obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu’il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l’autre riverain avec les siens propres. Il est délicat d’apprécier s’il a été satisfait à une telle obligation. Mais, sans se substituer aux Parties, le juge est en mesure de procéder à cette appréciation sur la base des éléments fournis par les négociations.’<sup>65</sup>

Como se mencionó anteriormente (véase el párrafo 26), la obligación de cooperación no equivale a exigir el consentimiento del Estado afectado. Pero la exigencia de cooperar de buena fe no se ve por tanto privada de contenido. Por el contrario, dicha exigencia comporta **implicancias concretas**, susceptibles de ser evaluadas judicialmente si ello fuera necesario. Es así que en el caso *Filipinas c. China*, el tribunal de arbitraje juzgó a la luz de las pruebas aducidas que, en sus actividades de construcción de islas artificiales, China había faltado a su obligación de cooperación.<sup>66</sup> Otra implicancia concreta, afirmada por la CIJ en el caso de las *Papeleras del Río Uruguay* es que mientras se desarrollen las consultas entre los Estados involucrados, se faltaría a la buena fe y se vulneraría la obligación de

---

90, 119, 121; *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Judgment of 16 December 2015* (I.C.J.), párrafo 109 (en que la CIJ reconoce la existencia de una obligación convencional de notificar la Secretaría del Convenio de Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional pero rechaza su aplicación *in casu* dada la ausencia de impacto significativo de las actividades de Nicaragua).

<sup>63</sup> Véase Draft articles on the prevention of transboundary harm from hazardous activities, 12 December 2001, G.A. Res. 56/82, U.N. Doc A/RES/56/82, artículo 8(1); *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 120.

<sup>64</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 120.

<sup>65</sup> *Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne)*, sentence du 16 novembre 1957, RSA, vol XII (1957), pp. 281-317, página 315, párrafo 22.

<sup>66</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People’s Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 986.

cooperación si el Estado de origen otorgara unilateralmente la autorización a una entidad privada para que comenzara o prosiguiera sus actividades.<sup>67</sup>

33. La articulación de la **obligación de cooperación y de las obligaciones en materia de derechos humanos** puede ser analizada desde dos perspectivas principales:

1. En primer lugar, el Estado afectado por la actividad debe haber sido informado de la existencia del riesgo para poder tomar las medidas necesarias para proteger, en toda la medida de sus posibilidades, a las víctimas individuales que se encuentran en su territorio o jurisdicción. La falta de notificación no lo exime de su deber pro-activo de protección. Pero el cumplimiento o no de sus obligaciones por el Estado de origen es un elemento que deberá ser tomado en cuenta al evaluar tanto el cumplimiento del deber pro-activo del Estado afectado de proteger las víctimas individuales como la eventual distribución de responsabilidad entre ambos Estados por violaciones de derechos humanos;
2. En segundo lugar, el cumplimiento por parte del Estado de origen de su obligación de cooperación es un elemento importante en la evaluación de su obligación de respetar y de proteger los derechos humanos de individuos en su jurisdicción extendida, en caso de demanda por violación de sus derechos humanos entablada por las víctimas individuales basadas en el Estado afectado. En dicho caso, la obligación de cooperación daría contenido a la jurisdicción ambiental funcional y, a su vez, ésta serviría de base a la jurisdicción extendida en materia de derechos humanos.

## VI. EXIGENCIA DE UNA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

34. El principio 17 de la Declaración de Río formula la exigencia de efectuar una evaluación de impacto ambiental:

‘Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier *actividad* propuesta que *probablemente haya de producir un impacto negativo considerable* en el medio ambiente y que este *sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente*.’<sup>68</sup>

El carácter consuetudinario de dicha exigencia<sup>69</sup> ha sido reconocido tanto por la CIJ<sup>70</sup> como por otras jurisdicciones internacionales.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 144.

<sup>68</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), énfasis añadido.

<sup>69</sup> Sobre la práctica internacional y el reconocimiento jurisprudencial de esta exigencia véase N. Craik, ‘Principle 17: Environmental Impact Assessment’, in J. E. Viñuales (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary* (Oxford University Press, 2015), pp. 451-470.

<sup>70</sup> Véase *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 204 (estudio previo de impacto ambiental, en un contexto transfronterizo); *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (*Nicaragua v. Costa Rica*), Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafo 104 (afirmación de la exigencia, en referencia al caso *Pulp Mills*).

35. La obligación incumbe al Estado de origen en caso de que una ‘actividad’ propuesta y ‘sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente’ ‘probablemente haya de producir un impacto negativo considerable’. La norma se refiere específicamente a **actividades**, y no a políticas públicas o planes,<sup>72</sup> y dichas actividades deben estar sujetas en virtud del derecho interno a una aprobación del Estado. Sin embargo, el Estado de origen no puede eludir la obligación de efectuar una evaluación impacto ambiental simplemente evitando de someter ciertas actividades a su aprobación, ya que ello vulneraría la diligencia debida en el marco del principio de prevención. El factor determinante es la existencia objetiva de cierto tipo de riesgo, saber de un riesgo de daño ambiental considerable.
36. Ya se ha hecho referencia a la caracterización del adjetivo ‘**considerable**’ (véase los párrafos 16-18) así como a las **circunstancias susceptibles de desencadenar la obligación de cooperación** (véase los párrafos 27-28). La exigencia de efectuar una evaluación de impacto ambiental forma parte tanto de la diligencia debida en el marco del principio de prevención como de la obligación de cooperación. El elemento determinante que hace surgir la obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental y la vuelve exigible en virtud del derecho internacional consuetudinario es la probabilidad de un impacto negativo considerable o, en otros términos, la existencia de riesgo de daño ambiental considerable. Como ya se ha señalado (véase el párrafo 28), dicha existencia es un elemento objetivo y no meramente discrecional.<sup>73</sup> Tal riesgo debe ser presumido en relación con **ciertas** actividades, en razón de su naturaleza y alcance (grandes obras de infraestructura),<sup>74</sup> o con **ciertos objetos de protección** (áreas particularmente frágiles o recursos compartidos) (véase el párrafo 28). También puede determinarse la existencia de dicho riesgo por medio de un **estudio preliminar**.<sup>75</sup> Ambas técnicas permiten

---

<sup>71</sup> Véase *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011, ITLOS Case No. 17, párrafo 145 (carácter consuetudinario de la obligación de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental, inclusive mas allá de un contexto transfronterizo); *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People’s Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafos 947-948 (en el que se hace referencia a los artículos 204 a 206 en relación con la obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental, sin limitación al contexto transfronterizo, y se la vincula al derecho consuetudinario).

<sup>72</sup> La práctica internacional establece una clara distinción entre, por una parte, la evaluación del impacto ambiental de ‘actividades’ y, por otra parte, de ‘planes o políticas públicas’. Estas últimas, que pueden incluir también la negociación de tratados internacionales en materia comercial, no se encuentran sujetas, por el momento, a la obligación consuetudinaria de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental. Véase N. Craik, ‘Principle 17: Environmental Impact Assessment’, in J. E. Viñuales (dir.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary* (Oxford University Press, 2015), pp. 451-470, pagina 456.

<sup>73</sup> Véase *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafos 155-156 (en que la CIJ determina, en virtud de los elementos de prueba aducidos, la existencia de riesgo de daño ambiental considerable).

<sup>74</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People’s Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 988.

resolver el problema de circularidad que existiría si se afirmara que la exigencia de una evaluación de impacto ambiental solo surge cuando existe riesgo de daño ambiental considerable, el cual a su vez solo puede ser aseverado por medio de una evaluación de impacto ambiental.

37. El daño susceptible de ser causado por la actividad en cuestión puede afectar al ‘medio ambiente de otros Estados’ o a aquél de ‘zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional’ como lo prevé el principio consuetudinario de prevención (véase el párrafo 15). Dicha **extensión espacial** se encuentra implícita en la formulación del Principio 17 de la Declaración de Río, pero ha sido además confirmada por la jurisprudencia internacional, la cual ha afirmado la exigencia de una evaluación de impacto ambiental tanto en un contexto transfronterizo<sup>76</sup> como en relación con áreas fuera de los límites de la jurisdicción nacional, como los fondos marinos de la Zona<sup>77</sup> o el alta mar.<sup>78</sup>
38. Con respecto al momento en que debe efectuarse la evaluación de impacto ambiental, la jurisprudencia considera, por razones de diligencia debida en el marco del principio de prevención, y en virtud de la obligación de cooperar de buena fe, que dicha evaluación debe ser ‘previa’ a la autorización o *a fortiori* al desarrollo de la actividad.<sup>79</sup>
39. El **contenido de la evaluación de impacto ambiental**, de conformidad con la norma consuetudinaria, debe ser apropiado al tipo de actividad en cuestión. La CIJ ha considerado que incumbe al Estado de origen la determinación, por medio de su derecho interno, del contenido específico de la evaluación de impacto ambiental.<sup>80</sup> Pero dicha **determinación no es meramente unilateral y discrecional** ya que debe incluir ciertos parámetros fijados por el derecho internacional consuetudinario

---

<sup>75</sup> Véase *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Judgment of 16 December 2015* (I.C.J.), párrafo 154.

<sup>76</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 204; *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Judgment of 16 December 2015* (I.C.J.), párrafo 104.

<sup>77</sup> *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, *Advisory Opinion of 1 February 2011*, ITLOS Case No. 17, párrafos 145, 148.

<sup>78</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafo 947-948.

<sup>79</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 205 (‘The Court also considers that an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project’); *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Judgment of 16 December 2015* (I.C.J.), párrafo 161 (‘the obligation to conduct an environmental impact assessment requires an ex ante evaluation of the risk of significant transboundary harm’.)

<sup>80</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 205.

y también respetar la diligencia debida en el marco del principio de prevención así como la obligación de cooperar de buena fe.

40. En relación con los **parámetros consuetudinarios**, no existe duda alguna que la evaluación de impacto ambiental debe ser previa, como se ha visto en el párrafo 38. Además, la CIJ ha afirmado en dos oportunidades que la evaluación de impacto ambiental implica que se monitoree de modo continuo dicho impacto durante el desarrollo de la actividad.<sup>81</sup> Ello es conforme a la diligencia debida que apunta a prevenir el daño ambiental considerable que pueda resultar de la actividad, aunque éste no haya sido anticipado satisfactoriamente por la evaluación previa.<sup>82</sup>
41. En lo atinente a los **límites generales** impuestos por la diligencia debida en el marco del principio de prevención y por la obligación de cooperar de buena fe, la jurisprudencia internacional ha afirmado en varias oportunidades que el **contenido de la evaluación de impacto ambiental debe ser apropiado con respecto a las circunstancias de la actividad propuesta**. En efecto, la CIJ ha considerado que:

‘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.*’<sup>83</sup>

Ello ha sido confirmado por la CIJ en el reciente caso entre *Costa Rica y Nicaragua*.<sup>84</sup> La adecuación de ciertos procedimientos al nivel requerido por la diligencia debida puede ser evaluada por un tribunal internacional y, según el caso, éste puede concluir que un Estado ha faltado a sus obligaciones internacionales. Es así que la CIJ consideró que Costa Rica había vulnerado la exigencia consuetudinaria de efectuar una evaluación de impacto ambiental previamente al comienzo de las actividades de construcción de una ruta a lo largo del Río San Juan<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 205; *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafo 161.

<sup>82</sup> Según un estudio comparativo de la performance de las evaluaciones de impacto ambiental previstas en la legislación de diversos países, la incapacidad de dichas evaluaciones de anticipar efectivamente el daño ambiental, aún en aquellos casos en que la evaluación se ha desarrollado de conformidad con la reglamentación vigente, es uno de los mayores desafíos al que las iniciativas de reforma deben responder en la actualidad. Véase F. Retief et al, ‘Global megatrends and their implications for environmental assessment practice’ (2016) 61 *Environmental Impact Assessment Review* 52, páginas 55-56 (en que se explica que la complejidad de problemáticas como el cambio climático limita el impacto predictivo de las evaluaciones de impacto ambiental).

<sup>83</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, párrafo 205 (énfasis añadido).

<sup>84</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.), párrafo 104 (‘Determination of the content of the environmental impact assessment should be made in light of the specific circumstances of each case’).

y que dicha conducta no podía ser justificada por las circunstancias del caso, ya que no podía comprobarse el pretendido estado de emergencia alegado por Costa Rica.<sup>86</sup> De modo similar, en el caso *Filipinas c. China*, el tribunal de arbitraje se refirió a la decisión de la CIJ en el caso entre *Costa Rica y Nicaragua* y consideró no solo que la mera afirmación de la realización de una evaluación de impacto ambiental es insuficiente para cumplir con la obligación convencional y consuetudinaria sino que, además, los estudios que el tribunal pudo identificar no eran conformes a los estándares usuales.<sup>87</sup> Por otra parte, en ciertas circunstancias, **la información necesaria para que una evaluación de impacto ambiental sea suficiente puede encontrarse en manos de otros Estados o inclusive de individuos.** No permitir la participación de dichos Estados o individuos o discriminar entre ellos implicaría no solo una violación de la diligencia debida sino también, potencialmente, de la obligación de cooperación. No toda situación de hecho comportará esta dimensión adicional<sup>88</sup> y, por ende, el proceso de evaluación de impacto ambiental no siempre implica de modo necesario la participación de entidades extranjeras. Pero en ciertos casos dicha participación será esencial para que la evaluación de impacto ambiental cumpla con las exigencias de la diligencia debida en el marco del principio de prevención y de la obligación de cooperar de buena fe, lo que conlleva *inter alia* la obligación de notificar y consultar a los Estados afectados durante la evaluación, así como la integración de otras partes interesadas.

42. Las cuestiones de participación poseen una gran relevancia para la **relación entre la exigencia de una evaluación de impacto ambiental y la protección de los derechos humanos.** Desde esta perspectiva, la norma consuetudinaria debe ser tomada en cuenta principalmente de dos modos:

1. La evaluación de impacto ambiental debe incluir un análisis de los efectos adversos sobre el medio ambiente y sobre los individuos localizados en el Estado afectado. Por ende, este Estado puede exigir, en virtud del derecho

---

<sup>85</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.),* párrafo 161.

<sup>86</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.),* párrafos 157-159. Notese que, en el párrafo 157, la CIJ afirma claramente los límites a la discrecionalidad del Estado ('the fact that there may be an emergency exemption under Costa Rican law does not affect Costa Rica's obligation under international law to carry out an environmental impact assessment').

<sup>87</sup> *In the matter of the South China Sea Arbitration before and Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China)*, PCA Case No. 2013-19, Award (12 July 2016), párrafos 988-990 (en este último párrafo se menciona lo siguiente: 'The SOA Statement and the SOA Report which the Tribunal did manage to locate both fall short of these criteria, and are far less comprehensive than EIAs reviewed by other international courts and tribunals, or those filed in the foreign construction projects to which the SOA scientists referred in their report', énfasis añadido).

<sup>88</sup> *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment of 16 December 2015 (I.C.J.),* párrafos 104, 108, 168.

internacional consuetudinario, que dicha evaluación abarque esta dimensión y, si fuera necesario, que se lo notifique y se lo consulte para que pueda ofrecer las informaciones necesarias tanto al Estado de origen como a los individuos afectados. Llegado el caso, el Estado afectado podrá impugnar ante un tribunal internacional la regularidad de la evaluación de impacto ambiental, con base en la exigencia consuetudinaria específica así como en la diligencia debida en el marco del principio de prevención y/o de la obligación de cooperar de buena fe.

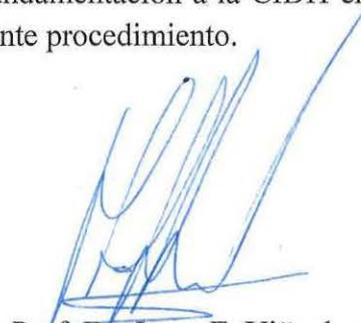
2. En virtud de sus obligaciones en materia de derechos humanos, el Estado de origen tiene el deber de proteger los derechos humanos de los individuos que se encuentren en su territorio y jurisdicción, incluyendo potencialmente su jurisdicción extendida. Ello le exige ofrecer vías de participación suficientes, incluyendo el acceso a la información, la participación en la toma de decisión y el acceso a la justicia, tanto a su población como a los individuos situados fuera de su territorio que se encontraran potencialmente afectados, en observancia del principio de no discriminación.
3. En virtud de las normas aplicables de derechos humanos, los individuos y grupos potencialmente afectados, ya sea que se encuentren en el territorio del Estado de origen o fuera de éste, tienen derecho a acceder a un nivel de participación suficiente. Nótese que estos derechos no se basan únicamente en la posibilidad de extender el ámbito de las obligaciones en materia de derechos humanos del Estado de origen a situaciones extraterritoriales sino también, aun si dicha extensión no fuera reconocida, en la posibilidad de que los individuos de los Estados afectados obtengan de las autoridades del Estado de origen - en el territorio mismo de este Estado - un nivel de participación suficiente. Privarlos de dicha participación podría constituir una violación de los derechos humanos de estos individuos, la cual tendría lugar no en el extranjero sino en el territorio mismo del Estado de origen, en donde opera la autoridad competente.

## VII. CONCLUSIONES

43. Esta sección sintetiza la relevancia de las normas consuetudinarias analizadas para las cuestiones planteadas por la Solicitud.
44. Con respecto a la **pregunta 1** de la Solicitud, las normas consuetudinarias de protección ambiental son relevantes para la existencia y el contenido de una jurisdicción ambiental funcional debido a que (i) la diligencia debida en el marco del principio de prevención extiende el ámbito espacial de protección del medio ambiente tanto al medio ambiente de otros Estados como al de zonas que estén fuera de los límites la jurisdicción nacional, y (ii) el contenido de dicha diligencia debida incluye como mínimo el deber pro-activo de prevenir el daño ambiental considerable, la obligación de cooperar de buena fe (en particular notificar a los Estados afectados y a otros organismos pertinentes, y consultar con ellos) y la exigencia de efectuar una evaluación de impacto ambiental. La existencia y el contenido de la jurisdicción ambiental funcional definidos por el derecho consuetudinario se articulan con los regímenes convencionales de protección ambiental o, si estos no existieran o no fueran aplicables, operan de modo autónomo. Dicha jurisdicción ambiental funcional constituye una base jurídica en virtud de la cual se puede extender, en ciertos casos, el ámbito de las obligaciones

de los Estados en materia de derechos humanos, de modo que los ámbitos de ambas jurisdicciones coincidan. La articulación de los ámbitos de ambas jurisdicciones ha sido esclarecida en los párrafos 24, 33 y 42.

45. En relación con la **pregunta 2** de la Solicitud, las normas consuetudinarias de protección ambiental son relevantes en la medida en que las obligaciones que emanan de la diligencia debida en el marco del principio de prevención, de la obligación de cooperación de buena fe y de la exigencia de efectuar una evaluación de impacto ambiental coinciden, en gran parte, con las obligaciones derivadas de los derechos humanos. La yuxtaposición de obligaciones que persiguen objetivos concordantes es particularmente clara en lo atinente al deber proactivo de proteger los derechos humanos de los individuos situados tanto en el territorio como en la jurisdicción de un Estado (incluyéndose su jurisdicción extendida) con respecto a toda interferencia causada por terceros (incluyéndose a otros Estados o a operadores privados basados en ellos) o por causas naturales. La articulación entre ambos tipos de obligaciones ha sido esclarecida en los párrafos 24, 33 y 42.
46. Finalmente, con respecto a la **pregunta 3** de la Solicitud, las normas consuetudinarias de protección ambiental son relevantes en la medida en que fijan ciertos estándares que deben ser aplicados por los Estados para proteger el medio ambiente no solo *per se* sino también con el fin de proteger los derechos humanos de los individuos que se podrían ver vulnerados a raíz de la degradación del medio ambiente. Cuando la degradación del medio ambiente constituye una amenaza para el pleno goce de los derechos humanos garantizados por el Pacto de San José, los Estados tienen como mínimo la obligación de implementar sus obligaciones consuetudinarias en materia de protección ambiental. La articulación entre el respeto de las normas consuetudinarias de protección ambiental y el respeto de las obligaciones en materia de derechos humanos ha sido esclarecida en los párrafos 24, 33 y 42.
47. Se somete respetuosamente estas conclusiones y su fundamentación a la CIDH en la espera de que le sean de utilidad a los fines del presente procedimiento.



Prof. Dr. Jorge E. Viñuales  
12 de septiembre de 2016

Anexos:

1. Curriculum vitae
2. Documento de identidad del autor

## ANEXO 1

### CURRICULUM VITAE

Jorge E. Viñuales es Catedrático de Derecho y Políticas Ambientales en la Universidad de Cambridge, Reino Unido, en la que ocupa la cátedra Harold Samuel. También es Director del Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance (C-EENRG) de dicha Universidad, así como *Of Counsel* de la firma LALIVE y Director General de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional.

Entre sus publicaciones recientes se destacan los libros *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary* (Oxford University Press, 2015), *International Environmental Law* (Cambridge University Press, 2015) (en coautoría con P.-M. Dupuy), *The Foundations of International Investment Law* (Oxford University Press, 2014) (co-dirigido con Z. Douglas y J. Pauwelyn), *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge University Press, 2012) y *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Martinus Nijhoff, 2012) (co-dirigido con M. Kohen y L. Boisson de Chazournes).

El Dr. Viñuales posee una amplia experiencia en el ejercicio del derecho internacional, habiendo trabajado en numerosos contenciosos internacionales (procedimientos interestatales, arbitrajes relativos a inversiones, y litigios comerciales) así como asesorado a empresas, gobiernos, organizaciones internacionales y ONGs sobre diversas cuestiones de derecho internacional. Es miembro de los colegios de abogados de Nueva York y Buenos Aires así como de numerosas organizaciones profesionales y académicas.

El Dr. Viñuales recibió su educación superior en Francia (Doctorado – Sciences Po Paris), Estados Unidos (LL.M. – Harvard Law School), Suiza (maestría y licenciatura en relaciones internacionales – HEI; licenciatura en derecho – Universität Freiburg; maestría y licenciatura en ciencias políticas – Université de Genève), y Argentina (Abogacía – UNICEN).

Su lengua materna es el español y domina el inglés, el francés, y el italiano.

ANEXO 2

DOCUMENTO DE IDENTIDAD DEL AUTOR