

Proteger el medioambiente más allá de las fronteras: Opinión Consultiva de la Corte IDH sobre Medioambiente y Derechos Humanos.

Judith Schönsteiner¹

Doctora en derecho y LL.M. en Derecho por la
Universidad de Essex, Reino Unido
Investigadora del Centro de Derechos Humanos
Universidad Diego Portales

INTRODUCCIÓN

A solicitud de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió, en noviembre del 2017, una Opinión Consultiva (OC) sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, donde respondió a una pregunta que no solo le permitieron desarrollar el alcance de la relación entre el (derecho a un) medioambiente (sano) y los derechos humanos ante obras de infraestructura de gran envergadura, los deberes de prevención y debida diligencia asociados a estas situaciones, sino también, la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de extraterritorialidad.

En materia ambiental, la Opinión Consultiva abarca, por tanto, un tema novedoso: el valor de los tratados internacionales *ambientales* que un país haya ratificado en la interpretación de sus obligaciones bajo la Convención Americana y el alcance de la debida diligencia al respecto, especialmente, en relación a la *prevención* de daños ambientales. Aunque en materia de debida diligencia la Corte se haya podido basar en su jurisprudencia constante desde el primer caso

¹ Investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Doctora en derecho y LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex, Reino Unido. Contacto de la autora: Judith.schonsteiner@udp.cl. Este comentario se basa en investigación sobre debida diligencia y extraterritorialidad realizada en el contexto del proyecto Fondecyt No. 11150853, *Responsabilidad internacional del Estado por acciones y omisiones de empresas estatales en materia de derechos humanos*, 2015-2018.

contencioso que tuvo que decidir (*Velásquez Rodríguez*), fue por primera vez que le correspondió su aplicación sistemática a temas ambientales.

Sin embargo, ha sido el aspecto hasta ahora más comentado de la OC, la responsabilidad estatal por efectos extraterritoriales de su actuar. El criterio jurisprudencial sobre extraterritorialidad desarrollado en la OC aplicaría, por ejemplo, a proyectos mineros transfronterizos, o daños que se originen a lo largo de un río que pasa por varios países causando impacto fuera del territorio del Estado donde el daño inicialmente ocurrió. También aplicaría en situaciones de daños ambientales atmosféricos o marinos. Este último fue el contexto original en el que Colombia planteó su solicitud. El debate jurídico se da en un momento en el que otros órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en materia de derecho humanitario y migración) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en materia de empresas y derechos humanos) ya se habían pronunciado sobre la misma temática. El Comité de Derechos Humanos se pronunciará prontamente en materia del derecho a la vida sobre obligaciones extraterritoriales – el borrador de la Observación General ya circula oficialmente.² La Corte IDH siguió, como mostraremos, al Comité DESC y no al TEDH en su desarrollo sobre extraterritorialidad.

Este comentario procede como sigue: resumiré brevemente la problemática que Colombia sometió a la Corte IDH, y, como es clave para entender el análisis, el contexto fáctico y político en el que surgió. Después, reflexiono sobre algunos aspectos generales de interpretación, para luego presentar y analizar, primero, las obligaciones de protección ambiental y, segundo, el alcance extraterritorial de estas obligaciones tal como la Corte IDH las deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

1. Las preguntas sometidas a la Corte IDH y el contexto de su presentación

Colombia, en un contexto de conflictos sobre el uso y la protección del Caribe para actividades turísticas y la conservación del Medio Ambiente, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la pregunta “de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe” (párr. 1).

² Comité de Derechos Humanos, , Proyecto de Comentario general N° 36 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en la 120ª sesión.

En seguida, planteó las razones de su preocupación, ya que éstas obras podrían afectar

"el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos".³

En concreto, consultó si

"(...) debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, está sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el caso específico en el que, de forma acumulativa, se cumplan las cuatro condiciones que a continuación se enuncian[:]"

1. que la persona resida o se encuentre en una zona delimitada y protegida por un régimen convencional de protección del medio ambiente del que dicho Estado sea parte;
2. que ese régimen convencional prevea un área de jurisdicción funcional, como por ejemplo el previsto en el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe;
3. que en esa área de jurisdicción funcional los Estados parte tengan la obligación de prevenir, reducir y controlar la polución por medio de una serie de obligaciones generales y/o específicas; y
4. que, como consecuencia de un daño al medio ambiente o de un riesgo de daño ambiental en la zona protegida por el convenio de que se trate, y que sea atribuible a un Estado Parte- del convenio y del Pacto de San José, los derechos humanos de la persona en cuestión hayan sido violados o se encuentren amenazados[.]"⁴

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medioambiente y Derechos Humanos, Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia, 15 de noviembre de 2017, Serie A, OC-23/17, párr. 1.

4 OC 23, párr. 3.

En seguida, especificó la consulta en relación a posibles violaciones de los artículos 4.1 y 5.1 CADH, que podrían generarse a partir del mencionado daño ambiental. Más específicamente aún, Colombia pretendió saber si estas obligaciones de “respetar y garantizar” estos derechos conllevaban la obligación de efectuar “estudios de impacto ambiental en una zona protegida por el derecho internacional y de la cooperación con los Estados que resulten afectados” y cuáles serían los “parámetros generales [que] se deberían tener en cuenta (...) y cuál debería ser su contenido mínimo”.⁵

Estas preguntas se ubican en el contexto de un conflicto limítrofe marítimo con Nicaragua, sobre el cual la Corte Internacional de Justicia (CIJ) emitió una sentencia en 2012,⁶ y en relación al cual se encuentra pendiente un segundo caso ante el Tribunal de La Haya, esta vez sobre la implementación de la decisión anterior.⁷ Además, está pendiente una demanda interpuesta por Nicaragua en relación a la determinación de los límites de sócalo marítimo a las 200 millas marítimas.⁸ A la segunda demanda nicaragüense, Colombia respondió con cuatro contra-demandas, de las cuales solo dos fueron declaradas admisibles, relacionadas con cuestiones de delimitación y áreas de pesquería artesanal. Dos contra-demandas que versaron sobre el deber de debida diligencia de Nicaragua para proteger y preservar el medioambiente marino, y el derecho de los habitantes de las islas del archipiélago San Andrés de gozar de un medioambiente sostenible y sano, fueron declaradas inadmisibles por no estar directamente relacionadas con el fondo del caso.⁹ Son justamente estas dos temáticas excluidas del caso ante la CIJ que aparecen como centrales en la solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana.

Además, hace algunos años, Colombia había denunciado el Pacto de Bogotá, un tratado multilateral sobre solución de controversias y que prevé la jurisdicción automática de la CIJ, porque había perdido una controversia limítrofe ante este tribunal. Como la denuncia del Pacto implica perder la legitimación pasiva, pero

5 OC 23, párr. 3.

6 Corte Internacional de Justicia, JUDGMENT, Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), I.C.J. Reports 2012, p. 714.

7 CIJ, APPLICATION INSTITUTING PROCEEDINGS filed in the Registry of the Court on 26 November 2013, Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea, Nicaragua v Colombia.

8 CIJ, APPLICATION INSTITUTING PROCEEDINGS filed in the Registry of the Court on 16 September 2013, Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia).

9 CIJ, ORDER ON COUNTER-CLAIMS, Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea, Nicaragua v Colombia, 15 November 2017.

también la activa, la Corte Interamericana es un foro alternativo que permite a Colombia plantear sus preocupaciones. Como veremos, sin embargo, la Corte IDH evitó entrar en el juego del *forum-shopping* y se circunscribió a su jurisdicción consultiva.

El contexto fáctico de este litigio y el *forum-shopping*¹⁰ colombiano, es, principalmente, el proyecto de construcción del Canal interoceánico, concesión del gobierno nicaragüense.¹¹ Este proyecto finalmente parece haberse desarticulado cuando Panamá concluyó, en 2017, un convenio con China sobre "ruta de la seda" que incluye ampliación del canal de Panamá, por lo que la inversión china ya no estaría llegando a Nicaragua. Con esto, supuestamente, se habría caído la pretensión nicaragüense,¹² en un momento en el que la OC ya se había adoptado (pero aún no publicado).

Es por esta razón que reformuló la pregunta que Colombia inicialmente sometió (ver arriba). En este contexto muy concreto, la Corte Interamericana, ha dejado bien claro que una OC no se puede convertir en un pronunciamiento sobre un caso inter-estatal. La situación recuerda la OC de México sobre Migrantes Indocumentados que fue una referencia implícita a la situación de ciudadanos mexicanos en Estados Unidos (2003). Así, la Corte indicó que su jurisdicción consultiva no abarca preguntas concretas sobre regímenes jurídicos específicos (externos al Sistema Interamericano), pero que podía resolver las dudas de fondo sobre prevención de daños ambientales y derechos humanos, así como los efectos extraterritoriales de tales daños. En este sentido, no aceptó pronunciarse solamente sobre responsabilidades extraterritoriales de los Estados, sino, enmarcó su respuesta en el deber general que los Estados tienen en relación al medioambiente y los derechos humanos, también dentro de su propio territorio.

10 Término que indica la posibilidad del denunciante de escoger el tribunal donde interpone su caso.

11 Ver Carrillo, Nicolás, *The Politics behind the Latest Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights* [en línea], 24 de febrero de 2018, [Fecha de consulta: 07.08.18] Disponible en: <http://www.icconnectblog.com/2018/02/the-politics-behind-the-latest-advisory-opinions-of-the-inter-american-court-of-human-rights/>. Véase también, Carrillo, Nicolás, *Aspectos destacables e interesantes de la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre "medio ambiente y derechos humanos"* [en línea], 12 de marzo de 2018, [Fecha de consulta: 07.08.18] Disponible en: <https://aquiencia.net/2018/03/12/aspectos-destacables-e-interesantes-de-la-opinion-consultiva-oc-23-17-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-sobre-medio-ambiente-y-derechos-humanos/>. Finalmente, Boeglin, Nicolás, *Mucho más que una respuesta a Colombia: a propósito de la Opinión Consultiva OC-23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre ambiente y derechos humanos*, [en línea], 26 de febrero de 2018, [Fecha de consulta: 07.08.18] Disponible en: <https://debateglobal.wordpress.com/2018/02/26/mucho-mas-que-una-respuesta-a-colombia-a-proposito-de-la-opinion-consultiva-oc-23-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-sobre-ambiente-y-derechos-humanos/>.

12 Ver La Prensa (30.11.17) Canal interoceánico en Nicaragua se desvanece tras acuerdos de Panamá con China [en línea] por Oscar Enriquez, [Fecha de consulta: 07.08.18] disponible en: <https://www.laprensa.com.ni/2017/11/30/politica/2339467-canal-interoceanico-en-nicaragua-se-desvanece-tras-acuerdos-de-panama-con-china>.

La Corte respondió entonces las siguientes preguntas:

“¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, podría estar sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el marco del cumplimiento de obligaciones en materia ambiental?”¹³

Además, “la Corte entiende que, con la segunda y la tercera preguntas, Colombia está consultando a la Corte sobre las obligaciones de los Estados Parte de la Convención en relación con la protección del medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, tanto para daños ocurridos dentro de su territorio como para daños que traspasen sus fronteras. En consecuencia, decide agrupar sus consideraciones con respecto a dichas consultas, de forma de responder, de manera conjunta, qué obligaciones tienen los Estados, a partir del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en relación con daños al medio ambiente.”¹⁴ Así, la Corte se sale del contexto específico de la pretensión colombiana, evita sustituir la CIJ o su propia jurisdicción contenciosa, y logra pronunciarse de una forma que aplica y sirve a todos los Estados bajo su jurisdicción, también en todos los otros Estados partes de la CADH.

2. Criterios de interpretación

La Corte Interamericana ha ido explicitando, en los últimos años, los criterios y las fuentes de interpretación que usa. Así, mientras la base de su jurisdicción se encuentra en la Convención Americana, ésta debe interpretarse, según su artículo 29, a la luz de otros tratados internacionales de derechos humanos, y los derechos reconocidos en las Constituciones nacionales, si éstas otorgan una mayor protección. El régimen general de interpretación es, como para cualquier tratado internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, especialmente, sus artículos 31 y 32. Destaca, particularmente, que la CADH protege a cualquier persona “bajo la jurisdicción” del Estado, aunque no tenga su nacionalidad.¹⁵ Tal como es parte de su jurisprudencia constante, también hace hincapié en los principios pro persona, y la interpretación evolutiva de los estándares que sere para la adecuación de normas abstractas a la respectiva

13 OC 23, párr. 36.

14 OC 23, párr. 38.

15 OC 23, párr. 41.

situación social.¹⁶ Mientras el uso de estos principios está generalmente aceptado entre los críticos de la interpretación, en casos concretos, éstos pueden cambiar el resultado de un fallo y por tanto, deben ser evaluados y criticados in concreto.

En varias oportunidades, la Corte se refiere al *corpus iuris* de derecho ambiental internacional que debe guiar la interpretación de las obligaciones estatales en la materia. No define este concepto en cuanto al alcance y contenido de las normas; solo indica, en relación al derecho internacional de los derechos humanos, que abarca los tratados internacionales, la costumbre internacional, y el *soft-law* en la materia. Estos estándares “sirven como guía de interpretación de las primeras [fuentes principales], pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente”.¹⁷ Sin embargo, del inventario de normas y estándares ambientales que la Corte refiere en su propia opinión, podemos derivar algunas ideas sobre el alcance de este *corpus iuris* ambiental, el que incluye, obviamente, también la propia jurisprudencia constante de la Corte. La interpretación de estos instrumentos tiene un efecto limitado pero clave: “la Corte desea subrayar que, aunque no le corresponde emitir una interpretación directa de los distintos instrumentos de derecho ambiental, indudablemente los principios, derechos y obligaciones allí contenidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana”.¹⁸

Podría considerarse discutible que los tratados ambientales sean herramienta para interpretar la CADH; sin embargo, el artículo 29 no limita el uso interpretativo de otros tratados ratificados a los que estén *explícitamente* vinculados con derechos humanos, cuando dice que se tomen en cuenta los derechos “de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.¹⁹ Además, se está aceptando – en la doctrina tal como en el mismo sistema interamericano²⁰ – que el derecho a un medioambiente sano es parte de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y además, la contaminación del medioambiente un factor que pueda impactar negativamente el goce de otros derechos. Al recurrir al *corpus iuris* en distintas materias, la Corte IDH dialoga con otros órganos de tratados y con los Estados en su función de law-making a través de tratados, costumbre y resoluciones en órganos internacionales. De tal forma, se espera evitar los efectos que podría tener la fragmentación de las distintas áreas de derecho internacional

16 OC 23, párrs. 42-43.

17 OC 23, párr. 45.

18 OC 23, párr. 44.

19 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 29b.

20 Véase creación de Unidad de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en la CIDH. El énfasis es nuestro.

– especialmente, un aumento del *forum-shopping* buscando el tribunal que aplica el estándar que más le conviene a la parte demandante.

Hay que señalar otro desafío interpretativo que es particular de una OC en el sistema interamericano, donde hay compromisos diferenciados en relación con los DESC(Ambientales): a saber, un país como Chile no ha ratificado el Protocolo San Salvador, mientras un país como Colombia lo ha hecho. En la OC, la Corte menciona brevemente la diferencia,²¹ pero considera que los aspectos claves de su argumento aplican para todos los Estados.

Ciertamente, en casos que serán llevados ante su jurisdicción contenciosa, la Corte IDH podrá a futuro elaborar sobre este punto y el alcance del derecho a un medio ambiente sano en casos específicos. La Corte está dividida sobre el alcance del artículo 26, por lo que cualquier cambio en su integración repercutirá, lo más probablemente, en las mayorías sobre esta materia. Los jueces Vio y Sierra han planteado reiteradamente, también en esta OC, su disidencia en relación a una interpretación amplia del artículo 26 de la cual deriva la justiciabilidad de los DESC en general – ellos consideran que solamente son justiciables los dos derechos que el PSS hace explícitamente justiciables.²²

Sin embargo, para los jueces disidentes no hubo problema con el desarrollo del alcance del derecho al medioambiente sano en los términos del derecho consuetudinario, la interpretación de los artículos 4.1 y 5.1 CADH a la luz de los instrumentos ambientales, o incluso, el alcance del derecho bajo el PSS – sin embargo, no lo consideran justiciable a menos que se afectaría un derecho consagrado en los artículos 3-25 CADH o el derecho a la educación y el derecho a la asociación, respectivamente. La mayoría también considera aplicable el artículo 26 CADH.²³

En lo específico, mientras la Corte IDH identifica el artículo 26 CADH en el capítulo sobre derechos afectados en situaciones como las que consulta Colombia, no elabora los detalles de su alcance. Todo el desarrollo interpretativo de las obligaciones de prevención y debida diligencia está relacionado, únicamente, con los artículos 4.1 y 5.1 CADH. Es posible que la disidencia de dos de siete jueces

21 OC 23, párr. 58, refiriéndose al *corpus iuris* internacional.

22 OC 23, votos disidentes. Véase también, votos disidentes en los casos Lagos del Campo, Petroperú, González Lluy, todos de la Corte IDH.

23 OC, párr. 58.

en relación a la Justiciabilidad del derecho a un medio ambiente sano, por no considerarlo un derecho autónomo bajo la CADH, haya significado que el pleno tampoco llegara a una posición común sobre el alcance del derecho y por tanto, haya preferido no hacer uso de su facultad de pronunciarse *iura novit curiae* (Colombia no había consultado explícitamente sobre el artículo 26 CADH).

Además de esta pregunta particular, la Corte IDH hubiese podido especificar con algo más de detalle cuáles son los elementos del *corpus iuris* ambiental, ya que el derecho internacional ambiental contiene hoy un sinnúmero de normas técnicas, específicas a ciertos hábitats, además de los principios clásicos del derecho ambiental que la Corte correctamente identifica como costumbre internacional, tales como el principio de no dañar, el principio *polluter pays*, y el principio precautorio. Para elementos más técnicos como, por ejemplo, normas sobre las huellas de carbono, parecería necesario que el Estado haya ratificado algún instrumento específico al respecto que se puede incorporar en la interpretación de la CADH vía artículo 29b CADH, ya que no necesariamente se pueden considerar costumbre. Además, existe la obligación de protección a través del artículo 29c cuando el derecho interno prevé un estándar más proteccionista que el marco internacional, pero queda sujeto a posibles diferencias en el alcance y contenido del derecho que se construye por vía interpretativa. Así, se hubiera esperado un tratamiento un poco más extenso sobre los Estados que no han ratificado el Protocolo de San Salvador (PSS), para comprender mejor si el alcance de las obligaciones estatales en base al artículo 26 CADH es exactamente el mismo que el alcance para Estados miembros del Protocolo. La Corte es muy clara, sin embargo, que la referencia interpretativa a regímenes especiales no extiende por sí misma la jurisdicción de la Corte IDH.²⁴

3. Protección del Medio Ambiente en el Sistema Interamericano

La OC no es la primera vez que la Corte IDH se pronuncia sobre temas ambientales. Pero, según Feria-Tinta, es “la primera decisión de un tribunal internacional de derechos humanos que examina el derecho ambiental realmente como un todo sistémico” que permite “denuncias diagonales” contra Estados otros que el propio.²⁵ En casos anteriores, en el contexto de la protección de los

²⁴ OC, párr. 92.

²⁵ Feria-Tinta, Mónica / Milnes, Simon, The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights issues Landmark Advisory Opinion on Environment and Human Rights [en línea] 26 de febrero de 2018 [Fecha de consulta: 07.08.18] Disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-rise-of-environmental-law-in-international-dispute-resolution-inter-american-court-of-human-rights-issues-landmark-advisory-opinion-on-environment-and-human-rights/>.

derechos de los pueblos indígenas, la Corte ha establecido que se deben realizar evaluaciones de impacto ambiental, incluyendo aspectos sociales y culturales.²⁶ Además clarificó, en un caso paraguayo donde la protección ambiental por privados estaba en conflicto con los derechos ancestrales indígenas, que ella no puede usarse como pretexto para restringir los derechos territoriales indígenas.²⁷ Finalmente, la Corte IDH ha intentado, a través de sus medidas provisionales, proteger activistas ambientales, y cuando la protección no fuera eficaz, encontró una violación del derecho a la vida.²⁸ La Comisión Interamericana, además, ha propiciado acuerdos de solución amistosa en un caso de contaminación masiva por un complejo industrial metalúrgico que ha estado dañando la salud de los y las habitantes de La Oroya, especialmente, los niños.²⁹

En la Opinión Consultiva bajo comento, la Corte IDH determinó, con dos votos disidentes, que el derecho a un medioambiente sano es un derecho autónomo³⁰ y justiciable en virtud del Art. 26 CADH. Los dos votos disidentes instaron que el Art. 26 no proporcionaba un fundamento para la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el Pacto de San Salvador o en otros instrumentos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ya que la redacción del artículo era programática, no enunciaba derechos específicos. Esta disidencia se ha ido instalando desde algunos casos recientes sobre DESC que la Corte IDH ha resuelto, y no está específicamente relacionada con temas ambientales.³¹

Una importante contribución que podemos reconocer en la OC, es la sistematización del deber de debida diligencia, y el deber de prevención bajo la CADH. La Corte IDH esboza los distintos elementos del deber de respetar y garantizar los derechos, a la luz de la pregunta de Colombia sobre daños ambientales, y abarca los siguientes elementos: "(A) la obligación de prevención; (B) el principio de precaución; (C) la obligación de cooperación, y (D) las obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente, con el propósito de establecer y determinar las obligaciones estatales derivados

26 Corte IDH, Saramaka, Sarayaku, Kaliña Lokono.

27 Xákmok Kásek.

28 Kawas Fernández.

29 Solución amistosa La Oroya.

30 Ver para un análisis, por ejemplo, Dena Adler, The Interamerican Court of Human Rights recognizes a right to a healthy environment in a recent advisory opinion [en línea]. Climate Law Blog. 23 de febrero de 2018, [Fecha de consulta: 07.08.18] Disponible: <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2018/02/23/the-inter-american-court-of-human-rights-recognizes-a-right-to-a-healthy-environment-in-recent-advisory-opinion/>.

31 González Lluy; Lagos del Campo; Petroperú.

de la interpretación sistemática de dichas normas junto con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal consagrados en la Convención Americana.³² Con estos elementos, recoge su jurisprudencia constante, en casos como *Kawas Fernández, Brasil Hacienda Verde, y Pueblo Bello* – remontando finalmente a la definición de debida diligencia en el caso *Velásquez Rodríguez*.

En materia de prevención, la Corte IDH recoge a partir de la jurisprudencia de órganos internacionales que la obligación abarca daños “significativos” y “previsibles”.³³ Mientras no dio pistas concretas sobre qué significa “previsibilidad”, recuerda que la CDI “advirtió que, de forma paralela, los Estados tienen la obligación de continuamente identificar las actividades que impliquen este tipo de riesgo significativo”.³⁴ Este estándar de evaluación iterativa de los riesgos se condice con la exigencia para empresas en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, un instrumento no-vinculante adoptado por el Consejo de Derechos Humanos que establece estándares para empresas en materia de derechos humanos. Hubiera sido útil para la comprensión del alcance de las obligaciones que la Corte elaborara un poco más sobre el estándar de previsibilidad. Sin embargo, considerando que principalmente recurrió a la CDI para fijar su postura en esta materia, es esperable que no se aleja demasiado de la interpretación del derecho internacional general en esta materia. En lo concreto, para lograr la prevención, Estados deben “regular, supervisar y fiscalizar, requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, establecer un plan de contingencia y mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.”³⁵ Para los EIA, la Corte indica los elementos mínimos, siguiendo en estos puntos la jurisprudencia de la CIJ. La Corte IDH hace énfasis en que, cuando el daño ya se empieza a notar o está ocurriendo, “[e]stas medidas se deben tomar inmediatamente, incluso si se desconoce cuál es el origen de la contaminación”.³⁶

Siguiendo el Tribunal Internacional del Derecho del Mar,³⁷ la Corte IDH considera el principio precautorio parte de la debida diligencia, y justifica su aplicación en la interpretación de la CADH por ser un principio general de los

32 OC 23, párr. 125.

33 OC 23, párr. 136.

34 OC 23, párr. 136, citando CDI.

35 OC 23, párr. 145, numeración omitida.

36 OC 23, párr. 172.

37 OC 23, párr. 177.

sistemas jurídicos ambientales en Latinoamérica.³⁸ Subsidiariamente, lo deriva del principio *pro persona*, reconduciéndolo no a la persona, sino al medioambiente.³⁹ Un tal principio '*pro ambiente*' debería ser, sin embargo, justificado de mejor manera.

Comentando brevemente el deber de cooperación entre los Estados⁴⁰ – un tema tratado de manera negligente en jurisprudencia y doctrina – sorprende que la Corte IDH no se refiera al artículo 2.3 del PIDESC – aunque este tratado no consagre explícitamente el derecho a un medioambiente sano, sí aplica el deber de cooperación en relación a otros derechos, como el derecho a la salud, la vivienda, el agua, que están recogidos en el Pacto y que la Corte IDH aborda en el contexto de los artículos 4 y 5 CADH.⁴¹

Haciendo hincapié en el foco sobre la debida diligencia, no hay que perder de vista que la Corte IDH además desarrolla, a la luz del más reciente tratado regional que los Estados han concluido sobre la materia y su propia jurisprudencia, el acceso a la información y la participación ciudadana como elementos esenciales del derecho a un medioambiente sano. Estos elementos ya habían sido tratados en sus fallos sobre los derechos de los pueblos indígenas, medioambiente y derechos territoriales.

4. Alcances extraterritoriales del artículo 1.1 CADH y daño transfronterizo

La Corte IDH enfoca su análisis de extraterritorialidad – el primero que hace en su historia – en la pregunta si el Estado tiene control efectivo sobre las actividades que generan el daño transfronterizo; la pregunta entonces no es por el control sobre el daño una vez ocurrido sino su origen.⁴² Así, refuerza la idea de prevención desarrollado en relación a la debida diligencia en materia de protección ambiental. En relación a la extraterritorialidad, la Corte IDH abarca la responsabilidad directa del Estado y la responsabilidad indirecta por la falta de controlar o supervisar actores privados, aunque hubiera sido útil que diferenciara más entre ambas formas de responsabilidad. Esto especialmente porque en casos

38 OC 23, párr. 178.

39 OC 23, párr. 180.

40 OC 23, párr. 182.

41 OC 23, párr. 64.

42 Feria-Tinta, Mónica / Milnes, Simon, *The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights issues Landmark Advisory Opinion on Environment and Human Rights* [en línea]. 26 de febrero de 2018. [Fecha de consulta: 07.08.18] Disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-rise-of-environmental-law-in-international-dispute-resolution-inter-american-court-of-human-rights-issues-landmark-advisory-opinion-on-environment-and-human-rights/>.

de responsabilidad directa, se prescinde usualmente de la fórmula de la debida diligencia, presumiendo que el Estado es responsable aunque psicológicamente hablando, no tiene el control efectivo sobre todos sus funcionarios/as.⁴³

Así, en relación al impacto generado por el mismo Estado (y no por terceros que el Estado debiera regular y fiscalizar), la OC no es suficientemente explícita sobre posibles diferencias en los estándares. Por ejemplo, no contesta la pregunta si para el impacto generado por órganos estatales tales como las fuerzas armadas o empresas estatales, se presumirá la responsabilidad directa sin mediar el concepto de debida diligencia (tal como sería para efectos generados en el mismo territorio del Estado) o si se debiera aplicar algún test diferenciado por tratarse de impactos fuera del territorio. Ahora, la Corte IDH da suficientes elementos como para crear una hipótesis al respecto, pero hubiera sido útil contar con un pronunciamiento explícito.

Mientras la OC establece claramente que la jurisdicción extraterritorial es "excepcional",⁴⁴ comentaristas correctamente indican que no está completamente claro cuáles serían las características de esta excepcionalidad,⁴⁵ ya que el umbral para la responsabilidad internacional en materia de daños ambientales se establece, en el capítulo sobre obligaciones ambientales en general, para daños "significativos". El resumen de criterios que realiza la Corte en su fallo, no reitera esta precisión para daños o efectos extraterritoriales.⁴⁶ Además, Berkes reclama que la Corte IDH no distinguiría entre obligaciones extraterritoriales negativas y positivas; éstas últimas no habrían nunca sido abarcadas por la jurisprudencia.⁴⁷

Sin embargo, en la OG N°24 tenemos un antecedente de exactamente la misma definición, que – a pesar de diferenciarse de la definición adoptada por el TEDH – no tiene problemas sistemáticos ni de sustento en las fuentes. Berkes finalmente explica: "[The Court] should have determined [the concept's] limits for the sake of legal certainty. The limits are understood as the minimum threshold of the seriousness of the human rights violations, the scope of the affected rights and

43 Schönsteiner, Human Rights Obligations of SOE, presentación en el Coloquio Iberoamericano, Max Planck Institut für vergleichendes öffentliches Recht und Völkerrecht, 5 de julio de 2018.

44 OC 23, párr. 81.

45 Berkes, Antal, A New Extraterritorial Jurisdictional Link Recognised by the IACtHR [en línea]. *Blog of the European Journal of International Law*. 28 de marzo de 2018. [Fecha de consulta: 07.08.17] Disponible en <https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr/>.

46 OC 23, párr. 104.

47 Berkes, Antal, Berkes <https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr/>.

the nature of the factual/causal link”.⁴⁸ La Corte tendrá que desarrollar en casos futuros cómo entiende los límites del concepto, aunque podríamos perfectamente entender que estos límites están establecidos por la capacidad real de influenciar las cosas fuera de su territorio, citando textualmente la OG N°14 del Comité DESC.⁴⁹ En este sentido, una lectura del concepto de extraterritorialidad a la luz de la debida diligencia proporciona parte de la respuesta que Berkes parece extrañar. A la luz de su propia jurisprudencia anterior, la Corte define el concepto de debida diligencia de manera sistemática, incluyendo en materia de prevención. Pareciera lógico que los detalles sobre los límites del alcance de la responsabilidad se mostrarán más bien, en casos contenciosos sobre hechos particulares que en una OC sobre temas generales. Ciertamente, la Corte IDH hubiera podido establecer los límites de responsabilidad para el caso concreto de la construcción del canal de Nicaragua – pero justamente, en su jurisdicción consultiva, este asunto está fuera de sus facultades. La Corte IDH, según mi opinión, hizo lo correcto al no entrar en estos detalles y establecer solamente los parámetros generales de la responsabilidad.

En un diálogo con la Observación General N°24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por un lado, y con la costumbre internacional y la jurisprudencia del TEDH por el otro, la Corte IDH define la extraterritorialidad con referencia a que el Estado tenga “autoridad o control efectivo”⁵⁰ sobre una situación que ocurre fuera de su territorio, o una que ocurra dentro de ello, pero produzca daños significativos al medioambiente en otro Estado. En este sentido, sigue la definición propuesta por el Comité DESC que también habla de la “autoridad”⁵¹ como criterio, y no la del TEDH que solo abarca casos de “control efectivo”. En este sentido, el TEDH aparece como el tribunal más frecuentemente se ha pronunciado sobre situaciones de extraterritorialidad, pero lo ha hecho de una manera más restrictiva – en cuanto al umbral exigido, pero también en cuanto a las temáticas abarcadas: el TEDH hasta ahora solo se ha pronunciado sobre casos de derecho humanitario y migración.

48 Berkes, Antal, Berkes <https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr/>.

49 OC 23, párr. 151, citando OG N° 14, párr. 39.

50 OC 23, párr. 81 y 104.e.

51 OG 24, párr. 27.

Vega Barbosa⁵² considera que la Corte IDH reduce el concepto de extraterritorialidad a daños transfronterizos. Su conclusión se basa en los párrafos 101-103 de la opinión; estos, sin embargo, solo proporcionan un resumen del argumento sobre daño transfronterizo propiamente tal. Es el párrafo 104 que resume toda la delimitación de las obligaciones extraterritoriales y está enfático en establecer primero una definición de jurisdicción extraterritorial, y solo después, la obligación de prevenir daños transfronterizos como parte de las obligaciones extraterritoriales. Así, parece más bien que la prevención de los daños transfronterizos es un caso especial en relación a evitar impactos extraterritoriales que podrían impedir el goce de derechos humanos a personas que se encuentran fuera de su territorio. Finalmente, si "prevenir daños transfronterizos" incluye la prevención de daños a los derechos humanos de las personas fuera de su territorio, no se vería tampoco como la visión sería reduccionista. Es importante considerar que el término "transfronterizo" no se reduce a Estados colindantes. Si fuera así, efectivamente, Vega-Barbosa tendría razón al criticar una visión "reduccionista".

Berkes observa que la Corte IDH no estableció un umbral mínimo ni un criterio de proximidad causal para la aplicación de la jurisdicción extraterritorial, un elemento que está presente en la jurisprudencia del TEDH, y estaría recogido en la futura Observación General N° 36 del Comité de Derechos Humanos. Sin embargo, el texto al que se refiere Berkes es no aún no cuenta con la aprobación del Comité y deja explícitamente pendiente para el debate del pleno si el vínculo requiere ser "directo": el Estado "must also ensure that all activities taking place in whole or in part within their territory and in other areas subject to their jurisdiction, but having a [*direct*], significant and foreseeable impact on the right to life of individuals outside their territory, including activities taken by corporate entities, are consistent with article 6 (...)."⁵³ La referencia al impacto [*directo*] se reitera de la misma forma (sujeta a debate en el pleno del Comité) en relación a la definición de "autoridad y control efectivo".⁵⁴ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no establece la necesidad de un vínculo directo, sino usa el mismo test que describe la Corte IDH.

52 Vega Barbosa, Giovanni / Aboagye, Lorraine, A Commentary on the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the Environment and Human Right, Note e commenti, DPCE on-line, 2018/1.

53 Borrador OG 36, párr. 26, énfasis nuestro, pero paréntesis en el original.

54 Borrador OG 36, párr. 66.

En definitiva, la Corte IDH abarca los temas de extraterritorialidad de manera sistemática, tomando debidamente en cuenta la jurisprudencia de otros órganos internacionales, y aunque a algunos les puede parecer muy amplio el alcance de las obligaciones internacionales identificadas, responden ciertamente al objeto y fin de la Convención Americana y respetan también a los demás elementos de interpretación identificados en el artículo 31 CVDT y las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 CADH. Cabe destacar que todo el desarrollo sobre debida diligencia y extraterritorialidad fue aprobado por los siete jueces de forma unánime.

5. Apreciación

La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Medioambiente y Derechos Humanos es interesante desde varias perspectivas, jurídicas y no-jurídicas. Para quienes estudian el derecho internacional a partir de sus actores e institucionalidad, la Opinión Consultiva de la Corte IDH será interesante como caso de *forum-shopping*, y diálogo judicial, especialmente una vez que conozcamos la decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre la implementación (o alegada falta de implementación) de su decisión del 2012. Para quienes analizan las inversiones en proyectos de gran envergadura, podrán estudiar cómo reaccionó Colombia, a nivel económico y jurídico, para intentar frenar la inversión.

Desde una perspectiva jurídica, la decisión elabora de manera sistemática dos temas de suma actualidad: el alcance extraterritorial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el vínculo entre la protección del medio ambiente y las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. La Corte presenta una sólida interpretación sobre ambos conceptos, y el hecho que solo uno de los aspectos del fallo haya provocado votos disidentes confirma esta solidez, ya que sabemos a partir de otros casos que los jueces actuales de la Corte no mantienen un consenso en relación a los métodos de interpretación del derecho internacional. Tal vez se puede explicar con el hecho que, en la materia consultada, una interpretación *pro persona* o evolutiva, lleva a un resultado muy similar que una interpretación según la práctica subsiguiente reconocida como herramienta de interpretación en el artículo 31.3(a y c) de la Convención de Viena.

Además, como bien señalan Feria-Tinto y Milnes, es la primera vez que un tribunal de derechos humanos desarrolla una interpretación sobre el *corpus iuris*

ambiental. En esta interpretación, está confirmando la compatibilidad y en gran parte, la co-extensividad de los regímenes ambiental y de derechos humanos en relación al daño ambiental (aunque pueda haber diferencias en otros aspectos de la normativa).

Adicionalmente, en materia de extraterritorialidad, la Corte IDH confirma la lectura que el Comité de DESC ha dado al concepto, haciendo hincapié en que la responsabilidad del Estado se enfoca en la prevención, y por tanto, la correcta regulación y fiscalización de actividades que podrían generar daño e impacto en los derechos humanos fuera de su territorio. En este sentido, la Opinión Consultiva será también un importantísimo antecedente para el desarrollo de estándares de responsabilidad para las cadenas de suministro.

En definitiva, la opinión consultiva representa, en virtud del artículo 64 CADH, la interpretación autoritativa de la CADH en las materias abordadas; se desarrolló en un activo diálogo con otros tribunales, órganos de tratados y el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en la materia, y toma en cuenta los acuerdos de los Estados en temas ambientales, tal como evidenciados en los tratados ambientales y en resoluciones de organizaciones internacionales como la Carta Democrática Interamericana. En casos contenciosos, el tribunal tendrá la oportunidad de especificar ciertos aspectos de lo planteado; desde ya, sin embargo, la decisión puede generar un impacto paulatino en todos los países del continente, ya que establece los criterios que los Estados deben aplicar en sus políticas públicas ambientales, especialmente, en cuanto a los impactos extraterritoriales, para estar cumpliendo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recibido: 26 de julio de 2018.

Aprobado: 2 de agosto de 2018.