



FACULTAD DE DERECHO

**LA NOTIFICACIÓN Y CONSULTA INTERESTATAL EN
EL MARCO DE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO
AMBIENTAL TRANSFRONTERIZOS**

**PRESENTADA POR
MARIAN DALMA SARA SALINAS**

**ASESOR
ODAR ALEXANDER CARRANZA REYES**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC

Reconocimiento – No comercial

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**“LA NOTIFICACIÓN Y CONSULTA INTERESTATAL EN EL MARCO
DE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL
TRANSFRONTERIZOS”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

PRESENTADO POR:

MARIAN DALMA SARA SALINAS

ASESOR:

MG. ODAR ALEXANDER CARRANZA REYES

LIMA, PERÚ

2021

DEDICATORIA

A mis padres, a quienes les debo el sacrificio de la distancia e innumerables momentos juntos.

A mi hermana Ulda, por ser ejemplo de mujer fuerte, profesional y disciplinada.

AGRADECIMIENTO

Gracias al profesor Pablo Rosales, por su incondicional apoyo durante la elaboración de la presente tesis, por sus consejos y las charlas de café.

Gracias al profesor Alexander Carranza, por ser la persona que me dio la oportunidad de adentrarme al mundo del Derecho Internacional, desde tan temprano y, por creer en que un grupo de jóvenes podía hacer grandes cosas.

Gracias también a aquellos profesionales que contribuyeron a mi formación personal y jurídica, Marisol Pérez Tello, Aura Arbulú, Roy Cárdenas, Oscar Pazo, Luis Domínguez, Juan Carlos Morón, Zita Aguilera, Yoshie Concha, Milagros Paredes y Orlando Vignolo.

Gracias a Paola Rojas, Grace Díaz, Emily Bonifacio, Ernesto Mendoza y Winnitza Waller, por ser quienes estuvieron allí para alentarme en los momentos más difíciles y alegrarse de mis triunfos.

Finalmente, gracias a Esteban Arias, por ser el cable a tierra de los objetivos de la presente tesis.

ÍNDICE DE CONTENIDO

| | |
|---|-------------|
| DEDICATORIA | ii |
| AGRADECIMIENTO | iii |
| ÍNDICE DE CONTENIDO..... | iv |
| INDICE DE TABLAS Y FIGURAS | vii |
| RESUMEN..... | viii |
| INTRODUCCIÓN | xii |
| CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO | 1 |
| 1.1. Antecedentes de la investigación..... | 1 |
| 1.2. Bases teóricas..... | 6 |
| 1.3. Definición de términos básicos..... | 24 |
| CAPÍTULO II. HIPÓTESIS | 27 |
| 2.1. Formulación de Hipótesis..... | 27 |
| 2.1.1. Hipótesis principal..... | 27 |
| 2.1.2. Hipótesis derivadas | 27 |
| CAPÍTULO III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN | 29 |
| 3.1. Diseño metodológico..... | 29 |
| 3.2. Técnicas de recolección de datos | 30 |
| 3.2.1. Descripción de las técnicas e instrumentos..... | 30 |
| 3.2.2. Validez y confiabilidad de los instrumentos | 30 |
| 3.3. Aspectos éticos | 31 |
| CAPÍTULO IV. Las obligaciones internacionales de los Estados en el marco de un proyecto con impacto transfronterizo en los recursos hídricos compartidos | 32 |
| 4.1. Introducción..... | 32 |
| 4.2. Alcance de la protección de los recursos hídricos compartidos por los Estados de América del Sur..... | 34 |
| 5.3.1. Tratados bilaterales y multilaterales cuyo alcance es la protección y gestión general de los recursos hídricos..... | 46 |
| 5.3.2. Tratados bilaterales y multilaterales para la ejecución de obras conjuntas | 50 |
| 4.3. Proyectos transfronterizos en ejecución en el Estado Peruano | 57 |
| 4.4. Conclusiones..... | 67 |
| CAPÍTULO V. Los EIA en el Derecho Internacional Ambiental | 73 |
| 5.1. Características del Derecho Internacional Ambiental..... | 73 |

| | |
|--|------------|
| 5.2. Evolución histórica de los EIA | 80 |
| 5.3. La obligación de notificación y consulta interestatal: evolución y contenido | 98 |
| 5.4. La participación ciudadana como pilar fundamental de los EIA | 105 |
| 5.5. Regulación interna de los EIA en los Estados sudamericanos | 111 |
| 5.6. Obligaciones internacionales bajo los parámetros de la Corte IDH | 119 |
| 5.7. Conclusiones..... | 130 |
| CAPÍTULO VI. Teorías de la jurisdicción y su aplicación en proyectos con impacto transfronterizo | 136 |
| 6.1. Jurisdicción: un concepto con diferentes acepciones | 136 |
| 6.2. Teorías de la jurisdicción en los Sistemas de Protección de Derechos Humanos..... | 144 |
| 7.2.1. Interpretación bajo los parámetros del TEDH como pionero | 145 |
| 7.2.1.1. Control efectivo | 146 |
| 7.2.1.2. Actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado | 156 |
| 7.2.2. Interpretación bajo los parámetros de la Corte IDH..... | 176 |
| 6.3. La teoría funcional de la jurisdicción aplicada a proyectos con impacto transfronterizo | 179 |
| 6.4. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones internacionales: responsabilidad..... | 195 |
| CAPÍTULO VII. Mecanismo voluntario de notificación y consulta interestatal en el marco de un EIAT: recomendaciones para los Estados de América del Sur..... | 199 |
| 7.1. ¿Por qué un mecanismo voluntario? | 199 |
| 7.2. Recomendaciones para un mecanismo voluntario de consulta y notificación interestatal..... | 203 |
| 7.2.1. Actores involucrados | 203 |
| 7.2.1.1. Estado de origen y Estado potencialmente afectado..... | 203 |
| 7.2.1.2. Titular del proyecto con impacto ambiental transfronterizo..... | 204 |
| 7.2.1.3. Población con derecho de participación | 205 |
| 7.2.1.4. Las ONG y su influencia como actores de derecho internacional público..... | 209 |
| 7.2.2. Procedimiento de notificación y consulta interestatal, y participación ciudadana de la población del Estado potencialmente afectado | 213 |
| 7.2.3. Posibles reclamos internacionales..... | 219 |
| 7.3. Ventajas y desventajas de un mecanismo de notificación y consulta interestatal | 221 |

| | |
|-------------------------------------|------------|
| CONCLUSIONES | 224 |
| FUENTES DE INFORMACIÓN | 238 |

INDICE DE TABLAS Y FIGURAS

| | |
|---|-----|
| Ilustración 1 - Concepciones de la soberanía..... | 43 |
| Ilustración 2 - Flujograma de Tratados sobre Recursos Hídricos..... | 55 |
| Ilustración 3 - Información de Proyectos | 67 |
| Ilustración 4 - Interrelación entre jurisdicción y soberanía..... | 143 |
| Ilustración 5 - Distribución de obligaciones en el contexto de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo | 194 |

RESUMEN

La presente investigación tiene entre sus objetivos, determinar las obligaciones internacionales que corresponden al Estado de origen y al Estado potencialmente afectado, bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para un proyecto con impacto transfronterizo. A partir de ello, se determinará si la notificación y consulta interestatal constituyen el mecanismo idóneo para que los Estados cumplan con todas las obligaciones internacionales antes establecidas.

A tal efecto, la presente investigación utilizó el método descriptivo exploratorio, mediante la observación de diversos tratados relativos a la gestión de una cuenca compartida en Sudamérica, así como de las declaraciones, tratados y la jurisprudencia de la CIJ, CADH, TEDH, en materia de jurisdicción y proyectos con impacto ambiental transfronterizo.

La presente tesis concluye, aunque la obligación de notificación y consulta interestatal constituye el mecanismo idóneo para garantizar que el Estado potencialmente afectado sea informado de los posibles impactos ambientales transfronterizos, aquello no es suficiente si como parte de las consultas interestatales la población del Estado potencialmente afectado no es incluida como la del Estado de origen.

En ese sentido, también concluye que para un proyecto con impacto transfronterizo surgen obligaciones internacionales para el Estado de origen, consistentes en la notificación, cooperación, prohibición de causar daños transfronterizos, prevención

y aprobación de un EIAT, y para el Estado potencialmente afectado, consistentes en la cooperación, consulta interestatal y obligación de hacer partícipe a su población; obligaciones que han sido distribuidas de acuerdo con una concepción funcional de la jurisdicción, para asegurar la efectividad de los derechos humanos.

Palabras clave: estudio de impacto ambiental transfronterizo, notificación, consulta interestatal, Estado de origen, Estado potencialmente afectado, jurisdicción, participación ciudadana, derechos humanos.

ABSTRACT

The present research has among its objectives, to determine the international obligations that correspond to the State of origin and the potentially affected State, under the American Convention on Human Rights, for a project with transboundary impact. Based on this, it will determine whether interstate notification and consultation constitutes the ideal mechanism for States to comply with all the international obligations previously established.

For that purpose, the present research used the exploratory descriptive method, by observing various treaties related to the management of a shared basin in South America, as well as the declarations, treaties, and jurisprudence of the ICJ, ACHR, ECHR, on matters jurisdiction and projects with transboundary environmental impact.

This thesis concludes that, although the obligation of notification and interstate consultation constitutes the ideal mechanism to guarantee that the potentially affected State is informed of possible transboundary environmental impacts, this is not enough if, as part of the interstate consultations, the population of the potentially affected State it is not included as the State of origin.

In this sense, it also concludes that for a project with a transboundary impact, international obligations arise for the State of origin, consisting of notification, cooperation, prohibition of transboundary damage, prevention and approval of an EIAT, and for the potentially affected State, consisting of cooperation, interstate

consultation and the obligation to involve its population; Obligations that have been distributed in accordance with a functional conception of the jurisdiction, to ensure the effectiveness of human rights.

KEY WORDS: transboundary environmental impact study, notification, interstate consultation, State of origin, potentially affected State, jurisdiction, citizen participation, human rights.

INTRODUCCIÓN

Se calcula que en América del Sur existe un promedio de treinta y nueve cuencas hidrográficas compartidas, entre las cuales se encuentra la cuenca del Amazonas, la más grande de la región y del mundo, compartida por ocho Estados que conforman la región.

A pesar de ello y, a pesar de la existencia de fronteras entre los Estados, aquello no ha sido impedimento para que, a la fecha, se sigan produciendo fenómenos transfronterizos, debido a las particularidades propia de recursos naturales como el agua que, al ser compartidos por dos o más Estados, se convierten en vía suficiente para la ocurrencia de eventos de contaminación transfronteriza.

Sobre la base de ello, es válido presumir que, si un Estado decide promover un proyecto de inversión privada en la frontera de su territorio, este es susceptible de generar impactos transfronterizos, pues la particularidad del recurso hídrico compartido hace difícil a los Estados ejercer una soberanía ilimitada sobre los mismos. Para efectos de la presente investigación, nos referiremos a tal Estado, como el “Estado de origen” o “Estado promotor del proyecto”.

Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que, cuando un determinado Estado decide promover un proyecto de inversión privada dentro de su territorio, se encuentra obligado a aprobar ciertos estudios, autorizaciones y/o licencias, según la legislación interna aplicable, de conformidad con la función de policía estatal. Entre estos estudios, uno que ha ganado obligatoriedad para los Estados de

América del Sur, es el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, “EIA”), debido a que, en su origen en Sudamérica, estos fueron llevados a cabo por los Estados, con la finalidad de responder a los requisitos de las agencias de asistencia para el desarrollo (Wood, C., 2003), tales como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, y no a las demandas de los pueblos indígenas para una mejor protección del medio ambiente; a diferencia de lo que ocurrió en Estados Unidos, donde el EIA ganó fuerza por el ímpetu de desarrollar normas medioambientales, que permitieran una rendición de cuentas a la ciudadanía (Craik, N., 2008).

El EIA, ha sido concebido como un instrumento de carácter preventivo para evaluar impactos ambientales que, normalmente se producen dentro del territorio de cada uno de los Estados. No obstante, salvo Colombia, Bolivia, Brasil, Paraguay y Surinam, el resto de los Estados de América del Sur, no han concebido la posibilidad de evaluar impactos transfronterizos y no en todos se ha previsto la obligación de consultar y notificar al otro Estado.

Siendo que, en América del Sur el EIA es una herramienta que comenzó a tomar más fuerza a inicios de los noventa¹, podríamos entender por qué, pese a la existencia de proyectos con impactos ambientales transfronterizos, que serán comentados en las secciones posteriores, los EIA de tales proyectos no supusieron un Estudio de Impacto Ambiental Transfronterizo (en adelante, “EIAT”), esto es, un

¹ Salvo Colombia y Brasil que contaron con un marco regulatorio para EIA en 1973 y 1988, respectivamente.

EIA que considere impactos transfronterizos y, con ello, la notificación y consulta² a los Estados potencialmente afectados.

Considerando que los EIA deben ser procedimientos participativos, consultar al Estado que puede, potencialmente verse afectado, incluyendo a su población, se torna una obligación estatal que no puede ser cumplida sin la realización previa de la notificación y consulta interestatal. Para efectos de la presente investigación, nos referiremos a tal Estado, como el “Estado potencialmente afectado”.

Entonces, considerando que en el marco de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo existen diversas obligaciones que surgen bajo la CADH, la presente tesis buscó responder, entre otros, a la siguiente pregunta: ¿Es la notificación y consulta interestatal el mecanismo más idóneo para garantizar que los Estados cumplan con las obligaciones internacionales de la CADH para proyectos con impacto ambiental transfronterizo?

Esto es, se busca determinar si, para coadyuvar al cumplimiento de las diversas obligaciones que existen en el marco de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo bajo la CADH, la notificación y consulta interestatal son suficientes. Conjuntamente, se busca responder a la pregunta de cuáles de estas obligaciones le compete asumir al Estado de origen y al Estado potencialmente afectado.

² Se hace referencia a la consulta interestatal y no a la consulta previa, prevista en el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por otra parte, debido a que existe posibilidad de que, en el marco de un proyecto con impacto transfronterizo, el Estado potencialmente afectado decida no asumir ninguna obligación, bajo la creencia de que el Estado de origen es el que promueve o ejecuta dicho proyecto; la presente investigación busca responder a las siguientes preguntas:

- a) ¿En qué situaciones le corresponde a un Estado responder a un reclamo internacional por parte de la población presuntamente afectada, en caso el Estado al que esta pertenece no se muestre interesado en participar en el EIAT?

- b) ¿Resulta exigible que el Estado promotor del proyecto con impacto ambiental transfronterizo permita la participación del Estado potencialmente afectado, en caso el Estado al que esta pertenece no se muestre interesado en participar en el EIAT?

La respuesta a estas interrogantes, es decir, la hipótesis, ha sido elaborada, por un lado, a partir de un desglose de todas las obligaciones internacionales que surgen en el marco de un proyecto con impacto transfronterizo, bajo la CADH, a fin de determinar, si la columna vertebral de estas obligaciones internacionales la constituye la notificación y consulta interestatal; y, por otro lado, a partir de una concepción funcional de la jurisdicción, entendida esta como poder o autoridad que un Estado ejerce sobre el territorio y personas dentro de un territorio determinado; y, más específicamente, a cómo ese poder o autoridad puede ser ejercido incluso fuera del territorio de un Estado.

La importancia de la presente investigación se justifica en la necesidad de dotar a los Estados de América del Sur que son partes de la CADH, de un mecanismo internacional de consulta y notificación interestatal, en el marco de un EIA, que coadyuve al cumplimiento de su obligación internacional contenida en el artículo 1 de dicho instrumento internacional relativa a: “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, en el marco de un proyecto de inversión privada con impacto transfronterizo.

Asimismo, se considera que este mecanismo internacional resulta de relevancia para los Estados, pues permitirá delimitar las obligaciones internacionales, tanto de los Estados promotores de un proyecto, como de los Estados potencialmente afectados, de modo que, ante una posible denuncia ante la Corte IDH, los Estados puedan contar con una herramienta que les permita alegar su ausencia de responsabilidad internacional.

De igual forma, los resultados de investigación serán de utilidad para la población del Estado potencialmente afectado, en aquellos supuestos en los que dicho Estado decida no participar del EIA o, no muestre interés al respecto, pues les permitirá conocer el tipo de obligaciones que debe exigir ya sea a su Estado o al Estado promotor del proyecto.

Por último, se considera trascendente para la propia Corte IDH, pues tendrán una herramienta para determinar responsabilidad internacional los futuros casos relacionados a proyectos con impacto transfronterizo.

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que la presente investigación ha tenido como una de sus limitaciones, el limitado acceso a información sobre el real impacto de los proyectos con impacto transfronterizo en los Estados de América del Sur, entendiéndose por “real impacto” a aquel que es negativo e importante, específicamente en los Estados potencialmente afectados por dichos proyectos.

Aun cuando esta limitación se debe, principalmente, a que la legislación concerniente a los Estudios de Impacto Ambiental en la mayoría de los Estados de América del Sur fue desarrollada recién a inicios de la década de los noventa, aquello no impide realizar la presente investigación, toda vez que se cuenta con información de tres proyectos con impacto ambiental transfronterizos del Estado peruano que sirven como referente, así como con información de tratados ratificados por los Estados de América del Sur, en materia de recursos hídricos compartidos que prevén la generación de impactos transfronterizos, lo que evidencia que, cuando menos, existe la posibilidad de que los proyectos desarrollados en recursos hídricos compartidos genere algún real impacto ambiental transfronterizo.

Finalmente, cabe mencionar que la presente investigación fue realizada mediante el método descriptivo exploratorio, pues a través de la observación de los diversos tratados relativos a la gestión de una cuenca hidrográfica compartida en América del Sur, así como de las declaraciones, tratados y la jurisprudencia de la CIJ, respecto a recursos hídricos compartidos en el mundo, determina, por un lado, si la notificación y consulta interestatal es el mecanismo idóneo para que los Estados de América del Sur cumplan con las diversas obligaciones internacionales de respeto

y garantía a toda persona sujeta a su jurisdicción, en el marco de un proyecto transfronterizo, según la CADH; y, por otro lado, determina cuáles de estas obligaciones internacionales serán de cargo del Estado de origen y el Estado potencialmente afectado a través de la interpretación de las teorías de la jurisdicción en los distintos sistemas de protección de Derechos Humanos.

De esta forma, la presente investigación se dividió de la siguiente manera. En el primer capítulo se desarrolló el Marco Teórico, en virtud del cual se hizo referencia a las investigaciones relacionadas con la obligación de los Estados de América del Sur de llevar a cabo procedimientos de consulta y notificación a otros Estados, en el marco de un EIAT, para lo cual se acudió a Vicente, F. (2014), Dalfiume, S. (2017) y Aguilar, G., Iza, A. y Cedeño, M. (2006).

Asimismo, en este capítulo se desarrollaron las definiciones de diversos términos básicos que son utilizados a lo largo de la investigación, así como las bases teóricas de ésta, relacionadas con una aproximación de las obligaciones internacionales de los Estados para un proyecto con impacto transfronterizo; y con las teorías de extensión de la jurisdicción y su influencia para determinar obligaciones estatales.

En el segundo capítulo se desarrolló la hipótesis principal y las hipótesis derivadas de la investigación. Por su parte, en el tercer capítulo se desarrolló la metodología de la investigación, la misma que como hemos explicado brevemente en las líneas precedentes es de tipo descriptivo exploratorio.

En el cuarto capítulo se hizo un análisis de los tratados bilaterales y multilaterales existentes en América del Sur, en materia de recursos hídricos compartidos, a fin de observar el panorama de las obligaciones internacionales asumidas en el caso de proyectos con impacto ambiental transfronterizo. De igual forma, se analizaron tres proyectos de inversión privada con potencial impacto ambiental transfronterizo en la región, a fin de revelar cómo este tipo de proyectos no solo supone un riesgo para el Estado de origen, sino también para el Estado potencialmente afectado, lo que evidenció la problemática que existe, por cuanto, pese al riesgo de este tipo de proyectos, no existían estándares mínimos en cuanto a las obligaciones internacionales que cada Estado debía asumir en estos.

En el quinto capítulo se describieron las características del Derecho Internacional Ambiental y las obligaciones internacionales que surgen de este, en el marco de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, tales como la realización de un Estudio de Impacto Ambiental, su evolución y los principios que lo fundaron; la obligación de notificación y consulta interestatal; y la obligación de participación ciudadana. Asimismo, se observó cómo estas obligaciones no habían sido concebidas, en un contexto transfronterizo, más que por cuatro Estados de la región, pero que esta derivaba de la CADH para aquellos Estados de la región que la habían ratificado.

En el sexto capítulo, se analizaron las teorías clásicas de la jurisdicción: control efectivo, los actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado y los actos dentro del territorio que producen efectos en otros Estados, ello con la finalidad de observar si alguna de estas teorías podría ser empleada para

determinar las obligaciones que el Estado de origen y el Estado potencialmente afectado debían asumir al haber ratificado la CADH, dado que la precondition para la asunción de estas es, según el artículo 1.1 de dicho instrumento internacional, que las personas se encuentren bajo la jurisdicción del Estado.

Sin embargo, dado que ninguna de estas teorías resulta aplicable al caso de proyectos con impacto ambiental transfronterizo y, por lo demás resultan riesgosas por la carga desproporcionada que se impondría a los Estados y la desprotección a la que se expondrían los derechos humanos de las personas del Estado potencialmente afectado; en esta sección se analiza cómo una concepción funcional de la jurisdicción es la que permite determinar de forma equilibrada y garante de los derechos humanos las obligaciones internacionales de ambos Estados.

Finalmente, en el séptimo capítulo se exponen las recomendaciones para la implementación de la notificación y la consulta interestatal como un mecanismo voluntario de los Estados de América del Sur, en el caso de la realización de proyectos con impacto ambiental transfronterizo, precisando actores involucrados, reparto de obligaciones internacionales, población involucrada.

Asimismo, este capítulo aborda el escenario en el que el Estado potencialmente afectado no se encuentra interesado en participar en el Estudio de Impacto Ambiental Transfronterizo, respondiendo a las preguntas de a qué Estado corresponderá efectuar el reclamo internacional y a la posibilidad de que se permita

la participación de las ONG en ausencia del Estado potencialmente afectado que representaría a esta población.

CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

Las investigaciones académicas relacionadas con la obligación de los Estados de América del Sur de llevar a cabo procedimientos de consulta y notificación a otros Estados, en el marco de un EIAT son limitadas, siendo las existentes originariamente desarrolladas a nivel de la región europea. Se tiene como antecedente más remoto la tesis de doctorado intitulada “Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza entre España y Portugal” de Fernando Vicente Dávila sustentada en la Universidad de Vigo en el año 2014.

En esta investigación se analizó, en primer lugar “los orígenes y principios informadores de la cooperación en materia de EIA en los contextos transfronterizos” (Vicente, F., 2014, p. 292), con la finalidad de comprobar la evolución del EIAT como instrumento de prevención en el ámbito internacional y comunitario (Vicente, F., 2014).

En ese sentido, el citado autor buscó comprobar la efectividad de dicho instrumento de gestión ambiental, en el marco del Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo de 1994³ (en adelante, “Convenio de Espoo”) emitido por la Comisión Económica para Europa (en adelante, “CEE”) y, de forma específica, en el contexto ibérico, analizando los sistemas de EIAT de

³ Este Convenio está abierto a la firma de otros Estados que no sean miembros de la Comisión Económica para Europa desde la entrada en vigor de la primera adenda de 26.8.2014. No obstante, ningún Estado de América del Sur ha firmado el Convenio.

España y Portugal, quienes influenciados por el referido Convenio, han ido adecuando sus sistemas nacionales al mismo; así como analizando dos proyectos con impacto transfronterizo, uno ejecutado entre España y Portugal⁴ y otro ejecutado por el Ministerio de Fomento de Portugal⁵.

Luego de su investigación, Vicente, F. (2014, p. 304) concluyó que “el estudio de impacto ambiental en este contexto ibérico todavía no ha desplegado toda su virtualidad y efectividad en término de una mayor eficiencia y una real y efectiva participación pública”, razón por la cual, propuso una serie de pautas para la mejora de las consultas transfronterizas en el contexto ibérico.

Este estudio nos parece importante, en tanto resalta cómo, en la práctica, un convenio para la elaboración de EIAT no termina por ser completamente efectivo, por la falta de pautas claras para llevar a cabo el procedimiento de notificación y consulta interestatal, aspecto que en la presente investigación nos interesa recomendar, mediante un mecanismo que contemple el referido procedimiento para los EIAT que los Estados de América del Sur lleven a cabo.

Por otra parte, en nuestro continente sudamericano se ha abordado el tema de las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas en el territorio peruano, a través de la tesis intitulada “Las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas en el Perú: una primera aproximación” sustentada en la Universidad del Pacífico por Sandra Dalfiume en el año 2017.

⁴ Aprovechamiento hidroeléctrico de Sela (1974 - 1988)

⁵ Eixo Atlántico de Alta Velocidad, tramo Porriño-frontera de Portugal (2004 – 2011)

En esta investigación, la autora buscó brindar una primera aproximación de las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas en el Perú “desde una perspectiva de derecho internacional público y el derecho interno” (Dalfiume, S., 2017, p. 19). A tal efecto, Dalfiume, S. (2017) presenta, en una primera parte, una descripción de las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas, su importancia en la prevención de impactos significativos en el medio ambiente y una demostración de cómo el Perú puede ser generador de ese tipo de impactos más allá de sus fronteras.

En una segunda parte, la autora expone las razones por las que considera que existe la obligatoriedad de realizar un EIAT, en tanto nos encontraríamos frente a una obligación consuetudinaria, al cumplirse los dos elementos para la formación de la costumbre internacional.

Según la autora, debido a que para la formación de la costumbre se requiere, como primer elemento, una práctica realizada de manera intensa y coherente durante un cierto período; la existencia de tratados, la legislación interna de algunos Estados de la región⁶, así como la realización de estudios de impacto ambiental transfronterizos en el marco del Convenio Espoo, darían cuenta del cumplimiento de este primer elemento.

⁶ Colombia, Bolivia, Guatemala, Costa Rica, Paraguay y Brasil.

Ahora, respecto del segundo elemento (opinio juris) la autora señala que los tratados son las evidencias más fuertes para probar la existencia de opinio juris, asimismo, refiere a las declaraciones de los Estados y las resoluciones de distintos organismos internacionales; todo ello concluyendo que “los Estados llev[an] a cabo los actos con la convicción de que estos son obligatorios de acuerdo con el DIP” (Dalfiume, S., 2017, p. 65). Esta afirmación será contrastada en el desarrollo del primer capítulo, evidenciando si, en el caso de los EIAT, los tratados existentes, efectivamente, han mostrado evidencia de opinio iuris.

Ahora bien, fruto de dicho análisis, la autora presenta una propuesta de implementación de las EA transfronterizas, pero solo en Perú, a través de modificaciones a su legislación de estudios de impacto ambiental, en las que se incluya una fase de consulta y notificación al Estado potencialmente afectado, pues consideró que dicha propuesta resultaba más viable que la posibilidad de que Perú y otros Estados de la región celebraran un tratado marco para las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizo similar al Convenio de Espoo de 1992.

Finalmente, merece la pena hacer mención el trabajo denominado “Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza en Centroamérica”, realizado por Aguilar, G., Iza, A. y Cedeño, M. (2006), quienes analizan la EIA en Centroamérica, dando cuenta que, pese al proceso de integración de dicha región y la existencia del Acuerdo de los Ministros de Ambiente sobre EIA adoptado en el 2002, aún existe ausencia de un instrumento legal que permita a dichos Estados evaluar los impactos ambientales transfronterizos, respetando los principios de buena vecindad.

En dicho acuerdo ministerial, los Estados asumieron el compromiso de elaborar un convenio regional sobre EIA de proyectos obras o actividades transfronterizas que, a la fecha, no habría sido materializado.

1.2. Bases teóricas

Con relación a las obligaciones internacionales que competen a los Estados que han ratificado la CADH y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, en el marco de un proyecto con impacto transfronterizo, dividiremos la presente sección en dos partes.

La primera parte expondrá el abanico de obligaciones que, bajo el derecho internacional público, se ha considerado que competen a los Estados, para un proyecto con impacto transfronterizo, principalmente lo relativo a la prohibición de causar daños transfronterizos y los deberes de notificación y consulta, a fin de observar los distintos estándares que, adaptados a la región sudamericana, permitirán a los Estados, cumplir con sus obligaciones internacionales bajo la CADH.

La segunda parte expondrá las teorías de extensión de la jurisdicción de los Estados, toda vez que, bajo el artículo 1.1 de la CADH, los Estados solo están obligados a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento internacional de aquellas personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción. De este modo, la jurisdicción se configura como un prerrequisito para que los Estados incurran en responsabilidad internacional por la violación de algún derecho convencional (CIDH, 2017, f. 72).

Así pues, a partir de la exposición de las teorías de la jurisdicción de los a Estados, analizaremos cómo estas pueden influir en la determinación de las obligaciones de

respeto y garantía, para un proyecto con impacto transfronterizo, bajo las disposiciones de la CADH; y, consecuentemente, cómo el incumplimiento de dichas obligaciones puede acarrear la responsabilidad internacional de los Estados.

2.2.1. Obligaciones internacionales de los Estados, para un proyecto con impacto transfronterizo

La posibilidad de que un proyecto ejecutado exclusivamente en el territorio de un Estado pudiera tener un impacto transfronterizo, comenzó a ser esbozada en el año 1972 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo de 1972, cuya reunión: “representó la ocasión de hacer un primer balance de los efectos de la actividad humana en el medio ambiente mundial” (Handl, G., 2012, p. 1) y la que, a su vez, es considerada el inicio del derecho internacional ambiental, pues a partir de su celebración comenzaron a construirse leyes y políticas en cada uno de los países de América Latina (Cabrera, J., 2003).

En el mismo sentido se pronuncia Guruswamy, L. (1995, p. 45), quien ha catalogado a esta Declaración como “the cocoon from which the chrysalis of IEL emerged for a number of reasons” [el capullo del cual emergió la crisálida del Derecho Internacional Ambiental por numerosas razones], pues a partir de la Conferencia que dio lugar a su emisión se puso por primera vez al planeta como objeto en la agenda de la política y el derecho internacional (Uribe, D. y Cárdenas, A. 2010, p. 94).

El 16 de junio de 1972, seis meses después de que el grupo de trabajo intergubernamental produjera el primer proyecto de declaración, el plenario de la Conferencia aprobó el texto final de la Declaración de Estocolmo (Handl, G., 2012), el mismo que finalmente fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución 2994 de 15 de diciembre de 1972 (Cabrera, J., 2003).

La Declaración consistió en un postulado de 26 principios, siendo relevantes, para fines de la presente investigación, los Principios 21, 22 y 24, por abordar los principios del derecho internacional ambiental, consistentes en la prohibición de causar daños al territorio de otro Estado y el de cooperación en materia de responsabilidad e indemnización a las víctimas de contaminación:

En efecto, el Principio 21 consagra la prohibición de causar daños al territorio Estado, fungiendo como límite al derecho soberano de los Estados de explotar sus propios recursos:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. (ONU, 1972).

Por su parte, el Principio 22 prevé el deber de cooperación de los Estados en materia de responsabilidad e indemnización a las “víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción” y, el Principio 24 exhorta a los Estados a cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales “para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados”.

Veinte años después, en junio de 1992, los Estados se volvieron a reunir en la Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro, cuyos debates dieron lugar a la Declaración de Río, que “reafirma y amplía la Declaración de Estocolmo” (Handl, G., 2012), así como a la celebración del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Cabrera, J., 2013).

Tal como afirma Estrada (citado en Cabrera, J., 1993, p. 308), la Cumbre celebrada en Río se trató de:

Una reunión política con fuerte contenido económico donde se discutieron no solamente las formas y métodos para preservar el medio ambiente sino los criterios para asegurar la participación de todos los pueblos en los beneficios que racionalmente puedan obtenerse de los recursos naturales.

En lo que respecta a la Declaración de Río, esta, al igual que la Declaración de Estocolmo, reproduce en el Principio 2, el principio de prohibición de causar daños a los territorios de otros Estados, reforzando con ello la convicción de los Estados de que sus actuaciones no pueden comportar un ejercicio que perjudique el territorio de otros Estados. En buena cuenta, los Estados, venían estableciendo este principio como costumbre internacional, en tanto, como diría Oppenheim (citado en Dalfiume, 1961, p. 56) se había desarrollado “un definido y continuo hábito de llevar a cabo ciertos actos con la convicción de que, con arreglo a derecho internacional, son obligatorios o justos”.

Juntamente con este principio, la Declaración de Río reafirmó en el Principio 12 la necesidad de que las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales sean adoptadas en consenso e, igualmente, en el Principio 13 reafirmó la cooperación internacional respecto a los temas de responsabilidad e indemnización por efectos adversos ocasionados en zonas situadas fuera de la jurisdicción de un Estado.

No obstante consideramos la relevancia de la Declaración de Río en reafirmar los principios ya recogidos en la Declaración de Estocolmo, nos parece importante mencionar que, es recién con esta Declaración, que los Estados materializaron en un documento – aunque de *soft law* – el deber de llevar a cabo un EIA, respecto de cualquier actividad que pueda producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente, conforme se desprende del Principio 17 y, a su vez, se estableció el deber de proporcionar información y notificar a los Estados que pudieran resultar afectados por actividades que pudieran tener efectos ambientales transfronterizos

adversos, celebrando, con ello, consultas tempranas y de buena fe a dichos Estados.

En igual sentido, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 en los literales a) y c) del artículo 14, previeron dichas obligaciones, pero con el fin específico de proteger la diversidad biológica, señalando que cada parte “establecerá procedimientos apropiados para que se exija la EIA de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes” y “promoverá, con carácter recíproco, la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes (...) en zonas no sujetas a jurisdicción nacional (...)”.

Si bien es cierto, ya en 1982, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”), a través de la Asamblea General había emitido la Resolución 37/7 que aprobó la Carta Mundial de la Naturaleza, previendo en el numeral 11 que “las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudio de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza” (ONU, 1982), aún no se había tomado en consideración los impactos negativos en zonas no sujetas a jurisdicción nacional.

Estocolmo y Río marcan un punto de partida importante para sentar las obligaciones de los Estados en supuestos de proyectos con impactos transfronterizo, tales como la prohibición de causar daños transfronterizos a otros Estados, el deber de prevenir estos daños, mediante la realización de un EIA y el

deber de consultar y notificar al otro Estado de esos posibles daños transfronterizos.

Tal como afirmar Handl (2012, p. 4), pese a que los dos instrumentos no son oficialmente vinculantes “incluyen disposiciones que en el momento de su aprobación se entendía que reflejaban ya disposiciones del derecho internacional consuetudinario”, tal es el caso de la disposición de prohibición de causar daños fuera de los límites de la jurisdicción nacional, pues la misma fue incluso reconocida desde el año 1927 a través del Laudo Arbitral emitido en el Caso de las Islas Las Palmas entre Países Bajos y Estados Unidos (1927, p. 9), en el que a partir del concepto de soberanía territorial se señaló lo siguiente:

Territorial sovereignty, as has already been said, involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. [La soberanía territorial, como ya ha sido mencionado, implica el derecho a ejercitar de forma exclusiva las actividades del Estado. Este derecho tiene como contrapartida un deber: la obligación de proteger dentro de su propio territorio los derechos de los demás Estados, especialmente su derecho a la integridad e inviolabilidad tanto en tiempo de paz como de guerra, juntamente con los derechos que cada Estado pueda reclamar para aquellos de sus nacionales que se hallan en territorio extranjero].

En este punto, es importante mencionar que la creencia de que tales disposiciones de *soft law* reflejen disposiciones de derecho consuetudinario, encuentra su fundamento en la existencia de una real preocupación e interés por parte de la comunidad internacional, quien más allá de la existencia de un vínculo convencional, realiza una práctica constante y uniforme en el sentido de respetar tales disposiciones, bajo la creencia de que estas son obligatorias.

De manera análoga, Cárdenas, F. y Casallas, O. (2014, p. 93) retratan este fenómeno de nacimiento de una costumbre internacional, poniendo como ejemplo el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de 2001: "(...) existe una creencia generalizada – *opinio juris* - en la comunidad internacional de que el documento de *soft law* relativo a los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de 2001, aunque no es jurídicamente vinculante por sí mismo, recoge y codifica normas de costumbre internacional".

Más adelante, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ") en el Caso del Canal de Corfú entre Albania y Reino Unido (1949, p. 22), estableció la obligación de notificar al otro Estado de posibles afectaciones en su territorio, considerando el deber que existe de no permitir que el territorio de un Estado sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otro Estado:

The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of

the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based (...) on certain general and well-recognized principles: namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other states. [Las obligaciones de las autoridades albanesas consistían en notificar, en beneficio del transporte marítimo en general, la existencia de un campo minado en aguas territoriales albanesas y en advertir a los buques de guerra británicos que se aproximaban del peligro inminente al que el campo minero los exponía. Tales obligaciones se basan (...) en ciertos principios generales y bien reconocidos, como: consideraciones de humanidad, aún más exigentes en la paz que en la guerra; el principio de la libertad de comunicación marítima; y la obligación de cada Estado de no permitir que su territorio sea utilizado con conocimiento para actos contrarios a los derechos de otro Estado].

Luego de estos dos casos, la misma CIJ, en el Caso del Proyecto Gabčíkovo–Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia (1997, f. 85), considerando la celebración de la Convención para el Uso de Aguas Internacionales con fines distintos a la navegación de 1997, esbozó algunos de los principios que dicho instrumento internacional recogió, referidos al uso equitativo y razonable de los cursos de aguas internacionales:

(...) The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an

equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube – with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetkoz – failed to respect the proportionality which is required by international law. [(...) La Corte considera que Checoslovaquia, al asumir unilateralmente el control de un recurso compartido, y con ello privar a Hungría de su derecho de una parte equitativa y razonable del recurso natural del Danubio – con los efectos continuos de la desviación de estas aguas en la ecología de la zona ribereña de Szigetkoz - no respetó la proporcionalidad que exige el derecho internacional].

Asimismo, dicha sentencia también se refirió al principio de precaución indicando que “the Court recognizes that both Parties agree on the need to take environmental concerns seriously and to take the required precautionary measures, but they fundamentally disagree on the consequences this has for the joint Project (...)” [La Corte reconoce que ambas partes están de acuerdo en la necesidad de tomar las preocupaciones ambientales seriamente y tomar las medidas de precaución requeridas, pero ellos principalmente discrepan en las consecuencias que esto tiene para el proyecto conjunto (...)]. (CIJ, 1997, f. 113).

Asimismo, este caso es relevante pues invita a las partes a que las soluciones sean tomadas en conjunto y de forma integrada bajo las normas del derecho internacional ambiental y los principios del derecho internacional de aguas

(...) It is for the parties themselves to find an agreed solution that takes account of the objectives of the Treaty, which must be pursued in a joint and

integrated way, as well as the norms of international environmental law and the principles of the law of international watercourses. [Corresponde a las partes encontrar una solución convenida que tenga en cuenta los objetivos del Tratado, que deben perseguirse de manera conjunta e integrada, así como las normas del derecho ambiental internacional y los principios del derecho del curso de agua internacional]. (CIJ, 1997, f. 141).

Finalmente, es importante referirnos al Caso de las Plantas de Celulosa entre Argentina y Uruguay (2010, f. 77), en el que la CIJ reconoció el deber de cooperación interestatal para gestionar los riesgos de daños al medio ambiente:

La Corte estima que es cooperando que los Estados concernidos pueden gestionar en común los riesgos de daños al medio ambiente que podrían ser generados por los proyectos iniciados por uno u otro de ellos, de manera de prevenir los daños en cuestión (...).

Aunado a ello, lo que nos parece relevante mencionar es que, en este caso, la CIJ interpreta que la obligación de protección y preservación del medio ambiente, prevista en el Estatuto de Uruguay celebrado entre Argentina y el referido Estado, debía ser interpretado en el sentido de realizar un EIAT (2010, f. 204):

(...) En este sentido, la obligación de proteger y preservar, bajo el artículo 41 (a) del Estatuto, debe ser interpretado de acuerdo con la práctica, que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados que puede ser considerada un requisito bajo el derecho internacional general de

emprender un estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular en un recurso compartido.

Si bien, en estos últimos dos casos, los Estados en controversia habían celebrado un tratado relativo al uso y aprovechamiento del recurso hídrico compartido, la CIJ aprovechó la oportunidad para destacar cómo estos principios formaban parte del derecho internacional consuetudinario y, por tanto, suponían obligaciones internacionales de los Estados, en contextos transfronterizos.

Como es sabido, en la actualidad, los Estados de América del Sur reconocen en su legislación la obligación de emprender un EIA en su territorio, no obstante, solo Colombia, Bolivia, Brasil, Paraguay y Surinam “han implementado en sus sistemas nacionales (...) con diferentes niveles de precisión la obligación de evaluar impactos transfronterizos” (Dalfiume, S., 2014, p. 131) y no en todos los casos se ha considerado la obligación de notificar y consultar.

Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que esta obligación de notificación y consulta encuentra su fundamento en las disposiciones de la CADH, relativas al derecho a un medio ambiente sano, del cual se deriva el derecho a la libertad de expresión con el que cuenta la población del Estado potencialmente afectado.

En línea con lo expuesto consideramos que deben sentarse las bases para un futuro acuerdo entre los Estados de América del Sur, enfocado en un mecanismo

que sirva para garantizar la participación de la población del Estado potencialmente afectado, como pilar fundamental en todo EIA.

2.2.2 Teorías de extensión de la jurisdicción de los Estados y su influencia en la determinación de obligaciones de cooperación, respeto y garantía bajo la CADH en proyectos de impacto transfronterizo

Desde el enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisdicción ha sido entendida como primordialmente territorial, particularmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH"), en el Caso *Banković y otros vs. Bélgica y otros Estados*, en el que se indicó que "as to the ordinary meaning" of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial" [en cuanto al sentido corriente "del término relevante del artículo 1 de la Convención, la Corte tiene la certeza de que, desde el punto de vista del derecho internacional público, la competencia jurisdiccional de un Estado es primordialmente territorial]. (TEDH, 2001, f. 59) y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") en el Caso *Coard y otros vs. Estados Unidos*, en los que se recogió la noción primordialmente territorial de jurisdicción (CIDH, 2010, f. 93). Si bien el concepto territorial de la jurisdicción nunca ha sido discutido, este concepto ha admitido excepciones, en los que resulta posible extender su aplicación a zonas más allá del territorio de los Estados: i) el control efectivo, ii) los actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado y iii) los actos dentro del territorio que producen efectos en otros Estados.

Sobre el control efectivo, el TEDH, ha reconocido, entre otros casos, en el Caso Al-Skeini y otros v. Reino Unido (2011, f. 138) que se produce ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de un Estado cuando se produce una acción militar u ocupación territorial que haya tenido la presencia de control a través del poder del Estado. En lo que respecta a los actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado, el TEDH, en el Caso Ocalan v. Turquía (2014, f. 91) señala que se requiere autoridad o control físico sobre personas en otro territorio para que se produzca extensión de la jurisdicción de un Estado y, finalmente, respecto del último supuesto, el TEDH, en el Caso Drozd y Janousek c. Francia y España (1992, f.91) indica que “the term "jurisdiction" is not limited to the national territory of the High Contracting Parties; their responsibility can be involved because of acts of their authorities producing effects outside their own territory” [el término "jurisdicción" no se limita al territorio nacional de las Altas Partes Contratantes; su responsabilidad puede verse involucrada por actos de sus autoridades que produzcan efectos fuera de su propio territorio].

Habiendo explicado las teorías existentes de la jurisdicción, corresponde observar que, es justamente sobre la base de esta que, en el marco de la CADH se produce la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas, pues, según reza el artículo 1 “los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

Ahora bien, si aterrizamos ese concepto al supuesto que nos ocupa, esto es, a la puesta en marcha de un proyecto con impacto transfronterizo, cabe preguntarse si

la realización de un proyecto con posibilidad de generar daño transfronterizo podría extender la jurisdicción del Estado de origen. Sobre el particular, la Corte IDH en la Opinión Consultiva 23 (2017, f. 101) señala que sí es posible:

(...) La Corte considera que los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos de personas fuera de su territorio. A efectos de la Convención Americana, cuando ocurre un daño transfronterizo que afecte derechos convencionales, se entiende que las personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen si existe una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio.

Del citado fundamento es posible extraer dos apreciaciones, por un lado, la Corte IDH reconoce implícitamente que la aplicación de la CADH puede sobrepasar las fronteras territoriales de los Estados, siempre y cuando dicho Estado ejerza jurisdicción. Este mismo razonamiento lo podemos encontrar, de manera análoga, en la Opinión Consultiva relativa a las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado (CIJ, 2004, f. 109):

The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions.

[La Corte observaría que, si bien la jurisdicción de los Estados es principalmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parecería natural que, incluso cuando ese sea el caso, los Estados Parte en el Pacto deberían estar obligados a cumplir sus disposiciones].

Por otro lado, parece ser que la Corte IDH considera como supuesto de hecho para la extensión de la jurisdicción, la existencia de un daño transfronterizo que afecta derechos convencionales bajo el entendido que es el Estado de origen el que ejercería un control efectivo de las actividades ejecutadas y, además, se encontraría en posición de impedir que se cause un daño transfronterizo que afecte a los derechos humanos; supuesto en el que es válido preguntarse si el Estado efectivamente está en capacidad de evitar la afectación de todos los derechos humanos de personas fuera de su territorio, tales como el derecho a la participación ciudadana de personas de otro territorio, obligación que, como se desarrollará, se deriva de la obligación de notificación y consulta interestatal.

Creemos que esta no es la interpretación que se le debe dar a la Opinión Consultiva 23, por lo que, en el desarrollo de la presente tesis, recurriremos a la concepción funcional de la jurisdicción, cuyo tenor indica lo siguiente:

(...) It is finding jurisdiction based on whether or not the HCPs are carrying out their human rights obligations under the convention. This is because 'the duties assumed through ratifying the convention go hand in hand with the

duty to perform and observe them. Jurisdiction arises from the mere fact of having assumed those obligations and from having the capability to fulfil them (or not to fulfil them). [Encontrar jurisdicción en función de si los PS están cumpliendo o no con sus obligaciones de derechos humanos bajo la convención. Esto se debe a que las obligaciones asumidas al ratificar la convención van de la mano con el deber de cumplirlas y observarlas. La jurisdicción surge del mero hecho de haber asumido esas obligaciones y de tener la capacidad de cumplirlas (o no cumplirlas)]. (Igiriogu, F., 2014, p. 34)

Sobre este concepto funcional, Arroyo, E. (2017, p. 13), concluye que entonces “un Estado asumirá jurisdicción cuando se encuentra en posición mediante su poder o autoridad de cumplir con sus obligaciones internacionalmente asumidas, siendo en consecuencia la localización de los sujetos una materia que pierde relevancia al amparo de esta conceptualización funcional”.

Dicho esto, y considerando que “el ejercicio de la jurisdicción es precondition para que un Estado sea considerado responsable por una conducta violatoria de un derecho convencional” (Corte IDH, 2017, f. 72), la determinación de las obligaciones de los Estados en el contexto de un proyecto con impacto transfronterizo, serán analizadas en la presente tesis a la luz de una teoría funcional de la jurisdicción.

1.3. Definición de términos básicos

- Jurisdicción: Según la Corte Permanente Internacional de Justicia (en adelante, "CPIJ") en el Caso sobre el Estatus Legal de Groenlandia (1933, p. 30) "la jurisdicción es una de las formas del ejercicio del poder del soberano".
- Jurisdicción funcional: Igiriogu, F. (2014, p. 34) "posits that jurisdiction of a State is best determined by referring to the human rights functions (obligations) of that State as enunciated by the treat in question". [postula que la jurisdicción de un Estado se determina mejor refiriéndose a las funciones (obligaciones) de derechos humanos de ese Estado enunciadas por el tratado en cuestión].
- Impacto transfronterizo: Según el literal viii) del Artículo 1 del Convenio de Espoo de 1991, se trata de lo siguiente:

todo impacto no necesariamente de naturaleza global, dentro de una zona bajo la jurisdicción de una de las Partes y que haya sido causado por una actividad propuesta cuyo origen físico esté ubicado total o parcialmente dentro de una zona situada bajo la jurisdicción de otra parte. (CEE, 1991).

- Estado de origen: La Comisión de Derecho Internacional ha señalado en el literal d) del Artículo 2 de su Proyecto de artículos sobre prevención del daño

transfronterizo resultante de actividades peligrosas de 2001 que se trata del “Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades peligrosas de que se trata”.

- Estado potencialmente afectado: La Comisión de Derecho Internacional, en el literal e) del Artículo 2 de su Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de 2001 define al “Estado que pueda resultar afectado” como “el Estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo”.
- Obligación de respeto: Según Gross Espiell (citado en Ferrer, E. y Pelayo, C., 2012, p. 151) constituye “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.
- Obligación de garantía: Según Ferrer, E. y Pelayo, C. (2012, p. 154):

conforme a la obligación de garantía, en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender acciones positivas. Estas acciones consisten en todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades.

- Responsabilidad internacional: Según Sánchez, V. (citado en Salmón, E., 2014), “la responsabilidad internacional puede definirse como el conjunto de consecuencias jurídicas que el derecho internacional asocia a la aparición de un hecho internacionalmente ilícito”, este concepto, bajo la interpretación de la Corte IDH en el Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006, p. 188 - 189) se funda en “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana y se genera de forma inmediata con el ilícito internacional atribuible al Estado”, no obstante, también indica (2006, p. 190) que esta responsabilidad se puede atribuir al Estado por “actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos”.

CAPÍTULO II. HIPÓTESIS

2.1. Formulación de Hipótesis

2.1.1. Hipótesis principal

La notificación y consulta interestatal constituye el mecanismo más idóneo para que los Estados puedan cumplir sus obligaciones internacionales bajo la CADH, en el marco de un proyecto con impacto transfronterizo.

2.1.2. Hipótesis derivadas

- Bajo la concepción funcional de la jurisdicción, el Estado promotor de un proyecto transfronterizo tiene un deber de prevención del daño ambiental transfronterizo y un deber de cooperación respecto del Estado potencialmente afectado.
- Bajo la concepción funcional de la jurisdicción, el Estado potencialmente afectado también tiene un deber de cooperación y un deber de asegurar la participación de su población en el marco del EIAT.
- Bajo la concepción funcional de la jurisdicción, si el Estado potencialmente afectado no se encuentra interesado en participar en el estudio de impacto ambiental transfronterizo, la población presuntamente afectada podrá

válidamente interponer un reclamo internacional contra dicho Estado, en caso de considerar que se han vulnerado sus derechos humanos.

- Si el Estado potencialmente afectado no se encuentra interesado en participar en el estudio de impacto ambiental transfronterizo, el Estado promotor del proyecto transfronterizo debe permitir su participación, pues de lo contrario incurriría en responsabilidad internacional.

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Diseño metodológico

La investigación será de tipo descriptivo, ya que se busca, a través de la observación de los diversos tratados relativos a la gestión de una cuenca hidrográfica compartida en América del Sur, así como de las declaraciones, tratados y la jurisprudencia de la CIJ, respecto a recursos hídricos compartidos en el mundo, determinar, mediante el método descriptivo exploratorio, si la notificación y consulta interestatal es el mecanismo idóneo para que los Estados de América del Sur cumplan con las diversas obligaciones internacionales de respeto y garantía a toda persona sujeta a su jurisdicción, en el marco de un proyecto transfronterizo, según la CADH.

A su vez, se determinará cuáles de estas obligaciones internacionales serán de cargo del Estado de origen y el Estado potencialmente afectado, para lo cual se utilizará un enfoque mixto, a través de la interpretación de las teorías de la jurisdicción en los distintos sistemas de protección de Derechos Humanos, como la CIDH, el TEDH y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte IDH.

3.2. Técnicas de recolección de datos

3.2.1. Descripción de las técnicas e instrumentos

En la investigación se recolectará información, mediante la observación y análisis de las declaraciones y tratados celebrados en América del Sur y alrededor del mundo, así como la jurisprudencia emitida por tribunales internacionales del sistema de protección de derechos humanos y la CIJ, que se pronunciaron sobre las diversas obligaciones que existían para los Estados en el marco de un proyecto de impacto transfronterizo.

También se considerarán aquellos pronunciamientos relativos a las teorías de la jurisdicción y finalmente, se tomaron en cuenta informes y doctrina respecto al campo materia de la investigación.

3.2.2. Validez y confiabilidad de los instrumentos

Dado que se utilizarán tratados, declaraciones y jurisprudencia emitida por distintos organismos y tribunales internacionales autorizados en la materia, es posible afirmar que dichos instrumentos son válidos y confiables.

De igual modo, en lo que respecta a la doctrina a utilizar, la misma proviene de autores reconocidos en la materia y que, en algunos casos, han sido citados en otras investigaciones previas, razón por la cual se valida y confía en su contenido.

3.3. Aspectos éticos

La investigación respetará las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 822 aprobado el 23 de abril de 1996, que aprobó la Ley sobre el Derecho de Autor y la normativa referida a la originalidad de la obra, habiéndose realizado las citas bibliográficas mediante el sistema de citado APA (Normas de la Asociación Americana de Psicología).

CAPÍTULO IV. Las obligaciones internacionales de los Estados en el marco de un proyecto con impacto transfronterizo en los recursos hídricos compartidos

4.1. Introducción

El presente capítulo tiene como finalidad dilucidar las obligaciones internacionales de los Estados en el marco de proyectos con impacto transfronterizo, cuando estos son desarrollados en proximidad con un recurso hídrico compartido entre dos o más Estados de Sudamérica, partiendo del análisis de los tratados bilaterales y multilaterales relativos a la protección de los recursos hídricos compartidos por tales Estados.

A tal efecto, en un primer momento se esbozan las particularidades del recurso agua y cómo el ejercicio de la soberanía de los Estados sobre dicho recurso, como recurso natural, estuvo inicialmente marcado por la tendencia hacia un ejercicio absoluto de la soberanía sobre dicho recurso por parte de los Estados, posición que terminó siendo dejada de lado, con la celebración de la Cumbre de Estocolmo en 1972 y la Cumbre de Río en 1992, al limitarse el ejercicio del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, para dar pase al principio de prohibición de causar daños al medio ambiente de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

En un segundo momento, observaremos cómo esta limitación trajo como consecuencia, visiones polarizadas para los Estados aguas arriba y los Estados

aguas abajo, quienes propugnaban, por un lado, ejercicio exclusivo de soberanía sobre la parte del recurso hídrico incluido en su territorio y, por otro, un respeto absoluto de la soberanía territorial, al punto de vetar cualquier proyecto promovido por el Estado aguas arriba.

En un tercer momento, veremos cómo la entrada en vigencia de la Convención sobre el Derecho de Cursos de Aguas Internacionales con fines distintos a la navegación de 1997 y, particularmente, los principios de utilización equitativa y razonable, cooperación internacional y consulta y notificación, influirá como un punto de quiebre en dichas visiones polarizadas, para dar origen a una nueva concepción: comunidad de intereses y unidad de cuenca, en las que, con sus matices, predomina el respeto y garantía de los derechos de los Estados aguas arriba y aguas abajo, en igual proporción.

En un cuarto momento, analizaremos los tratados existentes en Sudamérica, relativos a la protección y gestión general de los recursos hídricos compartidos, así como aquellos que versan sobre la ejecución de obras conjuntas y que incluyen un recurso hídrico compartido; todo ello, con la finalidad de observar qué obligaciones relativas a los recursos hídricos compartidos han podido impactar en la promoción de un proyecto con impacto transfronterizo y, si consecuentemente, los Estados han asumido la consulta y notificación interestatal como una obligación en tales casos.

En el mismo sentido, analizaremos tres proyectos con impacto transfronterizo en recursos hídricos compartidos de Sudamérica, a efecto de observar el

comportamiento de los Estados involucrados y si, en la práctica, estos Estados han asumido obligaciones de consulta y notificación interestatal.

Finalmente, habiendo analizado los puntos mencionados, brindaremos las conclusiones respectivas, sobre el mecanismo a través del cual los Estados podrían estar en la capacidad de dar cumplimiento a sus obligaciones convencionales, de modo tal que los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción sean realmente protegidos.

4.2. Alcance de la protección de los recursos hídricos compartidos por los Estados de América del Sur

Según Movilla (2014, p. 38) “el agua, igual que la mayor parte de los recursos naturales, no respeta las fronteras políticas establecidas por el hombre, de modo que numerosas masas de agua son compartidas por dos o más Estados”. En efecto, según la última Base de Datos de la Oregon State University (2018), hasta el año 2018 existirían un promedio de treinta y nueve cuencas hidrográficas compartidas en América del Sur, lo que representa el 12.58 % de las cuencas en el mundo.

Considerando que “el agua presenta ciertas particularidades – se trata de un recurso fluido, mutable e indivisible” (Movilla, L. 2014, p. 39) y, conforme adelantamos en la descripción de la situación problemática de la presente investigación, resulta difícil que los Estados ejerzan una soberanía ilimitada sobre

dicho recurso hídrico, por lo que en estos casos se alude a una comunidad de intereses.

La soberanía, como comenta Carrillo (citado en Salmón, E., 2014, p. 66) es “el haz de competencias ejercidas en interés del Estado, pero también en un grado menor, en los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto”.

Este haz de competencias se puede apreciar desde dos dimensiones: una dimensión interna, la cual es explicada por Salmón, E. (2014, p. 64 - 65) a partir del concepto territorial de jurisdicción, refiriéndose al ejercicio exclusivo de las competencias del Estado sobre todas las personas y cosas al interior de su territorio y, excluyendo, las de otros Estados; y, una dimensión externa, que implica la capacidad del Estado “para participar directamente en las relaciones internacionales en condiciones de independencia – esto es, adoptando libremente sus propias decisiones en el marco de las normas y obligaciones internacionales del Estado”. (Remiro, A., 2010, p. 93).

A partir de estas dos dimensiones de la soberanía, en la historia de la protección de los recursos hídricos, que forman parte de los recursos naturales, se han ido delineando una serie de principios. En un primer momento, se buscó reafirmar las competencias de las que un Estado es titular (dimensión interna de la soberanía), pero, en un segundo momento, se terminó limitando dichas competencias a partir de la creación de una serie de normas del Derecho Internacional del Medio Ambiente y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (dimensión externa de la soberanía).

Entre estos principios, conviene referirnos al principio de soberanía permanente de los recursos naturales, cuyo origen se remonta a los años cincuenta – sesenta, cuando se pretendía reforzar la soberanía de Estados recién independizados y otros en vías de desarrollo, sobre sus recursos naturales (Schrijver, N., 1995), debido a la explotación histórica que estos habían sufrido por los Estados colonizadores.

En ese contexto, la Asamblea General de las Naciones Unidas comenzó a propiciar la suscripción de diversas resoluciones que esbozaron el citado principio, siendo las más relevantes la Declaración Permanente sobre los Recursos Naturales de 1962, Resolución 3171 (XXVIII) de 1973, la Resolución 3281 (XVI) de 1974 sobre la Carta de los Derechos y Deberes Económicos. Aunada a estas resoluciones se propició la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

En todas estas resoluciones, así como en el mencionado tratado, se puede apreciar el esfuerzo de los Estados por reafirmar una concepción plena y absoluta de la soberanía sobre todos sus recursos naturales, lo que se traduce en una serie de derechos de control efectivo sobre los mismos, para lo cual recurrimos a lo propuesto por Sangwani (2015, p. 154), quien enuncia 5 derechos que se desprenden de este principio:

“(1) the right to freely dispose of natural resources; (2) the right to explore and exploit natural resources freely; (3) the right to use natural resources for

development; (4) the right to regulate foreign investment; and (5) the right to settle disputes on the basis of national law". [(1) el derecho de disponer libremente de los recursos naturales; (2), el derecho de explorar y explotar los recursos naturales libremente; (3) el derecho de usar los recursos naturales para el desarrollo de dicho Estado; (4) el derecho a regular la inversión extranjera y (5) el derecho de resolver conflictos sobre la base del derecho nacional].

Así pues, bajo el principio de soberanía permanente de los recursos naturales, se pretendía priorizar el desarrollo económico de los Estados independientes, sin que ello suponga menoscabar las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, a través de medidas económicas que subordinan los derechos soberanos de cada uno de estos Estados.

Ahora bien, conforme se esbozó en la Resolución 3171 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el ejercicio de la soberanía permanente de los recursos naturales se ejerce tanto sobre la superficie terrestre, como sobre las aguas suprayacentes, incluyendo aguas superficiales.

No obstante, aun cuando cada Estado sea soberano en el control de los recursos naturales que se encuentren al interior de su territorio, existen otros recursos naturales que sobrepasan las fronteras de los Estados, entre los cuales tenemos, sin duda, a los cursos de aguas internacionales, por lo que no podemos dejar de negar que "todas las aguas transfronterizas son al mismo tiempo aguas nacionales" (Blanco, E. y Razzaque, J. citado en Movilla, 2014, p. 272).

Es así como, pese a que el ejercicio de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y, particularmente, sobre sus recursos hídricos, entre los que se incluyen cursos de aguas internacionales, sea legítimo, este "engendra un riesgo de conductas irresponsables de algunos Estados que a la larga pueden repercutir en el bien general de la sociedad" (Cervell-Hortal, M., 2008, p. 79).

Por ello, a partir de la celebración de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en Estocolmo en el año 1972 y, de la Cumbre de la Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada en Río en 1992, comenzó a limitarse el ejercicio del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, para dar pase al principio de prohibición de causar daños al medio ambiente de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional (Principio 21) y cooperación internacional en cuestiones relativas al medio ambiente (Principio 24), incluyéndose deberes de notificación y consulta a los Estados que pudieran resultar afectados por actividades con efectos transfronterizos (Principio 19).

Este giro en la visión de la soberanía de los Estados, cuyo ejercicio estaba comenzando a ser contemplado con limitaciones, a fin de garantizar el respeto por el medio ambiente de otros Estados, trajo consigo una oposición entre Estados situados aguas arriba y Estados situados aguas abajo que compartían un mismo curso de agua internacional, quienes motivados por sus intereses, propugnaron visiones polarizadas del ejercicio de la soberanía sobre dichos cursos de aguas internacionales que compartían.

Específicamente, “los Estados aguas arriba propugnaban una concepción absoluta de la soberanía territorial que favorecía sus intereses y confería a cada Estado ribereño la exclusiva soberanía sobre la parte del recurso natural incluida en su territorio” (Serenó, A., 2011, p. 26). Por su parte, los Estados aguas abajo, propugnaban una concepción de integridad territorial absoluta, la cual consistía “en un respeto tan absoluto por la soberanía territorial del Estado situado aguas abajo, que le confiere un auténtico derecho de veto sobre cualquier proyecto y/o actividad que el Estado situado aguas arriba intente ejecutar” (Serenó, A., 2011, p. 26).

En este punto, es importante precisar que, si bien, en la Declaración de Estocolmo y en la Declaración de Río, no se hizo referencia específica a los cursos de aguas internacionales, sino que se refirió al medio ambiente en general, lo cierto es que, durante veinte años, desde los años setenta, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, “CDI”), siguiendo la recomendación de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2669 (XXV) emprendió el estudio del derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación, con vistas a su desarrollo progresivo y a su codificación (McCaffrey, S., 2009, p. 1).

Producto de este estudio, en 1997 se aprobó la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, como el primer y único tratado relativo a los cursos de aguas internacionales, como recursos hídricos compartidos, en el cual se generaron para sus Estados miembros obligaciones derivadas de los mencionados principios, tales como la prohibición de

causar daños al territorio de otros Estados, la obligación de cooperación, el deber de notificación y consulta y, como novedad, el principio de utilización y participación equitativa y razonable.

Precisamente, este último principio es el que consideramos que mejor sirve como punto de quiebre para las dos visiones polarizadas de soberanía antes descritas, pues se presenta como un punto medio entre la concepción absoluta de la soberanía territorial y la concepción de integridad territorial absoluta, en tanto en su artículo 5, prevé que la utilización y participación equitativa y razonable del curso de agua internacional “incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención” (ONU, 1997).

Ahora bien, cooperar en la protección y aprovechamiento del curso de agua internacional, además de ser una manifestación del principio de utilización equitativa y razonable, incluye sin duda, el deber de notificar y consultar al Estado potencialmente afectado por los diversos usos que el Estado de origen le pudiera dar al curso de agua internacional, entre los que podemos incluir la promoción de proyectos mineros o similares en la frontera.

Esta nueva perspectiva ha dado lugar a la tesis que enunciábamos en las primeras líneas de este capítulo, denominada comunidad de intereses sobre el curso de agua internacional compartido, en virtud de la cual “se considera a los Estados Ribereños copropietarios de la cuenca hidrográfica internacional con derechos y obligaciones recíprocas en relación con otros Estados Ribereños”, lo que según, Tanzi, A. y

Arcari, M. (citado en Movilla, 2014, p, 290) “se traduce en que cada Estado ribereño en el ejercicio de su soberanía absoluta sobre su territorio debe respetar la de los demás Estados y abstenerse de realizar actos que les causen daños”, y también en el principio de igualdad soberana “que implica que todos los Estados ribereños gozan de los mismos derechos de utilización de un curso de agua, por lo que su uso debe respetar y coordinarse con el de los demás”.

La idea de esta comunidad de intereses fue también reconocida por la CIJ en el Caso del Proyecto Gabčíkovo– Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia (1997, Fundamento 85), cuando se refirió a que los efectos de la contramedida propuesta por Checoslovaquia debían ser adecuados con el daño sufrido, tomando en cuenta los derechos en cuestión:

The community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others. [La comunidad de intereses en un río navegable se convierte en la base de un derecho legal común, cuyas características esenciales son la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños en el uso de todo el curso del río y la exclusión de cualquier privilegio preferencial de cualquier Estado ribereño en relación con los demás].

En línea con esta teoría de la comunidad de intereses, la tendencia actual viene abogando por una teoría, aún más de avanzada, denominada “unidad de cuenca”

que implica que “los Estados ribereños no están solo obligados ante los otros miembros de la comunidad, sino también ante la propia unidad del ecosistema que la cuenca hidrográfica internacional constituye” (Movilla, L., 2014, p. 293), lo que supone que los Estados puedan ejercer su soberanía teniendo como límite el desarrollo sostenible de la cuenca hidrográfica como un todo.

De este modo, la denominada “unidad de cuenca” constituye una manifestación del Derecho Internacional Ambiental, cuya prevalencia a la protección del medio ambiente y, específicamente, la protección del ecosistema marino de que se trate, no tiene por qué suponer una contradicción con la denominada “comunidad de intereses”, cuyo fin es que las obligaciones que competen a los Estados respecto de otros Estados y, especialmente la de sus pobladores sean íntegramente respetadas, como manifestación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ello, en la presente investigación nos inclinamos por un concepto de “comunidad de intereses” que atienda a que las obligaciones del Estado promotor y el Estado potencialmente afectado sean cumplidas efectivamente, producto de la limitación del ejercicio de su soberanía por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin que ello implique restar valor al concepto de “unidad de cuenca”, en atención a las obligaciones internacionales que surgen del Derecho Internacional Ambiental.

Así, lo anterior, nos permite concluir que “junto al clásico principio de soberanía ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de

los derechos humanos” (Carrillo, J., 1995, p. 15), pues recordemos que “en materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto en orden a la consecución del bien común de la comunidad”. (Carrillo, J., 1995, p. 16), incluyendo el respeto por el medio ambiente como una unidad autónoma.

A continuación, presentamos un gráfico que resume las concepciones antes enunciadas:

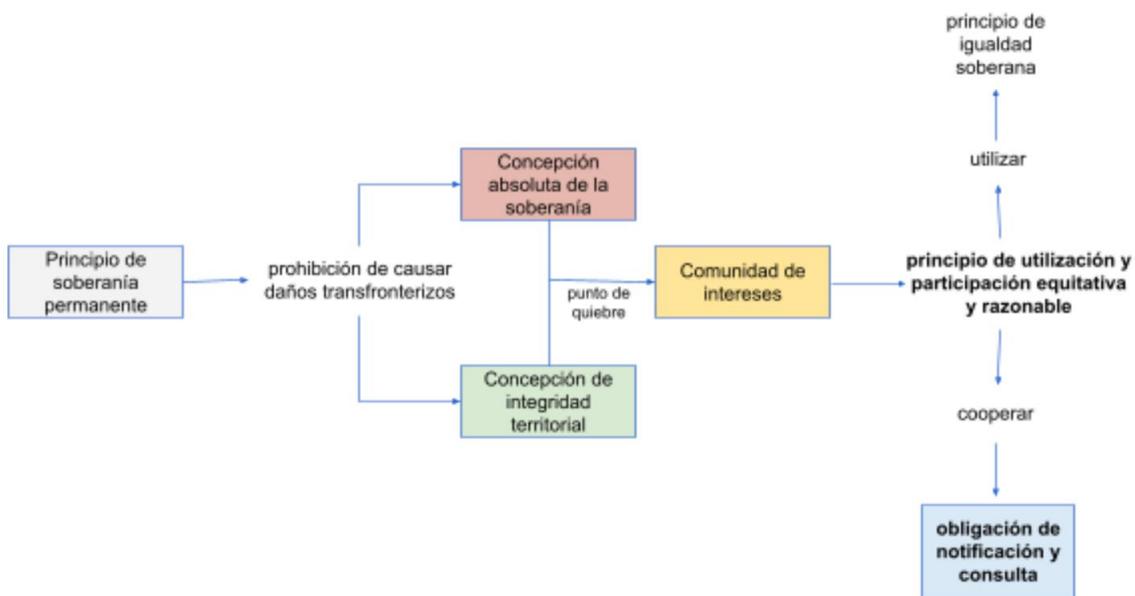


Ilustración 1 - Concepciones de la soberanía

Elaboración propia

Fuente: Movilla, L. (2014), Schrijver, N. (1995), Sereno, A. (2011) y Salmon, E. (2014).

En efecto, “la comunidad internacional reconoce hoy los derechos fundamentales de la persona como uno de sus intereses fundamentales y ve en ellos un patrimonio común de la humanidad” (Carrillo, J., 1995, p. 18), lo que no significa que, para tales efectos, la protección del medio ambiente, como unidad autónoma, deba ser

relegada, pues es esta protección la que permite lograr los fines del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Siendo ello así, podemos afirmar que el principio de soberanía, aun cuando no haya sido desplazado sí ha quedado erosionado y relativizado por el desarrollo normativo que ha seguido a las disposiciones en materia de derechos humanos (Carrillo, J., 1995, p. 19).

Cabe anotar que no solo las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional del Medio Ambiente pueden limitar el ejercicio de la soberanía de los Estados sobre los cursos de aguas internacionales, sino que, en tanto terceros Estados pretendan hacer uso o recibir algún tipo de suministro de estos cursos de aguas internacionales, las reglas que rigen la inversión extranjera y el comercio internacional, entrarán en juego (Bothe, M. citado en Movilla, L., 2014, p. 272); es decir, existen obligaciones que surgen del Derecho Internacional que limitan el ejercicio de la discrecionalidad de los Estados en el manejo de sus cursos de aguas internacionales. No obstante, en la presente investigación no se hará referencia a dichas normas, centrándonos en las normas medioambientales y de derechos humanos como límite al ejercicio de la soberanía de los Estados.

En este punto, conviene anotar que, precisamente porque los Estados han aceptado ceder parte de su soberanía interna, esto es, el ejercicio de sus competencias para gestionar sus recursos naturales dentro de su territorio, entre los que se encuentran los cursos de aguas internacionales, son estos mismos

Estados, los que han decidido, en ejercicio de soberanía externa, celebrar tratados, con la finalidad de proteger y gestionar mejor sus recursos hídricos compartidos, entre los que se encuentran los cursos de aguas internacionales.

Es importante mencionar que esta división de la soberanía, en interna y externa, se fundamenta en razones puramente teóricas (Salmón, E., 2014), pues, independientemente de esta división, la soberanía continúa siendo un único haz de competencias fundado, por un lado, en el principio de libre determinación de los pueblos, para que los Estados adopten determinadas decisiones en función al interés general (soberanía interna); y, por otro lado, fundado en el principio de igualdad soberana y en la independencia de los Estados, pese a las diferencias de orden político, económico, social o cultural, de modo tal que se relaciona libremente con otros Estados.

De la revisión efectuada de los tratados que tienen como objeto un curso de agua internacional, hemos convenido dividir el análisis de estos, de acuerdo con la finalidad que dichos tratados pretenden alcanzar. Por un lado, observaremos que existen tratados que prevén de forma general la protección y la gestión de los recursos hídricos compartidos entre sus Estados miembros; y, por otro lado, observamos que existen tratados con objetivos más específicos, como la ejecución de obras conjuntas de aprovechamiento de los recursos hídricos, e incluso, como parte de esta clasificación, hemos identificado tratados celebrados entre Estados para la ejecución de una obra en particular.

5.3.1. Tratados bilaterales y multilaterales cuyo alcance es la protección y gestión general de los recursos hídricos

Uno de los primeros tratados en contemplar la protección y gestión de un recurso hídrico compartido en Sudamérica fue el Tratado de la Cuenca de la Plata suscrito en 1970 por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, cuyo artículo I buscó “promover el desarrollo armónico y la integración física de la cuenca La Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable”; en él también se dejó entrever el principio de utilización equitativa y razonable del curso de agua internacional (cuenca La Plata), cuando en su Parágrafo Único se contempló la necesidad de promover en el ámbito de la cuenca “la utilización racional del recurso de agua, especialmente a través de la regulación de los cursos de agua y su aprovechamiento múltiple y equitativo.

A nivel de Sudamérica, este tratado nos parece importante, toda vez que constituye el tratado marco para la protección y gestión de la Cuenca La Plata, la segunda con mayor extensión en el continente, que a su vez cuenta con otros afluentes internacionales, respecto de los cuales los Estados antes mencionados han suscrito otros acuerdos internacionales más específicos, relativos a la realización de programas y obras, que serán abordados en la siguiente sección.

Sin perjuicio de ello, pensando en la gestión de sus cuencas comunes y en la posibilidad de alguna obra que pudiera afectar las mismas, Argentina y Chile suscribieron el Acta de Santiago para Cuencas Hidrográficas de 1971, en la que establecieron una serie de reglas para la gestión de dichas cuencas, entre las que

destaca la obligación de facilitar al otro Estado información sobre un proyecto de obra u operación que se pretenda emprender en su territorio y que pueda ocasionar efectos en el territorio del otro Estado, así como el deber de dicho Estado de comunicar sus observaciones a dicho proyecto y sus modificaciones, de ser el caso:

Cuando un Estado se proponga realizar un aprovechamiento de un lago común o un río sucesivo facilitará previamente al otro el proyecto de la Obra, el programa de operación y los demás datos que permitan determinar los efectos que dicha obra producirá en el territorio del Estado vecino.

La parte requerida deberá comunicar, dentro de un plazo razonable que en todo caso no excederá de cinco meses, si hay aspectos del proyecto o programa de operación que puedan causarle perjuicio sensible. En tal caso, indicará las razones técnicas, cálculos en que se funde y las sugerencias de modificación del proyecto o programa de operación notificados, destinados a evitar aquel perjuicio.

Este acuerdo internacional, a diferencia de los que estudiaremos en la siguiente sección, no tiene como objeto la proyección de obras de aprovechamiento de recursos hídricos, sino que, pensando en la posibilidad de que ello ocurra, busca dejar claras las reglas básicas para la protección de sus cuencas comunes.

En la misma línea, el Estatuto de Uruguay de 1975, proyectándose a la posibilidad de la construcción de canales en las cuencas comunes de Uruguay y Argentina, previó diversas reglas para el óptimo y racional aprovechamiento del referido curso

de agua internacional, entre la que nos interesa destacar la obligación de notificación y consulta interestatal:

La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras suficientes para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión la cual determinará sumariamente y en un plazo máximo de treinta días si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte.

Como se puede apreciar del citado artículo, la obligación de notificar y consultar al otro Estado trae como correlato la prohibición de no causar daños en el territorio de otros Estados, pues es a partir de esa obligación que los Estados pueden justamente evitar la contaminación en territorios de otros Estados, en la medida que alertan oportunamente de posibles daños.

No obstante, llama la atención que este principio no haya sido contemplado más, como obligación general, en otros tratados para la protección y gestión de recursos hídricos. Entre estos, identificamos, por ejemplo, los Tratados de Medio Ambiente de 1991 y 1994, suscritos por Argentina con Chile y Bolivia, respectivamente, en los que únicamente se contempla una previsión para la protección del recurso agua, a fin de lograr su aprovechamiento racional, así como el de sus recursos vivos.

Finalmente, otro tratado que vale la pena mencionar, por tener como objeto a la cuenca con mayor extensión y, por ende, por incluir a la mayor cantidad de Estados

sudamericanos⁷, es el Tratado de Cooperación Amazónica de 1978, cuyo artículo I refleja la intención de sus miembros de “(...) promover el desarrollo armónico de sus respectivos territorios amazónicos, de manera que esas acciones conjuntas produzcan resultados equitativos y mutuamente provechosos, así como para la preservación del medio ambiente (...)”.

Es importante precisar que cuando este tratado refiere a “territorios amazónicos”, incluye indubitablemente a la Cuenca del Amazonas, lo que se confirma con la inclusión del principio de utilización racional de los recursos hídricos en el artículo V del citado tratado; no obstante, este tratado, tampoco incluye una previsión sobre la obligación de consultar y notificar en caso alguno de sus Estados miembros decida promover la ejecución de una obra que pudiera afectar, a través de la Cuenca del Amazonas, el territorio de otro Estado miembro.

Sin embargo, apreciamos que, producto de este tratado, en 1989 se suscribió la Declaración de San Francisco de Quito, en el que se convino la posibilidad de constituir comisiones especiales destinadas al estudio de temas específicos que atañen al tratado, lo que dio lugar a la creación de la Comisión Especial de Medio Ambiente de la Amazonía “para que en el ejercicio del derecho inherente a la soberanía de cada Estado sobre sus áreas amazónicas se logre, inter alia, impulsar las investigaciones ambientales (...) estudiar metodologías comunes de evaluación de impacto ambiental (...) y analizar la posible compatibilización de legislaciones ambientales”.

⁷ Este tratado fue suscrito por Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela.

De este modo, si bien los Estados miembros del Tratado de Cooperación Amazónica no previeron la obligación de notificación y consulta interestatal, sí se interesaron por estudiar metodologías comunes para la realización de EIA, en el que, considerando la posibilidad de afectación a la Cuenca del Amazonas, tendría que incluirse esta obligación de notificación y consulta, como una fase dentro del procedimiento de EIAT.

Lo cierto es que, a la fecha, no se han reportado avances de estos estudios de metodologías comunes y, menos aún, de una consideración a esta obligación, como parte del procedimiento de EIAT.

5.3.2. Tratados bilaterales y multilaterales para la ejecución de obras conjuntas

Respecto a los tratados para la ejecución de obras conjuntas, comenzaremos describiendo aquellos que, de modo general contemplan ese objetivo, a fin de aprovechar sus recursos hídricos compartidos y, finalmente nos referiremos a aquellos suscritos para una obra conjunta específica.

En relación con los tratados para la ejecución de obras conjuntas en general, encontramos como uno de los primigenios en haberse celebrado al Convenio Peruano – Ecuatoriano para el aprovechamiento de las cuencas hidrográficas Puyango – Tumbes y Catamayo – Chira de 1971, cuya finalidad es el aprovechamiento de estas cuencas, reconociendo en su artículo 1, que la utilización

de cada Estado miembro de las referidas cuencas debe realizarse en razón de sus necesidades y siempre que no cause daño y perjuicio a la otra parte, lo que no es otra cosa, sino el reconocimiento del principio de no causar daños en territorios de otros Estados.

En línea con ello, el Convenio en cuestión prevé en su artículo 4 la ejecución de diversos proyectos, como aprovechamiento hídrico de carácter binacional, programas de conservación de cuencas e instalación de estaciones meteorológicas e hidrológicas. No obstante, pese a que es evidente que la promoción de este tipo de proyectos conlleva una potencial afectación a las cuencas cuyo objeto regula el Convenio, no se ha identificado en este, las reglas bajo las cuales debería realizarse un EIA y menos, cómo funcionarían los mecanismos de notificación y consulta de los proyectos que se decida promover.

Considerando que derivado de este Convenio se creó una Comisión Mixta Peruana – Ecuatoriana, entenderíamos que esta sería la encargada de gestionar todos los procedimientos de notificación y consulta entre ambos Estados, sin embargo, de la verificación de su Reglamento constitutivo no se aprecia ninguna disposición sobre el particular.

Otro tratado de similar envergadura es el suscrito en 1992 entre Perú y Bolivia para la Creación de una Autoridad Binacional Autónoma de la Cuenca del Sistema Lago Titicaca, Río Desaguadero, Lago Poopó, Salar de Coipasa, cuyo fin es “promover y conducir las acciones, programas y proyectos, y dictar las normas del ordenamiento, manejo y control de protección de la cuenca del sistema hídrico

TDPS de acuerdo al Plan Director Global Nacional, así como otros proyectos y desarrollos que tiendan a las acciones de dicho sistema”.

De la revisión del Plan Director Global Nacional, aprobado mediante los Convenios ALA/86/03 y ALA/87/23 entre Perú y Bolivia en 1995, se aprecia una serie de obras y criterios de manejo de estas, con el fin de lograr el manejo de los recursos hídricos de la Cuenca del Lago Titicaca, sin embargo, en el capítulo de propuestas de manejo ambiental, no se ha identificado la necesidad de establecer criterios comunes para la realización de EIA de estos proyectos.

En el mismo sentido, podemos mencionar otros acuerdos internacionales, como el Convenio de cooperación aprovechamiento de recursos naturales Cuenca Merín de 1977, entre Uruguay y Brasil, y el Tratado para el Aprovechamiento de recursos hídricos compartidos de los tramos limítrofes del Río Uruguay y su afluente Río Pepirí Guazú de 1980, entre Argentina y Brasil.

Ambos acuerdos tienen como objeto el desarrollo integral de sus cuencas y aprovechamiento de sus recursos hídricos, teniendo en el primer caso como finalidad la regulación de caudales y control de inundaciones, el establecimiento de un sistema de riego y la producción, transmisión y utilización de energía hidroeléctrica; y, en el segundo caso, el aprovechamiento hidroeléctrico.

Pese a que en esos casos los acuerdos ni los reglamentos de sus Comisiones Administradoras para la gestión de sus cuencas, previeron los parámetros para la realización de un EIA que considere impactos transfronterizos de dichos proyectos,

en el caso del Convenio de cooperación para el aprovechamiento de recursos naturales de la Cuenca Merín se ha identificado un compromiso común de Uruguay y Brasil de “establecer políticas ambientales comunes, procurando proteger los cauces de agua y avanzar en la disminución de emisiones de gases” (Presidencia de la República de Uruguay, 2008), en el marco de una hidrovía, a partir de lo cual, podemos inferir que se incluirían parámetros para la realización de un EIA común entre ambos Estados.

Finalmente, podemos mencionar el Acuerdo para el Aprovechamiento del Río Bermejo de 1996, suscrito entre Argentina y Bolivia y el Acuerdo que creó la Comisión Trinacional del Río Pilcomayo, de 1995, los mismos que buscaron el desarrollo de obras conjuntas para lograr el aprovechamiento de sus cuencas, destacando entre estas obras, la producción de energía eléctrica y los usos domésticos de los recursos hídricos.

Estos acuerdos, a diferencia de los antes mencionados, sí contemplaron una previsión, aunque genérica, para la realización de un EIA respecto de la obra conjunta a realizar, no obstante, no queda claro las reglas bajo las cuales estos EIA serían elaborados ni los mecanismos de consulta y notificación interestatal.

Ahora bien, en relación con los tratados que se suscribieron para la ejecución de obras conjuntas en específico, hemos observado que el primero en firmarse fue el de 1946 entre Argentina y Uruguay para la realización del Proyecto Salto Grande, esto es, casi 30 años antes de la suscripción del Tratado de la Cuenca La Plata. Este proyecto, que también se ejecutó en la Cuenca La Plata constituye uno de los

más antiguos en Sudamérica y tuvo como objeto la realización de obras de aprovechamiento hidroeléctrico en la zona de Salto Grande – Uruguay, a través de la instalación común de una presa. En este caso, tampoco existió la previsión para la realización de un EIA, por lo que el proyecto fue ejecutado sin este estudio previo.

Años después, en 1973, Brasil y Paraguay suscribieron el Tratado de Itaipú, con el objeto de realizar el aprovechamiento hidroeléctrico de los recursos hídricos del Río Paraná, mediante la construcción de una presa y, en 1974, Argentina y Paraguay suscribieron el Tratado de Yacyretá con el mismo objeto de la construcción de una presa. Ello pues, el Río Paraná es compartido por los tres Estados en cuestión. En estos tratados, tampoco se tomaron en cuenta previsiones para la realización de un EIA.

A continuación, presentamos un flujograma que resume los tratados presentados, de acuerdo con los aspectos que interesan a la presente tesis:

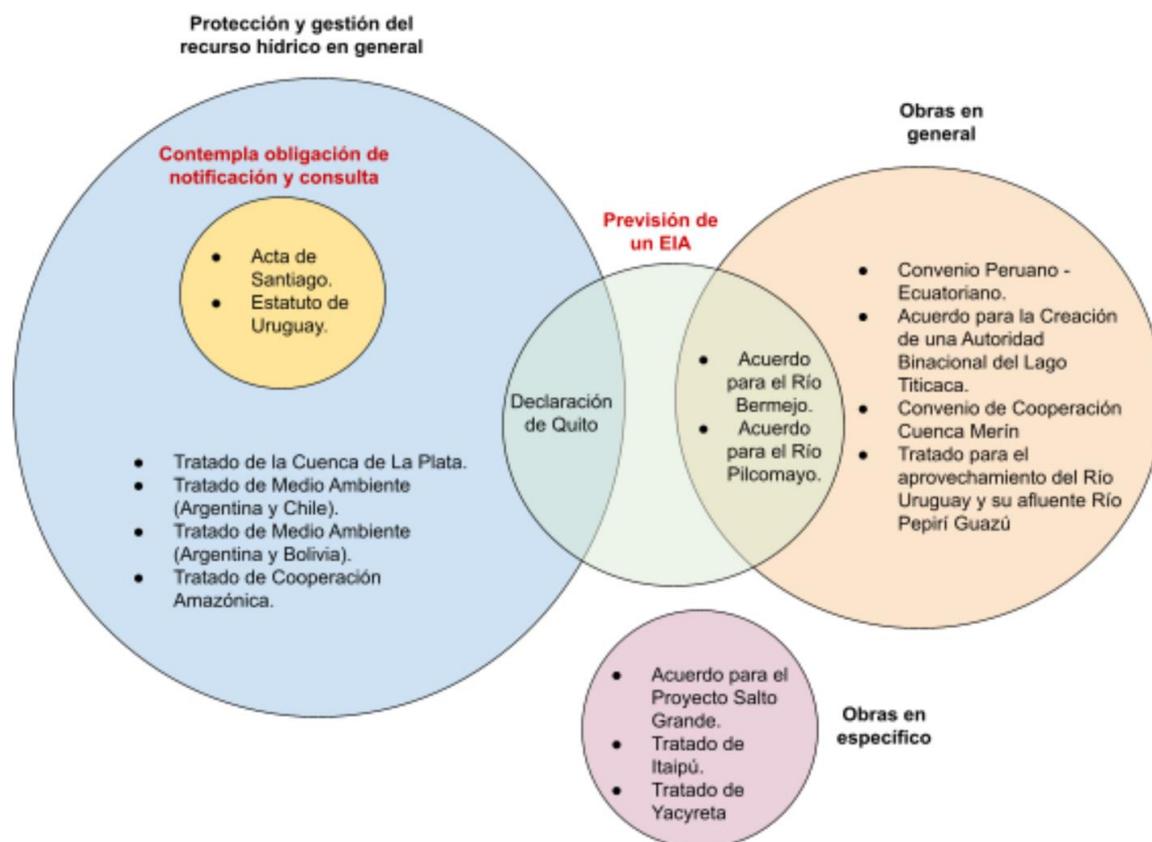


Ilustración 2 - Flujograma de Tratados sobre Recursos Hídricos

Elaboración propia

Fuente: Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.), Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (s.f.) y Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay (s.f.).

En el círculo amarillo encontramos que solo el Acta de Santiago y el Estatuto de Uruguay contempla las obligaciones de notificación y consulta y, en el círculo verde encontramos que solo la Declaración de Quito, derivada del Tratado de Cooperación Amazónica y los Acuerdos para los Ríos Bermejo y Pilcomayo contemplan provisiones generales sobre un EIA.

Como se ha podido apreciar hasta aquí, los proyectos de obras conjuntas entre dos o más países, han sido promovidos sobre la base de un tratado y con la finalidad de aprovechar de manera óptima sus recursos hídricos compartidos, distinto a lo

que ocurre cuando un Estado, en ejercicio legítimo de su soberanía aprueba en el marco de sus competencias una licencia y/o autorización para que, dentro de su territorio, contiguo a un recurso hídrico compartido, se ejecute un proyecto minero o alguna obra de infraestructura que podría generar impactos en el recurso hídrico compartido, lo que incluye también el territorio del Estado ribereño a dicho curso de agua internacional.

En ese caso, es evidente que el interés del Estado queda muy al margen de la protección del recurso hídrico compartido, en tanto se trata de un proyecto de inversión privada que le representa diversas ventajas, lo que no supone que el Estado deba ignorar los principios reconocidos por la sociedad internacional, relativos a la prohibición de causar daños al territorio de otro Estado, la utilización equitativa y razonable de los cursos de agua internacionales y, sobre todo, el principio de cooperación internacional, en el que se materializa la notificación y consulta interestatal.

Estos principios, como ya habíamos comentado previamente, constituyen un límite al ejercicio de la soberanía interna de los Estados, pues a pesar de no ser normas *hard law*, han sido reconocidos en la mayoría de los tratados para la protección y gestión de recursos hídricos compartidos antes analizados.

Considerando ello, en la siguiente sección daremos cuenta de la existencia de dos proyectos en ejecución por el Estado Peruano que, por su cercanía a un recurso hídrico compartido, generan potenciales riesgos de impactos transfronterizos en el territorio de los otros Estados con los que comparten dicho curso de agua; con la

finalidad de analizar si, en el marco de dichos proyectos se tuvo en consideración la realización de un EIAT y los procedimientos de notificación y consulta al Estado potencialmente afectado.

Finalmente, comentaremos un proyecto que se encuentran cerca de un recurso hídrico compartido y que planean ser ejecutados próximamente, pero que aún se encuentran en fase de factibilidad, específicamente, en la elaboración del EIAT.

4.3. Proyectos transfronterizos en ejecución en el Estado Peruano

5.3.1. Proyecto Minero Pucamarca

El proyecto minero Pucamarca se encuentra ubicado en el Distrito de Palca, en la región Tacna del Estado Peruano, a menos de un kilómetro del Hito 52 de la frontera Peruano – Chilena. El titular de este proyecto minero es la empresa Minsur S.A., a quien le pertenecen las concesiones Frontera Uno y Acumulación Pucamarca en las que actualmente se ubica el proyecto (MEM, 2009).

Pucamarca es una mina de tajo abierto, cuyo objeto es la explotación de un promedio de 500,000 oz de oro extraíble (MEM, 2009).

Para la puesta en marcha de este proyecto, en agosto de 2006, Minsur inició los trámites para la aprobación de su EIA y, luego de tres años, logró obtener su aprobación, mediante Resolución Directoral N.º 256-2009-MEM/AAM, iniciando

finalmente sus operaciones en el año 2013, luego de cumplir con todos los procesos legales, administrativos y ambientales.

El EIA determinó como parte del aspecto hidrológico que el área del proyecto estaría comprendida por tres ríos principales: el río Azufre “que pertenece a un sistema que se encuentra casi en totalidad de su recorrido dentro del territorio de Chile”; el río Caplina, incluido sus afluentes, río Palca, río Vilavilani y río Cobani y el río Uchusuma, cuyas aguas “proviene de la regulación y derivación de fuentes superficiales de la vertiente del Titicaca” y, a su vez, “constituyen la fuente principal de abastecimiento para la ciudad de Tacna” (MEM, 2009, p.3).

Considerando ello, el EIA identificó como población de área de influencia directa a las comunidades de Vilavilani y Palca, por ser el lugar donde se encuentra la zona de extracción (AMEC, 2006, p. 14). Este EIA fue elaborado por la consultora ambiental Amec Foster Wheeler Perú S.A. (en adelante, “AMEC”) para Minsur, la misma que dio cuenta del censo realizado en ambas comunidades, en virtud del cual se registró no más de 700 habitantes, cuya actividad económica predominante es la agricultura (AMEC, 2006, p. 15).

Por otro lado, se identificó como la población de área de influencia indirecta a los pobladores del Distrito de Palca, como unidad político-administrativa y a la provincia y al departamento del mismo nombre, en tanto en estas se pueden generar respuestas sociales potenciales frente al desarrollo de la actividad minera (AMEC, 2006, p. 15).

No obstante, la cercanía de las operaciones del proyecto con la frontera chilena, el EIA del proyecto no consideró como población de área de influencia – cuando menos indirecta – a la población del Estado Chileno, aspecto que generó preocupación en las autoridades chilenas y aversión en los pobladores de Arica y Parinacota, previo al inicio de las operaciones de la mina.

Específicamente, se cuestionó que, si bien Minsur contaba con un permiso de uso de aguas sobre la cuenca del río Azufre, este río también es territorio chileno, en tanto este “es contribuyente del río chileno Lluta, el cual desciende por el valle del mismo nombre” (Diario Correo, 2011). En este sentido, el entonces Secretario Regional del Ministerio del Ambiente, Felipe Avendaño, declaró “que no hay claridad del eventual impacto ambiental, sobre todo por las consecuencias para el río Lluta, pues se teme que pueda existir contaminación sobre el río Azufre”. (Diario Correo, 2011).

Una vez iniciadas las operaciones de la mina, estos reclamos continuaron, toda vez que la Junta de Vigilancia del río Lluta cuestionó que se estaba afectando la tributación a su río y a los bofedales que lo circundan, lo que generaba sequía en dichos bofedales, impidiendo que el agua aflore y consecuentemente, poniendo en riesgo la obtención del recurso hídrico para consumo y agricultura (Diario La Estrella, 2014).

Este reclamo se hacía basado en que el propio EIA del proyecto reconoció que serían las aguas del río Azufre, incluyendo sus recursos subterráneos, las que se utilizarían para las operaciones de la mina a un caudal máximo de 30 l/s.

Según lo que se reporta en el EIA, la utilización de este río no afectaría la disponibilidad de agua en la zona (MEM, 2009, p. 3), mientras que Minsur señala que esta agua no es apta para uso agrícola o ganadero (MINSUR, 2021).

Dado el crítico escenario en el que este proyecto venía desarrollándose, AMEC realizó para Minsur una Línea de Base del proyecto y un EIA sobre el territorio chileno, información que fue entregada a la embajada de Chile en Lima y al Ministerio de Energía y Minas; sin embargo, no se tiene certeza si las autoridades chilenas revisaron esos documentos, ni si hubo respuestas o consultas oficiales enviadas por el gobierno chileno al peruano (Dalfiume, S., 2018).

Según el EIA realizado en territorio chileno, tampoco se realizaron rondas de talleres informativos en territorio chileno por una cuestión de competencia (AMEC citado en Dalfiume, 2018). No obstante, la presión social ha sido tal que, además de la elaboración de la Línea de Base y el EIA, según lo conversado por Dalfiume (2018, p. 43) con Minsur “en respuesta a dichas protestas, Minsur periódicamente realiza monitoreos sobre el medio ambiente chileno, a través de la cancillería peruana, a fin de tener informada a la población chilena”, lo que habría generado que hacia el 2015 y 2016 ya no se tengan reclamos.

5.3.2. Proyecto Oleoducto Nor Peruano y Oleoducto Ramal Norte

El Oleoducto Norperuano y el Oleoducto Ramal Norte son dos proyectos que funcionan conjuntamente para el transporte de petróleo, ambos son administrados

por Petroperú S.A., empresa de propiedad del Estado Peruano, encargada de mantener la industria del petróleo peruano, a fin de abastecer de combustible a todo ese territorio.

En el caso del Oleoducto Nor Peruano este inicia su recorrido en la Estación 1 en San José de Saramuro, Loreto, a orillas del río Marañón y a unos 200 kilómetros al sureste de Iquitos. Luego, continúa su recorrido a lo largo del río Marañón, hasta la Estación 5, que es punto de confluencia con el Oleoducto Ramal Norte, para finalmente recorrer las Estaciones 6⁸, 7⁹, 8¹⁰ y 9, donde cambia a dirección noroeste iniciando su ascenso a la cordillera de los Andes hasta una altura de 2,930 metros y descendiendo hasta el Terminal Bayóvar, en Piura (Petroperú, 2020).

Por su parte, el Oleoducto Ramal Norte inicia su recorrido en la zona fronteriza con Ecuador, específicamente en la Estación Andoas, Loreto y sigue en dirección suroeste, hasta el cruce del río Morona. Ahí se localiza la Estación de Bombeo del mismo nombre, hasta finalizar en la Estación 5 del Oleoducto Nor Peruano (Petroperú, 2020).

La finalidad de ambos proyectos, como se mencionó previamente, es el transporte de petróleo, el cual es previamente explotado por los diversos contratistas que

⁸ Kuzu Grande, distrito de Manseriche, provincia de Alto Amazonas

⁹ Bagua, departamento de Amazonas.

¹⁰ Pucará, distrito de Jaén, departamento de Cajamarca.

operan los lotes sobre los que Perupetro S.A.¹¹ les otorga los derechos de exploración y explotación del referido activo.

No obstante, según el propio Petroperú S.A reconoció en los casi 40 años de existencia del Oleoducto Nor Peruano se han registrado un promedio de 108 derrames de petróleo, en su mayoría generados por terceros y un menor porcentaje por aspectos técnicos del propio ducto (Petroperú, 2020) y, aun cuando no existe registro de que estos derrames hayan atravesado las fronteras del territorio peruano, no se puede descartar la potencialidad del riesgo, a través de la Cuenca del Amazonas.

En efecto, el Oleoducto Nor Peruano inició su construcción en el año 1973 hasta 1977 (PNUD Perú, 2018) y, dentro de ese período también se concluyó la construcción del Oleoducto Ramal Norte; sin embargo “Petroperú no cuenta con un EIA, [sino] que se maneja con un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA)” (Salazar, J., 2016), aspecto sobre el cual la Directora del Programa de Política y Gestión Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental opinó que, considerando que el derogado Código de Medio Ambiente es de 1990 y la norma que comenzó regulando el sector hidrocarburos es de 1993, es desde esa fecha, y no antes, que todas las empresas que iniciaban una actividad tenían que presentar un EIA, pero que ya habían actividades que habían iniciado hace mucho

¹¹ PERUPETRO S.A. es la Empresa Estatal de Derecho Privado que, en representación del Estado Peruano, se encarga de promocionar, negociar, suscribir y supervisar contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Perú

tiempo, como es el caso del Oleoducto Norperuano, que solo tenían que presentar su PAMA¹², lo que Petroperú cumplió en 1995¹³.

A pesar de ello, lo cierto es que, como lo reconoció OEFA en su Resolución Directoral N.º 012-2016-OEFA/DS, este instrumento de gestión ambiental es insuficiente por lo que requiere su actualización y reemplazo con un instrumento que, como el EIA, permita anticipar los impactos ambientales significativos:

Como ha sido señalado, la empresa Petroperú cuenta con un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental – PAMA, aprobado mediante Resolución Directoral N.º 136-95-EM/DGH de fecha 19 de junio de 1995, en el cual se estipulan los compromisos ambientales de Petroperú en la operación del oleoducto.

Sin embargo, debido a la antigüedad de dicho instrumento, este es insuficiente respecto de la evaluación de los impactos asociados a la actividad de transporte de ductos, así como las medidas de mitigación y manejo ambiental aplicables para contrarrestar dichos impactos. Por tanto, no se cuentan con medidas capaces de prevenir y evitar posibles roturas o fallas en el sistema de transporte por ductos de petróleo crudo de Petroperú.

¹² En el PAMA, Petroperú se compromete a adoptar medidas de mantenimiento integral de las tuberías del Oleoducto Norperuano, con la finalidad de evitar impactos negativos en el medio ambiente

¹³ El PAMA fue aprobado mediante Resolución Directoral N.º 136-95-EM/DGH de 19.6.1995.

Por consiguiente, se requiere la actualización del instrumento de gestión ambiental de Petroperú, a efectos que en dicho instrumento se incluya la evaluación integral de los impactos identificados en la actividad de transporte de hidrocarburos a través del Oleoducto Norperuano, así como los compromisos ambientales que resulten aplicables para garantizar el adecuado manejo y mitigación de dichos impactos.

Ahora bien, conforme señalamos en las líneas precedentes, el transporte de petróleo que se realiza en el Oleoducto Nor Peruano es explotado previamente por diversos contratistas que son titulares de un derecho otorgado por Perupetro S.A. Entre los lotes más importantes, y que interesan para los fines de la presente investigación por su ubicación cercana con la frontera ecuatoriana, encontramos los Lotes 192 (ex Lote 1-AB), Lote 64 y Lote 67.

En el primer caso, el proyecto para la exploración y explotación del Lote 192, inició en la década de 1970 y, según el Estudio Técnico Independiente del Ex Lote 1AB elaborado por PNUD (2018), no se ha encontrado que, durante los primeros años de actividad del Lote, Occidental Petroleum Corporation (en adelante, "OXY"), empresa operadora del Lote en aquel entonces, haya realizado estudios de Línea de Base ni de EIA.

En este caso, al igual que en la construcción del Oleoducto Norperuano, se hace comprensible la carencia de dicho instrumento de gestión ambiental, en tanto que su exigencia comenzó recién en el año 1993 con la promulgación del Decreto Supremo 046-93-EM, y solo para proyectos nuevos; no obstante, no se debe perder

de vista que la ubicación de este Lote es sensible en tanto confluyen en él los ríos Pastaza y Tigre, afluentes del río Marañón y tributario del río Amazonas que es compartida con Ecuador.

Lo mismo ocurre en el caso del Lote 64 y 67, operados por Geopark S.A. y Perenco Peru Petroleum Limited Corporation, cuyos contratos de licencia para la exploración y explotación de los respectivos lotes recién han comenzado a tener EIA para las fases de perforación (exploración), construcción de pozos explotadores y desarrollo de la producción de los lotes, a partir de la vigencia de las normas que exigen EIA y no antes.

Si bien, la mayor cantidad de casos de contaminación se han presentado en la fase de transporte del petróleo, a través del Oleoducto Nor Peruano, cuyos impactos aun cuando no cuenten con registro de haber atravesado las fronteras del territorio peruano, continúan siendo un potencial riesgo para la Cuenca del Amazonas; lo cierto es que en la fase de exploración y explotación en la que operan los contratistas de los citados lotes también se pueden producir impactos ambientales a los recursos hídricos.

Lo anterior ha sido reconocido, por ejemplo, en el EIA aprobado para el proyecto de desarrollo de la producción de petróleo de los Lotes 67A y 67B, aprobados mediante Resolución Directoral N.º 206-2012-MEM de 5 de junio de 2013. En el caso del Lote 64, el último EIA para la fase de desarrollo presentado por Geopark S.A. aún no ha sido aprobado, no obstante, del documento presentado por dicha empresa a SENACE se puede apreciar que se ha considerado que actividades

como la instalación de tuberías y perforación de pozos de petróleo (fase construcción), así como la reinyección industrial y el transporte de crudo hacia los ductos tienen un impacto moderado (E & E Perú S.A., 2018).

Sin embargo, ni el EIA aprobado del Lote 67, ni el documento presentado por Geopark a SENACE para la fase de desarrollo del Lote 64 incluyen dentro de población del área de influencia, ya sea directa o indirecta a la población del Estado de Ecuador, con lo cual las medidas que se adopten para el Plan de Participación Ciudadana de cada uno de estos instrumentos de gestión ambiental tampoco les serán aplicables a dicha población.

5.3.3. Proyecto Minero Río Blanco

El proyecto minero Río Blanco se encuentra ubicado en la región Piura, entre la provincia de Huancabamba y Ayabaca, en la frontera con Ecuador. El titular de este proyecto es la minera Río Blanco Cooper, la cual planea la explotación de un mega depósito de cobre, con una producción anual de 200 mil toneladas de cobre fino y 3 mil toneladas de molibdeno. La mina sería de tipo cielo abierto (Río Blanco Cooper, 2021).

Según datos de la propia empresa, a la fecha, el proyecto se encuentra en fase de factibilidad, esto es, se encuentra en elaboración de los estudios necesarios que son exigibles para finalmente proceder a la fase de construcción y operación de la mina. Entre estos estudios, Río Blanco deberá elaborar el EIA respectivo, el que a

su vez incluye la Línea de Base del Proyecto y el Plan de Participación Ciudadana (Río Blanco Cooper, 2021).

A continuación, presentamos un gráfico de resumen sobre la información de proyectos presentada:

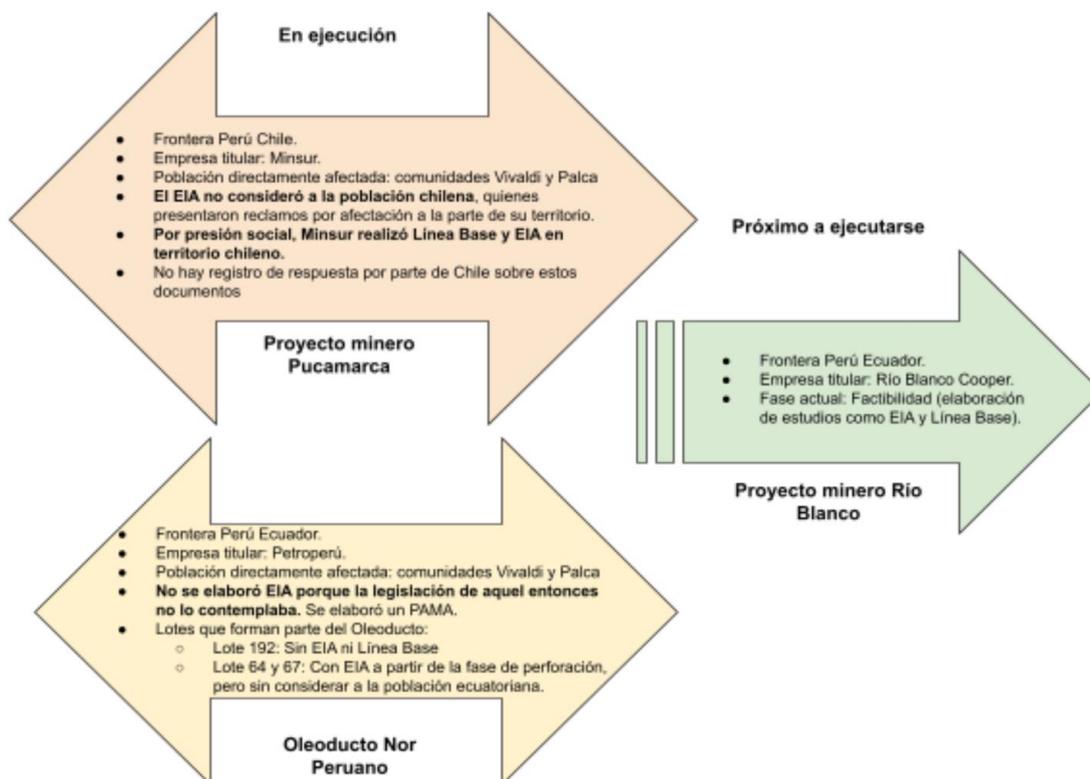


Ilustración 3 - Información de Proyectos

Elaboración propia

Fuente: MEM (2009), AMEC (2006), MINSUR (2021), Dalfiume, S. (2018), Diario Correo (2011), Diario Estrella (2014), PNUD Perú (2018), E&E Perú S.A. (2018), Petroperú (2020), Río Blanco Cooper (2021),

4.4. Conclusiones

En primer lugar, como ya hemos señalado, el agua presenta ciertas particularidades, al ser un recurso hídrico fluido, mutable y capaz de atravesar las

fronteras de más de un Estado, convirtiéndose de ese modo en un recurso hídrico compartido, aspecto que imposibilita que los Estados puedan ejercer una soberanía ilimitada sobre los mismos, como en una primera parte de la historia se promovió, producto del contexto de Estados pequeños que recién habían sido independizados y buscaban proteger sus recursos hídricos, esto es, la materialización del principio de soberanía permanente sobre recursos naturales, basado en una concepción absoluta y plena de la soberanía de los Estados.

En segundo lugar, la concepción absoluta y plena de la soberanía de los Estados y, particularmente la potestad de utilizar y aprovechar sus recursos naturales de forma ilimitada fue dejada de lado por los Estados, a partir del refuerzo de principios del derecho internacional del medio ambiente, como la prohibición de causar daño al territorio de otro Estado, cooperación internacional y la obligación de consulta y notificación interestatal.

En este orden de ideas las posiciones polarizadas que surgieron entre los Estados aguas arriba y los Estados aguas abajo, quienes pretendían, por un lado, una soberanía exclusiva sobre su parte del curso de agua internacional y, por otro lado, un absoluto respeto de la soberanía territorial, de modo tal, que se habilitaba la posibilidad de vetar cualquier proyecto que se intente ejecutar, fue descartada con más fuerza a partir de la suscripción de la Convención sobre aguas internacionales con fines distintos a la navegación y la materialización del principio de utilización equitativa y razonable de cursos de aguas internacionales.

En tercer lugar, hoy por hoy, la soberanía como principio clásico del derecho internacional necesariamente debe ser ejercida en compañía con los principios que promueven el respeto y garantía del derecho internacional del medio ambiente y de los derechos humanos de la población de los Estados aguas arriba y aguas abajo, sin discriminación alguna.

En cuarto lugar, luego de haber analizado los tratados que versan sobre la protección y gestión de recursos hídricos compartidos, así como aquellos que versan sobre la ejecución de obras conjuntas, concluimos que, pese al reconocimiento de los principios de utilización equitativa y razonable de los cursos de agua internacionales, la prohibición de causar daños en otro territorio y la cooperación internacional, existe poco o casi un nulo desarrollo de la obligación de notificación y consulta como parte de la realización de un EIAT.

De los 15 tratados analizados, solo 2 hacen alusión a esta obligación de notificación y consulta, pero sin enmarcarla dentro de un procedimiento de EIAT, instrumento de gestión ambiental que permite analizar los impactos significativos en el medio ambiente del territorio del Estado de origen y el Estado potencialmente afectado.

Luego, otros 3 tratados hacen referencia a la necesidad de realizar un EIA, pero sin precisar si este estudio tendría en cuenta impactos transfronterizos, las reglas que se aplicarán, ni menos si se llevarán a cabo procedimientos de notificación y consulta interestatal.

De este modo, se evidencia la ausencia de un tratado que contemple un EIAT, acompañado de una fase de notificación y consulta, dos elementos copulativos, que permiten materializar la obligación de prohibición de daños al territorio de otro Estado, toda vez que para el cumplimiento de esta obligación, no basta la evaluación de los daños transfronterizos, sino que es necesario garantizar un procedimiento de notificación y consulta interestatal que permita alertar al Estado potencialmente afectado y, con ello, a su población.

Debido a dicha ausencia de tratados, consideramos que resulta aún muy precipitado hablar de una real opinio iuris, en cuanto a la obligación de consulta y notificación en el marco de un EIAT.

En quinto lugar, los proyectos transfronterizos que han sido comentados evidencian que la tardía exigencia de los EIA en el Estado Peruano – cuestión que no es muy diferente en los otros Estados de Sudamérica – ha sido una de las principales causas de la falta de análisis de los impactos ambientales de proyectos se encuentran cerca de las fronteras de Estados como Ecuador y Chile e, incluso en el propio territorio peruano.

En el caso del proyecto minero Pucamarca, el EIA elaborado en territorio chileno fue elaborado por iniciativa propia de la empresa titular del proyecto, lo cual denota la falta de interés del Estado Peruano para tomar previsiones sobre este aspecto al que más bien la empresa tuvo que hacer frente, a fin de no frustrar la ejecución del proyecto. Independientemente, de si el proyecto podía llegar a tener impactos

significativos en el territorio chileno, la consulta y notificación a la población de dicho Estado no fue llevada a cabo ni por el Estado Peruano ni por el Estado Chileno.

En el caso del proyecto del Oleoducto Nor Peruano, pese a los múltiples derrames de petróleo en los diversos ríos que finalmente desembocan en la Cuenca del Amazonas, hasta la fecha no se ha actualizado el instrumento de gestión ambiental (PAMA) para ser reemplazado por un EIA que permita, además de evaluar los impactos en el propio territorio, advertir la magnitud del impacto ambiental en los cursos de aguas internacionales que también son compartidos con Ecuador y Brasil, por ejemplo y, con ello, preparar los mecanismos de consulta y notificación necesarios para evitar protestas sociales como las ocurridas en Chile.

Finalmente, el caso del proyecto minero Río Blanco, nos da una primera aproximación y por qué no, una oportunidad de que el instrumento de gestión ambiental que hoy se viene elaborando, además de contemplar impactos transfronterizos, puedan luego ser comunicados y consultados a la población de Ecuador, de ser el caso.

En conclusión, el alcance y protección de los recursos hídricos compartidos en América del Sur ha tenido un avance progresivo, pero en el que aún existe deficiencia de un instrumento de gestión ambiental como el EIAT en el que se considere una fase de notificación y consulta al Estado potencialmente afectado, a fin de que estos Estados puedan cumplir con su obligación internacional de respetar y garantizar los derechos humanos de la población que resulte potencialmente afectada.

Una de nuestras propuestas es que se promueva la suscripción de un instrumento de *soft law*, en virtud del cual los Estados, establezcan los parámetros mínimos para la inclusión de un procedimiento de consulta y notificación interestatal común, como parte de los procedimientos de EIA interno de cada Estado, teniendo en cuenta que aun cuando es importante apelar a la universalidad y a la dignidad humana como principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, los parámetros mínimos que se establezcan en la propuesta del instrumento de *soft law* deberán ser compatibles con las obligaciones convencionales que los Estados están en capacidad de cumplir, de modo tal que los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción sean realmente protegidos.

CAPÍTULO V. Los EIA en el Derecho Internacional Ambiental

5.1. Características del Derecho Internacional Ambiental

Previo a describir las características del Derecho Internacional Ambiental, resulta importante definir qué es el Derecho Ambiental y, si esta rama del derecho puede ser subsumida en el Derecho Internacional Ambiental.

Según Brañes, R. (2000, p. 29) el Derecho Ambiental puede ser definido como:

El conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.

Como se puede apreciar de la citada definición, las conductas que interesan al Derecho Ambiental son solo aquellas capaces de influir de forma relevante en el medio ambiente, es decir, aquellas que alteran significativamente la posibilidad de vida de los organismos vivos, como la temperatura, la calidad del agua, la luz solar, entre otros factores abióticos.

Ahora bien, en cuanto al contenido de este conjunto de normas jurídicas, nos parece acertada la definición de Jaquenod de Zsogon, S. (citado en Cafferatta, N.,

2004, p. 21), quien apunta que este es “protector de intereses colectivos [y] de carácter esencialmente preventivo y transnacional”, toda vez que las conductas que influyen de forma relevante en el medio ambiente, y que son reguladas del derecho ambiental, deben ser pensadas en adelantarse a una situación de daño del medio ambiente y, a su vez, deben abarcar no solo al territorio del Estado en el cual se emite, sino que debe incluirse el posible impacto ambiental ocasionado en el territorio de otros Estados.

Finalmente, en cuanto a dónde debe apuntar este conjunto de normas, Andaluz, C. (2006, p. 505) resalta en su definición que este conjunto de normas y, añade, de principios deben conducir a lograr un equilibrio entre el hombre y el medio ambiente. Sobre este aspecto, Brañes (con Brañes, R., 2005, p. 19) indica que “las etapas en que el Derecho Ambiental era concebido únicamente como un derecho para prevenir y controlar la contaminación (...) habían sido superadas” y que “ahora, el reto es avanzar en la senda del desarrollo sostenible”.

Dicho esto, cabe observar si esta definición de Derecho Ambiental puede ser incluida en el Derecho Internacional Ambiental y, con ello, si las características del primero, le son aplicables al segundo.

Previo a ello, es necesario señalar que en la doctrina se hace referencia al Derecho Internacional Ambiental y al Derecho Ambiental Internacional de forma indistinta, aunque autores como Servi, A. (1998, p. 4) parecen diferenciar estos conceptos, pues se inclinan más por un concepto de Derecho Ambiental Internacional, en lugar de Derecho Internacional Ambiental, pues consideran que este implica darle más

peso al Derecho Ambiental que al Derecho Internacional. El presente trabajo de investigación utilizará el término de Derecho Internacional Ambiental de forma indistinta, sin perjuicio de que para ello se recurra a algunos autores que mencionan el término Derecho Ambiental Internacional.

De acuerdo con Redgwell, C. (citado en Uribe, D., y Cárdenas, A., 2010, p. 43) el Derecho Internacional Ambiental: “it is an area of public international law marked by application of principles which have evolved in the environmental context, such as the precautionary and no harm principles, yet also forms part of, and draws from, the general corpus of public international law (...)”. [Es una rama del derecho internacional público caracterizada por la aplicación de principios que han surgido en el contexto medio ambiental, tales como el principio de precaución y el de no causar daño, aunque forma parte y está fundado en el corpus general del derecho internacional público].

La definición antes reseñada coloca el enfoque del Derecho Internacional Ambiental en la aplicación de principios que dieron surgimiento a este derecho, aspecto que resulta interesante, pues pone en evidencia que el Derecho Ambiental, como conjunto de normas que, como cualquier otro, debería aplicar, en principio, dentro del territorio de cada Estado, según lo que este determine; termina siendo un Derecho que surge en un contexto internacional y, por tanto, deberá responder siempre a dicha naturaleza.

Prueba de ello es lo comentado por Atapattu, S. (2006) respecto a cómo el principio de prevención previsto en la Declaración de Estocolmo fue concebido en un

contexto transfronterizo, cuando su enfoque va más allá de ese contexto, lo que nuevamente nos confirma lo que Cabrera, J. (2003) comentaba respecto a que el nacimiento de leyes y políticas en los países de América Latina tiene como correlato el nacimiento del Derecho Internacional Ambiental con Estocolmo.

Esta cuestión, también responde al hecho de que el objeto de estudio de este derecho lo constituye el medio ambiente, el cual es considerado "como un bien de interés común para la humanidad, y no uno de aquellos asuntos que puede ser manejado únicamente por un Estado u otro sujeto de derecho internacional" (Sands, P., citado en Uribe, D., y Cárdenas, A., 2003, p. 42).

Es por esa razón, que autores como Geigel, N. (citado en Andaluz, C., 2006, p. 752), ponen el énfasis de su definición de Derecho Internacional Ambiental en sus actores, que no son más que los sujetos de Derecho Internacional Público que ya se conocen:

Conjunto de normas y principios de aplicación general que tienen por objeto regular la conducta de los Estados y las organizaciones internacionales y de sus relaciones recíprocas, al igual que algunas de sus relaciones con otras personas naturales o jurídicas para lograr un ambiente saludable y el desarrollo sostenible.

En el mismo sentido, Andaluz, C. (2006, p. 757) señala como función del Derecho Internacional Ambiental el "regular las actividades de los sujetos del Derecho Internacional Público en relación con los problemas ambientales, sobre todo

aquellos de alcance mundial (...) y crear las condiciones para el desarrollo sostenible”.

Consideramos que el énfasis en los actores del Derecho Internacional Ambiental, nuevamente, responde a que los problemas del medio ambiente fueron en su origen de alcance mundial. Así tenemos, por ejemplo, “el desastre ambiental de la marea negra ocurrido en 1967 en las costas de Francia, Inglaterra y Bélgica causada por el naufragio del petrolero *Torrey Canyon* y sus evidencias de la degradación del medio ambiente” (Barreira, A., Ocampo, P. y Recio, E., 2007, p. 3)

No obstante, a la fecha aún continúa existiendo la potencialidad de que surjan problemas ambientales de alcance mundial, entendidos estos, como transfronterizos, por lo que bien hace Servi, A. (1998) al señalar que este derecho está “destinado a regular las relaciones de coexistencia, cooperación, interdependencia, institucionalizada o no, entre los actores, que tiene como objetivo la protección internacional del ambiente”.

Habiendo expuesto lo anterior, es posible colegir que el Derecho Ambiental forma parte del Derecho Internacional Ambiental, siendo este último, un cuerpo de normas y principios más general que establece pautas mínimas que luego cada Estado se encarga de implementar en su derecho interno, esto es, en el Derecho Ambiental específico de cada uno de estos.

No obstante, como ya hemos adelantado, el Derecho Ambiental es un derecho que surge en un contexto internacional, por lo que sus características nunca deben

perder ese enfoque, incluso aunque estas formen parte del derecho interno de los Estados. En ese sentido, sintetizaremos las principales características del Derecho Internacional Ambiental, dentro de las cuales se incluyen algunas propias del Derecho Ambiental.

En primer lugar, como se había adelantado en las primeras líneas, el Derecho Internacional Ambiental es eminentemente preventivo, pues busca “prevenir cualquier tipo de degradación ambiental, en lugar de limitarse a verificar, e intentar a posteriori reparar, los daños ambientales” (Jaquenod de Zsogon, S., 1991, p. 352). Esta prevención de la degradación ambiental se acentúa “sobre todo si la mayoría de ellos pueden ser irreversibles o presentar consecuencias graves para la supervivencia de la humanidad” (Uribe, D. y Cárdenas, A., 2010, p. 185).

En segundo orden, se trata de un derecho interdisciplinario, toda vez que se encuentra directamente relacionado con otras ciencias, como la Biología, la Economía, la Ingeniería, entre otras. Sobre esta característica Cafferatta, N. (2004, p. 21) la denomina también “horizontal, en el sentido que se solapa y cruza a través las distintas ramas del derecho (derecho civil, derecho administrativo, derecho penal, derecho internacional, etc.)”.

En tercer orden, podemos hablar de un derecho de rigurosa regulación técnica, “porque incluye prescripciones rigurosamente técnicas que pueden determinar por ejemplo cantidad de vertidos, alturas de chimeneas, límites máximos permisibles, estándares de calidad ambiental, entre otras exigencias técnicas (...)” (Ames, E., 2014, p. 221).

Respecto de esta característica, es necesario señalar que esta no suele estar presente de forma tan invasiva en el Derecho Internacional Ambiental, pues como habíamos advertido, este cuerpo normativo es de estándares mínimos, siendo los Estados los encargados de especificarlos en su legislación interna.

En cuarto lugar, Ames, E. (2014, p. 221) habla de un derecho “transgeneracional”, en la medida que “la tutela del ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad presente y a lograr el desarrollo sostenible como legado para las futuras generaciones”, lo que no es otra cosa, sino la aplicación directa del principio de sostenibilidad, el que supone vivir en un ambiente equilibrado haciendo uso de los recursos sin perjudicar a las generaciones futuras.

Finalmente, la característica principal del Derecho Internacional Ambiental es que se trata de un derecho “transfronterizo” pues como hemos visto a lo largo de la presente investigación, los problemas ambientales pueden sobrepasar las fronteras de los Estados, en razón, principalmente, de que el objeto del estudio, esto es, el medio ambiente, es un bien de interés común.

Esta última característica, nos lleva a la necesidad de recordar que, el Derecho Internacional Ambiental es una rama que surge en el Derecho Internacional Contemporáneo, cuyas características, como comenta Salmón, E. (2014, p. 52) denotan “conciencia de los problemas comunes y la necesidad de cooperar para su solución genera una actitud de comunidad que no es solo de Estados... precisamente porque existen nuevos espacios y nuevos sujetos, como los

individuos y las organizaciones internacionales”, por lo que posee elementos diferenciadores frente a características más tradicionales del Derecho Internacional Clásico, tales como soberanía, independencia e igualdad jurídica (Birnie, P. y Boyle, A., citado en Uribe, D. y Cárdenas, A., 2010).

Finalmente, son las características del Derecho Internacional Contemporáneo las que, se han terminado materializando en principios esenciales que fundamentan el Derecho Internacional Ambiental y que justifican la existencia del EIA como uno de los instrumentos de gestión ambiental más importantes a nivel internacional.

5.2. Evolución histórica de los EIA

Conforme se ha comentado en el Marco Teórico de la presente investigación, es con la Declaración de Río de 1992 que los Estados, por primera vez, contemplaron en un instrumento internacional, el deber de llevar a cabo un EIA, respecto de cualquier actividad que pudiese producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente.

No obstante, es necesario dilucidar cómo es que este instrumento de gestión ambiental se ha originado, sobre la base de qué principios se fundó y cómo es que ha evolucionado hasta convertirse en un instrumento que puede alcanzar naturaleza transfronteriza.

Los EIA tienen su origen en el denominado principio de no causar daños al territorio de otros Estados, el cual surgió de forma expresa en el Laudo Arbitral emitido en el Caso Trail Smelter entre Estados Unidos y Canadá (1941, p. 1965):

(...) under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no state has the right to use or permit the use of 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. [(...) bajo los principios del derecho internacional, así como bajo la legislación de Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio, de manera que cause perjuicio por humos en el territorio de otro Estado o en las propiedades o personas allí dentro, cuando el caso sea de consecuencias graves y el perjuicio es establecido mediante pruebas claras y convincentes].

Decimos que este principio surgió de forma expresa con el citado laudo arbitral, toda vez que aquel fue el primer caso de contaminación ambiental transfronteriza, debido a una fábrica de metales que operaba en Canadá produjo emisiones de gases que con el viento llegaron al territorio de Estados Unidos, generando reclamos por parte de la población aledaña.

No obstante, ello es importante tener presente que el principio de no causar daños al territorio de otro Estado ya había sido invocado, a partir del concepto de soberanía territorial, en el Caso de las Islas Las Palmas entre Estados Unidos y

Países Bajos (1927), el cual comportaba la obligación de los Estados de proteger dentro de su propio territorio los derechos de los demás Estados.

En similar sentido, este principio fue abordado posteriormente, en el Caso del Canal de Corfú entre Albania y Reino Unido (1949, p. 22), cuando se estableció que cada Estado tiene la obligación de no permitir que su territorio sea utilizado con conocimiento para actos contrarios a los derechos de otro Estado, ello pues en dicho caso, el territorio marítimo de Albania se encontraba minado y los buques británicos se encontraban próximos a llegar a esa zona.

Aun cuando estos casos relacionados a soberanía e integridad territorial parecieran estar alejados del derecho internacional ambiental; lo cierto es que, a partir de otros pronunciamientos de similar naturaleza, la CIJ, ha tenido la oportunidad de vincular el principio de no causar daños al territorio de otro Estado - entendido no solo en términos de soberanía e integridad territorial - a la protección del medio ambiente.

Así, por ejemplo, en la Opinión Consultiva relativa a la Legalidad de la amenaza o uso de Armas Nucleares (CIJ, 1996) la Corte reconoció cómo el medio ambiente puede verse amenazados por las armas nucleares de guerra y que, en este contexto, el principio de no causar daño al territorio de otros Estados resulta aplicable, al formar además parte del derecho internacional del medio ambiente:

The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment (...) *The existence of the general obligation of States to ensure that activities*

within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment. [La Corte reconoce que el medio ambiente está bajo amenaza diaria y que el uso de armas nucleares podría constituir una catástrofe para el medio ambiente (...) La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas fuera del control nacional es ahora parte del corpus del derecho internacional relacionado con el medio ambiente].

Evidentemente, la mención de la Corte al principio de prohibición de causar daños en el medio ambiente de otro Estado, como parte del cuerpo del derecho internacional ambiental, tiene como correlato el que, para dicha fecha, ya se había celebrado la Conferencia de Estocolmo y la Conferencia de Río, en virtud de las cuales se reconoció este principio.

Dicho esto, cabe preguntarse entonces, cómo es que este principio dio lugar a que los Estados dieran importancia a la necesidad de un EIA previo a la ejecución de actividades que pudieran tener un impacto significativo en el medio ambiente; pues bien, como se desprende del citado principio consagrado en la Declaración de Estocolmo, la prohibición de causar daños al medio ambiente, comporta un deber de aseguramiento de que las actividades emprendidas bajo la jurisdicción o control de un Estado no perjudiquen al otro, lo que no es otra cosa sino que la materialización del principio de prevención.

Al respecto, Uribe, D. y Cárdenas, A. (2010, p. 185) comentan que el principio de prevención puede ser definido como “la obligación consistente en prevenir cualquier daño al medio ambiente, reduciendo, limitando o controlando las actividades que pueden causar o provocar un riesgo en la producción de tal perjuicio”. En esa línea, Sands, P. (2003, p. 201) indica que este principio “prohibits activity that causes or may cause damage to the environment in violation of the standards established under the rules of international law”. [prohíbe la actividad que cause o pueda causar daño al medio ambiente en violación de los estándares establecidos bajo las normas del derecho internacional].

Por su parte, Craik, N. (2008, p. 61) refiere a que este principio “is understood to impose an obligation of conduct, not result” [es entendido para imponer una obligación de conducta, no de resultado], razón por la cual el incumplimiento de este deber no se configura por el solo hecho de que se haya originado un daño en el medio ambiente, sino solo, si se demuestra que el Estado no adoptó las medidas razonablemente esperadas para evitar el daño, esto es, actuó con la debida diligencia, lo que significa, en palabras del citado autor, que el Estado se informe de los efectos de las actividades propuestas.

Es en ese contexto que surge la idea de que los Estados se comprometan con establecer medidas de carácter preventivo, frente a una actividad que puede provocar un daño significativo en el medio ambiente, lo que se concreta en el año 1992, con la Declaración de Río, como primer instrumento internacional que consagra la obligación de prevención, a través de la obligación de realizar un EIA:

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 esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente. (ONU, 1992).

En efecto, como menciona Woodliffe, J. (citado en Bastmeijer, K. and Koivurova, T., 2008, p. 1), el EIA “is an environmental policy instrument (...) to give the environment its proper place in the decision-making process (...) paying careful attention to minimizing impacts, improving the planning of activities, and protecting the environment”. [es un instrumento de política ambiental (...) para darle al medio ambiente el lugar que le corresponde en el proceso de toma de decisiones (...) prestando especial atención a minimizar los impactos, mejorar la planificación de actividades y proteger el medio ambiente]. Es justamente el objetivo de minimizar impactos el que denota, como comenta Lopez (2010, p. 844), que el EIA “constituye la máxima expresión y concreción normativa de los principios de acción preventiva y cautela”.

No obstante, como comenta Atapattu, S. (2006, p. 214) “the EIA process, however, is limited by existing scientific knowledge. If scientific knowledge is lacking on a particular issue, the precautionary principle will come into play” [el proceso de EIA, sin embargo, está limitado por el conocimiento científico existente. Si se carece de conocimiento científico sobre un tema en particular, el principio de precaución entrará en juego].

El principio de precaución, al igual que el principio de prevención, fue introducido con la Declaración de Río, mediante el Principio 15, cuyo tenor indica lo siguiente:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. (ONU, 1992).

Como se puede apreciar, este principio surge ante la falta de certeza científica de que una posible actividad pueda ocasionar daños graves o irreversibles, instando a los Estados a adoptar medidas para prevenir la degradación del ambiente.

Así pues, la diferencia de este principio con el de prevención, es que el primero “is an aid to policymakers as to when such action is warranted”. [es una ayuda para los responsables de la formulación de políticas en cuanto a cuándo se justifica dicha acción] (Atapattu, S., 2006, p. 216) por lo que podríamos afirmar que, cuando el principio de prevención de una determinada actividad no es suficiente para impedir la degradación del medio ambiente, pues no se cuenta con suficiente certeza científica, los Estados deben acudir a la aplicación de medidas de precaución.

Esta falta de certeza científica no puede interpretarse extensivamente, toda vez que, como es sabido, toda actividad humana comporta un riesgo, cuando menos,

mínimo, por lo que deberá tomarse en cuenta es “la existencia de indicadores plausibles de riesgos potenciales” (TIDM, 2011, p. 131).

Ahora bien, dado que la aplicación del principio de precaución ha despertado numerosos debates en cuanto al costo de las medidas a adoptar, la prohibición de actividades, entre otros, consideramos, que las medidas que los Estados deben adoptar frente a plausibles riesgos potenciales deben ser las estrictamente necesarias y proporcionales a los mismos.

De este modo, como comenta Cross, F. (1996) se dispararán los miedos de críticas a este principio, para quienes sostienen que su aplicación podría resultar en una carga desproporcionada para los Estados. En ese sentido, “the government should compare the magnitude of various environmental risks to public health and should focus its regulatory attention upon the greatest of these risks” [El gobierno debe comparar la magnitud de varios riesgos ambientales para la salud pública y debe enfocar su atención regulatoria en el mayor de estos riesgos]. (Cross, F., 1996, p. 909).

Se debe precisar que esta opinión se circunscribe al caso de las medidas a adoptar en los EIA para proyectos con impacto ambiental transfronterizo, pues permite que la actividad a desarrollar por el Estado de origen no se vea prohibida de realizar, por la falta de certeza científica, pero tampoco omite que se deban tomar medidas preventivas. La aplicación del principio de precaución a otro tipo de actividades podría variar.

Habiendo expuesto los principios sobre los que se funda el EIA, observaremos cómo es que este instrumento fue reconocido en el Derecho Internacional Ambiental y pasó a convertirse en un instrumento de alcance internacional, cuestión que creemos que es producto de dos factores determinantes: *i)* la influencia de algunos Estados que, habiendo “alcanzando mayores cotas de desarrollo empezaron a tener en cuenta los aspectos ambientales en la planificación en materias concretas como las aguas y las obras públicas” (Vicente, F., 2014, p. 41), tales como Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Alemania y Francia, (antes Comunidad Europea), quienes fueron los primeros en implementar la obligación de realizar un EIA; y, *ii)* los diversos debates en el seno de la ONU, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y la Unión Europea, quienes impulsaron a que los Estados contemplen en su legislación interna la obligación de realizar un EIA, debido a la preocupación de la comunidad internacional en problemas medio ambientales.

En relación con el primer factor, es necesario mencionar la motivación principal que surge en estos Estados para promover la obligación de realizar un EIA, para lo cual resaltamos el origen de este instrumento en la legislación Estadounidense, el cual fue promovido por el senador Henry Jackson, quien se había convencido después de ver tantas controversias sobre obras públicas federales que se necesitaba alguna forma de que las agencias que operaban en dicho sector pensasen en el posible impacto ambiental, pues en Estados Unidos el tema medio ambiental ya había entrado en la agenda política desde los años sesenta aproximadamente (Kershner, J., 2011).

Así pues, luego de que Jackson presentase el proyecto de ley para crear la Ley Ambiental Estadounidense, en 1970 el presidente Nixon aprobó dicha norma, convirtiendo a Estados Unidos en el país pionero en este instrumento de gestión ambiental, a fin de evaluar los impactos de las actividades propuestas en el ambiente, debiendo este ser puesto a disposición de la ciudadanía.

Similar motivación surge en los otros Estados desarrollados, en los que jugó un rol importante el conjunto de factores económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales, así como la degradación ambiental sufrida a lo largo del siglo XX que hizo necesario que los países abordarán esta situación implementando normas y procedimientos que pusieran límites al deterioro medioambiental asociado al desarrollo (Méndez, G., 2010).

Es vital aclarar que en el caso de Estados en vías de desarrollo, Colombia fue el primer país en implementar el EIA en su legislación ambiental en el año 1973 con la promulgación de su Código de Recursos Naturales, si bien podría señalarse que esto lo coloca, junto a otros Estados desarrollados, a la vanguardia de las normas relativas a EIA, lo cierto es que, como comenta Gómez, J. (2007, p. 27) “las normas del Código de Recursos Naturales antes citadas no tuvieron un elogiado nivel de cumplimiento durante los siguientes veinte años, situación que generó que en dicho espacio de tiempo no brillara este instrumento en la arena de la gestión ambiental”.

Como se puede apreciar, el citado autor observó que fue luego de veinte años, esto es, aproximadamente en los noventa que este instrumento de gestión ambiental recién fue tomado de forma más seria, lo que consideramos está directamente

relacionado con el hecho de que en 1989 el Banco Mundial reguló que los EIA de la mayoría de los proyectos sean llevados por el país prestatario bajo la supervisión del Banco. (Klees, R., Capcelea, A. y Barannik, A., 2002).

Así como en Colombia, en muchos Estados en vías de desarrollo y, principalmente en casi todos los Estados de América Latina el impulso real de implementar este instrumento de gestión ambiental fue el poder recibir el financiamiento de los distintos bancos internacionales, lo cual hizo que, “tuviera mayor prioridad, el enfoque de la presentación de estudios e informes de impacto, antes de ser incluido en la cultura de los países como un procedimiento a través del cual mejorar el sistema de decisiones públicas” (Vicente, F., 2010, p. 43).

En relación al segundo factor, se puede sugerir que el hecho de que el EIA haya sido puesto como uno de los temas principales de los debates internacionales, es un reflejo de la internacionalización del Derecho Ambiental. En ese sentido se pronuncia Craik, N. (2008, p. 24) cuando señala que “domestic EIA systems are also fundamentally a part of the international EIA framework in that the international commitments to conduct EIAs are implemented by incorporating the international requirements into the existing domestic EIA framework, por lo que international environmental regimes have led to new types of normative development, blurring the distinction between (...) international and domestic law” [Los sistemas nacionales de EIA también son fundamentalmente una parte del marco de EIA internacional en el sentido de que los compromisos internacionales para realizar EIA se implementan incorporando los requisitos internacionales en el marco de EIA nacional existente, por lo que los regímenes ambientales internacionales han

llevado a nuevos tipos de normativas de desarrollo, desdibujando la distinción entre derecho internacional y nacional (Bodansky, D., Brunnee, J. y Hey, E., 2012, p. 21).

Así tenemos el caso de la ONU, en el que la Asamblea General en su Resolución 37/7 de 1982 aprobó la Carta Mundial de la Naturaleza, cuyo numeral 11 señaló que “las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudio de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza” (ONU, 1982).

Luego, en el año 1987, el Consejo de la Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (en adelante, “PNUMA”) aprobó la Decisión 14/25, en virtud de la cual se resaltó la labor efectuada por el Grupo de Trabajo de Expertos en Derecho Ambiental, quien elaboró los Principios y Directrices para la Evaluación del Impacto Ambiental, a fin de que estos sirvan como base para la preparación de medidas nacionales adecuadas.

Finalmente, en el caso de la Unión Europea (en adelante, “UE”) podemos destacar la Directiva 85/337 del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 1985 y la Directiva 97/11 del Parlamento y Consejo Europeo de 1997, que estableció la Evaluación de los Efectos de Planes y Programas del Medio Ambiente.

Como se puede apreciar, la Carta Mundial de la Naturaleza, la Decisión 14/25 y las Directivas de la Unión Europea, documentos producidos en torno al EIA, tenían un

enfoque de implementación del citado instrumento, como uno de política ambiental nacional.

Y, si bien, la Decisión 14/25 del PNUMA (1987) pidió al Director Ejecutivo que se “estudie las medidas que podrían adoptarse para fomentar la cooperación y la concertación de acuerdos internacionales en esta esfera, incluida la aplicación de la evaluación del impacto ambiental a los proyectos de desarrollo con posibles efectos transfronterizos”, en la Declaración de Río se hizo alusión a la implementación de un EIA como instrumento nacional, cuestión que en principio no tendría por qué implicar descartar los posibles impactos transfronterizos, toda vez que, adicionalmente, la referida Declaración hace referencia al deber de proporcionar información y notificar a los Estados que pudieran resultar afectados por actividades que pudieran tener efectos ambientales transfronterizos adversos; lo cierto es que si hablamos de la implementación de dicha obligación en la legislación interna de los Estados, en el marco de un EIA, esta no ha sido incluida como tal, por todos los Estados, principalmente los Estados sudamericanos.

De este modo y, como desarrollaremos más adelante, en casi todos los Estados sudamericanos, el EIA ha sido contemplado como un instrumento circunscrito a la jurisdicción del Estado, sin la consideración de la participación del otro Estado, cuestión que es fundamental en todo EIA.

Evidentemente, esta cuestión es producto de la tardía implementación del EIA en dichos Estados, a diferencia de lo que ocurrió en Estados desarrollados, donde este instrumento fue concebido inclusive desde los setenta y ochenta, lo que generó que

su evolución en cuanto a la consideración de los impactos ambientales sea mayor y, consecuentemente, en el año 1997 entrara en vigor el Convenio de Espoo sobre la Evaluación de Impacto Medio Ambiental en un contexto transfronterizo de la que, principalmente forman parte Estados europeos, Estados Unidos y Canadá.

El Convenio de Espoo es el único tratado multilateral que prevé la evaluación de impactos transfronterizos en el marco de los EIA y, con ello, obliga a los Estados a notificar y consultar al Estado potencialmente afectado de actividades que pudiesen impactar significativamente en el medio ambiente.

Es a partir de este tratado que el EIA se reconoció, por primera vez, como un instrumento de gestión ambiental internacional. Más adelante, en 1997 entró en vigor la Convención de Nueva York, denominada Convención sobre el Uso de Aguas Internacionales con fines distintos a la navegación, cuyo artículo 12 contempla la obligación de consulta y notificación interestatal, previa evaluación de los posibles impactos de las medidas proyectadas.

La clara motivación de la entrada en vigor de dicho instrumento fue el reconocimiento de la importancia de regular las medidas para la gestión y protección de los cursos de aguas internacionales, debido a que la contaminación transfronteriza suele ser más común a través de estos cuerpos.

Luego, en el 2001, la CDI publicó su Proyecto de Artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, cuyas disposiciones considero útiles, pues han permitido definir conceptos como el daño transfronterizo,

Estado de origen y Estado afectado, concibiendo además en su artículo 7 a la evaluación de impacto ambiental.

En el marco de estos instrumentos internacionales que surgieron a finales de los noventa, es importante mencionar dos principios sobre los cuales se fundaría el EIAT, adicionales al EIA, a saber, el principio de no discriminación y el principio de cooperación internacional.

En cuanto al primero, este requiere que los Estados evalúen los impactos ambientales transfronterizos en la misma forma que los impactos que ocurren su propio territorio y, a su vez, complementa la legislación interna de los Estados respecto a los EIA transfronterizos, especificando los derechos a ser notificados y participar en asuntos ambientales (Craik, N., 2008).

Según este mismo autor, aquello no implica que se impongan a los Estados de origen requisitos de EIA mucho más onerosos que los de su propia legislación interna, esto es, no existen mayores derechos sino aquellos que el Estado de origen ya asegura a su propia población, tales como el derecho a la participación ciudadana (Craik, N., 2008).

Ahora bien, a lo que sí se apunta es a fortalecer la cooperación internacional, si acaso se necesita imponer requerimientos mínimos procedimentales entre Estados, dado que ello conduciría a un mejor nivel de predictibilidad de las circunstancias en la que se realiza un EIA (Craik, N., 2008). Entendemos que estos requerimientos mínimos procedimentales, tienen que ver justamente con establecer

uniformidad en los procedimientos de notificación, consulta y participación ciudadana.

Esta deducción nos lleva al último principio del EIAT, consistente en la cooperación, lo que incluye los deberes de notificación y de consulta interestatal, sobre los cuales abordaremos con mayor profundidad más adelante. Sin perjuicio de ello, debe quedar claro que esta obligación estatal reposa sobre el deber de buena fe “because in its absence the rights of affected states are subject to abuse, particularly in light of the lack of a requirement of prior consent” [porque en su ausencia los derechos de los estados afectados están expuestos a abuso, particularmente a la luz de la falta de un requisito de consentimiento previo]. (Craig, N., 2008, p. 69).

Como se ha visto hasta aquí, la evolución del EIA considerando los daños transfronterizos, se ha acrecentado hacia los años noventa y 2000, principalmente en países desarrollados.

En el caso de los Estados de América del Sur, hemos visto en el capítulo 1 de la presente investigación, que la consideración de los daños transfronterizos, abordados desde un EIAT ha sido poco desarrollada o, en todo caso, implementada, cuestión que llama la atención, particularmente por la presencia del Amazonas, cuenca compartida, por la mayoría de Estados de América del Sur, cuya contaminación transfronteriza es posible y, prueba de ello, ha sido la originada en el año 2013 en el Río Coca, Ecuador y que llegó hasta el Río Napo, Perú, por el derrame de 11,400 barriles de petróleo del Proyecto Oleoducto Transecuatoriano

en Ecuador, y cuya responsabilidad por contaminación no quedó claramente establecida (Ipenza, C., 2013).

Creemos, nuevamente, que esta falta de consideración por los daños transfronterizos responde al demorado proceso de implementación de la legislación nacional de EIA en los Estados de América del Sur, pues estos apenas estaban especializándose en estos instrumentos de gestión ambiental y sus deficientes condiciones políticas, económicas y sociales estaban siendo puestas por delante de cuestiones ambientales que también eran importantes.

Pese a ello, el mejor ejemplo que encontramos en la región es el Estatuto de 1975 suscrito entre Uruguay y Argentina, que si bien no previó de forma expresa la elaboración de un EIAT sí contenía ciertas disposiciones de notificación y consulta con la finalidad de que el Estado potencialmente afectado pudiera “evaluar los efectos”, lo que finalmente fue interpretado en el Caso de las Plantas de Celulosa como la obligación de realizar un EIAT, pues solo de esa forma podían cumplirse los compromisos internacionales asumidos en virtud de tal Estatuto y, a su vez, aprovechó en extender estas obligaciones como parte del Derecho Internacional Consuetudinario (CIJ, 2010, f. 204).

Esta obligación fue confirmada siete años después, en los casos *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica c. Nicaragua) y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica) (Procedimientos acumulados), en el que se confirmó que la evaluación de impacto ambiental “aplica de manera general a

posibles actividades que puedan ocasionar un impacto adverso significativo en un contexto extraterritorial” (CIJ, 2017, f. 104) y que, por tanto:

Para cumplir su obligación de ejercer la debida diligencia en la prevención de un daño ambiental transfronterizo significativo, un Estado debe, antes de embarcarse en una actividad que tenga el potencial de afectar adversamente el medio ambiente de otro Estado, averiguar si existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo, que activaría el requisito de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental. (CIJ, 2017, f. 104).

Por tanto, es posible afirmar que, bajo la jurisprudencia desarrollada por la CIJ, cuando se pretende llevar a cabo una actividad susceptible de afectar significativamente el medio ambiente de otro Estado, es necesario evaluar la posibilidad de daños transfronterizos y, de ser el caso, incluir estos impactos en el EIA desarrollado por el Estado de origen.

Como se ha observado, los instrumentos internacionales y, algunas de las sentencias antes reseñadas, también han incluido, como parte de las obligaciones de los Estados en el contexto de un proyecto con impacto transfronterizo, la obligación de notificación y consulta interestatal, la misma que puede ser enmarcada dentro del EIAT.

5.3. La obligación de notificación y consulta interestatal: evolución y contenido

La obligación de notificación y consulta interestatal en el marco de un proyecto con impacto transfronterizo, aunque sea mencionada como una sola, se trata en realidad de dos obligaciones distintas, pero seguidas una de la otra.

De acuerdo con Novak, F. y García-Corrochano, L. (2016, p. 440) “la notificación puede ser definida como la manifestación unilateral de voluntad de un Estado, por la cual comunica oficialmente a otro sujeto de Derecho Internacional, determinado documento, hecho o situación”.

La notificación puede ser voluntaria u obligatoria. Esta última será así cuando emana de una obligación internacional (Mónaco, R., citado en Novak, F. y García-Corrochano, L. 2016, p. 440), como observaremos que se da en el contexto de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo.

En el caso de la consulta, esta implica respecto del Estado potencialmente afectado “la obligación de consultarle sobre el proyecto planificado” (Hanqin, X., citado en Dalfiume, 2017, p. 86). A continuación, observaremos cómo surgen ambas obligaciones y cómo se ha ido delineando su contenido.

La obligación de notificación y consulta interestatal surge por primera vez con el Arbitraje de la Laguna Lanoux entre Francia y España (1957), en virtud del cual, el

Estado francés propuso llevar a cabo una serie de trabajos en el Lago Lanoux, cuyas aguas constituían límite territorial con el Estado Francés.

En dicho caso, ambos Estados habían suscrito en 1886 un acuerdo denominado Tratado de Bayona, cuyo objeto fue regular el uso y aprovechamiento de dicho recurso hídrico compartido. Luego de una serie de negociaciones frustradas entre ambos Estados, en las que el Estado francés presentó una serie de esquemas para poner en marcha los trabajos propuestos, la controversia fue llevada a arbitraje internacional, a fin de determinar si los referidos trabajos constituían una vulneración a los derechos de España reconocidos en dicho Tratado y su Acta Adicional y, en caso negativo, determinar si la ejecución de dichos trabajos necesariamente debía estar precedida por un acuerdo entre los dos Estados bajo el artículo 11 del Acta Adicional al Tratado.

El Tribunal Arbitral analizó ambas cuestiones, determinando en el primer caso que, según el esquema presentado por Francia los trabajos no constituían una vulneración a los derechos de España, pues permitían el retorno de las aguas al afluente Carola, en concordancia con el Tratado; y, en el segundo caso, señaló que del artículo 11 del Acta Adicional no se desprendía la obligación de un acuerdo previo, sino únicamente la obligación de notificar y consultar al otro Estado, lo que no podía extrapolarse a un derecho de veto. Asimismo, determinó que el Estado francés si había cumplido con estas obligaciones.

Aun cuando en el citado caso las obligaciones de notificación y consulta interestatal no hayan sido incumplidas por el Estado francés, este caso resulta importante pues

afirma que, como parte del contenido de la obligación de consulta y notificación, no existe un derecho del Estado potencialmente afectado de llegar a un acuerdo ni vetar el proyecto.

Ahora bien, es necesario señalar que esta obligación, al igual que la obligación de realizar un EIA, también constituye una materialización del principio de no causar daños al territorio o jurisdicción de otro Estado, conforme comentamos en el Marco Teórico de la presente investigación, respecto al Caso del Canal de Corfú entre Albania y Reino Unido (1949).

Si bien, en el referido caso la notificación y consulta interestatal no fue abordada desde la perspectiva de un proyecto susceptible de producir un impacto ambiental significativo en el territorio de otro Estado, como el arbitraje de la Laguna Lanoux, sino desde el supuesto de la colocación de un campo de minado en el territorio albanés que podía afectar a buques británicos, dicho caso concluyó que la obligación de notificación y consulta, además se sujeta al conocimiento previo y suficiente del acto que podría causar daño, el que una vez obtenido debe tratar de prevenirse.

Luego del Caso del Canal de Corfú (1949), la CIJ tuvo la oportunidad de pronunciarse, por primera vez, sobre la consulta y notificación interestatal, en el contexto de un proyecto con impacto transfronterizo, a partir del Caso de las Plantas de Celulosa entre Argentina y Uruguay (2010), en virtud del cual se estableció que Uruguay había incumplido con su obligación de informar a la CARU sobre el proyecto de las Plantas de Celulosa y de notificar a Argentina con los estudios de

impacto ambiental sobre el proyecto de forma previa al otorgamiento de las autorizaciones del proyecto, violando así el Estatuto de 1975 suscrito entre ambos Estados.

Finalmente, la obligación de consulta y notificación interestatal en el contexto de proyectos con impacto transfronterizo ha sido abordada en los Casos Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica):

La Corte observa que el hecho de que el Tratado de 1858 pueda contener obligaciones limitadas en relación con la notificación o consulta en situaciones específicas no excluye cualquier otra obligación procedimental con respecto al daño transfronterizo que pueda existir en el derecho internacional convencional o consuetudinario. En cualquier caso, la Corte encuentra que, ya que Nicaragua no estaba obligada bajo el derecho internacional a llevar a cabo un estudio de impacto ambiental a la luz de la ausencia de un riesgo de daño transfronterizo significativo (ver párrafo 105 arriba), no estaba obligada a notificar o consultar a Costa Rica. (CIJ, 2017, f. 108):

En el caso, Costa Rica alegó que bajo la Convención de Ramsar, cuyo objeto era la protección de humedales, correspondía efectuar la consulta y notificación del proyecto de dragado en el Río Colorado por parte de Nicaragua. Sobre el particular, aunque la CIJ señaló que Nicaragua no estaba obligada a consultar y notificar, pues

se había determinado que no había riesgo de daño transfronterizo, el hecho de que las partes celebren un tratado para situaciones específicas no excluye las obligaciones procedimentales que existen en el Derecho Internacional Convencional o Consuetudinario, por lo que este caso resulta esencial para concluir que ante cualquier vacío sobre situaciones específicas de consulta, debe primar las disposiciones del Derecho Internacional Consuetudinario, tales como la Declaración de Río o el Proyecto de Artículos de Prevención de Daños Transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

Conforme hemos observado, a través de la jurisprudencia de la CIJ y el arbitraje de la Laguna Lanoux, la notificación y consulta interestatal constituye una obligación consuetudinaria que presupone un conocimiento previo de un posible impacto ambiental transfronterizo para que ésta emerja. Su realización es previa al otorgamiento de la autorización de inicio de actividad y no implica un derecho de veto por parte del Estado potencialmente afectado, en caso de no estar de acuerdo con el proyecto

Ahora bien, siendo que es el conocimiento previo y suficiente del posible daño el requisito *sine quo non* para que el Estado de origen active el mecanismo de notificación y consulta interestatal, resulta natural que la CIJ se incline por la posición de que la notificación y las consultas interestatales se inicien una vez concluidos los EIA.

El Convenio de Espoo, que también prevé estos mecanismos, también se inclina por esta posición. Sin embargo, la importancia de realizar el proceso de consulta

interestatal durante la fase de elaboración del EIA es reconocida por diversos autores, pues “effective consultation with potentially affected parties can focus the EIA process on the issues of principal concern, can assist in identifying an appropriate range of alternatives and may identify additional sources of environmental information” [La consulta efectiva con las partes potencialmente afectadas puede enfocar el proceso de EIA en los temas de mayor preocupación, puede ayudar a identificar una gama apropiada de alternativas y puede identificar fuentes adicionales de información ambiental]. (Craik, N., 2008, p. 142). Ello pues, el proceso es enfocado en “identifying people who already have knowledge about a site, community plans and alternatives or other relevant information which the proponent may otherwise overlook” [identificar a las personas que ya tienen conocimiento sobre un sitio, planes comunitarios y alternativas u otra información relevante que el proponente podría pasar por alto de otra manera]. (Sadler, B., 1996, p. 115)

En la misma línea, el Proyecto de Artículos sobre Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de la CDI (2001), prevé que las consultas interestatales pueden darse incluso durante la etapa de elaboración del EIA, por lo que válidamente podemos inferir que, si la notificación es la fase previa, esta también puede darse durante la etapa de elaboración del EIA y no cuando este estudio ya ha sido concluido.

El objetivo de realizar este procedimiento durante la elaboración del EIA es asegurar la mejor información posible, pues finalmente la obligación de notificar busca lo siguiente:

...The obligation to notify is intended to create the conditions for successful cooperation between the parties, enabling them to assess the plan's impact on the river on the basis of the fullest possible information and, if necessary, to negotiate the adjustments needed to avoid the potential damage that it might cause. [La obligación de notificar tiene como objetivo crear las condiciones para una cooperación exitosa entre las partes, permitiéndoles evaluar el impacto del plan en el río sobre la base de la información más completa posible y, si es necesario, negociar los ajustes necesarios para evitar el daño potencial. que podría causar] (CIJ, 2010, p. 113).

Como se puede apreciar, la obligación de notificar permite a las partes evaluar sobre la base de información completa los impactos del proyecto y si es necesario un ajuste para evitar dañar el medio ambiente, los cuales podrían conducir a “eliminate those risks or minimize their effects. The Parties agree on the need for a full environmental impact assessment in order to assess any significant damage which might be caused by a plan” [eliminar esos riesgos o minimizar sus efectos. Las Partes acuerdan la necesidad de una evaluación de impacto ambiental completa para evaluar cualquier daño significativo que pueda ser causado por un plan]. (CIJ, 2010, p. 115 - 116).

En ese sentido, las partes deben actuar con reciprocidad y de buena fe al momento de realizar sus consultas. No obstante, para lograr todo ello, ¿basta con la consulta y notificación al Estado afectado para que se considere que el EIA cuenta con información completa? En el siguiente numeral observaremos cómo el elemento de

participación ciudadana resulta esencial, particularmente en la fase de consultas, tendiente a la conclusión de este instrumento de gestión ambiental.

5.4. La participación ciudadana como pilar fundamental de los EIA

La participación ciudadana “es un elemento indispensable que debe insertarse al inicio, durante y después del proceso de toma de decisiones en los procedimientos de evaluación ambiental, nacionales y transfronterizos, pues permite mejorar la calidad y legitimidad de la opción finalmente seleccionada” (Vicente, F., 2014, p. 168).

En esa misma línea, O’Faircheallaigh, C. (2010, p. 21) señala que la participación “is designed essentially to ensure that all relevant information, including input from those affected, is available so that the decisión-maker can make the most informed and well-considered decision” [está diseñada esencialmente para garantizar que toda la información relevante, incluidas las aportaciones de los afectados, está disponible para que el decisor pueda tomar la decisión más informada y bien considerada], toda vez que la participación ciudadana no puede ser vista únicamente como un procedimiento unilateral en el que la información es brindada a la población del Estado potencialmente afectado, sino que ésta debe ser vista como un procedimiento de ida y de vuelta, en el que ambas partes se retroalimenten entre sí.

Es por esa razón que Cuesta, R. (citado en Rodríguez, G. y Muñoz, L., 2009, p. 19) comenta que la participación ciudadana “es una acción social en la que intervienen

dos o más sujetos que, (...) se unen a propósito de una idea, de un hecho o un proyecto, motivados por la aspiración de alcanzar un resultado que les proporcione algún beneficio”.

El objetivo de la participación ciudadana, según González, E. y Velásquez, F. (citado en Rodríguez, G. y Muñoz, L., 2009, p. 20) es el siguiente:

...los individuos puedan sentirse parte de una comunidad política a través del libre ejercicio de derechos y deberes. La participación concreta en la realidad, lo que de manera formal se establece en la norma (la igualdad ante la ley) y abre la posibilidad a sectores tradicionalmente marginados de la política para intervenir en la escena pública y contribuir a la definición de metas colectivas

Pero ¿a quién se le considera público? Compartimos la definición amplia de Dietz, T. y Stern, P. (citado en Gidey, D., 2017, p. 140), según la cual público “may consist of organized interests, sometimes referred to as stakeholders; people selected by a systematic process to create a representative sample, as is done in survey research; people selected purposely to represent particular perspectives, knowledge bases, or interests” [puede consistir en intereses organizados, a veces denominados partes interesadas; personas seleccionadas mediante un proceso sistemático para crear una muestra representativa, como se hace en la investigación de encuestas; personas seleccionadas deliberadamente para representar perspectivas particulares, bases de conocimiento o intereses].

Como se puede apreciar, dicha definición refiere a un público interesado, que no solo está conformado por ciudadanos o grupos de estos, sino que incluye organizaciones o, lo que comúnmente se denomina stakeholders, quienes para Avramoski, O. (citado en Gidey, D. 2017, p. 139), son “those people, groups or institutions who can significantly affect the outcome of the process” [aquellas personas, grupos o instituciones que pueden afectar significativamente el resultado del proceso].

Siguiendo la diferenciación efectuada por la Directiva 2011/62/UE de la Unión Europea, de la cual nos apoyamos, es importante precisar que este público interesado se diferencia del público en general, en la medida que este último le asiste el derecho de acceso a la información, mientras que al primero le asiste el derecho de participación.

Para aterrizar este punto podemos mencionar que cuando un Estado decide promover un proyecto elabora una línea de base y determina la zona de influencia de este proyecto, incluyendo las poblaciones que se encuentran dentro de dicha zona de influencia, las cuales serían el público interesado, mientras que otras poblaciones que no ven afectado directa o indirectamente un interés particular por la promoción de dicho proyecto, pueden de todas formas, solicitar información sobre el proyecto.

Ello, pues como comenta Cárdenas, R. (2021) “una cosa es el área de influencia directa e indirecta del proyecto y otra cosa es la incidencia directa o indirecta que puede tener un proyecto sobre pueblos... no necesariamente tengo que estar en el

área de influencia directa o indirecta para ser impactado, puede ser que ni siquiera esté dentro de esas dos zonas”.

En ese sentido, la definición amplia por la que se inclina la presente investigación supone que las poblaciones que puedan verse impactadas, ya sea porque se encuentran en alguna de estas áreas de influencia o fuera de estas, puedan también ver representados sus intereses a través de organizaciones no gubernamentales (en adelante, “ONGs”), sobre las cuales expondremos más adelante.

Como mencionábamos al inicio de este punto, la participación ciudadana en el marco de un EIA es una pieza fundamental, que incluye los procedimientos transfronterizos, por lo que cuando se refiere a la población de la zona de influencia este debe incluir la población del Estado potencialmente afectado, teniendo como condición previa, en línea con lo indicado por Nogueira, A. (2009, p. 139) que la participación transfronteriza solo tendrá lugar cuando el Estado afectado pueda resultar significativamente afectado, lo que se fundamenta, según comenta Vicente (2014) en los principios de cooperación y no discriminación.

Sin embargo, en el Caso de las Papeleras de Celulosa (CIJ, 2010), al momento de resolver la cuestión respecto a si había o no obligación de consultar a las poblaciones afectadas, cuestión distinta a la mera notificación y consulta interestatal, la CIJ señaló que de los instrumentos señalados por Argentina como sustento para esta obligación, esto es, la Convención Espoo, el artículo 13 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Prevención del Daño Transfronterizo y los

Principios del PNUMA, no se desprendía la obligación para consultar a las poblaciones afectadas, pero que, de todos modos, se observó que Uruguay sí cumplió con llevar consultas, tanto del lado uruguayo, como del lado argentino; antes y luego de otorgada la autorización ambiental, declarando así que estas habían tenido lugar.

En este aspecto, Argentina disentía del grado en que estas poblaciones habían sido consultadas, pero ambos Estados reconocían que la consulta a las poblaciones afectadas debía formar parte del EIA, no obstante la CIJ se limitó a mencionar que de los instrumentos señalados por Argentina no se desprendía la obligación de consulta a las poblaciones afectadas, pudiendo haber complementado su fundamento 204 de la sentencia, por cuanto la obligación de realizar un EIA se desprendía del Estatuto de 1975 y, en esa línea, la participación de la población potencialmente afectada también formaba parte indispensable de este instrumento de gestión ambiental.

Entendemos que dicha sentencia no se haya pronunciado más a fondo sobre el derecho a la participación ciudadana, en tanto la CIJ no es un tribunal internacional que tenga como meta la protección de los derechos humanos, no obstante, cabe resaltar que este derecho es reconocido en diversos instrumentos internacionales, tales como el Principio 10 de la Declaración de Río, el artículo 13 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Prevención del Daño Transfronterizo, el Convenio de Espoo, los Principios del PNUMA, etc.; instrumentos que, probablemente, en tribunales internacionales cuyo objeto hubiera sido la protección de los derechos humanos, podría haber sido mejor valorado.

En línea con esa falta de profundidad sobre el derecho a de participación de las poblaciones afectadas, la Jueza Ad Hoc Vinuesa emitió su Opinión Disidente en la que criticó a la CIJ por no tomar en cuenta el argumento del Ombudsperson de la IFC, quien calificó que las consultas llevadas a cabo previo a la autorización fueron irrelevantes e insignificantes, pues se les presentó como un hecho ya consumado y frente al cual ya no podrían haber presentado objeciones. Por esa razón, la Jueza opina que estas consultas y las que fueron llevadas luego de la autorización no tienen ningún peso, pues debieron ser efectivamente llevadas de forma previa.

Aquí, nuevamente, entendemos que los comentarios del Ombudsperson de la IFC no hayan sido tomados en cuenta, pues la CIJ no se encuentra en la obligación de aceptar los escritos de *amicus curiae*, de hecho, según comenta Losardo, M. (2014), la CIJ ha sido bastante reticente a ello en su práctica.

Con todo, corresponde preguntarse de dónde surgen estas obligaciones para los Estados de América del Sur, considerando que, si bien la jurisprudencia de la CIJ reconoce las obligaciones de llevar a cabo un EIA ante un proyecto susceptible de causar daños transfronterizos significativos en el medio ambiente de otro Estado y, como correlato de ello, la obligación de notificar y celebrar consultas con el Estado potencialmente afectado, lo cierto es que en la legislación interna de los Estados de América del Sur, dicha obligación ha sido poco desarrollada. Lo mismo ocurre con la participación ciudadana en el contexto de proyectos con impactos transfronterizos, cuestión que incluso no es desarrollada más a fondo por la CIJ, en tanto este tribunal no tiene como meta la protección de los derechos humanos.

5.5. Regulación interna de los EIA en los Estados sudamericanos

Según se ha revisado en la legislación de diez Estados de América del Sur¹⁴, todos contemplan la obligación de realizar un EIA para proyectos, obras o actividades que puedan tener un impacto significativo en el medio ambiente; no obstante, solo Colombia, Bolivia, Brasil, Paraguay y Surinam, contemplan alguna referencia sobre los impactos transfronterizos e incipientes referencias a la participación ciudadana, como parte de la consulta y notificación interestatal.

En el caso de Colombia, el artículo 11 y 57 de la Ley 99 de 1993 regula la obligación de realizar un EIA frente a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial.

No obstante, es el Decreto 2811 de 1974 el que reguló en la Parte II de los Asuntos Ambientales de Ámbito o Influencia Internacionales, disposiciones tendientes a complementar las medidas ya existentes, con el fin de prevenir o solucionar los problemas ambientales y regular la utilización de recursos naturales renovables compartidos con países limítrofes.

En ese contexto se contempla la comunicación recíproca y previa frente a posibles desequilibrios ambientales producidos por obras o trabajos, con antelación suficiente para que dichos gobiernos puedan emprender las acciones pertinentes cuando consideran que sus derechos e intereses pueden sufrir menoscabo;

¹⁴ Perú, Colombia, Chile, Brasil, Bolivia, Ecuador, Argentina, Uruguay, Paraguay y Surinam

igualmente, se contempla la adopción de “medidas para que no cause perjuicios sensibles a otros países del uso puramente interno de los recursos naturales, hecho en Colombia o en naciones vecinas”.

Si bien, no se menciona expresamente la realización de un EIAT, se podría señalar que entre las medidas para evitar el perjuicio sensible a otros países” se encuentra el EIAT, lo que se complementa con la comunicación recíproca, sin embargo, en este punto, no queda claro si, con ello se garantiza la participación ciudadana de la población del Estado potencialmente afectado, quién la garantiza y de qué forma sería este procedimiento.

En el caso de Bolivia el artículo 7 del Reglamento General de Gestión Ambiental establece que es función del Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente (en adelante, “MDSMA”) emitir criterio técnico cuando se susciten problemas transfronterizos internacionales en materia de medio ambiente y recursos naturales.

Asimismo, el artículo 4 del Reglamento de Prevención y Control Ambiental prevé que el MDSMA tendrá competencia en todos los proyectos, obras o actividades con impactos internacionales transfronterizos y, complementando ello, el artículo 167 señala lo siguiente:

ARTÍCULO 167. - Si un proyecto, obra o actividad se localiza en las zonas fronterizas del país y ocasione o pudiera ocasionar impactos o riesgo inminente sobre el ambiente de un Estado vecino, así como sobre recursos

naturales compartidos con otros Estados, el REPRESENTANTE LEGAL debe considerar esas circunstancias en el EEIA. Conforme a los principios del Derecho Internacional, cuando exista Convenio de Reciprocidad, el MDSMA, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, informará al o los Estados que puedan ser afectados por la implementación, operación o abandono de proyectos, obras o actividades, de los resultados de EEIA's y AA's que se efectúen con el fin de conocer los impactos potenciales y efectos actuales que los afecten o puedan afectar. Toda transmisión de información al respecto entre países vecinos o fronterizos debe guardar la confidencialidad correspondiente.

Así pues, de una lectura integral del artículo 4 y el artículo 167 se desprende que los impactos transfronterizos deben ser considerados en el EIA, siendo el MDSMA, el encargado de emitir criterio técnico sobre aquellos. Aunado a ello, se incluye la obligación de informar a los Estados potencialmente afectados, sin embargo se habla de una confidencialidad de la información, cuestión que podría resultar preocupante en un escenario en el que el Estado potencialmente afectado no mostrara interés por hacer partícipe a su población.

En el caso de Brasil el artículo 4 de la Resolución Conama 237/97 señala lo siguiente:

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31

de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

(...)

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

(...). [El Instituto Brasileño del Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables - IBAMA, organismo ejecutor del SISNAMA, es responsable del licenciamiento ambiental, referido en el Artículo 10 de la Ley N ° 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empresas y actividades con impacto ambiental significativo ámbito nacional o regional, a saber: (...) III. cuyos impactos ambientales directos superan los límites del país o de uno o más Estados (...)].

Como se puede apreciar, Brasil contempla los impactos que superan los límites territoriales de su Estado, a fin de que sean considerados como requisito para el otorgamiento de la licencia ambiental, sin embargo aquí no hay referencia sobre la consulta y notificación interestatal y menos sobre la participación ciudadana del Estado potencialmente afectado.

Según comenta Dalfiume, S. (2017, p. 135) existe un antecedente de EIAT en Brasil, que data de 2007, en el que “ocho especialistas del Ibama emitieron una opinión técnica sobre el EIA del Complejo Hidroeléctrico de Río Madeira, en la cual, entre otros aspectos, recomendaban que se incluyeran los posibles impactos transfronterizos que dicho complejo tendría sobre el territorio boliviano”. No obstante, según revela la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente

(en adelante, "AIDA") (2009), el EIA terminó emitiéndose en 2008 y 2009, pese a las reticencias de los especialistas técnicos de Ibama y contando con serias deficiencias, pues no se había analizado el proyecto en su totalidad, al haber segregado los eventuales impactos ambientales de la hidrovía, cuando se trataba de un solo ecosistema altamente sensible. Asimismo, AIDA (2009) puso al descubierto que la información fue negada a la sociedad civil durante todo el proceso.

En el caso de Paraguay se ha identificado una referencia a EIAT en el artículo 8 de su Decreto 453/2013, Reglamento de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, que desarrolla lo siguiente:

Artículo 8.

La Autoridad Administrativa pondrá a disposición del público y de los organismos afectados en el ámbito nacional, departamental y municipal, la Evaluación de Impacto Ambiental por los medios y el término a establecerse en las reglamentaciones de esta Ley. Se protegerán los derechos del secreto industrial y se asegurará un procedimiento que permita la consideración de las observaciones, denuncias e impugnaciones de datos efectuadas por los interesados. Cuando los impactos negativos fueran susceptibles de producir efectos transfronterizos, la Autoridad Administrativa deberá informar al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Como se puede observar, este artículo incluye al público y organismos afectados como destinatarios de la información del EIA y, a su vez, contempla que cuando estos impactos sean susceptibles de producir efectos transfronterizos se deberá informar al Ministerio de Relaciones Exteriores, con lo cual, entendemos que existiría un procedimiento de consulta y notificación interestatal promovido por Paraguay, pero nuevamente nos enfrentamos a la posibilidad de un Estado potencialmente afectado, poco interesado, en el que la participación de su población queda en duda sobre quién la asumiría.

Finalmente, se presenta el caso de Surinam, en el que se observan una serie de lineamientos para la evaluación ambiental y social elaborados por el National Institute for Environment and Development in Suriname, cuyo anexo 1 establece un checklist de las preguntas para la etapa inicial de evaluación, entre las que se encuentra una referida a los impactos transfronterizos: ¿Existen impactos que trascienden la frontera o sean transfronterizos, que necesiten ser considerados?

Aun cuando en este Estado, el desarrollo de la legislación de EIA es incipiente, se observa una consideración a estos impactos, más no a una consulta y notificación interestatal.

Como se ha visto hasta este punto, solo estos cinco Estados cuentan con legislación referida a impactos transfronterizos y, en ninguno de estos, queda claro cómo se implementa la obligación de notificación y consulta interestatal.

Por otro lado, se ha visto en el capítulo 1 de la presente investigación que existen en América del Sur diversos tratados bilaterales y multilaterales cuyo alcance es la protección y gestión general de los recursos hídricos y de los 15 analizados, solo 2¹⁵ hacen alusión a esta obligación de notificación y consulta, pero sin enmarcarla dentro de un procedimiento de EIAT. Los Estados que participan en estos tratados son Argentina, Chile y Uruguay, Estados que en su legislación interna no cuentan con previsiones sobre notificación y consulta interestatal y que si bien han establecido esta obligación por la vía convencional, aquello resulta insuficiente, considerando que tanto Argentina, Chile y Uruguay tienen otros límites territoriales que podrían ser afectados.

Dicho esto, se aprecia una debilidad en la obligación de realizar un EIAT y la obligación de consulta y notificación interestatal, así como la participación ciudadana del Estado potencialmente afectado, como correlato de ella; tanto en la legislación interna como a nivel de opinio juris; sin embargo, somos de la opinión que esta obligación surge de un tratado multilateral mucho más grande, la CADH, el cual ha sido ratificado por los diez Estados de América del Sur, objeto de esta tesis, y que será explicado en el siguiente apartado.

Además de ello, cabe mencionar que, a pesar de la debilidad de la obligación de realizar un EIAT y la obligación de consulta y notificación interestatal, así como la participación ciudadana, en la legislación interna de los Estados en cuestión, la obligación convencional que, explicaremos surge de la CADH, tiene oportunidad de

¹⁵ Acta de Santiago para Cuencas Hidrográficas de 1971 entre Argentina y Chile y Estatuto de 1975 entre Argentina y Uruguay

ser implementada a nivel interno en Perú, a partir de la Política Nacional de Desarrollo e Integración Fronteriza regulada en su Ley N.º 29778, Ley Marco para el Desarrollo e Integración Fronteriza, cuyo lineamiento contenido en el literal f) de su artículo 5 prevé la función de “promover el respeto a la diversidad étnica y cultural de las poblaciones asentadas en las zonas de frontera, así como la protección del medio ambiente, la diversidad biológica y los recursos naturales, en concordancia con las políticas sectoriales”.

Con motivo de la adopción de esta Política se han establecido diversos mecanismos e instrumentos como Gabinetes Binacionales, Zonas de Integración Fronteriza, entre otros; con los Estados de Ecuador, Colombia, Brasil y Chile; todos ellos pensados en las diversas situaciones que limitan las posibilidades de desarrollo sostenible en los espacios de frontera; no solo a nivel de contaminación de recursos naturales, sino también a nivel del control de transporte y comercio, actividades de cultivo y tráfico de drogas o trata de personas (Decreto Supremo N° 019-2018-RE, Anexo Política Nacional de Desarrollo e Integración Fronterizas, 2018).

Ahora bien, la Política Nacional de Desarrollo e Integración Fronteriza regula el Sistema Nacional de Desarrollo de Fronteras e Integración Fronteriza (SINADIF), cuya máxima instancia es el Consejo Nacional de Desarrollo de Fronteras e Integración Fronteriza (CONADIF), quien tiene entre sus funciones proponer a las diferentes instancias de gobierno iniciativas de carácter técnico y normativo a fin de facilitar propuestas de desarrollo e integración fronterizas, así como propiciar la realización de estudios de la problemática fronteriza que se estimen pertinentes y

que sirvan de base para formular proyectos y otras propuestas orientadas al desarrollo de las regiones de frontera.

Precisamente, en el marco de estas funciones y, considerando que los diversos mecanismos e instrumentos existentes en el marco de esta Política no se han adoptado acciones concretas respecto a la obligación de realizar un EIAT y la obligación de consulta y notificación interestatal, así como la participación ciudadana; consideramos que el CONADIF podría desempeñar un rol importante en promover el desarrollo de estas obligaciones, recordando además que esta obligación, como explicaremos en el siguiente apartado, surge de la CADH.

5.6. Obligaciones internacionales bajo los parámetros de la Corte IDH

La obligación internacional de realizar un EIA en la mayoría de los Estados de América del Sur que han ratificado la CADH, ha sido desarrollada a través de la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos en los que se alegó la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de los derechos humanos a la vida digna, integridad personal y, especialmente, propiedad de los pueblos indígenas.

Lo anterior se explica en razón de que en la CADH no se prevé el derecho a un medio ambiente sano, como sí se hace en el Protocolo Adicional a la CADH (en adelante, "Protocolo de San Salvador"), no obstante este protocolo no solo no ha sido ratificado por todos los Estados parte de la CADH, sino que además, de todos los derechos económicos, sociales y culturales allí previstos, únicamente el derecho

a organizar sindicatos y el derecho a la educación son justiciables de forma directa ante la Corte IDH, según expresa el artículo 19 de dicho instrumento internacional.

Si bien la CADH, contempla en su artículo 26 el derecho al desarrollo progresivo, en virtud del cual los Estados se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, "OEA"), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención, conforme se ha reconocido en el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile (2018, p. 103) y en el Caso Hernández vs Argentina (2019, p. 62), del cual se puede derivar el derecho a un medio ambiente sano, recién en el Caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020) es que la Corte IDH analizó este derecho a partir de la declaratoria de responsabilidad de Argentina por la violación del artículo 26 de la CADH.

No obstante, aun cuando la Corte IDH reconoció, al momento de desarrollar el contenido del derecho a un medio ambiente sano, que este implica el deber de prevenir los daños ambientales, adoptando las medidas que sean necesarias ex ante la producción del daño ambiental, las que incluyen a los EIA, las afectaciones al medio ambiente y, por tanto, la vulneración del artículo 26 en dicho caso, vinieron dadas por la inercia del Estado argentino de no haber adoptado las medidas adecuadas para impedir la presencia de ganado, alambrado y tala ilegal en el territorio del pueblo indígena.

Más bien se observa que, en este caso, al igual que en toda la línea jurisprudencial de la Corte IDH, la referencia expresa a la obligación de realizar un EIA no viene dada por la vulneración del derecho a un medio ambiente sano derivado del artículo 26 de la CADH, sino por la vulneración al derecho de propiedad como inicialmente mencionábamos.

Así pues, tenemos que desde el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007, p. 129) hasta el Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. el mismo Estado (2015, p. 201), la Corte IDH ha establecido lo siguiente:

El requisito de previo estudio de impacto ambiental ha sido indicado por el Convenio 169, en su art. 7.3 y también en otros instrumentos [...]. No debe realizarse como una mera formalidad, sino que debe posibilitar la evaluación de alternativas y la adopción de medidas de mitigación de impacto y llevarse a cabo como parte de una evaluación de impactos ambientales y sociales que debe: a) ser previa a la decisión de llevar a cabo el proyecto o a la realización de la actividad; b) elaborarse por entidades independientes, bajo supervisión estatal; c) considerar, en su caso, los impactos acumulados de otros proyectos existentes o propuestos, y d) permitir la participación de personas o comunidades interesadas o posiblemente afectadas.

Sobre este último elemento, la Corte IDH en el Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012) determinó que el EIA había sido efectuado sin la participación del pueblo indígena, por lo que se declaraba la violación del artículo 21 de la CADH, al no haber cumplido los estándares internacionales.

Por tanto, en la jurisprudencia de la Corte IDH, aún no se ha desarrollado la obligación de realizar un EIA en un caso que no se encuentre vinculado a pueblos indígenas y en el que, consecuentemente, podría discutirse válidamente la violación al derecho a un medio ambiente sano derivado del artículo 26 de la CADH.

A pesar de ello, cabe anotar que, con motivo de la Opinión Consultiva 23, la Corte IDH se pronunció sobre las obligaciones sustantivas y de procedimiento en materia de protección de medio ambiente que surgen del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, contemplados en la CADH, a propósito de una consulta formulada por Colombia.

En ese contexto, la Corte IDH determinó que el derecho a la vida, comporta no solo una obligación de carácter negativo, de evitar la privación al derecho a la vida, sino que también supone la adopción de medidas positivas para garantizar condiciones que aseguren condiciones mínimas, como el acceso y calidad de agua, alimentación y salud (Corte IDH, 2017, p. 109), cuya violación puede implicar también la violación al derecho a la integridad personal, en aquellos casos vinculados al derecho a la salud (Corte IDH, 2017, p. 114).

Así la Corte IDH, reiteró que bajo el artículo 1.1 de la CADH los Estados Parte tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades allí reconocidos, lo que en materia de respeto supone la prohibición de contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecten las condiciones de vida digna (Corte IDH, 2017, p. 117) y en cuanto a la obligación de garantía, supone el

del deber de prevenir, la cual es de medio y no de resultado. (Corte IDH, 2017, p. 118)

Sobre la obligación de prevención, la Corte IDH precisa que esta abarca tanto los daños ocurridos dentro del territorio como para daños que traspasen sus fronteras y que además se debe incluir como parte de la garantía, el principio de precaución y obligación de cooperación (Corte IDH, 2017, p. 125).

Entre las medidas que se deben adoptar en materia de prevención de daños ambientales, la Corte IDH recalcó el requerimiento y aprobación de EIA y enfatizó que su obligación resulta aplicable cuando “existe un riesgo de que una actividad propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo y, particularmente, cuando involucra recursos compartidos. Esta obligación reside en el Estado que planea llevar a cabo dicha actividad o bajo cuya jurisdicción se va a llevar a cabo la actividad” (Corte IDH, 2017, f. 158).

De igual forma, especificó que estas obligaciones de prevención de daños ambientales entre las que se incluye la realización de EIA cuando exista riesgo de daño significativo, aplican dentro o fuera del territorio (Corte IDH, 2017).

Para sustentar esta posición la Corte IDH tomó como referencia la jurisprudencia de la CIJ relacionada con el Caso que concluía que el inicio de cualquier actividad que tenga potencialidad de afectar el medio ambiente debía previamente determinar un riesgo de daño transfronterizo significativo y, de ser el caso realizar un EIA.

Concordamos con la posición de la Corte IDH en el extremo de que, bajo los principios del Derecho Internacional Ambiental de prevención, no causar daños al territorio de otro Estado, cooperación, entre otros, los Estados deban incluir en su análisis el riesgo de daños transfronterizos, no obstante, como desarrollaremos en el tercer capítulo, no coincidimos con el fundamento de la Corte IDH, respecto a la justificación para que todas las obligaciones derivadas del respeto y garantía del derecho a un medio ambiente sano, entre las que se encuentra la participación del público del Estado potencialmente afectado, sean de cargo del Estado de origen, bajo el supuesto de que se habría extendido la jurisdicción de este Estado, al ejercer este el Estado el control efectivo sobre las actividades emprendidas en el otro Estado, y por ende, estar en capacidad de impedir que se cause un daño transfronterizo (Corte IDH, 2017, f. 101).

Aun cuando el apartado en el que la Corte IDH realiza esta afirmación es el de “Obligaciones frente a daños transfronterizos”, por lo que alguno podría afirmar que la extensión de la jurisdicción a la que hace referencia la Corte IDH se configura únicamente ante la producción un daño transfronterizo que afecta derechos convencionales, lo cierto es que en la misma línea la Corte IDH hace alusión a la capacidad de impedir un daño y a la afectación de derechos convencionales, esto es, a la extensión de la jurisdicción.

Como explicaremos, la Corte IDH arriba ligeramente a estas conclusiones sin analizar detenidamente el origen de cada una de las teorías de la jurisdicción, sin analizar si acaso el Estado de origen está en capacidad de asumir todas las

obligaciones que se derivan del respeto y garantía del derecho a un medio ambiente sano y, asumiendo de frente que la mera constatación de un daño transfronterizo automáticamente extiende la jurisdicción del Estado de origen.

Consideramos que, en el caso de la obligación de realizar un EIA, esta obligación surge para los Estados de origen que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, independientemente de si ha habido una extensión o no de su jurisdicción en el Estado potencialmente afectado, pues aquella se basa en los principios del Derecho Internacional Ambiental reconocidos por la jurisprudencia de la CADH y en el respeto y garantía del derecho a un medio ambiente sano que, como hemos señalado, puede ser perfectamente invocado, a través del artículo 26 de la CADH o, indirectamente, a través de la vulneración de otros derechos como la vida digna, integridad personal y propiedad, inclusive, según sea el caso.

No obstante, en el caso de la capacidad de evitar la vulneración de otros derechos convencionales, como la efectiva participación ciudadana por parte de la población del Estado potencialmente afectado, derivada de la consulta y notificación interestatal; esta no necesariamente puede quedar completamente en manos del Estado de origen y, por tanto, no basta con señalar que, el hecho de que el Estado de origen promueva el proyecto, implica que este se encuentre en la capacidad de impedir un daño transfronterizo.

La obligación de notificación y consulta interestatal cuyo objeto es que el Estado potencialmente afectado tome conocimiento de un posible impacto significativo en

su territorio protege el derecho a un medio ambiente sano, es una obligación que surge del artículo 26 de la CADH. Esta obligación es, a su vez, el vehículo para que la población de dicho Estado sea partícipe, con lo cual también permite dar viabilidad al derecho a la participación previsto en el artículo 23 de la CADH.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva 23, ha tenido la oportunidad de señalar cuáles son los derechos vinculados al medio ambiente:

... los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Sin embargo, algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental. Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en ... los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo). (Corte IDH, 2017, f. 64).

Como se puede apreciar, el derecho a un medio ambiente sano comporta también el derecho a la participación en la toma de decisiones. Así, en esta Opinión la Corte IDH señaló que de este derecho “deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente” (2017, f. 231).

Además, indicó que esta participación se debe dar desde las primeras etapas de adopción de decisiones e informar al público sobre oportunidades de participación, las cuales pueden incluir, precisamente, la consideración de sus opiniones en las consultas interestatales.

Si bien, la Corte IDH (2017) no ha señalado expresamente la participación de la población del Estado potencialmente afectado, si comenta que una forma de efectivizar esta es la notificación y la consulta, deberes interestatales que se derivan del deber de cooperación previsto en el artículo 26 de la CADH.

En esa línea, la Corte IDH desarrolló la obligación de notificación indicando lo siguiente:

...surge cuando el Estado de origen adquiere conocimiento o determina que una actividad realizada bajo su jurisdicción conlleva o podría conllevar posibles riesgos de daños transfronterizos significativos. En todo caso, el deber de notificación surge claramente al momento que un estudio de impacto ambiental concluya o evidencie que hay un riesgo de daño transfronterizo significativo y debe cumplirse antes de que el Estado de origen decida sobre la viabilidad ambiental del proyecto (2017, f. 192).

Por su parte, la obligación de consulta surge de la notificación, pues la primera permite que las partes puedan consultarse distintos aspectos del proyecto y negociar posibles cambios, lo cual debe hacerse de buena fe, “de forma que no se

trate de un procedimiento meramente formal sino que involucre la voluntad mutua de los Estados de discutir seriamente los riesgos ambientales actuales y potenciales, puesto que el objeto de dichas consultas es la prevención” (Corte IDH, 2017, f. 205).

La Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia de la CIJ, prevé la oportunidad de la notificación y consulta una vez el EIA ha concluido, sin embargo, también señala que esta puede surgir cuando este estudio evidencie que hay un riesgo de daño transfronterizo, lo que podría ocurrir incluso desde las primeras etapas de elaboración del EIA. Si bien, en aquel estadio no se contaría aún con toda la información, lo cierto es que, anticipar la notificación y consultas puede traer grandes beneficios al momento de elaborar un EIA mucho más completo.

Lo expuesto hasta aquí denota la insoslayable relación entre la obligación de notificación y consulta interestatal y la participación ciudadana, pues, aunque las primeras son obligaciones entre Estados, la segunda sí supone una obligación frente a todas las personas que puedan resultar afectadas por el proyecto con impacto ambiental transfronterizo.

Por ello, consideramos que aunque la obligación de notificación y consulta interestatal constituye el instrumento para garantizar que el Estado potencialmente afectado sea informado de los posibles impactos ambientales transfronterizos y, de esa forma, cumplir con la obligación de cooperación y por qué no de prevención al obtener información útil de aquel Estado y así, elaborar un mejor EIA; aquello no es suficiente si como parte de las consultas interestatales la población del Estado

potencialmente afectado no es igualmente incluida como la población del Estado de origen.

En ese sentido, la obligación de notificación y consulta interestatal no es suficiente, si el Estado de origen y el Estado potencialmente afectado no toman en consideración que la participación ciudadana es vital en este procedimiento.

¿Quién debe garantizar este derecho? Al respecto, la Corte IDH comenta lo siguiente sobre la participación como derecho protegido por el artículo 23 de la CADH:

...esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que puedan afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante. (Corte IDH, 2017, f. 231).

Si bien, la Corte IDH no señala expresamente que es el Estado de origen el que debe asegurar esos canales de diálogo, sí menciona que la obligación de los Estados es para las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y, considerando que el criterio expuesto en el fundamento 101, es que la jurisdicción del Estado de origen se extiende, al ejercer el control efectivo sobre las actividades emprendidas en el otro Estado, y al estar en capacidad de impedir que se cause un daño transfronterizo; y, no habiendo formulado ninguna precisión al respecto,

entendemos que la Corte IDH se inclina por colocar en manos del Estado de origen el aseguramiento de todos los derechos convencionales de las personas en el territorio de otro Estado.

Sin embargo, tal como ya habíamos advertido, no consideramos que esta sea la interpretación que deba darse en esta Opinión Consultiva, pues aquello implicaría no tomar en cuenta las teorías de la jurisdicción, su aplicación en proyectos con impactos transfronterizos y si acaso el Estado de origen se encuentra efectivamente en la posición de impedir que se cause un daño transfronterizo. Sobre estas cuestiones abordaremos en el siguiente capítulo.

5.7. Conclusiones

En primer lugar, como ya hemos observado, el Derecho Ambiental es una rama que forma parte del Derecho Internacional Ambiental, en tanto la primera surge en un contexto internacional, en virtud del cual los Estados convienen en una serie de normas y principios generales (Derecho Internacional Ambiental) con pautas mínimas que luego son implementadas en su legislación interna, es decir, en el Derecho Ambiental específico de cada uno de estos. Siendo ello así, se determinó que las características del Derecho Ambiental nunca deben perder el enfoque de las normas y principios establecidos por el Derecho Internacional Ambiental.

De esta manera, se expusieron las principales características del Derecho Internacional Ambiental, como un derecho preventivo, interdisciplinario, de rigurosa regulación técnica, transgeneracional y transfronterizo. Esta última característica es

la que principalmente muestra que el Derecho Internacional Ambiental es un derecho nacido en el Derecho Internacional Contemporáneo, cuyas características dan lugar a los principios esenciales que fundamentan el Derecho Internacional Ambiental.

En segundo lugar, hemos observado que el EIA, como instrumento de gestión ambiental fue implementado en la legislación interna de los Estados sobre la base de los principios del Derecho Internacional Ambiental, consistentes en la prohibición de no causar daños al territorio de otro Estado y los principios precautorio y preventivo; siendo la principal finalidad la adopción de medidas para evitar la degradación del medio ambiente.

Luego, como consecuencia de la influencia de Estados más desarrollados, como Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda, así como los diversos debates en el seno de la ONU, OCDE y la UE, luego de concluidas las conferencias en Estocolmo y Río; el EIA empezó a ser concebido como un instrumento de alcance internacional, debido a que ya no solo se consideraban los impactos dentro del territorio del Estado que pretendía ejecutar un proyecto de gran envergadura, sino que, si este proyecto podía impactar significativamente el medio ambiente de otro Estado, el EIA debía contemplar medidas preventivas sobre el particular.

De este modo, surgen instrumentos internacionales como la Convención de Espoo, como el primer y único tratado que, en el continente europeo, previó la elaboración de un EIAT, e incluyó la notificación y consulta interestatal como fase obligatoria de este procedimiento: y, el Proyecto de Artículos Proyecto de Artículos sobre

prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, cuyas disposiciones aportaron a la definición de Estado de origen, Estado afectado y evaluación de impacto ambiental.

En tercer lugar, se ha advertido que estos instrumentos internacionales, descansan sobre la base del principio de no discriminación y el principio de cooperación internacional, siendo este último principio, la piedra angular del Derecho Internacional Ambiental, pues de él se desprenden las obligaciones de notificación y consulta interestatal que fueron reconocidos en el arbitraje internacional de la Laguna Lanoux y en dos casos de la CIJ.

De estos, se concluyó que la notificación y consulta interestatal, como obligaciones interestatales en el marco de proyectos con impacto ambiental transfronterizo significativo, no suponen un derecho de veto por parte del Estado potencialmente afectado, implican un conocimiento previo y suficiente del acto que podría impactar significativamente en el territorio del otro Estado, por parte del Estado de origen y deben ser realizados de forma previa al otorgamiento de la autorización de la actividad.

Sobre esta última condición, hemos expresado nuestra posición, por cuanto consideramos que la notificación y consulta pueden ser realizadas de forma paralela al EIA, conforme lo reconoce el Proyecto de Artículos sobre Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

En cuarto lugar, hemos visto que, el procedimiento de notificación y consulta interestatal no es suficiente si este no viene acompañado del procedimiento de participación ciudadana, inclinándose esta investigación por el concepto amplio de participación que incluya a la ciudadanía, grupos y organizaciones, tanto del Estado de origen como del Estado potencialmente afectado.

En quinto lugar, las obligaciones de elaboración de un EIA, notificación y consulta interestatal, si bien han sido reconocidas por la CIJ, se ha visto poco desarrollo en la legislación interna de los Estados, siendo solo cinco los Estados de América del Sur los que contemplan impactos transfronterizos, sin quedar claro cómo se implementaría la notificación y consulta.

Debido a ello, se ha adoptado la posición de que estas obligaciones surgen para los Estados de América del Sur, de su ratificación a la CADH, pero que, además pueden ser promovidas por el CONADIF del Perú en el marco de su Política Nacional de Desarrollo e Integración Fronteriza, conjuntamente con Ecuador, Colombia, Brasil y Chile, sin perjuicio de incluir al resto de Estados objeto de la presente investigación.

Específicamente, en el caso de la obligación de realizar un EIA se tiene que esta obligación surge del artículo 26 de la CADH, que protege el derecho al desarrollo progresivo y, en virtud del cual, se podría alegar la vulneración al derecho a un medio ambiente sano.

En el caso de la notificación y consulta, estas obligaciones surgen del artículo 26 de la CADH, como una manifestación de la obligación de cooperación interestatal para la garantía y protección de los derechos humanos contenidas en la CADH. Ello, pues, como hemos adelantado, la consulta y notificación interestatal no resultan suficientes, si acaso no se garantiza la participación ciudadana, incluida a la población del Estado potencialmente afectado, obligación que surge del artículo 23 de la CADH.

En sexto lugar, hemos concluido que la Opinión Consultiva 23, que ha reconocido las tres obligaciones antes reseñadas, no debe interpretarse en el sentido de que todas estas obligaciones deben ser asumidas por el Estado de origen, bajo el supuesto de que ha habido una extensión de la jurisdicción de este Estado, al ejercer un control efectivo sobre las actividades promovidas en su territorio en el territorio de otro Estado.

La Opinión Consultiva 23 no cuenta con un análisis sobre las diversas teorías de la jurisdicción, como para concluir si realmente el Estado de origen está en capacidad de asumir todas las obligaciones que se derivan del respeto y garantía del derecho a un medio ambiente sano y participación ciudadana, dando por sentado que ante la existencia de un daño transfronterizo automáticamente se extiende la jurisdicción del Estado de origen.

La obligación de realizar un EIA surge para los Estados de origen que hayan ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH, independientemente de si ha habido una extensión o no de su jurisdicción en el Estado potencialmente

afectado, pues aquella se basa en los principios del Derecho Internacional Ambiental reconocidos por la jurisprudencia de la CADH y en el respeto y garantía del derecho a un medio ambiente sano. No obstante, en el caso de la capacidad de evitar la vulneración de otros derechos convencionales, como la efectiva participación ciudadana por parte de la población del Estado potencialmente afectado, derivada de la consulta y notificación interestatal; esta no necesariamente puede quedar completamente en manos del Estado de origen.

Estas cuestiones serán justificadas detalladamente en el próximo capítulo en el que se expondrán las teorías de la jurisdicción y se determinará si alguna de estas resulta aplicable al caso de proyectos con impacto ambiental transfronterizo.

CAPÍTULO VI. Teorías de la jurisdicción y su aplicación en proyectos con impacto transfronterizo

6.1. Jurisdicción: un concepto con diferentes acepciones

Tal como se indicó en el numeral 2.3 de la presente tesis, el término jurisdicción es una de las formas del ejercicio del poder del soberano, por lo que previo a detallar los alcances de este concepto, es necesario volver hacia al concepto de soberanía descrito en el capítulo 1 de la presente tesis, en virtud del cual, los Estados ejercen un haz de competencias en interés propio y de la comunidad internacional.

Cuando se señala que la jurisdicción es una de las formas del ejercicio del poder del soberano, automáticamente surge la pregunta de cuáles son las formas en las que se ejerce la soberanía.

Al respecto, habíamos señalado que la soberanía del Estado puede ser ejercida desde una dimensión interna, la que entendemos como soberanía territorial, “generally understood as a state’s supreme and exclusive competence to ultimately and comprehensively determine and realize the ordering of humans, human activities and things within its territory, as far as it is not in conflict with international law” [generalmente entendido como la competencia suprema y exclusiva de un Estado para determinar y realizar en última instancia y de manera integral el orden de los seres humanos, las actividades humanas y los asuntos dentro de su territorio, siempre que no esté en conflicto con el derecho internacional] (Onuma, Y., 2017, p. 214); y, desde una dimensión externa, cuyo ejercicio se ve representado en la

capacidad para relacionarse internacionalmente y adoptar sus propias decisiones en el marco de las obligaciones internacionales del Estado.

Para efectos del presente capítulo nos interesa resaltar la dimensión interna de la soberanía, la misma que era explicada por Salmón, E. (2014), a partir del concepto territorial de jurisdicción, refiriéndose al ejercicio exclusivo de las competencias del Estado sobre todas las personas y cosas al interior de su territorio.

Así, se puede colegir que es en términos de jurisdicción, que el Derecho Internacional explica este ejercicio exclusivo de competencias, conforme anota Brownlie, I. (citado en Milanovic, M. 2013, p. 23): “in essence a state’s jurisdiction is an emanation or an aspect of its sovereignty, its right to regulate its own public order, and limitations on it flow from the equal sovereignty of other states” [en esencia, la jurisdicción de un Estado es una emanación o un aspecto de su soberanía, su derecho a regular su propio orden público, y las limitaciones sobre él se derivan de la soberanía igual de otros estados]. Sin embargo, el término jurisdicción en el Derecho Internacional no es unívoco y abarca un conjunto de poderes. A decir de Milanovic, M. (2013) la jurisdicción puede abarcar, cuando menos dos y, hasta posiblemente tres tipos de poderes:

The first of these is the jurisdiction to prescribe - also termed legislative jurisdiction or competence normative - the state’s authority to make or prescribe legal rules. On the other hand, the jurisdiction to enforce - executive jurisdiction or competence d’execution - is the state’s authority to apply or enforce the rules that it has previously prescribed. Finally, there is a state’s

adjudicatory, curial or judicial jurisdiction, which refers to the power of its courts to settle legal disputes... [La primera de ellas es la jurisdicción para prescribir, también denominada jurisdicción legislativa o competencia normativa, la autoridad del estado para dictar o prescribir normas legales. Por otro lado, la jurisdicción para hacer cumplir - jurisdicción ejecutiva o competencia de ejecución - es la autoridad del estado para aplicar o hacer cumplir las reglas que ha prescrito previamente. Finalmente, existe la jurisdicción judicial, curial o judicial de un estado, que se refiere al poder de sus tribunales para resolver disputas legales].

De esta forma, cuando un Estado promulga una determinada ley que obliga a sus ciudadanos al pago de impuestos se encuentra ejerciendo su jurisdicción para prescribir; cuando un Estado realiza el cobro coactivo de una multa, a través de la autoridad respectiva se encuentra ejerciendo su jurisdicción para ejecutar o hacer cumplir una norma; y, finalmente, cuando un Estado dicta prisión preventiva contra un supuesto homicida se encuentra ejerciendo su jurisdicción judicial.

Todos estos ejemplos representan las distintas formas en las que se manifiesta el concepto de jurisdicción desde la perspectiva del Derecho Internacional, pues aunque - como regla - dichas manifestaciones solo impactan dentro del territorio del Estado, estas formas de poder tienen algunos matices en el ámbito internacional.

Por ejemplo, la jurisdicción para ejecutar se diferencia de la jurisdicción para prescribir, en el sentido de que la primera no puede ser ejercida en el territorio de

otro Estado a menos que este último haya prestado su consentimiento (Cassese, A., 2005), tal es el caso de las actividades consulares y diplomáticas ejercidas por sus nacionales fuera de su territorio, dado que estas tienen autorización del Estado en el que se realizan.

En cambio, la jurisdicción para prescribir, aunque en la mayoría de sus manifestaciones es territorial, puede ser ejercida extraterritorialmente y se podría hacer sin el consentimiento de los otros Estados, siempre que exista un factor de conexión (Milanovic, M., 2013): nacionalidad o personalidad activa, que implica la capacidad del Estado para regular la conducta de sus nacionales, incluso estando fuera, con la finalidad principal de evitar que sus conductas dañen los intereses de otros Estados y sus nacionales (Onuma, Y., 2017); y, personalidad pasiva, en virtud de la cual un Estado podría - dentro de ciertos límites - prohibir conductas que directamente afecten a sus nacionales, aunque estos perpetradores no sean sus nacionales y la conducta se realice fuera de su territorio (Milanovic, M., 2013).

Por ejemplo, un Estado puede obligar a sus nacionales a pagar impuestos cuando ellos están en el extranjero (jurisdicción para prescribir, factor de conexión de nacionalidad), pero esto no debería representar un intento para incautar cualquiera de sus bienes localizados fuera de su territorio, sin el consentimiento de ese Estado (jurisdicción para ejecutar) (Milanovic, M., 2013).

Otro ejemplo en el que se manifiesta la jurisdicción para prescribir desde el factor de conexión de la personalidad pasiva es observado desde el principio de

jurisdicción universal. Sobre el particular, O'Keefe, R. (2004, p. 16) comenta lo siguiente:

[The] universal jurisdiction is a manifestation of jurisdiction to prescribe. Like all heads of jurisdiction to prescribe, it might be that it is exercised... in personam but consequent upon the accused's arrest in and extradition from a foreign state pursuant to a warrant issued while he or she was abroad. [La jurisdicción universal es una manifestación de la jurisdicción para prescribir. Como todas las formas de jurisdicción, esta podría ser ejercida... en persona, pero como consecuencia de la detención y extradición del acusado en un Estado extranjero de conformidad con una orden emitida mientras él o ella se encontraba en el extranjero].

El principio de personalidad pasiva refleja un aspecto protector de la soberanía sobre los nacionales de un Estado, por lo que en el último siglo veinte se ha adoptado algunos tratados multilaterales para asegurar la protección y castigo de crímenes reconocidos como crímenes comunes para la comunidad internacional¹⁶ e, incluso algunos Estados han adoptado este principio en sus leyes nacionales¹⁷.

Hasta aquí, podemos observar que el concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional implica una de las formas del ejercicio del poder soberano, que se

¹⁶ Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (1984) y Convención contra la toma de rehenes (1979).

¹⁷ Estados Unidos (1980) y Japón (2003).

expresa a través de distintos poderes cómo la jurisdicción para prescribir, jurisdicción para ejecutar y jurisdicción judicial.

Sin embargo, en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Milanovic, M. (2013) ha desarrollado el concepto de jurisdicción, el cual es mencionado en diversas cláusulas jurisdiccionales de los tratados de Derechos Humanos, tales como la CADH¹⁸ o la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, "CEDH")¹⁹, como un concepto que implica un poder sobre un territorio, por lo que, bajo su teoría, que compartimos, las denominadas excepciones de control efectivo, actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado y efectos extraterritoriales, no son más que la jurisdicción expresada como un poder, autoridad o control que un Estado tiene sobre un territorio y consecuentemente sobre las personas en dicho territorio.

Es por esa razón que, según el mencionado autor, "exercising effective overall control over territory does not mean that the state is necessarily exercising its jurisdiction - as general international law speaks of the term - over the inhabitants of that territory" [El ejercicio de un control general efectivo sobre el territorio no significa que el estado esté necesariamente ejerciendo su jurisdicción, como el derecho internacional general habla del término, sobre los habitantes de ese territorio]. (Milanovic, M., 2013, p. 27), toda vez que este tipo de jurisdicción que, expresada desde sus distintos poderes, es como regla territorial, para que sea

¹⁸ Artículo 1: "Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..."

¹⁹ Artículo 1: Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su *jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio

ejercida extraterritorialmente, requiere que el Estado extienda la aplicación de su derecho interno con el objetivo de regular la conducta de una persona.

Esa extensión de la aplicación del derecho interno (jurisdicción en términos de Derecho Internacional) manifestado ya sea, a través de la jurisdicción para prescribir, la jurisdicción para ejecutar o la jurisdicción judicial debe ser siempre legal. En cambio, el control efectivo sobre un área o los actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado, que también puede ser ejercido en el territorio de otro Estado, es siempre una cuestión de hecho (Milanovic, M., 2013) que puede o no ser legal, y no por ello excluidos del término jurisdicción previsto en las cláusulas jurisdiccionales de los tratados de derechos humanos que obligan a los Estados a respetar y garantizar los derechos de las personas allí identificadas.

A continuación, presentamos un gráfico que resume lo desarrollado:

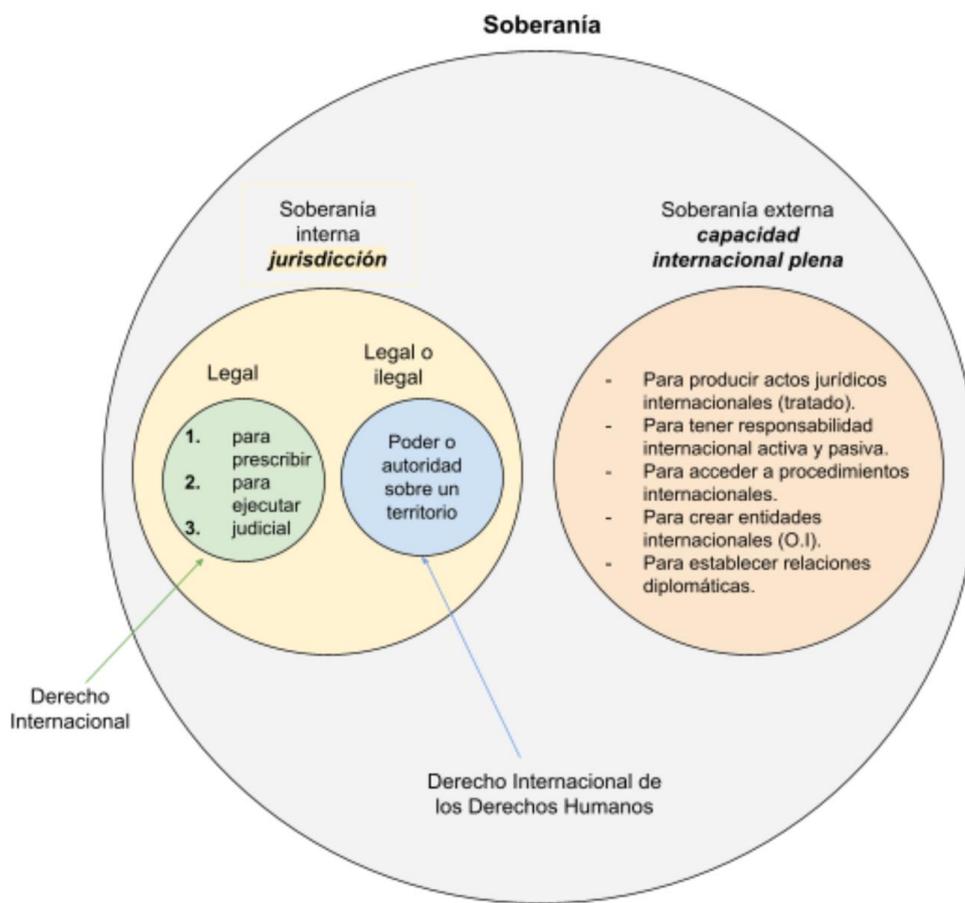


Ilustración 4 - Interrelación entre jurisdicción y soberanía

Elaboración propia

Fuente: Onuma, Y. (2017), Salmón, E. (2014), Milanovic, M. (2013), Cassese, A. (2005) y O' Keefe, R. (2004).

Habiendo clarificado las distintas acepciones del término jurisdicción, especificamos que en la presente tesis nos interesa referirnos al término jurisdicción en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, al poder o autoridad que un Estado ejerce sobre el territorio y personas dentro de un territorio determinado; y, más específicamente, a cómo ese poder o autoridad puede ser ejercido incluso fuera del territorio de un Estado.

6.2. Teorías de la jurisdicción en los Sistemas de Protección de Derechos Humanos

Conforme se ha mencionado en el capítulo anterior, para la Corte IDH (2017) resulta posible extender la jurisdicción del Estado de origen al Estado potencialmente afectado, en tanto éste ejercería el “control efectivo” de las actividades desarrolladas en su territorio y, en tanto, este se encontraría en capacidad de impedir que se cause un daño transfronterizo, como consecuencia de lo anterior.

A fin de determinar si dicho razonamiento, aplicado a los proyectos con impacto transfronterizo resulta adecuado, analizaremos en los principales Sistemas de Protección de Derechos Humanos, a saber, TEDH y Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, “CDH”), las teorías clásicas de la jurisdicción: i) el control efectivo, ii) los actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado y iii) los actos dentro del territorio que producen efectos en otros Estados.

Aquello se justifica en el hecho que fueron estos sistemas los que inspiraron al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, habiéndose presentado incluso algunos casos ante la CIDH que, sin embargo, no llegaron a la competencia de la Corte IDH.

Cabe anotar que, como fundamentaremos más adelante estas teorías encuentran un punto en común en el poder o autoridad ejercida por un Estado en un

determinado territorio o personas dentro de un determinado territorio, por lo que, finalmente es ese elemento el que se debería priorizar para efectos de determinar la existencia o no de jurisdicción de un Estado, particularmente en el campo de los proyectos con impacto ambiental transfronterizo.

7.2.1. Interpretación bajo los parámetros del TEDH como pionero

El TEDH (antes denominado Corte Europea de Derechos Humanos) es el tribunal de derechos humanos más antiguo del mundo, fundado en 1959, el TEDH es pionero e inspirador de los diversos conceptos que los tribunales de derechos humanos existentes sostienen, entre estos, el concepto de jurisdicción.

Al respecto, el artículo 1 del CEDH establece que: “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su *jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. La jurisdicción en los tratados de derechos humanos suele ser entendida como territorio y así lo resaltó el TEDH en el Caso *Banković y otros vs. Bélgica y otros Estados* “as to the “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial” (2001, f. 59). En este caso, cuya fundamentación será analizada en las siguientes líneas, el TEDH reconoció que, aunque la jurisdicción es eminentemente territorial, presenta ciertas excepciones, que implica un ejercicio más allá del territorio de un determinado Estado.

Este ejercicio extraterritorial de la jurisdicción, suele presentarse a través de dos modelos: un modelo espacial, que como su mismo nombre advierte, se relaciona con la jurisdicción en términos de territorio o espacio geográfico (Arroyo, E., 2017) y abarca a las excepciones de control efectivo e influencia decisiva; y, un modelo personal, que entiende la existencia de jurisdicción, allí donde exista la posibilidad de violar los derechos humanos de una persona (Arroyo, E., 2017), modelo que abarca las excepciones de actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado y, como parte de esta categoría, actos de agentes diplomáticos y consulares.

7.2.1.1. Control efectivo

La excepción de control efectivo, con sus diversos matices, ha sido desarrollada por el TEDH, a partir de los casos contra Turquía: Loizidou (TEDH, 1996), Chipre (TEDH, 2001) e Issa y otros (TEDH, 2004), todos contra Turquía. Una cuestión común entre el primer y segundo caso es que las violaciones de derechos humanos se produjeron en el territorio norte de Chipre, el cual fue invadido por Turquía.

En el caso de Loizidou (TEDH, 1996), la demandante, señora Loizidou era una ciudadana grecochipriota, quien reclamó que se le había denegado el acceso a su propiedad ubicada en el norte de Chipre, de la cual se vio obligada a huir, debido a la invasión de dicha zona por las fuerzas turcas.

En ese contexto, el TEDH analizó si, bajo el artículo 1 del CEDH, la demandante se encontraba dentro de la jurisdicción de Turquía, concluyendo en sentido afirmativo:

...the responsibility of a contracting Party could also arise when as a consequence of military action- whether lawful or unlawful- it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control whether it is exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration. [...la responsabilidad de una Parte Contratante también podría surgir cuando como consecuencia de una acción militar, ya sea legal o ilegal, ejerza un control efectivo de un área fuera de su territorio nacional. La obligación de garantizar, en tal ámbito, los derechos y libertades consagrados en la Convención, deriva del hecho de dicho control, ya sea que se ejerza directamente, a través de sus fuerzas armadas, o a través de una administración local subordinada].

Así, tenemos que, en tal caso, la aplicación extraterritorial de la jurisdicción se basó en el control efectivo ejercido por Turquía en la zona norte de Chipre, pese a que Turquía alegó que la denominada República Transnistria del Norte de Chipre era un Estado independiente gobernado por los turco-chipriotas y que, consecuentemente, ni las fuerzas turcas ni su gobierno ejercían algún tipo de forma de gobierno y que su presencia en dicho territorio tenía como única finalidad proteger a los turco-chipriotas; sin embargo, el TEDH, determinó la existencia de un gran número de tropas turcas que ejercían un control efectivo sobre toda la parte norte de Chipre, por lo que efectivamente Turquía ejercía jurisdicción sobre dicha zona.

En el caso de Chipre (TEDH, 2001) la petición fue presentada por el Estado de Chipre, quien alegó las violaciones de derechos humanos sufridas por grecochipriotas e incluso algunos turco-chipriotas, en el norte de Chipre que estaba bajo la administración de Turquía.

Al igual que en el caso de Loizidou (TEDH, 1996), la cuestión aquí era analizar si Turquía había ejercido jurisdicción en el sentido del artículo 1 del CEDH. La Corte finalmente concluyó lo siguiente:

Having effective overall control over Northern Cyprus' Turkey's responsibility 'cannot be confined to the acts of its own soldiers or officials in Northern Cyprus but must also be engaged by virtue of the acts of the local administration which survives by virtue of Turkish military and other support.

[Tener un control general efectivo sobre el norte de Chipre "la responsabilidad de Turquía" no puede limitarse a los actos de sus propios soldados u oficiales en el norte de Chipre, sino que también debe participar en virtud de los actos de la administración local que sobrevive gracias al apoyo militar turco y de otro tipo]. (TEDH, 1996, f. 69).

Resulta interesante el énfasis puesto, en el hecho de que es gracias al soporte militar de Turquía que el norte de Chipre sobrevive, por lo cual, concluye que el ejercicio del control efectivo no puede estar limitado a los actos de los propios soldados y oficiales, sino que también está comprometido por la existencia de esa administración local que permite sobrevivir a la República del Norte de Chipre.

Finalmente, en el caso de Issa y otros (TEDH, 2004) se trató de una demanda presentada por seis mujeres del norte de Irak, quienes alegaron que mientras se encontraban en su aldea, soldados turcos aparecieron y se llevaron a sus esposos, cuyos cuerpos, días después de ser buscados por estas en una unidad militar turca, aparecieron con heridas de bala y mutilados.

En tal caso, el TEDH (2004, f. 70) señaló que, aunque como regla, no era necesario comprobar la existencia de un control detallado sobre las autoridades o instituciones que se encuentran en otro territorio, siendo suficiente la presencia de un control general mediante fuerzas armadas o bajo subordinación de una administración local, lo cierto era que, a pesar de que las fuerzas armadas turcas llevaron operaciones militares al norte de Irak entre marzo y abril de 1995, no se pudo comprobar que en el área en el que presuntamente fallecieron las víctimas, el ejército turco haya estado presente.

El TEDH diferenció este caso de Loizidou (TEDH, 1996), en razón de que las tropas turcas no habían ejercido un control efectivo total del área norte de Irak, como sí lo habían hecho en el área norte de Chipre, con un promedio de 30,000 soldados estacionados a través de todo el mencionado territorio, aunado al constante patrulleo y puestos de control instalados en puntos clave.

Por último, el TEDH también concluye que los demandantes no pudieron demostrar con el vídeo presentado y las pruebas balísticas que aquellas hayan sido efectivamente disparadas por los soldados turcos, no pudieron identificar sus rostros, uniformes o algún nexo específico.

Sobre este último punto, creemos que el TEDH pudo haber hecho referencia a la excepción que más adelante desarrollaremos relativa a los actos de agentes que ejercen autoridad sobre territorio de un Estado, pues aun cuando se declaró que no existía control efectivo, de haberse probado el nexo entre la muerte de los esposos de las mujeres iraquíes y los soldados turcos, se hubiera tenido que declarar la jurisdicción de Turquía sobre dichas muertes, dado el control sobre dichas personas.

Otro caso que nos parece importante mencionar, en cuanto a la excepción de control efectivo, es el Caso Al Jedda v. Reino Unido (TEDH, 2011), en virtud de la cual, se abordó el caso del señor Al Jedda, ciudadano iraquí que, luego de haber estado asilado en Reino Unido, obtuvo dicha nacionalidad en 1992, y en el 2004 fue arreestado por fuerzas británicas, cuando finalmente volvió a Irak.

En dicho caso, el TEDH tuvo que analizar si el Reino Unido había ejercido jurisdicción, a partir de la detención del señor Al Jedda en Irak. Mientras el Reino Unido alegaba que actuó bajo orden de las Naciones Unidas, siendo esta organización la encargada de garantizar los derechos humanos en dicha zona, pues así lo había establecido en la Resolución 1511 del Consejo de Seguridad; los demandantes señalaron que el Reino Unido ejercía un control efectivo en territorio iraquí y que no podían deslindar su responsabilidad al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Al respecto, el TEDH no identificó que en la Resolución 1511, el Consejo de Seguridad haya intentado asumir algún grado de control sobre la Fuerza Multinacional conformada por Estados Unidos y Reino Unido. Estos Estados venían ejerciendo ocupación en territorio iraquí desde la Coalición de Autoridad Provisional, antes que Irak realice su tránsito a la democracia y hasta el momento en el que el señor Al Jedda fue detenido sus fuerzas permanecían en territorio iraquí.

Sin embargo, pese a la indiscutible ocupación ejercida por la Fuerza Multinacional; el hecho mismo de la detención recayó sobre la jurisdicción del Reino Unido, en tanto el centro de detención estuvo controlado exclusivamente por sus tropas, lo que denota que, incluso áreas más reducidas, como un centro de detención pueden ser sujetas a la jurisdicción de un Estado (TEDH, 2011).

Ahora bien, el control efectivo también ha sido desarrollado por el TEDH desde la perspectiva de un Estado que ejerce “influencia decisiva” sobre el territorio de otro Estado, a partir de los casos *Ilascu y otros* (TEDH, 2004), *Ivantoc y otros* (TEDH, 2012), y *Mozer y otros* (TEDH, 2016); todos contra Moldavia y Rusia. En estos tres casos, la cuestión común es que las violaciones de derechos humanos se produjeron en el territorio norte de Moldavia, en una zona denominada la República Moldava de Transnistria (MRT) creada por un grupo separatista, no reconocida internacionalmente como Estado.

En el caso de *Ilascu y otros* (TEDH, 2004) la controversia versó sobre el reclamo de cuatro ciudadanos moldavos quienes fueron detenidos por supuestos actos anti

- soviéticos y además fueron sometidos a torturas y tratos crueles e inhumanos en la prisión, que condujeron al deterioro de su salud.

En esa causa, el TEDH, al igual que en el caso de Chipre (TEDH, 2001), hizo referencia a la cuestión de un “soporte militar” que permitía a Transnistria sobrevivir.

No obstante, como señaló el Juez Ress en su Opinión parcialmente disidente (2004), este caso es distinto al de Chipre (TEDH, 2001), pues en este último la Corte refirió a la continua incapacidad de Chipre de ejercer sus obligaciones convencionales en el norte de Chipre, a consecuencia de la ocupación militar total en dicha zona, en cambio en el caso de Ilascu y otros (TEDH, 2004) no había una ocupación en el territorio de Transnistria; lo que existió fue un régimen rebelde separatista y una “influencia decisiva” por parte de Rusia en el control de tal territorio, pero Moldavia tenía y aún tiene a la fecha de la sentencia importantes medios para cumplir con sus obligaciones positivas que no cumplió con determinación y efectividad.

Así, es importante diferenciar que, incluso cuando un Estado no ejerce “control efectivo” en los términos de Loizidou (TEDH, 1996), para el TEDH la existencia de una “influencia decisiva”, expresada en soporte económico, militar y político, es suficiente para establecer jurisdicción; sin embargo, aquello, no obsta el hecho de que Moldavia aún conservaba ciertas obligaciones positivas, respecto a sus ciudadanos, consistentes por un lado en el restablecimiento de su control sobre el territorio de Transnistria, absteniéndose de apoyar al régimen separatista y, por el

otro, a las medidas para garantizar el respeto de los derechos individuales de los demandante, mediante las negociaciones con la MRT y las autoridades rusas.

El TEDH encontró que en el caso de Ilascu y otros (TEDH, 2004) Moldavia había adoptado medidas para intentar restablecer el control de Transnistria, en cambio, en cuanto a las medidas para garantizar derechos de los pobladores al norte de su territorio no había adoptado todas las medidas necesarias.

Este mismo razonamiento fue adoptado por el TEDH de forma posterior en el caso de Mozer y otros (TEDH, 2016), sin embargo, en este caso, el TEDH observó que Moldavia sí había realizado esfuerzos considerables para apoyar al señor Mozer, en particular hizo diversos llamamientos a varias organizaciones intergubernamentales y otros países, en especial Rusia, solicitándoles ayuda para garantizar los derechos del señor Mozer, en tanto este último ejercía una influencia decisiva sobre Transnistria.

Finalmente, consideramos importante resaltar que los casos moldavos sirven para demostrar que el ejercicio de jurisdicción no debe ser confundido con la existencia de un título soberano o soberanía legal, pues si bien desde el punto de vista legal internacional Moldavia tiene soberanía legal sobre el territorio auto independiente de Transnistria, quien realmente ejercería jurisdicción en palabras del TEDH es el Estado Ruso, limitando la obligación moldava a una relación de procurar la adopción de ciertas medida (Arroyo, E., 2017):

In the light of all these circumstances, the Court considers that the Russian Federation's responsibility is engaged in respect of the unlawful acts committed by the Transdnistria separatists, regard being had to the military and political support it gave them to help them set up the separatist regime and the participation of its military personnel in the fighting. In acting thus, the authorities of the Russian Federation contributed both military and politically to the creation of a separatist regime in the region of Transdnistria, which is part of the territory of the Republic of Moldova. [A la luz de todas estas circunstancias, la Corte considera que la responsabilidad de la Federación de Rusia está comprometida con respecto a los actos ilícitos cometidos por los separatistas de Transnistria, teniendo en cuenta el apoyo militar y político que les brindó para ayudarlos a establecer el régimen separatista y la participación de su personal militar en los enfrentamientos. Al actuar así, las autoridades de la Federación de Rusia contribuyeron tanto militar como políticamente a la creación de un régimen separatista en la región de Transnistria, que forma parte del territorio de la República de Moldova]. (TEDH, 2004, f. 382).

Como se ha visto hasta aquí, la excepción de control efectivo supone necesariamente una ocupación militar en el territorio de un determinado Estado, ya sea legal, como en el caso de Al Jeddah (TEDH, 2011) o ilegal como en los casos turcos.

De igual forma, el control efectivo puede ser ejercido en un área que no necesariamente tiene que ser de largo alcance, como centros de detención,

siempre que se encuentre el ejercicio de control o autoridad sobre dicha área que comprometa las violaciones de derechos humanos.

Por último, una derivación del control efectivo, la expresó el TEDH, a través del concepto de influencia decisiva, en virtud del cual, aunque un Estado no esté en ejercicio de un control efectivo sobre un área, mediante el soporte económico, militar y político puede extender su jurisdicción, dado el control indirecto sobre la zona.

Entendiendo todas estas características que configuran la excepción de control efectivo, analizamos ahora el Caso Bankovic y otros contra Bélgica (TEDH, 2001), en virtud del cual los demandantes sostuvieron la existencia de un control efectivo por los miembros de la OTAN, debido al bombardeo al territorio del ex Estado Yugoslavo.

En este caso, el TEDH dio prevalencia al concepto de jurisdicción como eminentemente territorial y determinó que dado que no había existido presencia de control militar o administrativo (control efectivo), no había existido jurisdicción; pese a que, en este caso, el TEDH desarrolla brevemente las otras excepciones a la jurisdicción, no se inclina por ninguna otra y, por el contrario, sostiene que el CEDH no podía ser aplicado en territorios para los cuales no había sido pensado, esto es, fuera del espacio europeo.

Aunque era evidente que el bombardeo había sido responsabilidad de la OTAN, el TEDH se quedó en un análisis espacial de la jurisdicción, pues aduciendo la falta

de control efectivo, declaró inadmisibile la petición, omitiendo el nexo existente entre los demandantes y los Estados miembros de la OTAN; esto es, dejando de lado que la jurisdicción también puede ser expresada desde un modelo personal que, precisamente, implica los actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado.

Esta misma cuestión es observada en el Caso Issa y otros (TEDH, 2004), pues, en dicho caso, Turquía no ejerció control efectivo sobre toda la zona de Irak, pero tampoco pudo comprobarse el nexo personal entre los soldados turcos y los demandantes, razón por la cual, el TEDH declaró que Turquía no había ejercido jurisdicción bajo los términos del artículo 1 del CEDH.

Bankovic (TEDH, 2001) demuestra cómo un modelo espacial de jurisdicción, ya sea a través del control efectivo o del concepto de influencia decisiva puede ser insuficiente para abordar todos los posibles escenarios de violaciones de derechos humanos, en los que pese a la existencia de un nexo personal, los agentes estatales no ejercieron un control sobre el territorio del Estado en el que las víctimas se encontraban, razón por la cual, a continuación, presentaremos las excepciones basadas en un modelo personal, a fin de observar su utilidad.

7.2.1.2. Actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado

La excepción de actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en territorio de otro Estado ha sido desarrollada por el TEDH, entre otros, en el Caso

Ocalan v. Turquía (TEDH, 2005), en el cual un ciudadano turco miembro del Partido de Trabajadores de Kurdistán, quien había sido buscado por el gobierno turco por estar involucrado en actividades subversivas y terroristas y que con ayuda de las autoridades kenianas fue arrestado en Nairobi Kenia y traído ante las cortes turcas, quienes lo sentenciaron a muerte.

En este caso, el TEDH determinó que, Turquía había ejercido su jurisdicción fuera de su territorio, en tanto, luego de que los kenianos dejaran al señor Ocalan en el aeropuerto de Nairobi, un avión con ejército turco lo arrestó, por lo que, a partir de ese momento se entiende que Turquía ejerció su jurisdicción:

...directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the "jurisdiction" of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. It is true that the applicant was physically forced to return to Turkey. [...directamente después de haber sido entregado a los funcionarios turcos por los funcionarios kenianos, el solicitante estaba efectivamente bajo la autoridad turca y, por lo tanto, dentro de la "jurisdicción" de ese Estado para los efectos del artículo 1 de la Convención, aunque en este caso Turquía ejercitara su autoridad fuera de su territorio. Es cierto que el demandante se vio físicamente obligado a regresar a Turquía]. (TEDH, 2005, f. 91).

Así, se tiene que la excepción de actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en el territorio de otro Estado, desde la perspectiva de Ocalan (TEDH, 2005) está pensado en la custodia física, tales como detenciones que pueden ocurrir incluso en otro territorio; sin embargo, esta no es la única forma en la que se puede configurar esta excepción.

En el caso Andreou contra Turquía (TEDH, 2009), el reclamo versó sobre el disparo recibido por la señora Andreou, en el marco de las tensiones en la zona de amortiguación de las Naciones Unidas cerca Chipre, mientras estaba fuera de la zona de amortiguamiento de la ONU y en la zona cercana al puesto de control de la Guardia Nacional grecochipriota.

Así pues, aun cuando la zona en la que se encontró la señora Andreou, al momento de los disparos no se encontraba bajo el control efectivo de Turquía, sus heridas fueron causadas por agentes turcos

...even though the applicant had sustained her injuries in territory over which Turkey exercised no control, the opening of fire on the crowd from close range, which was the direct and immediate cause of those injuries, had been such that the applicant should be regarded as “within the jurisdiction” of Turkey within the meaning of Article 1 of the Convention. [...a pesar de que la demandante había sufrido sus heridas en un territorio sobre el que Turquía no ejercía ningún control, la apertura de fuego sobre la multitud desde corta distancia, que fue la causa directa e inmediata de esas lesiones, había sido

tal que la demandante debería ser considerada “dentro de la jurisdicción” de Turquía en el sentido del artículo 1 de la Convención]. (TEDH, 2009, f. 25).

En consecuencia, la excepción bajo análisis se puede producir, no solo con la detención de una persona, sino también a través de actos que den cuenta de un nexo personal entre el Estado y la presunta víctima.

En ese mismo sentido, el TEDH reforzó dicha teoría, en su pronunciamiento en el Caso Al-Skeini y otros contra Reino Unido (TEDH, 2011), el cual versó sobre la demanda de seis ciudadanos iraquíes respecto a la muerte de sus familiares, cinco de ellos presuntamente asesinados, por tropas británicas que patrullaban en la Basura ocupada por el Reino Unido, el otro fue arrestado por tropas británicas y llevado a un centro de detención del Reino Unido, donde fue maltratado y finalmente asesinado.

Los hechos de este caso se producen en el mismo contexto de ocupación de la Fuerza Multinacional, conformada por Estados Unidos, Reino Unido y otros, en el territorio iraquí, en el que el TEDH reconoció la existencia del control efectivo de Reino Unido sobre el centro de detención en el que se alojó el señor Al Jedda.

Sin embargo, pese a que en el caso en cuestión, el TEDH podría haberse inclinado por declarar que los demandantes recayeron en la jurisdicción del Reino Unido, como consecuencia del control efectivo allí ejercido, el TEDH dio prevalencia a un modelo personal de jurisdicción, pero, tal como mencionó Milanovic, M. (2012) lo hizo basándose en poderes públicos:

It can be seen, therefore, that following the removal from power of the Ba'ath regime and until the accession of the Interim Government, the United Kingdom (together with the United States) assumed in Iraq the exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in South East Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basrah during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention. [Puede verse, por tanto, que tras la destitución del poder del régimen Baaz y hasta la adhesión del Gobierno interino, el Reino Unido (junto con los Estados Unidos) asumió en Irak el ejercicio de algunos de los poderes públicos que normalmente son ejercidos por un gobierno soberano. En particular, el Reino Unido asumió la autoridad y la responsabilidad del mantenimiento de la seguridad en el sureste de Irak. En estas circunstancias excepcionales, la Corte considera que el Reino Unido, a través de sus soldados que participaron en operaciones de seguridad en Basora durante el período en cuestión, ejerció autoridad y control sobre las personas muertas en el curso de dichas operaciones de seguridad, a fin de establecer un vínculo jurisdiccional entre el fallecido y el Reino Unido a los efectos del artículo 1 del Convenio]. (TEDH, 2011, f. 149).

La justificación del TEDH para que, en este caso se aplique la excepción de jurisdicción de actos de agentes sobre personas en territorio de otro Estado es el ejercicio de poderes públicos por parte del Reino Unido, como si a partir de ocupaciones ilegales los Estados no podrían violar derechos humanos.

Además, si el Reino Unido no hubiera ejercido “poderes públicos”, bajo el entendimiento del TEDH no podría haberse aplicado esta excepción, con lo cual, nuevamente, casos como Bankovic no podrían haber sido declarados admisibles.

Entendemos que el razonamiento del TEDH es dado de esa forma, con el fin de no contradecirse con Bankovic (2001), en tanto allí, no existió el ejercicio de “poderes públicos”. Sin embargo, en el caso de Andreou (2009), no existió control efectivo y, pese a ello, se reconoció el vínculo personal entre la demandante y el Estado turco.

El TEDH no aclara exactamente si existe diferencia entre “poderes públicos” y “control efectivo”, siendo que, por los casos turcos y moldavos, queda claro que este último puede ser ejercido legal o ilegalmente.

Dadas estas inconsistencias entre la jurisprudencia del TEDH, es que en la presente tesis compartimos el razonamiento del Juez Bonello en su Opinión Separada en el Caso Al Skeini (TEDH, 2011), quien, como observaremos más adelante, propone que la solución sea una visión funcional de la jurisdicción, en virtud de la cual, el elemento clave sea el poder o autoridad ejercido de facto sobre un territorio y la identificación de qué obligaciones positivas pueden estar en capacidad de ser cumplidas por los Estados en aquellos territorios y respecto de

aquellas personas que se encuentran aquellos territorios sobre los cuales dichos Estados ejercen un poder o autoridad. Sobre esto volveremos más adelante.

7.1.2.3. Efectos extraterritoriales

Sobre esta excepción, la referencia más citada en la jurisprudencia del TEDH es la del Caso Drozd y Janousek contra Francia y España (1992), en virtud de la cual el señor Drozd, ciudadano español y el señor Janousek, ciudadano checo demandaron a Francia y España por la conducta de las autoridades judiciales de Andorra.

En su análisis, el TEDH afirmó que “the term jurisdiction is not limited to the national territory of the High Contracting Parties; their responsibility can be involved because of acts of their authorities producing effects outside their own territory”. [el término jurisdicción no se limita al territorio nacional de las Altas Partes Contratantes; su responsabilidad puede verse involucrada por actos de sus autoridades que produzcan efectos fuera de su propio territorio]. (TEDH, 1992, f. 91).

Así, parecería ser que el TEDH se encontraba esbozando una nueva excepción de jurisdicción por “efectos extraterritoriales fuera del territorio del Estado”, lo que nos daría la imagen de un acto estatal o bajo control estatal dentro de su propio territorio, pero que produce efectos fuera de su territorio”; sin embargo, en el caso antes mencionado, no se encontraron indicios de dicho supuesto de hecho.

Drozd y Janousek (TEDH, 1992) fueron condenados por jueces, entre ellos, franceses y españoles, que ejercían dichas funciones para el Tribunal de Corts de Andorra, al respecto el TEDH determinó que estos jueces actuaron de manera autónoma y no en nombre de los Estados a los que pertenecen. Además, se indicó que sus sentencias no eran sometidas a la revisión por autoridades de Francia o España.

Por otro lado, el TEDH indicó que el territorio de Andorra no era un área común a Francia y España o un condominio franco-español y que las relaciones del Principado con Francia y España no siguieron el patrón normal de relaciones entre Estados soberanos ni tomaron la forma de acuerdos internacionales.

Por estas razones, el TEDH declaró la petición inadmisibile. Como se aprecia, el TEDH esboza abiertamente un concepto de “efectos extraterritoriales” cuando el supuesto de hecho que se debía analizar no respondía al supuesto que acabamos de describir; por último, el TEDH ni siquiera se esforzó por determinar en qué consistía esta excepción, si acaso de una excepción se trataba.

No obstante ello, luego, años después, en el Caso Ben El Mahi y otros v. Dinamarca (2006) el TEDH analizó si debía declarar admisible la petición presentada por ciudadanos y residentes marroquíes contra Dinamarca, respecto a un acto discriminatorio y la consecuente violación de su derecho a la libertad religiosa, a partir de la publicación de caricaturas en las que se ridiculizaba al profeta Mahoma en un periódico privado danés.

Al respecto, el TEDH afirmó que no cualquier acto extraterritorial podía implicar la extensión de la jurisdicción de un Estado:

...Here the applicants are a Moroccan national resident in Morocco and two Moroccan associations which are based in Morocco and operate in that country. The Court considers that there is no jurisdictional link between any of the applicants and the relevant member State, namely Denmark, or that they can come within the jurisdiction of Denmark on account of any extraterritorial act. [...En este caso, el solicitante es un ciudadano marroquí residente en Marruecos y dos asociaciones marroquíes que tienen su sede en Marruecos y operan en ese país. El Tribunal considera que no existe un vínculo jurisdiccional entre ninguno de los solicitantes y el Estado miembro pertinente, a saber, Dinamarca, o que pueden entrar en la jurisdicción de Dinamarca debido a cualquier acto extraterritorial]. (TEDH, 2005, p. 8).

Por tanto, aun cuando la excepción de efectos extraterritoriales no haya quedado clara de la jurisprudencia del TEDH, lo que sí es cierto es que no cualquier acto extraterritorial podría extender la jurisdicción de un Estado.

7.1.2.3. Otras formas a la extensión de la jurisdicción

El TEDH también ha desarrollado otras dos formas de extensión de la jurisdicción, consistentes en los actos de agentes diplomáticos o consulares y en los actos de extradición o expulsión de una persona. En el caso de la primera, consideramos que esta excepción podría ser subsumida en los actos de agentes que ejercen

autoridad sobre personas en territorio de otro Estado, pues a partir del ejercicio del poder estatal de los agentes diplomáticos y consulares en territorio de otro Estado, no resulta extraño que la jurisdicción pueda verse extendida.

No obstante, a diferencia de lo que ocurre en la excepción de actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en territorio de otro Estado, en el que poder ejercido por el agente puede ser legal o ilegal, en este caso, el ejercicio del poder de un agente diplomático o consular, susceptible de extender la jurisdicción, será siempre en el marco de sus funciones, pues sostener lo contrario, implicaría obligar al Estado al que pertenece el agente diplomático a cubrir situaciones que no se encuentran efectivamente en su control o bajo su autoridad, conforme sostiene Arroyo, E. (2017, p. 65):

Es indiscutible que un Estado puede ser responsable por cualquier acción u omisión de un agente estatal incluso cuando se encuentra fuera del marco de sus funciones, pese a ello, podría sostenerse que cuando se trata de extender la jurisdicción de un Estado, estos actos deben encontrarse vinculados al ejercicio de sus funciones, lo que no quiere decir que exista o no un lineamiento, orden o mando político del Estado, sino que de alguna forma u otra, se haya hecho uso del poder estatal como representante del Estado en la configuración de una violación de derechos humanos.

Ejemplos de esta excepción, se pueden encontrar en los casos M contra Dinamarca (TEDH, 1990), en el que un grupo de jóvenes fue detenido en la embajada danesa, por autoridades de la República Democrática Alemana, y encarcelados en una

prisión en dicho territorio, pero que no extendieron la jurisdicción de Dinamarca, pues aun cuando el hecho ocurrió dentro de su embajada, el acto violatorio se produjo por las autoridades alemanas y no bajo el control de los agentes diplomáticos daneses.

Otro caso, es el resuelto entre X. v. Reino Unido (TEDH, 1977), en virtud del cual, el TEDH declaró que los agentes consulares del Reino Unido en territorio de Jordania, habían hecho todo lo razonablemente posible para que la hija de la demandante pudiera regresar a Reino Unido, por lo que los reclamos fueron declarados infundados.

Como se puede apreciar, en ambos casos se trata de actuaciones, tales como la detención o la custodia de nacionales en otro territorio, que se encuentran en el marco de las funciones diplomáticas y consulares, por lo que alegar que otro tipo de actuaciones, podrían extender la jurisdicción de un Estado, sería desproporcionado.

En el caso de los actos de extradición o expulsión de una persona, Milanovic, M. (2013) sostiene, sobre la base del caso Soering v. Reino Unido (1989) que ésta: “is not really about extraterritorial application, since the victim of the human rights violation is clearly located within the state’s jurisdiction”. [no se trata realmente de una aplicación extraterritorial, ya que la víctima de la violación de los derechos humanos se encuentra claramente dentro de la jurisdicción del estado].

En otras palabras, en tanto la víctima se encuentra en territorio del Estado que tiene la capacidad de extraditar, no existe duda que esta se encuentra dentro de su jurisdicción, en términos territoriales y, así lo entiende el TEDH en *Bankovic y otros contra Bélgica y otros*:

However, the Court notes that liability is incurred in such cases by an action of the respondent State concerning a person while he or she is on its territory, clearly within its jurisdiction, and that such cases do not concern the actual exercise of a State's competence or jurisdiction abroad. [Sin embargo, la Corte observa que en tales casos se incurre en responsabilidad por una acción del Estado demandado en relación con una persona mientras se encuentra en su territorio, claramente dentro de su jurisdicción, y que tales casos no se refieren al ejercicio real de la competencia de un Estado o jurisdicción en el extranjero]. (TEDH, 2001, f. 68).

Así, lo que se tiene en este supuesto es que la violación no es el peligro que podría sufrir la persona en el Estado que solicita la extradición, sino que esta consiste en el conocimiento del Estado en la exposición de un individuo a un daño en manos de terceros, pese a que este pueda o no ser materializado y, pudiendo este ser extraterritorial o dentro del territorio (Milanovic, M., 2013).

Por ello, consideramos que esta “excepción” en realidad no es tal, pues el poder o autoridad del Estado ocurre dentro de su territorio y cuando la persona se encuentra en el mismo. Así, no se trata de ninguna extensión más allá de sus fronteras y,

finalmente, lo que genera responsabilidad es el conocimiento de un riesgo real e inminente con conocimiento estatal y no el acto en sí mismo.

7.1.3. Interpretación bajo los parámetros del CDH

En el contexto del CDH de las Naciones Unidas, las excepciones a la jurisdicción, para cuya determinación se analiza el numeral 1 del artículo 2 del Protocolo de Derechos Civiles y Políticos, que a la letra señala: “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...”; corresponden a actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en territorios de otros Estados.

De este modo, tenemos que en el Caso López Burgos contra Uruguay (CDH, 1981), el CDH, analizó la petición presentada por la señora de López, en representación de su esposo López Burgos, quien había sido miembro de un sindicato en Uruguay y, como consecuencia de ello había sufrido acosos de las autoridades uruguayas, razón por la cual se mudó a Argentina y fue reconocido como refugiado político.

De acuerdo con la petición, estando en Argentina, el señor Burgos fue detenido por fuerzas de seguridad e inteligencia uruguayas, con ayuda de tropas argentinas, fue encerrado en una prisión por dos semanas y luego fue transportado clandestinamente a una cárcel en Uruguay donde permaneció incomunicado por aproximadamente cuatro meses, sujeto a tratos crueles e inhumanos.

Al respecto, el CDH concluyó que el hecho de que la detención del señor Burgos haya tenido lugar en territorio extranjero no le impedía pronunciarse en virtud del artículo 2, numeral 1:

The Human Rights Committee further observes that although the arrest and initial detention and mistreatment of Lopez Burgos allegedly took place on foreign territory, the Committee is not barred either by virtue of article 1 of the Optional Protocol ("... individuals subject to its jurisdiction ...") or by virtue of article 2 (1) of the Covenant ("...individuals within its territory and subject to its jurisdiction ... ") from considering these allegations, together with the claim of subsequent abduction into Uruguayan territory, inasmuch as these acts were perpetrated by Uruguayan agents acting on foreign soil.

The reference in article 1 of the Optional Protocol to "individuals subject to its jurisdiction" does not affect the above conclusion because the reference in that article is not to the place where the violation occurred, but rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred. [El Comité de Derechos Humanos observa además que si bien la detención y la detención inicial y los malos tratos de López Burgos supuestamente tuvieron lugar en territorio extranjero, el Comité tampoco está excluido en virtud del artículo 1 del Protocolo Facultativo ("... personas sujetas a su jurisdicción...") o en virtud del artículo 2 (1) del Pacto ("... personas dentro de su territorio y sujetas a su jurisdicción ...") de considerar estas alegaciones, junto con la denuncia de posterior secuestro en Uruguay territorio, en la medida en que

estos hechos fueron perpetrados por agentes uruguayos actuando en suelo extranjero. La referencia en el artículo 1 del Protocolo Facultativo a "personas sujetas a su jurisdicción" no afecta la conclusión anterior porque la referencia en ese artículo no es al lugar donde ocurrió la violación, sino a la relación entre la persona y el Estado. en relación con una violación de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto, dondequiera que ocurra]. (CDH, 1981, f. 12.1 - 12.2).

Como se aprecia, la visión del CDH, en tal caso, fue hacia un modelo personal de la jurisdicción, en virtud del cual predominó el nexo personal existente entre los agentes uruguayos y el señor Burgos, en el marco de su detención; esto es, la excepción de actos de agentes que ejercen autoridad en territorio de otro Estado.

Esta misma visión es adoptada por el CDH en el Caso Liliana Celiberti de Casariego contra el mismo Estado (1981), en virtud de la cual el CDH analizó el caso de la señora Celiberti, quien había vivido en Uruguay y había sido miembro activo de la Resistencia Obrero-Estudiantil y que luego fue detenida en su apartamento en territorio brasilero por las autoridades brasileras con la aquiescencia de autoridades uruguayas, junto a un exiliado uruguayo y sus dos hijos.

Luego, fue llevada a la frontera de Uruguay y detenida por la fuerza, por supuestamente haber intentado cruzar la frontera entre Uruguay y Brasil con material subversivo; mientras que sus hijos fueron enviados a Montevideo para ser devueltos a sus abuelos. En Uruguay fue condenada por asociación subversiva y

se ordenó que la juzgara un tribunal militar, mientras se ordenó su prisión preventiva.

Al igual que en el Caso López Burgos (CDH, 1981), el CDH adoptó los mismos fundamentos, respecto a que no interesaba que la detención haya ocurrido en territorio extranjero, pues lo que importaba era el nexo personal entre la víctima y el Estado demandado, dando primacía al modelo personal de jurisdicción.

Como se ha podido apreciar hasta aquí, en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, específicamente en los casos del CDH, la jurisdicción se ha concebido como un concepto que puede extenderse más allá de las fronteras del territorio, siempre que exista un nexo personal entre la víctima y el Estado.

Aun cuando este desarrollo es bastante similar a los casos vistos ante el TEDH, consideramos importante mencionarlos, pues el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, aunque en menor medida, también es fuente de inspiración para el Sistema Interamericano, cuyos precedentes pasaremos a analizar.

7.2. La jurisdicción en el Sistema Interamericano

7.2.1. Interpretación bajo los parámetros de la CIDH

En el caso del Sistema Interamericano, los casos relativos a la extensión de la jurisdicción han sido analizados en la CIDH, a partir de la excepción de control efectivo y actos de agentes sobre personas en territorio de otro Estado.

En el caso de la Petición Saldaño contra Argentina (CDH, 1999), la CIDH analizó la denuncia presentada por la señora Lidia Guerrero en contra de Argentina, en perjuicio de su hijo Victor Saldaño, quien había sido condenado en territorio Estadounidense por autoridades del mismo Estado. Según la peticionaria, Argentina era responsable por no haber presentado una petición interestatal en contra de Estados Unidos, debido a que el juicio contra su hijo se había llevado a cabo sin las garantías del debido proceso e incluso lo condenaba a muerte.

Al respecto, la CIDH aclaró que, aunque la Comisión y la Corte Europea (hoy TEDH), han interpretado a la jurisdicción como una noción ligada a la autoridad y control efectivo, citando para tales efectos el Caso Chipre (TEDH, 2001), lo cierto es que en dicho caso, el arresto, el juicio y la condena de la presunta víctima se produjo dentro de territorio de los Estados Unidos y bajo sus autoridades locales y órganos. La CIDH observó que la peticionaria no había presentado prueba alguna de que el Estado argentino haya ejercido algún tipo de autoridad o control sobre la presunta víctima o sobre las autoridades de los Estados Unidos.

En consecuencia, la petición fue declarada inadmisibile. Hasta aquí observamos que, para la CIDH es vital el ejercicio de autoridad sobre la víctima (modelo personal de jurisdicción) o incluso sobre las autoridades, esto último, sería más probable que se dé en un modelo espacial de jurisdicción, por ejemplo, si las autoridades argentinas ejercieran algún tipo de control sobre las instituciones Estadounidenses, no obstante, no se descarta la posibilidad de que también se pudiese dar fuera del territorio de Estados Unidos.

Otro caso en el que la CIDH sí pudo comprobar la excepción de actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro territorio fue en *Alejandro Jr. y otros contra Cuba* (CIDH, 1999), en el que analizó si Cuba había ejercido jurisdicción sobre las víctimas, como consecuencia de que un avión militar MIG-29 de su Fuerza Aérea derribara dos avionetas civiles de la organización "Hermanos al Rescate".

De esta forma, la CIDH determinó, bajo la excepción de actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro territorio, lo siguiente:

...todos los Estados americanos están obligados a respetar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un locus extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control. (CIDH, 1999).

Años después, la CIDH analizó el *Caso Coard y otros contra Estados Unidos* (1999), cuyo contexto se desarrolló luego del derrocamiento del gobierno de Bishop en Grenada, territorio que fue luego invadido por Estados Unidos y otros países

caribeños. En ese contexto, Estados Unidos violó una serie de normas internacionales que regulan el uso de la fuerza por parte de los Estados, habiendo detenido e incomunicado a diecisiete personas.

En este caso, nuevamente, la CIDH hizo referencia al elemento de autoridad y control para establecer la jurisdicción de Estados Unidos, cuando señaló sobre la investigación que esta “no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control”. Adicionalmente, citó los criterios de control efectivo del TEDH.

Finalmente, la CIDH tuvo la oportunidad de analizar el Caso de la Petición Interestatal entre Ecuador y Colombia (2010), en virtud del cual Ecuador demandó a Colombia por la presunta ejecución extrajudicial en contra de su ciudadano Franklin Aisalla, en el marco de la Operación Fénix, llevada en territorio ecuatoriano.

A tal efecto, el Estado ecuatoriano alegó que Colombia había ejercido control sobre áreas del territorio ecuatoriano, ejerciendo de ese modo jurisdicción al momento de la acción militar.

Por su parte, el Estado colombiano afirmó que para que exista la extensión de su jurisdicción tendría que haber existido ocupación militar en el territorio ecuatoriano que suponga autoridad de este y no solo presencia de tropas.

Sobre el particular, la CIDH confirmó lo siguiente:

...en la determinación de la jurisdicción resulta decisivo para la Comisión el ejercicio de autoridad sobre las personas por parte de agentes de un Estado aunque no se lleve a cabo en su territorio, sin que se exija necesariamente la existencia de una relación legal formal o estructurada y prolongada en el tiempo para vincular la responsabilidad de un Estado por hechos cometidos por sus agentes en el extranjero. Al momento de analizar el ámbito de jurisdicción de la Convención Americana, es necesario determinar si existe un nexo de causalidad entre la conducta extraterritorial de un Estado y la alegada violación de los derechos y libertades de una persona. (CIDH, 2010, f. 99).

Del citado texto se desprende, por un lado, que la extensión de la jurisdicción puede mediar incluso en situaciones de ilegalidad, al igual que el criterio sostenido por el TEDH; y, por otro, la necesidad de un nexo de causalidad entre la conducta extraterritorial de un Estado y la violación de derechos de una persona.

Sin embargo, lo que es importante mencionar es que la CIDH reconoce que no por la sola existencia de ese vínculo, se desprende la obligación de garantizar todos los derechos de la CADH, pero lo que sí existe es la obligación de respetar la vida de las personas que se encontraran en dicho territorio:

Lo anterior no significa que se derive necesariamente de la actuación extraterritorial de un Estado un deber de garantía del catálogo de derechos sustantivos establecidos en la Convención Americana, incluyendo toda la gama de obligaciones respecto a las personas que se encontraban bajo la jurisdicción del mismo por el tiempo que haya durado el control de sus agentes. En cambio, sí se desprende la obligación de que en el lapso de interferencia de los agentes de un Estado en la vida de personas que se encuentren en territorio de otro Estado, dichos agentes respeten sus derechos y en particular, su vida e integridad personal (CIDH, 2010, f. 100).

Consideramos que dicho párrafo es vital en el análisis del concepto de jurisdicción que el modelo funcional propone, pues como veremos más adelante, este parte del poder o autoridad ejercido por un Estado y, con ello, de la capacidad que tienen los Estados para cumplir sus obligaciones internacionales, diferenciándolas de las positivas y las negativas.

7.2.2. Interpretación bajo los parámetros de la Corte IDH

En el caso de la Corte IDH, este tribunal internacional no ha tenido la oportunidad de analizar ningún caso en el que se pueda explicar las excepciones a la jurisdicción antes descritas.

El único caso en el que se analizó si acaso la Corte IDH tenía competencia en razón del lugar fue el Caso Familia Pacheco Tineo contra Bolivia (2013), en virtud del cual, Bolivia alegó que no tenía jurisdicción, pues los hechos demandados, esto es,

los padecimientos de la familia Pacheco Tineo, como consecuencia de la expulsión de Bolivia no se encuentran en su territorio; por su parte la CIDH alegó que “...hay jurisprudencia consolidada en el ámbito internacional en el sentido de que un Estado puede ser declarado responsable por violaciones a derechos que se materialicen en otra jurisdicción, cuando la situación de riesgo que permitió la violación fuera consecuencia de una acción u omisión atribuible a dicho Estado”.

Sobre el particular, la Corte IDH únicamente señaló que la separación de la Familia Pacheco Tineo y las consecuencias enfrentadas en Perú, luego de haber sido expulsada de Bolivia, pueden tener relación con la expulsión misma, por lo que podrían implicar violaciones a la CADH, por lo que decidió analizar en el fondo del asunto y declara que sí tiene jurisdicción.

Como se puede apreciar, la Corte IDH no entra mucho al análisis de la jurisdicción, en ese caso, porque resulta evidente que los hechos ocurrieron en Bolivia y bajo su control, aunque esto no sea mencionado por la Corte IDH. En consecuencia, este caso no es representativo de un análisis de jurisdicción extraterritorial, pero era necesario mencionarlo para dar cuenta de lo que la Corte IDH ha desarrollado.

Ahora bien, aun cuando la Corte IDH no ha tenido la oportunidad de revisar un caso contencioso en el que se analice si ha existido o no la extensión de la jurisdicción de un Estado, lo cierto es que, a través de dos opiniones consultivas, se ha pronunciado respecto al concepto de jurisdicción.

Así, en la Opinión Consultiva 21, la Corte IDH analizó, en el marco de las obligaciones del Estado receptor o de tránsito de niños migrantes, el concepto de jurisdicción, entendida como competencia territorial de un Estado respecto a una determinada persona.

Este concepto de jurisdicción, al ser territorial no contribuye al debate de las excepciones territoriales de la jurisdicción; en cambio, en la ya mencionada Opinión Consultiva 23, la Corte IDH tuvo que analizar, entre otros, cuáles son las obligaciones que se derivan del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, conforme a la consulta planteada por Colombia, para lo cual examinó todas las obligaciones que se desprenden para los Estados en este contexto; tanto las de prevención, y cooperación; como las de procedimiento, acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia.

Sobre el particular, la Corte IDH comenzó confirmando que la jurisdicción se puede extender “cuando dicho Estado está ejerciendo autoridad sobre la persona o cuando la persona se encuentre bajo su control efectivo” (2017, f. 81).

Sin embargo, la Corte IDH consideró como supuesto de hecho para la extensión de la jurisdicción, la existencia de un daño transfronterizo que afecta derechos convencionales bajo el entendido que el Estado de origen ejercería un control efectivo sobre las actividades que causaron el daño y que, además se encuentra en posición de impedir tal daño:

El ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado de origen frente a daños transfronterizos se base en el entendimiento de que es el Estado, en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan estas actividades, quien tiene el control efectivo sobre las mismas y está en posición de impedir que se cause un daño transfronterizo que afecte el disfrute de los derechos humanos de individuo fuera de su territorio (Corte IDH, 2017, f.102).

Al respecto, ya habíamos hecho notar que una afirmación tan a la ligera y ambigua, puede conducir a interpretaciones en las que se coloque el Estado de origen una carga desproporcionada de asegurar derechos convencionales en el territorio de otro Estado, o incluso, podría conducir a interpretaciones en las que se deje desprotegidos derechos. |

Asimismo, esta afirmación desconoce que las obligaciones negativas y positivas de los Estados no se pueden aplicar de la misma manera en un contexto extraterritorial y, precisamente, por ese enfoque es que recurrimos a un concepto funcional de jurisdicción, el cual analizaremos, a continuación, a más a detalle.

6.3. La teoría funcional de la jurisdicción aplicada a proyectos con impacto transfronterizo

Conforme comentamos en el numeral 3.2.1 de la presente tesis, la teoría funcional de la jurisdicción surge en la Opinión Separada del Juez Bonello, emitida en el Caso Al Skeini (2011), atendiendo al hecho de que las excepciones a la jurisdicción planteadas a lo largo de los casos del TEDH, principalmente las de control efectivo

y actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en territorio de otros Estados parecen aplicar más allá para algunos casos y no ser suficientes para otros, con lo cual, los estándares utilizados en unos casos podrían aparecer más o menos justificables en otros.

En ese orden, el Juez Bonello propone el test funcional para determinar si un Estado ejerce jurisdicción, el cual “would see a State effectively exercising jurisdiction whenever it falls within its power perform, or not to perform, any of these five functions” [vería que un Estado ejerce efectivamente la jurisdicción siempre que esté dentro de su poder realizar, o no realizar, cualquiera de estas cinco funciones]. (2011, f.11). Específicamente, el magistrado contempló que las cinco funciones que un Estado tiene para asegurar la observancia de los derechos humanos y que sirven de parámetro determinar si ejerce o no jurisdicción son las siguientes:

...by not violating (through their agents) human rights; secondly, by having in place systems which prevent breaches of human rights; thirdly, by investigating complaints of human rights abuses; fourthly, by scourging those of their agents who infringe human rights; and, finally, by compensating the victims of breaches of human rights. These constitute the basic minimum functions assumed by every State by virtue of its having contracted into the Convention. [al no violar (a través de sus agentes) los derechos humanos; en segundo lugar, disponiendo de sistemas que prevengan las vulneraciones de los derechos humanos; en tercer lugar, investigando denuncias de abusos contra los derechos humanos; en cuarto lugar, castigando a sus agentes que violan los derechos humanos; y, finalmente,

indemnizando a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Aquellas constituyen las funciones mínimas básicas que asume todo Estado en virtud de haber contraído la Convención]. (Juez Bonello, G., 2011, f. 10).

Así pues, para los propósitos del artículo 1 del CEDH, un Estado ejercerá jurisdicción cuando quiera que la observancia o incumplimiento de cualquiera de dichas funciones esté bajo su autoridad o control, confirmando así el concepto de jurisdicción como “autoridad sobre” y “control de”, razón por la cual esta no debe ser entendida como territorial ni como extraterritorial, sino como funcional.

Ahora bien, cuando el magistrado refiere a cualquiera de dichas funciones, aquello no implica que el Estado debe estar en capacidad de cumplir todas estas funciones de forma concurrente, sino que “a Contracting State is obliged to ensure the observance of all those human rights which it is in a position to ensure” (Juez Bonello, G., 2011, f. 32).

Por ejemplo, un Estado ocupante podría encontrarse en posición de no cometer torturas o ejecuciones extrajudiciales, de castigar a sus agentes que cometieron dichos crímenes y de compensar a las víctimas de estas violaciones de derechos humanos, pero al mismo tiempo, puede que no pueda asegurar el derecho a la educación y a unas elecciones libres y justas, a menos que, como en los casos de Reino Unido, estos tengan una función de administración local y de restablecimiento de la democracia y, aún con ello, esto debe ser analizado en el caso concreto.

Por esa razón es que Bonello, G. (2011, f. 32) señala que “those fundamental rights it can enforce would fall squarely within its jurisdiction, those it cannot, on the wrong side of the bright line” [aquellos derechos fundamentales que puede hacer cumplir caerían directamente dentro de su jurisdicción, aquellos que no puede, en el lado equivocado de la regla clara]. De este modo, la jurisdicción surgirá siempre que exista capacidad de cumplir o no cumplir con ciertas obligaciones, limitándose a esos derechos que sean posibles garantizar:

If, in the circumstances, the State is not in such a position of authority and control as to be able to ensure extraterritorially the fulfilment of any or all of its positive obligations, that lack of functional authority and control excludes jurisdiction, limitedly to those specific rights the State is not in a position to enforce. [Si, dadas las circunstancias, el Estado no se encuentra en una posición de autoridad y control que le permita asegurar extraterritorialmente el cumplimiento de alguna o todas sus obligaciones positivas, esa falta de autoridad funcional y control excluye la jurisdicción, limitándose a aquellos derechos específicos que el Estado no está en condiciones de hacer cumplir]. (Juez Bonello, G., 2011, f. 19).

A nivel de doctrina, el concepto funcional de jurisdicción ha sido expuesto por autores como Igiriogu, F. (2014, p. 29) quien “posits that jurisdiction of a State is best determined by referring to the human rights functions (obligations) of that State as enunciated by the treat in question”. [postula que la jurisdicción de un Estado se determina mejor refiriéndose a las funciones (obligaciones) de derechos humanos de ese Estado enunciadas por el tratado en cuestión].

Como se aprecia del citado concepto, Igriongu resalta las obligaciones de los Estados enunciados en los tratados de derechos humanos, lo que en buena cuenta significa que estos tratados sirven como límite a la jurisdicción y así lo indica Milanovic, M. (2013) cuando señala que sobre las cláusulas jurisdiccionales que “these provisions have a purpose - they limit the obligations of contracting states to those situations where these obligations could realistically be met and human rights effectively protected” [Estas disposiciones tienen un propósito: limitan las obligaciones de los Estados contratantes a aquellas situaciones en las que estas obligaciones podrían cumplirse de manera realista y los derechos humanos podrían protegerse de manera efectiva].

Así surge una aparente tensión entre la universalidad de los derechos humanos y la efectividad de estos. Sin embargo, Arroyo, E. (2017) opina que la universalidad se ve superada, ya que el Estado será responsable por actos en los que efectivamente exista un control autoridad y que la noción funcional no es un obstáculo para el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos, pues respeta la lógica universal y, a su vez, equilibra las obligaciones estatales.

En cuanto a la efectividad, señala que la principal finalidad de este modelo es asegurar que los derechos humanos sean asegurados por el Estado que se encuentre en mejor capacidad de cumplir efectivamente, adoptando una posición realista en la protección de los derechos humanos (Arroyo, E., 2017).

De ahí que, este modelo propugna una diferenciación entre obligaciones positivas y negativas, pues no en todos los escenarios se encontrará en posición de garantizar derechos humanos, en el sentido de obligaciones positivas que impliquen colocar a disposición el aparato estatal, debido a que aquello requiere un grado de control sobre el área en cuestión, por lo que estas obligaciones serán más asociadas a un modelo espacial de jurisdicción; en cambio, sostiene Milanovic, M. (2013) un Estado siempre se encontrará en posición de respetar, tanto dentro como fuera de su territorio, pues aquello solo supone abstenerse de una violación de derechos humanos. Más adelante, observaremos cómo esto se aplica al caso de proyectos con impacto ambiental transfronterizo.

En consecuencia, el modelo funcional presenta un criterio de flexibilidad en las obligaciones positivas “which requires states to do only what they reasonably can, and have thus exaggerated the adverse implications that considering the two thresholds to be the same could potentially have” [que requiere que los estados hagan solo lo que razonablemente puedan y, por lo tanto, se han exagerado las implicaciones adversas que consideran que los dos umbrales podría potencialmente ser los mismos] (Milanovic, M., 2012).

Esta flexibilidad puede presentarse sobre todo para obligaciones que requieran instrumentos estatales que sean exclusivos de un Estado para su realización y, es ahí cuando la jurisdicción, como concepto funcional limitara el accionar del Estado a aquellas medidas que en el marco del conocimiento de un riesgo real e inmediato pueda adoptar, doctrina que es aceptada por la Corte IDH.

A continuación, observaremos cómo esta concepción funcional de la jurisdicción puede ser aplicada para proyectos con impacto ambiental transfronterizo, para lo cual, corresponde primero recordar las obligaciones que surgen en el marco de este tipo de proyectos y, luego de ello, determinar según la concepción funcional, cuál de estas debe asumir el Estado de origen y el Estado potencialmente afectado.

En el Capítulo II de la presente investigación hemos visto que las obligaciones que un Estado asume en el marco de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo consisten en no causar daños en el territorio de otro Estado, prevención, cooperación y participación ciudadana, entre otras obligaciones procesales.

En cuanto a la obligación de no causar daños en el territorio de otro Estado, de una primera lectura podríamos inferir que se trata de una obligación negativa, que implica un no hacer, por parte del Estado. De hecho, en la Opinión Consultiva 23, la Corte IDH (2017) menciona como parte de las obligaciones de respeto (obligación negativa) la de “abstenerse de...contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas...”.

Como se aprecia de la citada Opinión, la Corte IDH refiere a una prohibición de contaminar ilícitamente el medio ambiente, esto es, una contaminación por vulneración de alguna norma legal, como podría serlo el vertido de desechos que superen los límites máximos permisibles y que afecte la calidad del agua.

La Corte IDH no incluye como parte de la obligación negativa de prohibición de contaminar, aquella que pudiera surgir por un incumplimiento del deber de debida diligencia, lo que no significa que existe una permisión de contaminación lícita, sino que el incumplimiento de este deber implica una obligación positiva del Estado; es decir, incluso para evitar una contaminación ambiental, el Estado requiere de obligaciones positivas que suponen colocar a disposición su aparato estatal, para prevenir un daño ambiental, cuestión que ya habíamos advertido a lo largo de la tesis.

De este modo, la obligación de prohibición de causar daños al medio ambiente es tanto una obligación negativa como una obligación positiva; negativa, en aquellos supuestos de vulneración de normas legales; y, positiva, en el extremo que implica un deber de prevención al momento de emprender determinadas actividades como minería, pesca, hidrocarburos, entre otras.

En el contexto de un proyecto susceptible de impacto ambiental transfronterizo estas obligaciones deben ser analizadas cuidadosamente, de modo tal que, como reza la Corte IDH en el Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia (2012) no se le imponga al Estado una carga desproporcionada de cumplir.

Al respecto, consideramos que, si bien, como señalaba Milanovic, M. (2013), un Estado siempre se encontrará en posición de “respetar” entendiendo por ello, el cumplimiento de una obligación negativa, en el contexto de un proyecto con impacto transfronterizo, la obligación que efectivamente garantiza el cumplimiento de la prohibición de no causar daños al territorio de otro Estado, no es el mero no

accionar del Estado, sino que, necesariamente, el Estado de origen debe comprometer recursos y garantizar que su aparato estatal apruebe EIA en los que los posibles daños ambientales transfronterizos estén contemplados.

Entonces, en el contexto de proyectos con impactos ambientales transfronterizos, la obligación de prohibición de causar daños al territorio de otro Estado es, en verdad una obligación positiva de prevención, entre las que se incluye la elaboración y aprobación de un EIA, la que, como explicaremos, sí puede ser razonablemente asumida por el Estado de origen.

Como ya hemos advertido en Capítulo II de la presente tesis, la obligación de prevención, entre las que se incluye el EIA, tiene como finalidad disminuir los riesgos de contaminación del medio ambiente, tanto dentro del territorio como fuera del mismo, cuestión en la que resulta posible que un Estado adopte medidas razonables para la elaboración de un EIA que permita evaluar posibles daños transfronterizos y, consecuentemente, concebir medidas para prevenirlos.

No obstante, para que esta prevención sea posible, la Corte IDH resalta otra obligación, consistente en la cooperación. Esta obligación, a diferencia de las otras, es interestatal y comprende la notificación del proyecto a realizarse y el constante intercambio de información a través de la consulta interestatal, como mecanismo de ida y de vuelta, respecto del proyecto a ejecutar.

Decimos que la prevención, en el contexto de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, requiere de cooperación, porque aun cuando consideramos que es

posible que el Estado de origen realice un EIA contemplado los posibles daños transfronterizos al medio ambiente, lo cierto es que, en mejor posición de identificar esos posibles daños se encuentra el Estado potencialmente afectado, por diversos factores, tales como: conocimiento de las condiciones físicas y climáticas de su territorio, condiciones sociales y económicas de la población de la zona de influencia, entre otros relevantes para la elaboración del EIA.

Por ello, el deber de cooperación resulta fundamental en ese extremo, pues mediante la consulta interestatal, se puede producir el intercambio de información y aclaración de dudas necesarias para un mejor EIA. Al respecto, la Corte IDH señala que “esta obligación de cooperación tiene especial preeminencia en el caso de recursos compartidos, cuyo aprovechamiento y desarrollo debe ser realizado de una forma equitativa y razonable con los derechos de los demás Estados que poseen jurisdicción sobre tales recursos”.

Como se desarrolló en el Capítulo I de esta tesis, el principio de utilización equitativa y razonable de recursos hídricos actuó como punto de quiebre entre las dos concepciones polarizadas de soberanía territorial que utilizaban los Estados, de acuerdo a la posición geográfica (aguas arriba o aguas abajo) en la que se encontraban, pues es el que llevó a los Estados a seguir utilizando sus recursos hídricos compartidos en el extremo correspondiente de su territorio, pero considerando que ambos debían cooperar en su protección y aprovechamiento.

Ahora bien, siempre resulta posible que, aun cuando el Estado de origen decidiese realizar un EIA en el que se contemplase posibles daños transfronterizos, el Estado

potencialmente afectado, muestre inercia ante el asunto, tal como se observó, por ejemplo, en el caso del Proyecto Minero Pucamarca desarrollado en territorio peruano y con impacto en territorio chileno.

En ese supuesto, es muy probable que el Estado de origen no tenga a su alcance todas las herramientas para realizar un EIA “completo” y, consecuentemente, el Estado de origen pueda ser responsable de un daño transfronterizo.

Sin embargo, si el Estado de origen realizó todas las acciones que razonablemente se encontraban dentro de su control y autoridad, tales como aprobar un EIA en el que se contemplen los posibles daños transfronterizos que, en su esfera de poder, pudo detectar, a partir de que ambos Estados comparten un recurso hídrico, no podría sostenerse que el Estado de origen tenía obligación de prever aquellos posibles daños que, como consecuencia de la falta de cooperación del Estado potencialmente afectado, este no pudo conocer.

En ese escenario, aun cuando podría alegarse la existencia de un vínculo entre el daño y las víctimas, al no haberse encontrado el Estado de origen en la capacidad de conocer y, consecuentemente, prever esos daños, su jurisdicción no se vería extendida.

Distinto sería si, en un escenario de estrecha cooperación internacional, el Estado de origen no adopta medidas preventivas para evitar la generación de un daño transfronterizo. Aun con ello, debemos recordar que la obligación de prevención es una obligación de medios y no de resultados.

Por tanto, concluimos que la obligación de prevención (materialización positiva de la obligación de prohibición de causar daños al territorio de otro Estado) es una obligación que se encuentra bajo el control del Estado de origen que promueve un proyecto, salvando aquellos potenciales daños que no pueda prever, como consecuencia de la falta de cooperación interestatal.

Por su parte, la obligación de cooperación interestatal es una obligación que compete a ambos Estados, Estado de origen y Estado potencialmente afectado, en el caso del Estado de origen su obligación es la de la notificación, que supone comunicar y proporcionar información sobre el proyecto antes de otorgar la autorización para su inicio. También le corresponde la obligación de consulta interestatal, en tanto, el Estado potencialmente afectado podrá realizar consultas, solicitar aclaraciones y/o modificaciones al proyecto, y el Estado de origen deberá atenderlas, durante la elaboración del EIA e incluso después de aprobado este.

En el caso del Estado potencialmente afectado, este se encuentra en capacidad de asumir la obligación de proporcionar información útil sobre su territorio para la realización del EIA, en caso el Estado de origen la solicite o inclusive si este mismo estima que es necesario para un adecuado EIA.

Ahora bien, en el caso de la obligación de participación ciudadana, esta también supone una obligación positiva del Estado, pues implica que el Estado potencialmente afectado brinde a la población la información que le fue remitida por el Estado de origen, reciba sus observaciones y consultas, y garantice, a su vez, la

realización de talleres informativos y/o audiencias públicas, según sea el caso previsto en su legislación interna; actividades que suponen una expresión de la soberanía del Estado.

No cabe duda de que este tipo de acciones supone la presencia de un Estado cercano a la población, quien pueda cumplir de mejor manera la labor de trasladar información y hacerlos partícipes, a través de diversos mecanismos, pero aún más importante; no cabe duda, que este tipo de acciones constituyen una manifestación de la actividad de policía del Estado.

Según Santofimio, J. (2003), dentro de la actividad administrativa de policía “se recogen el conjunto de medidas coactivas utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general (...) como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos”. En esa línea, comenta Parada, R. (2000) se incluyen las restricciones por razones ambientales.

De este modo, la restricción a la libertad de empresa que pueda tener el titular de un proyecto en el marco de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, a través del aseguramiento del derecho de participación ciudadana de la población del Estado potencialmente afectado, no puede sino ser efectuada por el propio Estado potencialmente afectado, pues dichas acciones tendientes al aseguramiento del derecho de participación ciudadana, constituyen una expresión de su poder de policía que no puede ser asumido por otro Estado.

Es por esta razón que consideramos que es el Estado potencialmente afectado quien se encuentra en mejor posición de asumir este tipo de obligaciones, aun cuando el Estado de origen sea el promotor del proyecto. En este escenario, la obligación del Estado de origen debería comprender las medidas razonablemente posibles de realizar, tales como el asegurar que se proporcione información y se absuelvan las consultas a la población del Estado potencialmente afectado, ya sea directamente o, a través de la empresa titular del proyecto, a fin de que el proceso de participación ciudadana llevado a cabo por este último Estado pueda realizarse de la mejor manera.

No creemos que deba ser el Estado de origen el que directamente se encargue de cumplir esta obligación, pues al no disponer de instituciones especializadas, funcionarios y herramientas en el territorio del Estado potencialmente afectado, dicha obligación podría no verse efectivamente cumplida.

Habiendo explicado las razones por las que optamos por el modelo funcional de jurisdicción, es importante dejar en claro, las consecuencias que se generaría, en el supuesto de adoptar los otros modelos de jurisdicción.

En el caso que se adoptara el modelo del control efectivo, aquello supondría generar una situación de desprotección en los derechos humanos de las personas que se encuentran en el territorio del Estado potencialmente afectado, toda vez que este modelo únicamente aplica a ocupaciones militares de un Estado en el territorio de otro Estado. Por tanto, si uno quisiera aplicar de forma correcta este modelo espacial de jurisdicción al supuesto objeto de estudio, en tanto no existe poder

físico, por parte del Estado de origen en el territorio del Estado potencialmente afectado, mediante la realización de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, el Estado de origen no tendría que asumir ni siquiera la obligación de evaluar los daños transfronterizos que se generen en el otro territorio y menos de informar al Estado.

En el caso que se adopte el modelo relativo a los actos de agentes sobre personas en territorio de otro Estado, en primer lugar, se debe tener en cuenta que no existe un control sobre personas en el territorio de otro Estado, lo que existe es un control sobre actividades, específicamente, a través de las autorizaciones y licencias que otorga para la puesta en marcha de dichos proyectos, tales como el EIA. No obstante, ya hemos visto que el Estado de origen no se encuentra efectivamente en la posición de cumplir todas las obligaciones internacionales que se decantan de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, particularmente, la participación ciudadana.

Por ello, la consecuencia de la aplicación de este modelo resultaría riesgosa, en tanto supone la asignación de una carga desproporcionada al Estado de origen, que probablemente no podría cumplir y, nuevamente, nos expondríamos a una desprotección de los derechos humanos de este Estado.

Finalmente, en el caso del modelo de los efectos extraterritoriales, la consecuencia de su aplicación sería la falta de precisión, respecto a cuándo un acto extraterritorial extiende la jurisdicción de un Estado.

La respuesta a esta pregunta, desde el modelo de los efectos extraterritoriales, no es clara, por lo que, no queda duda que el mejor modelo para responder a esta interrogante y suprimir cualquier duda, es el modelo funcional de la jurisdicción, por las razones antes desarrolladas.

A continuación, presentamos un esquema de cómo se distribuirían las obligaciones antes desarrolladas en el contexto de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo:

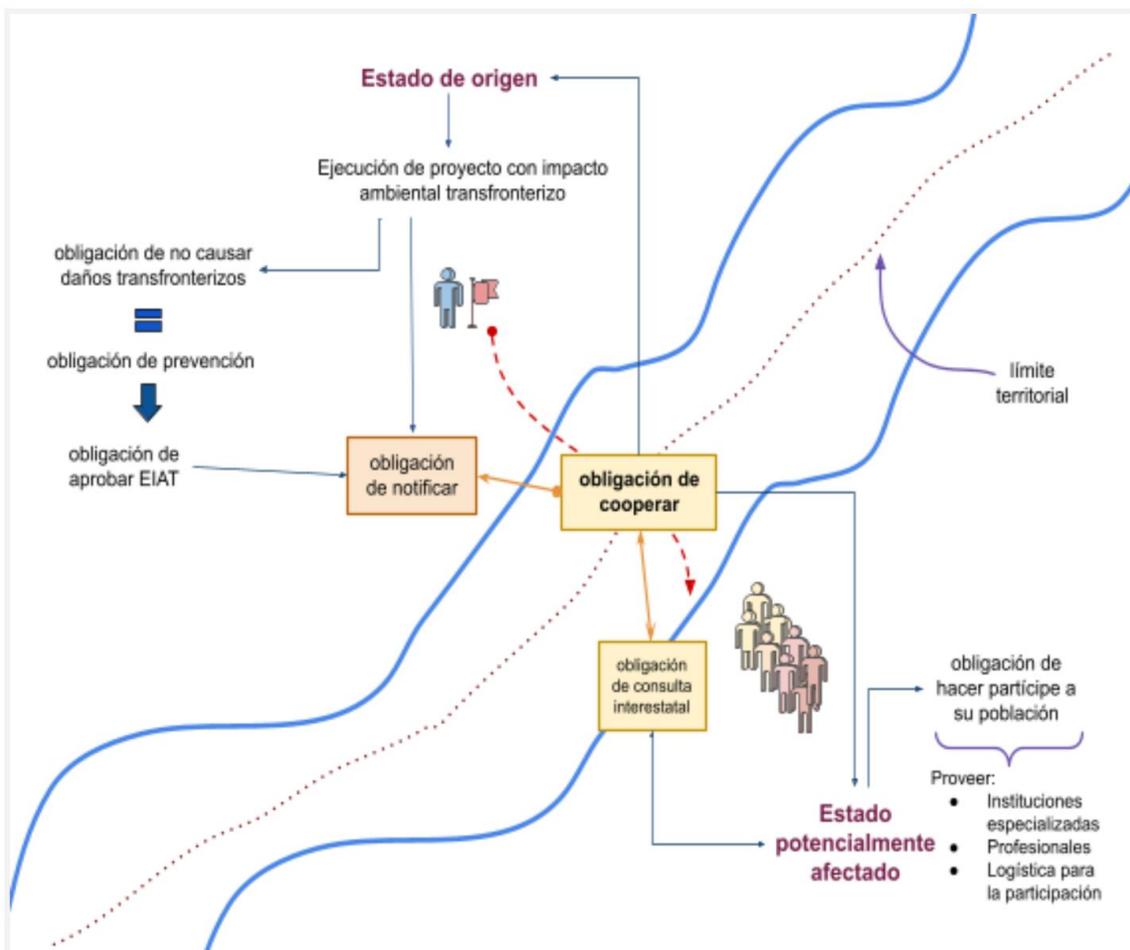


Ilustración 5 - Distribución de obligaciones en el contexto de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo

Elaboración propia

Fuente: Bonello, J. (2011), Arroyo, E. (2017), Igiriogu (2014) y Milanovic, M. (2013).

Finalmente, como comentábamos en las líneas precedentes, resulta posible que el Estado potencialmente afectado no coopere en el contexto de la consulta interestatal, cuestión que indudablemente pondría en riesgo a su población, toda vez que esta sí podría querer realizar consultas y aclaraciones sobre el proyecto. Es este contexto, en el que consideramos que las ONG pueden jugar un rol fundamental en la materialización de la participación ciudadana del Estado potencialmente afectado. Sobre este aspecto, volveremos en el próximo capítulo.

6.4. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones internacionales: responsabilidad

Habiendo explicado bajo la teoría funcional de la jurisdicción cuáles obligaciones de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo deben ser asumidas por el Estado de origen y cuáles por el Estado potencialmente afectado, a continuación, pasaremos a analizar las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones internacionales, esto es, la responsabilidad internacional.

De acuerdo con el artículo 2 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos para que exista un incumplimiento internacional debe existir una conducta que sea atribuible al Estado y que constituya una violación de una obligación internacional.

Atribuible al Estado en el sentido de que se compruebe que este fue llevada a cabo por agentes estatales o por actos de sus particulares con su conocimiento y

aquiescencia; y, que constituya una violación de una obligación internacional, pudiendo esta ser de tipo consuetudinario o convencional.

No obstante, la responsabilidad no está limitada a hechos ilícitos, también se incurre en responsabilidad cuando no exista un hecho ilícito propiamente, si se realizan actividades *sine delicto* que causen o puedan causar daños transfronterizos a otros Estados (Aizenstatd, N., 2012, p. 12).

Según Arroyo, E. (2017, p. 50) la responsabilidad por actos internacionalmente lícitos o *sine delicto* es aquella que se genera sin la violación de una obligación internacional y que el desarrollo de esta clase de actividades riesgosas, pero no prohibidas implican no solo un deber de debida diligencia, sino también de responder por los daños y perjuicios que se causen, imponiéndose de esta forma la teoría del riesgo como generador de responsabilidad internacional.

Sobre el particular, consideramos que aquello no es tan así como se sostiene, toda vez que, por ejemplo, a nivel consuetudinario, la CIJ ha reconocido diversas obligaciones internacionales de carácter ambiental, a ser cumplidas por el Estado, tales como la de prohibición de causar daños transfronterizos²⁰, la obligación de cooperación internacional²¹, entre otras. Asimismo, a nivel convencional, existen una serie de tratados, que fueron comentados en el Capítulo I de la presente tesis,

²⁰ Opinión Consultiva sobre Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares y Caso del Canal de Corfú

²¹ Caso de las Papeleras de Celulosa. Argentina contra Uruguay

que denotan la prohibición de causar daños transfronterizos e, inclusive, en algunos casos, la obligación de consultar y notificar sobre posibles riesgos.

Mayor prueba de esta obligación convencional la hemos encontrado a nivel del Sistema Interamericano, en el que se han reconocido debido a la protección de los derechos a la vida, integridad personal y participación ciudadana, en relación al derecho a un medio ambiente sano, las obligaciones de prevención, cooperación internacional, notificación, consulta interestatal y participación ciudadana, etc.

El incumplimiento de estas obligaciones da lugar a la responsabilidad internacional del Estado, siendo dicho incumplimiento el requisito *sine quo non* de la responsabilidad internacional, no haciendo falta comprobación de daño económico, pues el solo incumplimiento ya representa un perjuicio.

De este modo, la obligación de prevención, por ejemplo, será incumplida por un Estado, por el simple hecho de no haber adoptado medidas que se encontraban bajo su control, habiendo tomado conocimiento de un riesgo real e inminente.

En ese sentido, entendemos que la distinción entre estos dos tipos de responsabilidad internacionales, puede verse mejor graficado en términos de la reparación, toda vez que en el caso de la reparación, producto de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos, esta resulta independiente de la reparación de los daños causados a otros Estados, como resultado de actividades que, aunque lícitas comportan riesgos y que son emprendidas en la jurisdicción de un Estado (Gómez-Robledo, A., 2014).

Finalmente, es importante recordar que la jurisdicción es precondition para la atribución de responsabilidad de un Estado, pues esta última solo es posible si el Estado ejerce jurisdicción en términos de poder o autoridad para cumplir o incumplir obligaciones internacionales, pero aquello no implica que sean términos idénticos, toda vez que un Estado puede ejercer jurisdicción sobre un territorio, pero no por eso ser responsable de la violación de derechos humanos generada.

CAPÍTULO VII. Mecanismo voluntario de notificación y consulta interestatal en el marco de un EIAT: recomendaciones para los Estados de América del Sur

7.1. ¿Por qué un mecanismo voluntario?

La obligación de notificación y consulta interestatal surge como consecuencia de la realización de proyecto con impacto ambiental transfronterizo, para cuyo efecto, es una obligación convencional la realización de un EIAT y, en el marco de ella, la notificación y consulta interestatal, y la posterior garantía efectiva del derecho a la participación de la población del Estado potencialmente afectado.

Como hemos desarrollado, somos de la opinión de que estas obligaciones sean asumidas por el Estado de origen y por el Estado potencialmente afectado, según su real capacidad para darles cumplimiento. Sin embargo, este reparto de obligaciones puede resultar controversial, por lo que consideramos más viable que este mecanismo sea voluntario para los Estados, a fin de que estos formen su propia convicción de cumplimiento (opinio juris) de la forma en la que se deben cumplir estas obligaciones.

Según Franck, T. (1999) el cumplimiento de las normas internacionales se sustenta en la percepción de legitimidad del ordenamiento y obedece a consideraciones elementales de justicia.

Por otro lado, el profesor Henkin, L. (1979) sostuvo que el cumplimiento voluntario es el producto de un cálculo utilitarista en donde se sopesan las ventajas del cumplimiento en relación a las desventajas del incumplimiento.

Estas afirmaciones buscan responder por qué los Estados cumplen con las obligaciones internacionales que surgen, tanto de los tratados como de la costumbre internacional, razón por la cual nuestra propuesta de que el mecanismo de notificación y consulta interestatal sea presentado como una serie de recomendaciones abiertas para los Estados no implica que los Estados no puedan, en un determinado punto, sentir la convicción de cumplir con dichas obligaciones.

Sobre el cumplimiento del *hard law* y el *soft law*, Zemanek, K. (1998, p. 856) sostiene lo siguiente:

“[I]f ‘hard’ international law is normally observed and applied, it is hardly because of the fear of eventual enforcement measures. Observance owes more to its general acceptance, to the recognition that the existing legal rules reflect the shared values and interests of the members of the international community and are, therefore, legitimate. Observance is thus rather motivated by the self-interest of States in securing a stable, safe and predictable world in which they can better pursue their broad political and economic goals. In other words: States have a shared interest in the maintenance of predictable behavior patterns and this reciprocal interest contributes more to the performance of obligations than the possibility of sanctions”. [Si normalmente se observa y aplica el derecho internacional

“duro”, ello se debe al temor a eventuales medidas coercitivas. La observancia se debe más a su aceptación general, que al reconocimiento de que las normas legales vigentes reflejan los valores e intereses compartidos de los miembros de la comunidad internacional y, por lo tanto, son legítimas. Por lo tanto, la observancia está más bien motivada por el interés propio de los Estados en asegurar un mundo estable, seguro y predecible en el que puedan perseguir mejor sus amplios objetivos políticos y económicos. En otras palabras: los Estados tienen un interés compartido en el mantenimiento de patrones de comportamiento predecibles y este interés recíproco contribuye más al cumplimiento de las obligaciones que a la posibilidad de sanciones].

Por su parte Toro, M. (2006, p. 10) muestra cómo es que puede existir observancia natural de normas *soft law* y reticencia sobre normas *hard law*, por lo que, no siempre un tratado será tan fuerte como la real convicción de los Estado de que una obligación debe ser asumida por él mismo:

Normas soft pueden gozar de alto prestigio, amplio consenso y espontánea observancia; mientras normas hard pueden requerir de muchos esfuerzos diplomáticos o largos procesos jurisdiccionales antes de alcanzar su pleno cumplimiento, o incluso resultar imposible la exigibilidad del mismo. De igual manera, en los procedimientos de solución de controversias, los órganos encargados de resolver las diferencias, en especial los de naturaleza jurisdiccionales, toman en consideración no sólo instrumentos del

denominado hard law sino también instrumentos del soft law que se encuentran relacionados con los derechos y obligaciones en conflicto.

Más allá de si es *soft law* o *hard law* lo que además consideramos importante es que estas obligaciones sean asumidas por los Estados de manera uniforme y bajo parámetros mínimos de realización, en cuanto al procedimiento de notificación y consulta interestatal, toda vez que si solo dos o tres Estados de la región cambian su legislación, puede que estos tengan mayores mecanismos para materializar la obligación de prohibición de causar daños al territorio de otro Estado, sin embargo, podrían encontrarse en desprotección frente a proyectos con impacto ambiental transfronterizo que promuevan los Estados vecinos.

Lograr que los Estados estén de acuerdo en el reparto de las obligaciones en el marco de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo y, principalmente, en la obligación de notificación y consulta interestatal, reduciría considerablemente problemas al momento de la puesta en marcha de estos proyectos.

Al respecto, Craik, N. (2008, p. 141) sostiene que “el proceso de notificación y... el de consulta requiere necesariamente de normas internacionales que establezcan una guía clara sobre cómo llevar a cabo estas obligaciones”.

En similar sentido, Hanqin, X. (2003, p. 73) “si bien la obligación de notificar está ganando aceptación por parte de los Estados, la naturaleza y el alcance de esta obligación tienen que ser todavía definidos de manera más concreta y precisa en disposiciones de tratados adicionales”.

Sobre esta última afirmación, Hanqin, X. (2003) apuesta por tratados, cuestión que compartimos, pero que creemos que sería un paso ulterior, luego de que los Estados analicen las recomendaciones que expondremos a continuación.

7.2. Recomendaciones para un mecanismo voluntario de consulta y notificación interestatal

7.2.1. Actores involucrados

Para llevar a cabo el mecanismo de notificación y consulta interestatal sugerimos la participación de los siguientes actores:

7.2.1.1. Estado de origen y Estado potencialmente afectado

Tanto para el Estado de origen como para el Estado potencialmente afectado, deberá participar el Ministerio del Ambiente, o la entidad pública encargada de aprobar los EIA en el Estado que corresponda. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH se sugiere que esta Entidad sea independiente y técnicamente capaz.

Asimismo, es importante la participación del Ministerio de Relaciones Exteriores o la entidad que haga sus veces en cada Estado en particular, pues ella, en coordinación con el la entidad encargada de aprobar el EIA, se encargará de llevar a cabo el procedimiento de notificación y consulta interestatal.

7.2.1.2. Titular del proyecto con impacto ambiental transfronterizo

Como se comentó al describir la problemática de la presente investigación, cuando un Estado decide promover un proyecto en la frontera de su territorio, próximo a un recurso hídrico, debe cumplir con aprobar ciertas licencias y/o autorizaciones, entre las que se encuentra el EIA. Este tipo de proyectos suelen ser proyectos mineros, hidrocarburíferos, hidroeléctricos, entre otros, susceptibles de afectar el recurso hídrico y, en los Estados de América del Sur, suelen ser ejecutados, gracias a la inversión realizada por el sector privado.

Tal como hemos visto en los proyectos comentados en el capítulo I, en este tipo de proyectos existe un titular, quien está a cargo de la elaboración del EIA, bajo los términos de referencia aprobados por el Estado. De igual forma, en el marco de la elaboración del EIA, los Estados suelen aprobar los diversos mecanismos de participación propuestos por el titular del proyecto, tales como talleres, audiencias públicas, entre otros, como ocurre en la legislación de Perú, Ecuador, Bolivia, entre otros Estados; o, como en el caso de Chile, el Estado funge de receptor de los comentarios y/u observaciones de la población, sin la obligación de realizar talleres y/ audiencias públicas.

Así pues, aun cuando en este tipo de proyectos, el titular del proyecto es quien directamente realiza el EIA o desarrollo el procedimiento de participación ciudadana, lo cierto es que existe un Estado presente, cuya función es garantizar que esto sea realizado conforme a ley. De igual forma, en el procedimiento de participación ciudadana, la participación estatal está presente, no solo a través de

la aprobación de los mecanismos de participación ciudadana, sino también para recibir dudas y/o observaciones e incluso dirigiendo los talleres. Todo ello en menor o mayor medida, según la legislación de cada Estado.

Ahora bien, en el contexto de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, el titular del proyecto también podrá participar de talleres informativos y/o audiencias públicas, según lo exija la legislación del Estado potencialmente afectado, o, de ser el caso, su labor se circunscribirá a proporcionar la información necesaria para que el Estado de origen pueda efectuar el procedimiento de consulta interestatal con el Estado potencialmente afectado.

7.2.1.3. Población con derecho de participación

Como ya hemos desarrollado a lo largo de la presente tesis, la participación de la población incluye no solo a la del Estado de origen, sino también a la población del Estado potencialmente afectado. Esta obligación, en el caso de los Estados de América del Sur que han ratificado la CADH surge de dicho instrumento internacional, a partir de la protección del derecho a la participación prevista en el artículo 23 de la CADH.

Para que este derecho se materialice en el caso de la población del Estado potencialmente afectado, la condición previa es que el Estado de origen cumpla con su obligación de notificar y consultar al Estado potencialmente afectado, pues de ese modo dicho Estado puede hacer que su población sea partícipe, en cuanto a los posibles impactos del proyecto.

De esta forma, la población que participaría como actor involucrado en este mecanismo, además de la población del Estado de origen, sería la población del Estado potencialmente afectado, que no es más que un conjunto de individuos preocupados en brindar sus apreciaciones sobre el proyecto propuesto por el Estado potencialmente afectado, al encontrarse en la zona de influencia de dicho proyecto o en una zona en la que puedan verse directa o indirectamente impactados socialmente.

Sobre el particular, cabe resaltar que la Corte IDH ha señalado que para que este derecho se materialice es necesario “garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente a toda persona bajo su jurisdicción, de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo que solicita la información tenga que demostrar un interés específico”.

De este modo, la población que solicita acceso a la información relacionada a un proyecto con impacto ambiental transfronterizo podría o no encontrarse en la zona de influencia del proyecto y, consecuentemente, en igual medida tendría derecho a ser partícipe con sus apreciaciones sobre el proyecto, dado que no existe necesidad de demostrar un interés legítimo.

Ahora bien, ¿cómo las apreciaciones de la población, que es un conjunto de individuos, son tomadas en cuenta en este procedimiento de consulta interestatal?

De acuerdo con Salmón, E. (2014, p. 146) "el individuo se presenta como un sujeto de derecho internacional históricamente reciente", no obstante, según Saenz, P. y Rodríguez, R. (2010) la personalidad jurídica del ser humano se limita al ámbito de los derechos humanos.

Lo anterior se refleja en el hecho de que el reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo surge de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, por la que, según comenta Pérez-León, J. (2008, p. 603):

desde el juzgamiento de los individuos por los crímenes internacionales (...) durante la Segunda Guerra Mundial, se consideró necesario reconocer la subjetividad jurídica internacional individual. Ello hizo factible no solo la protección directa y efectiva de los derechos humanos, sino y sobre todo, la posibilidad de ser sancionado como resultado del reconocimiento de la responsabilidad internacional individual por violaciones de derechos humanos.

En ese sentido, se cumple uno de los requisitos reconocidos por Carrillo, J. (1995), para otorgar subjetividad internacional, consistente en ser receptor de derechos y obligaciones internacionales. En el caso de los derechos, la subjetividad activa del individuo en el derecho internacional se ha presentado en la habilitación de algunas cortes regionales como el TEDH y la Corte IDH, en virtud de la cual, el individuo puede presentar un reclamo internacional por la violación de algún derecho contenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la CADH, respectivamente.

En el plano de la subjetividad pasiva, esta se relaciona con la posibilidad de ser sujeto de obligaciones internacionales, tales como aquellas previstas en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional.

No obstante, estos atributos, los individuos continúan siendo sujetos de derecho internacional con capacidad limitada, pues a diferencia de los Estados u organizaciones internacionales no producen normas internacionales, por lo que aunque son receptores de derechos y obligaciones, dichos derechos están predeterminados por aquellos Estados que han adoptado normas internacionales previéndolos como tal, según observa Cassese, A. (2005, p. 150):

Individuals possess international legal status. They have a few obligations, deriving from customary international law. In addition, procedural rights ensure to the benefit of individuals, not however vis-à-vis all States, but only towards the group of States that have concluded treaties, or the international organizations that have adopted resolutions, envisaging such rights. Clearly, the international legal status of individuals is unique: they have a lopsided position in the international community. [Los individuos poseen estatus legal internacional. Tienen algunas obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario. Además, los derechos procesales aseguran el beneficio de las personas, pero no frente a todos los Estados, sino solo al grupo de Estados que han celebrado tratados, o las organizaciones internacionales que han adoptado resoluciones que contemplan tales

derechos. Claramente, el estatus legal internacional de los individuos es único: tienen una posición desequilibrada en la comunidad internacional].

En vista de lo desarrollado a lo largo de la presente tesis, los Estados que han suscrito la CADH se encuentran obligados a garantizar el derecho de participación de la población del Estado potencialmente afectado, y esta solo puede ser garantizada, mediante la notificación y consulta interestatal.

En consecuencia, si bien la población del Estado potencialmente afectado, constituye un actor directamente involucrado dentro de este mecanismo, lo cierto es que su representación se realizará a través del Estado al que pertenecen, debido a su limitada subjetividad internacional.

7.2.1.4. Las ONG y su influencia como actores de derecho internacional público

Considerando que resulta posible que el Estado potencialmente afectado no muestre interés en participar en el procedimiento de consulta, esto es, opinar favorablemente o, de ser el caso, remitir observaciones al proyecto y, siendo que ello puede limitar el derecho de participación de la población del Estado potencialmente afectado, creemos que las ONG pueden jugar un rol bastante importante, pues según expresa Onuma, Y. (2017) contribuyen a la creación y realización del derecho internacional, habiendo llegado a ser visibles en áreas como la protección global del medio ambiente, cooperación económica y técnica, desarme, pero sobre todo en los derechos humanos.

Asimismo, el citado autor reconoce que aunque estos sujetos también cuenten con una subjetividad internacional limitada “effective realization of international law is unthinkable if one ignores the functions that NGOs carry out in various phases of international legal processes”. [La realización efectiva del derecho internacional es impensable si se ignoran las funciones que las ONG llevan a cabo en las distintas fases de los procesos legales internacionales]. (Onuma, Y., 2017, p. 242).

De este modo, tenemos que las ONG son actores sumamente influyentes en el Derecho Internacional y sobre todo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y así lo podemos ver con un ejemplo de una de las primeras ONG en el mundo, según comenta Boyle, A. y Chinkin, C. (2020, p. 43) que “the determination of primarily American NGOs at San Francisco resulted in the adoption of human rights articles within the UN Charter, paving the way for the growth of international human rights law”. [La determinación de las ONG principalmente estadounidenses en San Francisco dio como resultado la adopción de artículos de derechos humanos dentro de la Carta de la ONU, allanando el camino para el crecimiento del derecho internacional de los derechos humanos].

Al igual que los individuos las ONG no son productoras de normas internacionales, sin embargo se diferencian de estos, en cuanto como organizaciones privadas han logrado posicionarse en los foros internacionales, al punto que incluso el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas les reconoció un estatus consultivo y, según autores como Reisman (citado en Boyle, A. y Chinkin, C., 2020, p. 43) “the importance of actors who lack formal law-making competence, but who

nevertheless influence decisions, including IGOs, NGOs, pressure groups, interest groups, gangs and individuals” [la importancia de los actores que carecen de competencia formal en la elaboración de leyes, pero que, sin embargo, influyen en las decisiones, incluidas las OIG, las ONG, los grupos de presión, los grupos de interés, los grupos y los individuos].

Otra forma de influencia que han logrado obtener las ONG ha sido a través del reconocimiento que la CIJ, la Corte IDH y el TEDH le han otorgado como *amicus curiae*, de modo tal que sus opiniones pueden influir en las decisiones jurisdiccionales, e inclusive en estos dos últimos se les ha reconocido la posibilidad de demandar internacionalmente, pues claramente estas representan intereses individuales que han sido presuntamente vulnerados por los Estados miembros de la CADH y del CEDH.

La doctrina también discute otros elementos para limitar la subjetividad internacional, cuestionándose si las ONG pueden ser sujetos de obligaciones internacionales; Onuma, Y. (2017), refiere por ejemplo a los problemas de accountability de estas organizaciones, sin embargo, en la presente investigación no pretendemos discutir mayores elementos sobre la subjetividad internacional de estas organizaciones privadas, pues consideramos que lo que sí es claro en la doctrina es el poder de influencia que estas tienen como actores de derecho internacional.

En ese escenario, la presente investigación sugiere que para aquellos supuestos en los que la población del Estado potencialmente afectado vea limitada su

participación, las ONG pueden desempeñarse como actores claves para representar la voz de dichos individuos que se encuentran en la zona de influencia de un determinado proyecto.

Su rol, así como en el caso de los *amicus curiae*, sería representar a la sociedad civil, pudiendo válidamente presentar directamente ante el Estado de origen las apreciaciones e inquietudes de dichos individuos, sin necesidad de que el Estado potencialmente afectado sea intermediario en estas negociaciones.

A tal efecto, el Estado de origen elegirá la mejor forma de publicitar la información del proyecto propuesto, ya sea través de sus canales oficiales, tales como las páginas de sus ministerios, diarios, entre otros o remitiendo directamente la información del proyecto a las ONG, para que estas puedan fungir como representante de los intereses de aquellos individuos pertenecientes al Estado potencialmente afectado que, debido a la falta de interés de dicho Estado en hacer parte del procedimiento de consulta interestatal, ven limitado su derecho de participación.

Ahora bien, si en la legislación interna del Estado de origen se prevé la participación del titular del proyecto en el marco de los distintos mecanismos de participación ciudadana, somos de la opinión de que estos mecanismos también deberían ser asegurados por el Estado de origen en el territorio del Estado potencialmente afectado, pero esta vez, siendo la ONG la representante de la población de dicho Estado.

Así pues, consideramos que de presentarse el escenario de falta de interés del Estado potencialmente afectado, que el Estado de origen permita la participación de la población del Estado potencialmente afectado, cuando menos a través de ONG, sí supondría un accionar tendiente a la protección del derecho a la participación que le corresponde a esta población, de conformidad al artículo 23 de la CADH, por lo que creemos que negar la misma, por el mero hecho de que sus apreciaciones no han llegado a través de su Estado, implicaría asumir un rol poco garantista de los derechos humanos.

7.2.2. Procedimiento de notificación y consulta interestatal, y participación ciudadana de la población del Estado potencialmente afectado

A continuación, presentamos nuestras recomendaciones para que los Estados de origen y los potencialmente afectados lleven a cabo un procedimiento de notificación y consulta interestatal y, a su vez, hagan partícipe a la población del Estado potencialmente afectado.

Conforme se ha observado a lo largo de la presente tesis, la obligación de notificación y consulta interestatal surgirá cada vez que exista un riesgo real e inminente de que un proyecto tenga impacto ambiental transfronterizo, cuestión que se ve reforzada en proyectos realizados en la frontera de Estados que comparten recursos hídricos. Para determinar aquello, se elaborará un EIA, instrumento de gestión ambiental que será aprobado por el Estado que corresponda y que será elaborado por la empresa titular del proyecto.

A tal efecto, aquella presentará una solicitud preliminar o de inicio para la elaboración del EIA, en el que se describa en qué consiste el proyecto, la zona de influencia del mismo, las medidas de mitigación y compensación, el plan de participación ciudadana y los posibles impactos ambientales significativos negativos, cuya definición suele ser similar en la mayoría de Estados de América del Sur, por lo que consideramos que para ello, bien se puede recurrir a la legislación de cada Estado de origen. Lo que cambiaría en este punto es la obligación de analizar si esos impactos ambientales significativos negativos superan la frontera del Estado de origen.

Es a partir de la referida solicitud que, válidamente podríamos afirmar que el Estado toma conocimiento de un proyecto que podría tener impactos significativos negativos en el medio ambiente.

Ante la duda, podemos afirmar que el primer paso para activar el mecanismo de notificación y consulta interestatal es el momento en el que el Estado recibe la solicitud para el inicio del trámite de aprobación del EIA, con la información que le permita advertir la posible existencia de un impacto ambiental significativo transfronterizo.

Debido a que resulta una tarea compleja determinar con exactitud todos y cada uno de dichos efectos, la notificación y consulta interestatal al Estado potencialmente afectado coadyuvará a que el Estado de origen pueda tener un mejor panorama sobre el particular, razón por la cual, corresponde que en la fase preliminar de

elaboración del EIA, el Estado de origen o la empresa titular del proyecto advierta de la posibilidad de riesgos ambientales transfronterizos.

En este estadio, dada la fase preliminar del EIA, no es necesario que se adviertan todos y cada uno de los posibles impactos ambientales transfronterizos, sino solo los que la información técnica disponible hasta ese momento le permitan advertir.

Habiendo determinado la posible existencia de impactos ambientales transfronterizos, el Estado de origen notificará al Estado potencialmente afectado, remitiendo la información técnica disponible hasta dicho momento, interrogando si este Estado tiene interés en participar del procedimiento de consultas interestatales y otorgando un plazo para respuesta.

En el caso de que la empresa titular del proyecto no advirtiera posibles impactos ambientales transfronterizos, en la fase preliminar, sino una vez concluido el EIA, el Estado de origen notificará al Estado potencialmente afectado del proyecto y acompañará el EIA, accionar que deberá ser antes de otorgar la autorización para el inicio del proyecto.

De este modo, consideramos que el mecanismo de notificación, esto es, el aviso al Estado potencialmente afectado de los posibles impactos ambientales transfronterizos podría darse incluso durante la etapa de elaboración del EIA, en línea con lo establecido en el Proyecto de Artículos sobre "Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas", comentado en las líneas precedentes.

Ello, pues mientras más anticipada sea la notificación podría reducirse el riesgo, más rápido podrían llevarse a cabo las consultas interestatales y, con ello reducir la posibilidad de controversias entre Estados, toda vez que podría darse el caso que, por el tipo de proyecto, el Estado de origen y el Estado potencialmente afectado determinen que no existen posibles impactos transfronterizos significativos; o, en el caso de existir estos, se pueden determinar de mejor forma y en coordinación.

Ahora bien, una vez que el Estado potencialmente afectado ha sido notificado con la información del proyecto del Estado de origen, esta podrá elegir si participar o no de las consultas interestatales para efectos de la aprobación del EIA; si acaso decidiese no participar, el Estado de origen igualmente podría efectuar consultas al Estado potencialmente afectado, con la finalidad de que el EIA a aprobar contenga información completa de los posibles impactos ambientales transfronterizos y, de esa forma, cumplir con su obligación de prevención.

En este punto, nos enfrentamos al escenario de que, en la medida que el Estado potencialmente afectado decidió no participar, habiéndolo manifestado en su respuesta a la notificación, o simplemente no habiendo enviado respuesta alguna; tampoco se encuentre interesado en proporcionar información. En ese caso, si ocurriese algún daño ambiental que el Estado de origen no estuviera en capacidad de conocer, debido a que no contó con la información, no se podría alegar que el Estado de origen falló a su obligación de prevención.

Distinto sería el escenario en el que el Estado potencialmente afectado sí brindó información y se demuestra que el Estado de origen no adoptó las medidas preventivas frente a los posibles riesgos advertidos.

En un segundo escenario, tenemos que el Estado potencialmente afectado si se encuentra interesado en participar de las consultas interestatales, para cuyo efecto, ambos Estados podrán enviarse consultas sobre los posibles riesgos y medidas a adoptar frente a estos.

En la medida que este procedimiento de consultas interestatales se llevaría a cabo durante la elaboración del EIA, el cual, contendría, entre otros, el plan de participación ciudadana, la idea es que el procedimiento de participación ciudadana se lleve de forma paralela a las consultas interestatales.

Es decir, mientras que el titular del proyecto en el Estado de origen lleva a cabo el procedimiento de participación ciudadana en su territorio, el Estado potencialmente afectado, celebrará este mismo procedimiento con su población, conjuntamente con el titular del proyecto, cuya presencia será indispensable para explicar el impacto ambiental del proyecto y absolver las dudas necesarias, mediante los talleres informativos, audiencias públicas o los diversos mecanismos que exija la legislación del Estado potencialmente afectado. En ese punto, el rol del Estado potencialmente afectado será garantizar que la participación de su población sea efectiva, de modo tal que el EIA que finalmente se apruebe contenga un documento consolidado con los mecanismos de participación empleados para la población que

resultara afectada con el proyecto, lo que incluye a las poblaciones de ambos Estados.

Con relación a la duración de esta fase, consideramos que, por el tipo de proyecto, ambas partes podrían plantear un plazo distinto al de su legislación interna, para garantizar un proyecto participativo y efectivo.

En el caso que se dé el escenario de falta de interés del Estado potencialmente afectado, sugerimos la participación directa de la población, a través de ONG, como instituciones representantes de la sociedad civil. En este caso, se daría un procedimiento de participación ciudadana con la participación de la ONG, estando el Estado de origen en la obligación de asegurar que el titular del proyecto implemente los mismos mecanismos de participación ciudadana realizados en el Estado de origen, o según disponga su legislación interna, recibir las apreciaciones de la población del Estado potencialmente afectado, previa publicación o remisión de esta información.

Sea a través del propio Estado potencialmente afectado o sea a través de la ONG, durante la celebración de los mecanismos de participación ciudadana, puede surgir la posibilidad de que la población del Estado potencialmente afectado se oponga al proyecto o que el propio Estado se oponga al mismo. En ese escenario, como ya habíamos advertido, no existe derecho a vetar el proyecto, lo que no supone que el Estado de origen no tome en consideración los puntos de vista del Estado potencialmente afectado y de su población, sobre el particular.

Un Estado que ignora o no da suficiente peso a las consideraciones dadas por el Estado afectado, no se puede decir que ha actuado de buena fe (Craik, N., 2008, p. 74), razón por la cual, aun cuando el Estado potencialmente afectado no pueda vetar el proyecto, la desconsideración de sus puntos de vista, daría lugar al incumplimiento de su obligación de consulta interestatal, y al deber de cooperación de buena fe.

7.2.3. Posibles reclamos internacionales

Las recomendaciones antes desarrolladas para la implementación del mecanismo de notificación y consulta interestatal son particularmente procedimentales, toda vez que, bajo la CADH estas son obligaciones sustantivas que deben ser cumplidas por los Estados.

Por ello, no creemos necesario que, si acaso los Estados deciden poner en práctica, a través de un acuerdo internacional, dichas recomendaciones, estas deban contener una cláusula de solución de controversias, pues el incumplimiento de estas obligaciones podría someterse directamente a la Corte IDH, al ser obligaciones que los Estados asumieron al momento de ratificar la CADH y reconocer a la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Lo único que habría que tener claro es que en el supuesto en el que el Estado potencialmente afectado decidiera no participar en las consultas interestatales durante la elaboración del EIA, la población de dicho Estado podría presentar un reclamo internacional ante su propio Estado y no ante el Estado de origen, toda vez

como ya hemos desarrollado a lo largo de la presente tesis, es a este Estado a quien le compete garantizar la realización del procedimiento de participación ciudadana.

Si acaso el Estado de origen no notificara al Estado potencialmente afectado del proyecto y este comenzaría su ejecución, este último Estado podría presentar una petición interestatal ante la Corte IDH, por incumplimiento de su obligación de prevención y cooperación o, inclusive la población del Estado potencialmente afectado podría presentar un reclamo contra el Estado de origen por el incumplimiento de su obligación de prevención en materia ambiental.

La población del Estado potencialmente afectado no podría reclamar, la violación del deber de cooperación, pues esta es una obligación interestatal, en cambio sí podría alegar la vulneración de la obligación de prevención.

Finalmente, en el escenario en el que el Estado de origen no ha notificado al Estado potencialmente afectado y este no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento de los posibles impactos ambientales transfronterizos, consideramos que, excepcionalmente, la vulneración al derecho de participación ciudadana podría ser reclamada por la población del Estado potencialmente afectado contra el Estado de origen, pues por su omisión de notificar y proporcionar información, el Estado potencialmente afectado se vio imposibilitado de llevar a cabo este procedimiento en su territorio.

7.3. Ventajas y desventajas de un mecanismo de notificación y consulta interestatal

Habiendo expuesto las recomendaciones para la implementación de un mecanismo de notificación y consulta interestatal y, siendo conscientes de que estas recomendaciones no son perfectas, presentamos las ventajas y desventajas de implementar estas recomendaciones.

a) Ventajas

Una primera ventaja que surge es el dotar de estándares mínimos el procedimiento de notificación y consulta interestatal, sobre todo cuando existen diversos recursos hídricos compartidos entre los Estados de América del Sur, siendo el principal el Amazonas.

Que el mecanismo sea internacional permite que todos los Estados se encuentren cubiertos ante incumplimientos, distinto de lo que sería si un solo Estado cambiara su legislación para contemplar la notificación y consulta interestatal, escenario en el que este protegería pero no estaría protegido.

Otra ventaja que consideramos esencial es el hecho que, dado que este mecanismo se ha construido sobre una concepción funcional de la jurisdicción, logrando equilibrar las obligaciones de los Estados, aquello generará incentivos para que los Estados lo cumplan, pues se las obligaciones se han distribuido considerando su real capacidad para cumplirlos y no desproporcionadamente.

En esa línea, otra ventaja es que es un mecanismo que promueve la efectividad de los derechos humanos en la práctica, pues en tanto el cumplimiento de las obligaciones se asigna a quien puede cumplirlas de mejor manera, los derechos se garantizan efectivamente en la práctica.

Finalmente, el hecho de que los Estados pudieran adoptar estas recomendaciones les serviría como prueba de sus acciones adoptadas frente a posibles reclamos internacionales y reduciría la posibilidad de que sean declarados responsables internacionalmente.

b) Desventajas

Una primera desventaja de plantear este mecanismo es que el Estado potencialmente afectado se vea reacio a asegurar el procedimiento de participación ciudadana a su población, al no ser este quien ejecuta el proyecto y, sobre todo por la implicancia de recursos que debería comprometer para tales efectos.

Frente a ello, el Proyecto de Artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas señala que resulta esperable que sea el Estado de origen, quien se haga cargo de los gastos necesarios para establecer los mecanismos administrativos, financieros y de vigilancia para cumplir con las obligaciones de prevención, cooperación, evaluación de riesgo, notificación, consulta interestatal, entre otras.

Por esa razón, los Estados podrían negociar para que el Estado de origen aporte los recursos necesarios para que el Estado potencialmente afectado lleve a cabo este procedimiento de participación ciudadana, aunque aquello conllevaría a una segunda desventaja, consistente en que la empresa promotora del proyecto, deba asumir mayores costos para este tipo de proyectos, desincentivándose la promoción de estos.

Ante ello, creemos que la capacidad de negociación es vital, para lograr un fin común, que es garantizar que los proyectos promovidos respeten los derechos humanos de ambas poblaciones. En el marco de esas negociaciones podría considerarse asumir los costos del procedimiento de participación ciudadana de forma equitativa.

CONCLUSIONES

El objetivo general de la presente tesis fue determinar si la notificación y la consulta interestatal constituían el mecanismo idóneo para que los Estados de América del Sur, cumplan con sus obligaciones en el marco de proyectos con impacto ambiental transfronterizo, esto es, determinar si la notificación y consulta interestatal funge como la columna vertebral del resto de obligaciones que surgen en el marco de este tipo de proyectos, cuyo cumplimiento determinamos si correspondía al Estado de origen o al Estado potencialmente afectado.

Asimismo, esta tesis tuvo entre sus objetivos específicos resolver dos interrogantes que surgen en el escenario en el que el Estado potencialmente afectado por un proyecto con impacto ambiental transfronterizo no se encuentre interesado en participar, las cuales consisten, por un lado, en determinar en qué situaciones le corresponde a un Estado responder a un reclamo internacional por parte de la población presuntamente afectada; y, por otro lado, si resulta exigible que el Estado promotor del proyecto con impacto ambiental transfronterizo permita la participación de dicha población.

Para tales fines, la tesis arribó a las siguientes conclusiones:

1. El agua presenta ciertas particularidades, al ser un recurso hídrico fluido, mutable y capaz de atravesar las fronteras de más de un Estado, convirtiéndose de ese modo en un recurso hídrico compartido, aspecto que imposibilita que los Estados puedan ejercer una soberanía ilimitada sobre los mismos, lo que

no es otra cosa que el principio de soberanía permanente sobre recursos naturales, basado en una concepción absoluta y plena de la soberanía de los Estados.

2. A partir del surgimiento y refuerzo de principios del derecho internacional del medio ambiente, como la prohibición de causar daño al territorio de otro Estado, cooperación internacional y la obligación de consulta y notificación interestatal, los Estados dejaron la concepción absoluta y plena de la soberanía que, entre sus vertientes pretendía, por el lado de los Estados aguas arriba, una soberanía exclusiva sobre el recurso hídrico compartido; y, por el lado de los Estados aguas, una integridad territorial absoluta que implicaba un derecho de veto. Con ello, dieron pase a una visión de “comunidad de intereses” del recurso hídrico.
3. A pesar del surgimiento y refuerzo de los principios antes mencionados y aun cuando existe una diversidad de tratados que versan sobre recursos hídricos compartidos, solo un par de ellos contemplan la obligación de notificación y consulta interestatal, sin enmarcarlo en un EIAT y tres hacen referencia a la necesidad de realizar un EIA, pero sin precisar si este estudio tendría en cuenta impactos transfronterizos, las reglas que se aplicarán, ni menos si se llevarán a cabo procedimientos de notificación y consulta interestatal; lo cual evidencia la ausencia de un tratado que contemple un EIAT acompañado de estas dos fases.
4. Resulta muy precipitado afirmar la existencia de una real opinio juris, respecto a la obligación de notificación y consulta interestatal de un EIAT, cuando menos

para los Estados de América del Sur, debido a que, de los tratados analizados sobre recursos hídricos compartidos.

5. En el caso de las legislaciones internas de Colombia, Bolivia, Brasil, Paraguay y Surinam, que sí contemplan alguna referencia sobre la obligación de notificación y consulta interestatal, no existe claridad sobre cómo estas deben ser implementadas
6. Si observamos esta obligación a nivel de práctica, en el caso de tres proyectos en la región, con posibles impactos transfronterizos, se advierte que en ninguno de estos se contempló siquiera la posibilidad de informar de los posibles impactos ambientales transfronterizos a los Estados con los que se compartía el recurso hídrico involucrado en el proyecto.
7. El alcance y protección de los recursos hídricos compartidos en América del Sur ha tenido un avance progresivo, pero en el que aún existe ausencia de estándares mínimos para la elaboración de un EIAT, en el marco de proyectos con impacto ambiental transfronterizo, que contemple la obligación de notificación y consulta interestatal, a fin de que estos Estados puedan cumplir con su obligación internacional de respetar y garantizar los derechos humanos de la población que resulte potencialmente afectada.
8. La obligación de notificación y consulta interestatal en el marco de un EIAT conlleva indiscutiblemente la obligación de realizar un EIAT.

Respecto de esta obligación, hemos observado su evolución, en primer lugar, como instrumento de gestión ambiental que fue implementado en la legislación interna de los Estados sobre la base de los principios del Derecho Internacional Ambiental, consistentes en la prohibición de no causar daños al territorio de otro Estado y los principios precautorio y preventivo; siendo la principal finalidad la adopción de medidas para evitar la degradación del medio ambiente.

En segundo lugar, como un instrumento de alcance internacional, debido a que ya no solo se consideraban los impactos dentro del territorio del Estado que pretendía ejecutar un proyecto de gran envergadura, sino también los impactos ambientales transfronterizos, debido a la influencia de Estados más desarrollados, como Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda, así como los diversos debates en el seno de la ONU, OCDE y la UE, luego de concluidas las conferencias en Estocolmo y Río.

9. A su vez, hemos observado que la obligación de notificación y consulta interestatal no supone un derecho de veto por parte del Estado potencialmente afectado implica un conocimiento previo y suficiente del acto que podría impactar significativamente en el territorio del otro Estado, por parte del Estado de origen y debe ser realizada de forma previa al otorgamiento de la autorización de la actividad.

La notificación y consulta puede ser realizada de forma paralela al EIA y, no necesariamente luego de concluido este ; tal como lo reconoce el Proyecto de Artículos sobre Prevención del daño transfronterizo resultante de

actividades peligrosas, ello con la finalidad de lograr un instrumento de gestión ambiental más completo y disminuir las controversias entre las partes.

10. La obligación de notificación y consulta interestatal no es suficiente para garantizar que los Estados cumplan con todas las obligaciones para proyectos con impacto ambiental transfronterizo, sino que es necesario que además se cumpla con garantizar que la información que el Estado de origen notificó al Estado potencialmente también llegue a su población y esta pueda ejercer su derecho a la participación ciudadana, inclinándose esta investigación por el concepto amplio de participación que incluya a la ciudadanía, grupos y organizaciones, tanto del Estado de origen como del Estado potencialmente afectado.

11. A nuestro criterio, a pesar de la ausencia de estándares mínimos para la elaboración de un EIAT, que incluya la notificación y consulta interestatal, las obligaciones internacionales de elaborar un EIAT, notificación y consulta interestatal y participación ciudadana surgen a partir de la CADH, específicamente, de la obligación de respetar y garantizar el derecho a un medio ambiente sano (artículo 26), la obligación de cooperar en materia de derechos humanos (artículo 26) y el derecho de participación ciudadana (artículo 23).

12. Las obligaciones internacionales que surgen a partir de la CADH para proyectos con impacto ambiental transfronterizo se derivan de los principios sobre los que se funda el Derecho Internacional Ambiental, tales como el principio de no

causar daños al territorio de otro Estado, el principio de prevención y precaución, el principio de no discriminación y el principio de cooperación.

13. No todas las obligaciones en el marco de proyectos con impacto ambiental transfronterizo tendrán que ser de cargo del Estado de origen por el solo hecho de que este sea el que promueva el proyecto, sino que, siguiendo el artículo 1.1 de la CADH, que obliga a los Estados a garantizar derechos humanos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, estas obligaciones deberán ser distribuidas de acuerdo al ejercicio de jurisdicción.

14. El concepto de jurisdicción en el Derecho Internacional implica una de las formas del ejercicio del poder soberano, específicamente, el ejercicio de la soberanía interna, esto es, la soberanía territorial, la misma que se expresa a través de distintos poderes como la jurisdicción para prescribir, jurisdicción para ejecutar y jurisdicción judicial; los cuales son ejercidos por el Estado sobre todas las personas y cosas al interior de su territorio.

15. En el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han surgido teorías clásicas para determinar si existe jurisdicción más allá del territorio de un Estado, estas son: i) el control efectivo, ii) los actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado y iii) los actos dentro del territorio que producen efectos en otros Estados.

A su vez, estas teorías clásicas se pueden insertar en dos modelos de jurisdicción, el modelo espacial, relacionado con la jurisdicción en términos de

territorio y/o espacio geográfico, el cual incluye a la excepción de control efectivo; y, el modelo personal, que entiende la jurisdicción allí donde exista un nexo entre la violación de derechos humanos y la víctima, modelo que incluye los actos de agentes que ejercen autoridad sobre personas en otro Estado.

16. En el análisis de estas excepciones, principalmente, a partir de la jurisprudencia del TEDH, se determinó que, por un lado, el modelo espacial de jurisdicción puede ser insuficiente para abordar todos los posibles escenarios de violaciones de derechos humanos, en los que los agentes estatales no ejercieron un control sobre el territorio del Estado en el que las víctimas se encontraban, pero sí existía un nexo personal entre la víctima y la violación de derechos humanos ocurrida.

Por otro lado, se determinó que el modelo personal, podría conducir a colocar una carga desproporcionada al Estado de origen, ocasionado que este no pueda cumplir dichas obligaciones y conduciendo, nuevamente, a la desprotección de derechos.

Finalmente, se determinó que, en el caso de la excepción de los actos dentro del territorio que producen efectos en otros Estados, no cualquier acto extraterritorial podría extender la jurisdicción de un Estado.

17. El análisis de estas excepciones en el caso del Sistema de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a nivel de CIDH, es similar al del Sistema Europeo de

Derechos Humanos, dado que los primeros se inspiraron en este último para la resolución de sus casos.

18. En el caso específico de la Corte IDH, hemos observado que no existen casos contenciosos que desarrollen el término de jurisdicción más allá del territorio de un Estado. Sin embargo, en su Opinión Consultiva N.º 23, la Corte IDH consideró como supuesto de hecho para la extensión de la jurisdicción, la existencia de un daño transfronterizo que afecta derechos convencionales bajo el entendido que el Estado de origen ejercía un control efectivo sobre las actividades que causaron el daño y que, además se encuentra en posición de impedir tal daño.

Sobre la base de los precedentes del TEDH que fueron analizados, somos de la opinión que la afirmación tan a la ligera y ambigua, indicada por la Corte IDH, podría conducir a situaciones de desprotección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en el territorio del Estado potencialmente afectado, pues la teoría del control efectivo resulta aplicable únicamente a ocupaciones militares de un Estado en el territorio de otro Estado, por lo que, en la medida de que no existe poder físico, por parte del Estado de origen en el territorio del Estado potencialmente afectado, mediante la realización de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, el Estado de origen no tendría que asumir ni siquiera la obligación de evaluar los daños transfronterizos que se generen en el otro territorio y menos de informar al Estado.

19. En la presente investigación nos inclinamos por lo propuesto por el Juez Bonello, respecto a una visión funcional de la jurisdicción, en virtud de la cual, el elemento clave es el poder o autoridad ejercido de facto sobre un territorio y la identificación de qué obligaciones positivas pueden estar en capacidad de ser cumplidas por los Estados en aquellos territorios y respecto de aquellas personas que se encuentran aquellos territorios sobre los cuales dichos Estados ejercen un poder o autoridad.

20. Desde una perspectiva funcional de la jurisdicción, las obligaciones del Estado de origen y del Estado potencialmente afectado para un proyecto con impacto ambiental transfronterizo serán asumidas de la siguiente forma: Al Estado de origen le corresponderá la realización de un EIAT, la obligación de notificación y la obligación de consulta interestatal.

Por su parte, al Estado potencialmente afectado le corresponderá la obligación de consulta interestatal y la obligación de garantizar la participación ciudadana de su población, para lo cual, previamente deberán garantizar el acceso a la información brindada por el Estado de origen.

21. En el caso de la obligación de realización de un EIA, entre las que se incluye la obligación de prevención, esta tiene como finalidad disminuir los riesgos de contaminación del medio ambiente, tanto dentro del territorio como fuera del mismo, cuestión en la que resulta posible que un Estado adopte medidas razonables para la elaboración de un EIA que permita evaluar posibles daños transfronterizos y, consecuentemente, concebir medidas para prevenirlos.

Con la finalidad de que el Estado de origen pueda cumplir cabalmente esta obligación, surge la obligación de cooperación por parte del Estado potencialmente afectado, pues aun cuando consideramos que es posible que el Estado de origen realice un EIA contemplado los posibles daños transfronterizos al medio ambiente, lo cierto es que, en mejor posición de identificar esos posibles daños se encuentra el Estado potencialmente afectado.

22.El deber de cooperación, por parte del Estado de origen y el Estado potencialmente afectado, resulta esencial en el marco de la elaboración del EIAT, pues mediante la consulta interestatal, se puede producir el intercambio de información y aclaración de dudas necesarias.

23.Si el Estado de origen realizó todas las acciones que razonablemente se encontraban dentro de su control y autoridad y el Estado potencialmente afectado, faltó a su deber de cooperación para la realización del EIAT, el Estado de origen no podría verse obligado a prevenir esos daños, pues al no haberse encontrado el Estado de origen en la capacidad de conocer y, consecuentemente, prever esos daños, su jurisdicción no se vería extendida.

24.En el caso de la obligación de notificación, no existe duda de que el Estado de origen se encuentra en toda la capacidad de comunicar al Estado potencialmente afectado del proyecto con impacto ambiental transfronterizo, dado que este se produce en su territorio.

25. En el caso de la obligación de participación ciudadana, esta se encuentra de cargo del Estado potencialmente afectado, pues implica que este brinde a la población la información que le fue remitida por el Estado de origen, reciba sus observaciones y consultas, y garantice, a su vez, la realización de talleres informativos y/o audiencias públicas, según sea el caso previsto en su legislación interna; actividades que suponen una expresión de su soberanía interna que no podrían ser asumidas por el Estado de origen.

En este estadio, la obligación del Estado de origen debería comprender las medidas razonablemente posibles de realizar, tales como el asegurar que se proporcione información y se absuelvan las consultas a la población del Estado potencialmente afectado, ya sea directamente o, a través de la empresa titular del proyecto, a fin de que el proceso de participación ciudadana llevado a cabo por este último Estado pueda realizarse de la mejor manera.

26. Para la aplicación del modelo personal de jurisdicción tendría que existir un control sobre personas en el territorio de otro Estado, sin embargo, en el contexto de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, lo que existe un control sobre actividades, específicamente, a través de las autorizaciones y licencias que otorga para la puesta en marcha de dichos proyectos, tales como el EIA.

No obstante, el Estado de origen no se encuentra efectivamente en la posición de cumplir todas las obligaciones internacionales que se decantan de un

proyecto con impacto ambiental transfronterizo, particularmente, asegurar la participación ciudadana de la población Estado potencialmente afectado, salvo las medidas razonablemente posibles de realizar, indicadas en el numeral 26 de esta sección.

27. La consecuencia de adoptar el modelo personal de jurisdicción y no la concepción funcional sería la asignación de una carga desproporcionada al Estado de origen, que probablemente no podría cumplir y, nuevamente, nos expondríamos a una desprotección de los derechos humanos de este Estado.

28. Para la aplicación del modelo de los efectos extraterritoriales, la consecuencia de su aplicación sería la falta de precisión, respecto a cuándo un acto extraterritorial extiende la jurisdicción de un Estado.

29. En el supuesto en el que el Estado potencialmente afectado decidiera no participar en las consultas interestatales durante la elaboración del EIA, la población de dicho Estado podría presentar un reclamo internacional ante su propio Estado y no ante el Estado de origen.

30. En el escenario en el que el Estado de origen no ha notificado al Estado potencialmente afectado y este no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento de los posibles impactos ambientales transfronterizos, consideramos que, excepcionalmente, la vulneración al derecho de participación ciudadana podría ser reclamada por la población del Estado potencialmente afectado contra el Estado de origen.

31. En el supuesto en el que el Estado potencialmente afectado no se encuentre interesado en participar en el EIAT, el Estado de origen deberá permitir la participación de ONG en representación de la población del Estado potencialmente afectado.

32. Estas conclusiones han sido plasmadas en recomendaciones para un mecanismo voluntario que contempla el reparto de obligaciones antes reseñado, ello debido a que este reparto de obligaciones puede resultar controversial, por lo que se prefiere que estos Estados formen su propia convicción de cumplimiento (opinio juris) de las obligaciones propuestas.

33. Las recomendaciones planteadas en esta investigación, respecto al reparto de obligaciones en el contexto de un proyecto con impacto ambiental transfronterizo, presenta entre sus ventajas, dotar de estándares mínimos al procedimiento de notificación y consulta interestatal; permitir que todos los Estados se encuentren cubiertos ante incumplimientos, distinto de lo que sería si un solo Estado cambiara su legislación; y, equilibrar las obligaciones de los Estados, asegurando la efectividad de los derechos humanos.

La única desventaja que identificamos es que el Estado potencialmente afectado se vea reacio a asegurar el procedimiento de participación ciudadana, al no ser este el Estado promotor y, debido a los recursos que ello implicaría.

Sin embargo, creemos que dicha desventaja es superable, mediante la negociación entre ambos Estados.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Libros

Andaluz, C. (2006). *Manual de Derecho Ambiental*. Proterra.

Atapattu, S. (2006). *Emerging principles of International Environmental Law*. Transnational Publishers.

Barreira, A., Ocampo, P. y Recio, E. (2007). *Medio Ambiente y Derecho Internacional: Una Guía Práctica*. Instituto Internacional de Derecho y Medio Ambiente.

Bastmeijer, K. y Koivurova, T. (2014). *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*. Martinus Nijhoff Publishers.

Boyle, A. y Chinkin, C. (2007). *The Making of International Law*. Oxford University Press.

Brañes, R. (2000). *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental Fondo de Cultura Económica.

Cafferatta, N. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. Instituto Nacional de Ecología.

Carrillo, J. (1995). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Tecnos.

Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford.

Craik, N. (2008). *The international law of Environmental Impact Assessment*. Cambridge University Press.

Dalfiume, S. (2017). *Las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas en el Perú: una primera aproximación*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico.

Gidey, D. (2017). *The role of public participation in environmental impact assessment in Ethiopia: Theory and practise*. Tilburg University. *The role of public participation in environmental impact assessment in Ethiopia: Theory and practise* — *Tilburg University Research Portal*

Gómez, J. (2007). *La Evaluación Ambiental Estratégica en Colombia. Su adopción criterios para la estructuración de su procedimiento Administrativo y su aplicación en los Planes de Ordenamiento Territorial*. Universidad Distrital Francisco de Caldas, Centro de Investigaciones y Desarrollo Científico.

Gómez-Robledo, A. (2014). *Responsabilidad Internacional por daños transfronterizos*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Hanqin, X. (2003). *Transboundary damage in international law*. Cambridge University Press.

Henkin, L. (1979). *How Nations Behave*. Council of Foreign Relations.

Jaquenod de Zsogon, S. (1991). *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Editorial Dykinson.

López, B. (2010). *Derecho Ambiental Administrativo*. La Ley.

Méndez, G. (2010). *Política Comunitaria de Ambiente: Ejes e Instrumentos para la Protección Ambiental. Máster en Integración Económica Regional y Políticas Comunitarias*. Universidad de Vigo

Milanovic, M. (2014). *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*. Oxford University Press

Monroyrosas, J. (2017). *Introducción al Estudio de Impacto Ambiental*. Editorial ABC.

Movilla, L. (2014). *El Derecho Internacional del Agua. Los acuíferos transfronterizos*. JMB Bosch Editor.

Nogueira, A. (2009). *¿Participación Efectiva o Quimera Procedimental?* en Nogueira, A. (coord.), *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*. Atelier Libros.

Novak, F. y García-Corrochano, L. (2016). *Derecho Internacional Público*. (Tom. 1). Thomson Reuters.

Onuma, Y. (2017). *International Law in a Transcivilizational World*. Cambridge University Press.

Parada, R. (2000). *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons.

Remiro, A. (2010). *Derecho Internacional Curso General*. Tirant Lo Blanch.

Rodríguez, G. y Muñoz, L. (2009). *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*. Universidad del Rosario. <http://ssrn.com/abstract=2592982>

Saenz, P. y Rodríguez, R. *Derecho Internacional Público*. Civitas.

Salmon, E. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sands, P y Peel J. (2003). *Principles of International Environmental Law*. Cambridge University Press.

Santofimio, J. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

Sereno, A. (2011). *Ríos que nos separan, aguas que nos unen*. Fundación Lex Nova. <https://n9.cl/metc8>

Schrijver, N. (1995). *Sovereignty over natural resources: Balancing rights and duties in an independent world*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511560118>

Uribe, D. y Cárdenas, A. (2010). *Derecho internacional ambiental*. Fundación Universitaria Jorge Tadeo Lozano.

Zemanek, K. (1998). Is the Term “Soft Law” Convenient? en Liber amicorum professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honor of his 80th birthday. *Kluwer Law International*.

Revistas

Aguilar, G., Iza, A. y Cedeño, M. (2006). Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza en Centroamérica. Lineamientos Generales. *UICN Serie de Política y Derecho Ambiental*. (62), 5 – 41.

Aizensztad, N. (2012). La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. XII, 3 – 23.

Ames, E. (2014). Iniciación al Derecho Ambiental. *Foro Jurídico*. (13), 218 – 227.

Bodansky, D., Brunnée, J., Hey, J. (2012). International Environmental Law: Mapping the Field. *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199552153.013.0001

Cabrera, J. (2003). El impacto de las Declaraciones de Río y Estocolmo sobre la legislación y las políticas ambientales en América Latina. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*. (100), 25 – 41.

Cárdenas, F. y Casallas, O. (2015), Una gran medida de opinio juris y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea? *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 8, 87 – 130. DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/acdi8.1.2015.03>

Cervell-Hortal, M. (2008). El derecho internacional y los recursos naturales compartidos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXIV, 79 – 106. <https://hdl.handle.net/10171/21274>

Cross, F. (1996). Paradoxical Perils of the Precautionary Principle. *Washington and Lee Law Review*. 53(3). 851 – 925.
<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol53/iss3/2>

Ferrer, E. y Pelayo, C. (2012). La Obligación de "Respetar" y "Garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios constitucionales*. 10(2), 141 – 192.

Franck, T. (1990). The Power of Legitimacy Among Nations. *Oxford University Press*. 86 (1). 175 – 178.

Guruswamy, L. (1995). International Environmental Law: Boundaries, Landmarks, and Realities. *Nat. Resources & Env't, Fall*. 43 – 77.
<http://scholar.law.colorado.edu/articles/713/>

Handl, G. (2012). Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo) de 1972 y Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Recuperado de:
https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_s.pdf . Revisado el 6 de enero de 2019.

Klees, R., Capcelea, A. y Barannik, A. (2002). Environmental impact assessment (EIA) systems in Europe and Central Asia countries. *World Bank Group* (1). 1 – 54.

Losardo, M. (2014). "Amicus curiae" en el plano internacional. Lecciones y Ensayos. (92). 101 – 128. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/92/amicus-curiae-en-el-plano-internacional.pdf>

McCaffrey, S. (2009). Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la navegación. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/clnuiw/clnuiw_s.pdf

O'Faircheallaigh, C. (2010). Public participation and environmental impact assessment: Purposes, implications, and lessons for public policy making. *Environmental Impact Assessment Review*. 30 (1), 19 – 27. <https://doi.org/10.1016/j.eiar.2009.05.001>

O'Keefe, R. (2004). Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept. *Journal of International Criminal Justice*. 2, 735 – 760. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3496574>

Pérez-León, J. (2008). El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, 599 – 642. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100018&lng=es&tlng=es

Sangwani, P. (2015). Sovereignty Over Natural Resources and the Sanctity of Contracts, From the Angle of *Lucrum Cessans*, *Loyola University Chicago International Law Review*. 12 (2), 153 – 172.
<http://lawcommons.luc.edu/lucilr/vol12/iss2/3>

Servi, A. (1998). El Derecho Ambiental Internacional. *Revista de Relaciones Internacionales*. 7 (14).

Toro, M. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. VI, 513 – 549.
<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2006.6.160>

Tesis

Arroyo, E. (2017). *Hacia un análisis funcional de la jurisdicción extraterritorial en materia de derechos humanos* (Tesis de licenciatura). Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.

Igiriogu, F. (2012). *Extra-Territorial Jurisdiction of The European Court of Human Rights: The Concept of Functional Jurisdiction*. (Tesis de Maestría, Universidad de Roehampton, Gothenburg y Tromsø). Recuperado de:
<https://munin.uit.no/handle/10037/5108>. Revisado el 6 de enero de 2019.

Vicente, F. (2014). *Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza entre España y Portugal* (Tesis de Doctorado). Universidad de Vigo. Vigo, España.

Jurisprudencia

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

CDH (1981). Caso Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Caso N.º 56/1979.

CDH (1981). Caso López Burgos v. Uruguay.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH (1999). Saldaño contra Argentina.

CIDH (1999). Coard y otros v. Estados Unidos, Informe N.º 109/99.

CIDH (1999). Caso Alejandro Jr. y otros contra Cuba.

CIDH (2010). Franklin Guillermo Aisalla Molina, Informe N.º 112/10.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH (2006). Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.

Corte IDH (2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.

Corte IDH (2012). Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

Corte IDH (2013). Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia.

Corte IDH (2015). Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam

Corte IDH (2018). Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.

Corte IDH (2019). Caso Hernández vs Argentina.

Corte IDH (2020). Caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.

Corte Permanente Internacional de Justicia

CPIJ (1933). Caso sobre el Estatus Legal de Groenlandia.

Corte Internacional de Justicia

CIJ (1949). Caso del Canal de Corfú entre Albania y Reino Unido.

CIJ (1997). Caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia.

CIJ (2010). Caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay entre Argentina y Uruguay.

CIJ (2017). Casos de ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica v. Nicaragua) y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua v. Costa Rica) (Procedimientos acumulados).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH (1977). X v. Reino Unido, Caso N.º 7547/76.

TEDH (1990). M v. Dinamarca.

TEDH (1994). Drozd y Janousek v. España y Francia, Caso N.º 12747/87.

TEDH (1996). Caso Loizidou v. Turquía.

TEDH (2001). Banković y otros v. Bélgica y otros, Caso N.º 52207/99.

TEDH (2001). Caso Chipre v. Turquía.

TEDH (2004). Caso Issa y otros v. Turquía.

TEDH (2004). Ilascu y otros v. Moldavia y Rusia.

TEDH (2005). Caso Ocalan v. Turquía, Caso N.º 46221/99.

TEDH (2006). Caso Ben El Mahi y otros v. Dinamarca.

TEDH (2009). Caso Andreou contra Turquía

TEDH (2011). Caso Al Jedda v. Reino Unido.

TEDH (2011). Caso Al-Skeini y otros v. Reino Unido, Caso N.º 55721/07.

TEDH (2012). Ivantoc y otros v. Moldavia y Rusia.

TEDH (2016). Mozer y otros v. Moldavia y Rusia.

Tribunales Arbitrales

Tribunal Arbitral de las Naciones Unidas (1928). Caso de Islas Las Palmas (Países Bajos v. Estados Unidos).

Tribunal Arbitral de las Naciones Unidas (1941). Caso Trail smelter (Estados Unidos v. Canadá).

Tribunal Arbitral de las Naciones Unidas (1957). Caso de la Laguna Lanoux (Francia v. España).

Opiniones Consultivas

CIJ (1996). Opinión Consultiva relativa a la Legalidad de la amenaza o uso de Armas Nucleares.

CIJ (2004). Opinión Consultiva relativa a las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro el Territorio Palestino Ocupado.

Corte IDH (2014). Opinión Consultiva OC-21/14 relativa a los Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Corte IDH (2017). Opinión Consultiva OC-23/17 relativa a las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

TIDM (2011). Opinión Consultiva N.º 1 relativa a las Responsabilidades y Obligaciones de los Estados respecto de actividades en la Zona.

Seminarios, Congresos, Simposios o Conferencias

Cárdenas, R. (22 de febrero de 2021). *Política y gobernanza ambiental en el Perú* [Sesión de conferencia]. Conferencia de Participación Ciudadana y Consulta Previa, Perú.

Wood,C. (24-25 de noviembre de 2003). *Environmental Impact Assessment in Developing Countries: An overview*. Conferencia de “New Directions in Impact Assessment for Development: Methods and Practice”, Manchester, Reino Unido.

Informes o reportes

AIDA (2009). *Grandes represas en América ¿Peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas.*

https://aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/informe_aida_grandes_represas.pdf

AMEC (2006). *Resumen Ejecutivo del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Pucamarca Departamento de Tacna - Perú preparado para Minsur S.A.*

<https://n9.cl/pvu0a>

E & E Perú S.A. (2018). *Estudio de Impacto Ambiental Detallado. Proyecto de desarrollo del área noroeste (Situche Central) del Lote 64. Resumen Ejecutivo.*

<https://www.senace.gob.pe/download/comunicaciones/eia-meia/lote-64/Resumen-Ejecutivo-Lote64.pdf>

Kless, R., Capcelea, A. y Capcelea, A. (2002). *Environmental impact assessment (EIA) systems in Europe and Central Asia countries (English): Europe and Central Asia Environmentally and Socially Sustainable Development Department.* The World Bank.

<http://documents.worldbank.org/curated/en/771381468749086135/Environmental-impact-assessment-EIA-systems-in-Europe-and-Central-Asia-countries>

OEA (1977). *Cuenca del Plata - Estudio para su Planificación y Desarrollo - República Argentina - Cuenca del Río Bermejo II - Cuenca Inferior*.
<http://www.oas.org/dsd/publications/unit/oea22s/begin.htm#Contents>.

Oregon State University (2018). *International Journal of Water Resources Development*.

<https://transboundarywaters.science.oregonstate.edu/content/register-international-river-basins>

OTCA (2018). *Agua Amazónica. 10 investigaciones sobre la cuenca hidrográfica más grande del mundo*. <http://www.otca-oficial.info/assets/documents/20181022/63d2fcfc0d4ad41e63924d8b2ffabb7c.pdf> .

PNUD (2018). *Estudio Técnico Independiente del ex Lote 1AB. Lineamientos estratégicos para la remediación de los impactos de las operaciones petroleras en el ex Lote 1AB en Loreto, Perú*.
http://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/library/democratic_governance/eti-del-ex-lote-1ab.html .

Sadler, B. (1996). *International Study of the Effectiveness of Environmental Assessment*. International Association for Impact Assessment.
<https://unece.org/DAM/env/eia/documents/StudyEffectivenessEA.pdf>

Fuentes legales nacionales

Resolución Ministerial N° 256-2009-MEM-AAM [Ministerio de Energía y Minas]. Resolución que aprueba el EIA del Proyecto Minero Pucamarca presentado por Minsur S.A. 21 de agosto de 2009.

Resolución Directoral N.º 012-2016-OEFA/DS [Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental]. Resolución que confirma la medida preventiva impuesta a Petroperú S.A. y la actualización del instrumento de gestión ambiental del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental del Oleoducto Norperuano impuesta a Petroperú S.A. 22 de abril de 2016.

Decreto Supremo N° 019-2018-RE [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Desarrollo e Integración Fronterizos. 16 de junio de 2018.

Fuentes legales diversos países

Bolivia

Decreto Supremo 24176. Reglamento General de Gestión Ambiental - Anexo 1. 8 de diciembre de 1995.

Decreto Supremo 24176. Reglamento de Prevención y Control Ambiental - Anexo 2. 8 de diciembre de 1995.

Brasil

Resolución Conama 237/97 [Diario Oficial da Unido]. 19 de diciembre de 1977.

Colombia

Decreto 2811 [Diario Oficial 34243]. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. 18 de diciembre de 1974.

Ley 99 [Diario Oficial 41146]. Ley que crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINIA y se dictan otras disposiciones. 22 de diciembre de 1993.

Paraguay

Decreto Reglamentario 453/2013 [Gaceta Oficial]. Decreto que reglamenta la Ley 294/19993 de Evaluación de Impacto Ambiental y su modificación. 8 de octubre de 2013.

Suriname

Environmental Assessment Guidelines Volume I: Generic. Agosto de 2009.

Instrumentos internacionales

CDI (2001). Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

CDI (2001). Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos

CEE (1991). Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, Convenio de Espoo.

ONU (1972). Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

ONU (1992). Declaración de Río sobre el Medio ambiente y el Desarrollo.

OEA (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ONU (1982). Carta Mundial de la Naturaleza adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 37/7.

ONU (1992). Convenio sobre la Diversidad Biológica.

PNUMA (1987). Evaluación de Impacto Ambiental, Decisión 14/25.

UE (1985). Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el Medio Ambiente, Directiva 85/337/CEE

UE (1997). Directiva que modifica la Directiva 85/337/CEE relativa a la Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el Medio Ambiente, Directiva 97/11

Fuentes electrónicas

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Convenio relativo al Aprovechamiento de los Rápidos del Río Uruguay en la zona de Salto Grande entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay. Revisado el 14 de julio de 2020:
https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=lJ2klg==

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Tratado de la Cuenca de La Plata. Revisado el 14 de julio de 2020:
https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_multi_ficha.php?id=kp+lnQ==

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Acta de Santiago entre la República Argentina y la República de Chile sobre Cuencas hidrológicas. Revisado el 14 de julio de 2020:
https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=kqOqlw==

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Estatuto del Río Uruguay. Revisado el 14 de julio de 2020:
https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=LJ6jng==

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Medio Ambiente. Revisado el 14 de julio de 2020:
https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=kqSqmW==

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Tratado sobre Medio Ambiente entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Bolivia. Revisado el 14 de julio de 2020:
https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=laCo

Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (s.f.). Archivo Nacional de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Tratado de Cooperación Amazónica. Revisado el 14 de julio de 2020:
https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Multilateral.xsp?action=openDocument&documentId=960E

Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (s.f.). Archivo Nacional de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del

Perú. Convenio para el Aprovechamiento de las Cuencas Hidrográficas Binacionales Puyango - Tumbes Y Catamayo - Chira por parte del Perú y el Ecuador. Revisado el 14 de julio de 2020: https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=73EA

Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (s.f.). Archivo Nacional de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Tratado para la Creación de una Autoridad Binacional Autónoma de la Cuenca del Sistema Lago Titicaca, Río Desaguadero, Lago Poopó, Salar de Coipasa de 1992. Revisado el 14 de julio de 2020: https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=B51A

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Bolivia para el Aprovechamiento Múltiple de los Recursos de la Alta Cuenca del Río Bermejo y del Río Grande de Tarija: Creación de la Comisión Binacional (COBINABE). Revisado el 14 de julio de 2020: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=laGo

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Acuerdo Constitutivo de la Comisión Trinacional para el Desarrollo de la Cuenca del Río

Pilcomayo (Argentina-Bolivia-Paraguay). Revisado el 14 de julio de 2020:

https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_multi_ficha.php?id=kqaklg==

Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina (s.f.). Biblioteca Digital de Tratados. Tratado de Yacyretá entre la República Argentina y la República del Paraguay Revisado el 14 de julio de 2020: https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=k6SimQ==

Autoridades chilenas preocupadas por proyecto minero Pucamarca en Tacna (7 de julio de 2011). *Diario Correo* <https://diariocorreo.pe/peru/autoridades-chilenas-preocupadas-por-proyecto-minero-pucamarca-en-tacna-534069/?ref=dcr>

Gobierno declara Estado de Emergencia zona afectada por Oleoducto Norperuano en Loreto (8 de febrero de 2019). *Diario Gestión*. <https://gestion.pe/economia/gobierno-declara-emergencia-zona-afectada-oleoducto-norperuano-loreto-258199-noticia/?ref=gesr>

Carrasco, E. (8 de junio de 2014). Aymaras culpan a minera en Perú de arriesgar su futuro. *Diario La Estrella*. <https://www.estrellaarica.cl/impres/2014/06/08/full/2/>

Ipenza, C. (13 de junio de 2013). Ante una contaminación transfronteriza ¿bastan las disculpas? *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental*. <https://www.actualidadambiental.pe/ante-una-contaminacion-transfronteriza-bastan-las-disculpas-escribe-cesar-ipenza/>

Kershner, J. (27 de agosto de 2011). *History Link*. NEPA, the National Environmental Policy Act. <https://historylink.org/File/9903>

Minsur (22 de febrero de 2021). *Gestión del Agua*. <https://www.minsur.com/gestion-ambiental/gestion-del-agua/>

Petroperú (s.f). *Oleoducto Norperuano*. Recuperado el 22 de febrero de 2021. <https://www.petroperu.com.pe/proyectos-y-unidades-operativas/unidades-operativas/oleoducto/>

Petroperú (s.f). *Remediación ambiental del Oleoducto Norperuano (ONP) – Preguntas frecuentes*. Recuperado el 22 de febrero de 2021. <https://www.petroperu.com.pe/proyectos-y-unidades-operativas/unidades-operativas/oleoducto/>

Río Blanco Cooper (s.f). *Proyecto Río Blanco*. Recuperado el 22 de febrero de 2021. <https://rioblanco.com.pe/que-hacemos/#caracteristicas-tecnicas>

Salazar, J. (3 de marzo de 2016). Todo lo que debes saber sobre los últimos derrames de Petroperú. *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental*. <https://www.actualidadambiental.pe/todo-lo-que-debes-saber-sobre-los-ultimos-derrames-de-petroperu/>