

# Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos\*

Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre «Medio Ambiente y Derechos Humanos»

## *Normative Perplexities and the Limits of the Advisory Powers of the Inter-American Court of Human Rights*

Luis A. LÓPEZ ZAMORA

Research Fellow en el Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law

[luis.lopez@mpi.lu](mailto:luis.lopez@mpi.lu)

<http://orcid.org/0000-0003-2897-0685>

RECIBIDO EL 7 DE ENERO DE 2021 / ACEPTADO EL 28 DE ENERO DE 2021

**Resumen:** En noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. Su adopción tuvo un impacto inmediato en la comunidad jurídica; particularmente, al ser la primera vez que la Corte analizó –de forma general–, las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana en lo referido a la protección del medio ambiente, en conexión con la protección de los derechos humanos reconocidos en dicho instrumento. Después de la adopción de esta decisión, la mayor parte de académicos, saludarían su contenido. Sin embargo, nosotros creemos que se requiere una aproximación crítica. Este artículo es una oportunidad para considerar las posibles debilidades presentes en la adopción de aquella Opinión; especialmente, en lo que respecta a la argumentación seguida por la Corte para expandir su jurisdicción y hacer posible la judicialización de derechos ambientales, que no se encuentran consagrados en la Convención Americana. Énfasis particular, será dado al hecho de que –en esta oportunidad–, la Corte no utilizó un procedimiento contencioso para realizar aquella expansión legal, sino que –utilizó con ese fin–, una Opinión Consultiva que, según la misma Corte presenta efectos particulares para los Estados parte de la Convención.

**Palabras clave:** Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-23/17, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Interpretación, Jurisdicción, Activismo Judicial, Derecho Ambiental.

**Abstract:** In November 2017, the Inter-American Court of Human Rights issued an Advisory Opinion on the Environment and Human Rights. The Opinion had an immediate impact on the human rights legal community. It was the first time the Inter-American Court assessed, from a general point of view, the scope of the obligations of the parties to the American Convention in regards to the protection of the environment, in connection with the fulfillment of the human rights enshrined in that instrument. After the issuance of this decision, a majority of scholars saluted the Court's approach. We think a critical assessment needs to be performed, to the content of this decision. This paper is an opportunity to discuss the possible flows that might have been committed in the adoption of this Advisory Opinion; particularly, regarding the argumentation that the Court followed to expand its jurisdiction and to make justiciable environmental rights that are not expressly included in the American Convention on Human Rights. Particular emphasis, will be given to the fact that the Court did not use to that end, a contentious procedure, but an Advisory Opinion one, resulting in a decision that –according to the Court– has particular legal effects for the parties to the American Convention.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-23/17, Environment and Human Rights, Interpretation, Jurisdiction, Judicial Activism, Environmental Law.

\* Investigador doctoral en el Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht del Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemania).

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17 SOBRE «MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS». 2.1. El Contexto de la Opinión Consultiva. 2.2. Reacciones iniciales. 2.3. ¿Existen razones para celebrar su emisión?: Problematicando su contenido e identificando complejidades normativas derivadas del establecimiento de obligaciones en materia ambiental y derechos humanos para los estados parte de la CADH. 3. CONCLUSIONES. 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 15 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) respondió a la solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia, en lo referido a las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de medio ambiente (Opinión Consultiva OC-23/17 sobre «Medio Ambiente y Derechos Humanos») ('Opinión Consultiva' u 'Opinión')<sup>1</sup>. Algunos comentaristas subrayaron su relevancia, hecho que quedaba rápidamente constatado por su consideración en diferentes sistemas de protección de derechos humanos<sup>2</sup>, y al ser considerada como uno de los avances más relevantes

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 (solicitada por la República de Colombia). Medio Ambiente y Derechos Humanos. 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.

<sup>2</sup> Por ejemplo, su emisión ha sido reconocida por David Boyd, Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Medio Ambiente. Véase: Mandate of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment. Statement on the Human Rights Obligations Related to Climate Change, with a Particular Focus on the Right to Life. Octubre 5, 2018. Igualmente, es mencionada en la Aplicación n° 3599/18 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Nahhas y Hadri vs. Bélgica). Véase: European Court of Human Rights. Nahhas and Hadri v. Belgium (Application n° 3599/18). Written Submissions on Behalf of the Air Centre (Advice on Individual Rights in Europe), the Dutch Refugee Council (DRC), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and the International Commission of Jurists (ICJ). 7 de septiembre de 2018. Por otro lado, el juez Lord Carnwath (Juez de la Corte Suprema del Reino Unido) ha reconocido la importancia de la Opinión bajo análisis. Véase: CARNWATH, R., «Human Rights and the Environment», Justice Human Rights Law Conference 2018, London. Lord Carnwath, Justice of the Supreme Court of the United Kingdom. 10 de octubre de 2018. Disponible en <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181010.pdf> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021). El juez Preston del Land and Environmental Court of NSW (Australia) también incluye una referencia de la Opinión de la Corte Interamericana. Véase: PRESTON, B., «Using Environmental Rights to Address Climate Change». A presentation by the Hon. Justice Brian Preston SC – Chief Judge of the Land and Environmental Law Symposium, Sidney. Abril 19 de 2018. Disponible en: <https://www.lec.nsw.gov.au/documents/speeches-and-papers/PrestonCJ%20Using%20environmental%20rights%20to%20address%20climate%20change.pdf> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021). Académicamente, también ha sido recep-

para el Derecho Internacional en 2018<sup>3</sup>. No obstante esto, y aun cuando es destacable que la Corte dedicara una opinión consultiva entera al tema de los derechos humanos y el medio ambiente, una decisión como ésta exige una aproximación crítica a su contenido. Por tanto, este espacio será una oportunidad para analizar una serie de elementos involucrados en la emisión de aquella decisión y cuestionar en general, la práctica llevada a cabo por la Corte al emitir opiniones consultivas<sup>4</sup>. En las siguientes líneas, nuestro propósito será ir más allá del obvio reconocimiento que una decisión de esta envergadura genera. Para ello, debemos mencionar en primer lugar, el corto plazo entre la emisión de esta Opinión, y las líneas que le dedicamos, lo cual –como es habitual–, imposibilita tener un suficiente número de reflexiones doctrinales sobre la misma; aun así, tendremos presente las posturas iniciales que –en su gran mayoría–, han visto con optimismo la decisión adoptada por la Corte.

Desde ya, indicamos que no compartimos aquel optimismo. Esto no implica que desconozcamos la relevancia de la Opinión Consultiva (pues en una serie de puntos, toca temas trascendentales de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente); lo que significa es que nos aproximaremos a ella, exigiendo coherencia en una serie de premisas que debieron de considerarse adecuadamente antes de la adopción de una decisión de tal complejidad.

a) En primer lugar, la consulta original, que dio pie a la decisión de la Corte Interamericana, fue reformulada por ésta. Este es un punto medular para entender el contenido que finalmente adoptó la decisión bajo análisis. Debe tenerse presente que las preguntas originales fueron formuladas en términos legales bastante precisos, y apuntaban a que se esclareciera el alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en su conexión al

---

cionado. Véase: HEY, E. y VIOLI, F., «The Hard Work of Regime Interaction: Climate Change and Human Rights, Report for the Royal Netherlands Society of International Law (KVNIR)», *Climate Change: Options and Duties Under International Law* (Preadvies Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht), n° 145, 2018; y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C., «A Human Right to a Healthy Environment? Moral, Legal and Empirical Considerations», en *The Human Right to a Healthy Environment*, John H. Knox y Ramin Pejan (ed.), 2018, p. 162.

<sup>3</sup> Véase: ALSTEIN, M., «Top Ten Developments in International Law in 2018». Oxford University Press. Oxford Blog. 31 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://blog.oup.com/2018/12/top-ten-developments-international-law-2018/> [accedido: 04/01/2021].

<sup>4</sup> Sobre las opiniones consultivas en general, véase: QUISPE REMÓN, F., «La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Su Evolución y una Visión Actual», *AEDI*, vol. 32, 2016, pp. 225-258. Sobre la Opinión Consultiva bajo análisis, véase: CELI FRUGONI, A. y SEVERO ROCHA, L., «Comentarios a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-23/2017) sobre la Relación entre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n° 41, 2018, pp. 113-132.

medio ambiente, en el contexto de zonas protegidas, que hubiesen sido establecidas por estos Estados o, en el contexto de daño ambiental transfronterizo. Es decir, la consulta original se limitó (de forma intencional) a requerir de la Corte, el esclarecimiento de las obligaciones (y consecuencias) que los Estados tendrían respecto a sus acciones, en tanto afectaran ciudadanos de otros Estados –cuando estos no estuviesen en su territorio–, y que sufrieran perjuicios atribuibles a aquellos Estados, derivados de daños ambientales. Por consiguiente, la consulta de Colombia no buscaba que se determinaran los alcances de las obligaciones ambientales que los Estados en general tienen frente a sus propios ciudadanos, o frente a todo individuo en su jurisdicción. Aun así, la Corte modificó la consulta con el fin de ampliar substancialmente su objeto. Esto ha tenido efectos directos en el contenido de la Opinión, pero –sobre todo–, ha desembocado en la formulación de una decisión de grandes proporciones, que ha requerido de la inclusión de determinaciones legales enrevesadas.

b) Debido a la ampliación del objeto de la consulta, la Opinión ya no solo ingresó a determinar el contenido ambiental de los derechos humanos incluidos en la CADH (en el contexto de contaminación ambiental, en zonas de protección común establecidas por los Estados) sino que pasó a determinar el contenido ambiental de los derechos de la CADH en general, llevándola a pronunciarse sobre la interrelación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en el marco del Sistema Interamericano de Derecho Humanos [SIDH]) y el Derecho Internacional ambiental, con el traspaso de instituciones de una disciplina a otra. Esto ha significado finalmente –como podremos observar más adelante–, una tarea enorme, que no ha podido ser llevada de forma correcta en todo momento.

## 2. LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17 SOBRE «MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS»

La Opinión Consultiva OC-23/17 cuenta con 101 páginas y una estructura intrincada. La razón de ello –como hemos indicado–, se debe a la decisión de la Corte Interamericana de modificar la consulta original. Dada la extensión y el gran número de reflexiones jurídicas que han sido incluidas a lo largo de la Opinión, no será posible considerar cada una de las posturas adoptadas por la Corte, por ello, nos centraremos en los puntos que crean problemas. Primero, tendremos en cuenta el contexto de la emisión de la Opinión Consultiva, y luego consideraremos las reacciones iniciales a la misma.

### 2.1. *El contexto de la Opinión Consultiva*

Las razón por la cual Colombia planteó su consulta –como el mismo Estado manifestó en su oportunidad– se basó en su preocupación por la situación ambiental en la denominada Región del Gran Caribe<sup>5</sup> (la misma que en aquel momento, se encontraba ambientalmente degradada y era sensible a potenciales impactos ante la ejecución de nuevas grandes obras de infraestructura). El Estado colombiano enfatizó que los problemas ambientales marinos debían de tratarse con consideración de los efectos existente en la zona y teniendo en cuenta el ecosistemas en su totalidad, en cooperación con los demás Estados parte de la región ambientalmente identificada<sup>6</sup>.

Si se tiene en consideración los puntos planteados por Colombia, puede observarse que su consulta se dirigía a que la Corte determinara (de forma secuencial y conexa): i) Las obligaciones de los Estados en materia medioambiental, ii) respecto a un medio ambiente compartido por diferentes Estados, iii) en donde las obligaciones ambientales y de derechos humanos de cada uno de los Estados participantes en aquel medio, tuviesen impactos en todos los demás (y no solo respecto al medio ambiente adyacente). Es con ello en mente, que Colombia formuló –finalmente– su preocupación en las siguientes interrogantes: a) Si, en aplicación del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>7</sup>, debía considerarse que una persona, aunque estuviese fuera del territorio de un Estado parte, tendría que considerarse sujeto a su jurisdicción, para propósitos de la Convención, cuando aquella persona residiese o se encontrara en una zona delimitada y

<sup>5</sup> Por «Región del Gran Caribe», tal y como lo indica el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, debe de entenderse «*el medio marino del Golfo de México, el Mar Caribe y las zonas adyacentes del Océano Atlántico al sur de los 30' de latitud norte y dentro de las 200 millas marinas de las costas atlánticas de los Estados a que se hace referencia en el artículo 25 del Convenio*». Al respecto, véase: Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe (Convenio de Cartagena). Cartagena de Indias del 24 de marzo de 1983. Artículo 2.1.

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota 1.

<sup>7</sup> El artículo 1.1. de la CADH, establece el alcance de las obligaciones de derechos humanos para los Estados partes de la convención, sobre la base de la jurisdicción estatal. Aquella provisión indica que, «*Los Estados Partes 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 (...)*». Véase: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica (7-22 de noviembre de 1969). Artículo 1.1.

protegida por un régimen convencional de protección del medio ambiente del que aquel Estado fuese parte; que el régimen proveyera un área de jurisdicción funcional (como el previsto por el Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe<sup>8</sup>), respecto del cual los Estados parte tuvieran la obligación de prevenir, reducir y controlar la polución por medio de una serie de obligaciones generales y/o específicas, y que como consecuencia del daño al medio ambiente o de un riesgo de daño, los derechos humanos de la persona en cuestión fuesen violados, o se encontraran amenazados. b) Si las medidas o el comportamiento de los Estados parte de la CADH, que causasen daño grave al medio ambiente, son compatibles con las obligaciones establecidas en el artículo 4.1. (derecho a la vida) y 5.1. (derecho a la integridad física, psíquica y moral) (en conjunción, con el artículo 1.1.) de la CADH. c) Si debía interpretarse que los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH, incluían obligaciones a cargo de los Estados de respetar el Derecho Internacional del Medio Ambiente, específicamente, aquellas obligaciones que buscan impedir un daño ambiental que limite o imposibilite el goce del derecho a la vida e integridad. En ese sentido, si una manera de cumplir con aquella obligación, es mediante la realización de Estudios de Impacto Ambiental (EIA) en una zona protegida por el Derecho Internacional y de cooperación. ¿Qué parámetros deberían tenerse en cuenta para la realización de aquellos EIA en el caso de la Región del Gran Caribe?

Como puede observarse, la consulta presentaba diferentes aristas y, en diversas de sus interrogantes estaban involucradas cuestiones técnicas am-

---

<sup>8</sup> Los antecedentes del Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, se remontan a 1976, cuando varios gobiernos del Caribe solicitaron la asistencia del Programa de las Naciones para el Medio Ambiente (PNUMA) para evaluar y establecer criterios ambientales aplicables a dicha región. De esto derivaría la elaboración de un Plan de Acción Ambiental (PAC) para la región del Gran Caribe. Se generaron reuniones con participación de las Naciones Unidas y agencias especializadas, acordándose –entre otros puntos– establecer un marco legal para el Plan de Acción. De esta decisión derivaría la formulación y adopción del Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe de 1983. Sobre el funcionamiento del PAC y la interrelación entre el Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, y otros instrumentos legales regionales aplicables, véase: Naciones Unidas. Programa de las Naciones para el Medio Ambiente (PNUMA). El Programa Ambiental del Caribe 1981-2006. Duodécima Reunión Intergubernamental sobre el Plan de Acción para el Programa Ambiental del Caribe y Novena Reunión de las Parte Contratantes del Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe. Montego Bay, Jamaica (29 de noviembre al 2 de diciembre de 2006). UNEP (DEPI)/CAR IG.26/INF.7. 21 de noviembre de 2006.

bientales y elementos legales, que requerían una revisión atenta. En la Sección 2.3 de la presente contribución, tendremos ocasión de adentrarnos en aquellos puntos.

## 2.2. *Reacciones iniciales*

Diferentes autores han calificado la opinión consultiva como un hito en materia de derechos humanos y el medio ambiente. Por ejemplo, han indicado que si la polución puede viajar a través de las fronteras, también puede hacerlo la responsabilidad legal<sup>9</sup>. Sin embargo, también han expresado que muchos de los elementos centrales de aquella decisión, aún quedan por clarificarse en la futura litigación en la materia<sup>10</sup>. Otros autores –por su parte–, creen que la Corte adoptó una aproximación jurisdiccional innovadora, al reconocer el derecho a un ambiente sano como un derecho fundamental vinculado a la existencia de la humanidad,<sup>11</sup> y que –una vez más– la Corte fue precursora de una interpretación original de la CADH para ofrecer la protección más fuerte posible a los derechos convencionales<sup>12</sup>. Según estas posiciones, uno de los pasajes más revolucionarios de la Opinión es aquel donde se reconoce el derecho al medio ambiente, no por su conexión con los derechos humanos, sino como un derecho independiente, teniendo –en ese sentido– el ambiente una personería legal propia<sup>13</sup>.

Por su parte, otros autores, como Diane Desierto, al comparar la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*, y la Opinión Consultiva, concluirían que el análisis efectuado a los potenciales efectos

<sup>9</sup> Véase: BANDA, M., «Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on the Environment and Human Right», *American Society of International Law (Insights)*, vol. 22, n° 6, 2018. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/6/inter-american-court-human-rights-advisory-opinion-environment-and-human> [consultado: 04/01/2021].

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> DOMENICO, G., «The Ground-Breaking Advisory Opinion OC-23/17 of the Inter-American Court of Human Rights: Healthy Environmental and Human Rights», *I-CONNECT – Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 1 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://www.icconnectblog.com/2018/12/the-ground-breaking-advisory-opinion-oc-23-17-of-the-inter-american-court-of-human-rights-healthy-environment-and-human-rights/> [consultado: 04/01/2021].

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

legales por los posibles daños ambientales en el Gran Caribe es de una naturaleza mucho mayor, integral y holístico, si se compara con el ambiguo *overall assessment* que proclamara la CIJ<sup>14</sup>. Por su lado, Mónica Feria-Tinta y Simon Milnes, fueron de la opinión de que la Opinión Consultiva es innovadora; en primer lugar, al ser la primera decisión de un tribunal de derechos humanos que examina el derecho ambiental como un todo sistémico (en contraposición, a los ejemplos aislados en donde se realiza la analogía del daño ambiental, a reclamos por molestias del derecho privado). Según ellos, lo más importante es que representa un hito en la evolución jurisprudencial referido a las obligaciones diagonales en materia de derechos humanos (es decir, respecto a obligaciones capaces de ser invocados por individuos o grupos en contra de un Estado que no es el suyo)<sup>15</sup>. En otro espacio, los mismos autores indicarían que la Opinión involucró, además, una reflexión destacable sobre la interacción entre los instrumentos vinculantes y no vinculantes, siendo un ejemplo de la importancia del *soft law* en la creación de reglas jurídicas obligatorias. En ese sentido, señalarían que el *soft law* constituyó la base sobre la que se fundó el edificio conceptual de la Opinión Consultiva. Como indican, la Opinión toma una serie de principios incluidos en declaraciones e instrumentos no vinculantes (como el principio precautorio, la obligación de cooperación y garantías procedimentales) y luego las utiliza para informar obligaciones legales dentro de la CADH, efectuando –con ello–, un salto cuántico<sup>16</sup>. Estos autores concluyen que la Corte Interamericana –por medio de una interpretación sistemática y evolutiva de la CADH–, ha revertido la

<sup>14</sup> DESIERTO, D., «Environmental Damages, Environmental Reparations, and the Right to a Healthy Environment: The ICJ Compensation Judgment in *Costa Rica v. Nicaragua* and the IACtHR Advisory Opinion on Marine Protection for the Greater Caribbean», *EJIL: Talk!*, 14 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/environmental-damages-environmental-reparations-and-the-right-to-a-healthy-environment-the-icj-compensation-judgment-in-costa-rica-v-nicaragua-and-the-iacthr-advisory-opinion-on-marine-protection/> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021)

<sup>15</sup> FERIA-TINTA, M. y SIMON, M., «The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights issues Landmark Advisory Opinion on Environment and Human Rights», *EJIL: Talk!*, 6 de febrero 26 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-rise-of-environmental-law-in-international-dispute-resolution-inter-american-court-of-human-rights-issues-landmark-advisory-opinion-on-environment-and-human-rights/#more-15957> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021).

<sup>16</sup> FERIA-TINTA, M. y MILNES, S., «The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: The Inter-American Court of Human Rights Issues a Landmark Advisory Opinion on the Environment and Human Rights», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 27, 2018. p. 9.



llegada tardía de los derechos medio ambientales, logrando que sean parte del cuerpo de los derechos humanos en la región. En ese sentido, indican que los desarrollos recientes garantizan cierto optimismo de que esto no será un evento aislado y que las implicancias de dicha decisión probablemente llegarán más allá de las Américas<sup>17</sup>.

Por su parte, otros autores han considerado que la Opinión Consultiva constituye un importante paso para el desarrollo sostenible, en una región con significativos recursos naturales; y que al enmarcar el derecho a un ambiente saludable, como un derecho humano, la Corte redefinió el rol regulatorio de los Estados en aquel contexto, lo cual puede impactar en la forma como se administran las inversiones referidas a los recursos naturales<sup>18</sup>.

Autores como Harrison, recordarían que, según lo dispuesto en la Opinión, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para regular y supervisar las actividades que sean desarrolladas en su territorio o bajo su control, incluyendo estudios de impacto ambiental y planes de contingencia. Realizado ello, los Estados deben de actuar –de forma tal–, de cumplir con el principio precautorio, para así prevenir violaciones a derechos humanos por daños ambientales irreversibles, aun en ausencia de certeza científica. Según el autor, aquello constituye un importante reconocimiento del principio precautorio, como principio del Derecho Internacional que –aunque no opera como una regla independiente–, influencia la interpretación de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos<sup>19</sup>. Desde otra perspectiva, Papantonious indica que, aunque la Corte declaró la existencia de un derecho autónomo al medio ambiente sano (específicamente, como un derecho fundamental de la humanidad), la misma no se embarcó en constatar la práctica estatal u *opinio juris* correspondiente, y no reconoció expresamente aquel derecho como parte del Derecho Internacional consuetudinario. Según Papantonious, esto era de esperar, pues, ello hubiese ido más allá de la pregunta planteada por Colombia; sin embargo, la autora indica que aquella afirmación en tanto realizada por un tribunal internacional, podría constituir un peldaño hacia el futuro reconocimiento de aquel derecho como parte del Derecho Internacional con-

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>18</sup> TRUJILLO, E., «Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lesson from the Trade Regime», *Boston College Law Review*, vol. 59, n° 8, 2018, pp. 2763-2764.

<sup>19</sup> HARRISON, J., «Significant International Environmental Law Cases: 2017-18», *Journal of Environmental Law*, vol. 30, 2018, p. 532.

suetudinario<sup>20</sup>. Papantionius concluye que la Opinión Consultiva es de un gran significado, por cuanto vincula claramente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Internacional Ambiental. Como indica la autora, la pregunta que queda por responder es si la aproximación ambiental aplicable a los derechos humanos puede ser sustentada en la práctica<sup>21</sup>. Aun así, Papantionius señala que la Opinión es de importancia trascendental pues, indica fuerte y claramente que las políticas medio-ambientales no pueden estar separadas de las obligaciones de derechos humanos, y viceversa<sup>22</sup>.

Las reacciones a la Opinión Consultiva no solo provinieron de los círculos académicos; por ejemplo, desde la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (en la sesión sobre la Protección del Medio Ambiente, en Relación a los Conflictos Armados), se tuvo presente su emisión.

En ese sentido, Vázquez-Bermúdez recordó que la complementariedad entre la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, ha sido reconocida por la Corte Interamericana, enfatizando que ésta, ha indicado que los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, tanto dentro de sus territorios como fuera de ellos. Para cumplir con aquella obligación, Vázquez-Bermúdez recordó que la Corte ha indicado que los Estados tienen la obligación de regular, supervisar y monitorear las actividades que se desarrollen dentro de sus jurisdicciones, en tanto pudiesen producir daños significativos al medio ambiente, debiendo efectuar EIAs, establecer planes de contingencia, y efectuar la mitigación de todo daño significativo al medio ambiente<sup>23</sup>. De igual forma, Ruda resaltó los avances provenientes de la Corte, indicando que concuerda con lo indicado por el Relator Especial respecto a que la degradación del medio ambiente puede tener una vinculación con la violación de diversos derechos humanos, como el derecho a la vida, a la vida privada y familia, el derecho a la salud, o el derecho a la alimentación; concluyendo que –tal y como ha indicado la Corte en su Opinión Consultiva– el derecho a un medio ambiente saludable constituye un

---

<sup>20</sup> PAPANTIONIOUS, A., «Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Right to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights). OC 23/17», *American Journal of International Law*, vol. 112, n° 3, 2018, p. 466.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Comisión de Derecho Internacional. Seventieth Session (Second Part). Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts (continued). A/CN.4/SR.3430, 14 de agosto de 2018. p. 7.

derecho humano fundamental<sup>24</sup>. Por su lado, Grossman indicó que, en opinión de ciertos tribunales regionales, existe la co-aplicabilidad de los derechos humanos y los derechos ambientales. Un ejemplo de ello, es la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, en donde ésta reconoce el derecho a un medio ambiente saludable como un derecho humano, y extiende la definición de jurisdicción del artículo 1 de la Convención Americana<sup>25</sup>.

Si bien estos comentarios provinieron principalmente de los miembros de la CDI pertenecientes a la cultura Latinoamericana, los comentarios tuvieron recepción en otros miembros<sup>26</sup> y en el Informe Final de la Relatora Especial Marja Lehto<sup>27</sup>.

Teniendo en cuenta todo esto, es claro que la Opinión Consultiva tuvo un impacto en diferentes círculos del Derechos Internacional. Muchas de las opiniones sobre la misma, han reconocido su valor para el establecimiento de una protección del medio ambiente y los derechos humanos. Sin embargo, debemos precisar que no todas las reacciones han sido igualmente optimistas. Ciertos autores han sido críticos (si no con toda la Opinión Consultiva, si con secciones de la misma)<sup>28</sup>. Coincidimos con parte de las dudas expuestas por este último sector; y –aún más–, creemos que existen otros aspectos o puntos, que requieren de un análisis minucioso.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>25</sup> Comisión de Derecho Internacional. Seventieth Session (Second Part). Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts (continued). A/CN.4/SR.3429. 3 de agosto de 2018. p. 13.

<sup>26</sup> Por ejemplo, Niliífer Oral recordaría que la Corte Interamericana había reconocido el derecho fundamental a un medio ambiente saludable, en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicabilidad extraterritorial, agregando que ello –tal vez–, podría verse reflejado en un borrador por separado de los principios enfocados expresamente en los derechos humanos y la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación (Comisión de Derecho Internacional... A/CN.4/SR.3430..., *op. cit.*, p. 10, nota: 23).

<sup>27</sup> Comisión de Derecho Internacional. Seventieth Session. First Report on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts by Marja Lehto. Special Rapporteur. A/CN.4/720 del 30 de abril de 2018. p. 33.

<sup>28</sup> Véase: BERKES, A., «A New Extraterritorial Jurisdiction Link Recognized by the IACtHR», *EJIL: Talk!*, 8 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021); VEGA-BARBOSA, G. y ABOAGYE, L., «Human Rights and the Protection of the Environment: The Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights», *EJIL Talk!*, 6 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/human-rights-and-the-protection-of-the-environment-the-advisory-opinion-of-the-inter-american-court-of-human-rights/> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021) y VEGA-BARBOSA, G. y ABOAGYE, L., «A Commentary on the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the Environment and Human Rights», *DPCE Online*, vol. 34, n° 1, 2018, pp. 291-298.

2.3. *¿Existen razones para celebrar su emisión?: Problematicando su contenido e identificando complejidades normativas derivadas del establecimiento de obligaciones en materia ambiental y derechos humanos para los estados parte de la CADH*

La adopción de una decisión por parte de la Corte Interamericana, siempre es un momento importante para aquellos involucrados en la teorización, práctica y protección de los derechos humanos. Según sea la tarea habitual de aquel que analice la decisión, la aproximación adquirirá un tono más político que normativo, o viceversa. En lo que nos atañe, nuestro interés es determinar la coherencia del contenido legal incluido en la Opinión Consultiva, en lo referido a la vinculación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Creemos que la decisión de la Corte, es una oportunidad importante para considerar ciertos puntos. En especial por la modificación a la pregunta originalmente planteada por Colombia. Con esto último, no queremos decir que la labor de la Corte haya sido deficitaria en general, sino que la tarea planteada por ella, en ciertos puntos, habría desbordado sus capacidades. Creemos que la reformulación de la consulta original dejó a la Corte frente a una situación de la que no pudo escapar y, que –finalmente– la complicó en dos frentes: a) En la estructuración de la Opinión Consultiva y b) En la rigurosidad (o falta de la misma) en lo que respecta a ciertas conclusiones.

En relación a la estructura de la Opinión, ésta carece de una unidad adecuada que permita a los lectores llegar a conclusiones claras sobre la posición que la Corte adopta en una serie de puntos. Esto se hace evidente –por ejemplo–, en el hecho de que ciertas premisas necesarias para entender algunos puntos legales, se encuentran desperdigados por toda la Opinión. También, existe un uso zigzagueante respecto al método que la lleva a sostener la existencia de obligaciones en materia de derechos humanos y el medio ambiente. Esto solo empeora, dado el hecho que la Corte entra a revisar un sin número de temas que –por sí mismos– son de una complejidad tal, que ellos podrían requerir de una opinión consultiva. Por ejemplo, la Corte trata –entre otros puntos– los siguientes temas: a) La responsabilidad internacional de los Estados; b) La relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Ambiental; c) El estatus legal de los regímenes de protección especial ambiental, su jurisdicción y el nexo con la jurisdicción de la Corte Interamericana; d) La jurisdicción extraterritorial en materia de derechos humanos, bajo el SIDH; e) La existencia de un derecho humano a un medio ambiente saludable; f) La existencia de un derecho humano a un medio ambiente

saludable, reconocido en la CADH; g) El contenido de la obligación de asegurar un medio ambiente sano, que incluirían –entre otras– la obligación de formular (EIAs y efectivizar procedimientos de participación de la ciudadanía; h) Las obligaciones que los Estados se deben *vis a vis* (incluyendo obligaciones de información), cuando sus actividades pueden tener impacto en el territorio del otro Estado; entre otros puntos.

Cada una de estas materias requería un desarrollo pormenorizado; sin embargo, este no fue el caso. La razón de esto no se encuentra en las interrogantes realizadas por Colombia. Es cierto que sus preguntas eran complicadas, no obstante, fueron formuladas en detalle. Parece razonable concluir que la intención del Estado fue la de delimitar sus interrogantes; por ejemplo, al preguntar sobre el contenido de las obligaciones de los Estados parte de la CADH en materia ambiental y derechos humanos, en tanto estos fuesen –adicionalmente–, parte de algún mecanismo de conservación especial, en una zona geográfica determinada. La Corte al desarmar la interrogante inicial, y reestructurarla en términos genéricos, entró a considerar todos los aspectos involucrados en la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. Es debido a ello que la Corte tuvo que emitir una decisión ambiciosa, que en ciertos extremos resultó insuficiente. Es decir, esta expansión ilimitada del tema de discusión, no solo conllevó a que la estructura de la Opinión Consultiva fuese difícil de articular sino que hizo difícil que la Corte fuese rigurosa al momento de arribar a algunas de sus conclusiones. En relación a la falta de rigurosidad, esto se presenta tanto por el objeto de análisis –casi sin límite–, como por una falta de claridad metodológico-legal utilizada para arribar a sus conclusiones.

En primer lugar, el uso de instrumentos no vinculantes es asfixiante al incorporarse instrumentos y decisiones provenientes de diferentes sistemas de derechos humanos (e incluso de diferentes ramas del Derecho Internacional) y del Derecho Internacional Ambiental. Por ejemplo, en la Opinión se menciona –entre muchos otros instrumentos–, la Declaración de Estocolmo, la Declaración de Johannesburgo, el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Carta Democrática Interamericana y un sinnfín de referencias adicionales<sup>29</sup>. Esto no sería un problema, si no fuese porque este

---

<sup>29</sup> La Corte Interamericana tomó en cuenta lo indicado en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo. 5-16 de junio de 1972. Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1), Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro. 3-14 de

arsenal de *soft law* es utilizado para sostener la existencia de obligaciones estatales (es decir, para derivar de ellas, normas vinculantes). Como es claro, para pasar, de la mención del contenido de aquellos instrumentos (de *soft law*) (con fines puramente retóricos) a la afirmación de la existencia de obligaciones vinculantes, se requiere mucho más que una simple enumeración de los progresos globales alrededor de los vínculos existentes entre los derechos humanos y el medio ambiente. El problema estriba en que la Corte, no indica para qué realiza aquella agotadora revisión. Debe tenerse en cuenta que cuando un ejercicio como aquel es realizado por otros tribunales, ello normalmente sirve para:

- a) Volver más sólida una posición jurídica (en cuyo caso, su uso es principalmente retórico o argumentativo), o;
- b) Para sustentar la existencia de normas consuetudinarias. Cuando esta es la verdadera intención, existen dos posibilidades; sostener la existencia de una norma consuetudinaria regional o, bien, una de tipo universal. Solo en el caso de que se quisiese sostener la existencia de una norma universal es que tiene sentido normativo el uso de resoluciones y declaraciones hechas a escala global. Pero, como es bien sabido, la determinación de una norma consuetudinaria requiere de la verifica-

---

junio de 1992. Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (vol. 1)); la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo. 4 de septiembre de 2002. Doc. ONU A/CONF. 199/20), en el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo. 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF.199/20.); la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 70/1 «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible». 25 de septiembre de 2015. Doc. ONU A/RES/70/1), entre otros instrumentos; hizo referencia a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, a los casos Öneriyildiz vs. Turquía; Budayeva y otros vs. Rusia; M. Özel y otros vs. Turquía; López Ostra vs. España, entre otros (véase: European Court of Human Rights, Case of Öneriyildiz v. Turkey (Application no. 48939/99, Judgment of 30 November 2004, Case of Budayeva and Others v. Russia (Application nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02). Judgment of 20 March 2008, Case of M. Özel and Others v. Turkey (Applications nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05). Judgment of 17 November 2015) and Case of López Ostra v. Spain (Application no. 16798/90). Judgment of 09 December 1994; y mencionó igualmente la decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el caso Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos y Centro de Derechos Económicos y Sociales Vs. Nigeria (Vease: The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v Nigeria (Communication NO. 155/96) [2001] ACHPR 34; (27 October 2001)); y a resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como el titulado «Los derechos humanos y el medio ambiente» (de 2012 y 2015); entre otros documentos.

ción de una práctica estatal y una *opinio iuris*. El ejercicio que involucra efectuar referencias a resoluciones y declaraciones internacionales se encuentra vinculado al ejercicio clásico de demostrar la existencia de una *opinio iuris* proveniente de los Estados (aunque la separación entre *opinio iuris* y práctica estatal no sea tan clara como se pretende)<sup>30</sup>. En el caso de la Opinión Consultiva, la Corte Interamericana hizo suya declaraciones, resoluciones e incluso jurisprudencia comparada (nacional e internacional) por lo que su actitud apuntaría a establecer, directa o indirectamente, normas consuetudinarias generales; sin embargo, la verdadera intención –a falta de toda intencionalidad metodológica expresa–, habría sido la de sostener que, cualquiera fuese su determinación respecto a la existencia de obligaciones para los Estados parte de la CADH, ello se encontraría en línea con los avances a nivel de Derecho Internacional general. Sin embargo, el ejercicio llevado a cabo por la Corte finalmente involucró la declaración de la presencia de normas consuetudinarias ambientales para ser conectadas a su interpretación de los derechos humanos convencionales en diferentes pasajes de la Opinión. Ello presenta una serie de problemas.

En primer lugar, la Corte Interamericana no es un tribunal que pueda resolver cualquier materia que se desprenda de un caso. Su competencia es especializada en derechos humanos, y solo respecto a aquellos derechos reconocidos en la CADH<sup>31</sup>. Esto implica que, aun si la Corte hubiese determinado en base a *soft law* la existencia de ciertas normas consuetudinarias ambientales que dispusiesen su interrelación con los derechos humanos y, en ese sentido, conllevaran nuevas obligaciones para los Estados, aquellas normas no podrían ser controladas por ésta *per se*, ni tampoco tendrían por qué ser consideradas obligatorias para los Estados parte de la CADH. La cuestión normativa que surge es, hasta qué punto la Corte puede integrar productos legales extra-convencionales a la Convención, en ejercicio de sus atribuciones adjudicatorias. La respuesta no solo es de interés para la Corte Interamericana.

---

<sup>30</sup> KAMMERHOFER, J., «Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of its Problems», *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2004, pp. 523-553. Esta realidad fue tomada en cuenta por la Comisión de Derecho Internacional en su estudio sobre la formación del derecho internacional consuetudinario. Véase: Comisión de Derecho Internacional. Second Report on Identification of Customary International Law. Michael Wood – Special Rapporteur. A/CN.4/67. 22 de mayo de 2014.

<sup>31</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *op. cit.*, nota: 7. Artículo 1.1.

Por ejemplo, la Corte puede identificar la existencia de una norma consuetudinaria de contenido ambiental, en tanto útil para construir su razonamiento jurídico relativo a los derechos humanos<sup>32</sup>. La cuestión que surge en este escenario, es si dicho espacio (el de un órgano jurisdiccional de derechos humanos) representa el lugar idóneo para proclamar la existencia de una norma consuetudinaria ambiental, teniendo en cuenta que aquel ejercicio escapa de su especialización. Sin duda, un escenario que resulta válido es la recepción de normas ambientales claramente reconocidas en el Derecho Ambiental Internacional; sin embargo, distinta situación es que –en base a diversos reconocimientos (no normativos)– la Corte se aventure a proclamar una supuesta norma ambiental, cuando la misma no ha sido consagrada formalmente como tal o, cuando su contenido aun es discutible. Lo primero (la recepción de normas ambientales reconocidas en el Derecho Internacional general) no puede descartarse, lo segundo, constituye una actividad controvertida.

Para entender el primer supuesto, es preciso recordar que el Derecho Internacional no constituye un sistema jurídico completo, con tribunales jerárquicamente establecidos los unos respecto a los otros; ni con áreas especializadas que hayan sido establecidas formalmente dentro de un contexto unitario (constitucional). Por tanto, nuestra disciplina presenta sub-especialidades que detentan cierta autonomía<sup>33</sup>. Esto implica que las determinaciones normativas de un tribunal internacional no son –por sí mismo– vinculante para los demás. Llevado al extremo, esto implicaría que todo elemento legal debería ser demostrado en términos positivistas por cada tribunal internacional cuando un

---

<sup>32</sup> La Corte en principio afirmó aquella posibilidad. En la Opinión Consultiva, ésta –en base a diferentes instrumentos internacionales– afirmó la existencia de una interdependencia entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Esto llevó a la Corte a sostener que una consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente, es que en la determinación de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, «(...) la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del corpus iuris internacional contribuyen en forma decisiva a final el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana en esta materia». (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 55).

<sup>33</sup> Véase: SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 3, 2006, pp. 483-529 y Comisión de Derecho Internacional. Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Fifty-Eighth Session. 2006. Yearbook of the International Law Commission. vol. II.



caso, le obligara a ello. Sin embargo, esta sería una carga irracional. Consecuentemente, a los tribunales internacionales se les otorga cierta flexibilidad para que puedan utilizar cierto contenido normativo internacional secundario sin la necesidad de demostrar su existencia desde los parámetros positivistas imperantes, y tan solo haciendo recepción de su racional presencia en el orden legal. Esto no deriva de una norma internacional ni de un principio jurídico que otorgue dicha posibilidad, sino de la necesidad de que los tribunales puedan funcionar en la realidad. Sin esto, los tribunales internacionales tendrían que sustentar en todo momento cada una de las nociones jurídicas sobre las que sus decisiones se recuestan, lo cual en la práctica no es posible (bien porque muchas de aquellas nociones no tienen forma de ser sustentadas desde un punto de vista normativo positivista o, porque la demostración del fundamento normativo de dichas reglas escapa a sus capacidades especializadas). En dichos casos, adoptar una posición rígida llevaría a que los tribunales internacionales no pudiesen resolver un sinnúmero de situaciones como resultado de no contar con disposiciones internacionales expresamente establecidas en el derecho convencional, o identificados como normas consuetudinarias por otros tribunales internacionales.

Como es claro, los tribunales internacionales, como la mayoría de los tribunales en el globo, tienen una obligación de no escudarse en el *non liquet*<sup>34</sup> para dejar de resolver una disputa. Consecuentemente, por cuestiones de funcionalidad, a los tribunales internacionales se les reconoce la posibilidad de determinar los contornos de sus propias competencias, lo cual deriva de la fórmula general de *kompetenz-kompetenz*. Esto implica que –hasta cierto punto–, los tribunales internacionales pueden reconocer la presencia de ciertas normas internacionales, sin la necesidad de demostrar su existencia cuando ello es indispensable para su ejercicio competencial expreso<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Véase, de forma general: MORDECHAI RABELLO, A., «Non Lique: From Modern Law to Roman Law», *Annual Survey of International and Comparative Law*, vol. 10, n° 1, 2004, pp. 1-25. En relación al *non-liquet* en el Derecho Internacional, véase: STONE, J., «Non Lique and the Function of Law in the International Community», *British Yearbook of International Law*, vol. 35, 1959, pp. 124-161.

<sup>35</sup> Esta estrategia la encontramos en la Opinión cuando la Corte indica que, «Precisamente, otra consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad sobre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del *corpus juris* internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana en esta materia». Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 55.

Sin embargo, este es un ejercicio con límites importantes, pues un ejercicio como el descrito, presenta riesgos connaturales. Por ejemplo, la discutida (en su momento) fragmentación del Derecho Internacional<sup>36</sup>, de la cual no haremos mayor referencia en este espacio<sup>37</sup>.

Lo que es importante indicar ahora, es que, si bien un tribunal internacional de derechos humanos puede arrogarse la posibilidad de pronunciar, la formación de una norma dentro de su especialidad, éste no puede hacer lo mismo –de forma habitual–, respecto a normas que regulan materias que escapan de sus competencias. En caso un tribunal internacional se arrogara dicho ejercicio de forma habitual, estando fuera de las necesidades exclusivas de hacer efectivo su trabajo, no solo estaríamos ante un posible quebrantamiento de las competencias otorgadas por los Estados al tribunal en cuestión, sino ante un ejercicio que podría implicar la emisión de decisiones, en colisión con las decisiones que otros tribunales pudiesen haber hecho en la materia; siendo que los últimos sí podrían contar con las competencias para determinar aquel contenido especializado. Esto implicaría, agravar la ya complicada situación de la emisión de sentencias internacionales en contraposición o en conflicto las unas con las otras, debido a la superposición jurisdiccional que algunos casos entrañan. En el caso bajo análisis, la interrogante de Colombia no estaba enmarcada en una superposición jurisdiccional, sino en la necesidad de auxiliarse del Derecho Internacional especializado para interpretar una cuestión legal. En aquel caso, con mayor razón, un tribunal debe cumplir con los recaudos necesarios, para evitar la emisión de una decisión que podría ser conflictiva con otras decisiones de otros tribunales internacionales; recaudos, como la prudencia adjudicatoria y la cortesía o deferencia entre tribunales internacionales<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Por ello mismo, en la Opinión, la Corte indica que, «*En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En adición la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema que hubieren sido adoptados a nivel internacional*». Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 44.

<sup>37</sup> Comisión de Derecho Internacional. Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law..., *op. cit.*, nota: 33.

<sup>38</sup> Véase: REINISCH, A., «International Courts and Tribunals, Multiple Jurisdiction», Anne Peters y Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e41> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021) y PASQUET, L., «De-Fragmentation Techniques», Hélène Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*,

Lo que indicamos es fundamental para entender la Opinión Consultiva, ya que el análisis de la Corte Interamericana, en lo referido a los derechos humanos y el medio ambiente (desde un enfoque general) produjo dos circunstancias: a) La declaración de obligaciones internacionales que no necesariamente han sido declarados como tales en el Derecho Internacional general<sup>39</sup> y, en otros casos, b) Ha entrañado el posible desarrollo de sus contenidos (cuando estas obligaciones si existen en el Derecho Internacional general), con un contenido

---

2018. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3556.013.3556/law-mpeipro-e3556?rskey=1P5Wz&result=15&prd=MPIL#> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021).

<sup>39</sup> Por ejemplo, en relación al Principio de Prevención, la Corte afirmaría que éste forma parte del Derecho Internacional consuetudinario (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 129) agregando que, la misma debe ser la política principal para la protección del medio ambiente (*ibid.*, *op. cit.*, nota: 1. Para. 130). La Corte señaló que en el derecho internacional ambiental, aquel principio es aplicable a las actividades que se llevan a cabo en el territorio o jurisdicción de un Estado, que puede causar daño en el medio ambiente de otro Estado, o respecto a daños que puedan ocurrir en zonas que no son parte del territorio de ningún Estado (como la alta mar) (*ibid.*, *op. cit.*, nota: 1. Para. 131). Teniendo presente ello, la Corte concluyó que la CADH obliga a los Estado a tomar acciones para prevenir violaciones de derechos humanos y, que si bien el principio de prevención surgió en relación a materia ambiental en el marco de las relaciones interestatales, dichas «(...) obligaciones que impone son similares al deber general de prevenir violaciones de derechos humanos. Por tanto, la Corte reitera que la obligación de prevención aplica para daños que puedan ocurrir dentro o fuera del territorio del Estado de origen». (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 133) El problema con esta afirmación es que el Principio de Prevención (aunque ha logrado ser consagrado como norma consuetudinaria en el Derecho Internacional general, superando sus iniciales cuestionamientos (véase en ese sentido: BODANSKY, D., «Customary (and Not So Customary) International Environmental Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3, n. 1, 1995, pp. 105-120 y KNOX, J., «The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment», *American Journal of International Law*, vol. 96, n. 2, 2002, pp. 291-319, y consagrando el Principio como parte del Derecho Internacional consuetudinario, véase: Corte Internacional de Justicia. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010) aquello se ha realizado en un contexto adjudicatorio concreto. En ese sentido, los casos particulares que han servido para el pronunciamiento o cristalización de aquel Principio como costumbre internacional, delimitan –al mismo tiempo– el contenido de la norma consuetudinaria emergente. En palabras de Duvic-Paoli, el alcance específico de dicho Principio, bajo el derecho consuetudinario, se mantiene aún por determinar. Por ejemplo, existen ciertas manifestaciones de la prevención que pueden no estar incluidas en la norma consuetudinaria proclamada. La pregunta que queda, es bajo qué circunstancias una forma específica de prevención que ha sido reconocida como costumbre, puede justificar la naturaleza consuetudinaria de otras obligaciones de prevención que contienen un alcance especial o materialmente diferente? (Véase: DUVIC-PAOLI, L.A., *Prevention in International Customary Law*, Cambridge, University Press Cambridge, 2018, pp. 91-136). Dado que la Corte Interamericana pasa a analizar esta temática en una Opinión Consultiva, que por naturaleza no tiene las constricciones de un caso contencioso, sus proclamaciones serán generales, sin los resguardos necesarios que se tienen en el Derecho Internacional ambiental.

que podría estar en contraposición al establecido en el Derecho Internacional especializado. Dado esto, debemos reafirmarnos en indicar que un tribunal de derechos humanos, requiere prudencia al momento de declarar la existencia de normas consuetudinarias fuera de la materia que les es propia de control.

Ahora, ese cuidado debe estar presente también en las conclusiones a las que arribe un tribunal en materia legal de su especialidad; en especial, cuando éstas estén sustentadas en normas consuetudinarias complementarias identificadas en el sentido antes indicado. Por ejemplo, un tribunal como la Corte Interamericana en base a la determinación de la existencia de una obligación internacional ambiental puede (como sucede en la Opinión Consultiva) concluir que existen obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, ese tránsito requiere un sustento prolijo. En esos casos, no es posible dejar de lado una explicación detallada de las razones que la llevan a afirmar ello. En esos casos, aquel ejercicio requiere demostrar que la obligación identificada fuera de la normatividad convencional tiene sustento normativo válido según el Derecho Internacional<sup>40</sup>.

Para ello, existen ciertos caminos; por ejemplo: a) Encontrar el reconocimiento expreso del derecho que trata de efectivizarse, en una norma consuetudinaria del Derecho Internacional, y adjudicar directamente aplicando la misma; b) Identificar una norma consuetudinaria del Derecho Internacional general que complemente algún término, concepto o noción incluida en el tratado de derechos humanos, en tanto útil para resolver un caso específico. Aquel tipo de noción, término o concepto también puede ser incluido por una norma consuetudinaria regional; o, c) Aplicar una interpretación expansiva al contenido expreso de un tratado de derechos humanos, y así incluir obligaciones existentes implícitamente en su texto.

Este punto –como es claro– plantea la cuestión de las fuentes del derecho aplicables por un tribunal de derechos humanos. En el caso de la Corte Interamericana, no existe una determinación detallada de las fuentes que ésta puede utilizar, o cómo debe realizarse su identificación y uso. Esto no es privativo del SIDH, lo mismo sucede en el Sistema Europeo de Derecho Humanos (SEDH), específicamente con el Tribunal Europeo de Derecho Humanos<sup>41</sup>. Y el tema de

---

<sup>40</sup> En los casos de identificación de normatividad de su especialidad, no existe justificación para que un tribunal deje de realizar un examen detallado respecto a las razones que lo llevan a señalar la validez de la norma que le sirve de base para resolver un caso.

<sup>41</sup> DZEHTSIAROU, K., «What is Law for the European Court of Human Rights?», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 49, n° 1, 2017, pp. 97 y ss.

las fuentes del derecho se vuelve aún más complejo cuando se tiene presente que sectores académicos aseguran que las decisiones de los tribunales de derechos humanos, constituyen –ellas mismas– fuentes normativas<sup>42</sup>. El tema es sumamente complejo para ser tratado en este espacio; sin embargo, debe quedar claro que, considerar la jurisprudencia como fuente del derecho en el Derecho Internacional es controversial<sup>43</sup>, dada las bases positivistas que ésta tiene. Debido a ello, preferimos referirnos a las tres vías antes indicadas para el establecimiento de «nuevas obligaciones» por parte de un tribunal internacional.

Ahora bien, en la Opinión Consultiva, la Corte Interamericana procede a identificar obligaciones que no están expresamente incluidas en la CADH. En ese escenario, para sustentar la inclusión de dichas obligaciones, la Corte debió haber utilizado algunos de los caminos mencionados. Sin embargo, en la decisión no encontramos una metodología concreta usada para tal fin. Es claro que la Corte no optó por el camino de identificar normas consuetudinarias de derechos humanos; la razón de esto es conocida.

En primer lugar, la identificación de una norma consuetudinaria es una empresa compleja que, incluso –al día de hoy– plantea complicaciones, pues la forma como aquella identificación debe realizarse aún es controversial. Esto desembocó en su estudio por parte de la Comisión de Derecho Internacional en 2012 (*Identification of Customary International Law*), concluyendo la misma en 2018<sup>44</sup>. Sin embargo, la actitud de evitar aquel camino, se debe adicionalmente a que la identificación de una norma consuetudinaria de derechos humanos por parte de una Corte no implica –por sí mismo–, que aquella pueda controlar su cumplimiento.

---

<sup>42</sup> La enorme mayoría de autores califican las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos humanos (y en general los tribunales de derechos humanos) como jurisprudencia. Sin embargo, la mayor parte de las veces esto se hace, para referirse a las decisiones que estos adoptan en el sentido de *case law*. No necesariamente aluden a la jurisprudencia en sentido técnico como fuente secundaria, propia de los órdenes internos que exige una serie de requisitos, y una estructura sistemática para su funcionabilidad. Por lo demás, existe un amplio e indebido uso intercambiable de la noción de jurisprudencia (propia de los órdenes que siguen el *civil law*) con el de *stare decisis* (propio de los órdenes del *common law*).

<sup>43</sup> Claro está, esa dificultad se produce cuando nos referimos a la jurisprudencia en el sentido de decisiones de tribunales que tienen efectos creacionales de derecho (*judicial law-making*), y no en el sentido general de decisiones jurisdiccionales simples. De forma introductoria, véase: QUINDIMIL LÓPEZ, J.A., «Jurisprudence (Judicial Law-Making)», Oxford Bibliographies. Disponible en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0081.xml> (accedido por última vez el 4 de enero de 2021).

<sup>44</sup> Véase: Comisión de Derecho Internacional. Formation and Evidence of Customary International Law. Memorandum by the Secretariat. A/CN.4/659 del 14 de marzo de 2013.

Para entender esto, tomemos como ejemplo, el establecimiento de obligaciones de derechos humanos por vía convencional en la región. Cuando ello se realiza, si en el instrumento no se incluye una cláusula de jurisdicción a favor de la Corte Interamericana, su contenido no podrá ser controlado por dicho órgano y, consecuentemente, no podrá declararse (por esa vía) la responsabilidad internacional del Estado. Y, si estos mecanismos constrictores (propios de un orden legal positivista) exigen estos resguardos cuando estamos ante el establecimiento de obligaciones por vía convencional (la cual es la forma más expresa y certera para identificar la voluntad de los Estados), lo será aún más, en el caso de obligaciones asentadas en normas consuetudinarias. Por ello mismo, a la identificación de una norma consuetudinaria (estableciendo obligaciones en materia de derechos humanos no incluidas expresamente en un instrumento de derechos humanos) tendría que requerirse, adicionalmente, alguna base legal no convencional que sustente que dichas obligaciones pueden ser controladas contenciosamente por un tribunal de derechos humanos. Esta posibilidad ha sido excluida en el espacio del SIDH, pues los artículos 76 y 77 de la CADH ya incluyen los mecanismos formales para la enmienda de la misma, la cual –según el artículo 31 de la CADH– deberá seguirse para el reconocimiento de otros derechos<sup>45</sup>. Por lo tanto, como la vía consuetudinaria no es la vía apropiada para generar nuevas obligaciones bajo el control de la Corte, este no será el método seguido por ella para incluir nuevas obligaciones exigibles a los Estados parte de la Convención. La otra posibilidad, es utilizar la identificación de normas consuetudinarias que den contenido complementario al texto expreso del tratado bajo control. En ese caso, las normas consuetudinarias a identificar serán aquellas necesarias para complementar, el contenido expreso de la CADH, con lo cual –hasta cierto punto– puede lograrse el reconocimiento de nuevas obligaciones implícitamente presentes en el texto convencional. Sin embargo, esta vía sigue presentando dificultades, como es el demostrar que –en efecto– aquellas normas complementarias cumplen con los requisitos de la *opinio juris* y la práctica estatal.

Como puede advertirse, la vía preferida ha sido la vía interpretativa, a pesar del constante uso de instrumentos que dan la apariencia de establecer la

---

<sup>45</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *op. cit.*, nota: 7. Artículo 31. Indica la disposición que: «Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77».

existencia de *opinio iuris* respecto a algunas de las obligaciones que ésta pasa a identificar.

Sin embargo, aquí nos enfrentamos a un punto conflictivo: ¿La interpretación hecha en la Opinión Consultiva ha representado una interpretación en estricto o –por el contrario–, ha implicado la expansión del texto expreso de la Convención Americana? Lo segundo parece ser lo que ha ocurrido. Para entender esto, debe tenerse presente que en algunas ocasiones, el establecimiento de nuevas obligaciones se reviste de la apariencia de un ejercicio interpretativo. Aquí, hay que indicar que ciertos ejercicios interpretativos logran en efecto derivar de un texto obligaciones que se hayan incluidas implícitamente en el mismo; sin embargo, otros ejercicios interpretativos tienen por finalidad establecer obligaciones no existentes, es decir, pasan a identificar productos normativos que escapan de la lectura normal del texto convencional (en este último caso, estamos ante la creación de obligaciones nuevas). Como es claro, el ejercicio interpretativo es amplio al encontrarse liberado de las restricciones rígidas antes indicadas (relacionadas con la identificación de normas consuetudinarias). Sin embargo, el ejercicio interpretativo debe partir de ciertas premisas. Se interpreta un objeto existente; en este caso, la CADH. Además, el ejercicio interpretativo es uno normativo, no puramente lingüístico. Como indica Baude y Sachs,

«(l)a pregunta crucial para un intérprete legal no es, qué significan aquellas palabras, sino algo más amplio: ¿Qué derecho creó este instrumento? ¿Cómo encaja éste en el resto del corpus juris? ¿Qué es lo que las fuentes del derecho y autoridades, tomadas en conjunto, establecen? Preguntas como éstas presuponen la existencia de un sistema particular de derecho, y sus respuestas dependen de las otras reglas legales en juego. El lenguaje, por su puesto, será un aporte en aquel proceso, pero el derecho, inicia y termina el análisis respectivo»<sup>46</sup>.

En este sentido, dado que la CADH es un tratado, le serán aplicables los criterios de interpretación comúnmente aceptados en el Derecho Internacional; por ejemplo, los establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)<sup>47</sup>. La CVDT en su artículo 31, incluye las reglas

<sup>46</sup> BAUDE, W. y SACHS, S., «The Law of Interpretation», *Harvard Law Review*, vol. 130, n° 4, 2017, p. 1083. (traducción del autor)

<sup>47</sup> Véase: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/7 (1969), 1155 U.N.T.S. 3 de mayo de 1969. Artículos 31 al 33.

básicas de interpretación; indicando que todo tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que se le hayan atribuido a sus términos y según su objeto y fin<sup>48</sup>. Esta es una de las provisiones más utilizadas por los tribunales de derechos humanos para sustentar su actividad interpretativa; sin embargo, el énfasis se pone normalmente en la sección que dispone que la interpretación debe realizarse según el objeto y fin del tratado y, no tanto en la sección que dispone que aquella, debe realizarse teniendo en cuenta el sentido corriente de sus términos. Esto genera una serie de problemas. El principal se encuentra relacionado con el hecho de que, en materia de derechos humanos, la terminología utilizada es generalmente abstracta. Dado ello, si el objeto y fin del tratado es el elemento a tener en cuenta (en detrimento de los otros elementos mencionados en la CVDT), aquello podrá ser utilizado para interpretar irrestrictamente el contenido de las provisiones de aquellos instrumentos. Lo que debería recordarse es que, aunque el contenido de aquellos derechos, muchas veces son formulados de forma abstracta, estos aun forman parte del Derecho Internacional y –por lo mismo–, contienen límites. Los Estados han sido precavidos y han establecido marcos convencionales supranacionales de derechos humanos que, si bien pueden ser controlados por órganos internacionales, al final no deben desvirtuar sus ordenamientos constitucionales.

Por ejemplo, la CADH establece que «(l)os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella (...)»<sup>49</sup>. Esto hace que la CADH sea un instrumento de derechos humanos cerrado. La forma como se encuentra estructurada la CADH (y otros instrumentos similares de derechos humanos) apunta a una enumeración expresa y detallada de los derechos, a los que los Estados se comprometen a proteger. En realidades diferentes a las del Derecho Internacional, como el derecho interno, el reconocimiento de derechos similares (derechos fundamentales) es el más amplio posible. En aquellos casos, los Estados se comprometen a garantizar los derechos expresados en sus cartas, así como cualquier otro derecho que pudiese existir y que pudiese derivar de la dignidad de las personas. Es por ello que en diversos textos constitucionales de nuestra región (y del mundo) se incluye un reconocimiento a la dignidad de las personas, como directriz funcional del Estado<sup>50</sup>, o –bien–,

<sup>48</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *op. cit.*, nota: 7. Artículo 31.

<sup>49</sup> *Ibid.*, Artículo 1, numeral 1.

<sup>50</sup> Por ejemplo, en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993; en el artículo 11, numeral 7 de la Constitución de Ecuador de 2008; artículo 94 de la Constitución de Colombia de 1991; artículo 5 de la Constitución de Chile de 2010, etc. La dignidad también es reconocida



se dispone que los derechos ahí enumerados no excluyen otros que pudiesen ser reconocidos en favor de las personas<sup>51</sup>. Con la inclusión de la dignidad humana (o bien del carácter abierto de las normas fundamentales) se permite que los tribunales estatales puedan desarrollar el derecho constitucional de forma progresiva. Ello implica el reconocimiento de una amplia capacidad de interpretación constitucional en favor de los tribunales domésticos. Esto no ocurre en los instrumentos internacionales. Estos deben ser interpretados como instrumentos particulares y cerrados.

Por ello mismo, es que se hace uso de un lenguaje preciso, con provisiones de diferente índole. Esto no implica que no pueda existir una ampliación del contenido incluido en los tratados de derechos humanos, pues ello es indispensable con el pasar del tiempo; sino, que aquella ampliación no debería significar la creación de un contenido sin vínculo alguno con las provisiones establecidas por los Estados signatarios. Existe, pues, una diferencia entre una interpretación expansiva de disposiciones de derechos humanos y la creación enteramente nueva de disposiciones que no pueden ser razonablemente reconducidas al instrumento bajo interpretación<sup>52</sup>. Por ejemplo, en la CADH, la interpretación de los derechos reconocidos tiene límites claros. Si bien encontramos el principio *pro homine* en su artículo 29 (y otros criterios importantes de interpretación aplicables a la CADH) al mismo tiempo, en aquella sección (normas de interpretación), encontramos el artículo 31, señalando que, «(p) odrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77»<sup>53</sup>. Ya hemos hecho referencia a los artículos 76 y 77, los cuales establecen vías específicas para la enmienda de la Convención. Por esto mismo, aunque la actividad interpretativa es amplia en el campo de los derechos humanos, ésta tiene límites, siendo una de ellas, ser reconducida a procedimientos específicos, cuando aquella genera contenido nuevo.

---

como elemento teórico en ciertos instrumentos internacionales y en otros órdenes constitucionales estatales en diferentes partes del globo. Sobre esto, véase: MCCRUDDEN, C., «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 4, 2008, pp. 655-724.

<sup>51</sup> Por ejemplo, en el artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994; en el artículo 94 de la Constitución de Colombia de 1991; artículo 45 de la Constitución de Paraguay de 1992, etc.

<sup>52</sup> Sobre el tema de la interpretación de los derechos humanos, véase: MEDINA, C., «The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?», en *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Dinah Shelton (ed.), 2013. pp. 649-669.

<sup>53</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos..., *op. cit.*, nota: 7. Artículo 31.

Aun así, la Corte Interamericana ha introducido terminología y conceptos por vía interpretativa que rompen con los límites que todo producto convencional posee. Por ejemplo, la Corte al interpretar el contenido expreso de ciertos derechos de la CADH (como el derecho a la vida), ha incluido terminología que le permite ejercer una actividad interpretativa tan amplia como aquellas que llevan a cabo los tribunales domésticos. Por ejemplo, la Corte ha reconocido el derecho a la vida digna. La primera vez que ésta reconoció ello fue en el caso «Niños de la Calle vs. Guatemala»<sup>54</sup> y su sentido ha venido ampliándose progresivamente, hasta incluir una serie de obligaciones para los Estados parte de la CADH, como el derecho a la salud, agua, educación, entre otros<sup>55</sup>. La razón que le ha permitido a la Corte esa expansión, es que el término «digna» en conjunción con 'vida', permite incluir una enorme cantidad de contenido en la Convención. De forma más precisa, obligaciones que razonablemente no se desprenden de lo establecido expresamente en ella, como son los derechos económicos, sociales y culturales. Como recuerda McCrudden, el rol que presenta el término «dignidad» (tal y como es usado en diferentes decisiones judiciales internacionales) es el de ayudar en la identificación de un catálogo de derechos específicos. Aquel catálogo no es cerrado, y el principio general puede seguir generando más derechos con el tiempo en tanto sus implicaciones son mejor entendidas, o cambian con el tiempo<sup>56</sup>. En ese sentido, habiéndose introducido ese término, se vuelve difícil defender que la vida digna de una persona no incluye elementos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, surge la interrogante de si los Estados realmente tuvieron la intención de incluir un concepto tan abierto, como el de dignidad dentro de la CADH, para que aquella com-

---

<sup>54</sup> En aquella oportunidad, la Corte Interamericana señaló que: *«El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él»*. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Para. 144.

<sup>55</sup> Al respecto, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Instituto de Educación del Menor» vs. Paraguay. Sentencia del 02 septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Comunidad Indígenas Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas); entre otros.

<sup>56</sup> MCCRUDDEN, Christopher «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights»..., *op. cit.*, p. 681 y ss. Nota: 50.

binada (o no) con los derechos expresamente acordados en aquel instrumento, fuese controlada por la Corte. Si se acepta esto sin mayores recaudos, entonces la Corte habría incluido un término que le permite expandir sin límite las obligaciones de los Estados. Esto no solo implica una ampliación de obligaciones, sino la creación de un orden legal que –potencialmente–, lo puede abarcar todo. Con ello, la diferenciación entre los órdenes constitucionales de los Estados parte, y el orden legal interamericano empieza a difuminarse. Como resultado, encontramos una superposición cada vez más evidente entre el contenido de la CADH (y lo que la Corte Interamericana considera debería incluir) y las áreas que deliberadamente fueron dejadas de lado por los Estados signatarios (para ser reguladas exclusivamente por sus órdenes constitucionales).

Con la aceptación fáctica (al día de hoy) de que los jueces de la Corte Interamericana pueden interpretar un concepto como el de «vida digna», en combinación con la prevalencia que la CADH tiene respecto al derecho interno de los Estados, es que algunos han comenzado a considerar que el Estado constitucional de derecho está transitando hacia un Estado convencional de derecho (en los Estados)<sup>57</sup>. La cada vez mayor referencia al SIDH como un *ius commune interamericano*<sup>58</sup> y la Corte como una suerte de tribunal constitucional de dicho cuerpo legal<sup>59</sup>, solo añade mayores problemas de superposición entre

<sup>57</sup> Una razón para ello –según este punto de vista–, es que las decisiones de la Corte Interamericana (en esta materia), han sido después de todo aceptados uniformemente por los Estados parte de la CADH. Y, según dispone el artículo 31, numeral 3, literal b) de la CVDT (respecto a la interpretación de los tratados): «3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: (...) b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado*». Ciertamente es discutible que se cumpla estrictamente con lo dispuesto en aquella provisión, en el caso de la noción de vida digna por parte de la Corte; sin embargo, tampoco se puede excluir del todo.

<sup>58</sup> Sobre el uso del término dentro de la Corte Interamericana y sus potenciales efectos, véase: CONTRERAS VÁSQUEZ, P., «Notas sobre el Corpus Juris Interamericano», en *Control de Convencionalidad, Corpus Iuris y Ius Commune Interamericano*, Humberto Nogueira y Gonzalo Aguilar (coord.), 2017, pp. 145-157.

<sup>59</sup> Por ejemplo, Faúndez Ledesma, haciendo aquel paralelismo (al analizar las atribuciones de la Corte al emitir opiniones consultivas) indica que: «*En este último caso, la opinión recae sobre la legislación interna; pero el pronunciamiento sobre la compatibilidad o incompatibilidad de esa legislación con las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de la Convención, tiene un carácter definitivo y concluyente, que el Estado no puede ignorar. (...) En el ejercicio de esta competencia, la Corte opera como una especie de tribunal constitucional, encargado de interpretar la Convención u otros tratados de derechos humanos y, a requerimiento de los Estados, encargado de pronunciarse sobre la medida en que la legislación nacional se ajusta a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos*». Véase: FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos – Aspectos Institucionales y Procesales* 2da Ed., San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999. p. 608.

los órdenes constitucionales domésticos y el orden interamericano. Sea que se acepte o no aquello, esto genera tensiones importantes. Por un lado, una cada vez mayor autopercepción de la Corte Interamericana de poseer la legitimidad de proyectar sus decisiones (con cada vez mayor contenido auto-identificado jurisdiccionalmente) sobre los ordenamientos nacionales, las cuales tendrán que ser aplicadas de forma directa en aquellos (derivado de teorías controversiales como el del control de convencionalidad)<sup>60</sup> y –por otro lado– cierto descontento proveniente de los Estados parte de la CADH, sobre el ejercicio que viene desarrollando la Corte. La teoría del control de convencionalidad no puede dejar de tenerse en cuenta, pues ha sido reiterado en la Opinión Consultiva. La Corte Interamericana ha indicado que, «(...) *la Corte estima necesario (...) que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de la que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*»<sup>61</sup>. Esto genera otra serie de incógnitas. Por ejemplo, cuál es la naturaleza exacta de las opiniones consultivas de la Corte y, si reamente aquellas carecen de obligatoriedad, o si estas han mutado hacia una suerte de vehículo vinculante por el cual puede establecerse criterios generales para todos los Estados parte de la CADH (en especial, para aquellos sujetos a la jurisdicción de la Corte).

Ahora bien, habiendo indicado que la vía interpretativa ha sido usada normalmente por la Corte para identificar obligaciones nuevas, y que la vía de referirse a normas consuetudinarias generaría complicaciones; debemos preguntarnos: ¿qué camino concreto siguió la Corte Interamericana en el caso de la Opinión Consultiva?

Como indicamos, la metodología seguida por la Corte para identificar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos y el medio am-

---

<sup>60</sup> Respecto a la doctrina del control de convencionalidad, véase: Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la Sentencia del Caso Mack Chang vs. Venezuela. 25 de noviembre de 2003; SAGUES, N., «Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad», *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n° 1, 2010, pp. 117-136; HITTERS, J.C., «Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n° 2, 2009, pp. 109-128; FERRER MAC-GREGOR, E., «Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights», *AJIL Unbound*, vol. 109, 2015, pp. 93-99.

<sup>61</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 26.

biente, es un tanto dispersa. Aun así, puede observarse una tendencia de justificar aquellas obligaciones (o desde otro ángulo aquellos derechos) tanto desde un enfoque que sustenta la presencia de contenido consuetudinario, convencional consuetudinario, como contenido formulado por vía interpretativa.

Por ejemplo, en lo referido al derecho a un medio ambiente sano, la Corte sustentó la inclusión de aquel derecho, al interpretar el artículo 26 de la CADH. Esta referencia se hizo después de mencionar el artículo 11 del Protocolo de San Salvador; sin embargo, al no tener competencias para resolver contenciosamente casos que provengan de este último instrumento (salvo dos derechos precisos), decidió sostener que el derecho a un medio ambiente sano se encontraba consagrado en el artículo 26. Pero, en su argumentación la Corte no se desliga del uso de fórmulas vinculadas a sostener la existencia de normas consuetudinarias. Es así que la Corte enseguida señala que,

«(e)ste Tribunal resalta que el derecho a un medio ambiente sano está reconocido explícitamente en las legislaciones internas de diversos Estados de la región, así como en algunas normas del corpus juris internacional, adicionales al Protocolo de San Salvador mencionados previamente (...), tales como la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudoeste Asiático y la Carta Árabe de Derechos Humanos»<sup>62</sup>.

Como puede observarse, la Corte formula un razonamiento que habitualmente se asocia a la demostración de la existencia de normas consuetudinarias (por ejemplo, referencias a la recepción de derechos en el ámbito interno estatal, o la presencia de instrumentos internacionales que proclamarían aquellos derechos). Sin embargo, ello no es consistente con la referencia que se hace del artículo 26 de la CADH, pues si el sustento de un derecho a un medio ambiente sano<sup>63</sup> es el propio texto convencional, referencias externas para

<sup>62</sup> *Ibid.*, Para. 58.

<sup>63</sup> En ese sentido, la Corte recordó que en el contexto del SIDH, el derecho a un medio ambiente sano se encuentra consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, el cual dispone que, «1. *Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.* 2. *Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*» (art. 11. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). 17 de noviembre de 1988). Además, agregó que aquel derecho, también se encuentra reconocido en la CADH, específicamente, en su artículo 26, el cual dispone que las partes se comprometen a adoptar dis-

sustentar su existencia y control estarían de más (salvo que aquellas referencias sean puramente efectista, para así legitimar su inclusión dentro de la Convención). Ahora, debe resaltarse que la Corte Interamericana puede interpretar otros instrumentos además de la CADH por vía consultiva –pues– como la misma ha indicado en su Opinión Consultiva OC-1/82<sup>64</sup>,

«(e)l artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente. (...) El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora»<sup>65</sup>. Aún más, la Corte en aquella opinión añadió que, «(...) el propio texto del artículo 64 de la Convención, el objeto y fin de la misma, las normas de interpretación consagradas en el artículo 9, la práctica de la Comisión y los trabajos preparatorios, están todos orientados unívocamente en el mismo sentido. No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también parte de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicio de éste»<sup>66</sup>.

Si bien esto implica una competencia amplia a favor de la Corte, para que la misma pueda recibir solicitudes de opiniones consultivas, esto hace referencia a los instrumentos que podría analizar a solicitud de un Estado o de un órgano legitimado para activar aquel servicio; diferente es el hecho de que, una vez solicitada la interpretación de un instrumento particular (por ejemplo la CADH), ésta pueda, en base a otros instrumentos de derechos humanos, expandir el contenido del primero (la Convención). En el caso que venimos

---

posiciones a nivel interno y mediante cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como de los criterios establecidos en el artículo 29 de la CADH.

<sup>64</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 «Otros Tratados» Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos solicitada por el Perú). del 24 de setiembre de 1982. Para. 14.

<sup>65</sup> *Ibid.*, Para. 58.

<sup>66</sup> *Ibid.*, Para. 48.

analizando, la salvaguarda indicada debió seguirse, pues el Estado colombiano solicitó una interpretación precisa de la CADH. Por consiguiente, las conclusiones a las que la Corte llega afectan la comprensión que se haga de aquel instrumento, y –por ende– tendrá efectos para los otros Estados que son parte del mismo.

Sea como fuese, y volviendo al caso del derecho a un medio ambiente sano, la Corte Interamericana no incluyó la misma por medio de una interpretación expansiva de disposiciones previamente amplificadas (por ejemplo, por vía de una interpretación extensiva del derecho a la vida, entendido como vida digna), sino que interpretó extensivamente una nueva disposición; en este caso, el artículo 26 de la CADH. Esto queda claro cuando la Corte indica que, «(...) *el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal*»<sup>67</sup>. En este punto, una pregunta válida es: ¿Por qué la Corte (con el fin de incluir el derecho a un medio ambiente sano en la CADH) no acudió al contenido ya amplificado del derecho a la vida (digna), o porque no expandió el contenido de otros derechos expresamente presentes en la Convención, en tanto conexos con el derecho a un medio ambiente sano? La razón pareciera radicar, en su decisión de reconocer autónomamente el derecho a un medio ambiente sano sin los límites que se presentan cuando ésta está asociada con otros derechos humanos (como el derecho a la vida o a la integridad personal). Con ello, la Corte logra llegar a conclusiones un tanto desconcertantes, como que: «(...) *el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos*»<sup>68</sup>. La Corte en este extremo concluye que el derecho a un medio ambiente sano no requiere tan siquiera de un vínculo con la protección del ser humano, sino que incluye una protección

<sup>67</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 63.

<sup>68</sup> *Ibid.*, Para. 6.

al medio ambiente como un fin en sí mismo<sup>69</sup>. Pero aquel último contenido no es propio de los derechos humanos, sino del sistema jurídico ambiental internacional.

Dado que la Corte considera que el derecho a un medio ambiente sano (en el marco de la CADH) incluye contenido puramente ambiental; debemos preguntarnos: ¿Está queriendo decir la Corte, que podría controlar temas ambientales en general? Esto no es razonable, pues llevaría a una serie de acciones *ultra vires* de su parte, haciendo transmutar las siglas de la Convención Americana de Derechos Humanos al incorporar asuntos distintos a lo puramente vinculado al individuo. ¿Entonces, por qué la Corte indica ello? No encontramos razón alguna.

Y si la idea era utilizar la subsunción del derecho a un medio ambiente sano dentro del artículo 26 de la CADH, con el fin de facilitar el reconocimiento de un derecho amplio al medio ambiente (no constreñido por su vinculación con el derecho a la vida, integridad personal, etc.) esto no logró librarle de cuestionamiento a su interior. Por ejemplo, los jueces Grossi y Sierra adjuntaron votos individuales indicando ciertas discrepancias. El juez Grossi –aunque concordó con lo indicado en la Opinión– discrepó respecto al tratamiento dado en lo relativo al artículo 26, en el sentido de que aquel incluía derechos económicos, sociales y culturales. Sobre este punto, aquel juez sostuvo que aquella disposición no se refiere a tales derechos, sino a los que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, y que lo que dispone el artículo 26 es la obligación de adoptar medidas en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos; todo ello, en la medida de los recursos disponibles estatales<sup>70</sup>. En ese sentido, el juez Grossi concluye que, «(...) *si bien esos derechos existen, no*

---

<sup>69</sup> La Corte consideró que se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente en sí mismos, y no solo en su conexidad con la utilidad que pueda tener para el hombre, o por los efectos que pudiese tener en los derechos de las personas (salud, vida, integridad personal). En esos casos, la protección se realiza por «(...) *su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos*» (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 62). Teniendo en cuenta lo antes indicado, la Corte concluyó que el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo, es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 63).

<sup>70</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 017. Voto Individual Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi. Para 3.



son susceptibles de ser judicializados ante la Corte (...)»<sup>71</sup> y que «(...) al interpretar la Convención, se debe procurar no dejar margen alguno para que se perciba que, en alguna medida, se estaría alterando el principio de que ningún Estado puede ser llevado a un tribunal internacional sin su consentimiento»<sup>72</sup>. Por su lado, el juez Sierra indicaría que, si bien estaba de acuerdo con la Opinión Consultiva, discrepaba en lo relativo a la justiciabilidad del derecho al medio ambiente sano, sobre la base del artículo 26 de la CADH. El juez Sierra indicó que «(...) la (...) Opinión Consultiva no era la oportunidad para emitir un pronunciamiento sobre la posibilidad de exigir eventuales violaciones a derechos económicos, sociales y culturales de forma directa a través del artículo 26 de la Convención Americana»<sup>73</sup>. Como bien indica el juez, la Corte Interamericana decidió determinar la justiciabilidad del derecho a un ambiente sano de forma autónoma, aun cuando la consulta de Colombia estaba directamente vinculada con los derechos a la vida e integridad personal.

Esto implica que la decisión de la Corte terminó incluyendo reflexiones completas que no estaban relacionadas a la consulta original. Esto es lo que llevaría al juez Sierra, a calificar la sección donde la Corte analiza el artículo 26 de la CADH (donde se reconoce el derecho a un medio ambiente sano autónomamente) como *obiter dicta*. Esto último plantea mayores dudas, como, si es posible que una Opinión Consultiva (que en sí, no tiene una naturaleza obligatoria)<sup>74</sup> pudiese contener secciones de naturaleza *obiter*. Y, en caso no existiese tal posibilidad: ¿Qué significa que un juez de la Corte califique ciertas secciones de la Opinión Consultiva como *obiter dicta*? O es que ¿una Opinión Consultiva sí tiene efectos vinculantes y, por consiguiente, es posible que ciertas secciones de ella carezcan de vinculatoriedad? En un inicio, la Corte Interamericana no fue totalmente clara en este punto. En su Opinión Consultiva OC-1/82 indicó que, «(n)o debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención»<sup>75</sup>; sin embargo, en su Opinión Consultiva OC-15/97 añadiría que, «(...) aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso,

---

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibid.*, Para. 4.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82..., *op. cit.*, Para. 51. Nota: 64.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

*tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables»<sup>76</sup>. Tiempo después, en sus Opiniones Consultivas OC 21/14 y OC 22/16 dejaría constancia expresa de la conceptualización que las mismas tendrían, desde aquel momento; al indicar que,*

«(...) la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención (...) dicho tratado obliga a todos sus órganos (...). Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva (...)»<sup>77</sup>.

Esto implica que, en la práctica, la Corte entiende que sus opiniones consultivas si presentan efectos vinculantes para los Estados, al ser de cumplimiento obligatorio, para los diferentes órganos Estatales, por medio del control de convencionalidad; sin embargo, debe enfatizarse que ésta arriba a semejante conclusión, por medio de la aplicación de una doctrina que no está libre de cuestionamientos. La Corte –pues–, con el fin de hacer vinculante lo que por naturaleza no es vinculante, hace uso de una teoría que –igualmente– carece de reconocimiento expreso de los Estados.

Ahora bien, asumiendo que lo indicado por la Corte en ese sentido es irreversible, tendremos que las decisiones consultivas en el marco del SIDH, adoptan contornos singulares (especialmente, al comparar sus efectos ‘reformulados’ con las que tienen las sentencias de la Corte). En ese sentido, no queda más alternativa que concluir que las opiniones consultivas del SIDH no solo tendrán vinculatoriedad sino que tendrán efectos normativos particulares, pues mientras que en una sentencia la interpretación de la Convención se encuentra matizada y constreñida por un caso concreto (el cual lo lleva a

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-15/97 (Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el Estado de Chile. 14 de noviembre de 1997. Para. 26.

<sup>77</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014 (solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay). Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional y Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016 (solicitada por la República de Panamá). Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del Artículo 1.2, en Relación con los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador).

expedir una decisión con particularidades específicas) una opinión consultiva será una elucubración en abstracto, que tendrá efectos directos vía la doctrina del control de convencionalidad, pero que no estará constreñida por hechos, ni por un problema legal concreto; ello equivale a la emisión de opiniones que incluirán conclusiones generales que escapan a toda delimitación por parte de los aplicadores legales en el derecho doméstico. En conclusión, los efectos son inclusive mayores en este último caso.

Ahora bien, si las opiniones consultivas tienen o no carácter obligatorio, parecería que ello es un tema que será zanjado, antes que por una teorización artificiosa de la Corte, por la realidad. Solo los Estados harán que ello sea –en efecto–, algo realizable; y para determinar si esto es así o no, se requerirá –por ejemplo– de una revisión pormenorizada de la implementación judicial de aquellas decisiones a nivel interno, lo cual rebasa los propósitos de este artículo. Creemos que, aun el tema está lejos de estar zanjado y los límites de estos pronunciamientos deben estar abiertos a discusión.

Ahora bien, lo que importa indicar en este momento, es que si una opinión consultiva no tiene efectos vinculantes, el reconocimiento de un poder amplio en relación a su formulación en favor de la Corte Interamericana, no constituiría una amenaza para los Estados; sin embargo, si los efectos de una opinión consultiva son relativamente vinculantes (o completamente vinculantes) su ejercicio deberá ser cauteloso, pues los Estados no podrán evitar sus efectos. Y aun peor cuando aquella interpretación debe ser aplicada directamente por los Estados como si éstas formaran parte del texto de la CADH (como es lo que pareciera sugerir la Corte al introducir el tema del control de convencionalidad en esta Opinión)<sup>78</sup>. Así pues, nos enfrentamos a que las opiniones consultivas son herramientas poderosas que requieren salvaguardas importantes.

Una de esas salvaguardas involucra tratar cuidadosamente la interrogante planteada por un Estado o por la Comisión Interamericana. Y es importante subrayar esto, pues aquel cuidado no ha estado totalmente presente en la Opinión bajo análisis (en especial respecto al reconocimiento del derecho a

---

<sup>78</sup> El que una Opinión Consultiva pueda ser tomada en cuenta para el ejercicio del control de convencionalidad constituye aún hoy un tema debatible. Véase: LONDOÑO-LÁZARO, M.C. y CARRILLO-SANTARELLI, N., «The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 22, n. 1, 2019, pp. 330-331.

un medio ambiente sano, en aplicación del artículo 26 de la CADH). Por ello, el juez Sierra en su voto indica que en la Opinión Consultiva se observa la intención de concluir que el derecho a un medio ambiente sano es justiciable en casos contenciosos, en virtud del artículo 26 de la CADH, aun cuando la pregunta realizada por Colombia se limitaba a la interpretación de las obligaciones relativas al derecho de la vida e integridad personal reconocidas en la CADH<sup>79</sup>. Como bien indica Sierra,

«(a)l incorporar consideraciones sobre la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano, en particular, o sobre derechos económicos, sociales y culturales, en general, se excede del objeto del debate de la Opinión Consultiva, sin haber concedido oportunidad alguna a los intervinientes en el trámite de la Opinión Consultiva de presentar argumentos a favor o en contra de dicha consideración»<sup>80</sup>.

En ese sentido, el juez Sierra disiente respecto a la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano, «(...) *toda vez que excedía la competencia de la Corte para el caso en concreto*»<sup>81</sup>. Cabe acotar aquí que, después de la emisión de la Opinión Consultiva bajo análisis, la Corte –por vía contenciosa– refrendó su postura de reconocer ciertos derechos económicos, sociales y culturales, por vía de la interpretación expansivamente del artículo 26 de la Convención, desembocando posteriormente, en el reconocimiento de la protección a un medio ambiente sano. Aquel ejercicio y su trascendencia, deben –no obstante– ser matizadas.

Debe recordarse que la expansión interpretativa que ha permitido la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales (por vía del artículo 26 de la Convención) se inició en 2017, con la sentencia en Lagos del Campo vs. Perú<sup>82</sup>, para luego pasar por una seguidilla de decisiones similares<sup>83</sup>, hasta

<sup>79</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017. Voto Concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto. Para. 5.

<sup>80</sup> *Ibid.*, Para. 7.

<sup>81</sup> *Ibid.*, Para. 8.

<sup>82</sup> Sentencia en donde se reconoce la aplicación del artículo 26 de la CADH, para incorporar el reconocimiento directo de derechos laborales. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia del 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>83</sup> Véase: Sentencia en el caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú de 2017, donde se reconocen derechos labores en aplicación del artículo 26 de la CADH (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú. Sentencia del

llegar a los casos de los Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares vs. Brasil, y el caso Nina vs Perú, ambos de 2020<sup>84</sup>. En este lapso, el artículo 26 de la CADH ha sido entendido como capaz de contener directamente derechos económicos, sociales y culturales, independizando con ello, la aplicabilidad de esos derechos de su conexión con los derechos a la vida, propiedad u otros; sin embargo, solo en el año 2020, en el caso Lhaka Honhat vs. Argentina<sup>85</sup> (Lhaka Honhat) es que se dejaría constancia de que aquella disposición incluía específicamente la protección ambiental. Esta reciente decisión de la Corte Interamericana podría llevar a pensar, erróneamente, que las consideraciones que hemos realizado respecto a la Opinión Consultiva, estarían superadas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la única sentencia (decisión contenciosa) que existe por el momento, reconociendo derechos ambientales en conexión directa con el artículo 26, es el caso Lhaka Honhat, en donde se logró identificar –entre otros– obligaciones estatales para la protección del derecho a un ambiente sano, incluyendo medidas de garantía y protección (como la obligación de los Estados de llevar adelante medidas necesarias *ex ante* a la producción del daño ambiental mediante la implementación de un estándar de debida diligencia; lo cual implicaría regular, supervisar –fiscalizar y requerir EIAs, establecer planes de contingencia y mitigar en casos de ocurrencia de

---

23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Sentencia en el caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, donde se reconocen derechos a la salud, en aplicación del mismo artículo (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Sentencia del 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas) y Sentencia en el caso Hernández vs. Argentina, donde se reconocen derechos a la salud, en aplicación del mismo artículo (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hernández vs. Argentina. Sentencia del 22 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>84</sup> En la sentencia del caso de la Fábrica de Fuegos Artificiales, se reconoce la aplicación del artículo 26 de la CADH para incorporar el reconocimiento de derechos laborales como el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo (Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares vs. Brasil. Sentencia del 15 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Por su parte, en el caso Nina vs. Perú, se reconocen derechos laborales y al trabajo en su vertiente de estabilidad laboral, en aplicación del artículo 26 de la Convención (Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nina vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>85</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia del 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas).

daño ambiental—<sup>86</sup>. En contraposición a ello, la Opinión Consultiva incluye un contenido mucho mayor, siendo —aún al día de hoy— el único pronunciamiento de la Corte, en una serie de materias ambientales conectadas con los derechos humanos. Como ya hemos indicado, debido a los efectos especiales que presentan las opiniones consultivas en el SIDH, aquellas materias objeto de pronunciamiento en la Opinión Consultiva que no han sido parte del pronunciamiento de la Corte en el caso Lhaka Honhat, siguen siendo vinculante solo por metido de la primera. En segundo lugar, como ya hemos indicado, una sentencia de la Corte tiene límites que emergen por los supuestos facticos que el caso entraña. Teniendo en cuenta ello, debe recordarse que hasta el momento prácticamente todos los casos donde la Corte se ha pronunciado respecto a elementos ambientales (en aplicación directa del artículo 26 o en conexión con el derecho a la vida, integridad o propiedad) han sido emitidos en conexión a casos de pueblos indígenas. En ese sentido, decisiones como las de Lhaka Honhat (referido a un conglomerado de pueblos indígenas en Argentina) hace referencia específica a los derechos medioambientales de estos grupos, mientras que la Opinión Consultiva sigue siendo —hasta hoy—, el único pronunciamiento general aplicable tanto para pueblos indígenas, como para la sociedad general en lo que respecta al vínculo entre derechos humanos y el medio ambiente. En líneas subsiguientes ejemplificaremos lo indicado aquí.

Regresando a la Opinión Consultiva materia de análisis, la Corte además recordaría que los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos, pues el pleno disfrute de estos depende de un medio ambiente propicio. En base a ello, la Corte procede a analizar los derechos reconocidos en la CADH y su vinculación con aspectos ambientales (ahora, fuera del artículo 26 de la CADH). Así, estima que una serie de derechos se encuentran vinculados al medio ambiente, como el derecho a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, derecho a la propiedad, entre otros. La Corte recuerda que ésta ya ha exigido la protección del medio ambiente como una condición para la vida digna y la integridad personal<sup>87</sup>. Es en este momen-

<sup>86</sup> *Ibid.*, Paras. 202-209.

<sup>87</sup> La Corte pasa a determinar el contenido específico de las obligaciones vinculadas al deber de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal, en el contexto de la protección del medio ambiente. Como primer paso, la Corte indicó que, si bien cada uno de los derechos contenidos en la CADH presenta un ámbito, sentido y alcance propio, existe una estrecha relación entre el derecho a la vida (vida digna) o el derecho a la integridad personal, con la protección al medio ambiente; por lo que pasaría a determinar las obligaciones estatales referidas a ambos derechos, en tanto pudiesen resultar afectados por daños al medio ambiente. (Corte

to que se observa el uso del recurso interpretativo del término «vida digna» con el fin de incorporar obligaciones medio ambientales. Sin embargo, la referencia que la Corte hace al tratamiento por ésta realizado previamente (entre la vida digna y la protección del medio ambiente) no es tan contundente como parece. Con dicha referencia, la Corte considera que el vínculo entre ambos conceptos ya está efectuado en el SIDH; sin embargo, ello no es así. La Corte olvida mencionar (más allá de pies de páginas) que esa conexión fue realizada específicamente para el caso de pueblos indígenas<sup>88</sup>.

Por consiguiente, una explicación detallada de la relación entre las obligaciones de protección del medio ambiente y los derechos humanos (en general, para todas las personas y no solo para los pueblos indígenas) debió haber sido ofrecida. Lamentablemente, ese extremo de la Opinión carece de una explicación clara que indique las consideraciones sobre el contenido que tendría el derecho

---

Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 114). La Corte sostuvo que la protección de los derechos humanos conlleva la restricción del ejercicio del poder estatal. En ese sentido, indicó que los Estados deben abstenerse de: a) Realizar cualquier práctica que niega o restringe el acceso en condiciones de igualdad a los presupuestos de una vida digna (como son el agua, la alimentación adecuada, entre otros) o, b) Contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que resultase afectando las condiciones que permiten la vida digna de las personas. Además, la Corte consideró la existencia de una segunda obligación (de garantía), el cual implica que los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida e integridad. En esos casos, la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas en su jurisdicción, abarcando –además–, el deber de prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. Es decir, el Estado puede ser responsable por las violaciones de los derechos humanos cometidos por particulares. En relación a esto y, en el marco de la protección del medio ambiente, la Corte consideró que la responsabilidad internacional del Estado derivada de la conducta de terceros, puede originarse por la falta de regulación, supervisión o fiscalización de las actividades que causen daño al medio ambiente. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 119).

<sup>88</sup> Por ejemplo, se hace referencia a una serie de sentencias emitidas en aquella materia (por ejemplo, el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*; *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*; *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, entre otras decisiones) (Vease: *Caso Comunidad Indígenas Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Kawas Fernandez vs. Honduras*. Sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)); y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) – Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del 30 de diciembre de 2009 (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09) o la Resolución de la Asamblea General de la OEA – Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas del 3 de junio de 2008 (AG/RES. 2429 (XXXVIII/O/08)).

a la vida en relación al medio ambiente cuando la misma se refiere a todas las personas en la jurisdicción de un Estado parte de la CADH. La Corte se limitó a indicar que existen ciertas condiciones que deben asegurarse en base al concepto de vida digna, como la salud, alimentación, derecho al agua, entre otros (utilizando para ello, los mismos fundamentos que usó en los casos resueltos para los pueblos indígenas). Sea como fuese, esto no detuvo a la Corte para determinar –en base a ello– diferentes obligaciones generales. Por ejemplo, encuentra, en la relación del derecho a la vida (digna) e integridad personal y el medio ambiente, obligaciones de debida diligencia. Según la Corte, esto generaría ciertas obligaciones concretas como la: a) Obligación de Prevención, b) Obligaciones vinculadas al Principio de Precaución, c) Obligación de Cooperación y d) Obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente.

De cada una de ellas, la Corte estableció obligaciones más concretas, como: i) El deber de regulación, ii) Obligación de Supervisar y Fiscalizar, iii) Obligación de requerir y aprobar EIAs, entre otros.

En este espacio no vamos a analizar a detalle las obligaciones identificadas por la Corte; solo ejecutaremos una corroboración de si han sido formuladas adecuadamente de forma general.

Al respecto, creemos que lo que la Corte ha efectuado:

a) Ha ido más allá de sus competencias<sup>89</sup>. A decir verdad, ha entrado a establecer obligaciones de carácter puramente ambiental. Y, aunque es cierto que muchas de esas obligaciones pueden tener cierto vínculo con el derecho a la vida, integridad personal, incluso propiedad, la conexión entre esos derechos y las obligaciones medio ambientales, debe ser prudente. La CADH no contiene derechos ambientales expresos –por consiguiente– la Corte debió haber sido cautelosa al momento de identificar obligaciones de ese tipo. No puede, pues, en el marco de una Opinión Consultiva integrar derechos que se encuentran en instrumentos fuera de su competencia contenciosa (por ejemplo, disposiciones del Protocolo de San Salvador). En la Opinión se observa que los recaudos en este sentido fueron dejados de lado. Y, dado que la Corte ha vinculado previamente al derecho a la vida, derechos como a la alimentación, salud, agua, entre otros, las obligaciones ambientales que identifica en

---

<sup>89</sup> Véase, por ejemplo, la opinión de Vitolo: VITOLO, A., «El Valor de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Luz de las OC-21/14 y 23/17 (El ‘Canto del Tero’ u ‘Otro Ladrillo más en la Pared de la Doctrina del ‘Control de Convencionalidad’)\», *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, n. 1, 2020, pp. 193 y ss.



conexión ésta, interpretación, terminó involucrando una plétora de obligaciones (que se manifiestan en prácticamente todo ámbito) y que no puede creerse razonablemente fueron asumidas (explícita o implícitamente) por los Estados al momento de celebrar la CADH.

b) Pero, esto no solo representa un ejercicio que podría afectar a los Estados (al verse controlados respecto a obligaciones que no asumieron originalmente), también impone una carga en la propia Corte que difícilmente podrá hacer frente<sup>90</sup>. Las obligaciones a las que hace referencia la Corte solo podrían ser controladas adecuadamente si aquella logra entender y resolver formulaciones ambientales complejas. Y esto en el marco de los derechos humanos, crea una serie de problemas.

El Derecho Internacional ambiental se sustenta en la ciencia y la técnica, siendo ello esencial para determinar el contenido de las obligaciones en aquella materia. Por esto mismo, aquellas obligaciones requieren de una terminología concreta y específica, que permita clarificar el contenido a lo que los Estados se comprometen; por su parte, los derechos humanos se concretizan en fórmulas abstractas, que permiten la mayor protección de los individuos. Esto, como puede percibirse, genera complicaciones cuando se produce el interrelacionamiento entre ambos cuerpos legales. En la Opinión Consultiva se puede observar aquel problema; por ejemplo, al tratar de delimitarse el tipo de daño que los Estados están obligados a prevenir.

Como la Corte recordara, el tipo de daño que debe prevenirse (tal y como se establece en el Derecho Internacional general y el Derecho Interna-

---

<sup>90</sup> Por ejemplo, la Corte consideró que para el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la vida e integridad personal de los individuos (en el contexto del respeto a ciertos estándares medio ambientales) los Estados debían cumplir con una serie de obligaciones, los cuales incluían la obligación de prevención, cooperación y obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 125). En relación a las medidas, que los Estados deben aplicar para implementar la obligación de prevención, la Corte señaló que estos deben de usar, todos los medios a su alcance para evitar que las actividades desarrolladas bajo su jurisdicción causen daños significativos en el medio ambiente. Para ello, la obligación debe efectivizarse siguiendo el estándar de debida diligencia. La Corte recordó que no es posible enumerar todas las medidas que debe efectuarse en base a aquellas obligaciones, sin embargo, recordó que incluye (entre otras) el deber de regular; supervisar y fiscalizar; requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; establecer un plan de contingencia y mitigación en caso de ocurrencia de daño ambiental (*ibid.*, *op. cit.*, nota: 1. Para. 145). Con solo ese ejemplo puede observarse que la Corte ahora se ha propuesto a verificar, el cumplimiento de una serie de obligaciones ambientales técnicas, que le obligarán –de insistir con esto– a determinar la pertinencia e idoneidad de instrumentos que escapan por mucho a su especialidad.

cional ambiental) es aquel que es significativo. La razón de la existencia de un daño cualificado en el ámbito ambiental es clara. Toda acción humana genera un impacto ambiental; por consiguiente, las obligaciones que los Estados asumen (o que deberán imponer a los privados bajo su jurisdicción), es respecto a un daño relevante para el medio ambiente. No sería razonable que ante un daño minúsculo, los particulares o los Estados tuviesen que establecer monitoreos. Es por ello que la Corte Interamericana recordó que la CIJ dispuso que existe una obligación de prevención, cuando hay un riesgo ambiental significativo<sup>91</sup>. Sin embargo, la Corte se enfrentó al problema de qué debía entenderse por daño ambiental significativo. La Corte Interamericana no tuvo más solución que adentrarse en el Derecho Internacional ambiental y concluir (en base a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, respecto a la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas), que.

«(...) el término significativo es ambiguo, por lo que es necesario realizar una determinación en cada caso específico. Se debe entender que significativo es algo más que detectable pero no es necesario que sea grave o sustancial. El daño debe conducir a un efecto perjudicial real en asuntos tales como la salud humana, industria, propiedad, medio ambiente o agricultura en otros Estados»<sup>92</sup>.

Sin embargo, ello tampoco aclara el asunto; pareciera que la Corte habiéndose percatado de las complejidades que acarrea introducirse en el ámbito ambiental, prefiere zanjar el asunto indicando que:

«Para esta Corte, cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal, conforme al contenido y alcance de dichos derechos que fue definido previamente (...), debe ser considerado como un daño significativo»<sup>93</sup>.

Con ello se da apariencia de que la Corte –finalmente–, es capaz de ofrecer cierta delimitación a los daños ambientales que generarían la obligación de

<sup>91</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17..., *op. cit.*, nota: 1. Para. 135.

<sup>92</sup> *Ibid.*, Para. 136.

<sup>93</sup> *Ibid.*, Para. 140.

prevención; sin embargo, esto no es así (al menos, no en lo referido a generar una delimitación adecuada), pues los derechos a los que se hace referencia apuntan a aquellos vinculados con el derecho a la vida digna, el cual posee un enorme contenido. En ese sentido, cualquier afectación al medio ambiente que pudiese violar el derecho a la alimentación, agua, salud, entre otros, implicará la presencia de la obligación de prevención. Sin embargo, qué es lo que exactamente hace que una afectación a esos derechos, sea lo suficientemente importante como para que el daño ambiental sea considerado significativo, no aparece en ninguna parte.

Ejemplos, como éste, se producen a lo largo de toda la Opinión consultiva, en lo que respecta al establecimiento de obligaciones de contenido ambiental para los Estados parte de la CADH.

Otro ejemplo, lo podemos observar en el ejercicio que realiza ésta, para extender su jurisdicción a casos de daño ambiental transfronterizo, que hubieran infringido los derechos de la CADH. En su mayor parte, lo indicado por la Corte es adecuado; sin embargo, existen puntos que requieren clarificación. Sin duda, es de destacar la decisión de considerar 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»<sup>94</sup>.

Creemos que es válida esta determinación, por cuanto constituye un ejercicio interpretativo concreto del artículo 1.1. de la CADH, que guarda consonancia con la necesidad de darle contenido al término jurisdicción en el contexto actual de posibles afectaciones medio ambientales y, por cuanto no desvirtúa el sentido corriente del término ni su funcionalidad. Esta es una interpretación novedosa que añade un supuesto adicional al sentido que la frase, «bajo su jurisdicción» tiene en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, e implica un supuesto adicional al de las actividades extraterritoriales (jurisdicción por control efectivo). En este caso, ya no estamos ante un caso

---

<sup>94</sup> *Ibid.*, Para. 101.

tradicional de dicho control, sino en el caso de un nexo de causalidad generado entre el daño producido, las personas afectadas y el origen de aquel daño.

Lo único que habría que añadir es que metodológicamente –nuevamente–, nos encontramos ante inconsistencias; por ejemplo, es claro que la expansión del término jurisdicción ha sido realizada por vía interpretativa (siendo válida); –sin embargo– existe la tendencia de sustentar aquella expansión sobre la base del Derecho Internacional general. La Corte indica que,

«(...) es posible concluir que la obligación de prevenir daños ambientales transfronterizos es una obligación reconocida por el derecho internacional ambiental, por el cual los Estados pueden ser responsables por los daños significativos que se ocasionen a las personas fuera de sus fronteras por actividades originadas en su territorio o bajo su autoridad o control efectivo. Es importante destacar que esta obligación no depende del carácter lícito o ilícito de la conducta que genere el daño, pues los Estados deben reparar de forma pronta, adecuada y efectiva a las personas y Estados víctimas de un daño transfronterizo resultante de actividades desarrolladas en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de que la actividad que causó dicho daño no esté prohibida por el derecho internacional»<sup>95</sup>.

Si bien lo señalado por la Corte es correcto, aquello corresponde a los avances referidos a la responsabilidad internacional del Estado frente a otros Estados, en el contexto del Derecho Internacional general o el Derecho Internacional ambiental<sup>96</sup>; de ahí no deriva automáticamente que en el Derecho Internacional general se reconozcan obligaciones de prevención ambiental que los Estados le deban a los individuos en tanto puedan afectar sus derechos humanos<sup>97</sup>. Tanto es así que –desde el Derecho Internacional general– la

<sup>95</sup> *Ibid.*, Para. 103.

<sup>96</sup> Por ejemplo, la cita que realiza la Corte con ese fin, hace referencia a un instrumento que no es propio de los derechos humanos, sino del Derecho Internacional general y ambiental. Véase: Naciones Unidas. Asamblea General. Resolution adopted by the General Assembly on 6 December 2007. Consideration of Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities and Allocation of Loss in the Case of such Harm. 8 de enero de 2008. A/RES/62/68.

<sup>97</sup> Como recuerda Handl, a la fecha, no ha sido determinado –concluyentemente–, la existencia de un derecho humano al medio ambiente sano consagrado en el Derecho Internacional general y, tampoco puede derivarse de la práctica doméstica de consagrar tales derechos una prueba persuasiva para argumentar la existencia de un principio general del derecho en ese sentido. Véase: HANDL, G., «The Human Right to a Clean Environment and Rights of Nature. Between Advocacy and Reality», en *The Cambridge Handbook of New Human Rights – Recognition, Novelty, Rhetoric*, Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken y Mart Susi (ed.), 2020, p. 144.

responsabilidad por el daño trasfronterizo se produce entre Estados, y serán estos los sujetos activos y pasivos de la relación obligacional, no el individuo. Los casos más conocidos donde fue formulada la responsabilidad del Estado por daños ambientales entre Estados, van desde la sentencia en el caso Chorzow Factory (Alemania v. Polonia) de 1928 (frente al Tribunal Permanente de Justicia Internacional)<sup>98</sup>, hasta el caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Uruguay v. Argentina) de 2008<sup>99</sup> y, la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Ciertas Actividades Desarrolladas por Nicaragua en la Zona de Frontera (Costa Rica v. Nicaragua)<sup>100</sup>. En resumen, no encontramos razón de incluir esta referencia para sostener los alcances amplificados de la jurisdicción del artículo 1.1 de la CADH.

### 3. CONCLUSIONES

En base a lo analizado creemos que buena parte de las observaciones doctrinales iniciales hechas a la Opinión Consultiva han caído en cierta complacencia al no considerar los efectos que ésta puede acarrear dentro del sistema<sup>101</sup>. Creemos que la Opinión, presenta dificultades entremezcladas con potencialidades. Es importante subrayar –una vez más–, el poco tiempo transcurrido desde la emisión de la Opinión; por consiguiente, aún existe la posibilidad que la doctrina efectúe un análisis más detallado de las implicancias de esta decisión. Por nuestro lado, esperamos que este análisis ayude a aquella discusión.

Como nota final, debemos indicar que la problematización que hemos llevado a cabo conlleva a una serie de complejidades adicionales que pueden servir como conclusión a esta contribución. Esa puede ser una hoja de ruta para futuras investigaciones en la materia.

<sup>98</sup> Corte Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment n. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, n. 9

<sup>99</sup> Véase: Corte Internacional de Justicia. Case Concerning Pulp Mills in the River Uruguay. Argentina v. Uruguay. 9 de julio de 2008.

<sup>100</sup> Véase: Corte Internacional de Justicia. Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) (Compensation owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica). 2 de febrero de 2018.

<sup>101</sup> Aun así, hay posiciones que consideran que la Opinión Consultiva ha sido una oportunidad perdida para efectuar aún mayores propuestas novedosas. Véase: RAJKOVIC, N., «From Extraterritoriality to Eco-Territoriality? How Legal Ecology Confronts the Science of Sovereignty's Inscription», *Houston Journal of International Law*, vol. 42, n. 2, 2020, p. 300.

Creemos –pues–, que la Opinión Consultiva nos conduce a plantearnos las siguientes dudas: ¿Cuál es el estado actual de los «derechos humanos y el medio ambiente» en el SIDH? ¿Puede identificarse una técnica adecuada en la formulación de derechos subjetivos en materia de derechos ambientales, en las decisiones dictadas por la Corte Interamericana antes y después de esta Opinión? ¿Ha hecho uso la Corte Interamericana de una técnica adecuada al momento de formular obligaciones ambientales, aplicables a los Estados parte? ¿Se han respetado los criterios técnicos científicos (ambientales y sociales) al formularse obligaciones en la materia; por ejemplo, respecto al momento y forma en que debe exigirse la obtención de un EIA?<sup>102</sup> ¿Puede la Corte Interamericana derivar obligaciones ambientales (o de contenido puramente ambiental) y vinculante para los Estados, aun cuando aquellas obligaciones no han sido incluidas en la CADH? ¿Puede derivar la Corte aquel tipo de obligaciones, de cláusulas que –en estricto–, incorporan derechos civiles y políticos? ¿De poder derivar estos, de derechos civiles y políticos, puede –además– ser controlado por la Corte, es decir, ser objeto de adjudicación por parte de la Corte Interamericana? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál es el estatus de aquellos instrumentos que no forman parte de la competencia contenciosa de la Corte, pero que sirven de inspiración para dar contenido a aquellas últimas obligaciones? ¿Pueden estos instrumentos pasar a ser indirectamente monitoreados por la Corte Interamericana, a pesar de que los Estados no han prestado su consentimiento para que esto se realice? ¿Qué rol tiene el artículo 26 de la CADH? ¿Cuáles son los límites de la actividad interpretativa que tiene la Corte Interamericana, respecto a las disposiciones incluidas en la CADH? ¿Cuáles son los límites que tendrá la Corte respecto a su actividad interpretativa? ¿Puede la Corte expandir derechos, no solo por vía «jurisprudencial» sino también mediante Opiniones Consultivas? ¿Puede la Corte modificar el sentido jurisprudencial establecido previamente sobre una materia, mediante una Opinión Consultiva? ¿Qué elementos críticos sobre lo indicado previamente pueden identificarse en la Opinión Consultiva Opinión Consultiva OC-23/17 sobre «Medio Ambiente y Derechos Humanos»? Creemos que responder estas interrogantes, ayudarán al mejor funcionamiento de la Corte en lo relativo a su labor consultiva.

---

<sup>102</sup> Sobre esto, véase: LOPEZ ZAMORA, L., «El enfoque extractivo del derecho ambiental y los desafíos del concepto de ‘pueblos indígenas’», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º 14, 2014, pp. 301-345.

## 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSTEIN, M., «Top Ten Developments in International Law in 2018». Oxford University Press. Oxford Blog. 31 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://blog.oup.com/2018/12/top-ten-developments-international-law-2018/>.
- BANDA, M., «Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on the Environment and Human Right», *American Society of International Law (Insights)*, vol. 22, n° 6, 2018. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/6/inter-american-court-human-rights-advisory-opinion-environment-and-human>.
- BAUDE, W. y SACHS, S., «The Law of Interpretation», *Harvard Law Review*, vol. 130, n° 4, 2017, p. 1083. pp. 1079-1147.
- BERKES, A., «A New Extraterritorial Jurisdiction Link Recognized by the IACtHR», *EJIL: Talk!*, 8 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr>.
- BODANSKY, D., «Customary (and Not So Customary) International Environmental Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3, n. 1, 1995, pp. 105-120.
- CARNWATH, R., «Human Rights and the Environment», Justice Human Rights Law Conference 2018, London. Lord Carnwath, Justice of the Supreme Court of the United Kingdom. 10 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181010.pdf>.
- CELI FRUGONI, A. y SEVERO ROCHA, L., «Comentarios a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-23/2017) sobre la Relación entre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n° 41, 2018, pp. 113-132.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, P., «Notas sobre el Corpus Juris Interamericano», en *Control de Convencionalidad, Corpus Iuris y Ius Commune Interamericano*, Humberto Nogueira y Gonzalo Aguilar (coord.), 2017, pp. 145-157.
- DESIERTO, D., «Environmental Damages, Environmental Reparations, and the Right to a Healthy Environment: The ICJ Compensation Judgment in Costa Rica v. Nicaragua and the IACtHR Advisory Opinion on Marine Protection for the Greater Caribbean», *EJIL: Talk!*, 14 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/environmental-damages-environmental-reparations-and-the-right-to-a-healthy-environment-the-icj-compensation-judgment-in-costa-rica-v-nicaragua-and-the-iacthr-advisory-opinion-on-marine-protection/>
- DOMENICO, G., «The Ground-Breaking Advisory Opinion OC-23/17 of the Inter-American Court of Human Rights: Healthy Environmental and Human Rights», *I-CONnect – Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 1 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2018/12/the-ground-breaking-advisory-opinion-oc-23-17-of-the-inter-american-court-of-human-rights-healthy-environment-and-human-rights/>.

- DUVIC-PAOLI, LA., *Prevention in International Customary Law*, Cambridge, University Press Cambridge, 2018.
- DZEHTSIAROU, K., «What is Law for the European Court of Human Rights?», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 49, n° 1, 2017, pp. 89-134.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos – Aspectos Institucionales y Procesales* 2da Ed., San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- FERIA-TINTA, M. y MILNES, S., «The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: The Inter-American Court of Human Rights Issues a Landmark Advisory Opinion on the Environment and Human Rights», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 27, 2018, pp. 64-81.
- FERIA-TINTA, M. y SIMON, M., «The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights issues Landmark Advisory Opinion on Environment and Human Rights», *EJIL: Talk!*, 6 de febrero 26 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-rise-of-environmental-law-in-international-dispute-resolution-inter-american-court-of-human-rights-issues-landmark-advisory-opinion-on-environment-and-human-rights/#more-15957>.
- FERRER MAC-GREGOR, E., «Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights», *AJIL UNBOUND*, vol. 109, 2015, pp. 93-99.
- HANDL, G., «The Human Right to a Clean Environment and Rights of Nature. Between Advocacy and Reality», en *The Cambridge Handbook of New Human Rights – Recognition, Novelty, Rhetoric*, Andreas von Arnould, Kerstin von der Decken y Mart Susi (ed.), 2020, pp. 137-153.
- HARRISON, J., «Significant International Environmental Law Cases: 2017-18», *Journal of Environmental Law*, vol. 30, 2018, 527-541.
- HEY, E. y VIOLI, F., «The Hard Work of Regime Interaction: Climate Change and Human Rights, Report for the Royal Netherlands Society of International Law (KVNIR)», *Climate Change: Options and Duties Under International Law* (Preadvies Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht), n° 145, 2018.
- HITTERS, J.C., «Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n° 2, 2009, pp. 109-128.
- KAMMERHOFER, J., «Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of its Problems», *European Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2004, pp. 523-553.
- LONDOÑO-LÁZARO, M.C. y CARRILLO-SANTARELLI, N., «The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and its Potential Expanding Effects in International Human



- Rights Law», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 22, n. 1, 2019, pp. 319-346.
- LÓPEZ ZAMORA, L., «El enfoque extractivo del derecho ambiental y los desafíos del concepto de ‘pueblos indígenas’», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º 14, 2014, pp. 301-345.
- MEDINA, C., «The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?», en *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Dinah Shelton (ed.), 2013, pp. 649-669.
- MCCRUDDEN, C., «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2008, pp. 655-724.
- MORDECHAI RABELLO, A., «Non Liqueur: From Modern Law to Roman Law», *Annual Survey of International and Comparative Law*, vol. 10, n.º 1, 2004, pp. 1-25.
- KNOX, J., «The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment», *American Journal of International Law*, vol. 96, n. 2, 2002, pp. 291-319.
- PAPANTONIOUS, A., «Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Right to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights). OC 23/17», *American Journal of International Law*, vol. 112, n.º 3, 2018, pp. 460-466.
- PASQUET, L., «De-Fragmentation Techniques», Héléne Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2018. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3556.013.3556/law-mpeipro-e3556?rskey=1P5WsZ&result=15&prd=MPIL#>.
- PRESTON, B., «Using Environmental Rights to Address Climate Change». A presentation by the Hon. Justice Brian Preston SC – Chief Judge of the Land and Environmental Law Symposium, Sidney. Abril 19 de 2018. Disponible en: <https://www.lec.nsw.gov.au/documents/speeches-and-papers/PrestonCJ%20Using%20environmental%20rights%20to%20address%20climate%20change.pdf>.
- QUINDIMIL LÓPEZ, J.A., «Jurisprudence (Judicial Law-Making)», Oxford Bibliographies. Disponible en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0081.xml>.
- QUISPE REMÓN, F., «La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Su Evolución y una Visión Actual», *AEDI*, vol. 32, 2016, pp. 225-258.
- RAJKOVIC, N., «From Extraterritoriality to Eco-Territoriality? How Legal Ecology Confronts the Science of Sovereignty’s Inscription», *Houston Journal of International Law*, vol. 42, n. 2, 2020, pp. 283-320.
- REINISCH, A., «International Courts and Tribunals, Multiple Jurisdiction», Anne Peters y Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e41>

- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C., «A Human Right to a Healthy Environment? Moral, Legal and Empirical Considerations», en *The Human Right to a Healthy Environment*, John H. Knox y Ramin Pejan (ed.), 2018, pp. 155-168.
- SAGUES, N., «Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad», *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n° 1, 2010, pp. 117-136.
- SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 3, 2006, pp. 483-529.
- STONE, J., «Non Liqueur and the Function of Law in the International Community», *British Yearbook of International Law*, vol. 35, 1959, pp. 124-161.
- TRUJILLO, E., «Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lesson from the Trade Regime», *Boston College Law Review*, vol. 59, n° 8, 2018, pp. 2735-2764.
- VEGA-BARBOSA, G. y ABOAGYE, L., «A Commentary on the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the Environment and Human Rights», *DPCE Online*, vol. 34, n° 1, 2018, pp. 291-298.
- «Human Rights and the Protection of the Environment: The Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights», *EJIL Talk!*, 6 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/human-rights-and-the-protection-of-the-environment-the-advisory-opinion-of-the-inter-american-court-of-human-rights/>
- VITOLO, A., «El Valor de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Luz de las OC-21/14 y 23/17 (El ‘Canto del Tero’ u ‘Otro Ladrillo más en la Pared de la Doctrina del ‘Control de Convencionalidad’)\», *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, n. 1, 2020, pp. 187-217.

---

ESTUDIOS SOBRE EL 50 ANIVERSARIO  
DE LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS  
DEL DERECHO INTERNACIONAL

[Resolución 2625 (XXV)  
de 24 de octubre de 1970]

