Cambio climático, energía y derechos humanos

Desafíos y perspectivas



Henry Jiménez Guanipa
Javier Tous Chimá
Coordinadores

Florian Huber
Coordinador editorial

UNIVERSIDAD DEL NORTE
Vigilada Mineducación

UNIVERSITÄT HEIDELBERG
HEIDELBERG CENTER PARA AMÉRICA LATINA

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
COLOMBIA

Cambio climático, energía y derechos humanos

Desafíos y perspectivas

Cambio climático, energía y derechos humanos

Desafíos y perspectivas

Henry Jiménez Guanipa
Javier Tous Chimá
Coordinadores

Barranquilla, 2017

UNIVERSITÄT HEIDELBERG
HEIDELBERG CENTER PARA AMÉRICA LATINA

UNIVERSIDAD DEL NORTE
Vigilada Mineducación

HEINRICH BÖLL STIFTUNG COLOMBIA

Cambio climático, energía y derechos humanos: Desafíos y perspectivas

Reservados todos los derechos
© Universidad del Norte, Barranquilla
© Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia

ISBN: 978-958-741-884-2: E-book Formato pdf
ISBN: 978-958-741-883-5: Libro impreso en papel

Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia
Calle 37 No. 15–40, Bogotá
Teléfono: (+57) 1 371 9111
co.boell.org
Representante:
Florian Huber

Coordinadores:
Henry Jiménez Guanipa
Javier Tous Chimá

Coordinación editorial:
Florian Huber

Revisión de textos:
Zoila Sotomayor

Fotografía de carátula:
ENI - https://www.flickr.com/photos/enidigital/16801239359/in/album-72157651252080739/
con licencia Creative Commons

Corrección de estilo:
Henry Stein

Diagramación:
Ediciones Ántropos Ltda.
Carrera 100B No. 75 D-05 - Bogotá, D.C.
PBX: 433 77 01 • FAX: 433 35 90
E-mail: info@edicionesantropos.com
www.edicionesantropos.com

Primera edición: Diciembre de 2017
Número de ejemplares: 1000
Impreso y hecho en Colombia / *Printed and made in Colombia*

Los textos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y autoras y no expresan necesariamente el pensamiento ni la posición de la Universidad del Norte y de la Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia.

Prohibida la reproducción total o parcial de este material, sin autorización por escrito de la Universidad del Norte y la Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia.

Contenido

Primera Parte

Acuerdo de París, cambio climático y sostenibilidad

Prólogo 9

Presentación y agradecimientos 11

Introducción general 15

1. ***El Acuerdo de París sobre cambio climático: un tratado con muchos matices***
Francesca Romanin Jacur
Università Statale di Milano, Italia 21

2. ***El derecho a un ambiente sano y su relación con el cambio climático***
Clarissa Castillo Cubillo
Universidad Nacional de Costa Rica, Costa Rica 33

3. ***Interrelacionando comercio y cambio climático: una relación necesaria desde la perspectiva multilateral***
Andrea Lucas Garín
Heidelberg Center para América Latina, Chile 55

4. ***Colombia y su respuesta frente al cambio climático: una mirada desde el urbanismo***
Carlos J. Velásquez Muñoz
Universidad del Norte, Colombia 85

5. El breve recorrido de la utopía a la distopía: el discurso de la sostenibilidad
Jorge Escobar Silebi y Javier Tous
Universidad del Norte, Colombia 105

Segunda Parte

Protección de los derechos humanos y medio ambiente

6. Las referencias a los derechos humanos en el Acuerdo de París (COP21)
Laurent Trigeaud
Université Panthéon-Assas, Francia 127

7. Los derechos ambientales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.
Gonzalo Aguilar Cavallo
Universidad de Talca, Chile 147

8. Los recursos naturales y los Derechos de los Pueblos Indígenas en interacción con el Derecho de las Inversiones
Christina Binder
Universidad de Viena, Austria 177

9. Agua, la energía y los derechos humanos: una relación binaria en evolución de **soft law** *a* **hard law**
Jesús Ollarves Irazábal
Universidad Central de Venezuela, Venezuela 217

Tercera Parte

Energía, medio ambiente y derechos humanos

11. El acceso a la energía como un derecho humano
Henry Jiménez Guanipa
Heidelberg Center para América Latina, Chile 259

12. La energía como derecho humano y su ejercicio ante el cambio climático
Víctor Rafael Hernández-Mendible
Centro de Estudios de Regulación Económica, Universidad Monteávila, Venezuela 325

13. Energía y ambiente sano en la dignificación de la vida humana: una tensión latente
Luz Elena Agudelo Sánchez / Gretty del Carmen Pavlovich Jiménez
Universidad del Norte, Colombia 353

14. Energías renovables en Alemania: la transición energética (Energiewende) y el derecho
Johan Christian Pielow
Universidad Ruhr-Bochum, Alemania 367

15. Desarrollo hidroeléctrico del Río Paraná: de la superación de conflictos geopolíticos a la visión integradora del aprovechamiento del recurso energético
Fredy Génez y Victorio Oxilia
Universidad Nacional de la Asunción, Paraguay 403

Prólogo

La obra *Cambio climático, energía y derechos humanos* que tenemos el honor de prologar, surge de la llamada 'cooperación activa' en la que los profesores Henry Jiménez Guanipa y Javier Tous Chimá se han empeñado en trabajar para interrelacionar a dos instituciones como son la Universidad del Norte y el Heidelberg Center para América Latina.

Como Centro de Excelencia en Investigación y Docencia de la Universidad de Heidelberg para toda América Latina, nos congratulamos de iniciativas como la que concreta este libro y que, además, sirve de marco para reunir a quince autores que provienen de países como Austria, Alemania, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Italia, Paraguay y Venezuela, que denotan distintas visiones sobre temas que tanto la comunidad internacional como los gobiernos locales requieren integrar en sus políticas públicas.

El régimen climático, la energía y los derechos humanos son una excelente muestra de cómo las actividades de gobernanza de instituciones internacionales (y sus procesos) pueden tener un impacto legal o de hecho sobre los asuntos internos, lo que exige identificar y luego llevar al ámbito doméstico los estándares internacionales que van deviniendo en necesarios para satisfacer las expectativas contemporáneas de legitimidad y democracia.

Un mayor 'enverdecimiento' del Derecho Nacional será necesario y los distintos autores nos ofrecen pistas serias para lograr esta importante finalidad del Estado. Y donde siempre queremos encontrar a un Estado pro-activo pero que no está solo sino acompañado de la comunidad internacional que también se preocupa de lo que ocurre puertas adentro de sus fronteras.

Agradecemos a los compiladores la excelente convocatoria, a los autores el trabajo investigativo que nos despiertan a temas nuevos en pleno desarrollo; esperamos que este sea un primer paso en un fructífero intercambio académico con la Universidad del Norte.

Dr. Walter Eckel
Director del Heidelberg-Center para America Latina

Presentación y agradecimientos

En el contexto de una Colombia que intenta superar más de cincuenta años de una guerra interna llena de violencias, migraciones, exclusión y graves violaciones a los derechos humanos que dejaron incontables víctimas y una incesante sensación de inseguridad, atendemos al deber que asiste a la academia de trabajar en la reconstrucción de una nueva sociedad.

En este sentido, el espacio universitario resulta el escenario perfecto para el análisis profundo, el debate y la formación de la comunidad en aquellos asuntos que es preciso y urgente abordar en este proceso.

Estamos convencidos de que no es posible pensar una nueva Colombia, una sociedad respetuosa de los derechos humanos, que se desarrolle optimista y garantice el bienestar de sus gentes, sin tener en cuenta el cambio climático y la energía. Ambos asuntos han venido ocupando prioritariamente nuestra agenda desde hace ya varios años, en el marco de las actividades del Centro de Derechos Humanos del Caribe de la Universidad del Norte.

Este libro es el resultado de los profundos estudios y debates que un grupo de académicos ha venido adelantando con gran rigurosidad. Sus textos y las conclusiones a las que han llegado los autores deben convertirse en referencia obligada para comprender, de una parte la importancia del cambio climático y sus impactos, especialmente para Colombia, y, por la otra, la imperiosa necesidad de impulsar la transición de nuestro actual modelo energético a uno que pueda ofrecer un escenario ambientalmente sostenible.

Tal y como lo han venido reiterando los expertos del comité de seguimiento mundial al calentamiento global, el cambio climático tiene un gran impacto sobre las personas, la biodiversidad y los recursos naturales, lo que conlleva un gran riesgo para la garantía de los derechos humanos, como consecuencia del aumento del nivel del mar, los cambios en los ciclos hidrológicos, los fenómenos climatológicos extremos y la degradación de los suelos.

Sus efectos sobre el acceso al agua como derecho humano exigen la inmediata protección de las fuentes de agua dulce y la adaptación de las infraestructuras a fenómenos meteorológicos extremos.

Una realidad como la colombiana, enmarcada en el cambio climático, exacerbado cada día más por un modelo energético concentrado en el uso de combustibles fósiles, generará perjuicios irreversibles a las comunidades más débiles del país, que han sido víctimas ya de las violencias, la pobreza y la exclusión. La relación entre la energía y el cambio climático es un asunto crítico desde la perspectiva de los derechos humanos. El modelo energético actual es principal causa del cambio climático, por lo que hablar de energía es asumir el reto de encontrar salidas a la problemática del deterioro del medio ambiente. Para minimizar las consecuencias del cambio climático, entonces, es menester dirigir esfuerzos hacia el desarrollo basado en energías limpias, eficientes y renovables: una revolución energética.

Los textos incluidos en este libro, uno a uno, son una verdadera provocación para que la sociedad civil se apropie de estos temas con la urgencia y la completud debidas y pueda exigir a los gobiernos locales, regionales y nacionales, la planeación y adopción de las medidas de mitigación y adaptación necesarias para evitar que sean mayores o más prontos los impactos negativos a que estamos abocados en un escenario tendencial.

Gracias al apoyo de la Fundación Heinrich Böll y al trabajo de los compiladores Profesor Javier Tous Chimá, director del Centro de Derechos Humanos del Caribe – Uninorte y Henry Jiménez Guanipa, investigador asociado al Heidelberg Center para América Latina, esta obra permitirá cualificar el nivel del debate académico y social y motivar, especialmente a las nuevas generaciones, a la reflexión sobre importantes decisiones que debemos tomar para salvaguardar esta casa de todos.

Silvia Gloria De Vivo
Decana División de Derecho,
Ciencia Política y Relaciones Internacionales
Universidad del Norte

Introducción general

Este libro busca ofrecer al lector una visión amplia, pero a la vez crítica y propositiva sobre la estrecha relación que existe entre la energía, el cambio climático y los derechos humanos, tres elementos interdependientes que representan urgentes desafíos, para las presentes y futuras generaciones en todas las regiones del mundo.

El actual modelo económico que dio sus primeros pasos a partir del último tercio del siglo *XVIII*, con el inicio de la primera revolución industrial, basado en el uso del carbón como energía primaria y posteriormente consolidado en los siglos *XIX, XX* y *XXI* con la quema adicional de petróleo y gas, constituye la principal causa de al menos el 60 % de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), y, por ende, factor determinante sobre el cambio del clima y sus perniciosos efectos contra el ambiente y todas las especies vivas. Por lo tanto, uno de los retos cardinales para esta sociedad es desacoplar ese patrón y construir un nuevo modelo sostenible en el que predomine la energía limpia y se garantice el acceso universal a los cientos de millones de personas que están privadas de los servicios modernos de energía y, como consecuencia de ello, ven vulnerados sus más elementales derechos humanos, como la vida digna, el acceso a la salud, a la vivienda adecuada, a la alimentación y otros.

Para llegar a esta meta, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, celebrada en París en 2015, alcanzó por primera vez un acuerdo global que dará impulso a la transición hacia sociedades y economías resilientes y bajas en carbono, lo que significa ir abandonando los combustibles fósiles como fuente de energía predominante, para dar paso definitivo a la era de las fuentes renovables de energía. Este compromiso implicará un esfuerzo sin precedentes en diversos sectores, tanto públicos como privados, pero también de la sociedad civil, para hacer posible las metas de reducción de los GEI y con ello mantener el calentamiento global por debajo de los dos grados que estipula París. De allí la importancia que el propio Acuerdo ha concedido a la educación, la formación, la sensibilización y participación del público y el acceso público a la información

sobre el cambio climático, teniendo presente la importancia de estas medidas para mejorar la acción en el marco del Acuerdo (art. 12).

Este libro compila textos académicos de reconocidos profesores latinoamericanos, europeos y estadounidenses. Los enfoques comienzan con un análisis del Acuerdo de París por parte de Francesca Romanin Jacur. En su trabajo explica cuáles son los pilares fundamentales del Acuerdo, destacando las medidas nacionales y la cooperación internacional en la mitigación, la adaptación y la transferencia de recursos financieros y tecnológicos. Subraya, además, que el Acuerdo de París representa un delicado equilibrio entre los intereses y prioridades de todos los países del mundo, muchas veces contradictorios.

Andrea Lucas Garín, desde la misma óptica del Acuerdo de París, se ocupa de la interrelación entre comercio y cambio climático, poniendo de relieve las medidas alternativas multilaterales que la doctrina ha señalado deberían emprenderse a nivel internacional. También hace referencia a las reglas amigables que pueden abrir caminos desde el sistema multilateral, incluyendo el tema energético como parte del análisis.

Clarissa Castillo Cubillo aborda la interrelación entre los derechos humanos, el derecho a un ambiente sano y el cambio climático, en una configuración histórica sobre la evolución de estos en el Sistema Internacional de Derechos Humanos y su protección en los Sistemas Regionales de Derechos Humanos, mostrando las dificultades que presenta este derecho para ser protegido. Sin embargo, muestra el caso de Costa Rica en el cual existe el reconocimiento del derecho a un ambiente sano como Derecho Fundamental.

Carlos J. Velásquez Muñoz nos presenta la perspectiva urbana frente al cambio climático y en ese sentido destaca la importancia de la ciudad como sitio donde el ser humano mayoritariamente se sedentarizó, creando a su vez la fuente principal de los problemas climáticos. Siendo así, se pregunta cómo Colombia afronta estos desafíos, particularmente en cuanto a los mecanismos arbitrados por el urbanismo colombiano, para hacer frente al cambio climático como eje principal de su disertación.

Jorge Escobar Silebi y Javier Tous Chimá analizan el discurso de la sostenibilidad, tomando como referentes la Declaración de Estocolmo, que elevó a derecho humano el medio ambiente sano, la Convención Marco sobre Cambio Climático y el Convenio de la Diversidad Biológica. Este análisis pretende reflejar ciertas tensiones e incompatibilidades entre la insostenibilidad del desarrollo sostenible, la naturaleza y el medio ambiente sano.

Laurent Trigeaud examina la COP 21 sobre el cambio climático, así como ciertos trabajos preparatorios a dicha conferencia, con el fin de mostrar las relaciones

jurídicas existentes entre los derechos humanos y el derecho del medio ambiente y analizar las referencias en materia de protección de los derechos humanos presentes en el Acuerdo de París.

Luz Elena Agudelo Sánchez y Gretty del Carmen Pavlovich Jiménez tratan la relación entre la energía y el ambiente sano en la dignificación de la vida humana, elementos que, según las autoras, mantienen una tensión latente. En ese sentido proponen profundizar en el debate teórico respecto a la energía como derecho o servicio, en la medida en que estas connotaciones tienen efectos sobre la dignidad humana, entendida esta como el núcleo esencial de protección de los derechos humanos.

Gonzalo Aguilar Cavallo examina la interrelación que existe entre el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos con respecto al tratamiento del medio ambiente, destacando cómo ambas disciplinas se unen y retroalimentan en el objetivo central de garantizar la protección del medio ambiente. La jurisprudencia que se analiza permite demostrar la retroalimentación entre estos campos del derecho internacional.

Christina Binder, desde el enfoque de los derechos de los pueblos indígenas, analiza cómo interaccionan sus derechos, los recursos naturales, sus tierras y su cultura, con el derecho de las inversiones, de donde se derivan consecuencias negativas para los pueblos indígenas y su entorno socio-cultural y jurídico. Este conflicto exige una mayor coordinación entre ambos sistemas; ese, en gran medida constituye el propósito de su contribución.

Henry Jiménez Guanipa destaca la necesidad de reconocer el acceso a la energía como un derecho humano, haciendo una especial referencia a la situación de Venezuela. Para lograr su propósito acude al enfoque multinivel, basado en las principales cumbres y acuerdos internacionales promovidos por las Naciones Unidas sobre la sostenibilidad, en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario, en la doctrina, en el derecho de la Unión Europea, en el desarrollo jurisprudencial y en el escaso acervo normativo y constitucional en el ámbito latinoamericano.

Víctor Rafael Hernández-Mendible plantea que el reconocimiento de la energía como un derecho humano constituye una doble manifestación del desarrollo que ha alcanzado el tema, debido al carácter enunciativo y progresivo de los derechos humanos y a la relevancia que actualmente tiene el acceso y aprovechamiento de las energías asequibles, seguras, sostenibles y modernas para todos.

Johann-Christian Pielow examina la evolución de la política energética alemana de las últimas décadas, en el marco europeo o, como lo destaca, desde una 'Unión de la energía' *in statu nascendi*, que intenta coordinar en muchos sentidos la 'jugada

individual' de Alemania conforme a los principios tanto del mercado interior, como del derecho de la competencia y en vista de la creciente interconexión de las redes de energía y de la seguridad del suministro energético.

Victorio Oxilia y Fredy Génez analizan el desarrollo hidroeléctrico del río Paraná, a través del complejo proceso de negociación entre países, con enfoques geopolíticos diferentes con relación al uso del recurso, en los cuales han jugado un papel fundamental los Tratados de la Cuenca del Plata (1969) y el Acuerdo Tripartito (1979). Señalan que la existencia actual de una serie de condiciones favorables, propicia la búsqueda de una revisión de los acuerdos existentes para lograr un mejor aprovechamiento del potencial del río Paraná.

Jesús Ollarves Irazábal nos plantea la relación binaria en evolución de *soft law* a *hard law* entre agua, energía, derechos humanos y su reconocimiento progresivo como parte de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido destaca que el acceso a la energía eléctrica y su importancia para la ejecución de otros derechos como la vivienda, la salud y el nivel adecuado de vida, sigue siendo no obstante ignorado por los Estados, con lo cual se afecta a las personas que tienen menos recursos económicos y en particular a los grupos vulnerables.

Gregory Toth y Thomas E. Reynolds Jr. destacan las formas en que el comercio internacional puede ir en contra del derecho humano a un medio ambiente sano, y ofrecen algunas ideas sobre cómo la ciencia de la agroforestería, junto con los principios consagrados en los acuerdos ambientales a nivel mundial, pueden utilizarse para dar algunos impactos ambientales negativos.

Dr. Henry Jiménez Guanipa
Profesor investigador
del Heidelberg-Center para América Latina

Javier Tous Chimá
Profesor y director
del Centro de Derechos Humanos del Caribe - Uninorte

Florian Huber
Representante Fundación Heinrich Böll Stiftung
Oficina Colombia

Primera Parte

Cambio Climático, Acuerdo de París y sostenibilidad

El Acuerdo de París y el cambio climático: un tratado con muchos matices

***Francesca Romanin Jacur*[1]**

Sumario

1. Introducción. 2. Los contenidos del Acuerdo. 2.1. Los objetivos nacionales de reducción de las emisiones (Intended Nationally Determined Contributions o INDCs). 2.2. Obligaciones de asistencia financiera. 2.3. Transparencia y control sobre la *compliance* (N.T. cumplimiento). 3. Una evaluación.

1. Profesora Adjunta de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad 'Statale' de Milán (Italia) y asesora Legal Principal del Ministerio italiano de Medio Ambiente. Es miembro del Grupo de Trabajo Asesor Legal de la Carta de la Energía (ECT) y del Consejo Asesor Científico de la Fundación FEEM. Es doctora en Derecho Internacional (Universidad de Milán) y diplomada en la carrera de Altos Estudios (DESUP) jurídicos económicos de la Unión Europea (Université Paris I Panthéon-Sorbonne, París). Ha editado dos libros: *El acaparamiento de Recursos Naturales: Una Perspectiva Internacional de Derecho* (2016) y *Mecanismos relativos al incumplimiento y la eficacia del Derecho Ambiental Internacional* (2009). Ha publicado artículos sobre temas de derecho internacional y sobre la dinámica de los acuerdos ambientales multilaterales.

Resumen

En diciembre de 2015, 195 Estados reunidos en París adoptaron un acuerdo para hacer frente a los principales retos del cambio climático en las próximas décadas. Los pilares fundamentales del acuerdo cubren las medidas nacionales y la cooperación internacional en la mitigación, la adaptación y la transferencia de recursos financieros y tecnológicos. Después de largas y engorrosas negociaciones que duraron más de dos décadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, el Acuerdo de París es un delicado equilibrio entre los intereses y prioridades de todos los países del mundo, muchas veces contradictorios. El acuerdo establece las bases para el fortalecimiento en el largo plazo de la cooperación internacional que combina, por un lado, la flexibilidad necesaria para adaptarse a la gran variedad de diferentes circunstancias nacionales y, por el otro, la necesidad de confiar en las normas aceptadas.

Palabras claves: cambio climático, acuerdo de París, mitigación, adaptación, financiación del clima, transparencia.

Abstract

In December 2015, 195 States gathered in Paris and adopted an agreement to deal with the main challenges of climate change for the next decades. The core pillars of the agreement cover national measures and international cooperation on mitigation, adaptation and transfer of finance and technology. After lengthy and cumbersome negotiations lasted more than two decades under the aegis of the United Nations, the Paris Agreement is a delicate balance between the many and often conflicting interests and priorities of all the countries of the world. The Agreement sets the foundations for a long-term strengthened international cooperation which combines, on the one hand, the flexibility necessary to accommodate the great variety of different national circumstances with, on the other hand, the necessity to rely on uniform and commonly accepted rules.

Keywords: Climate change, Paris agreement, Mitigation, Adaptation, Climate Finance, Transparency.

1. Introducción

El Acuerdo de París es una etapa importante de la cooperación multilateral en la lucha contra el cambio climático, iniciada hace más de 20 años por la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (UNFCCC).[2] Este acuerdo, adoptado por la Conferencia de las Partes (COP) de la UNFCCC en diciembre 2015, es un delicado compromiso que concilia exigencias y prioridades muy diversas en todo el mundo: de los países industrializados a las economías emergentes y a los países en vía de desarrollo, de los países productores y exportadores de petróleo, a los países insulares en riesgo de hundimiento por el aumento del nivel del mar.

Este tema ambiental, que está estrechamente ligado a las políticas energéticas, la industria, la agricultura y los transportes, toca sectores vitales de las economías nacionales. Por otro lado, para muchas áreas del planeta, particularmente para aquellas más vulnerables, el aumento de fenómenos climáticos extremos como, la sequía o las inundaciones, tiene impactos muy peligrosos en la sobrevivencia de la población misma y su goce de los derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida, al acceso al agua y a la alimentación.

Las principales acciones compartidas por los países tienen que ver con la mitigación de las emisiones de gases alterantes del clima junto con las estrategias de adaptación a los efectos del cambio climático y una cooperación financiera y tecnológica reforzada para enfrentar estos desafíos. El acuerdo, sin embargo, no establece obligaciones cuantitativas precisas en estos sectores pero crea una plataforma de cooperación entre los países donde se actúa de acuerdo con reglas compartidas y transparentes. Los progresos del acuerdo se basan esencialmente en alcanzar obligaciones procedimentales de comunicación periódica, de revisión y de evaluación del progreso de las iniciativas emprendidas por los países con referencia a la mitigación, la adaptación y el traslado de recursos y tecnologías.

2. En estos 20 años, la cooperación internacional sobre el clima ha alternado progresos débiles, largos períodos de impases y hasta retrocesos. Consultar Savaresi, UN Climate Change Negotiations: Last Tango in Paris?, http://www.ejiltalk.org/un-climate-change-negotiations-last-tango-in-Paris/.

En este tratado ambiental de 'nueva generación' convergen entonces diversos tópicos: por un lado, hay disposiciones encaminadas a regular los aspectos técnicos y científicos necesarios para enfrentar esta compleja problemática ambiental, como aquellos que prevén obligaciones de información, reportaje y contabilidad de las emisiones de gases de efecto invernadero; por otro lado, se enuncian principios éticos y de valor moral como son la equidad, la confianza recíproca entre los países, los compromisos genéricos para poner en marcha políticas climáticas 'ambiciosas' y disposiciones que tienen que ver con la esfera más amplia del desarrollo sostenible, que consagra la tutela de los derechos humanos, la protección de las categorías más vulnerables como son las poblaciones indígenas, los migrantes y las generaciones futuras. Las normas técnicas sirven para medir y cuantificar las acciones emprendidas por los países y hacerlas comparables, y solo indispensables para asegurar la transparencia y la confianza mutua entre todos los países que participan en este desafío climático. Las demás normas deberán guiar a los países hacia un modelo de desarrollo sostenible equilibrado, animándolos a ser cada vez más ambiciosos para enfrentar las causas y los efectos del cambio climático.

El Acuerdo de París es un tratado internacional que fue abierto a firmas el 22 abril 2016 y entró en vigor el 4 de noviembre de 2016 con la ratificación en septiembre de China y Estados Unidos. La meta se alcanzó poco después, el 5 de octubre, cuando la Unión Europea hizo entrega de los documentos de adhesión. Como estaba establecido en el texto, el acuerdo entraría en vigor, treinta días después de alcanzar 55 ratificaciones representadas por al menos el 55 por ciento de las emisiones globales de gases de efecto invernadero.[3] Hasta la adopción del acuerdo, en su forma actual, hubo un largo debate sobre su naturaleza jurídica, porque el mandato de la Conferencia de las Partes para la negociación era amplio y jurídicamente indeterminado. En efecto, el mandato se refería solo a la adopción de "un protocolo, de otro instrumento jurídico o de un acuerdo con valor legal conforme a la Convención". El título del acuerdo está integrado por un preámbulo y 29 artículos y es un anexo de una decisión de la COP (Draft Decision -/CP.21) que la complementa, integrando el contenido y dando algunas líneas guías para su actuación.[4]

3. *Draft Decision* -/CP.21, para.3; Acuerdo de París, art. 21.
4. La decisión y el anexo contentivo del Acuerdo de París se encuentran en la página web http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf.

2. Los contenidos del Acuerdo

El Acuerdo de París establece tres objetivos principales de carácter general que tienen que ver con los compromisos adquiridos por los países: el primer objetivo, sobre la mitigación, consiste en reducir la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera para mantener la temperatura global "por debajo de 2 grados centígrados, posiblemente entre 1,5 grados centígrados respecto al periodo pre-industrial.[5] El segundo objetivo, relativo a la adaptación, prevé el fortalecimiento de las capacidades para enfrentar los efectos del cambio climático[6] y, el tercero, se refiere al financiamiento para asegurar la efectiva transición hacia una economía baja en emisiones de carbono y un desarrollo resiliente al cambio climático.[7]

En la ejecución de estos objetivos, el acuerdo se inspira en los principios de equidad y de las responsabilidades comunes, pero considerando las particularidades y circunstancias de cada país.[8] En esa perspectiva, sea con referencia a los objetivos nacionales de reducción de las emisiones, o bien en relación con las acciones de adaptación y los compromisos financieros, el acuerdo reafirma el derecho de cada país a decidir su propio recorrido hacia el desarrollo sostenible y, más específicamente, respecto de las prioridades y las necesidades nacionales. El Acuerdo retoma entonces los principios fundamentales antes establecidos por la UNFCCC[9], que inspiran la acción internacional en la lucha contra el cambio climático y la necesidad de estabilizar las emisiones de gases de efecto invernadero a un nivel que no ponga en peligro ni a la naturaleza ni al hombre.[10] Esos principios jugaron un papel fundamental en el proceso de negociación que llevó a la adopción del Acuerdo de París y seguirán haciéndolo.

Como veremos al examinar el modo en que el principio de las responsabilidades comunes se traduce en obligaciones específicas, en virtud de las diferentes circunstancias nacionales, dicho principio asume un carácter dinámico y flexible con respecto a su anterior uso en la UNFCCC y en el Protocolo de Kyoto, el que se caracterizó esencialmente por la rígida dicotomía entre los países industrializados y los países en vía de desarrollo.[11]

5. Acuerdo de París, art.2.1(a) y art. 4.
6. Acuerdo de París, art.2.1(b) y art.7.
7. Acuerdo de París, art. 2.1(c) y art. 9.
8. Acuerdo de París, art.2.2.
9. UNFCCC, art. 3.
10. UNFCCC, art. 2.
11- El Protocolo de Kyoto, adoptado en el año de 1997 y vigente a partir del año 2005, establece reducciones cuantitativas vinculantes tan solo a cargo de los países industrializados que a él se adhirieron. La eficacia

El acuerdo no entra en detalles sobre aspectos técnicos, ni en cómo serán ejecutadas las medidas y compromisos en concreto, dejando la decisión de estos aspectos a futuras medidas de la COP, recurriendo de alguna manera a la praxis de 'delegación normativa', ya ampliamente usada en la UNFCCC y en el Protocolo de Kyoto.[12]

Para el propio funcionamiento, el Acuerdo de París se 'apoya' ampliamente sobre las instituciones creadas por la UNFCCC, como la Conferencia de las Partes (COP), el Secretariado y los organismos subsidiarios técnicos y financieros.[13]

2.1 Los objetivos nacionales de reducción de emisiones

Los países se comprometen a adoptar, a nivel nacional, medidas para reducir las causas del cambio climático de acuerdo con sus propias capacidades, circunstancias y prioridades como, por ejemplo, las condiciones económicas y políticas, el mercado de la energía o la vulnerabilidad al cambio climático. Esta posibilidad de elección de las acciones más apropiadas, animó la participación de los países, los cuales asumieron el compromiso de actualizarlas periódicamente, y, con ello, calcular la contribución agregada para evaluar si son suficientes para permanecer dentro de la elevación de 1,5 grados centígrados. A pesar de que la amplia participación de la comunidad internacional sea, sin lugar a dudas, una señal positiva, es preocupante el hecho de confirmar, y hasta el mismo Acuerdo de París lo reconoce, que los actuales compromisos declarados no son suficientes para llegar a la meta de los 2 grados centígrados.[14]

del Protocolo, en términos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero a nivel mundial, fue fuertemente limitada por dos principales motivos: primero la falta de ratificación de los Estados Unidos (en esa época el país con las más altas emisiones de gas efecto invernadero), debida a la rotación de la presidencia Clinton con la de J.W. Bush, y segundo por el hecho que las economías emergentes, entre las cuales están India y China, no tenían obligación de reducción de las emisiones. Sobre el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, consúltese Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, Oxford, 2006. Sobre la evolución del principio con relación a los cambios climáticos: Pauwelyn, *The End of Differential Treatment for Developing Countries? Lessons from the Trade and Climate Change Regimes,* 22 (1) Review of European Community & International Environmental Law, 2013, p. 29-41.

12. Cfr. Romanin Jacur, The Dynamics of Multilateral Environmental Agreements. Institutional Architectures and Law-making Processes, Nápoles, Editorial Scientifica, 2013, p. 92-102.
13. Acuerdo de París, art. 16-19.
14. *Draft Decision* -/CP.21, para.17: "The Conference of the Parties (…) Notes with concern that the estimated aggregate greenhouse gas emission levels in 2025 and 2030 resulting from the intended nationally determined contributions do not fall within least-cost 2 ºC scenarios but rather lead to a projected level of 55 gigatonnes in 2030, and *also notes* that much greater emission reduction efforts will be required

La comunicación de los propios objetivos nacionales está compuesta por informaciones de tipo técnico (como, por ejemplo, las metodologías utilizadas para calcular la reducción de las emisiones, el periodo-base de referencia, los sectores incluidos: industria, transporte, agricultura, construcción; los gases de efecto invernadero controlados), que facilita la claridad, transparencia y comprensión. Son particularmente relevantes, pero también difíciles de medir, los cálculos de las emisiones derivadas de los bosques, de la agricultura y en general de la gestión del territorio.

La determinación de los compromisos sobre una base voluntaria y nacional permite superar la rígida distinción utilizada en la UNFCCC y en el Protocolo de Kyoto entre categorías de países industrializados (llamados países 'Anexo I') y en vías de desarrollo (llamados países no incluidos en el Anexo I)[15] y de diferenciar más a cada país, dando una representación más realista de las características de cada uno de ellos. Se da entonces una máxima importancia al principio de las responsabilidades comunes, pero diferenciadas (capacidades relativas) como siempre ha estado en el centro del régimen sobre el clima. Por otro lado, y para evitar que esta diversificación impida una efectiva comparación entre las distintas medidas nacionales y para garantizar la coherencia del sistema, es necesario que esté apoyada en métodos y parámetros cada vez más uniformes. Para tal fin, el acuerdo dispone que las reglas de contabilización de las emisiones sean compartidas y adoptadas a nivel multilateral por la COP.[16]

Por otro lado, para lograr que los países asuman compromisos serios de mitigación, el acuerdo prevé que estos sean reexaminados periódicamente cada cinco años y que cada vez sean más ambiciosos con respecto a aquellos asumidos precedentemente, creando de este modo un mecanismo de revalorización.[17] Vemos aquí uno de los compromisos centrales sobre el cual se funda el Acuerdo de París: mientras que por un lado los contenidos y los objetivos cuantitativos que los países se comprometen a alcanzar no son vinculantes a nivel internacional, por el otro, existe una obligación jurídicamente vinculante de preparar, comunicar y actualizar periódicamente los *INDCs*. Esta diferenciación emerge claramente del art. 4.2

than those associated with the intended nationally determined contributions in order to hold the increase in the global average temperature to below 2 °C above pre-industrial levels by reducing emissions to 40 gigatonnes or to 1.5 °C above pre-industrial levels (…)".

15. Véase, Guía de la Convención sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto, Unidos por el clima, noviembre 2007, p. 15 y Arts. 10 y 12 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.
16. Acuerdo de París, art. 4.13.
17. Acuerdo de París, art. 4.3 y art. 4.9.

(segunda frase) del acuerdo: *"Las Partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones."* (cursiva fuera del texto). Por otro lado, el art. 4.2 (primera frase) prevé que: *"Cada Parte deberá preparar, comunicar y mantener las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar."* (cursiva fuera del texto). Esta solución de compromiso era necesaria para asegurar la participación de China y de los Estados Unidos que desde siempre se han declarado contrarios a asumir obligaciones vinculantes de reducción de las emisiones.

2.2 Obligaciones de asistencia financiera

Para promover la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero, el Acuerdo de París refuerza las obligaciones financieras previendo que las mismas comprendan acciones de mitigación y de adaptación que correspondan a las exigencias de los países beneficiarios y que cada vez sean más 'ambiciosas'.[18] Además los procedimientos de acceso a las financiaciones serán simplificadas para permitir un funcionamiento más eficiente del sistema y para incentivar la participación del sector privado.[19] También con respecto a las obligaciones de asistencia financiera, el Acuerdo combina las diversas exigencias de los países donantes y los países beneficiarios diferenciando las obligaciones: por un lado compromete de manera vinculante a los países desarrollados a trasladar recursos financieros y a suministrar cada dos años informaciones cuantitativas y cualitativas sobre los recursos transferidos según los parámetros de la COP;[20] y por el otro, se alienta a los demás países contribuyentes a que transmitan las mismas informaciones de forma voluntaria[21]. Esta diferenciación de los compromisos financieros de los países desarrollados con respecto a los 'demás' países, es otro ejemplo de actuación del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, que se refleja en los requisitos de mitigación del acuerdo y en las normas procesales que deben garantizar la transparencia de los compromisos y el control de su implementación.

18. Acuerdo de París, art. 9.3.
19. Acuerdo de París, art. 9.9.
20. Acuerdo de París, art. 9.1: "Developed country Parties shall provide financial resources to assist developing country Parties with respect to both mitigation and adaptation in continuation of their existing obligations under the Convention"; e art. 9.5: "Developed country Parties shall biennially communicate indicative quantitative and qualitative information related to paragraphs 1 (…)".
21. Acuerdo de París, art. 9.5 e art. 9.7.

2.3 TrasNparencia y control sobre la compliance (N.T. cumplimiento)

Con el propósito de lograr una equitativa y efectiva realización de los compromisos asumidos, el art. 13.9 contempla obligaciones más vinculantes para los países industrializados de comunicación de las informaciones sobre las transferencias de asistencia financiera, de tecnología y sobre las iniciativas de *capacity building*, mientras que reconoce una mayor flexibilidad a los demás países, teniendo en cuenta las diversas circunstancias nacionales y particularmente las capacidades de los menos desarrollados.

Por otro lado, para reforzar la confianza recíproca y la confiabilidad mutua entre los países, el acuerdo prevé que todas las comunicaciones nacionales sean claras, comprensibles, públicas y sometidas a una revisión técnico-científica.[22] La realización efectiva de estos compromisos por parte de los países industrializados será monitoreada periódicamente cada cinco años por la COP a partir del 2023.[23]

El conjunto de estas iniciativas tiene como finalidad identificar las acciones realizadas, aquellas que aún deben implementarse, las mejores prácticas y las lagunas en las cuales hay que intervenir y suministrar una evaluación de progreso, para alcanzar los objetivos de mitigación, adaptación y financieros.[24]

Un elemento importante para asegurar la efectividad de la realización de los compromisos es la creación de un mecanismo de cumplimiento, que recogerá y analizará las informaciones, permitiendo la mejor comprensión de las dificultades en la realización práctica de las medidas y eventualmente las causas del incumplimiento.[25] Un mecanismo de este tipo tiende a reforzar la capacidad de los países y debería animarlos a ser más virtuosos. El mecanismo de cumplimiento previsto en el Acuerdo de París, será de naturaleza facilitadora y estará compuesto por 12 expertos, pero sin facultades sancionatorias como las tenía su homólogo del Protocolo de Kyoto.[26] Los aspectos institucionales y procedimentales más específicos del funcionamiento del sistema serán regulados por una futura decisión de la COP.

22. *Draft Decision* -/CP.21, para. 22; Acuerdo de París, art. 13.11.
23. Acuerdo de París, art. 14.
24. Acuerdo de París, art. 13.5.
25. Acuerdo de París, art. 15.
26. *Draft Decision* -/CP.21, para. 103. Cfr. Romanin Jacur, The Kyoto Protocol's compliance mechanism, in Farber and Peeters (eds), Climate Change Law, Edward Elgar Encyclopedia of Environmental Law, 2016, p. 239-250.

3. Una evaluación

El Acuerdo de París es el resultado de una trayectoria larga de negociaciones construida en los años y una síntesis de las experiencias maduradas por la UNFCCC, y es de esperar que será un instrumento dinámico capaz de suministrar respuestas eficaces y globalmente compartidas por la comunidad internacional sobre el cambio climático en una perspectiva a largo plazo. Su adopción fue posible gracias a una hábil conducción diplomática de la presidencia francesa de la COP y de los negociadores que en París hicieron posible combinar la ambición de los compromisos de mitigación, adaptación, transferencia de recursos financieros y tecnológicos, por un lado, con la aceptación de estos compromisos por todos los países, por el otro. Alcanzados los complejos y difíciles compromisos, el Acuerdo consolida, refuerza y amplía la cooperación internacional.

Estos resultados se consiguen combinando dos enfoques complementarios: por un lado, la flexibilidad geográfica y temporal es garantizada mediante la diferenciación individual de las obligaciones de atenuación, adaptación y financieras asumidas por los Estados (el llamado enfoque de abajo hacia arriba) y su actualización periódica hacia arriba; por otro lado, la transparencia, la homogeneidad y la coherencia estarán garantizadas a través de las normas de procedimiento obligatorias y vinculantes de carácter internacional (el denominado enfoque de arriba hacia abajo), tales como las normas de comunicación y la evaluación del estado de avance de la implementación de los compromisos asumidos, los sistemas de auditoría que aumentan el nivel de ambición, en comparación con los preexistentes, y el control de cumplimiento.

El acuerdo reafirma las buenas prácticas y consolida la experiencia adquirida durante dos décadas de cooperación en el marco de la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto. En particular, en lo que respecta a los mecanismos de mercado, el Acuerdo se basa en las dificultades y debilidades que surgen del funcionamiento de los mecanismos de comercio de emisiones de CO_2 del Protocolo de Kyoto y del sistema europeo de comercio de derechos de emisión. El artículo 6 estipula que los futuros mecanismos de cooperación servirán para aumentar el nivel de ambición de los compromisos nacionales de reducción de las emisiones y no como antes, para facilitar el cumplimiento de compromisos predeterminados y ser administrados por un sistema de gobernanza sólido y transparente y no generar externalidades ambientales negativas.[27]

27. *Draft Decision* -/CP.21, para. 38.

Dada la urgencia y los desafíos que encarnan el cambio climático y el anuncio del presidente de los Estados Unidos Donald Trump, en el sentido de que ese país abandonará el Acuerdo de París, constituye un elemento que podría modificar y afectar gravemente los objetivos planteados. El proceso se encuentra en pleno desarrollo, aunque el retiro de Estados Unidos del acuerdo no será ni rápido ni automático. El Acuerdo de París estableció que los países no podrían abandonarlo durante los primeros tres años y, una vez decidido, no sería efectivo hasta un año después. Es decir, en teoría, Estados Unidos seguirá formando parte del acuerdo del clima hasta 2020.

Queda por ver si los Estados cumplirán cabalmente las promesas hechas en París ... y si lo harán a tiempo.

El derecho a un ambiente sano y su relación con el cambio climático

Clarissa Castillo Cubillo[1]

Sumario

1. Introducción. 2. El derecho a un ambiente sano en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. 3. El derecho a un ambiente sano en los Sistemas Regionales de Derechos Humanos. 3.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 3.2. Sistema Africano de Derechos Humanos. 3.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos. 4. El reconocimiento jurisprudencial del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en Costa Rica. 5. El derecho a un ambiente sano y el cambio climático. 6. Caso Inuit ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 7. Reflexiones finales.

1. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Candidata a Magíster Scientiae en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, diplomada en Energía y Cambio Climático de la Universidad para la Paz y miembro del Grupo de Jóvenes Investigadores del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible (CISDL).

Resumen

Este capítulo muestra la interrelación entre los derechos humanos, el derecho a un ambiente sano y el cambio climático, en una perspectiva histórica sobre la evolución del de estos en el Sistema Internacional de Derechos Humanos y su protección en los Sistemas Regionales de Derechos Humanos, y describe las dificultades que presenta este derecho para ser protegido. Seguidamente se trae a colación la experiencia costarricense en el reconocimiento del Derecho a un ambiente sano como Derecho Fundamental, incluso antes de ser incluido en su constitución política, con el fin de invitar a la reflexión para que otros derechos afectados por el cambio climático sean declarados fundamentales como, por ejemplo, el derecho al acceso a la energía.

Palabras Clave: Derecho a un ambiente sano, cambio climático, Sistema Internacional de Derechos Humanos, Sistemas Regionales de Derechos Humanos, caso del pueblo indígena inuit.

Abstract

This article demonstrates the interrelationship between Human Rights, the Right to a Healthy Environment and climate change, it shows the evolution of the Right to a Healthy Environment in the International Human Rights System, its protection in the Regional Human Rights Systems and the difficulties that this right undergoes when trying to be protected. Then it brings up the Costa Rican experience in the recognition of the Right to a Healthy Environment as a fundamental right, even before being included in its constitution, with the intention that other human rights affected by climate change can be declared fundamental such as, the right of access to energy.

Key words: Right to a Healthy Environment, Climate Change, International Human Rights System, Regional Human Rights Systems, Case Inuit Indigenous People.

1. Introducción

Desde tiempos inmemoriales el ser humano ha convivido con el medio ambiente, sin embargo, sus acciones han puesto en peligro al planeta entero. Por ello, desde hace algunos años, viene tomando auge un movimiento de concientización acerca de la importancia del ambiente para la humanidad y para el planeta Tierra en sí.

En diversas ocasiones se ha criticado que el cuidado del medio ambiente es meramente antropocentrista, lo cual es cierto, pero, si se ve desde la óptica de los derechos humanos, el ser humano será su eje central y principal protegido.

Por lo tanto, el principal enfoque de este capítulo es exponer el paralelismo entre el derecho ambiental, el derecho internacional de los derechos humanos y el cambio climático; la incidencia de este fenómeno sobre los derechos humanos, las dificultades que presenta la protección del derecho a un ambiente sano a nivel internacional y la importancia de que este último sea reconocido como Fundamental en instrumentos vinculantes de Derechos Humanos.

Por ello, se trae a colación el caso costarricense por ser bastante peculiar en el reconocimiento del derecho a un ambiente sano como un Derecho Humano, invitando a la reflexión para que otros derechos afectados por el cambio climático, y que aún no son reconocidos como fundamentales, puedan llegar a serlo, al menos a nivel nacional.

2. El derecho a un ambiente sano en el Sistema Internacional de Derechos Humanos

El derecho a un ambiente sano está categorizado como un derecho de tercera generación y, dentro de la misma, se le clasifica de "nuevo derecho"; esto se debe principalmente a dos razones: primero, porque su evolución jurídica se ha desarrollado en los últimos años —a partir de 1972— con la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo) y,

segundo, porque dicho derecho no se deriva de otro anteriormente consagrado en el Sistema Internacional de Derechos Humanos; este es el caso de los derechos referidos a categorías sociales, por ejemplo, los derechos de la mujer, del niño(a) y de los pueblos indígenas, los cuales integran antiguos conceptos, como sería el derecho a la igualdad y a no ser discriminado (Inostroza,1998).

Rafael González Ballar (1999), profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, señala que, "el perfil ideológico con que nace este derecho posee dos características relevantes: por un lado, surge como un derecho al servicio de los países subdesarrollados y, por otro, como un sistema de normas de carácter internacional" (p. 306).

Dicho sistema de normas se basa en instrumentos de carácter declarativo como son: a) la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano en 1972; b) la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992; c) la Carta de la Tierra del 2000; d) la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible (Cumbre de Johannesburgo) del 2002 y; d) las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y los informes de sus órganos.

Bajo el marco de Naciones Unidas se han redactado materiales que ponen de manifiesto la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente[2]; pero, lastimosamente, se encuentran dispersos y no hay unanimidad a nivel mundial sobre su valor jurídico.

Sobre este último aspecto, una parte de la doctrina internacionalista (especialmente en Occidente) considera que el valor jurídico de las resoluciones de las Asambleas Generales de Naciones Unidas entran de lleno como *soft-law* y otros sectores pretenden que las mismas tengan plenos efectos jurídicos (Gómez, 2004).

El Sistema Internacional de Derechos Humanos no incluye el derecho a un ambiente sano dentro de sus principales instrumentos de referencia[3], como un Derecho Fundamental, pero le reconoce su carácter instrumental.

2. Al respecto ver: Asamblea General Naciones Unidas, "Necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas", 14 de diciembre de 1990, Resolución 45/94; Consejo de Derechos Humanos, "Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente- Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos", 16 de diciembre de 2011, Resolución A/HRC/19/34; Comisión de Derechos Humanos, "Los derechos humanos y el medio ambiente como parte del desarrollo sostenible", 20 de abril de 2005, Resolución 2005/60; Comisión de Derechos Humanos, "Derechos Humanos y Medio Ambiente", 5 de marzo de 1991, UN Doc. E/CN.4/RES/1991/44; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, "Derechos Humanos y Ambiente", E/CN.4/Sub.2/1994/9; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos "Informe anual sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, 15 de enero de 2009, A/HRC/10/61.
3. Los cuales son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Un claro ejemplo de ello es lo manifestado en el "Informe anual sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos" del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR) (2009) el cual indica que:

> *Si bien los tratados universales de derechos humanos no se refieren a un derecho específico a un medio seguro y saludable, todos los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas reconocen el vínculo intrínseco entre el medio ambiente y la realización de una serie de derechos humanos, como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua y a la vivienda* (Párrafo 18).

Por lo tanto, su protección se debe realizar mediante la interpretación de otros Derechos Fundamentales, tales como: el derecho a la salud, a la vida, a la vida privada, a la minorías y a la familia (Peña, 2008).

Cabe destacar que la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la redacción de sus principales documentos se dieron antes de la Declaración de Estocolmo, la cual es reconocida como el punto de referencia en la toma de conciencia del vínculo entre el derecho ambiental y los derechos humanos.

Después de Estocolmo, en 1992, se tenía la expectativa de que con la Declaración de Río se reconociera expresamente el derecho a un ambiente sano como un Derecho Fundamental, lo cual no sucedió, y tampoco, veinte años después, en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20).

A pesar de que dicha Declaración se considere un retroceso en comparación con la Declaración de Estocolmo, es menester señalar que a nivel internacional y local de varios países, la de Río tuvo efectos positivos en la creación de instrumentos para proteger el medio ambiente, como, por ejemplo: la evaluación de impacto ambiental; principios novedosos (como el precautorio, preventivo, internalización de costos, participación pública en materia ambiental; entre otros); una institucionalidad propia (Ministerios de Ambiente y similares); se comenzó a desarrollar y codificar legislación ambiental propiamente dicha (leyes orgánicas o generales del ambiente); e inclusive incluirlo como Derecho Fundamental en Constituciones Políticas (Cabrera, J., 2012).

A diferencia del Sistema Internacional, el reconocimiento expreso del derecho a un ambiente sano se ha gestado a nivel nacional y regional (específicamente en los Sistemas Interamericano y Africano de Derechos Humanos) pero a pesar de ello —como se verá a continuación— este derecho presenta dificultades para su defensa.

4. Como es el caso del derecho de los trabajadores de organizarse en sindicatos y el derecho a la educación. Ver al respecto artículo 19.6: Medios de Protección del Protocolo de San Salvador.

3. El derecho a un ambiente sano en los Sistemas Regionales de Derechos Humanos

3.1 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Si bien en el Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) de 1988 expresamente se manifiesta que:

1) Todos tienen el derecho a vivir en un ambiente sano y a tener acceso a servicios públicos básicos; y 2) Los Estados deben promover la protección, la preservación y el mejoramiento del ambiente (artículo 11), este protocolo presenta la dificultad de que no se le aplica el sistema de peticiones individuales[4] y únicamente es factible reclamar la violación del derecho a un ambiente sano a partir de la correlación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[5] por vía del artículo 26 de la Convención Americana —el cual hace referencia al Desarrollo Progresivo[6]— y el mismo artículo 11 del Protocolo de San Salvador (Rodríguez, 2003).

Cabe destacar que las principales líneas que han seguido la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus resoluciones son: primero, el reconocimiento de que la degradación al medio ambiente puede implicar violaciones de los derechos a la vida, la salud, la propiedad y la cultura; y segundo: la importancia de los derechos a la información, a la participación pública en la toma de decisiones, y el derecho al acceso a la justicia y recursos efectivos para garantizar la protección de los derechos (Shelton, Cid, 2011, p. 127).

Un caso que ejemplifica estos enfoques es el de *Yakye Axa v. Paraguay* (2005)[7], el cual es citado a menudo e, inclusive, evaluado como la primera experiencia exitosa "–dado que permitió la restitución a dichas comunidades de un total de 21.884 hectáreas de su territorio tradicional–; había abierto así…, las puertas del sistema interamericano para casos de denegación de justica y violación de derechos indígenas en Paraguay" (Ramírez, Cid, 2005, p.348-349).

5. Por ejemplo, el derecho a la vivienda, a la salud y a la alimentación.
6. En él se establece el deber de los Estados de lograr la efectividad de los derechos que se derivan de normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Yakye Axa v Paraguay". Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas Serie C N° 125 de 17 de junio de 2005. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf Consultado el 12 de febrero de 2016.

Los Yakye Axa son una comunidad indígena que sufrió por la venta de grandes extensiones de tierras donde se encontraban asentados desde finales del siglo XIX; dichas ventas fueron realizadas por el gobierno paraguayo a empresarios británicos, quienes instalaron varias misiones de la iglesia anglicana y levantaron estancias ganaderas en la zona.

Dichas estancias afectaron las condiciones de vida de los miembros de esta comunidad indígena; por lo tanto, en 1986 muchos de ellos decidieron trasladarse a otro territorio pero, a pesar de esto, no mejoraron sus condiciones. Por ello, en 1993, deciden iniciar trámites para reivindicar las tierras que consideran como su hábitat tradicional, interponiendo una serie de recursos ante instancias paraguayas —los cuales no generaron resultados positivos— porque desde 1996 gran parte de la comunidad Yakye Axa se encontraba asentada al margen de una carretera, viviendo en condiciones de miseria extrema.

Los Yakye Axa manifestaron en su petición ante la Corte Interamericana, que el Estado les había violado sus derechos a la vida (artículo 4), el de las garantías judiciales y protección judicial (artículo 8), el derecho a la propiedad privada (artículo 21), el derecho a la protección judicial (artículo 25) y la existencia de un procedimiento efectivo para la reivindicación de tierras indígenas (artículos 1.1 y 2) de la Convención Americana.

La Corte estimó que los derechos anteriores habían sido violentados por Paraguay, porque procesos de complejidad mínima, como el reconocimiento de líderes y la personería jurídica de la comunidad habían demorado más de tres años —cuando el plazo legal es de 30 días—; así también se había demorado más de once años —sin habérsele dado una solución definitiva— la respuesta al reclamo de los miembros de la comunidad Yakye Axa y, además de esto, no tuvieron patrocinio de un abogado defensor hasta dos años y seis meses después de iniciado el proceso administrativo de restitución de tierras en ese país.[8]

Además, la Corte consideró que Paraguay, al no garantizarles el derecho de propiedad ancestral a los Yakye Axa, les había afectado el derecho a una vida digna, porque la imposibilidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio ancestral les había privado el acceso a sus medios de subsistencia tradicionales, a su forma de vida —haciendo referencia al sistema de comprensión del mundo que ellos poseen, diferente a la cultura occidental—, a la obtención de agua limpia, a la práctica de su medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, párr. 168).

8. Ver al respecto párrafos 69, 72, 85 y 119.

Como se pudo apreciar, el principal punto de conexión que utilizó la Corte en este caso, y sigue utilizándolo hasta la actualidad[9] para proteger el derecho a un ambiente sano, es el derecho a la propiedad; asimismo este último ha sido el principal enlace con los demás derechos —salud, vida, cultura—.

Lo anterior, bajo el enfoque de que los pueblos indígenas y tribales poseen fuertes lazos espirituales con sus tierras, de tal forma que, la contaminación afecta no solo sus valores materiales, su salud y, consecuentemente, su vida, sino también los valores espirituales asociados con la tierra y el medio ambiente que son tan característicos de estas comunidades.

3.2 Sistema Africano de Derechos Humanos

Entre los tres sistemas este es el más "joven," ya que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue adoptada por la Organización para la Unión Africana en 1986 y de la Comisión que la aplica fue creada en 1987.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1986) expresa: "Todas las personas tienen derecho a un ambiente general satisfactorio para su desarrollo" (artículo 24), lo cual la convierte en el primer acuerdo regional que reconoce explícitamente los derechos de tercera generación y recoge los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en un solo documento, abogando en su preámbulo por la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos (Revista Gloobal hoy, cid (s.f)).

A nivel jurisprudencial, la Comisión Africana constituye el primer caso que reconoce expresamente la estrecha relación entre derechos humanos y ambiente (Orellana, 2007); relación que se evidencia en el caso de las Comunidades *Ogoni v. Nigeria* (2001)[10] haciendo alusión al vertido de desechos tóxicos.

La comunidad Ogoni alegó que el gobierno militar de Nigeria estuvo directamente involucrado en la producción de petróleo, al ser el accionista mayoritario de un consorcio con la Shell; y que esta última, debido a la contaminación del medio ambiente donde vive la comunidad Ogoni, le ocasionó problemas de salud y de degradación ambiental.

9. Ver al respecto los Casos Yanomi v Brasil (1985) y Sarayaku v Ecuador (2012); como se puede observar, los rangos entre los años son bastante diferenciados.
10. Ver al respecto Comisión Africana (2001), Comunicación No 155-96 Social and Economic. Rights Action Centre (SERAC) and the Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria. Disponible en http://www.achpr.org/communications/decision/155.96/ Consultado el 15 de febrero de 2016.

El conflicto radicó en que ese consorcio explotó reservas de petróleo en Ogoniland, vertiendo residuos tóxicos en el medio ambiente, en los ríos y canales locales; además, por negligencia y problemas en la manutención de sus instalaciones, también provocó numerosos derrames cerca de las aldeas.

Esa contaminación en el agua, suelo, y aire causó graves problemas, envenenando una porción del suelo y del agua destinada a la siembra y a la pesca Ogoni. Por otra parte, acarreó problemas en la salud de la población tales como: infecciones de piel, enfermedades gastrointestinales, respiratorias, problemas neurológicos, reproductivos y aumento en el riesgo de contraer cáncer.

De esta manera, los peticionarios alegaron que el gobierno nigeriano no supervisó las operaciones de las compañías petroleras, no les proporcionó la información sobre los peligros de dichas actividades, ni les brindó la oportunidad de tomar decisiones respecto a las mismas; tampoco le exigió a la compañía petrolera elaborar estudios de impacto ambiental, ni de salud, relacionados con sus operaciones.

Por otro lado, dicho gobierno fue incapaz de investigar y punir los ataques que sufrió esta comunidad por parte de las Fuerzas de Seguridad Nigerianas, que incendiaron y destruyeron varias aldeas, casas, plantaciones y animales domésticos pertenecientes a los Ogoni como respuesta a la campaña de no violencia del Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoni (MOSOP), que se oponía a la destrucción del medio ambiente por las petrolíferas.

La Comisión Africana encontró que Nigeria había violado los derechos a la libertad (artículo 2), a la vida (artículo 4), a la propiedad (artículo 14), a la salud (artículo 16.1), a la familia (artículo18.1), a la libre disposición de sus riquezas (artículo 21), a un medio ambiente sano (artículo 24) de las comunidades Ogoni, a disponer libremente de sus recursos naturales. Además, por haber faltado a su deber de proteger a las mismas de actos dañinos, perpetrados por las empresas petroleras; por no controlar y regular sus actividades, permitiéndoles la violación de sus derechos con impunidad.

El principal razonamiento en torno al medio ambiente que realizó la Comisión Africana descansó en la relación entre el derecho a un ambiente sano (artículo 24) y el derecho a la salud física y mental (artículo 16.1), señalando principalmente tres aspectos: primero, el derecho a un ambiente sano exige que el Estado tome medidas de prevención en contra de la degradación ecológica, debe promover medidas de preservación del ambiente y que aseguren el uso racional de los recursos naturales (Comisión Africana, 1986, párrafo 52).

En relación con lo anterior, el segundo aspecto señalado por la Comisión fue el deber del Estado de monitorear científicamente los ambientes amenazados, publicar

los estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial, brindar la información adecuada a las comunidades expuestas a los materiales y las actividades peligrosas, y proporcionarles oportunidades significativas para que sean oídas y participen en las decisiones de desarrollo que les afectan (Comisión Africana, párrafo 53).

El tercer aspecto hace referencia al deber del Estado de respetar los derechos a la salud y al ambiente, por lo tanto, debe abstenerse de transgredirlos, lo que implica una conducta no intervencionista; por lo consiguiente, el Estado está obligado a no conducir, patrocinar ni tolerar cualquier práctica, política pública o medida legal que viole la integridad del individuo (Comisión Africana, párrafo 52).

Por último, la Comisión Africana le pidió al gobierno nigeriano asegurar la protección del medio ambiente, la salud y la vida de la comunidad Ogoni.

Entonces, vemos que, en el caso africano, se exhorta a la protección del medio ambiente directamente, pues el mismo es medular para la protección de otros derechos indisolubles, como son el derecho a la vida, a la salud y a la alimentación. Por otra parte, se subraya la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar este derecho no solo con sus acciones, sino también, velando activamente para que actos de terceros no afecten al medio ambiente.

3.3 Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el caso europeo, ninguno de sus principales documentos[11] hace referencia al derecho a un ambiente sano como un derecho humano; el mismo se protege principalmente mediante el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos); como también se protege — en menor medida — por medio del derecho a la vida (artículo 2); del derecho a la salud (artículo 11 de la Carta Social); y mediante los derechos procesales: el derecho a un proceso equitativo (artículo 6.1), el derecho de información y comunicación (artículo 10); y el derecho a la participación en la toma de decisiones y el acceso a un remedio justo (artículo 13).

El artículo 8 de la Convención Europea (1950) establece que,

> *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
>
> *2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto, esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una*

11. Siendo éstos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1961.

> *medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.*

De este artículo se desprenden dos conceptos de interés para la protección del derecho a un ambiente sano interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que son el respeto del domicilio y la no interferencia al derecho a la vida privada.

El TEDH ha interpretado que el respeto al domicilio no se limita a tener el derecho a un espacio físico, sino que también incluye el derecho a disfrutar con toda tranquilidad de ese espacio y que su vulneración se puede dar en forma material o corporal —como sería la entrada en el domicilio de una persona no autorizada—, como también de forma inmaterial o incorpórea, como son los ruidos, las emisiones, olores u otras injerencias. Pero esas injerencias deben poseer cierto nivel de gravedad para que se considere transgredido el derecho al domicilio (Miranda, 2007, citando el *Caso Fadeyeva vs. Rusia* (2005)).

En este orden de ideas, para que en el Sistema Europeo se considere que hubo interferencia en el derecho a la vida privada y familiar, el grado de perturbación al ambiente debe de asumir un cierto nivel de gravedad relevante ("severe environmental pollution") la cual se debe valorar caso por caso (Miranda, 2007).

Para determinar el nivel de degradación ambiental la Corte Europea ha establecido los siguientes parámetros de valoración: a) la intensidad y la duración de la intromisión, y b) sus efectos físicos y psicológicos considerados en el contexto ambiental en general; esa intromisión debe ser relevante en comparación con los riesgos ambientales que se presentan en la vida urbana moderna (Miranda, 2007 citando el *Caso Fadeyeva vs. Rusia*, (2005)).

En relación con lo anterior, el TEDH pondera los intereses del Estado y de los afectados y, dependiendo de ello, procede a tutelar o no el derecho al ambiente (Peña, 2008). Por ejemplo, en el *Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido* (1990), los vecinos del Aeropuerto Internacional de Heathrow alegaron que el ruido excesivo provocado por el aterrizaje y despegue de los aviones les generaba grandes disturbios en su salud y detrimento en su derecho la vida privada (artículo 8). Pero el TEDH rechazó el argumento, explicando que el artículo 8 requiere la búsqueda del justo balance entre los intereses de los individuos y aquellos de la comunidad en general y consideró que el Estado había actuado al margen de la apreciación de estos elementos, encontrando un equilibrio entre los intereses en juego (TEDH, Serie A, Nº 72 del 21 de febrero de 1990).

En contraste con lo anterior, en el *Caso López Ostra vs. España* (1994) el TEDH estableció la responsabilidad del Estado por no encontrar una solución a la problemática ambiental y por ende de salud que se estaba presentando.

La familia López Ostra habitaba en las cercanías de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos que fue construida con una subvención del Estado; desde su entrada en funcionamiento —sin los permisos respectivos— generó malos olores, ruidos y humos contaminantes, que ocasionaron problemas de salud tanto a la hija de la demandante como a los miembros de poblaciones aledañas.

La recurrente agotó la vía interna, entablando procesos administrativos y penales, los cuales fueron declarados sin lugar y, a pesar de que la planta fue cerrada parcialmente, esta continuó emitiendo malos olores.

La señora López Ostra indicó que las autoridades españolas habían violado el artículo 8 y el artículo 3 (Prohibición de la tortura)[12] y que eran responsables porque en vez de tomar medidas efectivas para su resolución asumieron una actitud pasiva.

El TEDH consideró que en el marco de la ponderación de derechos, el Estado no logró encontrar un justo equilibrio entre los intereses en juego; o sea, el bienestar de la ciudad —la planta de tratamiento de residuos— y el disfrute efectivo del derecho al respeto al domicilio y a la vida privada y familiar de la recurrente; estableciendo la responsabilidad del Estado, por su omisión en encontrar una solución acorde con los parámetros de la Convención Europea (Miranda, 2007).

El *Caso López Ostra* es un referente en el Sistema Europeo, pues con él se toma un nuevo rumbo en la protección del ambiente; primero, porque mediante la interpretación del artículo 8 se reconoció la relación entre la degradación de ambiente y la salud; segundo, se disminuyó "el umbral de daño a la salud necesario para considerar vulnerado el derecho del artículo 8."[13] (Espinosa, 2015, p.83) y para que el fenómeno sea considerado como contaminación ambiental; tercero, determinó por primera vez que el Estado no había logrado un justo equilibrio entre los intereses en juego; cuarto, por primera vez el TEDH enunció el principio según el cual los daños ambientales a la colectividad pueden perjudicar su bienestar y privarlo del disfrute de los derechos establecidos en el artículo 8 (Miranda, 2007),

12. Art. 3- Prohibición de la tortura: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes."
13. El TEDH afirma que "naturalmente, la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles disfrutar de sus hogares de manera que afecte su vida privada y familiar de manera adversa, sin que, no obstante, dañe seriamente su salud". López Ostra c. España, en el párrafo 51 [traducción libre de Adriana Espinosa]

quinto, le impuso al Estado obligaciones positivas de actuar para que los ciudadanos vivan en condiciones seguras con el fin de no poner en peligro su salud personal y familiar (Espinosa, 2015).

El *Caso López Ostra* influenció positivamente en la protección del derecho a un ambiente sano en otros procesos de contaminación industrial[14], y en otros de extracción y tratamiento de oro[15] y de contaminación acústica[16].

4. El reconocimiento jurisprudencial del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en Costa Rica

Un caso interesante para traer a colación es el costarricense, ya que, antes de poseer rango constitucional en 1994, el derecho a un ambiente sano venía siendo tutelado y considerado como Derecho Fundamental por la jurisprudencia de la Sala Primera[17] y la Sala Constitucional[18], ambas pertenecientes a la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Las dos vertientes que ellas utilizaron fueron: a) la interpretación lógico sistemática del derecho a la vida (artículo 21) y la protección de las bellezas escénicas y el patrimonio histórico y artístico de la nación (artículo 89) de la Constitución Política costarricense, y b) la interpretación de los tratados internacionales.

> *El razonamiento de la tutela del derecho a un ambiente sano mediante los instrumentos internacionales, parte de la premisa que este derecho forma parte de los Derechos Humanos de Tercera Generación. Por ejemplo, en la resolución 189-F de 1991 la Sala Primera establece expresamente su condición de Derecho Humano y de nuevo derecho:*

14. Al respecto consultar los casos: Guerra y Otros v. Italia (1998), Fadeyeva v. Rusia (2005), Ledyayeva v. Rusia (2006) y Giacomelli v. Italia (2006)
15. Al respecto consultar los casos: Taşkin v. Turquía (2004), Öçkan v. Turquía (2006), y Lemke v. Turquía (2007).
16. Al respecto consultar los casos: Moreno Gómez c. España (2004) y Martínez Martínez c. España (2011).
17. Esta Sala es parte de la Corte Suprema de Justicia y se especializa en la casación de fallos en materia civil, contenciosa administrativa, agraria y comercial.
18. Esta Sala garantiza la supremacía de las normas y principios, derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes. Para cumplir con este objetivo se cuenta con seis recursos: el hábeas corpus, el recurso de amparo, la acción de inconstitucionalidad, la consulta legislativa, la consulta judicial y el conflicto de competencia.

> *Todas las anteriores, aun cuando abundantes, tienen lineamientos de altísimo contenido axiológico cuyo desarrollo no es exclusivamente nacional, sino, por el contrario, se trata de un movimiento de carácter universal cuyo resultado ha sido el de colocar al derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un verdadero derecho humano. Se le ubica dentro de los denominados derechos de la tercera generación: un paso adelante de los derechos humanos clásicos, civiles o políticos (de la primera generación) y de los económicos, sociales y culturales (de la segunda generación). Ello ha dado base para formular una nueva clasificación jurídica: la del Derecho Ecológico, el cual hoy tiene un objeto muy definido en los recursos naturales, y su complejo de fuentes caracterizados por la organicidad y completes.* (Sala Primera de Costa Rica, Considerando XV, Sentencia Nº 00189-F, del 30 de octubre de 1991).

A partir de esa premisa, la Sala Constitucional deriva criterios en los cuales hace el enlace entre los instrumentos de derechos humanos y los de derecho ambiental propiamente, de tal manera, que el derecho ambiental reconocido en los primeros forma parte de la legislación nacional.

Por ejemplo, en una de sus sentencias dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenciones —incluso los no ratificados— son de acatamiento obligatorio en la legislación costarricense porque brindan soluciones a los problemas ambientales (Sala Constitucional de Costa Rica, Considerando IV, Sentencia Nº 3705-93 de las quince horas del 30 de julio de 1993).

Además, dichos instrumentos gozan de plena ejecutoriedad en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo y, por ende, deben ser respetadas porque su rango normativo es superior a las leyes (Sala Constitucional de Costa Rica, Considerando XX, Sentencia N° 6240-93 del 26 de noviembre de 1993).

Lo anterior también se aplica a los principios contenidos en Declaraciones Ambientales o *"soft law"* suscritas por el país. Por ejemplo, en la Sentencia Nº 1250 de 1999 la Sala declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo Nº 14534-A, porque consentía la caza y la explotación de carne de las tortugas lora y verde, lo cual contravenía el Convenio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES); la Convención de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América; el principio precautorio (principio15) de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; pues permitía la caza y consumo de dichas especies sin bases científicas que demostraran que ello era posible sin perjudicar su supervivencia. Esa normativa la Sala la consideró inconstitucional porque contravenía el artículo 7 constitucional (el cual hace referencia a la jerarquía de normas), ya que dicho decreto irrespetaba las disposiciones contenidas en los instrumentos citados, y, además, de acuerdo con el principio "pro natura" la sola duda del perjuicio que se le podía causar al equilibrio ecológico era suficiente para protegerlo (Peña, 2008).

Esta sentencia muestra claramente cómo la Sala echó mano de la hermenéutica jurídica ambiental, interpretando estos textos categorizados de "soft law" de manera evolutiva y sistemática, no solo trayendo a colación convenios y principios generales ambientales como lo son el precautorio y el "indubio pro natura", sino aplicándolos para resolver el caso como instrumentos que forman parte del elenco legislativo nacional.

Por otro lado, con respecto a la exigibilidad judicial de los instrumentos internacionales ambientales suscritos por el país, esta es directa; ello implica que cualquier sujeto está legitimado para hacerlo por el interés difuso que media en la protección del medio ambiente. Por lo tanto, está facultado a interponer acciones de inconstitucionalidad contra norma inferior que los contravenga, sin necesidad que exista un proceso judicial o administrativo pendiente. Asimismo, cualquier sujeto que se sienta afectado por la violación a un Derecho Fundamental contenido en un tratado internacional ambiental, incluso no ratificado por Costa Rica, está legitimado para acudir mediante el recurso de amparo (Peña, 2008).

Un caso muy citado al respecto es el de un niño con edad escolar que interpone un recurso de amparo contra la municipalidad de Santa Ana y el Ministerio de Salud, porque con sus acciones y omisiones violaron el derecho a la vida y el derecho a un ambiente sano, al permitir que la quebrada "La Uruca", fuese utilizada como basurero, lo que trajo como consecuencia su contaminación; afectándolo no solo a él, sino a todos los vecinos del lugar. La Sala condenó a la municipalidad y solidariamente al Estado, al pago de las costas, de los daños y perjuicios causados (Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia Nº 3705-93, 30 de julio de 1993).

Esta legitimación tan amplia es inadmisible en otras legislaciones —como en la estadounidense— donde no se admite la legitimación amplia que ampara a los derechos difusos.

Sería muy interesante que en este país —como en aquellos en los cuales su marco jurídico les permita realizar este tipo de razonamientos y equiparaciones— declaren otros derechos afectados por el cambio climático como fundamentales, como, por ejemplo, el derecho al acceso a la energía, e, inclusive, que puedan ir más allá y establecer que esa energía sea sostenible conforme a lo pactado en el Acuerdo de París en la pasada Vigésima Primera Conferencia de Partes sobre Cambio Climático (COP21) y en la nueva agenda de desarrollo sostenible de Naciones Unidas ("Objetivos de Desarrollo Sostenible" (2015))[19], la cual aboga

19. Esta agenda fue adoptada en la Asamblea de Naciones Unidas, A/69/L.85, del 12 de agosto de 2015.

por el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos, de la mano del aumento del porcentaje de la energía renovable en el conjunto de fuentes de energía.[20]

5. El derecho a un ambiente sano y el cambio climático

"En el mundo entero no existe una cosa sin relación a otra... El mundo constituye un todo indivisible; si aislamos algo de las condiciones de este todo donde está inserto, vamos a perturbar el orden de la naturaleza y perjudicar sus efectos (Grober, 2002)." (Bosselmann, 2008, p. 39).

La anterior cita refleja de la mejor manera la relación que existe entre ambiente, cambio climático, energía y derechos humanos. Por ejemplo, el cambio climático tiene repercusiones transfronterizas a nivel mundial —tanto ecológicas como en el ser humano—, y afecta una serie de derechos, particularmente los de aquellas poblaciones y países más vulnerables y de escasos recursos económicos.

Entre dichos derechos podemos citar el derecho a la vida y a una vida digna (el cual incluye el derecho al acceso a la energía), el derecho al acceso al agua, a la salud, a la alimentación, a la vivienda y libre determinación —aspecto que se manifiesta en el caso de los desplazados y los refugiados ambientales—.

El origen del cambio climático se remonta a dos grandes transformaciones en el uso de la energía; la primera transformación se da con la Revolución Industrial cuando la energía hidráulica es reemplazada por el carbón y con ella se desató un aumento sin precedentes en la productividad; y la segunda gran transformación ocurrió a inicios del siglo XX con el inicio de una revolución en el transporte y la utilización del petróleo para los motores de combustión interna. Siendo la quema de carbón y petróleo fuentes de energía propulsoras de riqueza y productividad pero al mismo tiempo grandes contribuyentes al cambio climático (Bulege, 2014).

Los primeros antecedentes sobre el reconocimiento de las consecuencias negativas de este fenómeno se discuten en la Primera Cumbre sobre el Clima en 1979 y, años más tarde, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas en

20. Ver específicamente, el objetivo 7 de la agenda.

1988 reconoce que el cambio climático es un problema de preocupación común de la humanidad, mediante las resoluciones Nº 43/53 y la Nº 44/207 ambas sobre la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras.[21]

Con posterioridad, en 1992, surge el derecho sobre el cambio climático, como una rama del derecho ambiental internacional, mediante la suscripción de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el cual se enmarca conceptualmente bajo el enfoque del desarrollo sostenible y, al igual que el derecho internacional ambiental general, se conforma de manera paralela al derecho internacional de los derechos humanos (Acevedo, 2014).

Pero esta ramificación del derecho ambiental también cuenta con la desventaja de estar sustentado en documentos de *"soft law"*, a pesar de que la relación intrínseca entre el cambio climático y los derechos humanos ha sido reconocida por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR) en el "Informe anual sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos", de 2009; en ella dedica una sección entera al análisis de las consecuencias del cambio climático sobre los derechos humanos y su relación con estos.[22]

El informe también señala que es prácticamente imposible demostrar la relación de causalidad "entre las emisiones históricas de gases de efecto invernadero de un país concreto con un efecto específico relacionado con el cambio climático, y mucho menos entre esas emisiones y todas las consecuencias directas e indirectas para los derechos humanos" (ACNUR, 2009, Párrafo 70).

Un caso a nivel internacional que ejemplifica de la mejor manera lo anterior es el del Circuito Circumpolar Inuit (CCI), el cual fue el primero[23] en ser entablado ante un órgano del Sistema Regional de Derechos Humanos, que expresamente señala la violación de Derechos Humanos como resultado de los impactos del cambio climático.

21. Disponibles en la página web de Naciones Unidas en la Sección Asambleas Aprobadas: http://www.un.org/es/documents/ag/res/43/list43.htm. Consultado el 22 de febrero de 2016.
22. Al respecto consultar del párrafo16 al 68.
23. El 23 de abril de 2013, el Consejo Atabascano del Ártico entabló una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra Canadá, a quien considera responsable de las consecuencias producidas por la emisión de carbono. La petición está disponible en: http://earthjustice.org/sites/default/files/AAC_PETITION_13-04-23a.pdf Consultada el 30 de marzo de 2016.

6. Caso Inuit ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En diciembre de 2005 el Circuito Circumpolar Inuit (CCI) —en nombre de los Inuit de Alaska y Canadá[24] — presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos responsabilizando a los Estados Unidos de Norteamérica por los efectos que están sufriendo a causa del cambio climático.

Los Inuit son los pueblos indígenas que habitan las regiones árticas de Alaska, Canadá, Groenlandia y Rusia y se caracterizan principalmente porque su cultura, economía e identidad se basan en las condiciones del Ártico. Un ejemplo de ello es que los Inuit viajan en la nieve y el hielo y subsisten de la caza marina y terrestre, lo cual les brinda una reafirmación espiritual y cultural que se transmite de generación en generación, pero que también se está viendo mermada e inclusive volviendo obsoleta debido a los rápidos cambios que está experimentando su entorno (CCI, Cid, 2005).

Este grupo manifestó que no hay otro lugar en la Tierra que experimente en forma tan severa los impactos del cambio climático como el Ártico, y para hacer esta afirmación se basó en la Evaluación del Impacto Climático en el Ártico ("Arctic Climate Impact Assessment") del Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC con sus siglas en inglés) de 2004[25] y en el informe "Arctic Climate Impact Assesment" del Consejo del Ártico y del Comité Científico Internacional del Ártico (IASC por sus siglas en inglés)[26].

Dichos documentos señalan los daños que están sufriendo estas comunidades por causa del cambio climático y cómo sus impactos afectan la cultura y la salud de las mismas. Por ejemplo, indican que la intensidad del sol y el aumento de temperatura ha influido en la salud de este grupo, de algunas especies y sus hábitats; también ha afectado en componentes importantes para su cultura, como la construcción de iglúes, la caza y el transporte (los cuales con el deterioro del hielo se han tornado más peligrosos); e incluso ha desembocado en la necesidad de reubicación de algunos de sus integrantes a causa de tormentas e inundaciones.

24. La petición N° P-1413-05 está disponible en la página web del CCI, http://www.inuitcircumpolar.com/inuit-petition-inter-american-commission-on-human-rights-to-oppose-climate-change-caused-by-the-united-states-of-america.html. Consultada el 13 de marzo de 2016.
25. Para más información visitar la página web del IPCC. Disponible en la Sección Publicaciones.: http://www.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml#tabs-3. Consultado el 22 de febrero de 2016.
26. Para más información visitar la página web del CCI. Disponible en: http://www.acia.uaf.edu/. Consultado el 22 de febrero de 2016.

Los peticionarios responsabilizaron principalmente a los Estados Unidos por los impactos que están sufriendo; primero, por ser el mayor emisor de gases de efecto invernadero (GEI) en el mundo, lo cual lo convertiría en el principal responsable en comparación con las otras naciones y; segundo, por su negativa en regular y reducir las emisiones de GEI, a pesar de estar de acuerdo con la comunidad científica en que los cambios en la temperatura, experimentados en los últimos cincuenta años, han sido consecuencia de las acciones del ser humano (CCI, Cid, 2005).

Los Inuit señalan que esas acciones y omisiones de los Estados Unidos violan una serie de derechos humanos protegidos tanto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos como en otros instrumentos de derechos humanos y de derecho internacional ambiental (de los cuales él no forma parte).

Dentro del primer grupo de derechos citaron: el derecho a la vida y a su integridad como personas, el derecho a la residencia y tránsito, a la inviolabilidad de domicilio, a la preservación de la salud, a la propiedad y a los beneficios de la cultura; y dentro del segundo: el derecho a la salud (Protocolo de San Salvador), el derecho a gozar de la vida cultural (Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), el de disponer de los propios medios de subsistencia (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), por citar algunos; y del derecho internacional ambiental invocaron los principios de precaución, de desarrollo sostenible y la prohibición de causar daños transfronterizos.

Inclusive señalaron jurisprudencia del Tribunal Europeo como los casos *López Ostra vs. España*, *Guerra y otros vs. Italia*, y *Fadeyeva vs. Rusia*, que, como se vio líneas atrás, hacen referencia a la afectación del derecho a la vida privada mediante la degradación del medio ambiente.

La CCI trajo a colación dichos derechos y principios basándose en una manifestación realizada por la Comisión[27] en la que expresó que la Declaración debía ser aplicada "con la debida atención a otras normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros contra los cuales se interponen debidamente denuncias de violación de los derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004)" (CCI, Cid, 2005, p.70).

Con respecto a la falta de agotamiento de los recursos internos de Estados Unidos, los peticionarios indican que este país no cuenta con recursos adecuados para hacerle frente a estas violaciones (CCI, Cid, 2005).

27. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 40/04, "Comunidades Mayas en el Distrito de Toledo, Belice", de 12 de octubre de 2004.

En la audiencia ante la Comisión, los peticionarios no pudieron aclarar la relación jurídica de responsabilidad entre las actuaciones de este país y las violaciones de los derechos invocados.

Por lo tanto, la Comisión decidió no redactar el informe[28] porque estimó que la información provista por los peticionarios no permitía determinar si los hechos presentados se podían caracterizar como una violación de los derechos protegidos en la Declaración Americana (Castillo, 2012).

Es probable que si los Inuit hubiesen agotado los recursos internos, o bien justificado sólidamente la razón por la cual omitieron agotar los mismos, señalando empresas específicas y aportado evidencias concretas sobre el porcentaje de contaminación emitido por ellas, hubiesen logrado elevar el caso a la Corte Interamericana, pues ya la Comisión ha reconocido que los Estados están obligados a prevenir que los actores privados violen los derechos humanos mediante la contaminación tóxica; como, por ejemplo, en el citado caso *Yakye Axa; el Sawhoyamaxa y el Xákmok Kásek; todos vs. Paraguay* (AIDA, 2011).

A pesar de esos traspiés, no se le puede negar al caso Inuit ser pionero en exponer el cambio climático como principal elemento en la transgresión de derechos humanos en un sistema regional de resolución de conflictos, haciendo visible el problema y poniendo en perspectiva que los casos de cambio climático no se pueden ver ni analizar de forma aislada.

Pero, principalmente, pone en evidencia los mayores desafíos para la Corte Interamericana: primero, aplicar y remozar los principios internacionales del derecho ambiental; segundo, utilizar ciertos estándares que se encuentran en los instrumentos de derecho internacional ambiental; y tercero, desarrollar estándares en casos indígenas y no indígenas con nuevas temáticas relacionadas con biodiversidad, conocimientos tradicionales, cambio climático, migraciones por refugiados ambientales, acceso a la información, entre otros (Calderón, 2012).

Lo anterior, con el fin de que las sentencias de la Corte vayan a la par de la corriente internacional y protejan derechos humanos que están siendo afectados por aconteceres tangibles como el cambio climático.

28. Al respecto ver la carta dirigida a la representante de la CCI por parte de la Comisión en 2006. Disponible en http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/science/16commissionletter.pdf. Consultada el 13 de marzo de 2016.

7. Reflexiones finales

Para concluir, como el derecho a un ambiente sano no está consagrado en los instrumentos vinculantes del derecho internacional de los derechos humanos su protección se dificulta, inclusive viéndose afectada la admisibilidad de casos porque solo se le reconoce su carácter instrumental, y teniendo que recurrirse a la justiciabilidad indirecta que, en ocasiones, no tiene los resultados más felices.

Por lo tanto, el paso a seguir es reconocerle su carácter de derecho humano autónomo a nivel internacional. Es así como la promulgación de algún instrumento con la fuerza de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sus Protocolos que establezca los derechos de tercera generación —incluido ese derecho— facilitaría su defensa y, de este modo, también se avanzaría en la protección de los efectos adversos provocados por el cambio climático.

El panorama puede ser alentador, tomando en cuenta que la discusión sobre los nuevos derechos "es muy parecida a la que se dio en décadas pasadas respecto a los derechos sociales y económicos". De igual modo, "estos también lograrán penetrar en la conciencia internacional, de los Estados y de las personas" (Carpizo, 1998) (Inostroza, 1998, pg. 151) Además, esperamos que el derecho a un ambiente sano logre rebasar obstáculos y sea reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos como uno de ellos.

En tanto esto sucede, sería interesante que a nivel regional —especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos— se mostrara más abierta y echara mano de principios e instrumentos del derecho internacional ambiental, para darle cabida y solución a nuevas temáticas ambientales como, por ejemplo, el cambio climático.

A nivel nacional, tanto los abogados como los jueces deben asumir un rol más activo en aquellos casos de cambio climático; los jueces deberán hacer una interpretación evolutiva y sistemática de las normas jurídicas con las que cuentan o bien, cuando estas no sean suficientes, podrían utilizar aquellos instrumentos internacionales ratificados en sus países y, en los casos que lo permitan, incluso utilizar el ejemplo costarricense para solucionar los problemas relacionados con cambio climático.

Porque, como bien señala el Juez Federal brasileño Ney Bello (2009):

> *En otras palabras, cuando se trata de la relación entre el derecho y el cambio climático no estamos tratando un nuevo derecho, en el sentido objetivo, y ni estamos estableciendo la ilicitud de algunas nuevas conductas, o aun estableciendo nuevas hipótesis de responsabilidad. Estamos solo observando que aquellos actos*

> *ambientalmente ilícitos, ya así establecidos por la legislación en vigor, causan daños mucho más relevantes de lo que imaginábamos antes de que comprendiéramos los mecanismos de calentamiento del planeta. (p. 14).*

Por lo tanto, los litigantes en la parte que les corresponde deberán establecer bien el nexo de causalidad entre el agente causante del daño y el daño producido con pruebas contundentes, porque solo con la unión entre la población, las diferentes disciplinas y en, la medida de lo posible, del derecho, se podrá hacer frente a este gran desafío llamado cambio climático.

Interrelacionando comercio y cambio climático: una relación necesaria desde la perspectiva multilateral

Andrea Lucas Garín[1]

Sumario

1. Introducción. 2. Desde el Sistema de Protección de Cambio Climático. 2.1. Rasgos principales del Sistema. 2.2. El Acuerdo de París. 2.3. Alternativas prioritarias para enfrentar el cambio climático desde la visión multilateral. A) Modalidades de reducción como la aplicación de ciertos parámetros por país. B) Sujeción a ciertas industrias de un tope máximo de emisiones. C) Imposición de barreras a la importación de bienes provenientes de países sin políticas de mitigación. D) Aplicación de un gravamen acordado internacionalmente, pero recaudado a nivel nacional, sobre el contenido de carbono de los diversos combustibles fósiles. 2.4. Desafíos que enfrenta el Sistema Climático 3. Desde el Sistema Multilateral de Comercio. 3.1. Revisión de los potenciales conflictos. 3.2. Reglas de la Organización Mundial de Comercio comprometidas. A) Art. XX b) y g) GATTB) Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS). C) Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT). D) Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (TRIPS). 3.3. Rol del comercio internacional en torno al cambio climático. 4. Corolario.

1. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, abogada y especialista en Derecho Público, Universidad Nacional de Córdoba. Máster en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. Coordinadora académica, Heidelberg Center para América Latina – Universidad de Heidelberg. Investigadora de la Universidad Finis Terrae. Este trabajo se enmarca en el desarrollo del Proyecto FONDECYT de Iniciación 2015 Nº 11150382 titulado "Instrumentos comerciales para enfrentar el Cambio Climático en Chile: vínculos con el Sistema Internacional de Comercio" (investigadora principal).

Resumen

El capítulo se ocupa de la interrelación entre Comercio y Cambio Climático partiendo de los rasgos principales del Sistema de Protección de Cambio Climático y del reciente Acuerdo de París; se exponen las medidas alternativas multilaterales que la doctrina ha señalado deberían emprenderse a nivel internacional, para luego revisar las posibles limitaciones que el Sistema Multilateral de Comercio puede generar para la implantación de medidas tendientes a enfrentar el cambio climático de fuente antropogénica. Se revisan los potenciales conflictos y dentro de las disciplinas OMC, las reglas amigables que pueden abrir caminos desde el sistema multilateral; se incluye al tema energético como parte del análisis.

Palabras clave: Cambio climático, Acuerdo de París, Sistema Multilateral de Comercio, Derecho ambiental, comercio internacional.

Abstract

The article deals with the relationship between trade and Climate Change based on the main features of Protection System of Climate Change and the recent Paris Agreement; multilateral alternative measures that the doctrine has indicated should be taken at the international level will be exhibited; then it will review the possible limitations that the multilateral trading system can generate for the implementation of measures to address Climate Change from anthropogenic sources. Potential conflicts should be reviewed and within the WTO disciplines, friendly rules that can open ways from the multilateral system; it will include the energy issue as part of the analysis.

Key Words: Climate Change, Paris Agreement, Multilateral Trading System, Environmental Law, international trade.

1. Introducción

Mucho se ha escrito sobre la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y su Protocolo de Kioto, que se presentan como el escenario multilateral donde los Estados han concentrado sus esfuerzos para estabilizar los gases de efecto invernadero (GEI) de manera compatible con el desarrollo económico sostenible.

El sistema de protección internacional del cambio climático desde la década de los noventa ha generado estos textos convencionales, incluido el reciente Acuerdo de París, donde se reafirma la necesidad de unir perspectivas integradas de políticas de desarrollo, y proyectos que permitan el desarrollo económico para países desarrollados y en desarrollo.

Por otro lado, la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC), en estos últimos años ha emprendido la tarea de llevar el cambio climático a su órbita; en su sitio oficial se lee: "En sí misma, la cuestión del cambio climático no forma parte del programa de trabajo en curso de la OMC y tampoco hay normas de la OMC que se refieran específicamente al cambio climático…"[2]; sin embargo, desde la Secretaría de la OMC se han dado pasos para asegurar esta interrelación, brindando la Organización un marco relevante y previniendo los peligros de proteccionismo que las medidas para enfrentar el cambio climático podrían devenir para el sistema multilateral de comercio.

Entre las actividades más destacables que la Secretaría de la OMC ha emprendido se destaca el Informe producido por el PNUMA y la OMC en 2009[3], que aborda de manera exhaustiva los posibles conflictos que se pueden presentar entre los dos sistemas.

Charnovitz explica que el reporte es una iniciativa de la Secretaría (no aprobado por consenso general), a la cabeza de su entonces director general Pascal Lamy, para

2. El sistema multilateral de comercio y el cambio climático: introducción. (Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/climate_intro_s.htm).
3. OMC-PNUMA (2009, p. 160 y cc).

presentar en la Conferencia de Copenhague, en diciembre de 2009, con el objetivo de insinuar un camino que debiera seguir la OMC en su relación con otros sistemas internacionales, lo cual concitó mucha atención mundial, muy especialmente en Europa. Coincidimos con el autor en que la postura a favor de que la Organización deba promover el cambio climático es la adecuada, y no debe ni puede ser una excusa para la inacción de los Estados para enfrentar este fenómeno[4].

En igual sentido, la OMC se ha ocupado de la 'economía verde'[5], afirmando que los Miembros tienen un margen de actuación para promover una economía con bajas emisiones de carbono y que la Organización puede ser una plataforma de apoyo.

A nivel institucional advertimos que el Comité de Comercio y Ambiente también ha prestado atención al tema en sus reportes[6]; se han discutido en especial las iniciativas relacionadas con el cambio climático y con huella de carbono y el vínculo de estos temas con la energía. Asimismo, la Secretaría ha organizado actividades de difusión y de reflexión en relación con el cambio climático.

En el horizonte del sistema de solución de diferencias de la OMC no han sido impugnadas hasta ahora las políticas sobre cambio climático ni las medidas como Ajustes Fiscales en Frontera[7]. Sí han estado sometidos al sistema varios casos de energía renovables y, según asegura Cottier[8], esto continuará. El caso más destacable, siguiendo al autor, es "Canadá — Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable (DS412)", donde tanto el Panel y el Órgano de Apelación revisaron las medidas tomadas por Canadá, específicamente en Ontario, en el Sector Energía Renovable; sobre esto volveremos infra.

En este trabajo vamos a ocuparnos de la interrelación entre comercio y cambio Climático partiendo de los rasgos principales del Sistema de Protección de Cambio Climático y del reciente Acuerdo de París; se expondrán los caminos alternativos de

4. CHARNOVITZ (2010, p. 274/275).
5. En el folleto OMC "Aprovechamiento del comercio para el desarrollo sostenible y una economía verde", publicado en 2011. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/brochure_rio_20_s.pdf.
6. Por ejemplo, el Informe (2011) Comité de Comercio y Medio Ambiente, WT/CTE/18 de 21 de noviembre de 2011 se refiere de la huella de carbono.
7. Aquí seguimos a Durán y Polanco (2013, p. 30). Los ajustes en frontera se definen como aquellas medidas que eximen a los productos exportados de todo o parte de los impuestos que el país exportador impone a productos nacionales similares en el mercado interno y permiten al país importador aplicar a los productos importados todo o parte del impuesto que fija a productos nacionales similares; el nombre es confuso, porque sugiere que la medida se aplica en la frontera y no siempre es el caso. En materia de cambio climático, los Ajustes Fiscales en Frontera estarían destinados a imponer una carga al carbono sobre productos o servicios importados. Se consideran que son las medidas nacionales por antonomasia que tomarían los Estados con políticas activas de cambio climático para proteger sus mercados.
8. Cottier (2014, p. 42/43).

medidas multilaterales que la doctrina ha señalado debería emprender el Sistema a nivel internacional, para luego revisar las posibles limitaciones que el Sistema Multilateral de Comercio puede generar para la implantación de medidas tendientes a enfrentar el cambio climático de fuente antropogénica. Pensamos que esta relación es necesaria y debe potenciarse. Para ello revisaremos los potenciales conflictos y, dentro de las disciplinas OMC, cuáles son las reglas amigables que pueden abrir caminos desde el sistema multilateral; se incluirá al tema energético como parte del análisis.

2. Desde el Sistema de Protección de Cambio Climático

El Grupo Intergubernamental ha definido el cambio climático como un "cambio en el estado del clima que se puede identificar a raíz de un cambio en el valor medio y/o en la variabilidad de sus propiedades, y que persiste durante un período prolongado, generalmente decenios o períodos más largos. El cambio climático puede obedecer a procesos naturales internos o a cambios en los factores externos, o bien, a cambios antropogénicos persistentes en la composición de la atmósfera o en el uso del suelo"[9].

Se advierten evidencias de la existencia de cambios sistemáticos importantes, como los siguientes: la temperatura media global del aire cerca de la superficie terrestre aumentó entre 0,3º y 0,6 ºC desde fines del siglo XX; se registran aumentos de precipitaciones sobre la tierra en latitudes altas del hemisferio norte; el nivel del mar ha aumentado entre 10 y 25 cm en los últimos 100 años, y parte de eso se debe a la elevación de la temperatura media mundial[10].

"El cambio climático es consecuencia de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) que se originan en diversas actividades antropogénicas, principalmente derivadas de la quema de combustibles fósiles, del cambio de uso del suelo, de las actividades agrícolas y ganaderas y de los desechos (IPCC, 2007a y 2013)"[11].

La amenaza del cambio climático ha generado una reacción de la comunidad internacional liderada por el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para

9. Según se precisa en Estrategia Internacional para la Reduccion de Desastres de las Naciones Unidas (UNISDR) (2009).
10. Seguimos el informe de Sistema Nacional de Información Ambiental de CHILE (SINIA, 2016).
11. Cfr. Sánchez y Reyes (2015, p. 9).

el Medio Ambiente) y que ha devenido en el Sistema de Protección de Cambio Climático, que caracterizaremos a continuación.

2.1 Rasgos principales del Sistema

Mediante el Sistema de Protección Internacional del Cambio Climático, la comunidad internacional se ocupa del calentamiento global, a partir de las informaciones científicas que ha generado el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (PICC)[12].

El texto fundacional lo constituye la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que desde 1992 aúna los esfuerzos de los Estados por estabilizar los Gases de Efecto Invernadero (GEI) a un nivel que evite obstrucciones peligrosas con el sistema climático, de manera compatible con el desarrollo económico sostenible.

El Panel ha generado hasta la fecha cinco reportes, el primero en 1990, que derivó en la preparación del texto de la Convención que fue negociado y aprobado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (celebrada en Río de Janeiro en 1992). Esta Convención fue suscrita por 155 países y la Unión Europea en junio de 1992, y entró en vigencia dos años después, en 1994[13] (hoy cuenta con 195 miembros); de inmediato la atención estuvo centrada en la negociación del Protocolo de Kioto, que abarcó de 1995 a 2001.

En 1995 le siguió el Segundo Informe de Evaluación del Grupo; en 2001 vio la luz el Tercer Informe, y el Cuarto Reporte con la información científica relevante es de 2007. El último informe de 2014, el Quinto Informe Técnico[14], inicia con la siguiente frase: "La influencia humana en el sistema climático es clara, y las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero son las más altas de la historia. Los recientes cambios climáticos han tenido impactos generalizados en los sistemas humanos y naturales".

12. IPCC por sus siglas en inglés. Fue creado en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) con la misión de "analizar, de forma exhaustiva, objetiva, abierta y transparente, la información científica, técnica y socioeconómica relevante para entender los elementos científicos del riesgo que supone el cambio climático provocado por las actividades humanas, sus posibles repercusiones y las posibilidades de adaptación y atenuación del mismo".
13. "Adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992 y abierta a la firma en Río de Janeiro el 4 de junio de 1992. Entró en vigor el 21 de marzo de 1994 en virtud de lo dispuesto en el Art. 23 de la Convención". Drnas de Clément (2001, p. 235).
14. El Quinto Informe se puede consultar en http://www.ipcc.ch/index.htm.

El Panel Intergubernamental ha indicado que el aumento de la temperatura durante el siglo XXI no debiera exceder el límite de los dos grados centígrados (niveles preindustriales), y ha advertido de los riesgos y peligros que implican para la humanidad no hacerse cargo del fenómeno climático; su labor ha nutrido con sus informaciones y es una de las claves de los avances del Sistema de Protección.

Otro documento relevante lo constituye el Protocolo de Kioto, por el cual los Estados han establecido metas de reducción de las emisiones para los países industrializados, con un primer período de compromisos que finalizaron en 2012 y que fueron extendidos en la Conferencia de Doha (Qatar) hasta 2020.

Este instrumento, derivado de la Convención Climática[15], fue negociado durante más de dos años y adoptado en la Conferencia celebrada en Japón en 1997 [16]. Su entrada en vigor se produjo recién el 16 de febrero de 2005; mucho tiempo llevó el proceso de ratificación de los Estados, dado que se requería de 55 Estados Partes (incluidos Estados del Anexo 1) cuyas emisiones de GEI equivalieran al 55 % del total de emisiones de CO2 de las de los países desarrollados al año 1990.

El Protocolo de Kioto consta de 28 artículos más el Anexo A (que centralmente incluye los Gases de Efecto Invernadero, sectores y actividades y desechos abarcados), y el Anexo B, que exhorta a los Estados Partes en los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones del período 2008 al 2012; los países desarrollados podían adoptar diferentes objetivos para la disminución de sus emisiones.

El Protocolo incluyó herramientas para abaratar los costos de mitigación, creando tres mecanismos de mercado para intercambiar créditos de carbono, los llamados mecanismos flexibles, a saber: Aplicación Conjunta (AC), Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) y Comercio de Emisiones de Carbono. Estos tres esquemas flexibles generan créditos de carbono, instrumento económico del Protocolo que equivale a una tonelada métrica de dióxido de carbono que se ha dejado de emitir a la atmósfera[17]; estos créditos asumen distintos nombres según el mecanismo utilizado.

La entrada en vigencia del Protocolo de Kioto derivó en la apertura del proceso de negociaciones climáticas en torno al reemplazo del Protocolo.

15. El artículo 17 del Protocolo expresa: "1. La Conferencia de las Partes podrá, en cualquier período ordinario de sesiones, aprobar protocolos de la Convención".
16. "El Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, adoptado en Kyoto el 11 de diciembre de 1997, fue suscripto por 84 Estados". Drnas de Clément (2001, p. 260).
17. El Anexo de la Decisión 11/CMP.1 "Modalidades, normas y directrices al comercio de los derechos de emisión previstas en el artículo 17 del Protocolo de Kioto" establece la medida de reducción y los nombres de los distintos certificados.

2.2 El Acuerdo de París

El sistema enfrentaba el gran reto de alcanzar un acuerdo internacional que reemplazara el Protocolo; largos años de negociaciones llegaron a buen puerto en la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015 (COP 21) en París.

Las Partes en el Acuerdo impulsan los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura por debajo de 1,5 grados centígrados, y acordaron mantener el aumento de la temperatura global por debajo de los 2 °C. Se habla de llegar a un pico mundial de emisiones de gases de efecto invernadero tan pronto como sea posible; eso para algunos no es claro, es como si motivara a emitir más para luego trabajar en medidas de disminución de emisiones (es decir, mitigar, art. 4). Lo que está claro es que las acciones domésticas para mitigar el cambio climático son obligatorias para los Estados.

El Acuerdo de París[18] aprobado y abierto a la ratificación y adhesión a todas las Partes a partir 2016[19], ya se presenta como un acuerdo promisorio, con 175 Partes (174 Estados más la Unión Europea) que lo firmaron en Nueva York, además de 15 Estados que ya depositaron sus instrumentos de ratificación[20].

En el Acuerdo se destaca la importancia que se otorga tanto a la mitigación como a la adaptación[21]; anteriormente la impresión que nos daban los textos previos es que lo prioritario para el sistema era la mitigación, es decir, la disminución de las emisiones de GEI. Hoy vemos que se iguala esta junto con la adaptación. Está claro que la mitigación no es suficiente para enfrentar el fenómeno y que pueden ser necesarios mayores costos de adaptación si no hay mitigación (ver Art. 7 punto 4).

18. El texto del Acuerdo de París está disponible en http://unfccc.int/files/home/application/pdf/paris_agreement.pdf. Un paso relevante para ordenar las largas y difíciles negociaciones fue la Plataforma de Durban para una Acción Reforzada (decisión 1/CP.17).
19. Con precisión el Acuerdo establece: "Pide al Secretario General de las Naciones Unidas que sea el Depositario del Acuerdo y que lo declare abierto a la firma en Nueva York (Estados Unidos de América) del 22 de abril de 2016 al 21 de abril de 2017". La ceremonia de apertura ocurrió el 22 de abril de 2016. http://newsroom.unfccc.int/paris-agreement/175-states-sign-paris-agreement/.
20. Sobre la entrada en vigor del Acuerdo de París se prevé que "De conformidad con el artículo 21, párrafo 1, del Acuerdo de París, el Acuerdo entrará en vigor el día 30 después de la fecha en la que al menos 55 Partes en la Convención de contabilidad en total para al menos un estimado de 55 % de la el total de las emisiones globales de gases de efecto invernadero han depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión ante el Depositario". United Nations Climate Change Secretariat (2016).
21. "Se entiende por adaptación —según el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (PICC)—, los ajustes en los sistemas ecológicos, sociales o económicos, como respuesta a los estímulos climáticos presentes o esperados y a sus efectos." CEPAL (Comisión Económica para América Latina) (2008, p. 63).

Interesante resulta la resolución que incluye el Acuerdo de París y que presenta en su Preámbulo apreciaciones sobre los objetivos que se proponen. En ellos destacamos el énfasis que se pone en 'la energía sostenible en los países en desarrollo, en particular en los de África, mediante un mayor despliegue de energía renovable'; en los beneficios que devendrán de 'una acción pronta y ambiciosa, como las importantes reducciones del costo de las futuras medidas de mitigación y adaptación'; y, como siempre, el papel destacado de la cooperación regional e internacional para el logro de estos objetivos[22].

Del mismo modo que lo hicieron los textos anteriores, la Decisión inicia "Reconociendo la necesidad urgente de que las Partes que son países desarrollados aumenten la prestación de un apoyo previsible a las Partes que son países en desarrollo en forma de financiación, tecnología y fomento de la capacidad…".

A continuación ponemos de relieve los siguientes puntos sugestivos del Acuerdo de París:

- El reconocimiento de multiplicidad de niveles para enfrentar la problemática: dimensiones a nivel local, subnacional, nacional, regional e internacional (art. 7).
- Un insistente reconocimiento de que países en desarrollo requieren asistencia[23] para enfrentar acciones de mitigación y adaptación a largo plazo (incluso distingue a los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo).
- La admisión de que el cambio climático devendrá en pérdidas y daños asociados a sus efectos adversos, incluyendo las condiciones meteorológicas extremas; se menciona que el Mecanismo Internacional de Varsovia para Pérdidas y Daños estará a cargo de la Conferencia de las Partes (art. 8).
- Se reconoce la necesidad de la participación del sector público y privado para la implementación de las medidas nacionales (art. 6).
- El financiamiento se destaca como un elemento prioritario en el Acuerdo, y se dispone que el mecanismo de financiamiento de la Convención climática se hace extensivo a este Acuerdo (art. 9)[24];

22. Hablamos del Proyecto de Decisión /CP.21 que aprueba el Acuerdo de París (fechado el 12 de diciembre de 2015). United Nations Climate Change Secretariat (2016).
23. La asistencia que incorpora el Acuerdo para los países en desarrollo (y a cargo de los países desarrollados) es amplia, partiendo desde la asistencia financiera, construcción de capacidades, etc.
24. La Convención climática aborda esto en el artículo 21, párrafo 3 (Disposición Provisional); prevé que el Fondo para el Medio Ambiente Global (PNUMA) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) serán las instituciones que provisionalmente deben asegurar el mecanismo previsto en el Art. 11.

- La transferencia de tecnología resulta un pilar significativo para mejorar la resistencia al cambio climático y reducir las emisiones de GEI (art. 10).
- Es significativo el énfasis en la transparencia que promueve el Acuerdo, para construir la confianza mutua y promover la aplicación efectiva; se construye un marco de transparencia en la acción y en el apoyo, que se nutrirá de los informes nacionales bienales, reportes, etc. (art. 13).
- Se incluye un balance global periódico del inventario de emisiones, que evalúa los progresos a largo plazo en el marco de los objetivos del Acuerdo (el primer balance global se realizará en 2023 y luego cada cinco años (art. 14).
- Se establece un mecanismo para facilitar la aplicación y promover el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo, que tendrá un cariz técnico pero que considerará las condiciones nacionales, de una manera que sea transparente, no confrontacional ni punitivo (art. 15);
- El Acuerdo fija la institucionalidad y procedimientos de manera similar al Protocolo de Kioto (arts. 16 a 19).

Un destacable avance del Acuerdo es que obliga de igual modo a todas las Partes[25] a presentar sus Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (CDN) y deberán realizar esto cada cinco años; estas Contribuciones representarán un avance con respecto a las obligaciones asumidas por esa Parte hasta la fecha (un progreso) cada vez que la presentan, es decir, deben incluir medidas más intensas y ambiciosas, adoptadas en el marco de las obligaciones anteriores de ese Estado o Parte. Estos compromisos permitirán que las Partes les den seguimiento a sus emisiones y registren sus progresos, los cuales deberán ir enfocados a la disminución de las emisiones de GEI.

Los más precisos objetivos que se plantea el Acuerdo de París requerirían un formidable cambio energético que aleje a las economías de los países desarrollados y en desarrollo de su dependencia de los combustibles fósiles y emprenda pasos firmes hacia las energías limpias. La eficiencia energética integra de manera tácita las finalidades de este Acuerdo.

Al ser un Protocolo marco, continuará negociándose y los miembros se reúnen en la Conferencia de las Partes en calidad de encuentro de las Partes del Protocolo, órgano que tiene a cargo la toma de decisiones del sistema. Se reconoce que la implementación es una tarea por hacer para los Estados Partes (art. 16).

25. Sin perjuicio de la aclaración de que "Article 2,2. This Agreement will be implemented to reflect equity and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances". Pareciera que el Principio de responsabilidades comunes tiene una presentación distinta en este Acuerdo.

En definitiva, el Acuerdo presenta una visión más holística de las estrategias para enfrentar el cambio climático a nivel global; advertimos que va sumando los mecanismos establecidos en conferencias anteriores, y es un nuevo punto de partida que requerirá decisiones derivadas de la implementación. Revisaremos las principales medidas que debe emprender el sistema climático.

2.3 Alternativas prioritarias para enfrentar el Cambio Climático desde la visión multilateral

En nuestro continente la Cepal ha abordado el cambio climático en sus estudios y ha identificado los instrumentos de política multilateral para afrontarlo en el período post-Kioto, entre los que ubicamos y analizamos a continuación[26] en su relación con el comercio internacional:

A) Modalidades de reducción como la aplicación de ciertos parámetros por país, como el nivel de ingresos, el volumen de emisiones per cápita, la tasa de crecimiento y otros indicadores.

B) Otro mecanismo apunta a que ciertas industrias debieran estar sujetas a un tope máximo de emisiones y podrían intercambiar las reducciones desde las unidades más eficientes a las menos eficientes para cumplir con los compromisos del sector.

C) Un tercer conjunto de medidas consiste en imponer barreras a la importación de bienes provenientes de países que no hayan establecido medidas de mitigación del cambio climático o cuyas medidas sean muy débiles, ya sea basándose en el contenido de carbono incorporado a los productos, incluido el transporte, o en las medidas de protección adoptadas por los países exportadores.

D) El cuarto tipo de acciones refiere a la aplicación de un gravamen acordado internacionalmente, pero recaudado a nivel nacional, sobre el contenido de carbono de los diversos combustibles fósiles, permitiendo la creación de un fondo internacional para los países menos desarrollados.

A) Modalidades de reducción como la aplicación de ciertos parámetros por país

Las acciones colectivas se han centrado en establecer un límite a las emisiones de GEI, que puede ser un límite global (que activan mecanismos especiales una vez

26. De aquí en adelante seguimos a Cepal (Comisión Económica para América Latina) (2009, pp. 40/41).

que se pasa el límite), y también puede consistir en establecer límites de emisiones por país. Para esta última modalidad hay varias opciones, como establecer volumen de emisiones per cápita, la tasa de crecimiento, enfoque sobre emisiones históricas, entre otros.

A simple vista, cualquiera de estos indicadores tienen sus pros y contras, conforme a la visión general de países desarrollados y países en desarrollo; se ha expresado que esto puede estancar las negociaciones ambientales; y esto sucedería si China, India y otros países en desarrollo insisten en establecer un límite per cápita o guiarse por considerar las emisiones históricas y no imponerse límites a sus emisiones de carbono[27]. El pasivo de las emisiones históricas que han originado la generación del fenómeno del cambio climático junto con la necesidad de seguir desarrollándose que tienen los países, en especial los emergentes, resultan parámetros difíciles de equilibrar.

Este instrumento de mitigación clásico debiera implementarse de modo consistente en el sistema de la OMC, que traerá como ventaja, además de las que ya hemos señalado, la incorporación de un gran número de Estados, con lo que quedaría menos campo de acción a los *free riders* tan temidos en los ámbitos comerciales.

B) Sujeción de ciertas industrias a un tope máximo de emisiones

Relacionado íntimamente con el punto anterior, y ante el alto nivel de emisiones de algunos sectores industriales en particular, tales como cemento, acero, papel y celulosa, metalmecánica, productos químicos, aluminio, transporte aéreo y marítimo, han llevado a plantear la necesidad de fijar topes máximos para estos sectores. En un mercado interconectado podrían intercambiar las reducciones desde las unidades más eficientes a las menos eficientes para cumplir con los compromisos del sector.

Al tomar estos compromisos, los Estados exponen a sus sectores productivos a una posible desventaja en la competencia internacional[28]; por ello estas medidas deben integrarse con las políticas y las estrategias energéticas e industriales nacionales. Asimismo, la política de atracción de inversiones nacionales también se verá implicada, ya que las industrias se moverán en el escenario mundial conforme a donde puedan conseguir energía para sus procesos industriales. La fuga de carbono, como un temor fundado, requiere compromisos internacionales al respecto.

27. Cfr. HUFBAUER et al. (2009, p. 4).
28. Al mismo tiempo también se abren nuevas oportunidades de negocios, especialmente en aquellos mercados sofisticados con consumidores más comprometidos con el cuidado ambiental.

Referirse a topes de emisiones en los hechos terminará por colocar un precio a la emisión; en este caso, un precio por rama industrial, con la consiguiente posibilidad de comercializar esos permisos, pareciera difícil fijar a nivel global el precio de emisión; por lo pronto debe ser justo y equitativo.

Como propuesta se ha esgrimido que la OMC podría iniciar un acuerdo sectorial sobre el clima que restringiría el comercio internacional de un producto o "commodity" en particular, por ejemplo el acero; esto con base en la larga historia que los acuerdos sectoriales han tenido en el sistema multilateral de comercio; ejemplo son los textiles y prendas de vestir[29].

C) Imposición de barreras a la importación de bienes provenientes de países sin políticas de mitigación

Aquí se ubican las barreras técnicas de niveles de eficiencia energética y la dificultad que se presenta ante productos con una descripción física determinada que serán responsables de diferentes emisiones de carbono dependiendo de su proceso de producción (sobre esto volveremos más adelante).

Las políticas de mitigación del cambio climático adoptadas por los Estados pueden diferir e incluso ser más débiles en uno u otro Estado; por ello, el establecimiento de parámetros generales basándose en el contenido de carbono incorporado a los productos (incluido el transporte) puede marcar un avance para impedir las medidas de protección adoptadas por los países exportadores que afecten al comercio.

En este punto también puede ingresar la fijación de un estándar energético eficiente, acordado a nivel general, lo que a simple vista no sería contrario a disciplinas de la OMC.

De este modo, en el ámbito de la OMC se podrían crear nuevas normas sobre comercio y Cambio Climático. Se incluye la propuesta de un Código de Buenas Prácticas de la OMC sobre el Control de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero, diseñado como un 'espacio verde' para tener vigencia en los Estados Miembros y globalmente[30]. El Informe OMC/PNUMA parece indicar que, al menos desde la Secretaría, este camino no resulta tan alejado.

29. Ver HUFBAUER et al. (2009, p. 101).
30. Nuevamente remitimos a Hufbauer, Charnovitz y Kim, quienes proponen numerosos medidas que conformen el Código para la OMC. HUFBAUER et al. (2009), p. 103/110.

D) Aplicación de un gravamen acordado internacionalmente, pero recaudado a nivel nacional, sobre el contenido de carbono de los diversos combustibles fósiles

En ámbitos económicos se plantea como más positiva la aplicación de un impuesto mundial que grave las emisiones de carbono, si se lo compara con los bonos de carbono (propios de los mercados de carbono). El fundamento es que se aumenta el costo privado y se convierte en coste social, logrando sincerar al mercado, ya que hace que los costes sociales se incluyan en las decisiones de las empresas y de los consumidores. Y de este modo también se beneficiaría la utilización de energías limpias y renovables en contraposición con las energías más carbonizadas, propiciándose la reconversión energética.

Lo recaudado permitiría nutrir un fondo internacional para los países menos desarrollados, en orden a financiar la transferencia de tecnología y la implementación de políticas de cuidado climático para un desarrollo más sustentable a nivel global. Como hemos mencionado, el avance hacia una economía verde requerirá de financiamiento.

2.4 Desafíos que enfrenta el Sistema Climático

En definitiva, advertimos que todas estas medidas van concatenadas, es difícil acordar una sin la otra. Por ejemplo, fijar topes de emisiones por país debiera ser aplicado en la fijación de topes por industria, ya que de este modo se evitaría la fuga de carbono. Y las dos primeras medidas se relacionan con las barreras que se impongan a Estados remisos a contar con políticas de mitigación, como pasos en las estrategias de cuidado climático.

El Acuerdo de París renueva la voluntad de los Estados Partes de apostar por avanzar en los compromisos y en las políticas nacionales de mitigación; se admite con mayor énfasis la necesidad de la adaptación, junto con la transferencia de tecnología y el financiamiento como medidas específicas que conforman la batería de acciones para hacer frente al fenómeno.

Los avances que en estos años ha logrado el Sistema de Protección Internacional de Cambio Climático se renuevan ante el reciente Acuerdo de París, en el que se ratifican las señales de que los Estados apuestan al multilateralismo para enfrentar el fenómeno y que es posible avanzar en el consenso.

3. Desde el Sistema Multilateral de Comercio

El medio ambiente ha sido una temática que no estuvo presente en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)[31] de 1944 pero que fue apareciendo en el sistema de comercio internacional de menos a más. Desde el punto de vista institucional, en 1971 el GATT creó el Grupo de las Medidas Ambientales y Comercio Internacional[32]. Este Grupo tuvo su primera reunión 20 años después de su creación, en 1991, para llevar adelante la participación del GATT en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro, en 1992. El grupo EMIT se reunió frecuentemente entre 1991 a 1994.

Posteriormente, el Preámbulo de la Organización Mundial del Comercio de 1995 declaró que se continúa con los objetivos del GATT, entre los que destacamos: elevar el nivel de vida y los ingresos, el pleno empleo, el incremento de la producción y el comercio y los mejores usos de los recursos del mundo, incluyéndose de ese modo el concepto de desarrollo sostenible.

Las partes contratantes de la OMC firmaron la Decisión de Marrakech sobre Comercio y Medio Ambiente en 1994, que refleja el consenso para crear el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CTE)[33] en 1995. Su mandato se ha renovado en sucesivas reuniones de las Conferencias Ministeriales. En específico, la Conferencia Ministerial de Doha, que habilitó la actual Ronda a fines de 2001, incorporó nuevas referencias sobre el medio ambiente en su Declaración, en los apartados 31/33[34]. Además, el sistema de solución de controversias tanto del GATT como de la OMC se han ocupado de cuestiones ambientales, al menos en doce oportunidades[35].

El sistema multilateral de comercio se presenta como un ámbito de negociación constante que está atento a los tópicos que pueden afectar su finalidad de eliminación de las barreras domésticas y el logro del incremento del libre comercio; de ahí el interés que, como tema 'nuevo' concita el cambio climático.

31. En inglés es General Agreement on Tariffs and Trade – 'GATT', vamos a citarlo con las siglas en inglés.
32. También conocido como el GRUPO MACI o "EMIT Group" en inglés, así lo nombraremos.
33. Committee on Trade and Environment por sus siglas en inglés.
34. Declaración Ministerial, adoptada el 14 de noviembre de 2001. Se acordó negociar, sin perjuicio de los resultados, sobre: "(i) la relación entre las actuales normas de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA)…", y hace responsable de los trabajos al Comité CTE en tres puntos concretos: acceso al mercado, los derechos de propiedad intelectual y los requisitos de etiquetado para fines medioambientales
35. Los casos principales pueden consultarse en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis00_s.htm.

Sindico señala que el cambio climático debe verse como una oportunidad de los Miembros para abrir sus mercados y desarrollarlos; por eso la OMC va incorporando el debate de a poco, dado que la finalidad de esta organización es hacer crecer el mercado global[36].

Veremos cuáles han sido los conflictos que por la intersección de comercio y cambio climático pueden generarse a nivel internacional.

3.1 Revisión de los potenciales conflictos

Apriorísticamente nos permitimos realizar dos afirmaciones; una tiene que ver con que el incremento del comercio aumenta las emisiones de gases de efecto invernadero[37]; la segunda sostiene que el comercio facilita la transferencia de tecnología y, por ende, el traspaso a una economía más verde.

Ante el aumento de GEI, el carbono se presenta como una externalidad negativa que debe internalizarse en los costos del comercio de los bienes y servicios. Su no tratamiento genera preocupación para la competitividad y el riesgo del proteccionismo[38], a lo que se suman la necesidad de asumir los compromisos obligatorios aceptados internacionalmente para reducir el GEI y el apoyo a los Estados para lograr esas reducciones.

Lo ideal sería contar con un marco multilateral de medidas comerciales acordadas en el sistema de protección del cambio climático, en lugar de dejar a los Estados individualmente fijar sus directrices. Como recién analizamos, el Acuerdo de París no ha incluido expresamente la posibilidad de esta conexión, pero de manera tácita, y en correlación con las finalidades y objetivos planteados, estas medidas comerciales deben darse.

Otro punto por considerar tiene que ver con la necesidad de internalizar las externalidades que provoca el transporte internacional en el coste del producto, lo que, en el caso de los productos agrícolas, base de las exportaciones latinoamerica-

36. SINDICO (2009, p. 361 y cc).
37. Charnovitz nos explica que "El Informe señala que la mayoría de los estudios indican que el comercio más abierto dará lugar a un aumento de las emisiones de CO2. El Informe también sugiere que no existe una relación positiva general entre mayores ingresos y menores emisiones de CO2 (…). Otros hallazgo es que la mayor parte del comercio internacional se transporta por vía marítima y que ese transporte tiene la mejor eficiencia de emisión de carbono entre los distintos modos de transporte". La traducción nos pertenece. CHARNOVITZ (2010, p. 277/278).
38. "Se han reactivado las amenazas tradicionales de proteccionismo a nivel mundial, y surgen temas nuevos como los de seguridad, normas privadas de calidad y medidas diversas sobre comercio y cambio climático". CEPAL (Comisión Económica para América Latina) (2009, p. 16).

nas, implicarían una carga relevante para su comercialización[39]. En sentido similar, los eventos extremos que el cambio climático está generando tendrán consecuencias en la infraestructura como puertos, carreteras, ferrocarriles y puentes, así como en rutas marítimas, que afectarán los costos del transporte.

Entre los peligros para el comercio, repetidos por la doctrina, tenemos la relocalización de industrias a países sin medidas que impliquen respuestas al cambio climático y la fuga de carbono, que también se presenta amenazante en este contexto, junto con la posibilidad de que los Estados adopten medidas unilaterales para enfrentar el cambio climático, que sin duda perjudicarán de manera palpable el comercio internacional.

Así, "La fuga de carbono se puede definir como la relación de aumento de las emisiones de un sector específico fuera del país (como resultado de una política que afecta a ese sector en el país) sobre la reducción de emisiones en el sector (de nuevo, como resultado de la política del medio ambiente). En el manejo de este tema, el objetivo es hacer frente a la eficacia medioambiental, no a una política industrial"[40].

La fuga de carbono conlleva perjuicios en varios temas: uno es la competitividad, donde los sectores industriales limitados en un Estado pierden cuotas de mercado para beneficio de las industrias de países sin límites al carbono; el segundo tiene que ver con las inversiones ya que las empresas se pueden trasladar a Estados sin estos niveles de restricción; el tercero se relaciona con el precio de la energía y su disminución en Estados restrictivos en las emisiones, y el aumento del precio por el aumento de la demanda de energía en Estados sin políticas restrictivas a los GEI y el consiguiente aumento de las emisiones en esos Estados[41].

Otro punto a tener en cuenta son las medidas emprendidas por los Estados para enfrentar la crisis financiera internacional, donde ha habido fondos públicos destinados a proyectos de tecnologías limpias para caminar hacia sociedades de bajo carbono. La CEPAL[42] explica que la crisis financiera emergió en EE.UU. a mediados de 2007 y desde allí se esparció al mundo, y una de sus víctimas ha sido el comercio, que disminuyó en un 37 %.

Para enfrentar la crisis financiera (que podría repetirse, en palabras de algunos) entre las medidas seguidas por los países industrializados se destacan los paquetes de rescate y estímulo a la industria, que han impedido una caída mayor del comercio

39. Se menciona el concepto de 'food miles' como los kilómetros que recorren los alimentos y el cálculo de las emisiones de carbono conexas al transporte de alimentos hasta llegar al consumidor final.
40. La traducción es nuestra. REINAUD (2008, p. 3).
41. Ibíd., pp. 2/3.

mundial. Como ejemplo se menciona el sector automotor, beneficiado con ayudas que incluyen la compra de vehículos menos contaminantes[43].

Los Estados han adoptado medidas restrictivas al comercio; el fantasma del proteccionismo ronda por todos lados y al mismo tiempo se observa, en la misma época, esfuerzos por acordar un nuevo régimen multilateral de combate al cambio climático, que incluye muchas iniciativas nacionales con riesgo de proteccionismo.

La doctrina ha señalado que la clave para una respuesta al tópico pasa por poner precio a la emisión del carbono. El desafío es establecer una metodología común para medir las emisiones que un producto implica, y definir en común ese precio, determinar si se realiza a nivel multilateral, regional o nacional. Este último sería el camino más desaconsejado. Ponerle precio a la emisión del carbono implicará, en la práctica, ponerle un valor a la contaminación, lo cual guarda relación también con el Principio del que contamina paga, tan caro al Derecho ambiental. También se entrecruza el Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas para que si los Estados acuerdan un precio a la emisión de GEI debieran tener presente las emisiones históricas acumuladas en la atmósfera, y a los demás alcances del Principio fijado en la Convención Climática.

Una de las ventajas que podemos derivar de un incremento del comercio es que facilitaría la transferencia de tecnologías de la producción de bienes más amigables con el cuidado del clima o inocuos al medio ambiente, sin olvidar la necesidad de asegurar el financiamiento para su implementación, conforme al Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y a las asimetrías entre los Estados que el sistema multilateral reconoce.

Se advierte que varios países industrializados están sancionando normas sobre cambio climático como parte de sus políticas ambientales, que están convocadas a reducir los GEI y a construir economías bajas en carbono[44].

Para los países en desarrollo la problemática se acrecienta porque están obligados, por un lado, a adoptar medidas de mitigación y adaptación para abordar este grave problema y, al mismo tiempo, el desarrollo es una de sus prioridades para la vasta mayoría de ellos[45].

Siguiendo el Informe producido por el PNUMA y la OMC[46], destacamos que ya no solo las estrategias y respuestas para hacer frente al cambio climático van a

42. HERREROS (2010, p. 7/13).
43. Estos temores se renuevan ante el aviso de una posible crisis financiera internacional en el 2016. FORBES MÉXICO (2016).
44. TAMIOTTI y KULACOGLU (2009, p. 1115/1116).

venir de la mitigación y la adaptación, sino que vendrán también de la tecnología, de su transferencia y del financiamiento.

De lo expuesto es posible advertir que tanto en el sistema de protección de cambio climático como en el régimen de comercio internacional, hay consenso en que debe fomentarse el crecimiento económico y a la vez que es necesario poner límites a las emisiones de carbono. En tiempos donde la demanda del comercio global se reduce, el mercado que se genere por las nuevas tecnologías necesarias para enfrentar el cambio climático podría ser una oportunidad para mantener la vitalidad del comercio.

Con base en estas ideas vamos a abordar subsiguientemente las principales reglas de la OMC que estarían comprometidas con las medidas que los Estados deben emprender para enfrentar el fenómeno del cambio climático. Asimismo, se examinarán las alternativas que se han planteado para realizar este abordaje desde el contexto multilateral.

3.2 Reglas de la Organización Mundial de Comercio comprometidas

Tradicionalmente el sistema multilateral ha ofrecido un conjunto de normas amigables que han posibilitado la toma de decisiones por parte de los Miembros para proteger su medio ambiente y recursos naturales. A continuación examinaremos esas normas que integran las principales disciplinas de la OMC y que permiten la adopción de medidas o acciones climáticas para enfrentar el calentamiento global[47]:

A) Art. XX b) y g) GATT

El artículo XX permite excepciones al artículo I y III fundamentado en objetivos de salud y conservación. En el tratamiento de este punto debemos preguntarnos si las medidas para enfrentar el cambio climático es posible que sean justificadas por las excepciones generales del sistema. Dichas medidas deben considerarse 'necesarias' y "… aplicarse de manera consistente con el compromiso general de no constituir un método arbitrario o injustificable de discriminación entre los países en los que predominan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio"[48].

45. Seguimos a SINDICO (2009, p. 361).
46. "El comercio internacional puede servir de conducto para difundir esas tecnologías que mitigan el cambio climático". Cfr. OMC-PNUMA (2009, p. 160 y cc).
47. Aclaramos que existen otras disciplinas que permiten la toma de decisiones para los Estados pero nos concentraremos en las normas principales y más tradicionales.

Surge la pregunta de si se puede incorporar al clima como parte de las excepciones del Art. XX g) en su carácter de recurso natural no renovable, basado en la finitud de la atmósfera para acumular los GEI, conforme con las informaciones indiscutibles que el Panel Intergubernamental de Cambio Climático ha brindado; a esto se suman las claras afectaciones a la salud, vida humana y ecosistemas (los GEI afectan a todos los habitantes del planeta), que los distintos escenarios de cambio climático pronostican (Art. XX b).

La jurisprudencia de la OMC ha ofrecido un adelanto del tema en el Caso Estados Unidos, Pautas para la gasolina reformulada y convencional[49], en el que se habla de "clean air", permitiendo que los Estados puedan emitir políticas para preservar este recurso[50].

Condon destaca que "Mientras el cambio climático es un problema global, también puede afectar a cuestiones internas, como la salud humana. Es posible que más de un párrafo en el Artículo XX se aplique a diferentes aspectos de la misma medida; por lo tanto, las medidas encaminadas a cambio climático podrían ser caracterizadas como abordables tanto de manera transnacional como interna, lo que permite aplicar los dos párrafos. La cuestión de si una medida aborda un problema transnacional o nacional es una cuestión de hecho. El ámbito de aplicación de los apartados b y g es cuestión de Derecho"[51].

Pensamos que el alcance global del cambio climático no impide la implementación doméstica de las medidas para enfrentarlo, y que más allá de dónde se tomen esas decisiones (ámbito multilateral, plurilateral, regional o incluso nacional), siempre los Estados conservarán la primacía para cuidar de su población y para ello requerirán adecuar su sistema legal e institucional a nivel nacional.

B) Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS)[52]

El Reporte OMC/PNUMA indica que "Las prescripciones técnicas relativas al Cambio Climático pueden consistir en niveles máximos de emisiones o de consumo

48. AGUILAR et al. (2009, p. 7).
49. El caso es de 1996 y es llamado caso Gasolina reformulada; se puede consultar en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds2_s.htm /.
50. Cepal indica que "La atmósfera, desde una óptica económica, es un bien público y, en ese sentido, el cambio climático representa la mayor externalidad negativa posible (Stern, 2007). De este modo, la corrección de esta externalidad implica el uso potencial de diversos instrumentos económicos. Sin embargo, atendiendo a las actuales sensibilidades de respuesta a los instrumentos económicos, es necesario reconocer la importancia de regulaciones adecuadas orientadas en el mismo sentido". Cepal (2010, p. 18).
51. La traducción nos pertenece. CONDON (2009, p. 920).
52. Sanitary and Phytosanitary Measures agreement, SPS por sus siglas en inglés.
53. OMC-PNUMA (2009, p. XXIII).

de energía, o pueden especificar normas de eficiencia energética tanto de los productos como de los métodos de producción"[53]. En caso que se apliquen en temas sanitarios y fitosanitarios se utilizaría el Acuerdo, combinado con el Acuerdo TBT y consistente con el resto de las disciplinas OMC.

Un aporte que el Acuerdo SPS puede realizar para la toma de medidas de protección del cambio climático es lo normado sobre la evaluación de riesgo, que se puedan justificar en función de la evidencia científica, o bien que se ajusten a estándares internacionales. En el primer caso, la evidencia científica se centra en las informaciones que el Panel Intergubernamental de Cambio Climático ha reunido y actualizado desde hace varios años, y en el caso de los estándares internacionales, remitimos a las normas ISO.

Otra cuestión interesante que relaciona el Acuerdo SPS con el Acuerdo TBT tiene que ver con los estándares internacionales autorizados, que si bien este último no define este término, sí están definidos los organismos internacionales que se deben seguir en el Acuerdo SPS. De hecho, se considera autoridad a la Organización Internacional de Normalización (ISO) para el uso de las nuevas normas de etiquetado ecológico, lo que representa un avance importante en este campo[54].

La Organización Internacional de Normalización ha emprendido la tarea de desarrollar estándares internacionales que faciliten la toma de decisiones en este contexto, lo que se ha concretado en cinco normas (14064 - 1, 2 y 3:2006, 14065:2007, ISO 14067:2013 e ISO 14069: 2013) que incluyen prescripciones para la cuantificación y la declaración de las emisiones de GEI y de las reducciones de esas emisiones[55]. Las normas ISO son acuerdos documentados basados en el consenso de las partes interesadas, que contienen grupos de reglas técnicas que al utilizarse de manera sistemática construyen un sistema de garantía de calidad para asegurar los materiales, productos y servicios, como una forma también de tener mejores procesos de producción.

Al ocuparse las ISO de la huella de carbono (publicadas en mayo de 2013), e indicar los requisitos y guías para la cuantificación y las comunicaciones, todo ello sujeto a normas internacionales de evaluación del ciclo de vida para la cuantificación de las etiquetas y declaraciones ambientales para el público[56], se abre una posibilidad

54. Esta Organización no gubernamental que ayuda a normalizar las actividades para facilitar el intercambio de bienes y servicios se ha ocupado del tema ambiental y, más precisamente, de la emisión de GEI con normas específicas. ISO, (2016).
55. Información obtenida de la website OMC (2016).
56. La ISO 14067 también será compatible con otras normas como la ISO 14025 (etiquetas y declaraciones ambientales), ISO 14044 (evaluación del ciclo de vida) y BSI PAS 2050 (especificación de la evaluación de las emisiones de gases de efecto invernadero del ciclo de vida de bienes y servicios). La traducción nos pertenece. International Organization for Standardization (ISO) (2016).

cierta para los Estados Miembros de la OMC de incluir programas de huella de carbono de modo compatible con los Acuerdos SPS y TBT, como relataremos más adelante.

C) Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT)[57]

Uno de los tópicos relevantes lo conforma la cuestión de los Procesos y Métodos de Producción (PPM)[58] y la definición de 'producto similar', temas pertinentes para el análisis de medidas relativas al cambio climático.

El Acuerdo TBT incluye reglas para evitar las barreras innecesarias al comercio, para asegurar la armonización de las regulaciones, estándares y evaluación de conformidad, establecidos en reglamentos técnicos o normas, de manera transparente, incluyendo la prohibición de aplicar este conjunto de medidas sobre productos de otros Miembros de la OMC de manera menos favorable que la concedida a productos similares de origen nacional y a productos provenientes de cualquier otro Miembro del sistema multilateral. Además, provee de guías y test para evitar obstáculos innecesarios al comercio[59].

En el caso de las emisiones de GEI, el tratamiento sugerido es de Proceso y Método de Producción (PPM). Frankel considera que no hay obstáculos dentro del sistema multilateral para considerarlos así, y para ello encuentra dos antecedentes: uno, en la jurisprudencia de la OMC, en el asunto "camarón-tortugas"[60], en el que se aceptó la posibilidad de que las medidas ambientales puedan dirigirse no solo a los productos de exportación (art. XX) sino también a los procesos, sujetos al Principio de No Discriminación[61]. El segundo antecedente lo conforma el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (1987), que sigue una tendencia al incluir medidas comerciales en los acuerdos, como una forma más eficaz de garantizar la consecución de los objetivos ambientales; el Protocolo incluyó controles comerciales con la finalidad de alentar a los países a unirse y obligar a quienes se habían mantenido al margen a minimizar la fuga y producción de sustancias prohibidas por el acuerdo[62].

Dentro del Acuerdo TBT, siguiendo a Green, se abordan los programas

57. Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement por sus siglas en inglés.
58. PPM, Process and Method Production, en inglés.
59. TAMIOTTI y KULACOGLU (2009, pp. 1137/1139).
60. Caso Estados Unidos — Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (1998). Más informaciones en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis08_s.htm.
61. FRANKEL (2008, p. 46).
62. FRANKEL (2008, p. 47/48). Agregamos que los instrumentos económicos de protección del medio ambiente que se incluyen en los acuerdos ambientales se han comparado con los "palos y zanahorias" "stick and carrots".

de etiquetado energético que se considera que deben incluir: "…(i) etiquetado centrado en requerimientos de energía y de las emisiones del uso de un producto; y (ii) de proceso y métodos (PPM) de etiquetas que identifican la cantidad de energía utilizada y las emisiones en el proceso de producción del producto dado"[63].

Asimismo, en igual sentido se habla de los programas de 'huella de carbono', definidos como

> *La Huella de Carbono (HC) es un indicador de la cantidad de gases de efecto invernadero (GEI) generados y emitidos por una empresa, proyecto, evento o producto. En este último caso se considera todo el ciclo de vida del producto a lo largo de la cadena de producción, a veces incluyendo también su consumo, recuperación al final del ciclo y su eliminación*[64].

En definitiva, se trata del carbono incorporado a los bienes y servicios objeto del comercio.

Tanto los programas de etiquetado energético como huella de carbono, son temáticas muy discutidas a nivel de competitividad, y deben ser consistentes con el Acuerdo TBT y demás disciplinas de la OMC. Avanzar en la armonización y en la transparencia de estos programas es relevante para su correcta implementación.

D) Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (TRIPS)[65]

La necesidad de contar con la tecnología adecuada que prepare a los sectores productivos para protegerse del cambio climático requiere que se favorezca la Investigación y Desarrollo (I+D) en todos los ámbitos, para luego propiciar la transferencia de esa tecnología, generalmente desde los países desarrollados a los países en desarrollo, aunque lo deseable sería revertir esta tendencia. Esto nos lleva a los Derechos de Propiedad Intelectual que están involucrados.

Así, Cepal se pregunta si las reglas de la OMC no estarían obstaculizando una rápida difusión tecnológica, en particular las tecnologías de reducción de emisión, lo cual indicaría que los negociadores comerciales debieran considerar la introducción de ciertas modificaciones 'climáticas' en el Acuerdo sobre Derechos

63. GREEN (2005, p. 150).
64. Cepal (2013, pp. 7). Tener presente que se distingue entre huella de carbono y huella ecológica; este último es un concepto más amplio que considera la zona del territorio ecológicamente productivo necesario para producir lo que consumimos y para asimilar los residuos; aquí se evalúa el impacto del individuo.
65. ADPIC, TRIPS son sus siglas en inglés de "Trade related aspects of intellectual property rights".

de Propiedad Intelectual, relacionados con el Comercio (TRIPS), y en los acuerdos de libre comercio regional, con flexibilidad, por ejemplo, para la concesión de las licencias obligatorias o en la autorización de producción de copias genéricas o de ingeniería contra pago de regalías al propietario de la patente[66].

Los Derechos de Propiedad Intelectual se presentan como un ámbito de negociación muy complejo, donde los intereses son muy grandes y los Estados muchas veces se encuentran en inferioridad de posición para lograr avanzar en alianzas que faciliten el acceso a tecnologías más limpias, que usualmente se encuentran en los países desarrollados.

Gil Abinader indica que

> *El aspecto central radica en que el carácter monopólico de la propiedad intelectual permite a sus titulares mantener los precios de la tecnología artificialmente elevados. Estos costos propietarios pueden ser intrascendentes en algunos países desarrollados. Pero en los PED el acceso a las tecnologías ambientales está limitado por su capacidad para cubrir las licencias en este rubro tecnológico, que, frecuentemente, resultan exorbitantes*[67].

El autor remarca que el TRIPS ha permitido la armonización de los estándares globales de Propiedad Intelectual, a la vez que ha conllevado a un sistema de patentes más universalizado en las últimas décadas y que, luego del Protocolo de Kioto, el flujo de patentes en tecnologías ambientales ha crecido, en particular en países como Japón, EE.UU. y Alemania, con lo cual la Propiedad Intelectual puede convertirse en una barrera importante[68], tanto comercial como tecnológica, agregamos, donde es difícil acceder tanto al "hardware" como al "know-how".

Las propuestas que se manejan en este tema son variadas, desde abrir el TRIPS hasta negociar aspectos específicos, tales como los que se han abordado en salud pública[69].

3.3 Rol del comercio internacional en torno al cambio climático

El comercio juega un rol preponderante para la implementación de las acciones para enfrentar el calentamiento global, desde la complementación hasta la facilitación

66. Cfr. SAMANIEGO (2008, p. 82/83).
67. GIL ABINADER (2012, p. 8).
68. Ibíd., p. 9.
69. La website de la OMC ofrece informaciones sobre salud pública y la institución. (Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/cchange_s.htm).
70. Recuérdese que no hemos tratado medidas nacionales que pueden generar problemas específicos con las disciplinas OMC como ajustes en frontera o mercado de emisiones; este último es el instrumento económico mas utilizado últimamente por los Estados en sus políticas domésticas de Cambio Climático.

de las redes de comunicación que el comercio internacional se ha asegurado en estas últimas décadas de apertura económica[70].

Desde la OMC vemos que las disciplinas tradicionales brindan márgenes de acción para la protección climática para los Estados. El connotado sistema de solución de controversias ha tenido una primera oportunidad de tratar temas relacionados, cuando se ocupó del Caso "Canadá — Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable (DS412)"[71].

El Caso surge con una reclamación presentada por Japón el 13 de septiembre de 2010; Japón solicitó la celebración de consultas con Canadá con respecto a las medidas de este país relativas a los requisitos de contenido nacional del Programa de tarifas reguladas para instalaciones de generación de energía renovable en la Provincia de Ontario, concediendo un trato menos favorable a los productos importados que a los nacionales. Además, se afectaba, según Japón, dicho Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, y el de medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC)[72].

Luego del abordaje por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación se concluyó con que Canadá había violado el Principio de Trato Nacional con los niveles mínimos obligatorios de contenido nacional prescritos en el marco del Programa de Energía Renovables y esto era incompatible con las disciplinas de la OMC.

Es interesante considerar cómo el sistema de la OMC ha tratado una cuestión tan sensible para las acciones que los Estados deban emprender para enfrentar el cambio climático, y esto tiene que ver con los programas de gobierno que implementen energías renovables en sus matrices energéticas[73]. El uso de medidas comerciales para apoyar acciones domésticas en pro de un clima mejor pueden ser incompatibles con las obligaciones de la OMC, que podría determinar un conflicto para sus Miembros y la presentación de la controversia para la solución de controversias en el sistema multilateral[74].

71. La disputa concluyó el 6 de mayo de 2013 en el Órgano de Apelación. Ver https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds412_s.htm. Hubo otra reclamación, de China a la Unión Europea (Italia, Grecia) en la disputa titulada "Unión Europea y determinados Estados Miembros — Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable" pero solo llegó a las fases de consultas en 2012. DIFERENCIA DS452 (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds452_s.htm.
72. Para un análisis del caso ver KIRAGU (2015, pp. 11/14).
73. Muchas de estas políticas energéticas podrían tener relación con el Acuerdo sobre Contratación Pública y con Subsidios, entre otras disciplinas de la OMC, que por razones de espacio no son abordadas en este trabajo.
74. Según Meltzer "El Órgano de Apelación reconoció la legitimidad del apoyo gubernamental para la energía renovable…". MELTZER (2014, p. 227).

Otro tema relacionado tiene que ver con el Acuerdo de Bienes Ambientales, un específico acuerdo que desde julio de 2014 se empezó a negociar por un grupo pequeño de miembros de la OMC, con la finalidad de incluir la eliminación de aranceles y barreras no arancelarias de un listado de productos y servicios considerados 'ambientales' (con base en un listado de APEC de bienes ambientales, que serían productos y componentes relevantes para la energía renovable y el acceso a la energía limpia), que se estiman necesarios se incluirán en las políticas de mitigación y de uso de energías renovables[75].

Debe mencionarse el avance de los Acuerdos Comerciales Regionales (ACR) y de las negociaciones a grandes escalas que prevén capítulos dedicados al medio ambiente y, en algunos casos, normas específicas sobre cambio climático. A título ejemplificativo, el Acuerdo de Asociación Transpacífico (Trans-Pacific Partnership o TPP) incluye un artículo sobre 'Transición a una Economía Resiliente y de Bajas Emisiones', como cláusula concreta que sigue la tendencia de que las economías verdes o bajas en carbono son una tarea que deben asumir los Estados Partes[76].

Redondeando[77], es posible advertir que hay muchas opciones que pueden emprender los Estados; dichas acciones deben procurar cuidar de ciertas condiciones como transparencia, publicidad, evaluación de alcances de la medida, implementación proactiva con las partes interesadas, monitoreo de países en desarrollo, entre muchas otras.

En definitiva, la cooperación se presenta como una herramienta relevante para avanzar en estas políticas. Muchas de estas medidas pueden emprenderse a distinto nivel de toma de decisiones, y así ser concebidas a nivel nacional, regional, plurilateral y multilateral. Todo esto va indicando que sigue floreciente la integra-

75. Empezaron 14 miembros hoy ya son 17. Para mayores informaciones remitimos a VOSSENAAR (2014).
76. Capítulo 20 Medio Ambiente. Artículo 20.15: Transición a una Economía Resiliente y Baja en Emisiones. 1. Las Partes reconocen que la transición a una economía baja en emisiones requiere acción colectiva. 2. Las Partes reconocen que las acciones de cada Parte para la transición a una economía baja en emisiones deberían reflejar circunstancias y capacidades nacionales, y de conformidad con el Artículo 20.12 (Marcos de Cooperación), las Partes cooperarán para abordar asuntos de interés conjunto o común. Las áreas de cooperación podrán incluir, pero no se limitan a: la eficiencia energética; el desarrollo de tecnologías costo-efectivas bajas en emisiones y fuentes alternativas de energía, limpia y renovable; el transporte sostenible y el desarrollo de infraestructura urbana sostenible; abordar la deforestación y degradación de los bosques; el monitoreo de emisiones; los mecanismos de mercado y de no mercado; el desarrollo resiliente bajo en emisiones y el intercambio de información y experiencias para abordar esta cuestión. Además, las Partes participarán, según corresponda, en actividades de cooperación y creación de capacidades relacionadas con la transición a una economía baja en emisiones.
77. Para profundizar algunas de estas líneas remitimos a JEGOU; HAWKINS; BOTWRIGHT (2016).

ción como una herramienta de interrelación entre los Estados y que consolida la tendencia a ocuparse del cambio climático en todos los ámbitos.

4. Corolario

Una de las preocupaciones que surge cuando la comunidad internacional enfrenta nuevas problemáticas es quién, dentro de este escenario, está llamado a hacerse cargo de las mismas; una situación repetida es que varios sistemas dentro de la comunidad enfrenten el tema en el marco de acuerdos multilaterales y sus instituciones a cargo. Esto ocurre también con el cambio climático.

El tratamiento multilateral del cambio climático, ya sea en el sistema propio o en la OMC, asegurará la utilización de la herramienta de la cooperación que tanta relevancia tiene para el Derecho Internacional Ambiental. Generalmente, cuando pensamos en cambio climático pensamos en Estados negociando internacionalmente para ponerse de acuerdo sobre las medidas por emprender. Lo cierto es que la no implementación de medidas acordadas en común conllevará, en los hechos, al cierre de mercados que afectarán a los particulares, empresas, inversionistas, trabajadores, etc.

Al final del día, las medidas que se tomen a favor de la protección ambiental y para la mitigación y adaptación del cambio climático, en su aplicación caerán bajo indicadores económicos; por ello la necesidad de enfrentar esta preocupación en el sistema multilateral de comercio. Un caso perdido en la OMC implica la suspensión de concesiones y la afectación del acceso a los mercados, todo lo que es valuable económicamente; por ello se debe trabajar para evitar la suspensión de concesiones entre los Miembros.

Pareciera que los enfrentamientos entre países en desarrollo y países desarrollados pueden encuentrar en el ámbito comercial un lugar especial dentro de las políticas para enfrentar el cambio climático. Las disputas entre países desarrollados y en desarrollo se pueden incrementar en torno al tópico; por ello es recomendable que no se abandonen las negociaciones comerciales internacionales para evitar estas pugnas y que se incluya el cambio climático en su agenda.

Los debates sobre un posible conflicto entre las normas de protección climática y el comercio tienen que afrontar el hecho de que las incoherencias se reflejan en la formulación de políticas por los Estados. Comercio y ambiente requieren ser introducidos y reforzados en las políticas públicas de los Estados y, por ello, las incoherencias externas se pagan a nivel nacional; de allí que sea aconsejable que las estructuras institucionales internacionales promuevan más coherencia para el futuro.

Una propuesta puede pasar por la opción de que la OMC genere normas específicas en su ámbito, que con base en una negociación multilateral evite los enfrentamientos entre sus disciplinas y las medidas tomadas por los Estados o por el sistema de protección del cambio climático. Estas reglas no implican reemplazar los acuerdos que deben alcanzarse en el Sistema de Protección del Cambio Climático.

Una ventaja añadida es que las negociaciones de cambio climático pueden ayudar a que el sistema multilateral de comercio concluya con la Ronda de Doha, convirtiéndose en una moneda de negociación que incluya bienes y servicios sustentables que reduzcan la emisión de GEI a niveles defendibles conforme la información científica existente.

Hemos intentado examinar las principales medidas internacionales para afrontar el Cambio Climático sugeridas por la doctrina, y los posibles enfrentamientos con las disciplinas de la OMC. El Cambio Climático tiene un ámbito mayor que las medidas aquí examinadas, pero pareciera que la Organización resulta un marco donde es posible interrelacionar Cambio Climático y comercio de un modo en que se apoyen y sustenten ambos sistemas internacionales.

Concordamos con los autores que concluyen que la jurisprudencia de la OMC deja suficiente espacio para que los Estados puedan tomar medidas de protección del cambio climático, a efectos de evitar someter a la joven institucionalidad legal del sistema multilateral a críticas severas[78]. Además, los Acuerdos de la OMC deben interpretarse de manera armónica, conjunta y complementariamente, no de forma aislada. Y con este norte hicimos el análisis de las medidas, siempre con la intención de prevenir el proteccionismo verde.

Es posible que las medidas que se tomen en ámbitos más multilaterales, ya sea en la OMC como en el sistema de protección climática, tengan una presunción de peso mayor a favor de la consistencia con disciplinas de la OMC, comparadas con las medidas que se emprendan de manera estadual individual. De este modo reafirmamos la relación estrecha que esperamos ambos sistemas desarrollen en el futuro.

Ratificamos que la intersección entre comercio y cambio climático incrementará su importancia en los años venideros, no solo para enfrentar los naturales cambios del clima sino para introducirse en los cambios del clima generados por

78. Para Reinhard Quick y Christian Lau, el Órgano de Apelación no ha cerrado la puerta a otros refinamientos, según lo decidido en el caso del Amianto, y además ha introducido un marge de manoeuvre con respecto a los temas de protección medioambiental aplicables. QUICK y LAU (2003, p. 419 y 457/458).
79. De acuerdo con la experta opinión de Thomas Cottier y Nashina Shariff, (2013, p. 413).

la mano del hombre y sus consecuencias[79]. Las interrelaciones plantearán una serie de cuestiones complejas de las cuales nos ocupamos de algunas. Incluso algunos autores pronostican que los futuros conflictos entre comercio y ambiente pasarán por las políticas industriales para desarrollar los nacientes sectores de energías renovables que los Estados están siguiendo, justamente para afrontar el cambio climático[80].

Imaginar un Estado separado, aislado, en soledad, no nos parece que sea posible. Apostamos por una mayor integración internacional que posibilite enfrentar de modo mancomunado desafíos de tal envergadura como el Cambio Climático.

80. Cfr. WU y SALZMAN (2014, p. 401).

Colombia y su respuesta frente al Cambio Climático: una mirada desde el urbanismo

Carlos J. Velásquez Muñoz[1]

Sumario

1. Introducción. 2. Ciudad y Cambio Climático. 3. Efectos del cambio climático en Colombia. 4. La respuesta de Colombia al cambio climático. 4.1. El urbanismo colombiano ante el cambio climático. 4.2. Mejorarmiento de la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos. 5. El Desarrollo Urbano Sostenible: Espacio Necesario para el Futuro.

1- Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca, España); magister en Derecho Ambiental (Universidad del País Vasco, España); especialista en Derecho del Medio Ambiente (Universidad Externado de Colombia); experto en Derecho Urbanístico y postgraduado en Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca, España); abogado (Universidad del Norte). Director del Centro de Estudios Urbano Regionales (URBANUM) y de la Maestría en Derecho Ambiental y Urbano-Territorial de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, cvelasquez@uninorte.edu.co; www.uninorte.edu.co/web/urbanum

Resumen

Contrario a lo que algunos aún afirman, el cambio climático es una realidad preocupante. Sin duda es el mayor problema global de la humanidad y se está dejando sentir con toda fuerza en la actualidad, y lo será aun más en el futuro. Así como el cambio climático es el principal problema que enfrenta la sociedad mundial en el siglo XXI, la ciudad, por su parte, es la mayor creación realizada hasta hoy por el hombre: ¿qué puede ser más importante que el sitio que seleccionó para sedentarizarse? Paradójicamente, hoy el principal problema global al que se enfrenta el hombre y su principal creación se encuentran; la ciudad es, por antonomasia, la fuente principal de los problemas climáticos, pues desde ella se producen la mayoría de los gases de efecto invernadero que los provocan. Así las cosas, ¿cómo impacta la ciudad en el cambio climático?, ¿cuáles son las medidas implementadas para mitigar el fenómeno?, ¿cómo lo enfrenta la ciudad colombiana?; son todos interrogantes esenciales, los cuales constituyen el objetivo de este escrito: ahondar en los mecanismos arbitrados por el urbanismo colombiano para hacer frente al cambio climático.

Palabras Clave: Colombia, cambio climático, urbanismo, ordenación del territorio, mitigación y adaptación

Abstract

Contrary to what some people still sustain, climate change is a big strong reality. It is certainly the biggest global problem of humanity and is being felt with full force today, and will be even more in the future. Just as climate change is the main problem facing the global society in the twenty-first century, the city, meanwhile, has been the greatest creation made by the man: ¿what can be more important than the site selected to stay? Paradoxically today, the main problem that the man faces and the most important human creation meets; the city is, par excellence, the main source of climate problems, because it produces the majority of greenhouse gases. In this way, the questions about: how the city impact the climate change?, what are the measures implemented to mitigate the phenomenon ?, how confronts the Colombian city this problem?, are all esential questions to be responded, and are the focus of this paper: to analize the mechanisms arbitrated by the Colombian urban planning to address climate change.

Key Words: Colombia, climate change, urbanism, regional planning, mitigation and adaptation.

1. Introducción

El calentamiento en el sistema climático mundial es indiscutible; desde la segunda mitad del siglo pasado muchos de los cambios experimentados no tienen antecedente.

De acuerdo con Rodríguez, Mance y Barrera (2015, p. 16), por vez primera en los últimos dos millones de años la concentración en la atmósfera de uno de los gases de efecto invernadero GEI (el dióxido de carbono, CO_2) alcanzó las 400 partes por millón durante un mes completo (marzo de 2015). Lo anterior significa un aumento de 120 partes por millón desde tiempos preindustriales, pero lo más preocupante es que la mitad de dicho aumento se produjo a partir de 1980[2].

Según el Panel Intergubernamental de Expertos para la Lucha contra el Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés)[3], el incremento total de la temperatura promedio del planeta entre 1850-1900 y 2003-2012 fue de 0,78 °C[4]. Dicho aumento está directamente relacionado con el incremento en los niveles de Co2 en la atmósfera (2014).

2. Se asocia el cambio climático con el sistema económico mundial, el cual se basa en una economía capitalista de libre mercado en la cual hay mucha gente que demanda muchas cosas y, por tanto, hay mucha gente que produce muchas cosas para satisfacer la demanda creciente. Lo cierto es que también se producen muchas más cosas de las que se necesitan. Esta situación fue advertida desde la década de los 60 del siglo pasado por el pensador ambiental norteamericano Barry Commoner, quien tituló su principal trabajo "the closed circle" "El círculo que se cierra"), según el cual: todo está conectado; todo debe ir a parar a alguna parte; no hay "residuos" en la naturaleza y no hay un "afuera" adonde las cosas puedan ser arrojadas; la naturaleza es sabia, pero los impactos antrópicos sobre el sistema natural han sido en detrimento de dicho sistema y; no hay nada gratis, la explotación de la naturaleza inevitablemente implicará la conversión de los recursos de formas útiles a inútiles. Precisamente, la década de los 80 del siglo pasado se ve como la década del "boom" económico global, a partir del ensanche de las principales economías mundiales: Estados Unidos, Japón, China, el Mercado Común Europeo, etc., y el aumento desmedido del consumo en detrimento del planeta.
3. El Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático es una entidad creada en 1988 por la ONU, cuya función consiste en analizar, de forma exhaustiva, objetiva, abierta y transparente la información científica, técnica y socioeconómica relevante para entender el riesgo que supone el cambio climático provocado por las actividades humanas, sus posibles repercusiones y las posibilidades de adaptación y atenuación del mismo. El IPCC no realiza investigaciones ni controla datos relativos al clima u otros parámetros pertinentes, sino que basa su evaluación principalmente en la literatura científica y técnica revisada y publicada por homólogos. Hasta hoy han sido publicados cinco informes de evaluación que incluyen la ciencia del fenómeno, así como sus posibles impactos y soluciones. Su quinto y último informe fue publicado en 2014.
4. Recordemos que la medición de la temperatura es exponencial y no aritmética, por lo que un aumento de esa magnitud significa no solo una sensación térmica completamente diferente, sino una alteración climática que produce efectos significativos en el equilibrio del ecosistema planetario.

En su quinto y último Informe (2014), el Panel anticipa un cambio global en la temperatura media superficial del aire de entre 1,4 y 2,6 °C para el periodo 2046-2065 en relación con 1986-2005. De la misma forma, prevé un cambio entre 2,6 y 4,8 °C entre 2081-2100 en relación con el mismo período de comparación.

Lo anterior significa, palabras más palabras menos, que si se dan los peores pronósticos, una persona nacida en 2016 vivirá en un mundo con una temperatura aumentada en 2 °C antes de cumplir cuarenta años y mayor a 4 °C, antes de llegar a los setenta. Sin duda, una realidad más que preocupante.

La Convención Marco de las Naciones Unidas para la lucha contra el Cambio Climático (CMNUCC) suscrita en Río de Janeiro en 1992 define el cambio climático como "un cambio del clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana, que altera la composición de la atmósfera mundial y se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables" (ONU, 2008).

A pesar de la claridad en la definición, es necesario precisar que los gases que provocan el cambio climático han estado desde siempre en la atmósfera, pues son condición necesaria para la formación del planeta; sin estos, la vida no hubiese sido posible. No obstante, hoy la concentración de estos gases ha aumentado hasta el punto que está generando impactos negativos que destruyen las condiciones de vida que ayudó a formar.

Los GEI son seis, sin embargo, para medir los avances (también retrocesos) sobre el cambio climático se utiliza uno solo de ellos: el CO_2, el cual ha sido denominado como *gas equivalente*[5]. Ahora bien, el CO_2 no es el GEI de mayor presencia en la atmósfera, pues por encima está el vapor de agua, el cual se produce por la evaporación de los cuerpos de agua al calentarse; ocurre que como no es un fenómeno esencialmente antrópico, muy poco es lo que el hombre puede hacer frente a ello, solo adaptarse[6].

Tampoco el CO_2 es el gas de mayor capacidad de producción de efecto invernadero, en cuyo caso son los gases fluorados, en particular los cloroflurocarbonados –CFC–, presentes de manera principal en la industria de la refrigeración y aerosoles.

5. El Dióxido de carbono equivalente (CO_2 e) es un método que permite nivelar las emisiones teniendo en cuenta sus efectos en el clima. Describe, a partir de una mezcla y cantidad dada de gases de efecto invernadero, la cantidad de dióxido de carbono que tendría la misma capacidad de calentamiento del planeta en un período de tiempo determinado.
6. Al hablar de Adaptación se hace referencia a un proceso de ajuste al clima real o proyectado y a sus efectos. En los sistemas humanos, la adaptación trata de moderar o evitar los daños y de aprovechar las oportunidades. En algunos sistemas naturales, la intervención humana puede facilitar el ajuste al clima proyectado y a sus efectos.

Sin embargo, su presencia en la atmósfera es mínima si se le compara con la del CO_2 (el CO_2 representa cerca del 77% del total de los GEI de origen antropogénico).

En todo caso, y cualquiera sea el gas invernadero, la mayoría tiene un lugar principal de producción: la ciudad. Dicho de otra forma: el principal problema global tiene su origen en la principal construcción humana conocida hasta hoy y, en ese sentido, la batalla contra sus efectos deberá librarse allí, en el sitio en cual vive hoy la mayoría de la población mundial: las ciudades.

2. Ciudad y Cambio Climático

Como sostiene Camagni (1999), "la existencia de la ciudad supone una elección de fondo: la renuncia a un modelo de vida y organización social basado en la integración hombre-naturaleza, por un modelo basado en la integración hombre-hombre; el abandono de funciones de producción basadas en los factores tierra y trabajo, por funciones de producción basadas en el capital social fijo; y, por supuesto, la información y el consumo de energía y materiales" (p. 267).

Con el fin de mantener su hegemonía (sobre todo desde la Revolución Industrial), las ciudades explotan, extraen y consumen recursos naturales y no naturales a tasas que están por encima de la capacidad de los ecosistemas para recuperarse y/o de los demás sistemas no naturales para ser repuestos.

Así las cosas, el cambio climático encuentra en el crecimiento de la economía y en el aumento de la población sus principales detonantes. Mientras la biocapacidad del planeta fue fijada en torno a los 3500 millones de personas, hoy lo habitan 7200 millones, de los cuales más del 50 % vive (desde mediados de 2007) en una ciudad. En ese sentido, y de acuerdo con Rees y Wackernagel (1994, 1996, 1999), la huella ecológica mundial se aproxima a dos mundos.

Sin duda, ciudad y cambio climático comparten un mismo origen histórico y una realidad actual: ambos son fenómenos surgidos de la Revolución Industrial y ambos, las más complejas realidades de la vida global del siglo XXI.

En todo lo anterior Colombia no es, ni ha sido, de lejos, uno de los principales países consumidores del mundo y, por ende, productor del cambio climático. Sin embargo, dada su condición de país megadiverso sí será, lastimosamente, principal perjudicado. El país produce el 0,37 % del total de las emisiones de gases de efecto invernadero (0.19 gigatoneladas de CO_2), sin embargo, al igual que el resto del mundo y del continente latinoamericano es hoy un país urbanizado, por lo que se espera que dicha situación pueda variar.

Se estima que hoy América Latina es el continente más urbanizado del planeta (81 % de población urbana), superando desde 2010 a Europa, que se quedó desde hace algunos años en un 80%. Todo comenzó con una gran explosión urbana en la segunda mitad del siglo XX[7], bajo la necesidad de propiciar un mejoramiento generalizado en las condiciones de vida de la población a partir del jalonamiento económico de grandes polos urbanos de desarrollo[8] que garantizasen economías de aglomeración[9].

Por su parte, Colombia es también hoy un país predominantemente urbano; claro está, con una serie de particularidades importantes, como el hecho de ser uno de los cinco países con mayor diversidad biológica del mundo; lo cual significa que la inmensa mayoría de los 1122 municipios que componen el país, aunque tengan condiciones urbanas, se encuentran en entornos predominantemente ruralizados. Sin embargo, la hegemonía económica y poblacional de las principales ciudades del país termina por apabullar a la mayoría de medianos y pequeños municipios que aún con dinámicas propias siguen a aquellas construidas desde la visión de las ciudades de mayor tamaño.

Bogotá, la capital del país, concentra cerca del 30 % de la población total del país y más del 30 % del PIB nacional. Por su parte, las siete principales ciudades concentran el 65 % del producto interno nacional (DNP, 2008).

Ante ese panorama surgen varias preguntas: ¿cómo afecta y afectará el cambio climático a Colombia?, ¿en un país megadiverso y urbanizado a la vez cuáles serán los efectos sobre la población?, ¿de qué disponen las ciudades colombianas para hacer frente al cambio climático?, ¿cuáles han sido las respuestas desde la ciudad colombiana para mitigar y/o adaptarse al cambio climático?

Los anteriores interrogantes son los que precisamente nos disponemos a responder en las líneas que siguen a continuación.

3. Efectos del cambio climático en Colombia

El calentamiento global tiene múltiples y diversos efectos en las dimensiones del sistema físico y, por supuesto, climático; todo ello dependiendo de la región, la capacidad de adaptación y el nivel de vulnerabilidad de cada uno de los países.

7. En 1970 solo el 57 % de la población total era urbana.
8. Por eso es que de las 10 principales megalópolis del mundo, la mitad está en América del Sur.
9. De acuerdo con Schlaifer, Montero y Aliste (2016, p.182), las ciudades generan los dos tercios del PIB en América Latina.

Los expertos del IPPC anticipan que, lastimosamente, las zonas más vulnerables a los efectos negativos del cambio climático serán aquellas con menor desarrollo en el mundo, muchas en América Latina. Veamos entonces cuáles son los efectos que el fenómeno tiene y su posible incidencia sobre Colombia:

a. El cambio climático produce modificaciones en la temperatura y la precipitación: de tal suerte que en regiones dentro de un mismo país, la sensación térmica y el índice de precipitación aumentan al tiempo que en otras disminuye. Lo anterior ha ocurrido y ocurre en Colombia el caso paradigmático ha sido la ocurrencia de los fenómenos de La Niña entre 2010 y 2011 y El Niño entre 2014-2016 (aún se sienten sus efectos). Lo anterior constituye una situación extrema de modificación en el clima y las precipitaciones que produjeron graves daños a la economía e infraestructura y que, lastimosamente, cobraron miles de víctimas[10]. De acuerdo con el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales-IDEAM, (2014), para el periodo 2071-2100 se espera que la precipitación media disminuya entre 10 a 30 % en cerca del 27 % del territorio nacional, mientras que para el mismo periodo la precipitación aumentará entre 10 a 30 % en cerca del 14 % del territorio nacional.

b. El cambio climático origina descensos en los caudales de los ríos: lo cual en Colombia ha provocado el desabastecimiento del agua en las poblaciones y merma en la producción de alimentos. De acuerdo con el IDEAM (2016), en enero de 2016 desapareció el primer río completo del país, el río Sambingo, ubicado en el departamento del Cauca, al sur del país.

c. El cambio climático provoca aumento de la intensidad de los huracanes: Colombia es zona próxima al paso de los huracanes, sin embargo, estos se forman en las aguas calientes del trópico cerca, pero nunca en el Ecuador. La mayoría de los huracanes que se desplazan hacia el Caribe se originan en las costas de África, a partir de simples tormentas que en la medida que avanzan hacia el suroeste aumentan su potencia y cuando llegan a

10. De acuerdo con información suministrada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) y el Consejo Nacional de Política Económica y Social, (Conpes 3700 de 2011), tras la ola invernal ocurrida entre septiembre de 2010 y mayo de 2011, el número de emergencias se elevó a 2209: 1233 inundaciones, 778 deslizamientos, 174 vendavales y 24 avalanchas. En total, el 8% de la población (cerca de 3 300 000 personas) se vio afectada, 1016 personas desaparecieron, 1374 murieron, 2777 centros educativos fueron dañados, 560 000 estudiantes vieron afectado su ciclo de formación, 1.400.000 animales fueron desplazados de sus ecosistemas, 965 vías fueron destruidas, 371 centros de salud dañados, 13 000 viviendas destruidas, 1 000 000 de hectáreas de cultivos arrasados y 450 000 viviendas averiadas. En total, se calcula que el costo de la catástrofe fue de 12 billones de pesos, lo cual corresponde al 4% del PIB total.

las Antillas se convierten en huracanes. Estos generalmente no bajan del paralelo 12 Norte y al llegar a las cercanías de Granada giran hacia las aguas cálidas del golfo de México. Sin embargo, de acuerdo con reciente información, aún no concluyente, Colombia podría estar en la línea de trayectoria de huracanes; algo que hasta hace poco parecía impensable.

d. El cambio climático origina el derretimiento de hielo (dependiendo de qué zona se trate afectará un determinado tipo de hielo). De acuerdo con información de Greenpeace (2009), entre 2020 y 2030 el 56 % por ciento de los páramos y el 78 por ciento de los glaciares colombianos desaparecerán. Es la situación sufrida por los nevados del Ruiz, Tolima y Santa Isabel, a los cuales la organización les pronostica no más de 20 años de vida. Por su parte, la superficie glacial del nevado del Huila pasó de 17 a 11 Km^2 en los últimos 20 años. La Sierra Nevada de Santa Marta y la Sierra del Cocuy también se derriten: la primera tenía 19 Km^2 en 1960, hoy no cubre más de 7 Km^2. El Cocuy, por su parte, ha perdido más de 20 Km^2 de Nieve.

e. Se producirán incrementos en el nivel del mar: Según el IPPC, el nivel del mar subió por media entre 10 y 20 centímetros durante el siglo XX, y para el año 2100 se prevé una subida adicional de 9 a 88 cm (la subida de las temperaturas hace que el volumen del océano se expanda, y la fusión de los glaciares y casquetes polares aumenta el volumen de agua). La Oficina Regional para Latinoamérica y el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, ROLAC (2010), ha señalado que en la región éste podría subir entre 50 y 60 cm en los próximos 50 años. En ese sentido, las ciudades costeras de Colombia, Cartagena de Indias, Santa Marta y Barranquilla, podrán experimentar aumentos en el nivel del mar. Como ejemplo de lo anterior está el informe publicado por la Alcaldía de Cartagena y el Instituto de Investigaciones Costeras y Marinas, INVEMAR (2013), en el cual se señala que en menos de 100 años las playas de esta ciudad podrían disminuir e incluso desaparecer, ya que el nivel del mar aumentará anualmente de 2 a 5 mm, para un total de 1 metro a 2100. Sin embargo, los primeros estragos se empezarían a ver en 2020, ya que el 16% del patrimonio histórico y el 18 % de la infraestructura vial se afectarían debido a inundaciones por lluvias intensas y mar de leva.

f. La vida en el mar también se afecta: según la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (IUCN), el 10 % de los corales del caribe están en peligro, la temperatura promedio máxima saludable para estos debe ser de 28.5 grados centígrados, pero desde 2005 no desciende de los 30 Cº, alcanzando en dicho año los 32 Cº.

g. El cambio climático produce pérdida de biodiversidad: los expertos del Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) advierten que como conse-

cuencia del calentamiento global, la selva amazónica perderá un 20% de sus bosques en los próximos 50 años.

h. Y por supuesto, habrá un aumento en la ocurrencia o rebrote de enfermedades: según investigadores de la Universidad del Norte, el cambio climático ha propiciado la reproducción y aparición de nuevas especies de mosquitos y otros insectos que trasmiten enfermedades mortales en zonas en las que antes no habitaban. En los países de la región han surgido nuevas enfermedades asociadas a la picadura de mosquitos, tales como el chikunguña y el zika, además del dengue.

Todo lo anterior coincide con el informe publicado por la Comunidad Andina de Naciones denominado *El Cambio Climático no tiene Fronteras* (2008), en el que se señala de manera clara que a 2025 (en solo una década) el daño económico a los países de la Comunidad, como consecuencia de alteraciones climáticas, significará una pérdida de más de 30 000 millones de dólares anuales, equivalentes al 4.5 % del PIB total de la región.

De acuerdo con este informe no existe una sola región de los países miembros de la CAN que no haya presenciado al menos una vez un desastre hidrometeorológico desde los 70 del siglo pasado. De hecho, en países como Perú y Colombia, seis o más de sus regiones han sido afectadas por al menos 1000 eventos catastróficos cada año, algunas hasta por 5000 eventos al año.

4. La respuesta de Colombia al cambio climático

De acuerdo con Suárez Castaño (2015, p. 3), históricamente Colombia se ha destacado entre los países en desarrollo por ser un líder en las negociaciones ambientales, pues tiende puentes entre posiciones extremas y propone soluciones alternativas. Con altos y bajos (en los últimos años son todos bajos), el país ha ejercido una extendida tradición de liderazgo en los asuntos de política internacional del medio ambiente[11]; sin embargo, frente al cambio climático quienes

11. No está de más recordar que el país ha estado presente desde los primeros esfuerzos internacionales de protección del medio ambiente: participó activamente de la Cumbre de Estocolmo en 1972, de la cual surgió el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y para Colombia fue el catapultador principal de la expedición del Código de los Recursos Naturales y de Protección del Medio Ambiente, el cual, después de la National Environment Policy Act de los Estados Unidos de 1969, fue la segunda norma

mandan por ahora son las grandes potencias que temen perder los privilegios de sus economías altamente voraces, frente a las cuales Colombia tiene muy poca capacidad de injerencia.

A pesar de lo anterior, Colombia ha apostado, al menos desde lo teórico y aspiracional, por contribuir a la superación definitiva de la crisis climática. Teniendo en cuenta que los escenarios clave para hacer frente al fenómeno son la mitigación y la adaptación, los compromisos adquiridos han sido encaminados en esa dirección.

En términos generales respecto a la mitigación Colombia, estableció en su tercera y última Comunicación[12] enviada a la Secretaría de la Convención Marco, el compromiso de reducir un 20 % sus emisiones de GEI a 2030, a partir de un escenario inercial.

El escenario inercial quiere decir que se tomó como punto de partida para la reducción un inventario de emisiones realizado en 2010 y se proyectó la manera como crecerían las emisiones si no se tomaran medidas de mitigación. Con base en dicha proyección se creó un escenario a 2030; la reducción del 20 % se produciría sobre ese escenario proyectado. Igualmente, Colombia se comprometió a aumentar la meta hasta en un 30 % si se cuenta con la suficiente ayuda internacional para el logro de ese fin[13].

En relación con la adaptación, el país acogió una batería de medidas específicas a 2030 algunas de las cuales apuntan con claridad a acciones por desarrollar, de manera principal desde las ciudades:

a. El 100 % del territorio nacional tendrá planes de cambio climático formulados y en ejecución.
b. Habrá un sistema de Indicadores de adaptación para monitorear y evaluar las medidas adoptadas.

nacional de protección del medio ambiente; fue miembro de la Comisión Mundial para el Medio Ambiente, mejor conocida como Comisión Bruntland, participó también de manera importante en la Cumbre de Río de 1992, de donde proviene la Convención Marco sobre cambio climático.

12. La Comunicación Nacional es el principal mecanismo de reporte que tienen los países miembros de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) para contarle al mundo sus avances en la implementación de la Convención (acciones de mitigación, adaptación, educación, entre otros.) En 2001 y 2015 Colombia presentó sus tres primeras Comunicaciones Nacionales. Adicionalmente, las Comunicaciones Nacionales son la principal fuente de información y conocimiento técnico para apoyar la toma de decisiones de las instituciones, los sectores, las regiones y otros interesados, sobre los potenciales efectos del cambio climático.
13. No se señala con claridad qué significa ello.

c. Las cuencas prioritarias del país estarán ordenadas a partir de sus respectivos instrumentos de manejo con inclusión de consideraciones climáticas (hace referencia a POMCAS[14] de segunda generación).

d. Se trabajará sobre seis (6) sectores prioritarios: transporte, energía, agricultura, vivienda, salud y comercio, turismo e industria. Todos incluirán consideraciones de cambio climático en sus respectivos instrumentos de planificación e implementarán acciones de adaptación innovadoras.

e. Se fortalecerá la Estrategia Nacional de educación, formación y sensibilización sobre el cambio climático, que tanta falta hace este desconocimiento es generalizado.

f. Se delimitarán y protegerán los 36 complejos de páramos del país (cerca de 3 millones de hectáreas).

g. Se aumentará en más de 2.5 millones las hectáreas de nuevas áreas protegidas que integran el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP), en coordinación con actores locales y regionales.

h. Se incluirán consideraciones de cambio climático en Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos (PINES)[15].

Como se ve, la mayoría de las decisiones de mitigación tiene a la ciudad como un epicentro importante para su realización.

4.1 El urbanismo colombiano ante el cambio climático

De acuerdo con Graizbord (2008), el crecimiento de las ciudades a partir de la Revolución Industrial[16] no ha estado exento de problemas ambientales. De acuerdo con el autor, se distinguen hasta hoy tres diferentes crisis ambientales urbanas, al menos en el mundo occidental, las cuales –agregamos nosotros– han originado, a su vez, distintas visiones del urbanismo.

14. Los POMCAS son los Planes de Ordenación y Manejo de las Cuencas Hidrográficas, reglamentados en el Decreto 1640 de 2012.
15. Los Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos –PINES– fueron establecidos a través del Documento Conpes 3762 de 2013, según el cual corresponden proyectos, obras o actividades que sean validados como de interés nacional y estratégicos (PINE) por la Comisión Intersectorial de Infraestructura y Proyectos Estratégicos –CIIPE–, en los sectores de la vivienda, agua e infraestructura. Estos proyectos han recibido muchas críticas por la laxitud con la que la tramitan, cuando la tramitan, las autorizaciones ambientales.
16. Y por tanto, el momento en el cual surge la disciplina encargada de estudiar a la ciudad de manera holística, transectorial e integral: el urbanismo.

La primera se produjo en los inicios de la Revolución Industrial, como consecuencia del masivo desplazamiento de la población del campo a la ciudad y, sobre todo, del acelerado proceso de industrialización, que dio como resultado lo que los urbanistas utópicos llamaron "la ciudad de la noche espantosa". Una ciudad con graves problemas ambientales, representados de forma principal en las emisiones atmosféricas de las chimeneas de fábricas y factorías, las cuales se mezclaban con la mala combustión del alumbrado público (ozono troposférico)[17].

Una segunda se produjo iniciado el siglo XX, relacionada con las condiciones de higiene y habitabilidad: malos materiales de construcción, hacinamiento, calidad del agua, así como la convivencia con todo tipo de vectores y animales transmisores de enfermedades.

Estas crisis marcaron la pauta de las dos primeras formas de urbanismo: el Urbanismo Liberal y el Urbanismo Social[18].

Por su parte, en la ciudad moderna y contemporánea de hoy es latente una nueva crisis ambiental que, sin olvidar los viejos problemas, le pone frente a un nuevo reto de dimensiones superiores: el cambio climático.

Y es que una característica esencial de la ciudad actual es el uso intensivo de energía y recursos disponibles, pues la ciudad ha sido entendida como el sitio por excelencia para localizar la producción de bienes y servicios, lo cual genera un sistema de alto consumo de recursos y produce contaminación.

Así mismo, la separación espacial de usos y funciones hacen que la población y las diversas actividades urbanas requieran de altos niveles de movilidad, así como de un cúmulo de infraestructuras y equipamientos para garantizarla, lo cual trae como consecuencia todo tipo de problemas ambientales y, por supuesto, producción de gases de efecto invernadero.

Esta última crisis ha originado una nueva forma de urbanismo, el denominado Urbanismo Sostenible. En ese sentido, las preguntas que deben ser respondidas son: ¿tiene Colombia un modelo sostenible de ciudad?, ¿incorpora dicho modelo, de manera firme y clara, la lucha contra el cambio climático?

Como se dijo antes, para ganar la batalla contra el principal problema global, las ciudades tienen todo por hacer. Cinco son los sectores que producen la mayor parte

17. No es posible olvidar cómo en 1854 una nube de smog mató en un solo día a 2500 personas; todo lo anterior como consecuencia de la mala emisión proveniente de las fábricas, junto a la mala combustión de las luminarias.
18. De acuerdo con López Ramón (2008, pp. 26-27), mientras el urbanismo liberal se encargó de enfrentar de manera principal los problemas relacionados con la contaminación de las fábricas, el urbanismo social logró el acceso a la vivienda (casas baratas), así como la higienización de las ciudades.

de los GEI, de los cuales al menos cuatro se dan con preponderancia en los entornos urbanos: la generación de electricidad, la industria, el transporte y la ineficiencia energética de edificios; todos juntos originan el 90, 4% de la emisión de GEI a 2010.

En relación con las preguntas formuladas cabe responder que, al menos desde un punto de vista teórico, la ley urbana de Colombia propende por una visión de desarrollo urbano basado en criterios de sostenibilidad, en el cual la lucha contra el cambio climático es uno de sus elementos fundamentales[19].

El artículo 3 de la ley de desarrollo urbano de Colombia, Ley 388 de julio de 1997, define al urbanismo como una función pública para alcanzar un conjunto de fines, entre los que destacan:

> *... 2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible…* (los subrayados son nuestros).

4.2 Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos.

Pero no solo las normas jurídicas plantean dicha visión sostenible del urbanismo, la política pública urbana también lo hace:

Tanto en el documento Conpes 2808 de 1995 como el 3305 de 2004 sobre las bases y lineamientos de la política de desarrollo urbano, respectivamente, se coincide en afirmar que dicha política tiene un claro propósito, y es el de constituirse en un nivel de intermediación espacial que permita la articulación de las acciones del Gobierno nacional y las entidades territoriales alrededor de objetivos de desarrollo urbano integral, y todo ello en una concreta dirección: *contribuir a construir y formar ciudades solidarias, competitivas, gobernables, ambientalmente sustentables, con identidad cultural y adecuadamente construidas* (DNP, 1995, 2004).

Pero sin duda la mayor refrendación en relación con el modelo de urbanismo sostenible de Colombia se encuentra en lo que la ley denominó *determinantes*; estos son aspectos que constituyen el contenido estructural de los planes urbanísticos. Cinco son los determinantes de acuerdo con la ley, de los cuales tres abogan por la visión de sostenibilidad: a) los relacionados con la protección ambiental; b) los relacionados con la gestión del riesgo y; c) los relacionados con el señalamiento y

19. No obstante, es necesario insistir que ello es claro en el papel, pues la realidad dista de lo teórico.

localización de las infraestructuras esenciales para satisfacer las necesidades básicas de la población (art. 10, Ley 388 de 1997).

Como se ve, la respuesta desde lo teórico al parecer es que sí; Colombia introduce un modelo de sostenibilidad en su desarrollo urbano, sin embargo, la respuesta desde la realidad es, claramente, no. En el país no se ha entendido el cambio climático como un tema atinente al desarrollo económico y social, y por tanto no ha logrado integrarse de forma eficaz dentro de los procesos de planeamiento.

El instrumento por excelencia para establecer las dinámicas urbanas es el plan urbanístico, el cual en Colombia recibe el nombre de Plan de Ordenamiento Territorial (POT). Estos planes fueron introducidos al país desde la década de los 70 a través de los Planes Integrales de Desarrollo Municipal[20], pero se volvieron operativos a partir de 1997, con la expedición de la citada ley.

La ley los señala como el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal, y lo define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo (art. 9). Estos planes son la técnica de uno de los dos procesos constitucionales de planeación del desarrollo en Colombia y componen la denominada planeación de largo plazo[21].

Así las cosas, y teniendo en cuenta el momento en el cual entraron en operatividad, el país ha tenido hasta hoy dos generaciones de planes formulados; los primeros en un período de tiempo comprendido entre 1998 a 2001 y los segundos que apenas se están formulando, o han sido recientemente formulados[22].

En los POT de primera generación el cambio climático no fue un asunto originalmente incluido, es decir, la ley no incluyó pautas para que los municipios

20. El primero de ellos mediante la Ley 65 de 1978 y más adelante a través de la Ley 9 de 1989.
21. En Colombia existen dos procesos constitucionales de planeación del desarrollo; el primer de ellos es el proceso de planeación del desarrollo social, económico y ambiental, que tiene a los planes de desarrollo (nacional y territorial) como sus instrumentos. Dichos planes constituyen la planeación de corto plazo, ya que se formulan cada cuatro (4) años, coincidiendo con el periodo del respectivo presidente, alcalde o gobernador. Por su parte, el segundo de los procesos constitucionales de planeación del desarrollo es el proceso de planeación del desarrollo físico, territorial y ambiental, el cual tiene a los planes de ordenamiento territorial como su instrumento. Estos planes constituyen la planeación de largo plazo, ya que la ley contempla que estos tendrán una vigencia mínima de tres períodos constitucionales de las administraciones municipales y distritales, es decir, doce (12) años. Ahora bien, como existen en paralelo dos planes distintos, la ley define la articulación que debe existir entre ellos.
22. Solo como ejemplo, en el caso de la ciudad de Barranquilla, el POT original de la ciudad fue el Decreto 0154 del año 2000, con una revisión de mediano plazo a través del Acuerdo 003 de 2007, expedido por el Concejo de la ciudad y una compilación final mediante el Decreto 0404 de 2008. El segundo POT de la ciudad fue expedido el 28 de febrero de 2014, a través del Decreto 0212 de la Alcaldía de la ciudad, cuya vigencia será por veinte (20) años, hasta 2032.

incorporasen con claridad las acciones de mitigación y/o adaptación. Por supuesto que la gestión del riesgo es una de las determinantes, sin embargo, el acento principal se puso en otros aspectos lejanos al fenómeno climático.

Para paliar lo anterior en 2004 el Gobierno nacional expidió un decreto en virtud del cual nos municipios podían ir incorporando, a partir de estudios técnicos, las variables climáticas a su ordenación físico-espacial.

De acuerdo con la ley, un POT puede ser revisado de manera ordinaria al vencimiento de cada una de sus vigencias: 4, 8 y/o 12 años; sin embargo, el Decreto 4002 de 30 de noviembre incluyó circunstancias de revisión extraordinaria y/o excepcional, la mayoría de ellas relacionadas con la gestión del riesgo y, por supuesto, con la inclusión de las consideraciones climáticas.

El parágrafo único del artículo 5 del decreto señala que por razones de excepcional interés público, o de fuerza mayor o caso fortuito, el alcalde municipal o distrital podrá iniciar, en cualquier momento, un proceso de revisión del plan o de alguno de sus contenidos. A renglón seguido define qué son dos las circunstancias de excepcional interés público, o de fuerza mayor o caso fortuito:

> *a) La declaratoria de desastre o calamidad pública por la ocurrencia súbita de desastres de origen natural o antrópico; y b) Los resultados de estudios técnicos detallados sobre amenazas, riesgos y vulnerabilidad que justifiquen la recalificación de áreas de riesgo no mitigable y otras condiciones de restricción diferentes de las originalmente adoptadas en el POT vigente.*

Como se ve, si bien inicialmente el POT no contempló los asuntos atinentes al cambio climático, paulatinamente se fue abriendo paso para lograr su inclusión por múltiples vías.

Los POT fueron avanzando a paso lento, pero firme, en la incorporación de esta importante variable. El punto de inflexión al respecto se produjo en 2012, con la expedición de dos instrumentos normativos de importancia: en primer lugar, el Decreto-ley 019 de enero 10, el cual fue expedido con la intención de establecer normas para suprimir y/o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios en la administración pública colombiana, y el segundo, la Ley 1523 de abril 24, por medio de la cual se adoptó la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se estableció el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

En relación con la primera pieza legal (Decreto 019), su artículo 189 estableció la incorporación de la gestión del riesgo en la revisión de los POT:

> *Con el fin de promover medidas para la sostenibilidad ambiental del territorio, sólo procederá la revisión de los contenidos de mediano y largo plazo del plan de ordenamiento territorial o la expedición del nuevo plan de ordenamiento territo-*

> *rial cuando se garantice la delimitación y zonificación de las áreas de amenaza y la delimitación y zonificación de las áreas con condiciones de riesgo además de la determinación de las medidas específicas para su mitigación, la cual deberá incluirse en la cartografía correspondiente.*

Lo anterior señala que a partir de la fecha ningún POT, en revisión o para ser expedido por vez primera, podrá prescindir del cambio climático en su formulación.

Por su parte la Ley 1523 incorporó en el numeral 8 del artículo 3 la obligación en el Comité Nacional para el Conocimiento del Riesgo[23] de propender por la armonización y la articulación de las acciones de gestión ambiental, adaptación al cambio climático y gestión del riesgo. (Las subrayas son nuestras).

Y el artículo 23 señala como una de las funciones del Comité Nacional para la Reducción del Riesgo[24] la de orientar y articular las políticas y acciones de gestión ambiental, ordenamiento territorial, planificación del desarrollo y adaptación al cambio climático, que contribuyan a la reducción del riesgo de desastres. (Las subrayas son nuestras).

A su vez, la reglamentación de las dos piezas legales vino por cuenta del Decreto 1837 de septiembre de 2014, relativo a la incorporación de la gestión del riesgo en los POT. Este decreto establece las condiciones y escalas de detalle para incorporar de manera gradual la gestión del riesgo en la revisión o en la expedición de un nuevo POT.

El parágrafo 2 de su artículo 1 del decreto señala una serie de estudios básicos[25] que deben ser forzosamente llevados a cabo y agrega que el respectivo alcalde municipal o distrital no podrá someter a consideración de la autoridad ambiental correspondiente los proyectos de POT sin haberlos ejecutado. Adicionalmente establece que en ningún caso los concejos municipales o distritales podrán conferir autorizaciones con el fin de que los alcaldes condicionen la realización de los estudios, ni tampoco sujetarlos a autorizaciones posteriores.

23. El artículo 20 de la Ley 1523 crea el Comité Nacional para el Conocimiento del Riesgo como una instancia interinstitucional del sistema nacional que asesora y planifica la implementación permanente del proceso de conocimiento del riesgo.
24. El artículo 22 de la Ley 1523 crea el Comité Nacional para la Reducción del Riesgo, como una instancia interinstitucional del sistema nacional que asesora y planifica la implementación permanente del proceso de reducción del riesgo de desastres.
25. Los estudios que deben ser realizados de manera obligatoria son: a. La delimitación y zonificación de las áreas de amenaza; b) La delimitación y zonificación de las áreas con condición de amenaza en las que se requiere realizar los estudios detallados a que se refiere el siguiente artículo; c) La delimitación y zonificación de las áreas con condición de riesgo en las que se requiere efectuar los estudios detallados a que se refiere el siguiente artículo y d) La determinación de las medidas de intervención, orientadas a establecer restricciones y condicionamientos mediante la determinación de normas urbanísticas.

Como se ve, las obligaciones hoy están claras. Los POT de segunda generación no pueden prescindir de tener claridad frente al cambio climático; sin embargo, la revisión general de los POT de primera generación apenas se está realizando en la mayoría de municipios del país, por lo que habrá que estar atentos a la manera como se incorpore, no solo de manera nominal.

5. El desarrollo urbano sostenible: Espacio necesario para el futuro

Desde 1979 se realizan conferencias sobre el clima, sin embargo, la suscripción de un tratado mundial para hacer frente al problema se alcanzó tiempo después. Desde 1995, cuando se celebró la primera conferencia de las partes-Cop[26], se han realizado veintiún más (Cop 21); la última, celebrada en París en diciembre de 2015, ha sido de enorme trascendencia, pues definió el futuro de la lucha climática después del generalizado incumplimiento de Kyoto (Cop 3). La reunión mundial terminó con la firma del *Consenso de París*.

¿En qué consiste dicho consenso? ¿Qué acuerdos se lograron en París?, ¿cuáles son los retos y los compromisos suscritos?

El Acuerdo de París se alcanzó tras dos semanas de negociaciones (última semana de noviembre y semana y media de diciembre de 2015) y fue suscrito por 195 naciones. Sin embargo, para que sea operativo requiere, al igual que ocurrió con Kyoto, la ratificación de países que representen al menos el 55 % de las emisiones globales de GEI.

En términos generales, París representa el primer acuerdo en el que naciones desarrolladas y en desarrollo se comprometen sin distinción a realizar esfuerzos para modificar el modelo económico imperante hacia una economía baja en carbono[27]; claro está, a partir de una responsabilidad común pero diferenciada.

26. La Conferencia de las Partes (COP o CP) es el órgano supremo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. En la actualidad se reúne una vez al año para examinar los progresos de la Convención.
27. Al respecto, Colombia expidió en 2012 su Estrategia de Desarrollo Bajo en Carbono (ECDBC). La Estrategia tiene tres objetivos: 1) identificar y valorar acciones que estarán encaminadas a evitar el crecimiento acelerado de las emisiones de GEI a medida que los sectores crecen, 2) desarrollar planes de acción de mitigación en cada sector productivo del país, y 3) crear o promover las herramientas para su implementación,

Su objetivo principal es lograr que el aumento de las temperaturas se mantenga por debajo de dos 2 centígrados[28] y/o, de ser posible, por debajo de 1,5 grados, tomando como parámetro las emisiones realizadas en la era preindustrial.

Para alcanzar dicho objetivo, los países deberán fijar y comunicar cada cinco años objetivos nacionales de reducción de emisiones de GEI. Por su parte, los países con mayores recursos seguirán ofreciendo apoyo financiero a los países de menos recursos para ayudarles a reducir sus emisiones y adaptarse a los efectos; aunque no se señala en concreto una cantidad[29].

Su horizonte temporal es indefinido, aunque se propuso que fuera completamente vinculante después de 2020; sin embargo, la presión sobre el tema ha motivado una revisión general en 2018, lo que podría conllevar la anticipación de su aplicación.

Lo que no es visto como avance es que el consenso prescinde de sanciones, mostrando que los instrumentos internacionales siguen siendo *soft law*. Lo más próximo a la coerción está en la obligación de informar las emisiones y los esfuerzos que se realizan para controlarlas y/o reducirlas.

Ahora bien, en todo ello ¿qué papel juega la ciudad?, ¿cuál es el rol que debe y puede jugar?

Como señalamos antes, la ciudad es clave para conseguir los objetivos planetarios respecto al cambio climático. El Acuerdo no es prolijo en destacar la relación de la ciudad con el cambio climático, pero sí lo toma en cuenta. Nada más comenzar los considerandos, el acuerdo señala la necesidad de mantener y promover la cooperación regional e internacional con el fin de movilizar una acción más vigorosa y ambiciosa para hacer frente al clima, por todas las Partes, entre las cuales incluye a las ciudades.

Lo cierto es que, con independencia de que se explicite en el acuerdo, las ciudades son el escenario en el que se librará la batalla climática. En ese sentido, la reducción de emisiones contaminantes y generación de residuos, una mayor eficiencia en el uso de la energía y otros recursos escasos y la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica presente serán claves para alcanzar los objetivos.

incluyendo un sistema de monitoreo y reporte. En ese sentido, Estrategia, junto con el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, la Estrategia Nacional REDD+ y la Estrategia para la Protección Financiera ante Desastres, conforman la Política Nacional de cambio climático de Colombia. El horizonte temporal de esta Estrategia es hasta 2040.

28. Lo anterior, pues, de conformidad con la literatura científica, el aumento de hasta dos grados centígrados es el límite para el calentamiento global.
29. Antes de lograr el acuerdo ya existía un compromiso de parte de los países desarrollados para aportar 100 000 millones de dólares para lograr la reducción de las emisiones de carbono. Lo que se propuso en París fue partir de esa cifra e ir aumentando la cooperación al respecto.

A su vez, todo ello deberá traducirse en objetivos concretos, los cuales para el caso colombiano deberán, como se precisó, ser incorporados al contenido estructural de los POT de las ciudades y municipios a lo largo y ancho del país.

En todo lo anterior hay oportunidades, pero también fuertes retos para el urbanismo colombiano en particular sobresalen dos: por una parte, lo relacionado con la forma urbana[30] y, por otra, lo urbano-regional.

En cuanto al primer aspecto, es necesario señalar que, desde que existen ciudades, lo relacionado con la forma espacial ha sido capital. Al respecto ha existido ambivalencia entre dos modelos: la ciudad compacta (europea) y la ciudad difusa o dispersa (norteamericana). Aunque ambos tienen patrocinadores y detractores, expertos coinciden en afirmar que la ciudad compacta es la forma ideal de ciudad para los objetivos climáticos. De acuerdo con Schlaifer, Montero y Aliste (2016, p. 181), al ser más densas, las ciudades compactas podrían aumentar la eficiencia de las políticas públicas, facilitando la transición hacia economías verdes. La ciudad compacta es la forma espacial típica del último de los paradigmas del urbanismo: el urbanismo sostenible[31].

Al respecto, la política colombiana de desarrollo urbano define que el modelo de ciudad es el de ciudad compacta y ambientalmente sostenible, sin embargo, como se anotó, ello no es más que un discurso[32].

Por otro lado, está la necesidad de cambiar de paradigma en relación con el desarrollo urbano. Hasta ahora las ciudades han sido planificadas y gestionadas hacia dentro, sin tener suficientemente claro que lo urbano no se puede restringir al área delimitada como suelo o perímetro urbano, sino que los asuntos y

30. Al menos desde principios del siglo XX, la forma urbana ha adoptado dos modelos predominantes: el modelo de ciudad compacta (europea) y el modelo de ciudad dispersa (norteamericana). Aunque ambas tienen patrocinadores y detractores, los expertos coinciden en señalar que la compacta es la forma ideal de ciudad para los objetivos climáticos, en la medida en que supone altas densidades, mixtura de usos del suelo y mayor eficiencia energética. A diferencia de la ciudad dispersa, en la ciudad compacta, las distancias de desplazamiento son menores y, por tanto, el uso del transporte público o las formas alternativas de movilidad se privilegian por encima del uso del vehículo particular. La ciudad norteamericana, en cambio, es la ciudad fordista, en la que se privilegia el uso del transporte particular.

31. La ciudad sostenible es una construcción principalmente europea y al respecto, la denominada Carta de Aalborg de 1996 es el más importante instrumento conocido. Éste señala que la ciudad sostenible es aquella en la cual se preserva el capital natural, el consumo de recursos materiales, hídricos y energéticos renovables no supere la capacidad de los sistemas naturales para reponerlos, y que la velocidad a la que consumimos recursos no renovables no supere el ritmo de sustitución de los recursos renovables duraderos. La sostenibilidad ambiental significa asimismo que el ritmo de emisión de contaminantes no supere la capacidad del aire, del agua y del suelo de absorberlos y procesarlos.

32. La ciudad colombiana fue una ciudad durante largo tiempo no planificada. Apenas ahora comienzan a ser ordenadas, el problema radica en que las dinámicas planificatorias son difícilmente entendidas por sus manejadores.

problemas de sostenibilidad urbana desbordan los límites y abordan tanto los elementos propios del área urbana como las relaciones que se generan con la región vecina.

Así las cosas, lo urbano regional implica la necesidad de reconocer las interrelaciones entre el área urbana y los ecosistemas en los que se encuentra: la demanda de recursos naturales renovables del área urbana hacia la región y los efectos o impactos sobre el medio ambiente y los recursos naturales, producto de actividades antrópicas y la concentración de población, como el cambio climático.

Como se ve, existen enormes retos para el urbanismo colombiano, avanzar sobre asuntos históricos aún sin enfrentar y, a la vez, hacer frente a los nuevos retos que demanda la meta establecida en los compromisos de futuro, alcanzados en París.

El breve recorrido de la utopía a la distopía: el discurso de la sostenibilidad

Jorge Escobar Silebi[1] *y Javier Tous Chimá*[2]

1. Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Funcionario en empresas del sector minero-energético, tales como C.I. Prodeco-Productos de Colombia S.A. y Carbograneles S.A. Fundador y director general de la fundación Bioderecho. Presidente del Comité de Seguimiento a la Inversión de Regalías del Carbón CSIR CESAR, entre 2006 a 2010. Procurador Judicial II Agrario y Ambiental. jorgeeduardo68@yahoo.com.
2. Doctorando Universidad Panthéon-Assas (París 2) - Centro de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (CRDH). Magíster Derechos Humanos y Derecho Humanitario Universidad Panthéon-Assas (París 2) - Centro de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (CRDH). Magíster Prácticas de las organizaciones internacionales y protección de los Derechos Humanos. Universidad Católica de Lyon - Instituto de Derechos Humanos de Lyon (IDHL). Magister Historia, Teoría y Práctica de los Derechos Humanos Universidad Pierre Mendès France (UPMF-Grenoble 2). Abogado Universidad Nacional de Colombia. Docente tiempo completo División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales Universidad del Norte. Director Centro de Derechos Humanos del Caribe, de la misma universidad. tousj@uninorte.edu.co.

Resumen

La Declaración de Estocolmo se fundamentó en principios de conservación, protección mejoramiento y planificación de los recursos naturales, proclamando así el entorno natural como necesario para una vida digna y bienestar del hombre, los cuales contrastaron fuertemente con los presupuestos básicos del capitalismo: propiedad y libertad.

Sin embargo, se podía llegar a una armonización con el falaz desarrollo sostenible.

Bajo ese orden de ideas ¿será entonces posible afrontar el cambio climático con base en normas que inquieren al desarrollo antes que a la conservación?

Para ello se compararon y analizaron instrumentos internacionales, como la Convención Marco sobre Cambio Climático y el Convenio de la Diversidad Biológica estableciendo en el primero una reafirmación de la soberanía de los estados sobre sus recursos y en el segundo una patrimonializacion de los recursos y ecosistemas. Dicho análisis arrojó conclusiones de carácter alarmante, al evidenciar la falta de vinculación de los estados que se suscriben al solo emitir meras recomendaciones. Así mismo obligaciones de protección y conservación en la medida en que el Estado lo considere posible, junto con solución de controversias que evaden la responsabilidad de cada Estado en emisiones de carbono y el carácter global del problema al dejar la desición de asuntos vitales para la humanidad en manos de pocos Estados, involucrados con el fin de el anhelado desarrollo económico sostenible.

Se concluyó la necesidad de un convenio socioeconómico y ambiental que obligue a la protección, restauración de la vida en todas sus manifestaciones con el fin de llegar a una productividad solidaria que provea bienes y servicios básicos para el desarrollo de la vida en condiciones de dignidad.

Se afirma que solo se compartiría la titularidad de derechos de aprovechamiento de recursos naturales en la medida que no afecten los ciclos reproductivos y cumplan con el deber de conservación en aras de garantizar la continuidad de la vida.

Palabras clave: derechos humanos, medio ambiente, cambio climático, responsabilidad internacional, desarrollo sostenible

Abstract

The Stockholm Declaration was based on principles of conservation, protection, improvement of natural resources, thus proclaiming the natural and necessary environment for a life of dignity and well-being of man, which contrasted sharply with the basic assumptions of capitalism: property and freedom.

Reaching a midpoint between the two of them with the alleged fallacy of the sustainable development.

Under this line of thought, is it possible to tackle climate change based on standards that prevail development rather than conservation?

They were compared and analyzed international instruments such as the Framework

Convention on Climate Change and the Convention on Biological Diversity, the latter one declares the patrimonialization of resources and ecosystems and the other, reasserts the sovereignty of states over their resources.

Said analysis showed alarming conclusions, such as, the lack of legally binding obligations in said conventions that only issue mere recommendations. Likewise, dispute with evading responsibility of each state in carbon emissions as well as the decision making of vital issues for mankind in the hands of few states that can't see pass their desired sustainable economic development.

It was concluded the need for a socioeconomic and environmental agreement that involves, the protection as well as the restoration of the intervened life and all of its manifestations , in order to reach a joint productivity to provide basic goods and services for the development of life and dignified conditions., Affirming only the ownership of rights to use natural resources as they do not affect the reproductive cycles would be shared and fulfill the duty of conservation in order to ensure the continuity of life.

Keywords: human rights, environment, climate change, international responsibility, sustainable development.

Se vive para el hoy, muy de prisa;
se vive de una manera muy irresponsable:
precisamente a esto se le llama "libertad"[3].
Nietszche

Así como hoy podemos afirmar que somos productos culturales de sociedades energívoras y consumistas, también podemos recordar que la cualificación del derecho humano a la vida en un *"… medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar,…*[4]*"*, es decir, en un ambiente sano, fue reconocido en la Conferencia de Estocolmo en 1972; Declaración a partir de la cual se expidieron en algunos países normas constitucionales y legislaciones ambientales sistematizadas e imbricadas con los principios allí proclamados.

Ejemplo de ello lo son algunas constituciones en América Latina y Europa[5], así como el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, adoptado por Colombia en 1974, que, además de señalar en sus primeros artículos algunos de los principios de dicha Declaración añadió a la función social de la propiedad la dimensión ecológica como inherente a su ejercicio.

La Declaración de Estocolmo proclamó y reconoció así al hombre: *obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente…*; mencionó además que *"Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma."*; y advirtió: *"La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos.*

3. Nietszche, Federico. *"Cómo se filosofa a martillazos"*, Madrid. Editorial EDAF, 1971, p. 378.
4. ONU. *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente Humano*. Principio 1. Estocolmo, junio de 1972.
5. En Europa tenemos, a manera de ejemplo, la Constitución de Grecia de 1975 y la de Portugal de 1976. En América Latina, la de la república de Panamá de 1972, la de Cuba de 1976, la de Perú de 1979 y la de Brasil de 1988.

En sus dos primeros principios, la Declaración estableció el deber de proteger, preservar y mejorar los recursos naturales de la tierra y muestras representativas de los ecosistemas, en beneficio de las generaciones presentes y futuras; así también estableció en el tercero de sus principios, el deber de cuidado y restauración de la capacidad reproductiva de la tierra y, en su cuarto principio, la planificación con miras a la conservación de la naturaleza[6].

Llama la atención que el quinto principio obliga también respecto a los recursos no renovables y en los principios undécimo y duodécimo sugiere e invita a la reformulación solidaria de las relaciones interestatales, con miras al logro eficaz de la implementación de medidas ambientales tendientes a la conservación de los recursos y del medio; por esta razón podemos afirmar que, con base en los principios contenidos en dicha declaración, el desarrollo se concibió sin menoscabo de las obligaciones de preservación, conservación, restauración y mejoramiento del medio, honrando así su acepción etimológica.

Así las cosas, las normas ambientales expedidas en algunas de las naciones con más abundancia de recursos naturales, es decir con mayor biodiversidad, fueron conceptualizadas bajo estos criterios de conservación, preservación, mejoramiento

6. Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano: "Principio 1. El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse. Principio 2. Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna, y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga. Principio 3. Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables. Principio 4. El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres. Principio 5. Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparte los beneficios de tal empleo. Principio 11. Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían menoscabar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos, y los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras a llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales. Principio 12. Deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo y cualesquiera gastos que pueda originar a estos países la inclusión de medidas de conservación del medio en sus planes de desarrollo, así como la necesidad de prestarles, cuando lo soliciten, más asistencia técnica y financiera internacional con ese fin."

y planificación en la utilización de sus recursos, con miras al logro de los propósitos enunciados y, por tanto, establecieron límites en el derecho positivo, que en contra al derecho de dominio se convertían en verdaderas trabas respecto al poder dispositivo de los bienes naturales y, por tanto, impedían la expansión caprichosa de las fronteras territoriales del capitalismo, así como la intervención de nuevas áreas geográficas o el aprovechamiento de recursos naturales aún inexplotados.

En efecto, la conservación y la preservación prevalecían como enunciación, no simplemente retórica, sino también de forma taxativa en muchas de las normas expedidas; claro ejemplo de ello la Constitución de Panamá de 1972, que estableció un capítulo al respecto, contentivo de cuatro artículos tendientes a la conservación de los recursos naturales, no a su depredación o destrucción[7]; así también la de Brasil[8].

7. Constitución de Panamá. ARTÍCULO 114.- Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana. ARTÍCULO 115.- El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas. ARTÍCULO 116.- El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia. ARTÍCULO 117.- La Ley reglamentará el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a fin de evitar que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales.
8. Constitución de Brasil. ARTÍCULO 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. 1o. Para asegurar la efectividad de este derecho, incumbe al poder público: 1. preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y procurar el tratamiento ecológico de las especies y ecosistemas; 2. preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar a las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético; 3. definir en todas las unidades de la Federación, espacios territoriales y sus componentes para ser objeto de especial protección, permitiéndose la alteración y la supresión solamente a través de ley, prohibiéndose cualquier uso que comprometa la integridad de los elementos que justifican su protección; 4. exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obras o actividades potencialmente causantes de degradación significativa del medio ambiente, un estudio previo del impacto ambiental, al que se dará publicidad; 5. controlar la producción, la comercialización y el empleo de técnicas, métodos y sustancias que supongan riesgos para la vida, para la calidad de vida y para el medio ambiente; 6. Promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la conciencia pública para la preservación del medio ambiente; 7. proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad. 2o. Los que explotasen recursos minerales quedan obligados a reponer el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley. 3o. Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado. 4o. La floresta Amazónica brasileña, la Mata Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal Mato Grossense y la zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará en la forma de la ley, dentro de las condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo

Apuesta alta contra las aspiraciones de crecimiento continuo del capitalismo, que, sumado a la tenencia especulativa, inoficiosa e improductiva de la propiedad rural, impedía formalmente la intervención de nuevos ecosistemas, la ampliación de las fronteras agrícolas nacionales y la explotación inadecuada de recursos no renovables, de modo que las normas limitaban el ejercicio de los más sagrados derechos concebidos por la modernidad, la propiedad y la libertad, presupuestos básicos del capitalismo en su afán de desarrollo consumista.

De modo que se hizo necesaria una nueva declaración que no reuniera principios utópicos, que, como los señalados, impusieran límites claros y precisos a la propiedad y al desarrollo, por lo que se le dio a este el calificativo de sostenible, con el cual tanto el propietario público como el privado pudieran proseguir a su antojo previo el cumplimiento de normas técnicas de carácter ambiental, que resultarían insuficientes para los propósitos superiores de la primigenia declaración y los supuestos objetivos de las siguientes, dados los efectos bioacumulativos de las actividades antrópicas.

El falaz desarrollo sostenible fue entonces mencionado y establecido en la Convención Marco sobre Cambio Climático, es decir con antelación a la Declaración de Río de Janeiro, texto que enfáticamente indicó en su objetivo: *…y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible*.[9]

Este contrato de derecho internacional público, una vez fuera ratificado, se convertiría en mandato para las naciones suscriptoras, tal como ocurriría, incluso con mayor prontitud, respecto al Convenio de la Diversidad Biológica suscrito conjuntamente con la expedición de la citada Declaración de Río de Janeiro. Estas normas internacionales configuran el nuevo paradigma ambiental del neoliberalismo, es decir, el *desarrollo sostenible*[10].

lo referente al uso de los recursos naturales. 5o. Son indisponibles las tierras desocupadas o las adquiridas por los Estados, a través de acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales. 6o. Las fábricas que operen con reactor nuclear deberán tener su localización definida en ley federal, sin la cual no podrán instalarse.

9. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. artículo 2.

10. Bellver Capella, Vicente. *Las ecofilosofías*. Ballesteros Jesús y Pérez Adán, José. *Sociedad y Medio Ambiente*. Madrid. Editorial Trotta. , 2000. P. 259. "La segunda postura, que estudiamos bajo la etiqueta del desarrollo sostenible, considera que la causa del problema ambiental es la pobreza del Tercer Mundo, originada fundamentalmente por la falta de recursos tecnológicos capaces de generar riqueza. El mantenimiento del sistema de mercado internacional, la aplicación de políticas de control de la natalidad en los países del Sur y la transferencia de tecnologías del Norte al Sur son las propuestas que se ofrecen desde esta posición. Nos parece que, aunque la ONU más bien se ha alineado con los planteamientos del desarrollo sostenible, entendemos que su posición es poco defendible, pues el principal problema no es la pobreza, como afirma el Informe Bruntland (cf. Tema 8) y la solución reducir el incremento de habitantes potencialmente pobres. El problema es la desigualdad generada por el sistema de acumulación capitalista, y la solución, modificar

Pero, ¿podemos afrontar el cambio climático con base en normas que inquieren al desarrollo antes que a la conservación? ¿Podemos afrontarlo con normas que apelan a la libertad y a la propiedad, así como a la soberanía, antes que a la solidaridad, la cooperación y el compromiso colectivo internacional?

El convenio sobre cambio climático predica en su artículo tercero responsabilidades comunes pero diferenciadas[11], como enunciación de un aparente derecho solidario que se desvanece no solo con la precisión contenida en su artículo cuarto, referida a la autonomía de las partes en la fijación de sus prioridades nacionales, sino también con ocasión de la utilización del adverbio *deberían* en el referido artículo tercero, que limita el alcance inmediato del convenio, convirtiéndolo así en un catálogo de sugerencias dado el carácter potestativo que imprime dicho término.

Por el contrario, llama la atención que en el mismo artículo, que establece los principios de la Convención, se establece como derecho de las partes el desarrollo sostenible así:

> *Las Partes tienen derecho al desarrollo sostenible y deberían promoverlo. Las políticas y medidas para proteger el sistema climático contra el cambio inducido por el ser humano deberían ser apropiadas para las condiciones específicas de cada una de las Partes y estar integradas en los programas nacionales de desarrollo, teniendo en cuenta que el crecimiento económico es esencial para la adopción de medidas encaminadas a hacer frente al cambio climático.*

Por tanto, podemos concluir que la convención no solo consagra el derecho al desarrollo sostenible sino que revela así su verdadera finalidad y propósito, el cual en ningún momento incluye verdaderos mandatos tendientes a la protección del ambiente.

Como si fuera poco, al tener como referente obligatorio el protocolo de Montreal se abre paso a la continuidad de las actividades antrópicas nocivas en países en desarrollo, con lo cual van a ser trasladadas a dichas naciones las actividades más contaminantes, por medio de la utilización de empresas transnacionales, que permitirán garantizar el flujo de bienes que demanda el comercio internacional y los mercados consumistas, sin tener en cuenta los efectos del proceso productivo

---

los hábitos consumistas en el Norte, redistribuir los recursos naturales, técnicos y financieros, y fomentar el desarrollo autosuficiente y no dependiente de los países del Sur". Pero cabe preguntar, ¿respecto a recursos naturales, renovables y no, materias primas, quién depende de quién, acaso no es al revés?

11. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad, y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades.

y los supuestos propósitos –convertidos en meros enunciados potestativos– en la Convención Marco referidos a la disminución, en términos y cantidades reales, de las emisiones contributivas del nocivo cambio climático global.

Por esto se constituye dicha pretensión –de haber existido como un compromiso real y eficaz– en un imposible inmediato, toda vez que se da un incremento del consumo mundial de combustibles fósiles, la deforestación, la desertificación, el agotamiento de recursos hídricos superficiales, la pérdida progresiva de biodiversidad, de ecosistemas bioproductivos y de sumideros naturales de CO_2.

Dado que el ambiente es, al igual que los derechos humanos en su conjunto, inescindible e interdependiente, es necesario armonizar las disposiciones de la Convención sobre Cambio Climático con los mandatos que rigen el uso y disposición de los territorios de las naciones soberanas, de sus recursos naturales y de las actividades antrópicas que se desarrollan en y con los mismos en sus jurisdicciones; estas están enmarcadas dentro del paradigma encumbrado en Río, que además establece de forma sistemática los principios normativos que guían la aplicación de las normas ambientales incorporadas en el Convenio de la Diversidad Biológica.

Tendremos así el decaimiento de criterios más propicios al aprovechamiento racional de los recursos y la protección ambiental global, primigeniamente concebidos en Estocolmo, por cuanto, a pesar del principio de precaución, la utilización y el desarrollo sostenible, se abrirá paso a una nueva e ilusoria concepción que además incorpora formalmente la valoración económica, es decir, monetaria, del Medio que sea afectado.

En efecto, con relación al principio de precaución se tiene que a este le fue establecida la justificación que posibilita su inaplicabilidad toda vez que cada parte, es decir, cada Estado puede atender a su imposición o no … *conforme a sus capacidades,* y se advierte con preocupación respecto al principio de quien contamina paga, la siguiente limitación a su implementación: … *sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.*

De modo que, no satisfechos con la valoración económica de los bienes esenciales para la vida, puede también ser burlada la internalización de los costos ambientales, es decir, el pago de los daños que se ocasionen a los recursos, por cuanto en momento alguno se establece de forma inexorable la obligación de restaurar en lo posible el medio afectado, sino que se trata simplemente de su valoración económica; además, sujeta el pago o compensación a que con este no se distorsione o afecte el comercio ni las inversiones internacionales.

Así las cosas, la dimensión ambiental con toda su complejidad, de la cual depende la supervivencia de la especie, sigue siendo un aspecto residual con relación con la economía capitalista, desarrollista y consumista, que le es prevalente; de este modo encontrará en las empresas transnacionales asentadas en los países

en desarrollo el instrumento útil a dicho propósito; de este modo el ejercicio de los derechos de propiedad –estatal e individual–, y de libertad de empresa, en el contexto neoliberal que predomina bajo su máxima expresión ambientalista, se identifica con el desarrollo sostenible.

El Convenio de la Diversidad Biológica suscrito en Río, cuya negociación había iniciado en 1987 a instancias del PNUMA, y que fue adoptado en Colombia por la Ley 165 de 1994, si bien reconoce el valor intrínseco de la biodiversidad y recalca el interés de la humanidad en su protección, establece que los Estados son los "soberanos" de "sus" recursos biológicos.

Por esto surgen entonces al menos las siguientes preguntas: ¿si los recursos naturales son de los Estados, pueden estos disponer libremente de ellos, aun cuando sean de interés de toda la humanidad y, por tanto, carezcan estos de una suficiente representatividad? ¿La patrimonialización de los recursos planetarios en cabeza de los Estados permite su libre disposición por parte de estos, aun respecto de ecosistemas estratégicos para el sostenimiento de la vida o la conservación de otras formas de ésta? ¿Qué efectos tiene dicha patrimonialización y reconocimiento de autonomía frente al cumplimiento de los supuestos objetivos de la Convención Marco sobre Cambio Climático?

A este respecto José Manuel Pureza nos recuerda que *La génesis de la doctrina de la soberanía permanente es bien conocida. Tiene su origen en la elaboración normativa del principio de la autodeterminación de los pueblos y daría lugar al artículo 1.2 común de los Pactos de las Naciones Unidas sobre derechos humanos de 1966: a página anterior el autor advierte que: El sistema interestatal constituye la base política de acumulación a escala mundial, y de aquí se deriva que el sistema interestatal legitima e institucionaliza la división entre centro y periferia del sistema mundial,… el positivismo construyó un Derecho con la vocación de <mantener el orden>, esto es, mantener las relaciones sociales regulares del funcionamiento del capitalismo*"[12].

Esta es la explicación esta asignación del patrimonio natural a los Estados miembros de la comunidad internacional, los cuales conciben su relación "propietaria" y, por tanto dispositiva, con base en sus prioridades de desarrollo, de modo que soslaya todo propósito normativo que tenga un sentido obligacional y solidario con respecto a la imperiosa necesidad de conservación de los recursos naturales en su jurisdicción territorial y del empleo de estos de forma tal que no causen deterioro de las condiciones ambientales planetarias, lo cual está garantizado en ambas convenciones.

12. Pureza José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad ¿Hacía un derecho internacional de la solidaridad?* Madrid. Editorial Trotta, 2002. Pp.81 y 44, respectivamente.

En efecto, es necesario destacar que así como la Convención Marco sobre Cambio Climático reafirma la soberanía de los estados y solo a título de sugerencia hace recomendaciones, el Convenio de la Diversidad Biológica a través de su articulado sujeta toda medida conservacionista bajo las siguientes formulaciones: *en la medida de lo posible y según proceda, o con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares,* es decir, que no obliga realmente a los Estados a conservar los recursos y ecosistemas estratégicos para la humanidad, los cuales con su explotación afectan el todo del que dependemos.

A pesar de que somos especies y productos biológicos y de que el convenio en su preámbulo pareciera asumir una postura cercana al ecocentrismo, promulga la distinción entre la diversidad biológica y lo humano, sustrayendo entonces al hombre de ser considerado como parte del todo de que trata en su enunciado descriptivo, que involucra también los aspectos culturales y sociales, entre otros y, en todo caso, nos advierte de su intención de valoración económica de dicha diversidad biológica[13]; lo anterior difiere de la declaración de Estocolmo, que reconocía al hombre como obra y artífice del medio que lo rodea, es decir, al hombre como parte inescindible de la naturaleza.

Así pues, el convenio con su claro objetivo de patrimonialización de los recursos naturales da plena potestad a los Estados para la explotación de sus recursos, siempre que las actividades autorizadas por estos, no perjudiquen al medio de otros Estados y a zonas por fuera de toda jurisdicción nacional[14], reafirmando así que el bien supremo es la soberanía estatal y no el ambiente, que es bien común, responsabilidad de la humanidad.

Respecto a los eventuales conflictos transfronterizos, referidos tanto al patrimonio natural de interés para la humanidad –así como respecto a la problemática

13. Convenio Sobre la Diversidad Biológica. "Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes; Conscientes así mismo de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera; afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad; reafirmando que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos; reafirmando así mismo que los Estados son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos; Preocupados por la considerable reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas…" (negrillas no son del texto original). Claramente se hace la separación del hombre con respecto al medio y se reconoce al Estado la titularidad de los derechos sobre éste.
14. Ibídem. "Artículo 3, principio. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional."

creciente del adverso cambio climático– y las posibles diferencias que surjan entre las naciones, ambos convenios contemplan mecanismos con los que solo cabría la participación de los Estados en conflicto, dado que siguen las líneas de solución de controversias diseñadas en el Estado liberal para la atención de temas propios del derecho comercial, por cuanto, además de establecer la negociación directa entre las partes, se contempla un tribunal de arbitramento, por lo que se niega así el carácter global del problema.

Específicamete, el Convenio de la Diversidad Biológica, que es de vital importancia para los países en desarrollo, los cuales, si bien no son los mayores causantes de la emisiones de carbono, resultan ser los proveedores de los recursos cuya combustión y consumo las generan –muy a pesar de que aún no satisfacen de modo universal a su población con saneamiento básico y energía eléctrica–; estos países además derivan gran parte de su PIB en actividades extractivas –como es el caso de Colombia donde coexiste una relación directa entre explotaciones mineras y violación de derechos humanos[15]–, así como de la explotación de sus recursos naturales –anacrónicamente clasificados como renovables, aun cuando son agotables y extinguibles–, la solución de los posibles conflictos transfronterizos, que por efectos de la implementación de sus políticas ambientales ocurran, incluye solo la exclusiva perspectiva de los Estados involucrados, puesto que ellos tienen derecho a escoger los árbitros que les representen respectivamente, sin que ninguno represente verdaderamente los intereses de

15. Garay Salamanca, Luis Jorge. *Minería en Colombia. Derechos, Políticas públicas, Gobernanza*. Contraloría General de la República, 2013, P. 16. "Este proceso de incorporación de tierras de países extranjeros al circuito capitalista mundial –con la extranjerización tanto de la propiedad de la tierra como del acaparamiento del uso del suelo y explotación del subsuelo– y de profundización innovadora del mercado internacional de tierras y de usos del suelo y explotación del subsuelo, y de incursión de bienes agrícolas, minero-energéticos y sus derivados en los mercados mundiales de capitales, lleva a plantear nuevamente el cuestionamiento central introducido por Ricardo y Marx: la economía política de la distribución en la explotación de la tierra (suelo y sub-suelo) a nivel mundial". En página 20: Aún más, la minería tampoco puede ser considerada como un sector especial de utilidad pública que pueda predominar sobre otros sectores como la agricultura que sí tiene una clara jerarquía constitucional (según la Carta de 1991) en términos de la seguridad alimentaria y de provisión de tierra para la ocupación de población campesina, además de que por sus múltiples impactos de diversa índole ha de ser sujeta (la minería) a la observancia de una cierta jerarquía y subsidiaridad de derechos entre los fundamentales, los comunitarios, los de propiedad del suelo, las expectativas de derecho sobre el uso del subsuelo y la subsecuente expropiación del suelo, los de restitución de tierras de víctimas sujetos a licencia minera o ambiental sobre su subsuelo, etc.
Garay Salamanca, Luis Jorge. Ibídem. Negrete Rodrigo. P. 24. "Lo anterior conlleva a que más de una tercera parte del territorio continental de Colombia cuenta con título minero, está solicitado para titulación o está destinado para el desarrollo minero a través de las áreas estratégicas mineras, lo que de por sí es una cifra alarmante, más aún cuando Colombia es el país con mayor biodiversidad por kilómetro cuadrado del planeta, y cuando las normas e instrumentos que regulan estas actividades no son lo suficientemente efectivas para proteger, resguardar y mantener de manera adecuada los recursos naturales renovables y los derechos fundamentales de los habitantes del país".

la humanidad, ni de las demás naciones o de organismos internacionales de mayor representatividad. Esta solución resulta limitada respecto a ciertos ecosistemas que, como la Amazonía, superan límites binacionales.

Aun cuando el último arbitro no puede estar vinculado a ninguna de las partes en controversia, ni a la materia objeto de esta, para adoptar una solución deberá contar con el voto de al menos alguno de aquellos, que sí representan claramente los intereses en disputa.

De hecho se tiene dentro de las normas del tribunal la siguiente: *Las partes y los árbitros quedan obligados a proteger el carácter confidencial de cualquier información que se les comunique con ese carácter durante el procedimiento del tribunal arbitral*[16]; esto desnaturaliza el contenido público que manifiesta el interés de la humanidad por los derechos a la diversidad biológica y al ambiente; estos derechos se denominan de solidaridad o fraternidad, que vemos aún se rigen según los principios propios de los derechos de libertad individual y, por tanto, de forma egoísta.

Resulta entonces reduccionista el que a través de un tribunal de corte comercial, integrado y designado solo por los Estados en litis, se decidan asuntos vitales para la humanidad[17], de manera que el Convenio de la Diversidad Biológica facilita a los Estados en litis no solo valorar económicamente sus recursos naturales a pesar de que sean de interés de la humanidad, sino que también les permite la exclusión de esta en caso de las controversias interestatales que se susciten.

Podemos entonces afirmar que el principio de soberanía sobre los recursos naturales que se le confiere a los Estados no solo les posibilita la explotación de sus recursos sino que también les permite evadir, de cara a la humanidad, las responsabilidades por la explotación inadecuada, así como el incremento de los niveles de emisiones atmosféricas, mientras se logre el ansiado desarrollo económico sostenible.

Cabe mencionar que el eje central del ambientalismo que fue anunciado desde la Convención Marco sobre Cambio Climático y socializado con mayor éxito en la Declaración de Río y el Convenio de la Diversidad Biológica, al definir utilización sostenible nos indica que por esta se entiende … *la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo*

16. Artículo octavo del anexo respectivo del Convenio sobre la Biodiversidad. Río de Janeiro, 1992.
17. Respecto a la contaminación transfronteriza advierte José Manuel Pureza en la obra citada (páginas 355 y 356) que: El bien jurídicamente protegido no es el medio ambiente, sino la soberanía del Estado; el medio ambiente, los recursos naturales, tan sólo son el objeto con el cual se ocasionó daño a la soberanía y, por eso, a la legalidad internacional. La contaminación transfronteriza es un hecho ilícito que viola el derecho del Estado a la plenitud de efectos útiles de su soberanía territorial".

plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

Es decir que dicha definición permite la disminución cuantitativa de individuos de una especie mientras no se extinga la misma; lo que representa en sí mismo un riesgo y una contradicción o falta de precisión conceptual de la norma, respecto a la cual una funcionaria del Estado colombiano dijo en ese entonces: *El concepto de desarrollo sostenible no ha sido profundamente elaborado y que, por tanto, es utilizado indiscriminadamente como el comodín que zanja diferencias. El reto entonces es darle un contenido y un significado en el contexto nacional, regional y local, en los que se asegure la realización de los derechos fundamentales*".[18]

Como hemos mencionado, respecto a la obligatoriedad de la conservación, el carácter residual del compromiso interestatal consignado en el Convenio pareciera partir del principio jurídico por el cual "nadie está obligado a lo imposible", y de hecho, en muchos de sus propósitos permite que cada país lo cumpla acorde con sus condiciones y capacidades particulares, de forma potestativa; lo cual deja de lado los fines de conservación de la biodiversidad y de cooperación internacional eficaz tendiente a su preservación. Ejemplo de ello son los artículos 6, 8, 9 y 10 del referido Convenio.

Así las cosas, a la vez que el Convenio amplía y especifica el objeto de regulación, de forma clara y peligrosa, abre las puertas a una mayor intervención de nuestros ecosistemas y a su menor conservación, bajo los siguientes parámetros y principios aplicables respecto a las normas ambientales internas que regulan el aprovechamiento de los recursos naturales en general:

- Los recursos naturales pertenecen a cada Estado, por tanto pueden disponer de estos según su conveniencia. En todo caso, cada Estado será responsable del daño que por las actividades que realice o autorice, ocasione a otro Estado.

18. Vallejo Serna Nancy. *Derecho y Medio Ambiente. Recientes avances del derecho ambiental internacional en la cumbre de la tierra*, Bogotá, Cerec 1992, p. 133.
Bermejo, Roberto. *La gran transición hacia la sostenibilidad. Principios y estrategias de economía sostenible,* Madrid, Editorial Catarata, 2005, p. 24. Refiriéndose al concepto de desarrollo sostenible indica: "Esta interpretación es muy genérica, por lo que sólo marca una dirección pero no indica el camino y no determina metas concretas. Quizá por esta ambigüedad la definición es ampliamente aceptada (a escala institucional constituye un referente obligado) porque permite múltiples lecturas, aunque muchas de ellas son totalmente ilegítimas. Se han propuesto ya unas 300 definiciones explicativas, pero que, en realidad, "son el producto de visiones contrapuestas, ideologías diversas, diferentes disciplinas, sistemas de valores e intereses". El autor defiende el informe Bruntland en página 26 así: "El concepto de desarrollo sostenible del IB establece que: se refiere sólo a la satisfacción de las necesidades esenciales; sólo es necesario crecer para satisfacerlas; la sostenibilidad se refiere exclusivamente a la dimensión ambiental; ésta es la determinante; es necesario transformar de forma radical el actual modelo de producción y consumo para conseguirla; y; por último, esto requiere un marco de planificación estratégica."

- En caso de controversias interestatales se permite la solución arbitral, mediante tribunal conformado por miembros designados exclusivamente por los Estados en disputa, sin participación de la comunidad internacional o de organismos representativos de la humanidad.
- Cada Estado solo queda comprometido respecto a enunciados o fines específicos del convenio, y en cuanto a los referidos a la conservación, solo en la medida de sus capacidades y posibilidades. Lo que es óbice para la preservación efectiva de los recursos naturales.
- El desarrollo y la utilización sostenible de los recursos es un mandato de aplicabilidad inmediata en el ejercicio del derecho de propiedad; por tanto limita la plena conservación o preservación de los recursos y habilita la realización de todo proyecto siempre que de cumplimiento a un mínimo de normas ambientales o de *medidas conformadoras*[19].
- Desaparece la mención a la utilización racional –en beneficio común e intergeneracional– de los recursos no renovables.

De modo que el Convenio es funcional a los intereses de crecimiento económico, de desarrollo y ampliación del capitalismo; a lo cual, tal como nos advierte Franz J Broswimmer, es preciso advertir: *Según muestra la historia del siglo XX, la expansión y el crecimiento económico elevan, simplemente, los riesgos ecocidas*".[20]

En efecto, vemos que el principio de desarrollo sostenible no predica *per se* un límite real, exigible y claro a la libertad de empresa o al derecho de propiedad y la posibilidad de valorar económicamente los bienes comunes de interés colectivo, en especial los ambientales; esto resulta no solo peligroso para la permanencia de otras formas de vida, sino también para la supervivencia de nuestra especie.

A este respecto menciona Serge Latouche:

> *La impostura del desarrollo sostenible como intento de conjurar el espectro del decrecimiento procede ante todo de lo que encontramos bajo <los vestidos nuevos*

19. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta. 3ª edición 1999, p.p. 35 y 36: "No es sólo que la ley intervenga para orientar, esto es –como suele decirse– para enderezar la libertad individual a fines colectivos (como en el caso de la propiedad y la iniciativa económica), autorizando a la administración a poner en marcha medidas "conformadoras" de la autonomía privada. Es que además en determinados sectores particularmente relevantes por la connotación "social" del Estado contemporáneo, se niega el principio de la libertad general salvo disposición legislativa en contrario. En su lugar se establecen prohibiciones generales como presupuesto de normas o medidas particulares que eventualmente las remuevan en situaciones específicas y a menudo tras el pago de sumas en concepto de títulos diversos. Piénsese en las actividades relacionadas con la utilización de bienes escasos de interés colectivo, y por ello particularmente "preciosos" (el suelo, los bienes ambientales en general)".
20. Broswimmer Franz J. Ecocidio. *Breve historia de la extinción en masa de las especies*, Pamplona, Editorial Laetoli, 2005. P. 162.

> *del desarrollo>, el crecimiento en toda su desnudez. No volveremos a los debates escolásticos que oponen crecimiento y desarrollo, largamente abordados en nuestros trabajos precedentes, si no es para denunciar al desarrollo sostenible como tentativa embaucadora de salvar el crecimiento. Esto es así no porque el desarrollo sostenible sea un oxímoron sino porque es un pleonasmo".*[21]

De otra parte, podemos indicar que ambos convenios, tal como otros pactos y/o convenios internacionales –según son vistos por algunos países desarrollados– parecieran servir de instrumento de presión y/o de reclamación de los Estados periféricos por el no desarrollo de sus economías en relación con los Estados del norte; esto evidencia la precaria conciencia ambiental respecto a la necesidad real de proteger los bienes comunes y esenciales para la vida –establecer las bases y criterios para delimitar zonas intangibles y de recuperación–, modificar de forma progresiva y eficazmente los sistemas de producción que dependen del uso de combustibles especialmente fósiles, así como también respecto a la necesidad de permitir a los miembros de la especie humana vivir en verdaderas condiciones de dignidad.

En efecto, no se reflejan adecuadamente dichos propósitos dado que no se imponen límites reales al ejercicio de los derechos estatales e individuales, como tampoco se menciona la urgente necesidad de establecer economías sustentables y solidarias que permitan acordar una mejor producción y distribución global de aquellos bienes cuyo disfrute no incluye a grandes sectores de la población mundial, sin que implique naturalmente agotar aun más bienes comunes –especialmente los no renovables– en un intercambio lesivo a todos ambientalmente, competitivo en términos del lucro y lejano aún de la idea de cooperación económica entre los pueblos y naciones.

Es necesario, por tanto, fortalecer las economías nacionales y estimular los intercambios regionales interestatales, con miras a evitar el despilfarro de dichos recursos no renovables que hoy se emplean para dinamizar el comercio de bienes elaborados, así como para la producción que satisface el nivel de consumo de las sociedades desarrolladas, con graves consecuencias ambientales a nivel planetario; todo en el contexto económico neoliberal que rige la globalización y que solo rinde beneficios monetarios.

Es necesario e impostergable un verdadero convenio socioeconómico y ambiental que obligue a la identificación y protección efectiva de las zonas estratégicas para la conservación de la vida en todas sus manifestaciones, así como también a

21. Latouche, Serge. *La apuesta por el decrecimiento. ¿Cómo salir del imaginario dominante?*, Barcelona, Icaria editorial, 2008, p. 103.

la restauración de aquellas intervenidas y la tecnificación con miras a la productividad, de forma solidaria, de aquellas subutilizadas, con objeto de proveer bienes y servicios básicos para el desarrollo de la vida en condiciones de dignidad, de forma universal a la humanidad, dentro de criterios de sustentabilidad.

Así mismo, se debe dar sentido a la *función social y ecológica de la propiedad,* de forma que puedan fijarse los límites específicos a la acumulación de capital individual y a la iniciativa empresarial, podría lograr el ejercicio en términos de solidaridad de dicho derecho, de forma tal que posibilite la redistribución y la reinversión de los excedentes de la riqueza o su acumulación inoficiosa –incluso establecer un concepto de riqueza máxima permitida–, con propósitos sociales y para la protección de los bienes comunes de la humanidad y necesarios para su subsistencia, en especial la naturaleza.

Podemos observar que si bien en los pactos internacionales, que consagran los derechos civiles y políticos, así como los sociales, económicos y culturales, se reconoce la "titularidad" de los pueblos sobre sus recursos naturales, en el Convenio de la Diversidad se les da a los Estados, pero también se reconoce en este último el "interés de la humanidad" sobre los mismos; por esto considero que debe plantearse la titularidad bajo un nuevo sentido que comprenda derechos y deberes de la humanidad presente y futura, bajo la administración de los Estados, que a su vez posibilite la gestión local y la vigilancia internacional de naturaleza mixta; es decir que involucre actores públicos y privados, incluyendo en ellos organismos internacionales como la Unesco.

A este respecto, David Sánchez Rubio construye la tesis de patrimonio local de la humanidad, con base en el incontrovertible hecho de que la mayor parte de la megadiversidad está ubicada en territorios indígenas o bajo formas colectivas de propiedad; la anterior propuesta permite la gestión local con responsabilidad universal[22].

Podemos afirmar que solo compartimos la titularidad de derechos de aprovechamiento sobre los recursos naturales y bienes comunes en la medida que no afectemos los ciclos reproductivos o de regeneración que permitan cumplir con el deber de conservación que hoy más que nunca precisamos imponernos, en aras de garantizar la continuidad de la vida.

Otra opción, en relación con los bienes comunes –sin perjuicio de la necesidad de expedir normas regulatorias respecto al ejercicio de la propiedad función social

22. David Sanchez Rubio. *En torno a la reversión del Derecho y de los derechos humanos: mercado, biodiversidad, patrimonio común de la humanidad y especificidad indígena.* P.p. 15 a 17.

y ecológica que ya ha sido titulada–, sería reformular el derecho de propiedad adjudicable o de apropiación sobre bienes comunes como derecho de usufructo y en cuanto se relacione con la tierra, podría ser o no transmisible intergeneracionalmente siempre que cumpla su función social y ecológica, y predicar solo la propiedad en función social y ecológica respecto a los bienes ya obtenidos o transformados; a manera de ejemplo, el usufructo y cuidado de la tierra, los bosques y el agua, la propiedad sobre la cosecha, la vivienda, etc.

Segunda Parte

Protección de los Derechos Humanos y Medio Ambiente

Las referencias a los Derechos Humanos en el Acuerdo de París (COP21)

Laurent Trigeaud[1]

Sumario

Introducción. 1. El Acuerdo de París como una síntesis de relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente. 1.1. La consideración de las problemáticas medioambientales por parte del derecho internacional de los derechos humanos. 1.2. Las ambigüedades del derecho del medio ambiente respecto a los derechos humanos. 2. El Acuerdo de París sobre el clima o la relegación simbólica y jurídica del derecho internacional de los derechos humanos. 2.1. El conflicto de posiciones en el interior de la Conferencia de París. 2.2. Las consecuencias de la exclusión de los derechos humanos.

1. Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon Assas - París II. Profesor asociado de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Universidad Panthéon-Assas. Miembro del Centro de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Humanitario, así como del Instituto de Altos Estudios Internacionales y de la Sociedad Francesa de Derecho Internacional.

Resumen

Este trabajo aborda las referencias a los derechos humanos en el Acuerdo de París. Para ello analiza en primer lugar cómo es el relacionamiento y cuáles son los vínculos que existen entre los derechos humanos y el medio ambiente, haciendo énfasis en las problemáticas medioambientales que afectan el goce efectivo de los derechos humanos y en las ambigüedades presentes en el derecho ambiental a la hora de referirse a los derechos humanos. En segundo lugar, se explica cómo en el Acuerdo de París, desde las negociaciones y hasta el documento final, se presentó una tensión respecto a la inclusión de los derechos humanos. Tensión que cedería por la relegación de los derechos humanos en el texto final.

Palabras clave: Derechos humanos, medio ambiente, cambio climático, Derecho del medio ambiente, Acuerdo de París COP21.

Abstract

The paper addresses the references to human rights in the Paris Agreement. In order to do so first it analyzes how the relationship is and what are the links between human rights and the environment, with an emphasis on the environmental problems that affect the full enjoyment of human rights and on the ambiguities that exist in environmental law when referring to human rights law. Secondly, the paper presents how in the Paris Agreement, from the negotiations to the final document, there arose a tension regarding the inclusion of human rights. Tension that would give way due to the relegation of human rights in the final text.

Key words: Human rights, environment, climate change, environmental law, agreement Paris COP21

Introducción

Las consecuencias en términos humanos de los desajustes climáticos, y más generalmente de los problemas medioambientales, son bien conocidas desde hace varias décadas. Ellas afectan tanto a individuos como a pueblos, y constituyen la razón de ser del derecho internacional del medio ambiente en cuanto a la prevención de tales situaciones. El Acuerdo de París sobre el clima, adoptado el 12 de diciembre de 2015 en el marco de la Conferencia de los Estados Parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (21ª Conferencia o "COP 21"), tenía por ambición convertirse en el punto de referencia hacia una nueva era, en la cual los Estados y la sociedad civil trabajarían juntos para que fueran tomadas medidas globales de envergadura. El desafío era la preservación del medio ambiente, teniendo en cuenta que en el futuro las alteraciones a este no cesarían de provocar prejuicios importantes para las poblaciones, especialmente para aquellas de países en vía de desarrollo.

El Acuerdo de París privilegia y concede especial importancia a las condiciones de desarrollo de los Estados. El preámbulo afirma desde sus primeros parágrafos que las Partes reconocen "(…) las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, sobre todo de las que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, como se señala en la Convención [-Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático]". Tal vez puede que el objeto fundamental del Acuerdo no sea la reducción de los gases contaminantes, sino la definición de los medios técnicos idóneos para alcanzar ese objetivo sin comprometer el desarrollo de Estados con economías frágiles o precarias. Dicho de otra manera, las relaciones de fuerzas diplomáticas durante la Conferencia fueron sobretodo industriales, cuando no puramente financieras, como se observa en los debates sobre el financiamiento del Fondo verde para el clima.

Esta lógica es en sí misma favorable a la cuestión de los derechos humanos. En primer lugar, el derecho al desarrollo se encuentra íntimamente ligado a la protección internacional de los derechos humanos; en segundo lugar, el desarrollo económico y social de los Estados garantiza los derechos económicos y sociales de las personas –en ocasiones también ciertos derechos civiles, especialmente la vida–. Además, progresivamente el derecho al desarrollo se enriquece de las exigencias

medioambientales[2]; por ejemplo, los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo[3], donde el #7 concierne la energía y el #13 el cambio climático. La expresión "derecho del desarrollo sostenible", utilizada comúnmente en lugar de "derecho del medio ambiente", muestra ese vínculo estrecho entre la problemática medioambiental y la problemática de desarrollo de los Estados, con un punto de vista de protección de los derechos humanos (derecho a la alimentación, derecho al agua, derecho a vivir en un ambiente sano). Esos vínculos entre desarrollo, medio ambiente, cambios climáticos y derechos humanos[4] son particularmente resaltados por la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, presente en la Resolución 70/1 de la Asamblea general de las Naciones Unidas, que afirma claramente:

> *Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y las 169 metas que anunciamos hoy demuestran la magnitud de esta ambiciosa nueva Agenda universal. Con ellos se pretende retomar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y conseguir lo que éstos no lograron. También se pretende hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas. Los Objetivos y las metas son de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.*

Sobre todo, la Agenda insiste en que los objetivos son "(…) de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible". Derechos humanos, lucha contra el calentamiento climático y promoción del desarrollo sostenible de los Estados, son elementos solidarios y uno no puede encontrarse en oposición con los otros.

Evocar el desarrollo de los Estados parte y de manera más específica el desarrollo sostenible[5] implica *ipso facto* la cuestión de los derechos humanos, desde

2. Este no sería aún el caso respecto a la Declaración sobre el derecho al desarrollo (Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 41/128, 4 de diciembre de 1986).
3. Estos Objetivos mundiales reemplazan a los Objetivos del milenio (adoptados en el 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas), que ya mencionaban el objetivo de preservar el medio ambiente como una cuestión de "desarrollo sostenible".
4. Respecto a la interacción entre medio ambiente, economía y derechos humanos, ver D. McGoldrick, "Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception", ICLQ, 1996, pp. 796 y s.
5. Ver el preámbulo del Acuerdo: "Poniendo de relieve la relación intrínseca que existe entre las medidas, las respuestas y las repercusiones generadas por el cambio climático y el acceso equitativo al desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza". Ver también entre las disposiciones del Acuerdo relativas al desarrollo sostenible el artículo 2: "El presente Acuerdo, al mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo, tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza (…)"

el mismo momento en que el derecho al desarrollo sostenible reenvía el mismo a esa cuestión. Pero ¿podía el Acuerdo de París ir un poco más lejos y referirse expresamente a derechos humanos individuales? La sola referencia explícita a los derechos humanos se encuentra en el preámbulo:

> Reconociendo *que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional (…)*

Por lo demás, las disposiciones se refieren a las problemáticas generales de desarrollo, sin que la cuestión de los derechos humanos sea abordada de fondo; por ejemplo, el artículo 4.15: "Al aplicar el presente Acuerdo, las Partes deberán tomar en consideración las preocupaciones de aquellas Partes cuyas economías se vean más afectadas por las repercusiones de las medidas de respuesta, particularmente de las que sean países en desarrollo". No es que los derechos humanos hayan sido olvidados; ellos se encuentran relegados al preámbulo del Acuerdo, para que no condicionen las medidas nacionales que en materia ambiental sean tomadas en virtud del mismo. Sin embargo, el Acuerdo de París de 2015 no hace sino re-transcribir las relaciones inciertas entre derecho del medio ambiente y derecho internacional de los derechos humanos (I), incertidumbre esta que se manifiesta en la Conferencia de París de diciembre de 2015 (II).

1. El Acuerdo de París como una síntesis de relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente

La forma por medio de la cual el Acuerdo de París de 2015 evoca los derechos humanos es sintomática de los vínculos ambivalentes que existen entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente. No es que ellos se excluyan mutuamente, al contrario: desde hace varias

décadas las dos áreas interactúan mutuamente[6]. Sin embargo, esta relación no se fundamenta sobre un equilibrio que garantice una verdadera interacción. Si el derecho internacional de los derechos humanos se muestra atento a la cuestión del medio ambiente, el derecho internacional del medio ambiente marca una cierta distancia *vis-à-vis* con los derechos humanos[7].

1.1 La consideración de las problemáticas medioambientales por parte del derecho internacional de los derechos humanos

1) El derecho del medio ambiente es objeto de constante atención por parte del derecho internacional de los derechos humanos[8] que ven en aquel una esfera de aplicación para los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el derecho a la salud (incluyendo el derecho a un ambiente sano). Los derechos civiles ligados a la personalidad también son considerados en esta atención; aquí resaltan especialmente el derecho a la vida y la libertad de circulación, afectada por el fenómeno migratorio que se ha agravado en los últimos años.

Igualmente, los derechos humanos se interesan en el medio ambiente en tanto que los fenómenos climáticos se constituyen en factores de desestabilización regional y nacional que amenazan la perennidad del Estado y de las estructuras sociales fundamentales.

Sin embargo, haría falta que esta unión entre medio ambiente y derechos humanos sea formalmente reconocida, y que el vínculo de causalidad entre cambio climático y violación a los derechos humanos sea establecido. El Consejo de Derechos Humanos ha sido particularmente activo en este sentido. La asociación entre derechos humanos y derecho del medio ambiente ya había sido tenida en cuenta por la Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1999/23 del 26 abril 1999 *(Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos*

6. Sobre estas problemáticas ver Chr. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 147 y s.
7. La constatación vale igualmente para los ordenamientos jurídicos internos, ver, para Francia, Gros, "L'environnement contre les droits de l'homme ?", *Revue du droit public,* 2004, pp. 1583-1592.
8. Ver, entre una vasta literatura, A. Boyle et M. Anderson (eds.), *Human Rights Approches to Environmental Protection*, Oxford, Oxford University Press, 1996 ; Chr. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l'Homme, op. cit.* ; O. Quirico et M. Boumghar (dir.), *Climate Change and Human Rights. An international and comparative law perspective*, Oxon/New-York, Routledge, 2016.

y desechos tóxicos y peligrosos), que evoca expresamente los derechos humanos a la vida, la salud, ambiente sano; luego, bajo la era del Consejo, en la Resolución 7/23 del 28 marzo 2008 *(Los derechos humanos y el cambio climático)*, se afirma que "el cambio climático crea una amenaza inmediata y de gran alcance para la población y las comunidades de todo el mundo y tiene repercusiones sobre el pleno disfrute de los derechos humanos"[9]. Posteriormente, la resolución 10/4 (25 marzo 2009, Los derechos humanos y el cambio climático) resaltó que *las obligaciones y los compromisos en materia de derechos humanos pueden guiar y reforzar la formulación de políticas internacionales y nacionales en la esfera del cambio climático y fomentar su coherencia y legitimidad y la durabilidad de sus resultados,* al momento de presentar su reporte al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los vínculos entre cambios climáticos y derechos humanos (2009)[10]. En consecuencia, el Consejo organizó en marzo 2012 la nominación de un experto independiente (2015) sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible[11].

2) Por otra parte, los derechos humanos proclamados en el contexto de la protección del medio ambiente no aparecen como derechos absolutamente nuevos. Se trata más bien de derechos prexistentes que son especialmente adaptados a la temática medioambiental. Aquí las problemáticas climáticas y medioambientales son analizadas como situaciones en las cuales se aplican los derechos humanos de naturaleza civil, política, económica, social y cultural. Como tal, el derecho a la salud es la base sistemática de los derechos medio ambientales, tales como el derecho a vivir en un ambiente sano, el derecho a la alimentación, etc. De manera clásica, los derechos medio ambientales se pueden descomponer en derechos materiales y derechos procedimentales por ejemplo, los derechos relativos a la participación pública en las decisiones administrativas que tengan un impacto ecológico[12].

Hay que señalar que son pocos los instrumentos convencionales que abordan claramente el tema de los derechos medioambientales. Podemos identificar la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos, que en su artículo 24 afirma el "derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo[…]", y el

9. La resolución tendrá cuidado en "reafirm[ar] la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración y Programa de Acción de Viena […]"
10. UN Doc. A/HRC/10/61 (enero de 2009).
11. Resolución 28/11 (*Los derechos humanos y el medio ambiente*), 24 de marzo de 2015.
12. Sobre la identificación de los derechos medio ambientales, ver spé. J. Knox, "Climate Change and Human Rights Law", *Virginia Journal of International Law,* 2009, pp. 168 y s. ; D. Shelton, "Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized", *Denver Journal of International Law and Policies,* 2007, pp. 132 y s.

Protocolo de San Salvador (1988) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce en su artículo 11 el "derecho a vivir en un medio ambiente sano […]"; además 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

La identificación de los derechos medioambientales es el fruto del trabajo de exégesis realizado por los órganos de protección de derechos humanos sobre las convenciones internacionales. En el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, el derecho a vivir en un ambiente sano es protegido por la Corte Europea dentro del contexto del artículo 2 relativo al derecho a la vida, pero también y, sobre todo, bajo el espectro del artículo 8 relativo a la vida privada y familiar, los daños al medio ambiente comportan la responsabilidad del Estado aunque no tengan consecuencias sobre la salud de las personas[13]. La Corte, en ausencia de disposiciones formalmente consagradas sobre el derecho a vivir en un ambiente sano, actúa sobre la base de las disposiciones ordinarias de la Convención. Por esto, el proyecto de Protocolo a la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el derecho al ambiente sano[14] debe ser resaltado en razón de su carácter innovador, puesto que su objeto va dirigido especialmente a la relación entre derechos humanos y medio ambiente. Sin embargo, el proyecto fue condenado tanto por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que consideró inoportuno adoptar un instrumento sobre un tema suficientemente protegido por la jurisprudencia de la Corte[15], como por el Comité Director de Derechos Humanos, quien sostendría la misma opinión[16]. Principalmente, los Estados temen normas demasiado estrictas, prefieren proponerse "objetivos" a cumplir, tal como lo hicieron en el 2000 con los Objetivos de Desarrollo del Mileno (Naciones Unidas, Cumbre del Milenio, 6-8 de septiembre de 2000). El objetivo (#7) consistía justamente en "garantizar la sostenibilidad del medio ambiente"; esto implicaba, entre otras cosas: "Reducir a la mitad, para 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básí-

13. Ver en particular los casos *Powell y Rayner c. Reino Unido,* 21 de febrero de 1990, § 40, y especialmente *Lopez Ostra c. España*, 9 de diciembre de 1994, § 51, donde la Corte declara que "graves ataques sobre el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del derecho a la tranquilidad del domicilio, de manera que su vida privada y familiar pueden verse perjudiciadas sin que se ponga en grave peligro su salud".
14. Recomendaciones 1883 (2009) y 1885 (2009) de la Asamblea parlamentaria sobre la elaboración de un protocolo adicional a la Convención europea de derechos humanos relativo al derecho al ambiente sano.
15. CM/AS (2009) Rec 1862 final.
16. Opinión del CDDH: 69e reunión 24-27 noviembre 2009, doc. CDDH(2009)019. El Comité director prefiere que su *Manual on Human Rights and the environment – Principles derived from the European Convention on Human Rights* (Council of Europe, 2006, 2012) sea actualizado.

cos de saneamiento" y "Haber mejorado considerablemente, en 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales". La perspectiva era más la de un derecho programático que de un derecho propiamente obligatorio, de acuerdo con la distinción que sirve habitualmente para diferenciar derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales.

1.2 Las ambigüedades del derecho del medio ambiente respecto a los derechos humanos

Desde que el derecho del medio ambiente tomó impulso, hizo una referencia a los derechos humanos. La Declaración final de la Conferencia de Estocolmo 1972 desde su Principio I afirma que "El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar"; el hombre fue investido con una "obligación solemne", la de "proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras". Se observa que el hombre es el punto central alrededor del cual se organiza la protección del medio ambiente. Dicho en otros términos, el medio ambiente debe ser protegido para que la perpetuidad de los derechos humanos sea asegurada.

Esta perspectiva, que hace depender los temas medio ambientales de las cuestiones de derechos humanos, genera dudas. Ya la Carta Mundial de la Naturaleza (Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de octubre de 1982) mostraba el objetivo fundamental de la protección de la naturaleza, pero en una lógica más objetiva, dado que el discurso no se dirige hacia ningún derecho humano. Contraria a la Declaración de Estocolmo, el artículo 1 de la Carta de 1982 no comienza enunciando derechos, sino recordando que "se respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales". Siguiendo esta línea, la Declaración de Río (1992) no pronuncia las palabras "derechos humanos". Solamente dice que "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". El Estado es el mediador, al punto que él mismo recibiría el beneficio del "derecho al desarrollo" (Principio III). La perspectiva es bastante general; por ejemplo, el Principio V que establece un vínculo objetivo –es decir, carente de todo derecho subjetivo– entre la pobreza y el desarrollo sostenible:

> *Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.*

Abordando la cuestión de la demografía (Principio VIII), del derecho a la ciudadanía (Principio X), del derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos (Principio XXII), o incluso del derecho a la autodeterminación de los pueblos (Principio XXIII), la Declaración de Río se mueve en una esfera muy general, o colectivista, sin tocar de fondo los derechos individuales.

En esta línea es sintomático que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) se mantuvo en silencio respecto a los derechos humanos. Los desarrollos vendrían más adelante[17], durante las Conferencias de los Estados parte (COP), y especialmente la de Cancún (2010): "las Partes, en todas las actividades relacionadas con el cambio climático, deberían respetar plenamente los derechos humanos"[18]. Resaltamos la utilización del condicional: "Las partes (…) *deberían*". El tono es relativista, como si los Estados parte, para no eludir completamente la problemática, quisieran claramente permanecer bajo una óptica de *soft law* con el fin de evitar obligaciones.

En adelante, las decisiones preparatorias a la COP21 no aportaron elementos que pudieran indicar que los derechos humanos serían uno de los parámetros fundamentales del Acuerdo de París.

2. El Acuerdo de París sobre el clima o la relegación simbólica y jurídica del derecho internacional de los derechos humanos

Más allá del debate entre la relación de los derechos humanos y el derecho del medio ambiente, hay que señalar que en las negociaciones del Acuerdo de París se dio un choque de dos tendencias (A). De un lado, un movimiento importante se formó en pro de una integración clara y sin ambigüedades de los derechos humanos en el seno del Acuerdo. Sin embargo, una fuerte resistencia, proveniente de la mayoría de los Estados, se mostró hostil a la superposición de obligaciones en materia de

17. Para un estudio más detallado de la relevancia de los derechos humanos en las negociaciones climáticas hasta el 2010, ver L. Rajamani, «The Increasing Currency and Relevance of Rights-Based Perspectives in the International Negociations on Climate Change», *Journal of Environmental Law*, 2010, pp. 391-429.
18. Decisión de la CCNUCC 1/CP.16 (Diciembre de 2010), § 8. La Decisión toma nota de la Resolución 10/4 del Consejo de derechos humanos.

derechos humanos respecto a las relacionadas con la reducción de emisiones de gases contaminantes, ya consideradas riesgosas para el desarrollo económico de los Estados. En razón de esta tensión, los derechos humanos solo fueron evocados en el preámbulo del Acuerdo para que no condicionaran de forma estricta a las Partes en la adopción de las medidas medio ambientales (B).

2.1. El conflicto de posiciones en el interior de la Conferencia de París

1) Numerosas ONG militaban por la integración de los derechos humanos en el Acuerdo de París. Mientras se celebraban las reuniones preparatorias de la Conferencia de Bourget se podía palpar cierta inquietud. Respecto a la Conferencia de Varsovia (2013), la Conferencia de las ONG del Consejo de Europa se había sorprendido por la ausencia de referencias a los derechos humanos, puesto que los trabajos preparatorios indicaban que serían tomados en consideración. Seguramente las ONG presintieron que los Estados parte se encontrarían divididos al respecto. La declaración del 5 de noviembre de 2013 solicitaba que "los derechos humanos [en particular el derecho a la vida, dignidad y circulación] se integraran al Tratado que sería adoptado en París en 2015 y que el derecho a un ambiente sano fuese oficialmente reconocido como un derecho humano fundamental"[19].

Esta posición no era exclusiva de las ONG. Había algunos Estados y organizaciones internacionales participantes en la COP21 preocupados por encontrar un equilibrio en el Acuerdo entre las consideraciones puramente ambientales y el respeto por los derechos humanos[20]. Francia, por ejemplo, presionada por sus propias instituciones[21], participó activamente en el movimiento colectivo de apoyo reunido alrededor del *Compromiso de Ginebra para los Derechos Humanos en la Acción Climática*, suscrito el 27 de noviembre de 2015 por 18 países, a iniciativa de Costa Rica. En esta declaración, los signatarios manifiestan que "al adoptar me-

19. Texto original: "to integrate the human rights into the treaty to be adopted in Paris in 2015 and to officially recognize the right to a healthy environment as a fundamental human right".
20. En la Unión Europea fue el Parlamento Europeo el que defendía el lugar de los derechos humanos dentro del Acuerdo de París. Ver la resolución del Parlamento Europeo del 26 noviembre 2015 respecto a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre cambio climático 2014 – COP20 – en Lima, Perú (1-12 de diciembre de 2014), 2015/2777(RSP).
21. Ver, por ejemplo, la Comisión Nacional Consultativa de los Derechos Humanos: opinión sobre el desarrollo, el medio ambiente y los derechos humanos 16 abril 2015 (avis sur le développement, l'environnement et les droits de l'homme); y la declaración del 10 de diciembre de 2015. (http://www.cncdh.fr/sites/default/files/communique_cncdh_cop_21_151210_a5.pdf).

didas para hacer frente al cambio climático, deberían respetar, promover y tomar en consideración sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos". Los Estados firmantes, ampliados finalmente a 30, se organizaron en grupo y se reunieron tanto en la COP21 como posteriormente (por ejemplo, en marzo de 2016). De esta manera ellos podían expresarse colectivamente, especialmente frente al Consejo de Derechos Humanos, por ejemplo, durante la sesión del 2 de marzo de 2017 sobre el tema cambios climáticos y derechos del niño.

Sin embargo, en el transcurso de la Conferencia, estos Estados no se organizaron de forma muy visible. El discurso de apertura de la Conferencia realizado por el ministro francés, Laurent Fabius, no dedicó ni una sola palabra a la cuestión de los derechos humanos[22], mientras que el Gobierno se había comprometido a no olvidar los derechos humanos[23]. Solo el Grupo de Estados Vulnerables se reivindicó ante los procedimientos especiales de las Naciones Unidas para reafirmar el vínculo entre derechos humanos y cambios climáticos[24].

2) Oposiciones estatales se manifestaron frente a la inclusión de referencias a los derechos humanos en el Acuerdo[25] sorprendiendo que Noruega se ubicara en esa lógica negativa, al lado de los Estados Unidos y Arabia Saudita[26]. Las tres partes no se oponían a que los derechos humanos como tal fueran mencionados en el Acuerdo. Su reserva se enfocaba en su inclusión en el texto del Acuerdo, y particularmente en el artículo 2 relativo a los objetivos del tratado. Algunos afirmaban que los derechos humanos se debilitarían si se les mezclaba con el derecho del medio ambiente (Estados Unidos). El respeto por los derechos humanos parecía peligrar, en cuanto podía implicar una condición de solidaridad ambiental internacional: los Estados cuyas medidas ambientales no respetaran los derechos humanos no serían más admitidos como beneficiarios de créditos, por ejemplo, y más generalmente de la cooperación de otros Estados. Otros Estados, como Suiza, invocaban el carácter netamente económico del Acuerdo, lo cual hacía inoportuna cualquier referencia a la protección de los derechos humanos.

22. Discurso de apertura, 30 de noviembre de 2015 (http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/climat/paris-2015-cop21/actualites-et-evenements-lies-a-paris-climat-2015/article/paris-2015-cop-21-discours-d-ouverture-de-laurent-fabius-30-11-15).
23. Ver la intervención del representante permanente adjunto de Francia ante el Consejo de derechos humanos durante la jornada del 6 de marzo de 2015 sobre derechos humanos y cambio climático <http://www.franceonugeneve.org/CDH28-Droits-de-l-Homme-et>.
24. Declaración del 8 diciembre de 2015, < http://www.climat.be/fr-be/news/2016/droits-de-lhomme-et-legalite-des-genres/>.
25. G. Cosentino, "Human rights come under fire at COP21 climate agreement talks", *The Hill Times,* 10 diciembre de 2015.
26. La Tribune de Genève, "COP21: la mention 'droits de l'homme' absente", 11 diciembre de 2015.

Noruega se defendía y afirmaba, en una declaración caracterizada por su ambigüedad[27], su compromiso para que el Acuerdo de París tomará en cuenta los derechos humanos.

Las presiones lograron derrotar el proyecto de artículo 2 que ya había sido negociado en Ginebra, referente a los objetivos del Acuerdo. En los términos del proyecto de artículo 2, tal como figuraba a pocos días del fin de la Conferencia, se convenía que *This Agreement will be implemented on the basis of equity and in accordance with the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances and on the basis of respect for human rights*. La cláusula había sido mantenida en los proyectos de acuerdo presentados por el Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada, el 6 de noviembre 2015[28], y durante la Conferencia, el día 3, 4 y 9 de diciembre de 2015[29]. Pero no figuró en la versión del 10 de diciembre de 2015[30], un día antes del final de la Conferencia.

Así las cosas, la inquietud de muchos de los participantes estaba fundada, en particular porque el riesgo de exclusión de los derechos humanos se estaba sintiendo. Ninguna o muy poca referencia a los derechos humanos se había hecho en el Llamado de Lima (14 de diciembre de 2014) o en el de Manila (26 de febrero de 2015). El Llamado de Lima se limitaba a desear que todas las acciones medioambientales respetaran los derechos humanos[31]. El Llamado de Manila evocaba el principio de "solidaridad" en materia de lucha contra el calentamiento global, pero su propósito no coincidía necesariamente con los derechos humanos.

La versión inicial del parágrafo 2 del artículo 2 fue transformada en el sentido de borrar toda referencia a los derechos humanos, a pesar de las protestas de ciertos Estados participantes, como México, Costa Rica, Chile, Filipinas y los Estados de las islas del Pacífico. Tampoco tuvieron ninguna consecuencia sobre la posición mayoritaria de los Estados participantes las declaraciones del relator especial so-

27. Human Right Watch denunció el carácter general de la declaración noruega, que apoyaba el lugar para los derechos humanos en el debate climático y dentro del Acuerdo de París, pero no precisaba si el artículo 2 debía mencionarlos de forma expresa. (<https://www.hrw.org/fr/news/2015/12/07/conference-sur-le-climat-les-droits-humains-mis-mal-dans-le-projet-daccord>). La declaración noruega del 7 diciembre de 2015 está disponible en el link <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/cop21-indigenous-peoples-human-rights-and-climat-changes/id2466047/> (consultado el 15 marzo de 2017).
28. *Edited draft agreement and draft decision on workstreams 1 and 2 of the Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action*. Disponible sur le site: http://unfccc.int/meetings/paris_nov_2015/items/9340.php.
29. http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/da01.pdf.
30. http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/da02.pdf.
31. Décision 1/CP.20 (FCCC/CP/2014/10/Add.1).

bre los derechos humanos y el medio ambiente, Jhon Knox[32], y las de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz[33].

2.2 Las consecuencias de la exclusión de los derechos humanos

1) Relegados al preámbulo, los derechos humanos no fueron completamente excluidos. En el derecho de los tratados, la función del preámbulo es bien conocida. Este sirve a la interpretación de las cláusulas del tratado, aportando elementos reveladores en cuanto a su objeto y a su fin[34], lo que le confiere cierta influencia sobre las condiciones de ejecución del tratado. Este rol no debe ser sobreestimado, puesto que el intérprete bien sabe que los redactores del Acuerdo expresamente rechazaron la inclusión de los derechos humanos en el articulado; su mención en el preámbulo es una vía de salida, planteada de forma condicional ("[…]las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos[…]"). La interpretación del Acuerdo de París no puede ser forzada y nada autoriza a decir que las partes tienen que asegurar la compatibilidad entre las medidas medioambientales tomadas en virtud del Acuerdo y los derechos humanos. De todas maneras, la mención de estos derechos humanos en el preámbulo no permite oponerse a las medidas de cumplimiento de estos derechos o de ignorarlos sistemáticamente a la hora de adoptar medidas de protección medio ambiental.

2) Es cierto que la integración de los derechos humanos dentro del dispositivo mismo del Acuerdo, en particular dentro del artículo 2, hubiera tenido consecuencias más importantes[35].

– Por una parte, en materia de implementación del Acuerdo, los esfuerzos de los Estados parte en materia de lucha contra el calentamiento global hubieran sido directamente sometidos al prisma de los derechos humanos. Las medidas

32. Ver su declaración del 3 diciembre 2015, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16836&LangID=E>.
33. Ver su declaración del 7 diciembre 2015, <http://www.indigenousclimate.org/index.php?option=-com_content&view=article&id=238%3Acop21-statement-of-the-un-special-rapporteur&catid=3%3Anews&lang=es>.
34. Article 31, § 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969).
35. Sobre la articulación entre derechos humanos y derecho internacional del medio ambiente, especialmente en las conferecnias internacionales, ver S. McInerney-Lankford, "Climate Change and Human Rights: An Introduction to Legal Issues", *Harvard Environment Law Review*, 2009, pp. 431 y s.

de "riposte" frente al calentamiento global, exigidas por el Acuerdo de París, hubieran sido evaluadas no solamente a partir de un criterio científico ambiental, incluso económico, sino también –y con la misma fuerza– a partir de un criterio de fondo que incluya el respeto por los derechos humanos. Se hubiera podido pensar, por ejemplo, en el reconocimiento por parte de los Estados parte de la noción de "refugiado climático"[36]. Al margen de los derechos "sustanciales", los "derechos-participación" (derecho al acceso a la información o el derecho a participar en las decisiones que tengan consecuencias ambientales[37]) hubieran tenido un fuerte impacto sobre los procedimientos de implementación del Acuerdo de París a nivel nacional. En otros términos, los Estados parte no hubieran tenido el dominio exclusivo de las medidas ambientales destinadas a luchar contra el calentamiento climático, ellos hubieran debido vincular a la sociedad civil en los procesos de decisión de las políticas públicas que tuvieran impacto ambiental.

– Por otra parte, en materia de sanción de la implementación del tratado, una integración de los derechos humanos en el cuerpo del Acuerdo de París hubiera tenido el interés de favorecer, reforzándola, la competencia de los órganos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas (Consejo de Derechos Humanos, Comités Convencionales, etc.)[38]. Su competencia en materia de derechos humanos ambientales se encuentra establecida gracias a la interpretación abierta que le han dado a las convenciones sobre protección de derechos fundamentales[39-]. Pero ellos habrían encontrado en el Acuerdo de París un punto de especial apoyo para abrir su campo de competencia a cuestiones climáticas, tomadas esta vez en su generalidad (calentamiento climático y sus consecuencias sobre los individuos y colectividades), y no en el dominio de los daños sectoriales al medio ambiente (polución local del medio ambiente). Los órganos de las Naciones Unidas hubieran tenido una base suficientemente clara para examinar el vínculo general entre calentamiento climático y derechos humanos, para evaluar las medidas ambientales tomadas por los Estados en el contexto de la lucha contra el cambio climático. Por la

36. Ver particularmente la *Initiative Nansen*, lanzada en 2012 por Noruega y Suiza, que defiende un enfoque integral de los derechos humanos en el derecho del medio ambiente. Ella coorganizó una reunión el 2 de diciembre de 2015 en Bourget, durante la Conferencia, sobre la cuestión de los migrantes.
37. En especial en beneficio de pueblos autóctonos.
38. J. Cameron et R. Mackenzie, «Access to Environmental Justice and Procedural Rights in International Institutions», in A. Boyle et M. Anderson (eds.), *Human Rights Approches to Environmental Protection*, *op. cit.*, pp. 129 y s.
39. Ver *supra* sobre el reconocimiento de los derechos ambientales por parte de los órganos de las Naciones Unidas.

vía del Examen periódico universal particularmente, el Consejo de Derechos Humanos se hubiera convertido en la instancia principal frente a la cual la inaplicación del Acuerdo COP21 hubiera podido ser discutida, por la vía precisa de las consecuencias del cambio climático –o más bien de las consecuencias de la omisión de los Estados parte en la lucha contra el cambio climático– sobre los derechos humanos. Seguramente por esto el Grupo de Estados Vulnerables evocaban a los procedimientos especiales de la ONU (Consejo de Derechos Humanos) durante la COP21.

3) ¿Se hubiera podido ir más lejos e imaginar una verificación contenciosa de la implementación de la implementación del Acuerdo de París? La idea que había sido defendida consistía en crear una jurisdicción internacional especializada en materia de derecho a la salud, no especializada en derecho del medio ambiente, que tratara la cuestión de los derechos humanos de forma accesoria, o especializada en derechos humanos tratando *inter alia* la cuestión del medio ambiente; pero bien especializada en derechos humanos relativos al medio ambiente. La idea se encontraba en la doctrina[40], pero también en el mismo Acuerdo COP21. El Grupo de Trabajo sobre la Plataforma de Durban propuso la creación de un tribunal internacional de justicia climática; el artículo 11 del proyecto estaba redactado en los siguientes términos:

> *An International Tribunal of Climate Justice is hereby established to address cases of non-compliance with the commitments of developed country Parties on mitigation, adaptation, provision of finance, technology development and transfer, capacity-building, and transparency of action and support, including through the development of an indicative list of consequences, taking into account the cause, type, degree and frequency of non-compliance.*

Este tribunal que no vio nunca la luz[41] habría podido evaluar judicialmente[42] las medidas nacionales de implementación del Acuerdo de París con base en criterios del derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto a los órganos ya existentes, no es seguro que los procedimientos de reclamación individual o colectiva estén adaptados a las cuestiones resaltadas por el Acuerdo de París. El problema no es tanto el acceso a estos órganos –judiciales (Cor-

40. Ver C. Le Bris, "Le projet de déclaration universelle des droits de l'humanité de 2015: implications et perspectives juridiques", *Revue des droits de l'homme* [www.revdh.revues.org], 2016, n° 10, § 25. Ver, de manera general, M. Torre-Schaub, "Quelques apports à l'étude de la notion de Justice environnementale", in Chr. Cournil et C. Colard-Fabregoule (dir.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l'Homme, op. cit.*, pp. 71 y s.
41. *Ibid.*

te Europea de los Derechos Humanos, etc.) o cuasijudiciales (Comité de Derechos Humanos, etc.)– como el carácter evasivo de las reclamaciones. Los denunciantes se presumen víctimas de los hechos atribuibles al Estado, y se establece un vínculo de causalidad claro y preciso con el daño causado. Los vínculos entre cambio climático y derechos humanos son claros, pero desde una perspectiva contenciosa aún falta para que la responsabilidad internacional del Estado sea establecida. Ahora bien, a menudo es imposible para los denunciantes aportar los elementos científicos suficientes para demostrar el vínculo entre el comportamiento del Estado y el cambio climático, para luego establecer el vínculo del cambio climático con el prejuicio invocado. La cuestión climática se relaciona más con el comportamiento colectivo de los Estados que con la política ambiental de un solo Estado. En diciembre de 2015, los representantes del pueblo Inuit (la *Inuit Circumpolar Conference*) acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objetivo de declarar que los Estados Unidos, por su política industrial poco respetuosa de los estándares ambientales internacionales (notablemente el Protocolo de Kyoto), había atentado contra sus derechos. Sin embargo, ante esta afirmación el desafío mayor consistió en ¿cómo probar que el comportamiento industrial de los Estados Unidos afectó el clima, al punto que el pueblo Inuit sufrió consecuencias perjudiciales sobre el goce de sus derechos individuales y colectivos? Por esta razón, el 16 de noviembre de 2016 sus reclamaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fueron rechazadas.

En todo caso, la referencia a los derechos humanos en el Acuerdo de París no tendrá las consecuencias esperadas en el plano contencioso[43] hasta el momento en que los derechos medio ambientales sigan solo siendo considerados afectados por la contaminación sectorial en un medio ambiente geográficamente determinado, y no por la contaminación del medio ambiente, considerada desde una perspectiva global[44].

4) El desafío jurídico no es únicamente internacional o limitado por la competencia de los órganos internacionales. Las jurisdicciones nacionales pueden ser consideradas como los primeros jueces del derecho internacional de los derechos

42. En el caso de los recursos individuales, la cuestión consiste en saber si estos recursos contenciosos son eficaces para la protección de los derechos medio ambientales en una perspectiva más colectiva (F. Francioni, "International Human Rights in an Environmental Horizon", *European Journal of International Law,* 2010, pp. 41-55.
43. Sobre el rol positivo de las jurisdicciones internacionales en materia de lucha contra los cambios climáticos, ver J. H. Knox, "Climate Change and Human Rights Law", *Virginia Journal of International Law*, 2009, pp. 163 y s.).
44. Respecto a las dificultades para encontrar una protección contenciosa de los derechos medio ambientales, ver el análisis de J.H. Knox, "Climate Change and Human Rights Law", *ibid*., pp. 210 y s.

humanos; las convenciones internacionales tienen por objeto la creación de derechos individuales, derechos que son invocables en los órdenes jurídicos internos; la regla del agotamiento de los recursos internos, que se encuentra en las jurisdicciones regionales (Corte Europea, Corte Interamericana, etc.), es la formalización práctica de este principio axiológico. Sin embargo, surge la cuestión de si se había debido tener en cuenta una aplicación directa del Acuerdo de París ante instancias nacionales como la jurisdicción francesa. Estas son reticentes a que los particulares puedan invocar en los procesos contenciosos, convenciones internacionales generales que conciernen esencialmente a las relaciones entre Estados: a ellas no se les reconoce un "efecto directo", es decir, como conceden de forma directa derechos y obligaciones a los individuos, el denunciante no está en condiciones de invocarlas ante un juez. Este fenómeno afecta particularmente a las convenciones sobre derechos humanos que obligan a las partes a tomar medidas generales de política pública (educación, salud, seguridad social, etc.); por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Respecto a este último, las autoridades francesas consideran que el Pacto obliga a los Estados entre ellos, pero no da derechos directos a los individuos[45]. De esta manera, incluso si el Acuerdo de París hubiera hecho mención expresa a los derechos humanos en su artículo 2, en caso de incumplimiento por parte de Francia de las obligaciones nacidas en el tratado, las jurisdicciones francesas probablemente no habrían considerado que en virtud del Acuerdo se le confieren a los particulares "derechos" medioambientales invocables de forma directa. Solo los Estados parte hubieran podido ser considerados como legitimados para actuar en materia de respeto de los derechos fundamentales indicados en el Acuerdo COP21.

*

El Acuerdo de París (2015) demuestra la dificultad que encuentran los derechos humanos para vincularse con los derechos medioambientales globales. O sería mejor indicar, para ser más exactos y más justos *vis-à-vis* los derechos humanos, que la dificultad se centra en ser aceptados por el derecho internacional relativo al cambio climático. Es preocupante constatar que los derechos humanos enfrentan aquí las mismas dificultades que en su relación con el derecho del comercio internacional: así como el derecho de la OMC siempre ha sido hostil a una coordinación con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional del

45. Ver nuestras observaciones en "La ratification par la France du Protocole facultatif au Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels: quelles conséquences sur l'invocabilité des dispositions du Pacte devant les juridictions françaises?", en E. Decaux et O. de Frouville (dir.), *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme,* Paris, Pedone, 2015, pp. 99-109.

medio ambiente global se ha mostrado desconfiado frente a un conjunto de reglas que se puedan considerar demasiado coercitivas para los Estados.

No había que esperar nada demasiado vanguardista en la COP21, ni siquiera en las siguientes conferencias. Las reuniones intergubernamentales posteriores a la COP21 no modificaron el estado de cosas, sobre todo teniendo en cuenta que su objetivo consistía en implementar el Acuerdo de París. Las cumbres de Marrakech (COP22) y Bonn (COP23) tenían pocas oportunidades para reorientar la perspectiva y objetivos del Acuerdo de París con el fin de buscar mejores garantías para los derechos humanos. Lo que no fue posible en la COP21, difícilmente podía imponerse en las futuras COP, teniendo en cuenta su carácter "técnico". La Conferencia de Bonn (COP) no abordó la cuestión de los derechos humanos, sino a través de la cuestión de "género", es decir, la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a las políticas ambientales.

En definitiva, la COP21 no ha cambiado el esquema habitual: los derechos ambientales son y continúan siendo preocupación latente de los órganos e instituciones especializadas en materia de derechos humanos.

Los derechos ambientales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Gonzalo Aguilar Cavallo[1]

Sumario

1. Introducción. 2. El medio ambiente en el derecho internacional y en los derechos humanos. 2.1. Comparación entre Derecho Internacional del Medio Ambiente y Derechos Humanos. 2.1.1. Diferencias. 2.1.2. Similitudes. 2.1.2. El medio ambiente en el derecho internacional y en los derechos humanos. 2.2.1. Derechos en el ámbito del derecho internacional del medio ambiente. 2.2.2. Las obligaciones en el derecho internacional del medio ambiente. 3. El medio ambiente y los derechos humanos a nivel regional. 3.1. El medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. 3.2. El medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. El medio ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 3.2.1. Tierras, territorios y recursos naturales indígenas. 3.2.2. Contaminación ambiental. 3.2.3. Acceso a la información ambiental y gobernanza ambiental. 3.2.4. Protección de defensores del medio ambiente. 4. Conclusiones

1. Abogado (Chile), doctor en Derecho (España), magíster en Relaciones Internacionales (España), máster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Posdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile).

Resumen

En este trabajo se pretende examinar la interrelación que existe entre el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos respecto del tratamiento del medio ambiente. Se aprecia que un desarrollo que puede haber comenzado por separado ha ido acercándose cada vez más de tal manera que hoy ambas disciplinas se unen y retroalimentan con el objetivo que es la protección del medio ambiente. La jurisprudencia que se analiza permite demostrar la retroalimentación entre estos ámbitos del derecho internacional.

Palabras clave: derecho a un medio ambiente sano; derecho internacional del medio ambiente, derecho internacional de los derechos humanos, jurisprudencia internacional, jurisprudencia de derechos humanos.

Abstract

This paper aims at examining the interrelationship between international environmental law and international human rights law while dealing with the environment. The development of the topic was first independent and in most cases separated. Aftermath both international environmental law and international human rights law were closely related in coping with the environment. Both areas interact and there is a mutual feedback in order to carry out the protection of the environment. The analyzed environmental case-law allows showing the current feedback between these two fields of international law.

Keywords: right to a healthy environment, international environmental law, international human rights law, international case-law, human rights case-law.

1. Introducción

Este trabajo tiene por objetivo mostrar los avances que se han realizado en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el ámbito, tan sensible como necesario, de los derechos ambientales. Cuando hablamos de los derechos ambientales en el contexto de los derechos humanos, nos estamos refiriendo a un aspecto sustancial y a un aspecto procedimental. Desde la perspectiva sustancial, cabe mencionar el derecho humano a un ambiente sano, adecuado y ecológicamente equilibrado. Desde el punto de vista procedimental, en necesario referirse al derecho de acceso a la información ambiental, al derecho a la participación en la toma de decisiones ambientales y al derecho al acceso a la justicia ambiental.[2]

El método que se ha preferido usar principalmente en este estudio es el examen de casos y la elaboración, en la medida de lo posible, a partir de dicho examen, de principios o reglas de carácter general.

Este artículo se divide en dos grandes partes. La primera gran parte analiza el tratamiento y el desarrollo del medio ambiente, tanto desde la perspectiva del derecho internacional como de los derechos humanos. La segunda parte aborda el medio ambiente desde la perspectiva de los derechos humanos en el contexto de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

2. El medio ambiente en el derecho internacional y en los derechos humanos

Hace un siglo, el medio ambiente se encontraba lejos de ser una preocupación central tanto en el ámbito del derecho internacional como en el derecho constitucional. Sin embargo, el derecho público tiene por característica ser un derecho que

2. Sand, Peter H.: "The Right to Know: Freedom of Environmental Information in Comparative and International Law", in *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol. 20, 2011-2012, pp. 203-232.

se adecúa y evoluciona permanentemente para adaptarse a las necesidades sociales. En este sentido, Politis, refiriéndose a este fenómeno, señala que

> *"es una simple manifestación del carácter esencialmente relativo y evolutivo que pertenece a todas las áreas del derecho. El derecho, en efecto, no es más que la imagen de la vida. Él sufre los incesantes cambios. Él está, como la vida, en vías de transformación permanente. Su formulación no representa más que un estado social pasajero. Esta formulación envejece muy rápido. Cuando esta formulación está demasiado en desacuerdo con la realidad de los hechos, es reemplazada por una formulación nueva.*[3]

2.1 Comparación entre Derecho Internacional del Medio Ambiente y Derechos Humanos

El medio ambiente y su protección es abordado tanto por el derecho internacional del medio ambiente como por el derecho internacional de los derechos humanos. El tratamiento que recibe en una y otra área del derecho internacional presenta diferencias y similitudes.

2.1.1 Diferencias

Entre el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos hay un enfoque y lenguajes diferentes.[4]

Los derechos humanos tienen un enfoque antropocéntrico, mientras el derecho ambiental oscila entre el enfoque antropocéntrico y el biocéntrico. De acuerdo con este último enfoque, la naturaleza adquiere un valor en sí misma. En este contexto,

> *[e]l derecho al medio ambiente suele identificarse con el medio ambiente sano e implica la utilización sostenible, moderada y con enfoque de protección y conservación, de todos los elementos constitutivos del hábitat de la humanidad, incluyendo la flora y fauna y las condiciones colaterales para su realización. Algunas de las principales formas de violación del derecho al medio ambiente, sin que ello represente una lista taxativa, tienen que ver con actos de depredación indiscriminada de bosques y de la biodiversidad, contaminación de ríos y lagos, actividades y malas prácticas que provocan erosión de la tierra, funcionamiento de industrias*

3. Politis, Nicolas: *Les nouvelles tendances du droit international* Paris, Librairie Hachette, 1927, p. 13.
4. Arístegui Sierra, Juan Pablo: "La protección del medio ambiente en la jurisprudencia de algunos órganos internacionales de protección de los derechos humanos", en *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de Fiscalía del Medio Ambiente*, Nº 2, 2010, pp. 23-48.

> *altamente contaminantes, métodos inapropiados de explotación de los recursos naturales, incluyendo depredación de los recursos marinos, colonización agrícola que amenaza la conservación de las cuencas y el consecuente desabastecimiento de agua de las comunidades.*[5]

Desde el punto de vista del lenguaje, en el ámbito de los derechos humanos, el lenguaje de derechos se encuentra asociado a la dignidad humana.[6] En cambio, en el derecho ambiental, por regla general, se utiliza un lenguaje de estándares, en virtud de los cuales se fijan parámetros, como por ejemplo, para la calidad del aire, o bien con el fin de fijar límites a las emisiones.[7]

Desde la perspectiva de la soberanía estatal, los derechos humanos ya no se encuentran dentro de la jurisdicción reservada del Estado.[8] En cambio, los instrumentos internacionales de derecho del medio ambiente reafirman la soberanía del Estado sobre la política ambiental.[9] Con todo, en los últimos años ha habido avances notables en el terreno del derecho internacional del medio ambiente, logrando un consenso común en esta materia, a partir del cual se han elaborado relevantes principios y normas, que condicionan y limitan la capacidad decisoria del Estado respecto de su política ambiental. Siguiendo a Orellana, se puede sostener que el consenso gira en torno a la convicción de que "el medio ambiente sano constituye no sólo un derecho fundamental, sino también el contexto, es decir, el espacio vital, donde se pueden realizar todos los derechos de las personas."[10] En este sentido, Fatma Zohra Ksentini, antigua Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente, afirmó que "la reglamentación internacional sobre el medio ambiente, primero sectorial y concebida fundamentalmente en el marco tradicional de las relaciones entre los Estados, terminó por alcanzar una dimensión mundial que ha permitido pasar del derecho del medio ambiente al derecho a un medio ambiente sano y de calidad."[11]

5. AIDA: *Guía de defensa ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano de derechos humanos.* Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. México, enero de 2008, p. 48.
6. Habermas, Jürgen: "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 44, 2010, pp. 105-121.
7. Bermúdez Soto, Jorge: *Fundamentos de Derecho Ambiental,* Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015, pp. 192 y ss.
8. Sohn, Louis B.: "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals rather than States", in *The American University Law Review,* Vol 32, núm. 1, 1982, pp. 1-64.
9. Becerra Ramírez, Manuel: *Derecho Internacional Público.* Universidad Nacional Autónoma de México-McGraw-Hill, 1997, pp. 119-124.
10. Orellana, Marcos A.: "Derechos Humanos y Ambiente: Desafíos para el sistema interamericano de derechos humanos", Center for International Environmental Law - CIEL, 2007, pp. 29-307.
11. Fatma Zohra Ksentini, Derechos Humanos y Medio Ambiente, Informe Final de la Relatora Especial, ONU. Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 de Julio de 1994, p. 22.

2.1.2 Similitudes

Sin embargo, es posible que existan ciertas similitudes entre el derecho ambiental y los derechos humanos, al menos, en cuatro aspectos relevantes. En primer lugar, en cuanto al contenido de los derechos. En particular derecho ambiental y derechos humanos confluyen en el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En segundo lugar, en relación con los mecanismos de protección del medio ambiente. En tercer lugar, respecto de las demandas de la sociedad civil, las cuales, en ambos campos, se plantean en forma equivalente y persiguen el mismo fin.[12] Y finalmente, en cuanto al fin perseguido por el derecho, esto es, el ser humano. En este sentido, Politis señala que "felicidad y perfección de la humanidad, tal es el fin de toda sociedad, y, por lo tanto, de todo derecho. Así es respecto de la sociedad internacional como de la sociedad nacional. Este derecho no existe sino para asegurar al hombre la posibilidad de vivir y de desarrollarse".[13]

Como hemos señalado precedentemente, un punto claro en común entre los instrumentos de derechos humanos y los instrumentos de derecho ambiental es que ambos, en su caso, reconocen el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

2.2 El medio ambiente en el derecho internacional y en los derechos humanos

El derecho internacional del medio ambiente ha ido construyéndose lentamente a lo largo de las décadas, con una intervención particular en este desarrollo por parte de la jurisprudencia internacional. Cabe aquí tener presente lo afirmado por Bazán y Jimena, en el sentido de que "una línea jurisprudencial consistente puede ser un valioso instrumento para incidir en la formación o el reencauzamiento de políticas públicas en materia social, especialmente en momentos en que los niveles de desigualdad, exclusión y pobreza se tornan más acuciantes."[14]

En este contexto, la jurisprudencia internacional ha resaltado la relación entre medio ambiente y calidad de vida. Así, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que "reconoce que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa

12. Vid. Declaración de Viena +20 OSC adoptada en Viena el 26 de junio de 2013. "Strenghening the Human Rights Movement Globally".
13. Politis, Nicolas: *Les nouvelles tendances du droit international,* Paris, Librairie Hachette, 1927, p. 78.
14. Bazán, Víctor y Jimena Quesada, Luis: *Derechos económicos, sociales y culturale,* Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 173.

el espacio de vida, la calidad de vida y la misma salud de los seres humanos, incluyendo las generaciones no nacidas".[15] En esta misma línea, Fatma Zohra Ksentini afirmó que las relaciones

> *entre el medio ambiente, el desarrollo, las condiciones de vida adecuadas, la dignidad, el bienestar y los derechos de la persona, incluido el derecho a la vida, implican el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano y de calidad, inextricablemente vinculado en sus dimensiones individuales y colectivas a las normas y principios fundamentales de los derechos humanos universalmente reconocidos.*[16]

En segundo lugar, las enseñanzas que emanan de los tribunales han explicitado que el daño al medio ambiente puede perjudicar y debilitar todos los derechos humanos. El Juez Weeramantry de la Corte Internacional de Justicia en el caso Gabcikovo/Nagymaros, ha indicado que "[l]a protección del medio ambiente es asimismo una parte vital de la doctrina contemporánea de Derechos Humanos, pues es un sine qua non para numerosos Derechos Humanos, como es el derecho a la salud y el derecho a la vida. Es escasamente necesario elaborar sobre esto, ya que el daño al medio ambiente puede perjudicar y debilitar todos los Derechos Humanos en la Declaración Universal y otros instrumentos de Derechos Humanos".[17]

2.2.1 Derechos en el ámbito del derecho internacional del medio ambiente

La jurisprudencia internacional ha reconocido tres derechos estructurales sobre los cuales se ha construido el derecho internacional del medio ambiente.

En primer lugar, el derecho a la soberanía y a la integridad territorial.[18] Este es un principio estructurante no solo del derecho internacional del medio ambiente, sino antes que todo del derecho internacional mismo.

En segundo lugar, a partir de este derecho, la Corte fundamenta el derecho a no sufrir ningún daño transfronterizo. En efecto, de acuerdo con el derecho internacional del medio ambiente y en virtud de la integridad del territorio y la protección del patrimonio ambiental, los Estados tienen el derecho a exigir no sufrir ningún tipo de daño ambiental transfronterizo y a que se adopten medidas

15. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva, Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, 1996 I.C.J. 226 (19 de julio de1996).
16. Fatma Zohra Ksentini, Derechos Humanos y Medio Ambiente, Informe Final de la Relatora Especial, ONU. Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 de Julio de1994, p. 31.
17. Judge Weeramantry, Separate Opinion, Gabcikovo-Nagymaros Dam, ICJ. Sept. 25 1997, ICJ Reports 1997, pp. 91, n.78.
18. CIJ: Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica); Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 13 décembre 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 398 (pp. 403-404), p. 17.

preventivas y de precaución en ese sentido.[19] Como contrapartida de este derecho surgen las correspondientes obligaciones para los Estados fronterizos, según se señala más adelante.

En tercer lugar, la Corte Internacional de Justicia afirma el derecho a recibir (de otros Estados) una evaluación de impacto ambiental transfronteriza. En efecto, en el caso de La Construcción de una ruta en Costa Rica a lo largo del río San Juan, esta Corte recordó asimismo su precedente en el caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay, precisando que

> *de conformidad a una práctica aceptada […] ampliamente por los Estados estos últimos años […] podemos en adelante considerar que existe, en derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación de impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada corre el riesgo de tener un impacto perjudicial importante en un marco transfronterizo.*[20]

2.2.2 Las obligaciones en el derecho internacional del medio ambiente

En primer lugar, la jurisprudencia internacional ha afirmado el principio del desarrollo sostenible. En efecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el uso racional y óptimo de un recurso supone un equilibrio entre el uso económico del mismo y la obligación de proteger todo daño al medio ambiente. Así, en el caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay indicó que "para alcanzar un uso racional y óptimo, un equilibrio debe ser encontrado entre, por una parte, los derechos y las necesidades de las Partes respecto de la utilización del río con fines económicos y comerciales y, por otra parte, la obligación de proteger el río de todo daño al medio ambiente susceptible de ser causado por tales actividades."[21]

En segundo lugar, la obligación de impedir toda contaminación transfronteriza. En este sentido, los Estados tendrían la obligación de impedir toda contaminación transfronteriza susceptible de modificar el equilibrio ecológico, por ejemplo, de un río o curso de agua transfronterizo. Así, tendrían la obligación de tomar las medidas concretas para evitar toda modificación del equilibrio ecológico. En este

19. Moure, Ana María: "El principio de precaución en el Derecho Internacional.", en *Dilemata*, año 5, núm. 11, 2013, pp. 21-37.
20. CIJ: Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica); Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 13 décembre 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 398 (pp. 403-404), p. 19; CIJ: Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 Avril 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 83, par. 204.
21. CIJ: Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 Avril 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 74, par. 175.

sentido, en el caso de La Construcción de una ruta en Costa Rica a lo largo del río San Juan, la Corte Internacional de Justicia recordó su precedente en la Opinión Consultiva sobre la Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares, cuando afirma que

> *la obligación que tienen los Estados de velar porque las actividades realizadas en los límites de su jurisdicción o bajo su control respeten el medio ambiente en los otros Estados o en las zonas no sujetas a ninguna jurisdicción nacional ahora forma parte del cuerpo de reglas del derecho internacional del medio ambiente".*[22] *A partir de esta afirmación la Corte "considera que la existencia de un derecho correlativo a no sufrir ningún daño transfronterizo es plausible".*[23]

En tercer lugar, el deber de vigilancia y prevención especial en materia de medio ambiente se justifica porque los daños ambientales son a menudo irreversibles. Por eso, este deber de vigilancia y prevención se relaciona con la obligación de impedir cualquier daño transfronterizo y con una serie de otras obligaciones estatales, como se verá enseguida. En esta línea, en el caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay, la Corte reiteró su jurisprudencia del asunto relativo al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, cuando indica que "en el terreno de la protección ambiental, la vigilancia y la prevención se imponen en razón del carácter a menudo irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo mismo de reparación de este tipo de daño".[24] En el caso particular de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que

> *"la vigilancia y la prevención son particularmente importantes cuando se trata de preservar el equilibrio ecológico ya que los efectos negativos de las actividades humanas sobre las aguas del río corren el riesgo de afectar otros componentes del ecosistema del curso del agua, tales como su flora, su fauna y su lecho".*[25]

22. CIJ: Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica); Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 13 décembre 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 398 (pp. 403-404), p. 19; Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 Juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 241-242, par. 29.
23. CIJ: Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica); Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), mesures conservatoires, ordonnance du 13 décembre 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 398 (pp. 403-404), para. 19.
24. CIJ: Affaire relative á des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 Avril 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 76, para. 185; CIJ : Affaire relative au projet Gabcíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 Septembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 78, par. 140.
25. CIJ: Affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt 20 Avril 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 77, p. 188.

En cuarto lugar, la obligación de debida diligencia: constituye una obligación de comportamiento.[26] En el caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay, la Corte Internacional de Justicia afirmó que

> *esta obligación implica la necesidad no sólo de adoptar las normas y medidas apropiadas, sino incluso de ejercer un cierto nivel de vigilancia en su aplicación así como en el control administrativo de los operadores públicos y privados, por ejemplo, asegurando la supervigilancia de las actividades emprendidas por estos operadores, y eso, a fin de preservar los derechos de la otra parte.*[27]

Por último, la obligación de proteger y de preservar el medio ambiente. Esta obligación la Corte Internacional de Justicia la concretiza directamente cuando se considera realizar actividades que puenden eventualmente causar un daño al medio ambiente, incluyendo un daño transfronterizo, en el deber de proceder a la realización de una evaluación de impacto ambiental. En efecto, en el caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la obligación de proteger y de preservar debe ser interpretada

> *conforme a una práctica aceptada tan ampliamente por los Estados estos últimos años que podemos considerar que existe, en derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación de impacto sobre el medio ambiente, cuando la actividad industrial proyectada corre el riesgo de tener un impacto perjudicial importante en un marco transfronterizo, y en particular, sobre un recurso compartido.*[28]

Y concluyó afirmando que mientras un Estado no procede a realizar una evaluación de impacto ambiental que permita apreciar los efectos eventuales de su proyecto, dicho Estado no ha dado cumplimiento a su obligación de diligencia y al deber de vigilancia y de prevención.[29]

26. De Schutter, Olivier; Ramasastry, Anita; Taylor, Mark B.; Thompson, Robert C.: *La diligencia debida en materia de derechos humanos. El papel de los Estados.* Diciembre de 2012. Disponible en: ‹http://icar.ngo/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligencia-Debida-en-Materia-de-Derechos-Humanos-El-Papel-de-los-Estados.pdf›. [Visitado el 12/05/2016].
27. CIJ: Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt 20 Avril 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 79, p. 197.
28. CIJ: Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 83, p. 204.
29. CIJ: Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 83, p. 204.

3. El medio ambiente y los derechos humanos a nivel regional

En esta parte se pretende analizar brevemente la manera en que el sistema regional europeo y el sistema regional interamericano han abordado la protección del medio ambiente, concentrándose, en particular, en este último subsistema de protección.

3.1 El medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

De partida, quizás valga la pena aclarar que el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado se inserta dentro del conjunto de derechos que suelen denominarse derechos económicos, sociales y culturales o simplemente derechos sociales. En la línea de los DESC,

> *tomando en cuenta la indivisibilidad de los derechos humanos, es evidente que la protección del medio ambiente, por su amplitud y ámbito de abstracción, transciende los límites de la subjetividad clásica de ser un derecho individual, para ser entendido también como un derecho social que afecta a grupos colectivos nacionales o colectivos en situación especial, como los pueblos indígenas, hasta dimensionarse hacia toda la humanidad e, incluso, a las futuras generaciones. La especificidad del derecho al medio ambiente sano es de tal magnitud que no puede existir "sentido de apropiación" por una sola persona. Por ello, en ocasiones se le ubica como un derecho de interés difuso, pero es inevitable que también puede tener características de derecho claramente subjetivo, dependiendo del caso abordado.*[30]

En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte EDH) ha sostenido que todos los derechos humanos tienen un contenido social.[31] En efecto, en una jurisprudencia ya clásica en materia de derechos humanos, la Corte EDH sostuvo que no hay divisiones tajantes entre derechos civiles y derechos sociales.

30. AIDA: *Guía de defensa ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano de derechos humanos*. Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. México, enero de 2008, p. 49.
31. Van Dyke, Brennan: "A Proposal to Introduce the Right to a Healthy Environment into the European ConventionRegime", in *Virginia Environmental Law Journal,* Vol. 13, 1994, pp. 323-373.

En efecto, en el caso *Airey vs. Ireland*, la Corte EDH sostuvo lo siguiente:

> *La Corte es consciente de que la mayor realización de los derechos sociales y económicos es ampliamente dependiente de la situación –especialmente financiera– que reine en el Estado en cuestión. Por otro lado, la Convención debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales y está destinada a salvaguardar el individuo de una manera real y práctica respecto de aquellas áreas con las cuales trata. Mientras la Convención establece lo que son esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones de naturaleza social o económica. La Corte por lo tanto considera, como la Comisión, que el simple hecho que una interpretación de la Convención pueda extenderse en la esfera de los derechos económicos y sociales no debería ser un factor decisivo contra tal interpretación; no existe una división hermética separando la esfera de los derechos económicos y sociales de aquellos cubiertos por la Convención.*[32]

En esta jurisprudencia la Corte EDH sienta las bases para el desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas que se desprende de los derechos humanos y que tienen particular desarrollo en el contexto europeo, con referencia a los derechos reconocidos en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH). En este sentido, Akandji-Kombe señala que "todas las obligaciones positivas persiguen el mismo objetivo, cual es la efectiva aplicación de la Convención Europea y la eficacia de los derechos que asegura."[33]

¿Por qué son importantes estas enseñanzas de la Corte EDH? Porque el derecho sustantivo a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado ha sido objeto de protección por parte de la Corte EDH principalmente por la vía del derecho a la vida privada y del derecho de acceso a un proceso justo. En este sentido, parece que el peso de la corriente constitucionalista que considera que

32. "26. The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation - notably financial - reigning in the State in question. On the other hand, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals. Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention." ECHR: Case of Airey vs. Ireland (Application N° 6289/73) Judgment, October 1979, para. 26 (T. del A.); Vid. ECHR: Case of Marckx v. Belgium (Application N° 6833/74) Judgment, 13 June 1979, para. 41; Akandji-Kombe, Jean-Francois: *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks N°7. Council of Europe, Belgium, 2007, p. 10.

33. Akandji-Kombe, Jean-Francois: *Positive obligations under the European Convention on Human Rights.* Human Rights Handbooks N°7.Council of Europe, Belgium, 2007, p. 9.

los derechos sociales son derechos programáticos ha afectado la justiciabilidad de estos derechos *per se* seriamente.[34]

Un ejemplo de protección del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado lo constituye el caso Dubetska y otros vs. Ucrania. Los hechos de la causa consisten en que una mujer reclama en contra del Estado que su salud y calidad de vida se ha visto perjudicada a raíz de la actividad de una mina de carbón estatal que opera cerca de su casa. Del mismo modo, indica que su casa y su entorno se han visto seriamente afectados por la actividad industrial de esta mina. La víctima alega que se encuentran violados sus derechos consagrados en la CEDH especialmente, el reconocido en el artículo 8 del mismo, a saber, el derecho a la protección de la vida privada y familiar. En este caso, los jueces de derechos humanos se refieren:

> *[…] a su jurisprudencia bien establecida que ni el artículo 8 ni ninguna otra disposición de la Convención garantiza el derecho a la preservación del medio ambiente natural como tal. Igualmente, ninguna cuestión surgirá si el detrimento que se reclama es mínimo en comparación con el peligro ambiental inherente a la vida de cada ciudad moderna. Sin embargo, un reclamo fundado puede surgir si un peligro ambiental alcanza un nivel de gravedad que resulte en deterioros significativos de la capacidad del solicitante para disfrutar de su hogar, de su vida privada o familiar. La valoración de ese nivel mínimo es relativa y depende de todas las circunstancias del caso, tales como la intensidad y la duración de la afectación y los efectos físicos y mentales sobre la salud del individuo y la calidad de vida.*[35]
>
> *[…]*
>
> *Consecuentemente, aparece que por un período de tiempo que excede los 12 años desde la entrada en vigor de la Convención para Ucrania, los solicitantes vivieron permanentemente en un área que, tanto de acuerdo con el marco legislativo como de estudios empíricos, era insegura para el uso residencial en cuanto a la contaminación del aire y del agua y al hundimiento del suelo como resultado de la operación de dos plantas industriales propiedad del Estado.*
>
> *En estas circunstancias la Corte considera que los daños ambientales respecto de los cuales se reclama alcanzaron el nivel de gravedad necesario para ingresar en el ámbito del artículo 8 de la Convención."*[36]

34. AIDA: *Guía de defensa ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano de derechos humanos*. Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. México, enero de 2008, p. 50; Vid. Corte IDH: Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (sentencia sobre el fondo). Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C Nº 72.
35. E.C.H.R.: *Case of Dubetska and others v. Ukraine*. (Application N°30499/03) Judgment, 5 May 2011, p. 105.
36. E.C.H.R.: *Case of Dubetska and others v. Ukraine*. (Application N°30499/03) Judgment, 5 May 2011, p..118, 119.

Esta jurisprudencia corresponde a una ya larga tradición de protección del medio ambiente por parte de la Corte EDH, utilizando solo las herramientas que proporciona la CEDH, la consideración de la misma como un instrumento viviente y el principio de interpretación evolutiva. Dentro de esta tradición se insertan los casos Powell and Rayner vs. The United Kingdom (1990), López Ostra vs. Spain (1994), Guerra and others vs. Italy (1998), todos los anteriores relacionados, *inter alia,* con la vulneración del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, relativo al derecho al respeto por la vida privada y familiar y el hogar. También se pueden mencionar a título ejemplar los casos Öneryildiz vs. Turkey (2004) o Budayeva and others vs. Russia (2008), ambos relacionados con le violación del artículo 2 de la CEDH relativo al derecho a la vida.

3.2 El medio ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano hay una serie de instrumentos internacionales que realizan el vínculo entre derechos humanos y medio ambiente. Algunos de estos instrumentos son de *hard law* y otros de *soft law*.[37] Por otro lado, algunos de dichos instrumentos han emanado dentro del sistema interamericano y otros, de ámbito más universal, se aplican a los Estados que forman parte del sistema porque los han aceptado o los han ratificado. Entre los instrumentos vinculantes o de *hard law* que han surgido dentro del sistema regional se pueden mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 26 permite el ingreso a la Convención de los derechos sociales *lato sensu*.

Respecto de esta última disposición de la CADH, se ha sostenido que

> *[l]amentablemente, el artículo 26 del Pacto de San José, como única norma referente a los DESC, no ha sido plenamente desarrollado por los Estados ni por los mismos órganos de protección del Sistema Interamericano. Pareciera que el peso de la corriente constitucional que considera a los derechos económicos, sociales y culturales como "derechos programáticos", ha pesado demasiado como para abrir las puertas de su acceso, exigibilidad y justiciabilidad de manera contundente. Así, la jurisprudencia de las pocas sentencias de la Corte Interamericana que*

37. Colmegna, Pablo Damián: "Impacto de las normas de softlaw en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año VI, núm. 8, 2012, pp. 27-47.

> *han tenido que ver con algunos DESC, especialmente en el ámbito laboral, han sido reiteradamente dirigidas hacia la violación de derechos individuales y no a violaciones de DESC.* [38]

Además, entre los instrumentos vinculantes se debe mencionar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Entre los instrumentos regionales no directamente vinculantes (o *soft law*) aplicables se encuentra la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Democrática Interamericana. En el caso de este último instrumento, el artículo 15 contiene una referencia específica a la protección del medio ambiente en contextos de democracia:

> *El ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones.*

Por otra parte, entre los instrumentos universales vinculantes se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América; el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1989), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), y la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), el Protocolo de Kyoto (1998), el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (2001), Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento del consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (1998), el Acuerdo de París (2015). Por el lado de los instrumentos universales no vinculantes, entre los más relevantes se pueden mencionar la Declaración de Estocolmo (1972)[39], la Carta Mundial de la Naturaleza (1982),[40] y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992)[41], la

38. AIDA: *Guía de defensa ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano de derechos humanos.* Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. México, enero de 2008, p. 50.
39. U.N. Doc. A/CONF.48/14/Rev.1.
40. G.A. Res. 37/7, U.N. Doc. A/37/51 (1982).
41. U.N. Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 August 1992.

Declaración de Principios Jurídicamente no Vinculantes de la CNUMAD para un Consenso Mundial sobre el Manejo, Conservación y Desarrollo Sostenible de Todos los Tipos de Bosques (ONU, 1992),[42] la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).[43]

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) se han adoptado relevantes resoluciones que respaldan el esfuerzo de protección del medio ambiente. En la Resolución 1819 de 5 de junio de 2001 la Asamblea General de la OEA, reconoció que

> *el efectivo goce de todos los derechos humanos, incluyendo el derecho a la educación, los derechos de reunión y de libertad de expresión, así como el disfrute pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, podría facilitar una mejor protección del medio ambiente, mediante la creación de condiciones para modificar los patrones de conducta que conllevan la alteración del ambiente, la reducción del impacto ambiental derivado de la pobreza y patrones de desarrollo no sostenibles, la difusión más efectiva de información sobre el problema, y la participación más activa de los grupos afectados por el problema en los procesos políticos.*[44]

Posteriormente, la misma Asamblea General reconoce que a través de estas resoluciones "la OEA asumió un papel de liderazgo internacional, subrayando la importancia de promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de los derechos humanos".[45]

La protección del medio ambiente que se ha desplegado en el ámbito del sistema interamericano ha seguido el mismo derrotero que en el sistema europeo de derechos humanos. Esto significa que la protección del medio ambiente se ha logrado principalmente en forma indirecta por la vía de los derechos civiles y políticos, como por ejemplo, a través del derecho a la vida, o del derecho a la vida privada y familiar y la protección del hogar. En esta línea,

> *[p]areciera que el peso de la corriente constitucional que considera a los derechos económicos sociales y culturales como "derechos programáticos", ha pesado demasiado como para abrir las puertas de su acceso, exigibilidad y justiciabilidad de manera contundente. Así, la jurisprudencia de las pocas sentencias de la Corte Interamericana que han tenido que ver con algunos DESC, especialmente en el*

42. U.N. Doc. A/CONF.151/26 (Vol. III).
43. G.A Res. 61/295 (2007).
44. Asamblea General: Derechos Humanos y Medio Ambiente. OEA/Ser.P/AG/RES.1819 (XXI-O/01), 5 de junio 2001; Asamblea General: Derechos Humanos y Medio Ambiente en las Américas. AG/RES. 1896 (XXXII-O/02), 4 de junio de 2002.
45. Asamblea General: Los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas. Proyecto de Resolución, OEA/Ser.P/AG/doc. 4177/03, 20 de mayo de 2003.

> *ámbito laboral, han sido reiteradamente dirigidas hacia la violación de derechos individuales y no a violaciones de DESC.*[46]

En este sentido, en la perspectiva de los principios de interpretación de los derechos humanos, resulta plenamente relevante recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado la vigencia del principio de interpretación expansiva de los derechos. En efecto, la CIDH ha sostenido que

> *al interpretar y aplicar la Declaración Americana, es necesario considerar sus disposiciones en el contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos en sentido más amplio, a la luz de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que el instrumento fue aprobado y con la debida consideración de otras normas relevantes del derecho internacional aplicables a los Estados miembros contra los que se interponen debidamente denuncias de violaciones de la Declaración Americana.*[47]

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha conocido un número importante de casos relacionados directa o indirectamente con materias ambientales. En primer lugar, hay una serie de casos que se relacionan con tierras indígenas. En segundo lugar, otro conjunto de casos se relaciona con la contaminación ambiental. En tercer lugar, existen casos que abordan el acceso a la información y la gobernabilidad democrática. A continuación examinaremos estos casos que provienen tanto de la CIDH como de la Corte IDH. Seguiremos el orden de materias precedentemente señalado.

3.2.1 Tierras, territorios y recursos naturales indígenas

Uno de los casos más emblemáticos que ha conocido la CIDH es el famoso caso Yanomami, relativo a las graves afectaciones a los derechos de este pueblo indígena, en la Amazonia en Brasil. Este es uno de los primeros casos ante la CIDH en el que se encuentra en juego la responsabilidad internacional del Estado por de permitir la realización de actividades extractivas por empresas privadas en tierras y territorios pertenecientes a los pueblos indígenas, las cuales causan violaciones a los derechos humanos de estos pueblos. En efecto, la CIDH señaló que "la autorización para la

46. AIDA: Guía de defensa ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano de derechos humanos. Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. México, enero de 2008, p. 50; *Vid.* Corte IDH: Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (sentencia sobre el fondo). Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C Nº 72.
47. CIDH: Informe Nº 43/10, Petición 242-05. Admisibilidad. *Mossville Environmental Action Now.* Estados Unidos. 17 de marzo de 2010, para. 43.

explotación de los recursos del subsuelo en territorios indígenas había originado numerosas violaciones a los derechos humanos de los Yanomami."[48]

Tal vez el caso más importante en materia del derecho a la tierra indígena es el *Caso AwasTingni (Mayagna Sumo)*. La Corte IDH falló en contra de Nicaragua, al concluir que el otorgamiento de una concesión forestal a una empresa maderera para realizar faenas dentro de las tierras ancestrales de la comunidad constituía una violación del derecho de propiedad de la comunidad indígena.[49] Estas enseñanzas han servido a otros órganos de derechos humanos, como la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, para determinar la responsabilidad del Estado por autorizar, aceptar u omitir el control de actos de terceros, perjudiciales para el medio ambiente, estableciendo la falta de cuidado o debida diligencia por parte del Estado.[50]

En el conocido *Caso Yakye Axa*, la Corte IDH reconoce el derecho de los pueblos indígenas al acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales incluido el acceso a agua limpia.

En efecto, en este caso, la Corte IDH señaló que

> *[l]as afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.*[51]

Asimismo, en materia medio ambiental, la Corte IDH reconoció en el *Caso Yakye Axa* que la no garantía del derecho a la propiedad comunal indígena afecta la vida digna, ya que priva de acceso a los recursos naturales necesarios para su supervivencia tanto física como cultural. En este sentido indicó que

> *estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este*

48. Vid. también, CIDH: Mary and CarrieDann vs. Estados Unidos, Informe N° 75/02, Caso 11.140, 27 de diciembre del 2002; CIDH: Comunidades Indígenas Maya del Distrito de Toledo, Informe N° 96/03, Caso 12.053, 24 de octubre del 2003.
49. Corte IDH: *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127.
50. Este es el conocido caso del Pueblo Ogoni. *Vid.* CADHP: Communication No 155-96 (2001), Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria.
51. Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, p. 167.

> *hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.*[52]

Por otra parte, en relación con la protección del medio ambiente, la Corte IDH ha reconocido la obligación de participación efectiva del pueblo respecto de cualquier proyecto de desarrollo, inversión, exploración o extracción.

En efecto, en el *Caso del Pueblo Saramaka*, la Corte IDH estableció tres salvaguardas consideradas fundamentales. En primer lugar, el Estado debe asegurar la efectiva participación del pueblo en conformidad con sus costumbres y tradiciones respecto de cualquier desarrollo, inversión, exploración o plan de extracción en su territorio. En segundo lugar, el Estado debe garantizar que el pueblo recibirá un beneficio razonable de tal plan en su territorio. En tercer lugar, el Estado debe asegurar que ninguna concesión puede realizarse en el territorio del pueblo salvo y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, con la supervisión del Estado, ejecuten un estudio de impacto ambiental y social.

Así, la sentencia en el caso del Pueblo Saramaka señala, en su parte pertinente, lo siguiente:

> *En resumen, la Corte considera que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo esto constituye una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.*[53]

52. Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, p. 168.

Por último, en materia de medio ambiente y pueblos indígenas debe destacarse el criterio de la Corte IDH relacionado con alertar sobre la Declaración de área silvestre protegida como forma de defraudar el derecho a la propiedad indígena.

En efecto, en el caso de la ***Comunidad Indígena XákmokKásek,*** la Corte IDH señaló que

> *Resulta de especial preocupación para esta Corte las consideraciones del perito Rodolfo Stavenhagen, no contradichas por el Estado, según las cuales dicha declaratoria como área silvestre protegida podría constituir una nueva y sofisticada forma que han adoptado los propietarios privados de territorios reclamados por comunidades indígenas para "obstaculizar el reclamo de territorio de pueblos originarios […] siempre arropad[o]s bajo formas legales y hasta invocando fines tan puros como la conservación del medioambiente.*[54]

3.2.2 Contaminación ambiental

En primer lugar, nos referiremos al caso de Ecuador. En su Informe por país del Ecuador, en 1997, la CIDH se centró en uno de sus capítulos en la afectación a los derechos humanos, especialmente de las comunidades indígenas del oriente del país. En este Informe estableció la relación directa entre las actividades extractivas –principalmente de desarrollo petrolero– y la puesta en peligro de la supervivencia física y cultural de las comunidades, específicamente porque estas actividades contaminarían el agua, el suelo y el aire que constituyen el medio ambiente físico de estas comunidades, en detrimento de la salud y la vida de los habitantes.

En este Informe, la CIDH se refirió expresamente a las obligaciones positivas que derivan del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). Además, en este contexto, vinculó las obligaciones positivas que derivan del derecho a la vida con la protección del medio ambiente. En efecto, la CIDH señaló que

> *[e]l derecho a que se respete la vida individual no se limita, sin embargo, a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física. La contaminación ambiental grave puede presentar una amenaza a la vida*

53. Corte IDH: *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, p. 154.
54. Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena XákmokKásek vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C N° 214, p. 169.
55. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997.

> *y la salud del ser humano, y en su debido caso puede dar lugar a la obligación del Estado de tomar medidas razonables para evitar dicho riesgo, o las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas.*[55]

Y, la CIDH, para hacer aún más claridad sobre el punto, agregó que

> *[e]l ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos.*[56]

Por su parte, la Corte IDH ha reafirmado la existencia de obligaciones positivas para los Estados a partir de derechos civiles como el derecho a la vida. En este sentido, al igual que ocurre con la CIDH, la jurisprudencia de la Corte ha señalado en diversas oportunidades que se viola el derecho a la vida no solo cuando hay privación arbitraria de la misma, sino también por "todo menoscabo" de la vida.[57] Y, además, la Corte IDH ha aclarado en el caso de los Niños de la Calle que "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".[58]

La CIDH concluye su Informe de 1997 señalando que

> *[e]l respeto a la dignidad inherente de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano.*[59]

En su Informe de Ecuador, asimismo la CIDH reiteró la relevancia, para una correcta protección ecológica, de garantizar los derechos ambientales denominados procedimentales, a saber, el acceso a la información ambiental, la participación en los procesos ambientales y el acceso a los mecanismos judiciales. Así, la CIDH afirma que "[p]ara lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana, es imperativo que

56. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997.
57. Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988. (Ser. C) Nº 4, para. 164.
58. Corte IDH: *Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los "Niños de la Calle"),* Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Ser. C) Nº 63, p. 144.
59. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997.

la población tenga acceso a la información, participe en los procesos pertinentes de toma de decisiones y cuente con recursos judiciales."[60]

En segundo lugar, mencionaremos el caso Mina Marlin 2007. En este caso, una serie de comunidades indígenas denuncian al Estado de Guatemala por haber autorizado la explotación de una mina de oro y plata, la cual ha afectado seriamente la vida y la calidad de vida de las comunidades donde se encuentra la explotación minera. En efecto, la solicitud de medidas cautelares señala que

> *en noviembre de 2003, el Ministerio de Energía y Minas habría otorgado una licencia de explotación minera de oro y plata por 25 años a la empresa Montana, dentro de una extensión de 20 kilómetros cuadrados en los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán. […]Los solicitantes alegan que la concesión minera, así como el inicio de la explotación, se habría realizado sin consultar en forma previa, plena, libre e informada a las comunidades afectadas del pueblo maya. […]Los peticionarios sostienen que la explotación minera ha generado graves consecuencias para la vida, la integridad personal, el medio ambiente y los bienes del pueblo indígena afectado, puesto que el Río Tzalá y sus afluentes son las únicas fuentes de agua para consumo y actividades de subsistencia. Según la solicitud, varios pozos de agua y manantiales se habrían secado, y los metales presentes en el agua como consecuencia de la actividad minera han tenido efectos nocivos sobre la salud de miembros de la comunidad.*[61]

En respuesta a esta solicitud de medidas cautelares, la CIDH

> *solicitó al Estado de Guatemala que suspenda la explotación minera del proyecto Marlin I y demás actividades relacionadas con la concesión otorgada a la empresa Goldcorp/Montana Exploradora de Guatemala S.A., e implementar medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental, hasta tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adopte una decisión sobre el fondo de la petición asociada a esta solicitud de medidas cautelares. La CIDH solicitó asimismo al Estado adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las 18 comunidades beneficiarias, y asegurar el acceso por sus miembros a agua apta para el consumo humano.*[62]

En tercer lugar, el caso, tan relevante como simbólico, de la Conferencia Circumpolar Inuit contra Estados Unidos por el cambio climático, de 2005, fundado

60. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997.
61. CIDH: MC 260/07 – Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala.
62. CIDH: MC 260/07 – Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala.

en la emisión de gases de efecto invernadero que han favorecido el calentamiento global. Dicho año, la Conferencia Circumpolar Inuit, en representación del pueblo Inuit de las regiones árticas, presentó una petición ante la CIDH contra Estados Unidos sobre la base de que el cambio climático amenaza su ancestral estilo de vida.[63]

Esta petición ante la CIDH afirma que

> *las emisiones de carbono de Estados Unidos, principal emisor de gases invernadero con el 29% del total de emisiones, han contribuido tanto al calentamiento global que su actuación debería ser considerada como una violación de los derechos humanos, por no adoptar medidas eficaces para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero y por no proteger los derechos humanos de los Inuit de los impactos originados por el cambio climático.*[64]

La petición presentada ante la CIDH indica que

> *muchos de los peligros que enfrentan actualmente los Inuit —el deshielo, problemas de acceso a los recursos vitales, la pérdida de viviendas, infraestructura y otros— son el resultado directo de las violaciones de los derechos humanos cometidos por las acciones y omisiones de los Estados Unidos y sus efectos han infringido el derecho internacional y los derechos humanos de los Inuit, a saber, el derecho a mantener la integridad cultural, el derecho a un medio ambiente limpio, el derecho al uso y disfrute de la propiedad sin interferencias indebidas, y los derechos a la vida, la preservación de la salud, la integridad física y la seguridad.*[65]

Entre los instrumentos internacionales invocados por la Conferencia Circumpolar Inuit se encuentran la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en particular, el artículo 2 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

63. Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para buscar remedio a las violaciones resultantes del calentamiento global causadas por actos y omisiones de Estados Unidos, 2005. Disponible en: *http://inuitcircumpolar.com/index.php?ID=316&Lang=En*. La Petición fue codificada con el núm. P-1413-05; *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States, 7 de diciembre de 2005. www.earthjustice.org*
También Watt-Cloutier, S., "Global Warming and Human Rights", y Zimmerman, E. M., "Valuing Traditional Ecological Knowledge: Incorporating the Experience of Indigenous People into Global Climate Change Policies", in *New York University Environmental Law Journal*, 13, 2005, p. 812.
64. Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para buscar remedio a las violaciones resultantes del calentamiento global causadas por actos y omisiones de Estados Unidos, 2005. Disponible en: *http://inuitcircumpolar.com/index.php?ID=316&Lang=En*. La Petición fue codificada con el núm. P-1413-05.
65. Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para buscar remedio a las violaciones resultantes del calentamiento global causadas por actos y omisiones de Estados Unidos, 2005. Disponible en: *http://inuitcircumpolar.com/index.php?ID=316&Lang=En*. La Petición fue codificada con el núm. P-1413-05.

La petición fue finalmente rechazada por la CIDH por falta de pruebas, pero el caso consiguió llamar la atención de la opinión pública mundial, ya que vinculó derechos humanos con cambio climático.

En tercer lugar, otro caso igualmente relevante que involucra la responsabilidad del Estado por la acción de actores no estatales, específicamente la industria extractiva. En la especie se trata de la Comunidad de San Mateo de Huanchor, que presenta una petición en contra del Estado de Perú por la contaminación producida a partir de una cancha de relaves de residuos tóxicos perteneciente a una empresa minera.

En efecto, la petición se presenta "por la violación de los derechos fundamentales, individuales y colectivos de los miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor, en razón de los efectos que sufren los miembros de la Comunidad ocasionados por la contaminación ambiental producida por la permanencia de una cancha de relaves de residuos tóxicos aledaña a la Comunidad", y se alega que

> *el Estado es responsable de la violación a los derechos a la vida, a la integridad personal, libertad personal, protección a la honra y dignidad, libertad de asociación, protección a la familia, derechos del niño, a la propiedad, circulación y residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley, protección judicial y el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados (sic) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*[66]

La CIDH finalmente declaró admisible la petición porque consideró que

> *los hechos denunciados con relación a los efectos de la contaminación ambiental provocados por los relaves ubicados en Mayoc, que ha generado una crisis en la salud pública en la población de San Mateo de Huanchor, de ser comprobados podrían caracterizar violación a los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, del niño, a la propiedad, protección judicial y al desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales.*[67]

En quinto lugar, un nuevo caso contra Estados Unidos relacionado con situaciones de contaminación ambiental que afectan seriamente la vida, la salud y la calidad de vida de las personas. Se trata del caso Mossville Environmental Action Now de 2010 en el cual los peticionarios denuncian

> *que los residentes de Mossville padecen o han sido puestos en riesgo de padecer problemas de salud por la contaminación tóxica causada por 14 plantas de la*

66. CIDH: Informe N° 69/04. PETICIÓN 504/03. Admisibilidad. Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros. Perú, 15 de octubre de 2004, p.p. 1 y 2.
67. CIDH: Informe N° 69/04. PETICIÓN 504/03. Admisibilidad. Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros. Perú, 15 de octubre de 2004, p. 66.

> *industria química a las que se concedieron permisos para funcionar en la ciudad y en sus alrededores. Los peticionarios alegan que pruebas científicas de diverso origen, inclusive de organismos del Estado, confirman los graves y desproporcionados niveles de sustancias químicas en la sangre de los residentes de Mossville, así como gran incidencia de enfermedades respiratorias y de otra índole vinculadas a la liberación de químicos. Pese a estas pruebas, continuarían expuestos a las sustancias, sin que se haya brindado una reparación a la crisis sanitaria de Mossville. Con base en tales circunstancias, los peticionarios alegan también que las políticas ambientales del Estado exponen a los residentes de la ciudad, en su mayoría afroamericanos, a una carga contaminante desproporcionada que causa lo que denominan racismo ambiental […].*[68]

Se esgrime como derechos vulnerados el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la vida, el derecho a la vida privada y familiar y la inviolabilidad del hogar. La CIDH finalmente declara admisible la petición.

En su argumentación se refiere a la jurisprudencia citada por los peticionarios, relativa a la Corte EDH, especialmente, al caso López Ostra (1994) y Fadeyeva (2005). Además, recuerda que

> *[e]n cuanto a los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad del hogar, en la petición se alega que los efectos nocivos de la contaminación para los residentes de Mossville equivalen a una violación de sus derechos a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio", y agrega que se esgrime que "el Estado debió haber asegurado la adecuada protección ambiental para amparar los derechos a la vida privada y la inviolabilidad del hogar de los residentes de Mossville". En este contexto, la CIDH señala que "[t]eniendo en cuenta las circunstancias del presente caso y las complejas cuestiones de hecho y de derecho planteadas en la petición, la Comisión Interamericana concluye que las alegaciones vinculadas a la vida privada no pueden considerarse manifiestamente infundadas."*[69]

3.2.3 Acceso a la información ambiental y gobernanza ambiental

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos ambientales denominados procedimentales. La Corte IDH, en particular ha conocido de un caso relativo al acceso a la información ambiental. En efecto, el conocido caso Trillium ilustra la importancia

68. CIDH: Informe N° 43/10, Petición 242-05. Admisibilidad. *Mossville Environmental Action Now*. Estados Unidos, 17 de marzo de 2010, p. 2.
69. CIDH: Informe N° 43/10, Petición 242-05. Admisibilidad. *Mossville Environmental Action Now*. Estados Unidos, 17 de marzo de 2010, p. 43.

del derecho al acceso a la información en relación con proyectos de inversión o desarrollo que puedan afectar al medio ambiente. En el caso Trillium, un proyecto de inversión extranjera pretendía talar extensas extensiones de bosques vírgenes en la Patagonia en Chile. Ante la negativa de las autoridades administrativas de entregar información relativa al contrato de inversión extranjera, incluyendo los antecedentes acerca de la idoneidad del inversor extranjero, ciertas organizaciones de la sociedad civil presentaron el caso ante la Corte IDH.

Resulta interesante destacar, a este propósito, que con este caso la Corte IDH nos enseña que el acceso a la información ambiental es vital para garantizar la participación de la sociedad civil en las decisiones de política pública ambiental, y por tanto aparece como connatural al Estado de derecho y a la existencia de una sociedad democrática.

En efecto, en esta línea, la Corte IDH ha sostenido expresamente lo siguiente:

> *El Tribunal encuentra claro que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que, por el impacto ambiental que podía tener, generó gran discusión pública. Además, dicho pedido de información guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal: el Comité de Inversiones Extranjeras.*
>
> *[…]*
>
> *La Corte Interamericana ha hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que […] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.*
>
> *[…]*
>
> *El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese*

control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.[70]

En este contexto, cabe también destacar que en materia de acceso a la información ambiental, la participación del público en la toma de decisiones ambiental, y el acceso a la justicia ambiental (los derechos procesales vinculados con el medio ambiente), se está negociando en América Latina un instrumento vinculante. En efecto, en mayo de 2015 se presentó el instrumento titulado *Documento Preliminar del Instrumento Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. Este instrumento es el resultado de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en la Decisión de Santiago adoptada en la Cuarta Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración, celebrada en Santiago, del 4 al 6 de noviembre de 2014.[71]

3.2.4 Protección de defensores del medio ambiente

Incluso ha habido casos en los que la discusión central no ha sido la protección del medio ambiente sino más bien la protección de defensores de derechos humanos que trabajaban en el área del medio ambiente. Este es el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, en cuya sentencia a Corte IDH señala que "[l]os representantes alegaron que los señores Cabrera y Montiel "a causa de su activismo" en defensa del medio ambiente, fueron "ilegal y arbitrariamente detenidos, y luego torturados". Precisaron que estas agresiones "no han podido ser sino una represalia por su activismo ambientalista". Además, señalaron que dicha represalia se enmarcaba en un patrón de ataques contra defensores del medio ambiente y, en particular, contra la Asociación Civil Organización de Campesinos Ecologistas de la Sierra de Petatlán y Coyuca de Catalán (en adelante "OCESP"). A partir de ello, de acuerdo con los representantes, "los militares de la zona tenían información sobre el paradero" del señor Montiel Flores y sus acompañantes. De otra parte, los representantes indicaron que "[l]a forma en que ocurrió la detención, el abuso físico y mental al que fueron sometid[o]s l[o]s [señores Cabrera y Montiel], la prolonga-

70. Corte IDH: Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151, p.p. 73, 85, 87.

71. Sobre los derechos procesales vinculados a la protección del medio ambiente, vid. Boyle, Alan: "Human Rights and the Environment: Where Next?", in *European Journal of International Law*, Vol. 23, núm. 3, 2012, p.p. 613-642.

ción en la detención y la falta de información sobre [su] paradero […], provocó en sus familiares sentimientos de desesperación y angustia profunda que continúan afectándoles al día de hoy". En su informe de fondo la Comisión, al valorar diversos alegatos de los representantes respecto a si lo ocurrido a los señores Cabrera y Montiel constituía una represalia por sus actividades en defensa de los bosques y si ello se insertaría en un patrón de similares represalias y ataques contra defensores del medio ambiente, "observ[ó] que las presuntas violaciones a los derechos consagrados en los artículos 13 [libertad de expresión], 15 [derecho de reunión] y 16 [libertad de asociación] no fueron alegad[a]s por los peticionarios durante la etapa de admisibilidad". Así, en su demanda, la Comisión solo mencionó que en 1998 los señores Cabrera y Montiel establecieron, junto con otros campesinos, la OCESP "para detener las operaciones de tala en los bosques de las montañas de Guerrero que, en su opinión, amenaza[ba]n el medio ambiente y el sustento de las comunidades campesinas locales". [72]

4. Conclusiones

El derecho internacional del medio ambiente (DIMA) aparece separadamente del derecho internacional de los derechos humanos el cual, desde el punto de vista temporal, surge con posterioridad. Se pueden encontrar elementos del DIMA en las normas sobre la guerra del siglo XIX y principio del siglo XX. La jurisprudencia internacional es también una fuente relevante, además de la costumbre, en la identificación y evolución de las normas vinculadas con el medio ambiente. Por ejemplo, en el caso Trail Smelter la jurisprudencia internacional desarrolló el principio de que los Estados no pueden usar o permitir usar su territorio de tal manera que se cause un daño a otro Estado o a la población de dicho Estado.[73]

Después de la Segunda Guerra Mundial aparece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). En las primeras Declaraciones y en los primeros Pactos Internacionales de Derechos Humanos no aparece explicitado el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, quizás porque en esa época no existía el grado de degradación ambiental causada por el hombre que

72. Corte IDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C Nº 220, p. 1.

existe hoy en día, y, por lo tanto, la protección del medio ambiente no había alcanzado el nivel de preocupación humana que alcanza hoy.

Sin embargo, ya en la década de los años 70 se explicita esta preocupación a nivel internacional y se formula en términos expresos el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Desde entonces, a propósito de la protección del medio ambiente, hay un tratamiento y desarrollo paralelo tanto por la vía del DIMA como por la vía del DIDH.

A pesar de todas las limitaciones que se presentan en el ámbito del DIDH, la protección del medio ambiente ha obtenido carta de nacionalidad. Como se observó en este trabajo, tanto en el sistema regional europeo como en el sistema interamericano el deterioro del medio ambiente se plantea como causa de violación de derechos humanos. La Corte EDH ha sido más intensa y proactiva en sus sentencias. La Corte IDH ha sido más tímida y reactiva, salvo en el caso de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. La CIDH, órgano cuasi-jurisdiccional del sistema interamericano, ha conocido de diversas peticiones en las que la degradación y el deterioro ambiental se encuentran a la base de las violaciones a los derechos humanos, tanto derechos civiles como derechos sociales. Gracias a esto, las enseñanzas que emergen de los pronunciamientos de los diferentes órganos que intervienen en el sistema han permitido forjar un *corpus iuris* ambiental de derechos humanos que debería servir de directriz –como estándar mínimo– a todos los poderes del Estado, particularmente a los jueces nacionales. Resta por ver si los jueces internos asumen este estándar mínimo ambiental y la manera como lo implementan en el orden jurídico interno.

73. Bratspies, Rebecca M. y Miller A., Rusell (eds.): *Transboundary Harm in International Law*. Lessons from the Trail Smelter Arbitration. Cambridge, CUP, 2010.

Los recursos naturales y los derechos de los Pueblos Indígenas en interacción con el Derecho de las Inversiones

Christina Binder [1]

Sumario

1. Introducción. 2. Fragmentación del derecho internacional: el distinto tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas en los derechos humanos y en el derecho de las inversiones. 3. Cómo fomentar el diálogo: medidas existentes para tomar en consideracion los derechos de los pueblos indígenas en contextos de inversiones. 4. Mejores soluciones para fomentar el diálogo y para hacer frente a los conflictos entre el derecho de las inversiones y el derecho de los pueblos indígenas 5. Consideraciones finales.

1. Catedrática de Derecho Internacional y directora adjunta del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias de 'Derechos Humanos' de la Universidad de Viena. Profesora en el ámbito de los Derechos Humanos en la Universidad de Yogyakarta (Indonesia), Universidad Renmin de China (Pekín), en la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo (Brasil) y profesora invitada de Derecho Internacional de las inversiones en las universidades Bocconi de Milán (Italia) y Mekelle de Etiopía. Investigador visitante en el Centro Lauterpacht de Derecho Internacional de Cambridge, en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg (MPI), Alemania, y en la Universidad de McGill en Montreal (Canadá). Experto legal y electoral para la Unión Europea en diferentes misiones de observación y evaluación (Ecuador, Ruanda, Uzbekistán y Estonia). Integra el grupo de expertos del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa.

Resumen

La interacción entre el Derecho internacional de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas es cada vez más frecuente. Sobre todo, los territorios de los pueblos indígenas ricos en recursos naturales representan un importante atractivo para los inversionistas extranjeros. Las consecuencias negativas que se derivan incluyen impactos perjudiciales en la relación de los pueblos indígenas con sus tierras, la degradación y contaminación ambiental. Estos riesgos se agravan en razón de la importancia de las tierras para la cultura indígena. Esos posibles conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones extranjeras muestran una evidente necesidad de una mayor coordinación entre ambos sistemas: ¿cuál es el marco legal y cuáles son los mecanismos existentes y futuros (*de lege lata* y *de lege ferenda*) para mejorar la interacción entre ambos sistemas?

Palabras clave: Derechos de los pueblos indígenas, derecho de las inversiones, recursos naturales, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

The interaction between international investment law and the rights of indigenous peoples is increasingly common. Especially because the territories of indigenous peoples rich in natural resources represent an important attraction for foreign investors. Negative consequences include; impacts damaging the relationship of indigenous peoples with their land, environmental degradation and pollution. These risks are compounded because of the importance of land to indigenous culture. These potential conflicts between the rights of indigenous peoples and the right of foreign investments show a clear need for greater coordination between the two systems: what is the legal framework and what are the existing and future mechanisms (*de lege lata* and *ferenda*) to improve interaction between the two systems?

Keywords: Rights of indigenous peoples, investment law, natural resources, Inter-American Court of Human Rights.

1. Introducción

La interacción entre el Derecho internacional de las inversiones y los derechos de los pueblos indígenas es cada vez más frecuente. Por un lado, se observa un aumento cuantitativo de las inversiones extranjeras protegidas por una amplia y creciente red de tratados bilaterales de inversión (TBI), que para 2013[2] ya sobrepasaban los 2900 y, por el otro, los territorios de los pueblos indígenas ricos en recursos naturales representan un importante atractivo para los inversionistas extranjeros. Esto conlleva un riesgo considerable una vez que son otorgadas las concesiones para la explotación de los recursos naturales, que en muchos casos invaden los derechos de los pueblos indígenas. Las consecuencias negativas que se derivan incluyen impactos perjudiciales en la relación de los pueblos indígenas con sus tierras o la degradación y contaminación ambiental. Estos riesgos se agravan en razón de la importancia de las tierras para la cultura indígena, configurando un conflicto entre el Derecho de los pueblos indígenas y el Derecho de las inversiones extranjeras. Señal de fragmentación, con lo cual se muestra una evidente necesidad de una mayor coordinación entre ambos sistemas y la necesidad de fomentar el diálogo.[3]

2. UNCTAD, World Investment Report 2014. Disponible en: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2014_en.pdf>.
3. En cuanto a aspectos generales sobre el debate de inversiones y derechos humanos, véase: U. Kriebaum, 'Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration', 10 *The Journal of World Investment & Trade* (2009) 653; B. Simma/T. Kill, 'Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology', in C. Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century* (2009) 678; U. Kriebaum, 'Foreign Investments and Human Rights: The Actors and Their Different Roles', en N. Jansen Calamita/D. Earnest/M. Burgstaller (eds.), *Current Issues in Investment Treaty Law:* Volume IV. *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law* (2013) 45; P.-M. Dupuy, 'Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law', en P.-M. Dupuy/F. Francioni/E.-U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (2009) 45; U. Kriebaum, 'Privatizing Human Rights. The Interface Between Investment Protection and Human Rights', en A. Reinisch/U. Kriebaum (eds.), *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold* (2007) 165; E. De Brabandere, 'Human Rights Considerations in International Investment Arbitration', Grotius Centre Working Paper 2013/001-IEL, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230305.

En este contexto se analiza cuáles son las medidas ya existentes para hacer frente a la fragmentación y para fomentar ese diálogo y cómo esas medidas son insuficientes para lograr soluciones más efectivas frente a las interacciones y conflictos entre el Derecho de las inversiones y los Derechos de los pueblos indígenas[4]. En virtud de que hasta el momento los derechos de los pueblos indígenas han sido pocas veces invocados en los procedimientos de inversión,[5] los temas serán discutidos principalmente desde un punto de vista teórico.

2. Fragmentación del derecho internacional: el distinto tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas en los derechos humanos y en el derecho de las inversiones

2.1 Marco general

Los pueblos indígenas tienen algunas caracteristicas especiales que los hacen particularmente vulnerables a actos de inversores extranjeros en sus tierras. Al mismo tiempo, una creciente red de instrumentos internacionales protege sus derechos. Tribunales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos confirman la mayor proteccion. Por lo contrario, hay relativamente poca consideración de tribunales de inversion que consideran o toman en cuenta los derechos de los pueblos indígenas en contextos de inversion. En virtud de esto, hay bastante potencial de conflictos entre la creciente proteccion de derechos de los pueblos indigenas bajo el sistema de derechos humanos y la poca consideración de sus derechos en el sistema de inversiones estranjeras. Así que hacemos frente a una fragmentación en el derecho internacional, lo que da lugar a la necesidad de fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones.

4. ONU GA Res 61/295, 'Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas', UN Doc. A/RES/61/295.
5. Véase, *infra,* sección 2.3 para más detalles.

2.2 La protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de los derechos humanos

2.2.1 Características de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas gozan de algunas características que los hacen particularmente vulnerables a perturbaciones por parte de inversores estranjeros en sus tierras. Un aspecto que define a los pueblos indígenas tiene que ver con la conservación (al menos parcial) de sus formas tradicionales de vida, entre ellas, por ejemplo, sus instituciones para la toma de decisiones, así como la relación especial con sus tierras,[6] con las cuales establecen una relación emocional y espiritual de vital importancia para la cultura indígena.[7] En vista de esta importancia, son particularmente vulnerables a las intromisiones en sus tierras (las actividades de tala, la explotación de minerales, etc.) de los inversores (extranjeros). El problema se agravará por el hecho de que los territorios indígenas son a menudo de zonas ricas en recursos de especial interés para la explotación. Por otra parte, la significativa diferencia con la mayoría de la población, en especial debido a sus formas tradicionales de vida, hacen que los pueblos indígenas sean particularmente vulnerables a la influencia y la presión externa.[8] Los derechos indígenas que se encuentran en mayor riesgo en un contexto relacionado con la inversión son, por lo tanto, los derechos sobre sus tierras y recursos, así como su derecho a la identidad cultural (y el patrimonio cultural).[9] Estos derechos han recibido un creciente reconocimiento y protección por los instrumentos internacionales de los últimos tiempos.[10]

6. Véase el artículo 1 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (adoptado el 27 de junio de 1989 y en vigor a partir del 5 de septiembre de 1991) que establece el 'mantenimiento de algunas o todas de sus propias instituciones sociales, instituciones económicas, culturales y políticas' como característica definitoria de los pueblos indígenas.
7. Robert A Williams, 'Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World' (1990) 39 Duke Law Journal 660, 681.
8. Véase, Gudmundur Alfredsson, 'Indigenous Peoples and Autonomy' en Markku Suksi (ed.), *Autonomy: Applications and Implications* (Kluwer 1998) 125.
9. Véase International Law Association (ILA),'Rights of Indigenous Peoples: Conference Report' 75th ILA Conference (Sofia, Bulgaria, 26-30 August 2012) 3, que enumera la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras ancestrales, además de la auto-identificación como uno de los dos criterios esenciales para que una comunidad pueda ser considerada como un pueblo indígena. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024>.
10. Véase en este sentido también Federico Lenzerini, 'Foreign Investment in the Energy Sector and Indigenous Peoples' Rights', en Eric De Brabandere and Tarcisio Gazzini (eds.), *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests* (Martinus Nijhoff Editores 2014) 192, 194.

2.2.2 Instrumentos internacionales para la protección de los pueblos indígenas

Durante mucho tiempo los pueblos indígenas fueron descuidados en el ámbito internacional. Sin embargo, un creciente reconocimiento de sus derechos ha tenido lugar en las últimas décadas. Eso lo demuestra la adopción de instrumentos especializados,[11] como el Convenio 169[12] de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) de 1989, que es, junto a su predecedor de 1957, el Convenio 107 de la OIT[13], el único instrumento formalmente vinculante que se dedica especialmente a los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio 169 de la OIT concede derechos fundamentales, tales como el reconocimiento como pueblos culturalmente distintos (véase, por ejemplo, los artículos 1 y 5). Lo más importante del Convenio Nº 169 tiene que ver con el valor que se otorga a la relación específica de los pueblos indígenas con sus tierras (artículo 13), reconociéndose, en consecuencia, el derecho de los pueblos indígenas a las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan (artículo 14). El Convenio de la OIT 169 también establece sus derechos sobre los recursos ubicados en la superficie de sus tierras (artículo 15). En cuanto a los recursos del subsuelo, se proporciona un derecho de consulta en el artículo15 (2).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) contiene numerosas disposiciones en favor de los pueblos indígenas que pueden volverse importantes si las actividades de los inversores extranjeros continúan teniendo incidencia en sus territorios. En primer lugar, la Declaración reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas (artículos 5, 8, 9, 11, 12), que incluye el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural (artículo 31.1). Del mismo, modo los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios tienen un reconocimiento de gran profundidad y alcance. Particularmente la DNUDPI destaca la relación específica de los pueblos indígenas

11. El aumento de la protección de los pueblos indígenas en el derecho internacional va de la mano con un creciente reconocimiento de los derechos indígenas a nivel nacional, especialmente en los países de América Latina; véase, por ejemplo, las constituciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela (para mayor referencia véase International Law Association, 'The Rights of Indigenous Peoples: Conference Report' 74th ILA Conference (The Hague, Netherlands, 15-20 August 2010) 23. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024>).
12. El Convenio Nº 169 de la OIT (n 5) en octubre ha sido ratificado por 22 Estados (véase estado de las ratificaciones en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm>.
13. Convenio 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas, tribales y semitribales en países independientes, adoptado el 26 de junio de 1957 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 40º período de sesiones, entró en vigor el 2 de junio de 1959 .

con sus territorios (artículo 25) y su derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido (artículo 26).[14]

En consecuencia, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios deben asegurarse en la medida en que es necesario para preservar la relación espiritual de las personas (o comunidades) con sus tierras ancestrales.[15] Es importante destacar, además, que la DNUDPI obliga a los Estados a cooperar y consultar de buena fe a los pueblos indígenas con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar medidas o proyectos que les afecten (artículo 19) directamente, o a sus tierras o territorios, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (artículo 32). Mientras la DNUDPI no aclara de manera explícita si esto significa un derecho general a vetar proyectos[16] que afecten las tierras de los pueblos indígenas,[17] incluyendo así un derecho a veto, lo relacionado con la reubicación de los pueblos indígenas[18] y el almacenamiento o la eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas,[19] el artículo 3 de la DNUDPI les reconoce, por otro lado, el derecho a la libre determinación.[20] Cierto, una Declaración de la Asamblea General como la DNUDPI no es jurídicamente vinculante. No obstante, y a pesar de esa consideración, las disposiciones de la DNUDPI, sobre el derecho a sus tierras y la necesaria

14. Véase para mayor información ILA, Conferencia de La Haya, 'The Rights of Indigenous Peoples' (2010). Disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024>, 22-23. Cuando los pueblos indígenas han sido separados de sus tierras sin su consentimiento: '[…] tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras […]' (artículo 28 DNUDPI).
15. ILA, Conferencia de Sofía, *supra* n. 9, 30 (párr. 8).
16. Para la Corte Constitucional Colombiana, por ejemplo, ante la cuestión de si el consentimiento libre e informado puede traducirse en un poder de veto de las comunidades étnicas a los proyectos de inversión, ha dicho sin aclarar si es o no un derecho a veto 'que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma'. Corte Constucional colombiana, Sentencia T-129 de 2011, 75. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>.
17. Cfr. Texto de los artículos 19, 32.2 DNUDPI. Véase también ILA, Conferencia de Sofía, *supra* n. 9, 4.
18. Artículo 10 DNUDPI: 'Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado. […].'
19. Artículo 29.2 DNUDPI: 'Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.'
20. *Cfr.* ILA, Conferencia de Sofía, *supra* n. 9, 30 (párr. 5): '[…] los Estados deberán cumplir la obligación – consistente con la costumbre y cuando sea aplicable, con el derecho internacional convencional, para reconocer, respetar, proteger, cumplir y promover el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación [...].'

participación en las decisiones que les afectan, son fundamentales y generalmente consideradas como normas del Derecho internacional consuetudinario.[21]/[22]

Desde la perspectiva del derecho de las inversiones, los instrumentos de derechos humanos contienen disposiciones de importante consideración para las interacciones entre el derecho de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones. Al hacerlo se aumentan las posibilidades de conflicto con los derechos de los inversionistas extranjeros. En este aspecto son particularmente relevantes la codificación de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y su necesaria intervención en las decisiones que les afectan. Esto también se refleja en la jurisprudencia de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos.

2.2.3 Derechos de los pueblos indígenas e inversiones extranjeras en la jurisprudencia de las instituciones para la protección de los derechos humanos

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, en general, proporcionan protección. Las instituciones de vigilancia de los derechos humanos interpretan

21. *Cfr.* ILA, Conferencia de Sofía, *supra* 9, 23 et *seq.* y 30 (párr. 6). Ver particularmente *ibid.*, 30 (párr. 8): 'Los Estados deben cumplir –de conformidad con la costumbre y, cuando sea aplicable con el Derecho internacional convencional– con la obligación de reconocer, respetar, proteger, promover y cumplir los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales, territorios y recursos, que incluyen el derecho a la restitución de las tierras ancestrales, territorios y recursos de los que han sido privados en el pasado. Los derechos territoriales de los pueblos indígenas deben ser garantizados en la medida en que sea necesario para preservar la relación espiritual de la comunidad de que se trate, con sus tierras ancestrales, que es un requisito esencial para que una comunidad pueda conservar su identidad cultural, prácticas, costumbres e instituciones.' Véase ILA, Conferencia de La Haya, *supra* n. 14, 22-23; ILA, Conferencia de Sofía, *supra* n. 9, 15, 29: 'La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DNUDPI) en su conjunto aún no se puede considerar como Derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, incluye disposiciones claves que se corresponden con las obligaciones del Estado en virtud del Derecho internacional consuetudinario'. Para la CIDH, 'existe una norma de Derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales.' (Traducción no oficial). Véase también CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni c. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79, párr. 140(d).

22. Cfr., en este sentido ILA, Conferencia de Sofía, *supra* n. 9, 29 (se omiten las notas): 'Las disposiciones incluidas en la DNUDPI que todavía no se corresponden con el Derecho internacional consuetudinario, expresan sin embargo, las aspiraciones de los pueblos indígenas del mundo así como de los Estados en el camino por mejorar las normas existentes para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas'. Su reconocimiento por parte de los Estados en una Declaración subsumida 'dentro del marco de las obligaciones establecidas por la Carta de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos humanos sobre una base no discriminatoria y que fue aprobada con un apoyo abrumador por la Asamblea General de la ONU, lleva a una expectativa sobre el máximo cumplimiento de los Estados y los demás actores pertinentes […].' (Traducción no oficial).

sus disposiciones con el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, a nivel universal, el Comité de Derechos Humanos (CDH) interpretó el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que refiere al derecho a la integridad cultural de una manera que conduce a la protección de las tierras de los pueblos indígenas contra la interferencia externa.[23] Asimismo, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han confirmado un alto nivel de protección. Ambos Comités mantienen, por ejemplo, los requisitos de elevar la consulta a los pueblos indígenas, en los casos de explotación de recursos naturales en sus territorios. Por lo tanto, los Estados están obligados a llevar a cabo esas consultas con el objetivo de obtener su consentimiento previo.[24] Asimismo, las instituciones universales y regionales de vigilancia de derechos humanos han protegido las tierras ancestrales de los pueblos indígenas.[25]

Especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) confirma la mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas en la amplitud de sus decisiones razón por la cual el debate planteado sobre este tema se fundamenta en gran medida en la jurisprudencia de ese tribunal. En recientes sentencias de la Corte IDH han quedado suficientemente demostradas las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas en casos de proyectos de inversión sobre sus tierras. En la histórica decisión en el caso *Awas Tingni c. Nicaragua* en 2001, la Corte responsabiliza a Nicaragua por la violación del derecho a la propiedad en perjuicio de la comunidad Awas Tingni (artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)), al otorgar a una empresa de Corea del Sur la concesión para la explotación de recursos forestales en su territorio tradicional[26]

23. Véase, p. ej., CDH, *Länsman et al v Finland,* Comunicación No 511/1992 (8 de noviembre de 1994); HRC, *Apiraina Mahuika et al v New Zealand* (15 de noviembre de 2000) UN Doc CCPR/C/70/D/547/1993 (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no incluye un derecho de propiedad).
24. Véase el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Observación general Nº 21, 'Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (Art. 15, p. 1 (a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)', Documento de la ONU E / C.12 / GC / 21, de 21 de diciembre de 2009, en especial los párrs. 37 y 55; Comité CERD, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 9 de la Convención, Observaciones finales sobre Ecuador (62ª 2003), Documento de la ONU CERD / C / 62 / CO / 2 de 2 de junio de 2003, párrafo 16; ver Lenzerini (n 32 *infra*) para obtener más referencias y discusión.
25. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos y de la Comisión Europea de Derechos Humanos, véase: T. Koivurova, 'Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects', 18 International Journal on Minority and Group Rights (2011) 1.
26. Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos, 'El Caso Awas Tingni: Quince Meses Después. Los Retos del Proceso de Implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos' (2002) 3. Disponible en: http://scar.gmu.edu/Awas%20Tingni.pdf.

sin el consentimiento de esta, haciendo caso omiso de las constantes demandas de Awas Tingni para que demarcaran su territorio. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente confirmada en los casos *Yakye Axa c. Paraguay* (2005) y *Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006), en los que la Corte IDH ordenó a Paraguay restituir a los grupos indígenas las tierras ancestrales en manos de inversores privados.[27] En el caso del Pueblo *Saramaka c. Surinam* (2007), encontró que Suriname violó el artículo 21 de la CADH por el otorgamiento de concesiones mineras a empresas extranjeras en los territorios tradicionalmente ocupados por el pueblo Saramaka, sin el establecimiento de las garantías necesarias para evitar que las concesionarias causaran daños tanto a las personas como a sus territorios.[28] En el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* (2012), en el que los pueblos indígenas de Sarayaku no fueron consultados antes de la realización de actividades asociadas a un proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio por parte de inversores extranjeros, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural.[29] La Corte Interamericana reitera sus conclusiones en *Kaliña and Lokono Peoples c. Suriname* (2016), caso en el que la Corte estableció violaciones del derecho a la propiedad colectiva, a la identitad cultural y al derecho a la participación.[30]

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado, por ejemplo, en el caso *Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos*, en el que constató que ese país no había actuado de conformidad con sus obligaciones derivadas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADDH), al conceder una prospección minera de oro en tierras de pueblo indígena Western Shoshone que contaminó el agua y afectó el uso de las tierras de

27. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay,* Sentencia del 27 junio 2005, Serie C, Nº 125, párrs. 148, 217, 218; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay,* Sentencia del 29 marzo 2006, Serie C, Nº 146, párrs. 135-141 y 210-214.
28. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, Sentencia del 28 noviembre 2007, Serie C, Nº 172, párrs. 174, 175 y 214. Vea tambien Corte IDH, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* (2016) que se refiere mucho a Saramaka (p.ej. párr. 201) y otros casos anteriores (párrs 131 et seq, 155).
29. *Cfr.,* Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador,* Sentencia del 27 junio 2012, Serie C, Nº 245, párrs. 177 y 220. El caso se refiere a una disputa que también fue tratado por un tribunal de inversiones: *Burlington v. Ecuador;* véase *Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador,* ICSID Case Nº ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 junio 2010, disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1530_En&caseId=C300; y *Burlington Resources Inc v. The Republic of Ecuador,* ICSID Case Nº ARB/08/5, Decision on Liability, 14 diciembre 2012.
30. Vea tambien la Corte IDH, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname,* 28 enero 2016, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_ing.pdf>.

las hermanas Dann,[31] miembros de la comunidad. Por ello la CIDH recomienda al Estado que otorgue a Mary y Carrie Dann las medidas necesarias para garantizar el respeto del derecho de las hermanas Dann a la propiedad, de acuerdo con los artículos II, XVIII y XXIII de la DADDH.

Por otro lado, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos encontró la violación de numerosas disposiciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos por parte de Nigeria en relación con un proyecto sobre la producción de petróleo en las tierras de la comunidad indígena Ogoni, el cual había provocado la degradación del medio ambiente y causado graves problemas de salud a los miembros de los Ogoni.[32]

2.2.4 Evaluación: posible fragmentación, dada la mayor protección de los derechos de pueblos indígenas frente a inversores extranjeros

Así, también la creciente jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos confirma la continua evolución de los derechos de los pueblos indígenas mediante el establecimiento de estándares normativos. Este desarrollo profundiza la probabilidad de mayores conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los inversores lo cual se evidencia en las decisiones de las instituciones competentes en materia de derechos humanos, las cuales, cada vez y con mayor frecuencia, reciben casos de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas por parte de inversores.

Las constelaciones que rigen este tipo de conflictos son normalmente similares e implican una relación triangular entre los Estados, los pueblos indígenas y los inversores extranjeros. En general, el origen de la controversia se produce mediante una concesión otorgada por un Estado para el desarrollo de una actividad o un proyecto de explotación de recursos naturales o mineros, en contradicción con derechos preexistentes de los pueblos indígenas.[33] Cuando el Estado posteriormente quiere corregir tal situación mediante la imposición de una reglamentación específica para salvaguardar derechos de los pueblos indígenas sin compensar al inversionista, puede

31. CIDH, *Mary and Carrie Dann v. United States, Caso 11.140*, 27, de diciembre de 2002, Informe Nº 75/02, párr. 172.
32. Véase African Commission on Human and Peoples' Rights, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeri*a (Comm. Nº 155/96) (2001), especialmente párr. 55 *et seq*. Disponible en: http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96.html; véase F. Lenzerini, 'Foreign Investment in the Energy Sector and Indigenous Peoples' Rights', en E. De Brabandere/T. Gazzini (eds.), *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests* (2014).
33. Ver Kriebaum, *supra* n. 3, 657. El riesgo de conflictos es alto, ya que los territorios indígenas se encuentran en parte sin definir por falta de demarcación de sus tierras ancestrales.

surgir un escenario de disputas de inversión y el inversionista extranjero puede recurrir al arbitraje de inversión en vista de la interferencia del Estado de acogida con su inversión. Las posibles reclamaciones de inversión en juego son la expropiación indirecta –cuando las medidas gubernamentales para proteger las tierras indígenas reducen el valor económico de un proyecto de inversión en la medida en que se hace equivalente a una expropiación– así como los incumplimientos del estándar del trato justo y equitativo (TJE), de no discriminación, protección o seguridad plena.[34]

Por ello, esto no es tanto una cuestión de las obligaciones incompatibles.[35] La expropiación a los inversionistas extranjeros para dar cumplimiento a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas no es en sí misma ilegal. De lo que se trata es de que la indemnización tiene que ser pagada. Sin embargo, las altas cantidades que deben ser compensadas podrían suponer un problema para los Estados de acogida. En consecuencia, surge la interrogante relacionada con las interacciones/conflictos entre el Derecho de las inversiones y el Derecho de los pueblos indígenas respecto a la posibilidad y en qué medida los Estados pueden utilizar los derechos de los pueblos indígenas como un 'escudo' contra las reclamaciones presentadas por los inversores extranjeros.

En este contexto, parece de particular interés conocer cuáles casos efectivamente han sido presentados ante los tribunales de inversión, es decir, si efectivamente los derechos de los pueblos indígenas han jugado un papel importante en la jurisprudencia de los tribunales de inversión.

2.3 Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de los tribunales de inversión

Hasta el momento son pocos los casos o disputas relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y proyectos de inversiones en sus tierras[36] que han llegado a la fase de sentencia ante los tribunales internacionales de inversión. Menos aun

34. *Cfr.* para los casos de inversion *infra,* sección 2.3.
35. Como ha señalado acertadamente Kriebaum, *supra* n. 3, 656: 'Las obligaciones que corresponden al Estado en virtud de tratados de derechos humanos no deberían dar lugar a un conflicto en un sentido estricto con las normas de protección de inversiones. Los tratados de derechos humanos no imponen una obligación a los Estados a expropiar sin indemnización, ni para tratar a los inversionistas de manera injusta o discriminatoria […].' (Traducción propia).
36. Véase Lenzerini, *supra* n. 32. Existen otros casos pendientes en los que los gobiernos apelan a los argumentos de los derechos de los pueblos indígenas. Esos incluyen *South American Silver Limited v. Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case Nº 2013-15: 'las poblaciones indígenas locales en el Estado Plurinacional de Bolivia se opusieron a un proyecto minero en la zona de la Mallku Khota debido a su impacto en las lagunas sagradas. Tras

han sido declarados admisibles. Esto puede explicarse por el hecho de que algunos conflictos se resuelven o en el nivel nacional o a través de acuerdos extrajudiciales. En otros casos, las reclamaciones no llegan a convertirse en litigios ante tribunales de inversión, debido a la complicidad de autoridades nacionales que encubren las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, interfiriendo o absteniéndose de actuar para no perjudicar los derechos de los inversionistas extranjeros. La jurisprudencia de los tribunales de inversión, como veremos seguidamente, ilustra el potencial de conflictos entre derechos de los pueblos indígenas y derechos de inversores extranjeros.

Los casos de inversión que alcanzaron la fase de sentencia trataron temas de gran importancia para los pueblos indígenas. Aun así, los derechos de los pueblos indígenas, en general, desempeñaron un papel muy limitado en el ámbito de los tribunales. El primero y quizás el más conocido es el de *Glamis Gold c. Estados Unidos* (2009).[37]

Glamis Gold es una empresa que adquirió derechos de concesión minera sobre tierras públicas federales en el Valle Imperial de California; planteó la extracción masiva de oro a cielo abierto, mediante lixiviación con cianuro, procedimiento minero que ha sido prohibido por un número creciente de países y por el estado

una fuerte protesta social y el reconocimiento por parte del Gobierno de que el proyecto violó varias de las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (Nº 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Gobierno revirtió la concesión del inversor. El inversor demandó bajo el tratado bilateral de inversión Reino Unido-Bolivia, alegando una violación de las cláusulas de trato justo y equitativo y la expropiación, entre otras disposiciones. El Gobierno está tratando de llevar a la consideración de los derechos humanos, incluida la Declaración, en el caso de solución de controversias entre inversores y Estado, incluyendo al afirmar que el inversor ha violado los derechos humanos, incluidos los contenidos en la Declaración'. Véase <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/documents/annual-reports/93-report-ga-2015>; <https://www.pcacases.com/web/view/54>; Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru (ICSID Case Nº ARB/14/21), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4466.pdf>; Peru's Counter-Memorial 6 October 2015, se fundamentan los argumentos en el Convenio n º 169 de la OIT. Ver párr. 135: 'En 2007, el Gobierno de Perú autorizó a una empresa minera canadiense, Bear Creek Mining Corporation, para operar la mina de plata Santa Ana. Los grupos indígenas estaban preocupados por el impacto en el lago Titicaca y llevaron a cabo una serie de huelgas y bloqueos. Tras esa acción, y la muerte de seis manifestantes cuando la policía disparó contra los manifestantes en su mayoría indígenas que se oponen al proyecto, el Gobierno se vio obligado a revocar la autorización de la empresa minera en 2011. Al mismo tiempo, el Gobierno dio a las comunidades indígenas locales la facultad de aprobar o negar cualquier operación de minería o perforación en la zona. El inversor está ahora demandando al Gobierno de Perú bajo el capítulo de inversiones del tratado de libre comercio entre Canadá y Perú, y parece probable que reclame la expropiación de su inversión. Hay indicios de que el Gobierno permitiría reinicar la explotación de la mina para evitar una costosa batalla legal.' (Véase <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/documents/annual-reports/93-report-ga-2015>).

37. *Glamis Gold, Ltd. and United States of America,* UNCITRAL, Award, 8 de junio de 2009, disponible en: <http://www.state.gov/s/l/c10986.htm.>

de Montana. En abril del 2003, en parte como respuesta al Proyecto Imperial, el Estado de California tomó medidas para limitar el impacto de la minería a cielo abierto. La Asamblea Legislativa del Estado de California aprobó la Ley SB 22, la cual exige específicamente el relleno de minas a cielo abierto que se encuentren en o cerca de sitios sagrados o en áreas de especial interés. Como respuesta a las medidas adoptadas por el Estado de California, Glamis invocó las reglas de inversión del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de America del Norte (TLCAN),[38] con el argumento de que se destruiría el valor económico de su inversión, asemejándose a una expropiación, por una parte ,y por la otra, señaló que el estándar del trato justo y equitativo/TJE fue violado, siendo, en consecuencia, objeto de discriminación, pues su proyecto fue sometido a regulaciones más onerosas que las de otros operadores. El Gobierno de los Estados Unidos se basó en las leyes federales y estatales que conceden protección a los sitios sagrados tribales y otros recursos tribales. La tribu indígena Quechan participó en calidad de *amicus curiae*.[39] En el fallo, el tribunal no encontró que Estados Unidos hubiera violado sus obligaciones. Las medidas de relleno requeridas no eran del impacto económico suficiente como para ser asimiladas a una expropiación.[40] Del mismo modo, la norma TJE no fue violada, ya que las medidas eran de aplicación general.[41] La decisión fue, por lo tanto, favorable a los derechos de la nación indígena. Sin embargo, es importante destacar que la argumentación sobre los derechos de los pueblos indígenas no jugó un papel central, cuando mucho un papel menor o secundario en el razonamiento del tribunal.

En el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. Ecuador*, Chevron recurrió al arbitraje de inversión ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya contra la sentencia de los tribunales del país, que ordenaron que debían pagar 18,2 mil millones de dólares americanos a las comunidades indígenas como consecuencia de los daños por el vertido de desechos tóxicos en el Amazonas.[42]

38. Amigos de la Tierra-EE.UU. y Oxfam América, 'Glamis Gold: Estudio de Caso de Inversión en la Destrucción' 2-3. Disponible en: <http://www.oxfamamerica.org/static/oa3/files/OA-Glamis_Gold_Espanol.pdf>.
39. *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, Non-Party Supplemental Submission by the Quechan Indian Nation. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/75016.pdf.
40. Glamis Gold, *supra* n. 37, párr. 536.
41. *Ibid.,* párrs. 598-830. Esto, como sostuvieron Kriebaum y Schreuer, en aplicación de un particular elevado umbral de la norma; véase C. Schreuer/U. Kriebaum, 'From Individual to Community Interest in International Investment Law', en U. Fastenrath et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (2011) 1079, 1086.
42. *Maria Aguinda and others v. Chevron Texaco Corporation,* Proceeding Nº 002-2003, Suprema Corte de Justicia, Nueva Loja, Ecuador. La disputa fue llamada 'Lago Agrio Litigation' porque el tribunal se encontraba en la ciudad de Lago Agrio. En enero de 2012 la decisión fue confirmada ante el tribunal

Chevron argumentó, entre otras cosas, el incumplimiento de las obligaciones de Ecuador bajo el TBI entre ese país y los Estados Unidos de Norteamérica, incluyendo la violación de los estándares sobre trato justo y equitativo/TJE, protección y seguridad plena, así como el tratamiento no arbitrario y no discriminatorio.[43] Por ello la empresa Chevron pidió al tribunal que declarase que ningún juicio en el ámbito nacional está firme y, por lo tanto sería inejecutable. En 2012 el Tribunal emitió un fallo provisional que ordenó a la República del Ecuador –y a todos sus poderes, incluyendo al poder judicial– impedir la ejecución y el reconocimiento de la sentencia por 18,2 mil millones de dólares americanos emitida en Lago Agrio –tanto dentro como fuera del Ecuador–.[44] El fallo amplía una resolución anterior que exigía al Ecuador 'tomar todas las medidas a su alcance para suspender o hacer que se suspenda la ejecución o reconocimiento de cualquier sentencia, tanto dentro como fuera del Ecuador'.

Mientras se han producido estos fallos con el fin de detener la ejecución de la sentencia,[45] la disputa sigue pendiente al momento de escribir este trabajo.[46]

En el caso *Burlington c. Ecuador,* el demandante, una compañía de petróleo y gas de los Estados Unidos que había obtenido una concesión de hidrocarburos en la selva amazónica, argumentó que la República del Ecuador era responsable por no proporcionar plena protección y seguridad a sus inversiones de los ataques de las comunidades indígenas locales que se oponían al proyecto.[47] El tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),

de apelaciones. Véase CNN, 'Tribunal de Ecuador confirma condena contra Chevron por 8.6 mil millones de US$', 4 de enero de 2012, (disponible en: <http://edition.cnn.com/2012/01/04/world/americas/ecuador-chevron-lawsuit/index.html>), con un acuerdo de cumplimiento de la sentencia en Argentina, Brazil, Canadá y USA; véase B. Reddall, 'Tribunal Presses Ecuador to Halt Chevron Case Enforcement', Reuters, 8 de febrero de 2013.Disponible en: <http://www.reuters.com/article/2013/02/09/chevron-ecuador-idUSL1N0B8FBB20130209>.

43. *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation c. the Republic of Ecuador,* Claimants' Memorial on the Merits, párrs. 456 *et seq*.
44. *Ibid.,* párr. 547.
45. *Cfr.* las cuatro decisiones y las medidas adoptadas en la sentencia, publicadas el 7 de febrero de 2013. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1274.pdf>. Vea también, respectivamente: "A panel from the District Court of the Hague in the Netherlands recently ruled that an arbitration tribunal, convened under the authority of the U.S.-Ecuador Bilateral Investment Treaty, did have jurisdiction in the case and affirmed the legitimacy several interim awards favoring the Chevron oil company', <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7104.pdf>. Especialmente relevante son los párrs. 4.24 y 4.37: ninguna violación de la buena moral. No hace referencia a los derechos de pueblos indígenas.
46. Véase la pagina web del PCA, <http://www.pcacases.com/web/view/49>.

sin embargo, desestimó la demanda por motivos procedimentales;[48] por lo tanto, no entró a conocer el fondo de la causa interpuesta.

Gallo c. Canadá[49] es un caso relacionado con la inversión para el desarrollo de una minería a cielo abierto y la construcción anexa de un vertedero de basura en el estado canadiense de Ontario. El Gobierno de Ontario había promulgado leyes que impedían al inversionista adquirir tierras en las cuales podía construir el vertedero de basura.[50] Sobre esta base, el inversionista (Gallo) presentó una demanda bajo el TLCAN por la expropiación ilegal y la violación del estándar del TJE. En su defensa, Canadá invocó los derechos de los pueblos aborígenes locales, especialmente los derechos a la tierra, lo que habría sido violado, al haberse permitido la compra del terreno por parte del inversionista.[51] El tribunal del TLCAN desestimó la demanda del inversor por falta de jurisdicción y, por consiguiente, no entró a discutir los méritos de la querella[52].

En los casos anteriores, las actividades de los inversores extranjeros han interferido o tenían el potencial de interferir sobre los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, los inversores fueron posibles autores de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.[53] Las inversiones y las actividades económicas

47. *Burlington v. the Republic of Ecuador*, Claimants' Memorial on the Merits, párrs. 456 *et seq*.
48. *Ibid*., párr. 315. Tenga en cuenta, sin embargo, que el tribunal decidió sobre el fondo del reclamo de expropiación de Burlington y encontró a la República del Ecuador en incumplimiento de sus obligaciones; *cfr. Burlington Resources Inc v. The Republic of Ecuador,* ICSID Case Nº ARB/08/5, Decision on Liability, 14 de diciembre de 2012, párr. 546. Esto no obstante sin afectar los derechos de los indígenas.
49. *Cfr. Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Arbitration under Chapter 11 NAFTA and UNCITRAL Arbitration Rules (Arbitraje de conformidad con el Capítulo 11 del TLCAN y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), Award, 15 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0351_0.pdf>.
50. *Cfr. Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Investor's Memorial, 1 de marzo de 2010, párr. 8. Disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gallo.aspx?lang=eng>.
51. *Cfr. Vito G. Gallo v. Government of Canada*, Government of Canada Counter Memorial, 29 de junio de 2010, párr. 137. Disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gallo.aspx?lang=eng>.
52. *Gallo, supra* n. 49, párr. 341.
53. Véase también la orden de procedimiento en los casos del CIADI, *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case Nº ARB/10/15, Award, 28 de julio de 2015; *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe,* ICSID Case Nº ARB/10/25, Orden Procesal Nº 2, 26 de junio de 2012, en que el tribunal arbitral negó una petición amicus curiae presentado conjuntamente por cuatro comunidades indígenas de Zimbabwe y una ONG europea. Los peticionarios *amicus curiae* indígenas habían argumentado que la tierra que está en juego en la disputa de inversión era parte de su territorio ancestral y que, por lo tanto,

entraban en conflicto con los derechos no económicos y culturales de los pueblos indígenas; destacándose particularmente entre los derechos que más entran en conflicto: los derechos a la identidad cultural, a la tierra y la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan.[54]

En el caso *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. c. Estados Unidos*, por el contrario, los inversionistas extranjeros eran indígenas y argumentando con su estatus de ser Primera Nación exigieron un trato preferencial en un arbitraje del TLCAN.[55] Dicho de otra manera, alegaron privilegios económicos especiales asociados a su indigenismo. Grand River es, pues, uno de los asuntos excepcionales en que los inversionistas se han referido a su condición de pueblos indígenas para sustentar sus demandas[56] para delinear el alcance de los derechos de los mismos inversionistas. En esta controversia los demandantes controlaban una empresa canadiense dedicada al negocio de exportación de tabaco a los Estados Unidos. Sostuvieron que la inversión había sido perjudicada por una reglamentación estadounidense que requería contribuciones de empresas tabacaleras a los gastos de salud para los pacientes afectados por el tabaquismo. Sus argumentos, entre otras cosas, se referían a la cuestión de que las medidas equivalieron a una expropiación y violaron a la vez el estándar mínimo del Derecho consuetudinario internacional sobre trato justo y equitativo/TJE. Afirmaron que las medidas estadounidenses eran incompatibles con su 'expectativa legítima [...] a no ser sometidos a la acción reguladora',[57] debido a su estatus como una de las primeras naciones de América del Norte.[58] El tribunal no se pronunció sobre la solicitud de inmunidad de la regulación estatal sino que sostuvo que no podía haber una expectativa razonable de no estar sujeto a la regulación estatal al participar en

tenían un gran interés en el resultado de los procesos de inversión. Para mayor referencia y un punto de vista crítico sobre la negativa del tribunal de inversiones para admitir la petición *amicus curiae,* véase C. Schliemann, 'Requirements for Amicus Curiae Participation in International Investment Arbitration. A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15', en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2013) 365.

54. Véase, artículos 5, 8, 9, 11, 12, 19, 25, 26, 31, 32 de la DNUDPI.
55. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States,* UNCITRAL, Award, 12 de enero de 2011. Disponible en: http://www.state.gov/s/l/c11935.htm; para más detalles véase, C. Binder, 'Investment Law and Indigenous Peoples: The Grand River Case', 2 *Rivista dell' Arbitrato* (2013) 487.
56. También de manera más general, los inversores raramente argumentan una violación de sus derechos humanos como inversores; Cfr. Schreuer/Kriebaum, *supra* n. 41, 1089 para más información.
57. *Grand River, supra* n. 55, párr. 128.
58. De hecho, los demandantes ampliamente confiaron en la DNUDPI como fundamento de sus argumentos. Véase *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States*, Claimant's Memorial, 10 de julio de 2008, párrs. 150, 151, 158 n. 198, 171, 174, 189.

el negocio de distribución de tabaco a gran escala.[59] Asimismo, consideró que la medida no constituía una expropiación, puesto que el negocio de los demandantes siguió siendo rentable.[60] Al final, el tribunal Grand River desestimó la demanda; no obstante, la sentencia sigue siendo interesante por su amplia referencia a los derechos de los pueblos indígenas.[61]

2.4 Valoración crítica: la fragmentación del derecho internacional

Los casos de inversión discutidos anteriormente están relacionados con asuntos de enorme importancia para los pueblos indígenas, a pesar de que la invocación de los derechos de los pueblos indígenas no jugó un papel determinante para su resultado. No obstante los casos ponen de manifiesto la necesidad de hacer frente a las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos vinculados a las in-

59. *Grand River, supra* n. 55, párr. 141 *et seq*.
60. *Ibid.,* párrs. 152-153.
61. Vea el énfasis que el tribunal *Grand River* ha puesto en su decisión en cuanto al derecho de consulta a los pueblos indígenas en los siguientes términos: 'Puede ser [...] que existe un principio de Derecho internacional consuetudinario que exige a las autoridades gubernamentales consultar a los pueblos indígenas en las políticas gubernamentales o acciones que les afecten significativamente. Uno de los miembros del Tribunal ha establecido que existe una norma consuetudinaria. Por otra parte, un estudio reciente realizado por un comité de expertos en Derecho internacional, reunidos bajo el auspicio de la Asociación de Derecho Internacional, luego de un exhaustivo estudio de prácticas internacionales y de instituciones del Estado, determinó que existe una amplia gama de normas consuetudinarias de Derecho internacional relacionada con los pueblos indígenas, incluyendo "el derecho a ser consultados con respecto a cualquier proyecto que pueda afectarlos". Como señalan los demandantes, el deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas está establecido en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, en particular en su artículo 19, así como en varios otros artículos. En su contestación a la demanda el demandado mantiene en términos amplios que la Declaración no se corresponde con el Derecho internacional consuetudinario. Igual argumento sostuvo Canadá en su comunicación al Tribunal, como parte no contenciosa. Sin embargo, al ser interrogado por el Tribunal en este punto durante la vista, el abogado del demandado declaró que algunas partes de la Declaración podrían reflejar los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho consuetudinario emergente.' (*Ibid.*, párr. 210. (Traducción no oficial del español). Más aun, el tribunal Grand River criticó, entre otras cosas, la participación de la que carecen las Primeras Naciones y los gobiernos tribales en el desarrollo de las propuestas de enmienda a la MSA (párr. 185), así como la sensibilidad que falta en los EE.UU. para establecer una relación con los Demandantes (intereses de las naciones indígenas) (párr. 186). También se refirió de manera más general a la creciente protección de los derechos de los pueblos indígenas (párr. 186). Así mismo sostuvo que la obligación de consultar a los pueblos indígenas debía ser igualada con la obligación de consultar a los inversores individuales (párr. 211). Sostuvo que las consultas deberían haber ocurrido con las Primeras Naciones cuyos miembros podrían y estaban siendo afectados por la MSA y las medidas conexas (párr. 212). Dicho de otra manera, el Tribunal 'operacionalizó' la obligación de consultar con los pueblos indígenas, aplicándolo al caso de autos.

versiones. Por lo tanto, el creciente reconomicmiento de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito de derechos humanos aumenta el potencial de interacciones y conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y el Derecho de inversión, lo cual es muy probable que continúe con el reconocimiento, cada vez mayor, de los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, hay claros signos de fragmentación entre los regímenes de derechos humanos/derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones extranjeras.

G*rosso modo* es posible distinguir dos tipos de situaciones. Por un lado, la utilización de los derechos de los pueblos indígenas como 'escudo' (véase, por ejemplo, *Glamis Gold, Burlington, Chevron*) y, por el otro, como una 'espada' *(Grand River Enterprises)*. En el primer caso, los Estados de acogida, al tomar medidas para proteger a los pueblos indígenas, interfieren con los derechos de los inversionistas, con lo cual son capaces de utilizar los derechos de los pueblos indígenas como un 'escudo'. La invocación a los derechos de los indígenas puede servir de defensa contra las presuntas violaciones de los acuerdos de inversión.[62] La invocación de los derechos de los indígenas como una 'espada', por el contrario, refiere a las reclamaciones que realizan inversionistas indígenas que, apegados a su condición étnica, exigen un trato preferencial, como quedó evidenciado en el caso de *Grand River.*

En ambos casos, en que se ha utilizado el derecho indígena como un 'escudo' y como una 'espada', se muestra el potencial de conflictos entre entre el Derecho de los indígenas y el Derecho de los inversionistas. Hay senos de una fragmentación entre los subsistemas de derecho internacional, derechos humanos y el derecho de las inversiones. Por ello es esencial examinar los medios necesarios para alcanzar una mejor coordinación entre los sistemas, y en ese sentido establecer ¿Cómo deberían ser abordadas las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones? ¿Cuáles serían las técnicas de coordinación? ¿Cómo fomentar el diálogo y reducir el riesgo de fragmentación entre los derechos de pueblos indígenas y los derechos de inversores extranjeros?

62. Véase en este sentido también la jurisprudencia de las instituciones de supervisión de los derechos humanos, *supra* sección 2.2. Después de haber sido encontrado en violación de sus derechos en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los Estados pueden ser inducidos a 'corregir' situaciones a través de una interferencia con los derechos de los inversionistas extranjeros, protegidos, en virtud de los acuerdos de inversión.

3. Cómo fomentar el diálogo: medidas existentes para tomar en consideracion los derechos de los pueblos indígenas en contextos de inversiones

3.1 Marco general

Como se verá, existe una variedad de posibilidades para tomar en cuenta en el tema de los derechos de los pueblos indígenas en las controversias sobre inversiones, que incluyen: la jurisdicción y el Derecho aplicable, la interpretación de los tratados y la participación de *amicus curiae*. Así mismo hay que destacar el papel que juega, en la promoción de la causa indígena, la mejora de los requisitos de transparencia y la formación de los árbitros en los procesos de inversión.

Con respecto a la jurisdicción y al Derecho aplicable, así como la interpretación de los tratados, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional puede tener un gran impacto en el desarrollo de las normas sustantivas, especialmente en la medida en que se incorporen al Derecho internacional consuetudinario. También procesalmente los derechos humanos exigen un máximo respeto por los derechos de los pueblos indígenas.[63] En concreto, vale la pena mencionar el Derecho de los pueblos indígenas a ser oídos en los procesos de inversión; por ejemplo, en calidad de *amicus curiae* y más en abstracto, al presionar por un aumento de los requisitos de transparencia.

Estos aspectos constituyen medidas que fomentan el diálogo entre los sistemas de derechos humanos y el derecho de inversiones que pueden así reducir el riesgo de la fragmentación antes mencionado.

Aún así y a pesar de la amplia gama de posibilidades para hacer frente a las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones a disposición de los tribunales de inversión, los tribunales hasta ahora no parecen haber hecho uso de tales posibilidades, no al menos en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas.[64] Una de las principales razones de esta falta de tratamiento

63. *Cfr.* artículos 3, 19, 32 DNUDPI.
64. Para mayores referencias sobre el debate en cuanto al derecho de las inversiones y los derechos humanos, véase *supra* n. 3.

judicial radica en el hecho de que las partes pocas veces han presentado como argumentación los derechos de los pueblos indígenas y humanos en los procesos de inversión.[65] Por esa razón, las diferentes técnicas y su potencial para fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos y de inversiones tendrán que ser discutidas principalmente de modo general o abstracto.

3.2 Jurisdicción y derecho aplicable

Una primera posibilidad de fomentar el diálogo es que normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas pueden contribuir a conformar el Derecho aplicable.[66] Más particularmente, ese reconocimiento aumenta las posibilidades en los tribunales de inversión de hacer referencia a los derechos de los pueblos indígenas, como 'derecho aplicable entre las partes' con relación a las disposiciones que constituyen una codificación del Derecho internacional consuetudinario. Esto, sin embargo, bajo una advertencia importante: la posibilidad de que un tribunal de inversión pueda invocar los derechos de los pueblos indígenas depende en gran medida de la cláusula de jurisdicción en el tratado de inversión. La jurisdicción de un tribunal se limita a lo que las partes hayan acordado. Por lo tanto, cuanto más amplia sea una cláusula jurisdiccional, más probabilidad tiene un tribunal para considerar presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.[67] Como ejemplo de una cláusula amplia de jurisdicción vale la pena mencionar el artículo IX del TBI Noruega-Lituania, el cual comprende 'cualquier disputa que surja entre el inversionista de una parte contratante y la otra parte contratante en relación con una inversión [...].'[68] En el caso de estas amplias cláusulas jurisdiccionales, sería en principio en el ámbito de la jurisdicción del tribunal de inversiones, de examinar violaciones de los derechos de los pueblos indígenas que pudieran surgir en relación con una inversión.[69] La mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas en el

65. Véase Schreuer/Kriebaum, *supra* n. 41, 1096: '[…] los árbitros son propensos a reaccionar a las presentaciones de las partes, quienes van a invocar intereses de la comunidad [community interests; incluidos los derechos humanos], sólo si sirve a sus intereses particulares. Sería atípico para un tribunal, investigar y promover los intereses de la comunidad por iniciativa propia.' (Traducción propia).
66. Véase *supra* Parte 2.
67. Kriebaum, *supra* n. 3, 661.
68. Artículo IX del Tratado Bilateral de Inversiones entre Noruega y Lituania.
69. Por el contrario, las cláusulas jurisdiccionales estrechas, que restringen la competencia a violaciones del tratado de inversión, dejan muy poco margen para hacer referencia a los derechos de los pueblos indígenas; véase, por ejemplo, el artículo 9 del TBI Países Bajos-El Salvador como ejemplo de una cláusula jurisdiccional

derecho internacional tendría sin duda alguna un mayor potencial con las mismas cláusulas jurisdiccionales amplias.[70]

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la posibilidad de tomar en cuenta los estándares internacionales concernientes a los derechos indígenas, en términos de la legislación aplicable, tiene que ver con la posibilidad de que los tribunales competentes en materia de inversiones dispongan de un marco jurídico suficientemente amplio como para encontrar las posibles violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a que se refiera la controversia. Cláusulas típicas sobre la 'elección de Derecho aplicable' *(choice of law clauses)* en los tratados de inversión se refieren al Derecho del país de acogida y a las normas de Derecho internacional que sean aplicables.[71] Por lo tanto, los tribunales podrían, siempre que la cláusula jurisdiccional sea suficientemente amplia, recurrir a los instrumentos pertinentes para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el marco del Derecho internacional (véase, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT) o al Derecho internacional consuetudinario aplicable. En una línea similar, los tribunales también podrían aplicar los derechos de los pueblos indígenas como parte del derecho del Estado de acogida.[72]

En el caso, por ejemplo, cuando el conflicto de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra compite con las reclamaciones de los inversores extranjeros, los tribunales podrían basarse en técnicas pertinentes para la resolución de conflictos de normas, invocando especialmente los principios de la *lex posterior* o la *lex specialis*.[73] Un tribunal podría incluso considerar la jerarquía de las normas en caso de obligaciones de *ius cogens*. Los Derechos de los pueblos indígenas que podrían

.....

estrecha: '[...] Las disputas que se produzcan en el ámbito de este Acuerdo entre una Parte Contratante concerniente a una inversión en el territorio de la primera Parte Contratante, deberán, si es posible, ser resueltas a través de consultas [...].'

70. Véase sobre la discusión sobre la jurisdicción y el derecho applicable, Kriebaum, *supra* n. 3, 660 *et seq.*
71. *Cfr.* artículo 10(7) del Tratado Bilateral de Inversiones entrel los Países Bajos y Argentina; véase artículo 42(1) del Convenio del CIADI, que establece que '[...] A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la controversia, incluyendo las normas de derecho internacional, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.' Cfr. Kriebaum, *supra* n. 3, 661 para mayor información.
72. Esto parece particularmente importante en virtud del creciente reconocimiento nacional de los derechos de los pueblos indígenas en especial en los países latinoamericanos. Véase, por ejemplo, las constituciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. Para mayor referencia ver ILA, Conferencia de La Haya, *supra* n. 14, 23.
73. Véase T. Gazzini/Y. Radi, 'Foreign Investment with a Human Face, with Special Reference to Indigenous Peoples' Rights', en R. Hofmann/C. Tams (eds.), *International Investment Law and Its Others* (2012) 87. Disponible en: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030871>.

ser clasificados como *ius cogens* incluyen el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas o su derecho a no ser objeto de genocidio cultural en caso de violaciones consistentes de sus territorios y su patrimonio cultural.[74] Hasta ahora, sin embargo, estos criterios no parece que han sido aplicados por los tribunales de inversión, de lo cual se deduce que la posibilidad de fomentar el diálogo continúa sin realizarse.

También claúsulas en tratados de inversión que requieren la conformidad con el derecho aplicable del Estado de acogida ('in accordance with host state law clauses') pueden ser un medio para dar efecto a los derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que estos derechos son parte de la legislación de dicho Estado. En este sentido son de especial importancia las normas constitucionales de apertura, en las cuales se hace referencia, por ejemplo, 'al Derecho internacional de los derechos humanos' y, por lo tanto, también a los estándares internacionales concernientes a los derechos de los pueblos indígenas en la medida que sean vinculantes (*i.e.* o en tratados internacionales entre los partidos o como derecho consuetudinario)[75]. Varios tratados de inversión incluyen en la definición de la inversión la mención a 'de acuerdo con el derecho aplicable del Estado de acogida'.[76] De esa manera, las inversiones que se hacen en violación del Derecho del Estado de acogida no gozan de protección en virtud de un TBI y, por lo tanto, los inversores pueden perder su protección en casos de graves violaciones de los derechos de los pueblos indígenas que al mismo tiempo constituyen una violación del Derecho interno del Estado de acogida. Incluso, también sin cláusulas explícitas los tribunales de inversión han examinado si las inversiones se realizaron de conformidad con la legislación del Estado de acogida antes de otorgarse la protección.[77] El requisito es que las inversiones no deben realizarse en violación de la legislación nacional del país de acogida, pues de lo contrario se convierte en un medio de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Por esta vía se contribuirá a su vez a obtener mayor reconocimiento en arbitrajes internacionales de inversión y, en consecuencia, a fomentar el diálogo.

74. Cfr. V.S. Vadi, 'When Cultures Collide: Foreign Direct Investment, Natural Resources, and Indigenous Heritage in International Investment Law', 42 *Columbia Human Rights Law Review* (2011) 798, 857 *et seq.*
75. Cfr. artículos 57 *et seq.* de la Constitución del Ecuador de 2008.
76. Cfr. artículo 1.1 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y Filipinas; artículo 1.4 del Tratado Bilateral de Inversiones entre España y México; véase Kriebaum, *supra* n. 3, 664 para mayores detalles.
77. El tribunal del CIADI en *Plama Consortium Limited v. Bulgaria* observó que: 'A diferencia de una serie de tratados bilaterales de inversión, el TCE [Tratado sobre la Carta de la Energía] no contiene una disposición que requiera la conformidad de la inversión con una ley en particular. Esto no significa, sin embargo, que las protecciones previstas por el TCE cubran todo tipo de inversiones, incluidas las contrarias a la legislación nacional e internacional.' (*Plama Consortium Limited v. Bulgaria,* ICSID Case Nº ARB/03/24, Award, 27 de agosto de 2008, párr. 138, traducción no oficial). Como ha afirmado en general el tribunal del CIADI, en *Phoenix Action v. Czech Republic* en un *obiter dictum*: 'Para tomar un ejemplo extremo,

El tema se hace mucho más complejo cuando un Estado quiere adecuar su marco legal para reconocer los derechos de los pueblos indígenas después de que se hace una inversión.[78] 'In accordance with host state law clauses' normalmente hacen referencia al Derecho del Estado anfitrión al tiempo cuando se realiza la inversión. De este modo, no se refieren los cambios legislativos promulgados por un Estado posteriormente con el fin de adaptar su legislación a las normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas.[79] Tales cambios legislativos ulteriores pueden, en consecuencia, entrar en conflicto con los derechos de los inversionistas extranjeros.

De este modo habría en el ámbito jurisdiccional y del derecho aplicable posibilidades para reducir la fragmentación y aumentar el diálogo en el derecho de inversiones y los derechos de los pueblos indígenas. Esto con la advertencia de que la posible referencia a los derechos de los pueblos indígenas depende en gran medida del texto y de las disposiciones del respectivo tratado de inversión y, obviamente, de la argumentación de las partes.

3.3 Interpretación de los tratados

También para la interpretación de los tratados, el mayor reconocimiento de derechos indígenas en el ámbito de derechos humanos es sin duda de relevancia para los tribunales de inversión y una importante medida para fomentar el diálogo entre los sistemas. Especialmente importante es el llamado 'principio de integración

nadie sugeriría que la protección del CIADI debe concederse a las inversiones realizadas en violación de las reglas más fundamentales de la protección de los derechos humanos, como las inversiones en virtud de la tortura o el genocidio o en apoyo de la esclavitud y el tráfico de órganos humanos.' (*Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case Nº ARB/06/5, Award, 15 de abril de 2009, párr. 78). Véase en general Kriebaum, *supra* n. 3,665.

78. Una excepción en contrario es el TBI entre China y Malta, que requiere inversiones para estar continuamente en conformidad con la ley del Estado anfitrión. El artículo 2 (2) del TBI entre China y Malta (2009) afirma: 'Las inversiones de cualquiera de las partes contratantes se harán y deben, por toda su duración, estar continuamente en línea con las respectivas legislaciones nacionales.' (Traducción propia). Tal formulación así permitiría una consideración más amplia de los derechos de los pueblos indígenas, abarcando incluso las modificaciones jurídicas posteriores. Véase en general U. Kriebaum, 'The States Duty to Protect Human Rights. Investment and Human Rights', 8. Disponible en: <https://typo3.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Personal/Publikationen_Kriebaum/states_duty_protect_human_rights.pdf>.

79. Cuando los contratos entre el inversionista y el Estado de acogida incluyen cláusulas de estabilización, las reformas legislativas posteriores parecen aún más difíciles. En relación con las cláusulas de estabilización y los derechos humanos véase IFC/ONU, 'Stabilization Clauses and Human Rights', 11 de marzo de 2008. Disponible en: <http://www.reports-and-materials.org/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf>.

sistémica' del artículo 31(3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).[80] Se establece que en la interpretación de un tratado juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta [...] 'c) toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes'. De este modo el artículo 31(3.c) de la CVDT puede, en principio, constituir una herramienta importante para interpretar un tratado de inversión de conformidad con los derechos humanos o de los indígenas.

En la medida en que un conjunto normativo en materia de derechos de los pueblos indígenas sea vinculante para las partes, un tribunal de inversión podría referirse a los derechos de los pueblos indígenas invocando el artículo 31(3.c) de la CVDT. De allí que cuando los inversores indígenas reclaman un trato preferencial por ser indígenas, un tribunal podría interpretar las disposiciones relevantes de los tratados de inversión de una manera que sea favorable a las reclamaciones de los inversores indígenas. De hecho, el tribunal Grand River se refirió en términos muy amplios a los derechos de los pueblos indígenas en su interpretación de las obligaciones estatales derivadas del tratado de inversión.[81] Sin embargo, y lamentablemente, el tribunal no mencionó el principio de integración sistémica, como se indica en el artículo 31(3.c) de la Convención de Viena.

En segundo lugar, el mayor reconocimiento de derechos indígenas en el ámbito de derechos humanos puede promover la referencia a los derechos de los pueblos indígenas cuando un Estado de acogida utiliza los derechos de los pueblos indígenas como un 'escudo'. De este modo, un tribunal de inversión podría invocar las normas correspondientes en materia de derechos de los pueblos indígenas, en la medida en que sean vinculantes entre las partes, adoptar, en consecuencia, una interpretación de las normas de los tratados de inversión de acuerdo con los derechos de los pueblos indígenas y tomar una posición favorable en defensa del Estado de acogida. Esto sobre todo en el caso de contar con cláusulas amplias en los tratados, como, por ejemplo, cuando se determina el significado de los estándares del TJE, de las cláusulas de protección y seguridad

80. En cuanto a la pertinencia del principio de integración sistémica ver, por ejemplo, Simma/Kill, *supra* n. 3; véase también el artículo 31(3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el informe del Study Group of the International Law Commission (concluido por M. Koskenniemi), 'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law', UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), párr. 423; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (2008) 260; C. McLachlan, 'The Principle of Systemic Integration and Article 31(1)(c) of the Vienna Convention', 54 *International and Comparative Law Quarterly* (2005) 279.

81. Cfr. *supra* sección 2.3. Grand River, *supra* n. 55, párr. 182(3). Vease J. E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (2012) 154.

plena o de las acciones relacionadas con una expropiación directa o indirecta. Hasta el momento eso no parece haber occurrido.[82]

De un modo más general, y tomando en consideración la escasa práctica, los tribunales de inversión parecen renuentes a incorporar normas externas, en particular las referidas a los derechos humanos e indígenas. Aparte del caso *Grand River* no se han hecho otras menciones a los derechos de los pueblos indígenas por parte de otros tribunales de inversión. Las razones de esta limitada mención son múltiples. Por una parte, el objeto especializado y el propósito de la mayoría de los TBI, se centra en la protección de la inversión. Este hecho impide de alguna manera, una debida y necesaria referencia a los derechos humanos e indígenas a través de la interpretación.[83] Otro elemento que juega un papel importante y que limita las referencias a los tratados de derechos humanos y otros instrumentos que consagran los derechos de los pueblos indígenas, lo constituye el hecho de que la formación académica de muchos árbitros de inversión es fundamentalmente en el derecho privado.[84] Por último, si las presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas no son planteadas en los libelos, escritos y argumentaciones de las partes en la controversia, lo más probable es que el tribunal ni siquiera pueda saber de ellas.[85] En general es claro que hasta ahora el impacto de normas concerientes a los derechos indígenas es muy limitado. Mientras hay medidas en teoría para fomentar el diálogo y reducir la fragmentación entre el

82. De hecho, Bolivia, en su Counter-Memorial, se refirió a la necesidad de una interpretación sistemática del respectivo TBI entre Inglaterra y Bolivia, mencionando también el artículo 31(3.c) CVDT y a pertinentes normas de derechos de los pueblos indígenas, citando tambien decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (*South American Silver Limited v. Bolivia,* UNCITRAL, PCA Case Nº 2013-15, Repondent's Counter-Memorial, 31 March 2015, p 58 *et seq* (párrs. 193 *et seq*.), <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/1291>.) Queda por ver si el tribunal va a hacer referencia por interpretación sistemática. El caso sigue pendiente. Véase para más referencia generalmente Kriebaum, *supra* n. 3, 668 en lo relativo a los derechos humanos. De hecho, el texto del tratado es el comienzo y usualmente punto final de cualquier interpretación: *in claris cessat interpretatio* ('interpretación se detiene frente a la claridad'). Es la tarea de un tribunal internacional para interpretar, no para reemplazar una disposición de un tratado. En palabras del tribunal arbitral en el *Caso de Laguna del Desierto*, la interpretación es 'una función judicial, cuyo propósito es determinar el significado exacto de una disposición, pero que no se puede cambiar.' Véase *Dispute concerning the Course of the Frontier between BP 62 and Monte Fitz Roy 'Laguna del Desierto' (Argentina v. Chile), Award,* 21 de octubre de 1994, 113 ILR 1, 45, párr. 75. (Traducción no oficial).
83. *Cfr.* artículo 31(1) de la CVDT, en referencia al objeto y los efectos de la interpretación de un tratado.
84. Ver *infra* Sección 3.5 para más detalles.
85. Hay que tener en cuenta también que el razonamiento proporcional puede ser utilizado como una técnica de resolución de conflictos y la armonización entre el Derecho de las inversiones y el Derecho de los pueblos indígenas. Véase, por ejemplo, S.W. Schill, 'Cross-Regime Harmonization through Proportionality Analysis. The Case of International Investment Law, the Law of State Immunity and Human Rights', 27 *ICSID Review* (2012) 87, para más detalles.

derecho de los inversiones y los derechos humanos, en la práctica y medido por sus resultados, esto no parece haberse alcanzado, al menos todavía. Hay demasiado poco diálogo entre los sistemas de derechos humanos y de los inversores estranjeros hasta ahora.

3.4 Participación de los pueblos indígenas como *amicus curiae* en los procesos de inversión

La limitada referencia a los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión plantea como desafío como y de qué manera se puede informar a un tribunal de inversiones sobre los asuntos que les preocupan y afectan. La participación de los pueblos indígenas a través de *amicus curiae* adquiere en este contexto una gran importancia, ya que normalmente no son partes en las disputas judiciales pero sí se encuentran en muchos casos afectados por las actividades de inversión. En este sentido la presentación de *amicus curiae* constituye el medio adecuado para que los pueblos indígenas puedan expresar sus preocupaciones.[86]

Los informes de *amicus curiae* tienden a apoyar al tribunal en el logro de una visión más completa de los antecedentes fácticos y jurídicos de un determinado caso.[87] A veces se acuerdan explícitamente en los tratados de inversión y algunos TBI hacen referencia a la posibilidad de que se presenten *amicus curiae* y generalmente lo dejan a discreción del tribunal arbitral aceptar la presentación de esos informes.[88] También, si no se menciona explícitamente en un tratado de inversión, queda a discreción de los tribunales del CIADI la aceptación de los informes *amicus curiae*.[89] En atención a los valores enunciados en el ámbito de derechos indígenas, incluyendo el reconocimiento de los pueblos indígenas

86. El incremento de la participación de los pueblos indígenas en litigios sobre inversión viene de la mano del reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos distintos (véase, por ejemplo, el artículo 3 DNUDPI) y su derecho a determinar las estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 32.1 de la DNUDPI). En cuanto a un aumento de la referencia a los derechos de los pueblos indígenas, entre otras cosas a través de un derecho de intervención, véase *infra* sección 4.3.
87. Véase Kriebaum, *supra* n. 3, 658, n. 29, para relevante jurisprudencia sobre las presentaciones escritas de *amicus curiae* por grupos de derechos civiles y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.
88. Véase artículo 10.20 del Tratado de Libre Comercio (FTA) Australia-Chile (procedimiento de arbitraje): '[…] 2. El tribunal tendrá la facultad de aceptar y considerar presentaciones escritas de *amicus curiae* que pueden asistir al tribunal en la evaluación de las presentaciones y argumentos de las partes contendientes que provengan de una persona o entidad, que no sea una parte contendiente […].'
89. *Cfr.* Regla 37 de las Reglas de Arbitraje del CIADI en su versión modificada de 2006.

como pueblos distintos, los tribunales de inversión, deberían permitir o facilitar informes de *amicus curiae* por parte de los pueblos indígenas cuando sus intereses estén en juego.

Los casos de inversión en los que se ha hecho mención a asuntos de pueblos indígenas han mostrado hasta ahora una significativa relevancia práctica de los informes de *amicus curiae*.[90] En Glamis Gold, la Nación Indígena Quechan presentó un informe *amicus curiae* que apoyó la posición del Gobierno de los Estados Unidos en cuanto a la preservación y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales. Un informe de *amicus curiae* fue igualmente presentado en el caso *Chevron c. Ecuador*, en el que se manifestó que la disputa era a la vez no justiciable y que estaba fuera de la jurisdicción de un tribunal inversor-Estado.[92] También en el caso *Grand River*, la Oficina del Jefe Nacional de la Asamblea de las Primeras Naciones de Canadá apoyó a los inversores indígenas a través de un informe de *amicus curiae*.[93] No obstante, en estos casos, los informes de *amicus curiae*, presentados con el propósito de transmitir las preocupaciones indígenas, no parece que tuvieron un significativo impacto en

90. Véase, sin embargo, la negativa del tribunal arbitral para admitir la presentación de *amicus curiae* en: *von Pezold* and *Border Timbers Limited* (*supra* n. 53). Véase, *supra* n. 54 para mayor referencia.
91. Ver, por ejemplo, la *Non-Party Supplemental Submission by the Quechan Indian Nation* (Comunicación complementaria por parte de la Nación Indígena Quechan), *Glamis Gold Ltd. v. United States,* 1, la cual mantuvo: '[…] la preservación y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras ancestrales como una obligación del derecho internacional consuetudinario que debe ser respetado, tanto por las Partes del TLCAN [Tratado de Libre Comercio de America del Norte] y cualquier intérprete de un tratado, de conformidad con el principio de buena fe; y que un inversor que busca una indemnización por una supuesta toma de la propiedad, no puede depender de una reivindicación de los derechos adquiridos en el que ninguna expectativa legítima existe para disfrutar de tales derechos'. (Traducción propia). Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/75016.pdf>. La comunicación se refirió a los artículos 11, 12, 25, 26 de la DNUDPI. (*Ibid*., 2, 4, 6).
92. Fundación Pachamama, The International Institute for Sustainable Development (IISD), 5 de noviembre de 2010, párr. 1.4. Disponible en: <http://dg5vd3ocj3r4t.cloudfront.net/sites/default/files/documents/Chevron-v-Ecuador-ERI-amicus-jurisdiction.pdf>. El informe de *amicus curiae* que se refiere a la DNUDPI, por ejemplo, en el párr. 4.9.
93. Office of the National Chief of the Assembly of Canadian First Nations (Oficina del Jefe Nacional de la Asamblea de las Primeras Naciones de Canadá), 19 de enero de 2009, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf>. El informe indica, por ejemplo, que 'la Asamblea de las Primeras Naciones apoya la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los principios del Derecho internacional consuetudinario que refleja.' (*Ibid*., 2). Concluye afirmando que 'si bien es verdaderamente lamentable que ni el gobierno de Estados Unidos de América y Canadá han manifestado hasta ahora la voluntad de firmar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tal intransigencia no puede significar que sus funcionarios gozan de libertad para ignorar los principios básicos del derecho internacional reflejado en dicha Declaración.' (*Ibid*., 4, traducción propia).

el resultado de dichos casos.[94] Así que se quedaban más bien como una medida teórica para fomentar el diálogo que se practica con efecto en las decisiones de los tribunales de inversión.

3.5 La transparencia en los procesos de inversión

Aumentar los requisitos para lograr una mayor transparencia en los procesos de inversión, como la observación y contraloría pública por parte de la sociedad civil, medios de comunicación y organizaciones no gubernamentales, puede tener un gran impacto en la promoción del respeto de los derechos de los pueblos indígenas.[95] Y, así, parecer como una medida para fomentar el diálogo. De este modo se puede contrarrestar el secreto que normalmente es cuestionado en los procedimientos de inversión. Sin embargo, es una realidad que los requerimientos para lograr una mayor transparencia en los tratados de inversión son poco frecuentes.[96] Aun así, hay una tendencia general hacia una mayor transparencia. Esto se puede evidenciar, particularmente en el reciente Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas

94. Las razones de la escasa repercusión son varias. Algunos casos son declarados inadmisibles; véase *Burlington* (*supra* n. 29) y *Gallo* (*supra* n. 49). En Glamis Gold (*supra* n. 37), por el contrario, las consideraciones sobre los pueblos indígenas no parecen haber desempeñado ningún papel en las deliberaciones de los Tribunales (*supra* n. 55). En *Grand River* (*supra* n. 55), la presentación *amicus curiae* abrumadoramente reiteró y apoyó los argumentos de los demandantes, ya expuestos en el memorial, con una relevancia de alguna manera limitada.
95. *Cfr. supra* n. 75, 878.
96. 2014 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty Based Investor-State Arbitration, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>. Como un ejemplo de modelo en materia de transparencia véase el artículo 10.22 (Transparencia de las actuaciones arbitrales) del Tratado de Libre Comercio Chile - Australia: '1. De conformidad con los párrs. 2 y 4, el demandado deberá, después de recibir los siguientes documentos, ponerlos a disposición del público a su costo: (a) la notificación de intención a que se refiere el artículo 10.16.2; (b) la notificación de arbitraje a que se refiere el artículo 10.16.4; (c) los alegatos, escritos de demanda y expedientes presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier presentación escrita efectuada de conformidad con los párrs. 2 y 3 del artículo 10.20, artículo 10.21.2 y el artículo 10.26; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y (e) las órdenes, laudos y fallos del tribunal. 2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información comercial confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de una Parte, deberá informarlo al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación, incluyendo el cierre de la audiencia durante cualquier discusión sobre información confidencial.' Véase las disposiciones similares en 2007 modelo TBI de Noruega (artículo 29), en 2012 modelo TBI de EE.UU. (artículo 29) y en el 2004 modelo FIPA de Canadá (artículo 38); en general véase en Kriebaum, *supra* n. 3, 659.

para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.[97] Esto puede ser beneficioso para la causa indígena porque las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas están expuestas a la presión y observancia pública. Con el aumento de la importancia que se da a los derechos de los pueblos indígenas se espera que los requisitos de transparencia tengan un impacto aún mayor en el futuro y que realicen mejor su potencial de fomentar el diálogo.

3.6 Derechos humanos/indígenas: experticia de los árbitros

Por último, la educación y la experiencia de los árbitros es un factor relevante para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión. El sesgo del Derecho privado/comercial sobre los procedimientos de inversión se ha visto como un posible impedimento para un debido reconocimiento de temas como el de los derechos humanos.[98] Un mayor conocimiento y dominio del Derecho internacional público podría inducir a los árbitros a considerar también relevantes intereses públicos en juego como, por ejemplo, consideraciones sobre los derechos humanos e indígenas, más allá de la resolución de una controversia de inversión en particular. De hecho, conocimientos más específicos sobre derechos humanos e indígenas podrían ser particularmente beneficiosos para la mejor comprensión de los árbitros sobre las preocupaciones de los indígenas. En *Grand River Enterprises*, dicha experticia fue asegurada por uno de los tres árbitros, James Anaya, (anterior) Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Su experticia se aprecia entre líneas en la sentencia[99] y parece haber contribuido positivamente a lograr una lectura armónica de ambos sistemas: los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de las inversiones; por lo tanto, es posible decir que se realizó y avanzó en algo el potencial de fomentar el diálogo.

97. En este sentido *ibid*.
98. Véase Schreuer/Kriebaum, *supra* n. 41, 1096: 'Un factor restrictivo en la consideración de los intereses de la comunidad es el origen del arbitraje de inversión en el arbitraje comercial. No es poco frecuente que los tribunales se centren en la solución de la controversia particular, sin tener en cuenta las repercusiones más amplias de sus decisiones. […]'. (Traducción propia).
99. Véase, por ejemplo *Grand River, supra* n. 55, párr. 210: 'Es muy probable, ya que los reclamantes instaron, que sí existe un principio de Derecho internacional consuetudinario que exige a las autoridades gubernamentales consultar a los pueblos indígenas en las políticas gubernamentales o acciones que afecten significativamente a ellos. Uno de los miembros del Tribunal ha establecido que existe una norma consuetudinaria al respecto.' (Traducción propia).

3.7 Valoración crítica

Existen varias posibilidades para tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas en las controversias sobre inversiones y así invocar medidas existentes para fomentar el diálogo entre ambos sistemas. El rango de esas posibilidades comprende la jurisdicción de un tribunal y el derecho aplicable, los informes *amicus curiae* y la educación/formación de los árbitros en materia de los derechos humanos/indígenas. En principio, estas técnicas se aplican en tanto y en cuanto se utilizan los derechos de los pueblos indígenas como un 'escudo', es decir, como una defensa por parte del Estado de acogida para eludir su responsabilidad en las disputas de inversión; o como una 'espada', cuando los inversores indígenas se refieren a las normas pertinentes en materia de derechos de los pueblos indígenas para discutir un trato preferencial. El mayor reconocimeinto de derechos indígenas contribuye positivamente, tanto a través del aumento de estándarers de derechos indígenas como promoviendo la participación de los indígenas en los procesos de inversión mediante los informes *amicus curiae*, entre otras posibilidades. En general, las técnicas mencionadas deben verse con un enfoque integral para que contribuyan de una manera que mutuamente se complementen para lograr el máximo respeto a los derechos de los pueblos indígenas. En un mundo ideal, se realizaría el diálogo.

4. Mejores soluciones para fomentar el diálogo y para hacer frente a los conflictos entre el derecho de las inversiones y el derecho de los pueblos indígenas

4.1. Marco general

La mayoría de las soluciones antes mencionadas pueden implementarse sobre la base de la ley existente/*de lege lata*. Sin embargo, no son necesariamente suficientes para hacer frente a la necesidad de fomentar el diálogo entre los sistemas de derechos humanos y el derecho de inversiones en materia de derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, se requiere de una reforma –*de lege ferenda*– para promover aun más los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión.

Esto significa relacionarlos en los tratados de inversión de manera explícita con el Derecho sustantivo que corresponda; por ejemplo, con los derechos humanos, con los derechos de los pueblos indígenas o con las cláusulas de excepción cultural. También se incluyen medios procesales, como el derecho a la intervención de los pueblos indígenas, obligaciones *ex ante* de respeto de los derechos humanos o evaluaciones de impacto cultural. Sin embargo, algunas de estas soluciones de *lege ferenda* deben ser manejadas con mucho criterio y cuidado. El objetivo de fomentar el diálogo y promover los derechos de los pueblos indígenas tiene que equilibrarse con el objetivo principal del arbitraje internacional de inversión: la resolución oportuna de diferencias relativas a inversiones.

4.2 La referencia a los Derechos de los pueblos indígenas/humanos en los tratados de inversión

Incorporar referencias explícitas a los derechos humanos e indígenas en los tratados de inversión sería la primera manera de promover los derechos de los pueblos indígenas y fomentar el diálogo. Por ejemplo, las referencias a los derechos humanos en el preámbulo de un tratado de inversión podría inducir a los árbitros a una interpretación del tratado de conformidad con los derechos humanos e indígenas.[100] Del mismo modo, los países con un número importante de pueblos indígenas podrían considerar incluir en el preámbulo de sus TBI, referencias explícitas a los derechos de los pueblos indígenas. Igualmente, referencias más generales sobre los derechos humanos en el preámbulo de un tratado de inversión deben inducir a los árbitros para interpretar un tratado de inversión con la debida consideración de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente cuando sus garantías interfieren con los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, la incorporación de referencias a los derechos humanos e indígenas se convertiría en una herramienta potencialmente poderosa. Sin embargo, un tratado de inversión con una referencia general a los derechos humanos, o incluso a los derechos de los pueblos indígenas, es aún una aspiración.[101] El único documento con mención explícita de los derechos humanos, aparentemente, es

100. *Cfr., supra,* Sección 3.2.

101. Ciertos TBIs se refieren a los derechos laborales o la protección de la salud y la seguridad en su preámbulo; véase, por ejemplo, el TBI entre Estados Unidos y Albania, el TBI entre Estados Unidos y Argentina, el TBI entre Estados Unidos y Armenia, el TBI entre Estados Unidos y Azerbaiyán, el TBI entre Estados Unidos y Bolivia, el TBI entre Estados Unidos y Ecuador, el TBI entre Estados Unidos y Estonia.

el proyecto noruego de un modelo TBI (*Model BIT*),[102] el cual, sin embargo, no ha sido aún adoptado.

Una manera incluso más efectiva de lograr el respeto de los derechos humanos e indígenas por parte de los inversores, y así fomentar el diálogo, sería incluir una cláusula contractual, de común acuerdo con el Estado de acogida, en la que se haga una referencia explícita a los derechos humanos e indígenas.[103] Este tipo de cláusulas podrían exigir con mayor razón que las inversiones tengan que realizarse de conformidad con la legislación del Estado de acogida durante toda la duración de la inversión.[104] Esto tendría la ventaja de que los inversores extranjeros que violan los derechos humanos e indígenas durante la vigencia de su inversión pierdan la protección en virtud del tratado de inversión. Al mismo tiempo, una cláusula contractual demasiado amplia plantea el riesgo de abuso por parte de los Estados de acogida. Ello, por lo tanto, tiene que ser manejado con cuidado y estar restringido al cumplimiento de las normas de derechos humanos e indígenas en el nivel nacional y durante la duración de la inversión.

4.3 Cláusula de excepción de derechos humanos y culturales en tratados de inversión

El reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos culturalmente diferentes pide ir más allá. *De lege ferenda*, para fortalecer los derechos de los pueblos indígenas, se podría incorporar en los tratados de inversión una cláusula de excepción a los derechos culturales y humanos. Una cláusula de excepción cultural en los tratados de inversión permitiría al Estado de acogida proteger los sitios de valor cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.[105] Pero además dichas cláusulas podrían referirse también a medidas de acción afirmativa para enmendar injusti-

102. El modelo TBI de Noruega, contiene en su Preámbulo un compromiso con los derechos humanos tal como se establece en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos: 'Reafirmando su compromiso con la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, incluidos los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración universal de Derechos Humanos; [...]'. (Traducción propia). Disponible en: <http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/Utkast%20til%20modellavtale2.doc>; véase la discusion en 'Letter from Norwegian Centre for Human Rights to Business and Industry Department', 15 de abril de 2008. Disponible en: <http://www.humanrights.uio.no/nasjonalinstitusjon/overvakning/horinger/2008/investeringer.pdf>.
103. Véase Kriebaum, *supra* n. 3.
104. *Cfr.* artículo 2(2) del TBI entre China y Malta de 2009, el cual, sin embargo, no contiene una referencia explícita a los derechos humanos.
105. Sobre excepciones culturales véase Vadi, *supra* n. 74, 868 *et seq.*

cias del pasado. La incorporación de cláusulas de excepción cultural o similar en los tratados de inversión permite a los Estados de acogida hacer valer mediante el uso de políticas de resguardo, e incluso de la fuerza pública, la implementación de políticas sociales, en este caso, para proteger a los pueblos indígenas, con lo cual no deberían producirse violaciones de derechos en los respectivos tratados de inversión. De esta manera el Estado de acogida conserva sus poderes reguladores para atender situaciones concretas en las que pueda y deba adoptar medidas para salvaguardar y defender los derechos de los pueblos indígenas, lo cual fomenta el diálogo entre los derechos humanos y el sistema de derechos de inversiones. Al mismo tiempo, dichas acciones podrían gravar económicamente al inversionista como consecuencia de las medidas de regulación adoptadas por el Estado anfitrión. Por ello las cláusulas de excepción cultural o similar deben ser utilizadas con precaución y solo deben incluirse con criterios claramente definidos en los tratados de inversión.

Algunos tratados de inversión ya incorporan excepciones de este tipo. Malasia excluye del ámbito de sus TBI medidas destinadas a promover el empoderamiento económico de la etnia bumiputras.[106] Ciertos TBI sudafricanos prevén escisiones para los programas de acción afirmativa para remediar las injusticias del pasado.[107] La incorporación de cláusulas similares también en otros tratados de inversión podrían, con la advertencia anterior, ser un medio para que los Estados persigan los programas de acción afirmativa en favor de los pueblos indígenas y de sus actividades tradicionales sin correr el riesgo de ser acusado de violación por ejemplo, tratado nacional de inversión o de las disposiciones de no discriminación. Así las cláusulas de excepciones culturales proporcionarían un espacio normativo para que los Estados alcancen a reducir la fragmentación entre derechos humanos y el derecho de las inversiones.

4.4 ¿Derecho a la intervención de los pueblos indígenas?

El amplio reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos distintos culturalmente y la necesidad de fomentar el diálogo pueden requerir también derechos

106. Véase H. Mann (International Institute for Sustainable Development), 'International Investment Agreements, Business and Human Rights. Key Issues and Opportunities', febrero de 2008. Disponible en: <http://www.iisd.org/pdf/2008/iia_business_human_rights.pdf>.

107. *Cfr.* artículo 3.4.c del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Mauricio y el Gobierno de la República de Sudáfrica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1998). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1991>; artículo 3.3.c del Acuerdo entre la República Checa y la República de Sudáfrica para la Protección de las Inversiones y Promoción Recíproca (1998, entrada en vigor en espera). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/982>; véase Schreuer/Kriebaum, *supra* n. 41, 1093 para mayores referencias.

procesales adicionales, como un derecho a la intervención de los pueblos indígenas en los procesos de inversión. Tales derechos adicionales representan la identidad cultural de los pueblos indígenas, cuyos intereses, incluso si se ven afectados por el resultado de los procedimientos de inversión, corren el riesgo de no ser adecuadamente representados por el Estado de acogida de la inversión.[108] Por lo tanto, tales derechos se encuentran en plena consonancia con la necesidad de fomentar el diálogo entre los derechos indígenas y el derecho de inversiones, en términos de la distinción cultural y la autodeterminación indígena.

De hecho, algunos expertos han hablado de un derecho a la intervención de los pueblos indígenas en los procesos de inversión.[109] Este derecho a la intervención incluiría a los pueblos indígenas como parte en el procedimiento, lo cual les permite presentar escritos sin límite de páginas, asistir y participar en las audiencias orales y acceso a los registros.[110.] Esto iría más allá de los informes *amicus curiae*. Sin embargo, y a pesar de los consistentes argumentos a favor de un derecho de intervención desde la perspectiva de los pueblos indígenas, esta aspiración parece aún poco probable.[111] Por otro lado, un derecho a la intervención de los pueblos indígenas en procedimientos de inversión gravaría considerablemente dichos procedimientos, en particular mediante la identificación de los terceros intervinientes (en este caso de los pueblos indígenas) afectados por el resultado, el alargamiento de los procedimientos y una posible repolitización de la controversia. De forma convincente así lo ha argumentado Vadi:

> *Admitiendo a personas indígenas como terceros intervinientes para actuar como partes en un procedimiento, llevaría la judicialización demasiado lejos y, como una cuestión de procedimiento, no sería deseable. Cuando los Estados se comprometen con un TBI, aceptan el arbitraje inversionista-Estado como el mecanismo de solución de controversias para resolver disputas de inversión con los extranjeros, no con otras partes con diferentes intereses.*[112]

En resumen, una reforma jurídica *de lege ferenda* que permita la intervención de los pueblos como partes en un procedimiento de inversión parece, desde la perspectiva del derecho de inversión, de un alcance poco deseado. Las interac-

108. Véase *ibid*., 361 *et seq*. para mayor referencia.
109. P. Wieland, 'Why the *Amicus Curia* Institution is Ill-suited to Address Indigenous Peoples' Rights before Investor-State Arbitration Tribunals. Glamis Gold and the Right of Intervention', 3 *Trade Law and Development* (2011) 334.
110. *Ibid.,* 366. Por lo tanto, un derecho de intervención, en principio, se extiende a los derechos procesales de los pueblos indígenas.
111. *Cfr.* Vadi, *supra* n. 74, 886.
112. *Ibid.* 886. (Traducción propia).

ciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones, en un escenario de reforma de las aspiraciones de los pueblos indígenas y en vista de realizar un diálogo verdadero entre los sistemas, tienen que ser contabilizadas o sopesadas de una manera diferente.

4.5 ¿Evaluaciones obligatorias ex ante sobre Derechos humanos y culturales?

Otra medida que podría incorporarse para fomentar el diálogo entre derechos indígenas y el derecho de inversión tendría que ver con la necesaria adopción de acciones de protección de derechos antes de la admisión de una inversión. Para decirlo con un ejemplo, el artículo 32.2 DNUDPI señala que los Estados celebrarán consultas *de buena fe* con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos. Esta norma presupone el reconocimiento del potencial efecto que tiene un proyecto de inversión para los pueblos indígenas. Un medio útil para cumplir con este requisito, y con ello atender a las preocupaciones de los pueblos indígenas, sería precisamente poder exigir evaluaciones *ex ante* sobre los derechos humanos y el impacto cultural de un proyecto.[113] Ambas constelaciones siguen una lógica similar. Son un instrumento técnico para identificar las consecuencias sobre los derechos humanos y/o valores culturales de una actividad propuesta, así como un medio para evitar o mitigar esos previsibles efectos perjudiciales. Para incluir evaluaciones obligatorias de impacto sobre los derechos culturales y/o humanos como criterios de admisión para una inversión en los tratados de inversión, se debería, por lo tanto, fomentar una mayor protección de los derechos de los pueblos indígenas. Hasta el momento, los tratados de inversión no parecen requerir tales evaluaciones previas de impacto; no obstante, algunos sistemas nacionales lo estipulan.[114]

113. En cuanto a evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos, véase ÖFSE, 'Human Rights Impact Assessments as a New Tool for Development Policy?', enero de 2013. Disponible en: <http://www.oefse.at/fileadmin/content/Downloads/Publikationen/Workingpaper/WP37_Human_Rights.pdf>; J. Harrison, 'Measuring Human Rights: Reflections on the Practice of Human Rights Impact Assessment and Lessons for the Future', Legal Studies Research Paper Nº 2010-26 (2010). Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706742>; véase Vadi, *supra* n. 74, 797 para más información sobre evaluaciones de impacto cultural.
114. Por ejemplo, las evaluaciones de impacto cultural realizadas en Nueva Zelanda versaron sobre las actividades que puedan afectar a los valores culturales de los Maori y el patrimonio; véase Vadi, *supra* n. 74, 874.

De lege ferenda podría ser útil incorporar evaluaciones obligatorias *ex ante* de impacto cultural o de derechos humanos en los tratados de inversión, especialmente para grandes proyectos de inversión, los cuales por su alto potencial de riesgo acarrearían graves consecuencias para las comunidades potencialmente afectables. Así, las evaluaciones previas de impacto podrían ser una importante herramienta *de lege ferenda* para evitar o mitigar los posibles efectos negativos de un proyecto de inversión para los pueblos indígenas antes de que ocurran. Son, por ello, un elemento fundamental para fomentar el diálogo.

4.6 Valoración crítica

Existen numerosas opciones de *lege ferenda* para mejorar la incorporación de las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos de inversión, opciones para fomentar el diálogo. Dichas soluciones están vinculadas al derecho sustantivo aplicable, es decir, a la incorporación de referencias a los derechos humanos/indígenas o cláusulas de excepción cultural en los tratados de inversión, así como a los medios procesales, como el derecho a la intervención de los pueblos indígenas o las evaluaciones obligatorias *ex ante* sobre el impacto cultural y en cuanto a los derechos humanos. Algunas de estas opciones aparecen como medios razonables y necesarios para promover aun más la causa indígena en la idea de fomentar el diálogo. Otros, por el contrario, como el derecho a la intervención de los pueblos indígenas, van demasiado lejos y pueden poner en peligro la eficacia de la solución de controversias de inversión. Por lo tanto, una cuidadosa consideración de los argumentos a favor y en contra debe preceder a cualquier adopción de medios adicionales para mejorar la promoción de los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión, y así para fomentar el diálogo entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos.

5. Consideraciones finales

Las interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el Derecho de inversiones sugieren cuestiones complejas, derivadas, entre otros aspectos, de la identidad de los pueblos indígenas como pueblos culturalmente distintos con una conexión muy particular con sus tierras. Más aun, los pueblos indígenas, por lo general, viven como minorías en muchos Estados y no necesariamente son representados por el gobierno de ese Estado, lo que podría ser el Estado de acogida en un proceso de inversión.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, observamos un fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pero a la vez ha aumentado las posibilidades de conflicto entre los derechos de estos y de los inversores extranjeros. Esto se refleja en la jurisprudencia de las instituciones de supervisión de los derechos humanos. Un caso emblemático lo constituye el amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual ilustra el potencial de enfrentamientos entre los derechos de los inversionistas nacionales, extranjeros y los pueblos indígenas. Es indicio de una fragmentación del sistema de derechos humanos/derechos indígenas y el derecho de las inversiones. Este hecho evidencia la necesidad de abordar las interacciones y conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y el Derecho de las inversiones. Para decirlo de otra forma: se requieren medidas para fomentar el diálogo.

Hasta el momento, las preocupaciones indígenas han encontrado muy poca reflexión en los procesos de inversión. Únicamente el tribunal Grand River parece haberse pronunciado más extensamente sobre derechos de los pueblos indígenas, convirtiéndose así en ejemplo de un esfuerzo de dialogar. Al mismo tiempo, la creciente probabilidad de interacciones entre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de inversiones se traduce en una incuestionable necesidad de coordinación entre ambos sistemas y clama después por medidas para fomentar el diálogo entre ellos. También los derechos indígenas, más generalmente, exigen un reconocimiento mayor de las preocupaciones de los pueblos indígenas en los procesos de inversión.

El Derecho internacional de las inversiones, por su lado, prevé diversas técnicas para hacer frente a los derechos de los pueblos indígenas en los procesos de inversión para coordinar y abordar los conflictos entre los sistemas, para reducir la fragmentación y fomentar al diálogo. Las posibilidades comprenden la jurisdicción de un tribunal y el Derecho aplicable, lo que incluye el Derecho internacional en general y, en consecuencia, las normas de protección de los pueblos indígenas, los métodos de interpretación de los tratados (artículo 31 (3.c) CVDT) y medios procesales, como los informes de *amicus curiae.* Aun así, los árbitros parecen hacer muy poco uso de esas técnicas. Por lo tanto, se necesita más *de lege ferenda* para fomentar el diálogo, con referencias explícitas a los derechos humanos/indígenas en los tratados de inversión o la incorporación de las cláusulas de excepción cultural en esos tratados. En general, como se muestra en el caso *Grand River*, la experiencia personal de los árbitros individuales es uno de los factores más importantes para dar el debido reconocimiento a las preocupaciones indígenas. Finalmente, para llegar a un enfoque verdaderamente holístico de las interacciones entre el Derecho de inversiones y los derechos de los pueblos indígenas en la realización de un verdadero espíiritu de diálogo se debería recurrir más a una combinación de esas técnicas.

Agua, energía y derechos humanos: Una relación binaria en evolución de soft law a hard law

Jesús Ollarves Irazábal

Sumario

1. Introducción. 2. La importancia del binomio agua y energía. 3. El desarrollo progresivo del derecho de acceso al agua y la energía. 4. Conclusiones.

1. Doctor en Derecho, grado que le confirió con honores la ilustre Universidad Central de Venezuela. También es especialista en Derecho y Política Internacionales y especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración. Ejerce la docencia como profesor de Derecho Penal, Derecho Internacional y Derechos Humanos en cursos de pregrado y postgrado tanto en universidades nacionales como extranjeras. Fue director del Centro de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, miembro de los Comités Académicos y profesor de las Especializaciones en Derecho Internacional Económico y de la Integración, y en Derechos Humanos.

Resumen

Pretendemos justificar la importancia del acceso al agua y la energía eléctrica, su relación con los derechos humanos y su reconocimiento progresivo como parte de los derechos económicos, sociales y culturales. Aunque la Asamblea General de la ONU ha reconocido que el derecho al agua potable es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, persisten los problemas en cuanto a su acceso y calidad. El acceso a la energía eléctrica y su importancia para la ejecución de otros derechos como la vivienda, la salud y el nivel adecuado de vida sigue siendo ignorado por los Estados. Este problema afecta a las personas que tienen menos recursos económicos y a los grupos vulnerables. Este contexto se ve agravado por la falta de adopción de medidas legislativas que permitan considerar el acceso a al agua y a la electricidad como un derecho humano individual y colectivo.

Palabras clave: Agua, energía eléctrica, derechos humanos, derechos económicos, sociales y culturales, exigibilidad, justiciabilidad.

Abstract

We intend to justify the importance of access to water and electricity, its relation to human rights, and its growing recognition as part of economic, social and cultural rights. Although the General Assembly of the UN, has recognized that the right to water is a essential human right to the full enjoyment of life and all human rights, problems persist in terms of access and quality. Access to electricity and its importance to the implementation of other rights such as housing, health and adequate standard of living is still ignored by States. This problem affects people have fewer economic resources and vulnerable groups. This context is compounded by the lack of legislative measures allowing consider access to water and electricity as an individual and collective human right.

Keywords: Water, electricity, human rights, economic, social and cultural rights, enforceability, justiciability.

1. Introducción

Las relaciones simbióticas se definen como la interacción o la relación cercana y persistente entre dos organismos de distintas especies biológicas. Por analogía utilizamos esta expresión para evidenciar la estrecha relación entre el agua. la energía y los derechos humanos. Del mismo modo que el derecho a la salud, al trabajo, el agua, y la energía eléctrica forman parte de la progresividad de los derechos humanos, hoy en día no se puede concebir la subsistencia de una persona o comunidad si no cuenta por los menos con accesos mínimos de agua y electricidad.

El agua lo es todo, es fundamental para la vida. Es el componente principal de la materia viva. El protoplasma, que es la materia básica de las células vivas, consiste en una disolución de grasas, carbohidratos, proteínas, sales y otros compuestos químicos solubles, sobre los cuales actúa el agua, disolviendo, transportando y descomponiendo en un perfecto proceso químico.[2]

El agua constituye de 50 a 99 % de la masa de los organismos vivos. Un melón es 98% agua y un bebé 85 %, un tomate es 95 %, un elefante es 70 % y una espiga de trigo 80%. Los procesos biológicos que conocemos como "vida" no podrían existir sin el agua, sin ella el ser humano no podría tragar ni digerir los alimentos, no podría respirar sin humedad en sus pulmones y la sangre no podría circular por sus venas.

Para producir todas las cosas que consumimos se necesita energía y agua. Por ejemplo: producir un kilo de carne requiere 30 000 litros de agua, un automóvil, 150 000 litros, un pañal de bebé 800 litros, un microchip 32 litros y un kilogramo de vainilla la asombrosa cantidad de 96 000 litros; obviamente, en estos procesos de producción es impensable no utilizar energía.

El derecho al acceso a la electricidad es tan importante como el agua. El acceso a la energía está directamente relacionado con el bienestar y la satisfacción de necesidades básicas de las personas. La energía es necesaria para cocinar, para conservar los alimentos, para tener agua caliente y para la climatización, servicios

2. Cfr. Fernández-Jáuregui¸ Carlos y Crespo Milliet, Alberto. *El agua, recurso único. El Derecho humano al agua. Situación actual y retos del futuro.* Unesco. Barcelona, Icaria editorial. 2008, pp. 22-29.

básicos que cualquier hogar debería tener cubiertos para asegurarse unas condiciones adecuadas mínimas de vida y confort. Solo a modo de ejemplo imaginemos preparar una sopa: se necesitará como mínimo agua y una cocina a gas o eléctrica. Cuando el ciudadano padece los efectos de los "apagones" o racionamientos de energía, el acceso a un mínimo de electricidad se hace sentir en los hogares, sobre todo en la cocina, en el comercio y en la industria.

Trabajar sin electricidad no tiene sentido. En las oficinas, no encenderían las computadoras, el aire acondicionado y ningún aparato, así que en horas de trabajo todo el personal estaría como en una especie de vacaciones, pero en sus lugares de trabajo y a oscuras. En las oficinas públicas, no hay atención al público y los servicios no funcionan. En las oficinas privadas el efecto es similar pero el trabajador sin nada que hacer en la empresa deberá esperar hasta la hora de salida, o ingeniarse algún método para trabajar a oscuras.

La energía y el agua son dos sectores fuertemente relacionados. El uso de la energía es fundamental para los sistemas hídricos, por ejemplo: desde el suministro de agua a los diversos usuarios, incluida la población urbana, hasta el tratamiento de las aguas residuales para su saneamiento. Por otro lado, el agua es esencial para producir energía, desde la producción en sí de energía hidroeléctrica hasta el enfriamiento en las centrales eléctricas.

A través de este ensayo pretendemos justificar la importancia del acceso al agua y la energía eléctrica y su relación con los derechos humanos, su reconocimiento progresivo como parte de los derechos económicos, sociales y culturales. Aunque la Asamblea General de la ONU, el 3 de agosto de 2010, reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos,[3] en los Estados, sobre todo los más pobres, persisten problemas en cuanto a su acceso y calidad. Este contexto se ve agravado por la falta de adopción de medidas legislativas y de otra naturaleza que permitan considerar, con enfoque de derechos humanos, el acceso a al agua y a la electricidad como un derecho básico, individual y colectivamente inalienable.

Según información de la Base de Datos Mundiales sobre Indicadores Urbanos, del Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat), existe un gran desfase entre los distintos grupos de ingresos dentro de los países y entre los países con respecto a la disponibilidad, la asequibilidad financiera y la habitabilidad de la vivienda y el acceso a agua, electricidad y otros servicios

3. Cfr. Resolución emanada de la Asamblea General, A/RES/64/292, de fecha 3 de agosto de 2010. El derecho humano al agua y el saneamiento, p. 3.

esenciales, lo que a la larga produce un aumento en el número de personas que viven y se alojan en condiciones inadecuadas.[4]

Además, los Estados al momento de diseñar políticas públicas no consideran los fuertes nexos entre el agua y la energía eléctrica, lo cual incide en la gestión y operación del agua y los sistemas de generación de electricidad.

El objetivo fundamental es establecer en términos conceptuales y jurídicos el derecho de acceso al agua y a la energía eléctrica. Ese propósito afronta las dificultades relativas a la evaluación del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en esta materia. El más visible de estos problemas es que, a pesar del reconocimiento del agua como derecho por parte de la comunidad internacional en su conjunto, no existe un tratado internacional específico en materia de derechos humanos que describa las obligaciones que deben cumplir los Estados, y el derecho al acceso a la energía eléctrica en muy pocas ocasiones se menciona como derecho.

El tema se justifica porque es poco estudiado y escasamente explorado, que solo llama la atención cuando las personas o colectividades se quejan por deficiencias en términos de acceso u otros problemas. Esto parece indicar que no se ha consolidado una cultura orientada a la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales, y específicamente del derecho al acceso al agua y la electricidad, quizás como consecuencia de la falta de políticas de promoción y divulgación de los instrumentos declarativos y convencionales sobre la materia.

El análisis jurídico de este trabajo tiene como punto de partida el examen de las fuentes que explican la noción del derecho humano al agua y la energía eléctrica, las obligaciones jurídicas concretas que los Estados deben cumplir y que han sido producto de una lenta construcción normativa y doctrinal, así como los aportes de los tribunales y organismos internacionales de control y supervisión, como: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. También examinaremos la contribución de organismos éticos como el Tribunal Internacional del Agua, el Tribunal Centroamericano del Agua y el Tribunal Latinoamericano del Agua.

4. Cfr. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Miloon Kothari. E/CN.4/2005/48, 3 de marzo de 2005, p. 10, párrafo 24.

2. La importancia del binomio agua y energía

Antes de indagar el carácter jurídico del derecho al agua y la energía consideramos imprescindible precisar la importancia de las relaciones involucradas entre ambas. Aunque Miguel Breceda Lapeyre identifica cinco relaciones que deben estudiarse sobre el binomio agua-energía,[5] nos referiremos al agua como fuente de energía y el análisis del consumo de energía para mover el agua.

A simple vista la relación nos indica que el agua se utiliza indirecta y directamente como insumo fundamental en la generación de energía. Sin agua resulta imposible producir electricidad por medios convencionales.

El agua se utiliza en todos los procesos tecnológicos para generar electricidad, salvo en la generación con paneles fotovoltaicos o eólica (con viento). Las instalaciones para generar electricidad de cualquier tamaño requieren de agua, como insumo secundario, para enfriamiento en distintas fases de la producción, y un gran número de plantas térmicas utilizan, además, el vapor, como insumo primario, a altas temperaturas para accionar sus turbinas. En el procesamiento de petróleo crudo el agua también es un insumo estratégico. Todas las refinerías y centros petroquímicos la consumen en grandes cantidades, bien sea para enfriamiento o como insumo en múltiples procesos.

El agua también se utiliza como insumo directo para producir electricidad por medio de la geotermia[6] o de la hidroelectricidad, que ha resultado ser la más dinámica de las energías renovables y, puede afirmarse, que existe un consenso generalizado acerca de sus ventajas sobre casi todos los otros métodos de generación. Pero, en contrapartida, los proyectos hidroeléctricos son muy criticados por el gran impacto ambiental que producen en función de sus dimensiones ejemplo de ello es el proyecto de la presa de las Tres Gargantas[7] en China, que se ha sido

5. Cfr. Breceda Lapeyre, Miguel. *Agua y energía. Cinco relaciones para estudiar este binomio. La gota de la vida: Hacia una gestión Sustentable y Democrática del Agua*. México, Ediciones Böll, 2006, pp. 215-227.
6. Geotermia significa "calor de la tierra". Este calor fluye debido al movimiento de las placas tectónicas (zonas de subducción, expansión del suelo oceánico y rift). El término "energía geotérmica" se utiliza para indicar la parte del calor de la tierra que podría ser recuperado y explotado por el hombre. Por ejemplo, a través de volcanes, fumarolas o manantiales calientes.
   La energía geotérmica es una fuente de energía renovable y sustentable, siempre que la explotación del recurso se haga de una forma racional y se cumpla con las necesidades de la población actual sin comprometer a las generaciones futuras.
7. La presa de las Tres Gargantas se despliega a lo largo de casi dos kilómetros de ancho por dos mil metros de alto. En 2014 generó 98 800 millones de kilovatios por hora, con lo cual superó a la central de Itaipú, que comparten Brasil y Paraguay.

considerado el proyecto hidroeléctrico más grande de la historia, y que ha sido severamente cuestionado por generar graves daños ambientales.

Los derechos concernientes al agua y la energía tienen un impacto real sobre el disfrute del derecho a la alimentación, a la vivienda, a la salud, al trabajo, a un medio ambiente saludable, al desarrollo, entre otros. Sin el acceso a un mínimo de agua y energía muchos pueblos o comunidades están privados de sus medios de subsistencia; no es exagerado decir que el disfrute de todos los derechos humanos, incluido el derecho de los pueblos a decidir su futuro, depende de políticas y legislaciones relativas al agua y la energía.

Pese a la estrecha vinculación del agua y la energía con la satisfacción de las condiciones adecuadas para la vida y otros derechos, diversos sectores políticos, económicos y doctrinales han planteado una dialéctica en torno a la naturaleza jurídica tanto del derecho al agua como a la energía. Es por ello que su reconocimiento para el ser humano es de vital importancia, pues contribuye a la realización y promoción de los derechos humanos, así como a la disponibilidad y sostenibilidad de servicios básicos como: el abastecimiento de agua, salud, vivienda, educación, alimentación, entre otros.

Aunque no existe una definición universalmente compartida, el acceso a la energía debe entenderse como "el acceso a servicios de energía limpios, fiables y asequibles para cocinado, calentamiento, iluminación, salud, comunicaciones y usos productivos". En este sentido, la **ONG Practical Action** analiza el acceso a la energía en términos de necesidades energéticas y las agrupa bajo el concepto de "Acceso total a la energía", definido como la utilización mínima de los servicios de energía que la gente necesita, quiere y tiene derecho a recibir entre los que se incluyen los servicios de iluminación, cocción, calentamiento de agua, calefacción, enfriamiento y tecnologías de la información y comunicación.[8]

No obstante su importancia, más de tres mil millones de personas dependen de la biomasa tradicional para cocinar y como fuente de calefacción; mil quinientos millones de personas carecen de electricidad y millones de pobres no pueden pagar estos servicios energéticos modernos, incluso si están disponibles.[9] Además, la falta

La cantidad de electricidad generada por la planta de las Tres Gargantas equivale más o menos a la que se consigue quemando 49 millones de toneladas de carbón, por lo que la presa evita la emisión de 100 millones de toneladas de dióxido de carbono.

8. Cfr. Practical Actions. Panorama energético de los pobres 2012. Energía para ganarse la vida. Rugby, UK. 2012.
9. Cfr. Resolución A.65/151, referida al Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos, aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de diciembre de 2010.

de acceso a servicios públicos como agua, electricidad, y servicios de saneamiento pueden contribuir a aumentar la violación de derechos de grupos vulnerables como mujeres, indígenas y niños.

Su importancia también subyace con el derecho a la vivienda. Pues no se puede realizar efectivamente el derecho a una vivienda adecuada sin tener acceso a bienes y servicios públicos como agua, salud, transporte, combustible, servicios de saneamiento, alumbrado y electricidad, servicios de alcantarillado y eliminación de desechos, atención de los niños y comunicaciones.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado la importancia de la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura para que una vivienda sea adecuada. En efecto, en su observación general Nº 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada ha señalado que no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. "Debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia."[10]

Miloon Kothari, Relator Especial sobre el derecho a la vivienda, ha definido el derecho humano a una vivienda adecuada como el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad. Concurrentemente ha identificado elementos que ofrecen una idea más completa de este derecho, como bienes, servicios públicos y servicios ambientales, incluidos el agua, el saneamiento y la electricidad. Consecuentemente ha instado a los Estados a que garanticen el acceso universal a los derechos humanos básicos al agua, el saneamiento y otros servicios esenciales, incluida la electricidad, y que procedan con la máxima cautela al considerar políticas que pudieran conducir a la privatización del agua, el saneamiento y los servicios eléctricos."[11]

En este aspecto, El Hadji Guissé ha considerado que el acceso al agua potable está directamente vinculado a la cuestión de la vivienda, a la que se refieren numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. Menciona el párrafo

10. Cfr. Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), (Sexto período de sesiones, 1991), U.N. Doc. E/1991/23 (1991), párrafo 8.b.
11. Cfr. Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, A/HRC/7/16, 13 de febrero de 2008, párrafos 4, 5 y 102.b

8 de la Observación general Nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativo al derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1, artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en el que se enuncian siete componentes clave de ese derecho. Según uno de ellos, una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes: *agua potable, energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado,* instalaciones sanitarias y de aseo, medios de conservación de alimentos, de eliminación de desechos y de drenaje y servicios de emergencia (párrafo b) del artículo 8).

Conviene asimismo subrayar que el volumen creciente de desechos y aguas residuales producido por las ciudades representa una grave amenaza para la salud y el medio ambiente. Además, las basuras urbanas provocan una contaminación muy extendida del agua dulce, así como del aire y los suelos. Cada año mueren por enfermedades debidas a deficiencias en materia de alcantarillado y aguas negras aproximadamente 5,2 millones de personas, entre ellas 4 millones de niños.[12]

3. El desarrollo progresivo del derecho de acceso al agua y la energía

No existe como tal un derecho humano autónomo relacionado con el agua y la energía eléctrica. Sin embargo, estos derechos se encuentran implícitos en otros derechos humanos establecidos en tratados internacionales, tales como: derecho a la vivienda adecuada, salud, alimentación y a un nivel adecuado de vida.

A) Primeras manifestaciones jurídicas

i. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

ii. Declaración sobre el Medio Humano de 1972.

12 Cfr. Informe preliminar presentado por el Sr. El Hadji Guissé, de conformidad con la decisión 2002/105 de la Comisión de Derechos Humanos y de la resolución 2001/2 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento.* Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2002/10 de fecha 25 de junio de 2002, p. 17-18.

iii. Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad de 1975.

iv. Plan de Acción de Mar del Plata de 1977.

v. Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental de1980

vi. Declaración de Nueva Delhi de 1990.

vii. Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño de 1990.

viii. Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible de 1992.

ix. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y la Agenda 21 de 1992.

x. Programa de acción aprobado en la Conferencia Ministerial sobre Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento Ambiental, Noordwijk de 1994.

xi. Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de 1994.

xii. Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social aprobada en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Pobreza, Abastecimiento de Agua y Saneamiento de 1995.

xiii. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995.

xiv. Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos de 1996.

xv. Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial de 1996.

xvi. Declaración de Marrakech de 1997.

xvii. Programa para seguir implementando la Agenda 21 de 1997.

xviii. Declaración Centroamericana del agua de 1998.

xix. Los criterios estratégicos para la ordenación de los recursos de agua dulce de 1998.

xx. Decisión 6/1 emanada de la Comisión de Desarrollo Sostenible sobre Criterios estratégicos para la ordenación de los recursos de agua dulce de 1998.

xxi. Declaración sobre la Visión Mundial del Agua, la vida y el Medio Ambiente para el Siglo XXI de 2000.

xxii. Declaración Ministerial de La Haya sobre la seguridad del agua en el siglo XXI de 2000.

xxiii. Declaración del Milenio de las Naciones Unidas de 2000.

xxiv. Carta Europea de Recursos Hídricos de 2001.

xxv. Declaración Ministerial de Bonn de 2001.

xxvi. Declaración de Johannesburgo de 2002.

xxvii. Declaración Ministerial de Kyoto. de 2003.

xxviii. Proyecto de directrices para la realización del derecho al agua potable de 2005.

xxix. Declaración Latinoamericana del Agua de 2006.

xxx. Declaración Ministerial de México de 2006.

xxxi. Declaración Ministerial de Estambul de 2009.

xxxii. Declaración de Caracas sobre el derecho humano al agua de 2011.

A pesar de que un sector de la doctrina desconoce su carácter jurídico, las primeras manifestaciones jurídicas sobre el derecho al agua y la energía son de vieja data, y han sido producto de un largo proceso de cimentación que ha permitido la identificación de la relación de entre ambos.

B) Importancia de los Informes del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo publica y promueve el **Informe sobre Desarrollo Humano**[13]. Se trata de un texto independiente que tiene como objetivo único situar a las personas en el centro del proceso de desarrollo en términos de debates económicos, formulación de políticas y promoción. Es un ejercicio intelectual independiente y autónomo, que no tiene carácter de documento oficial de las Naciones Unidas, y las políticas que rigen las actividades operacionales para el desarrollo del sistema de las Naciones Unidas seguirán siendo establecidas por los Estados Miembros.[14]

Desde 1990 hasta el presente en sus informes anuales el PNUD se ocupado sobre el tema de la presentación de servicios públicos, la relación entre acceso al agua y el desarrollo y la generación de energía.

El *Informe sobre Desarrollo Humano 2011* hace referencia al acceso a agua, seguridad hídrica y saneamiento: analizó los efectos devastadores de la falta de

13. El Informe se elabora bajo el mandato del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y es el resultado del trabajo de un equipo selecto de académicos destacados, profesionales del desarrollo y miembros de la Oficina encargada del Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD. El *Informe sobre Desarrollo Humano* fue presentado por primera vez en 1990.

14. Cfr. Resolución emanada de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/57/264, de fecha 30 de enero de 2003. *Informe sobre el Desarrollo Humano,* numeral 1.

agua potable. Para abordar esta inequidad plantea que es necesario hacer un cambio en la manera en la que se gestionan los recursos hídricos requeridos para satisfacer la demanda de una población mundial en aumento. Además, expone las diversas soluciones existentes relativas a la seguridad hídrica, entendida como la capacidad de un país de conseguir suficiente agua para satisfacer las necesidades de agua potable para uso domiciliario, riego, generación de energía y otros. En los países pobres, los mayores consumidores de agua son los hogares y la agricultura.[15]

C) Resoluciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas

El 15 de febrero 2000 la Asamblea General reafirmó que en la plena realización del derecho al desarrollo, *entre otras cosas*, el derecho a la alimentación y el agua potable son derechos humanos fundamentales y su promoción constituye un imperativo moral para los gobiernos nacionales y la comunidad internacional.[16]

El 9 de febrero de 2004 proclamó el período de 2005 a 2015 Decenio Internacional para la Acción, *El agua, fuente de vida*, que comenzó el 22 de marzo de 2005, Día Mundial del Agua; así mismo, decidió que el Decenio tenga como objetivos ocuparse más a fondo de las cuestiones relativas al agua en todos los niveles y de la ejecución de los programas y proyectos relativos a ese recurso, y que al mismo tiempo se trate de asegurar la participación e intervención de la mujer en las medidas de desarrollo relacionadas con el agua, y promover la cooperación en todos los niveles para ayudar a alcanzar los objetivos relativos a esta convenidos internacionalmente y contenidos en el Programa 21 y el Plan para su ulterior ejecución, la Declaración del Milenio y el Plan de Aplicación de Johannesburgo.[17]

El 3 de agosto de 2010 reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.[18]

15. Cfr. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Informe sobre Desarrollo Humano* 2011. Mundi-Prensa Libros, S.A. Impreso por Consolidated Graphics, 2011, p 1.
16. Cfr. Resolución emanada de la Asamblea General, A/RES/54/175, de fecha 15 de febrero de 2000. *El derecho al desarrollo*, p. 4, párrafo 12.
17. Cfr. Resolución emanada de la Asamblea General, A/RES/58/217, de fecha 9 de febrero 2004. *Decenio Internacional para la Acción, "El agua, fuente de vida"*, 2005-2015, p. 2.
18. Cfr. Resolución emanada de la Asamblea General, A/RES/64/292, de fecha 3 de agosto de 2010. *El derecho humano al agua y el saneamiento*, p. 3.

D) Resoluciones emanadas de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos

A través de esta resolución se resolvió solicitar a la Secretaría General que dentro de los recursos existentes apoye a los Estados Miembros en el desarrollo de planes energéticos sostenibles y en la implementación de medidas que fomenten un mayor uso de energía convencional limpia y energía renovable comercialmente viable, como la energía eólica, geotérmica, de biocombustible, hidroeléctrica y solar, así como en la adopción de políticas tendientes a lograr una mayor eficiencia energética, como acciones para abordar en mejor forma los desafíos relacionados con el crecimiento económico y el medio ambiente.[19]

E) Resoluciones emanadas del Consejo de Derechos Humanos

El Consejo de Derechos Humanos es un órgano intergubernamental que forma parte del sistema de las Naciones Unidas y está compuesto por 47 Estados Miembros, responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos en el mundo. Fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006 con el objetivo principal de considerar las situaciones de violaciones de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto.

El 27 de noviembre de 2006 decidió pedir a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, teniendo en cuenta las opiniones de los Estados y otros interesados, efectúe, dentro de los límites de los recursos existentes, un estudio detallado sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos, relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento, que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, que incluya conclusiones y recomendaciones pertinentes al respecto, para su presentación al Consejo antes de su sexto período de sesiones.[20]

19. Cfr. Resolución emanada de la Asamblea General, AG/RES 2253 (XXXVI-O/06), de fecha 6 de junio de 2006.
20. Cfr. Resolución emanada del Consejo de Derechos Humanos, 2/104, de fecha 27 de noviembre de 2006. *Los derechos humanos y el acceso al agua,* pp. 1- 2.

El 28 de marzo de 2008 decidió nombrar, por un período de tres años, a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento."[21]

El 12 de octubre de 2009 acoge con satisfacción la consulta con la experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, recibe el primer informe anual de la experta independiente y por vez primera reconoce que los Estados tienen la obligación de abordar y eliminar la discriminación en materia de acceso al saneamiento, instándolos a tratar de forma efectiva las desigualdades a este respecto.[22]

El 6 de octubre de 2010 recordó la Resolución 64/292 de la Asamblea General, del 28 de julio de 2010, en la que esta reconoció el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos; y afirmó que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana."[23]

El 8 de abril de 2011 acogió con beneplácito

el reconocimiento del derecho humano al agua potable y el saneamiento por la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, y la afirmación, por este último, de que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana.[24]

F) Valor jurídico de las declaraciones y resoluciones

Es importante destacar la importancia jurídica que poseen los instrumentos declarativos y resoluciones emanadas de los órganos emanados de la Organización de las Naciones Unidas, porque la interpretación de su contenido permitirá derrumbar las barreras y los mitos que suelen esgrimirse para desconocer su valor jurídico como derecho humano.

21. Cfr. Resolución emanada del Consejo de Derechos Humanos, 7/22, de fecha 28 de marzo de 2008. *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, p. 2.
22. Cfr. Resolución emanada del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/12/8, de fecha 12 de octubre de 2009. *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, p. 2.
23. Cfr. Resolución emanada del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/15/9, de fecha 6 de octubre de 2010. *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento,* p. 2.
24. Cfr. Resolución emanada del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/16/2, de fecha 8 de abril de 2011. *El derecho humano al agua potable y el saneamiento,* p. 2.

Como puede observarse, desde 1948, con la Declaración Universal de Derechos Humanos, se inició un proceso de gestación de los derechos humanos, a partir de la década de 1970 los temas relacionados con el agua, energía y medio ambiente empezaron a aparecer tímidamente como parte integrante de las reuniones y conferencias internacionales en materia de medio ambiente, pero fue a comienzos de 1990 que ocuparon un lugar en la agenda de la Comunidad Internacional al vincularlos directamente con el derecho al desarrollo o los derechos humanos.

Este instrumento declarativo establece varios derechos cuyo cumplimiento es imposible de alcanzar sin el acceso adecuado a los servicios energéticos. Por ejemplo, el derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, y el derecho a la educación.

Los elementos del derecho a un nivel de vida adecuado deben estar a la altura de la dignidad, la vida y la salud humanas. Lo adecuado es que el binomio que explica el derecho al agua y la energía no se interprete en forma restrictiva. Es decir, simplemente en relación con volúmenes, inversiones y tecnologías.

Para la exigibilidad y justiciabilidad del derecho al agua y la electricidad es importante tener presente el valor de *ius cogens* de la Declaración Universal de Derechos Humanos.[25] Aunque fue aprobada mediante una resolución de la Asamblea General, que de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas tiene carácter de

25. Las normas imperativas de Derecho Internacional general son la expresión técnica con la cual se identifica al *ius cogens*. Al respecto, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 señala que: *Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de Derecho internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter.* Como puede observarse, las normas imperativas o de *ius cogens* son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, y esto implica la constatación de un Derecho obligatorio e inderogable para todos los Estados; es decir, estas normas prevalecen sobre las voluntades estatales, ya que no pueden ser derogadas mediante acuerdo de voluntades entre los Estados, y se presentan como normas de Derecho Internacional general jerárquicamente superiores, y cuya importancia viene determinada por las necesidades de la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto. Además, están encaminadas a establecer la tutela y salvaguarda de intereses fundamentales de dicha Comunidad Internacional. Con referencia a los crímenes internacionales, M. Cherif Bassiouni ha manifestado que: *el concepto del ius cogens se refiere al estatuto legal que alcanzan ciertos crímenes internacionales y su relación con las obligaciones erga omnes se deriva de los efectos legales que tienen la caracterización de determinados crímenes sujetos al ius cogens. Existe suficiente fundamentación legal para llegar a la conclusión de que todos estos crímenes, incluidos la tortura, el genocidio y otros crímenes contra la humanidad, forman parte del ius cogens.* Cfr. Bassiouni, M. Cherif. International Crines: ius cogens and obligatio Erga Omnes. *Law & Contemp. Prob.*, 1996, p. 25. Para un estudio *in extenso* sobre el tema, véase a Ollarves Irazábal, Jesús. *El ius cogens en el Derecho Internacional Contemporáneo. Instituto de Derecho Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, (Venezuela), Editorial Arte, 2004.

recomendación, este instrumento marcó el inicio de una nueva era en el desarrollo de las relaciones entre los Estados, pues en él se estableció, por primera vez en la historia, un conjunto de Derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse.

Conviene tener presente la importante función que posee el valor jurídico de sus disposiciones conjuntamente con los tratados, y el rol que desempeña en el establecimiento de normas de Derecho Internacional la costumbre, la cual surge de la práctica internacional de los Estados, que la van aceptando gradualmente como norma jurídica vinculante.

También hay que tener en cuenta que jefes de Estado y gobiernos en diversos foros y conferencias internacionales han expresado su preocupación por el agua en una multiplicidad de declaraciones de contenido político, que, a pesar de no ser jurídicamente vinculantes para los Estados, por lo menos han demostrado tener un impacto positivo en el desarrollo progresivo del derecho al agua y el saneamiento. Las conferencias internacionales también han contribuido a propiciar la participación y cooperación entre organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, estimulando el debate y la investigación sobre el agua y demás temas relacionados.

Los programas de acción son acuerdos políticos entre los gobiernos, son un tipo de plan que prioriza las iniciativas más importantes para cumplir con ciertos objetivos y metas. De esta manera, un plan de acción se constituye como una especie de guía que brinda un marco o una estructura al llevar a cabo un proyecto.

Las resoluciones emanadas de la Asamblea General de la ONU y OEA, así como las del Consejo de Derechos Humanos son el fruto de un largo y lento proceso de discusión y reflexión. Pero se debe precisar que las resoluciones internacionales emanadas de la Organización de la Naciones Unidas no son obligatorias y su valor jurídico tiene carácter de *soft law*.[26]

La expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por falta de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurí-

26. Julio Barberis considera que son tres las principales acepciones del término *soft law*, a saber: a) las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica; b) las normas jurídicas de contenido difuso o vago en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente; y c) las normas que se hallan en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales, en los acuerdos políticos entre los gobiernos, en los *gentlemen´s agreements,* en ciertos códigos de conducta, en declaraciones conjuntas de presidentes o de ministros de Relaciones Exteriores, en directivas adoptadas por consenso en conferencias internacionales, etc., que en conjunto formarían un "orden jurídico intermedio". El concepto de *soft law* en su primera acepción no es sino una injustificada forma de denominar a aquellas normas que se encuentran en proceso de consolidación y que la doctrina distingue ya con la referencias a la *lex lata* y *lex ferenda*; en el segundo caso la diferencia entre *hard law* y *soft law* no estaría dada por un distinto grado de obligatoriedad establecido por la norma

dicos, o por lo menos con cierta relevancia jurídica. Ello supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al modelo derivado de la teoría de las fuentes del Derecho Internacional reconocida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Soft law es el término que usualmente emplea la doctrina para describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante, aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos. Este fenómeno envuelve una amplia gama de documentos internacionales, tales como resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o en conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o *non-self-executing*; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen´s agreement,* códigos de conducta, directrices, estándares, etc.[27]

René-Jean Dupuy señalaba que el contenido normativo de estas resoluciones no gozaba aún de valor obligatorio, si bien contenía el sustrato ético del Derecho Internacional que aún no estaba sancionado por la práctica. Se trataba, por lo demás, de un contenido formulado a través de principios y objetivos, pero no de reglas detalladas y precisas.[28]

jurídica sino por la dificultad (mayor o menor) de comprobar su incumplimiento, por lo que la expresión *soft law* no genera sino confusión, pues en cualquiera de ambos casos las normas son obligatorias y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento son las mismas. Finalmente, para este autor, no es conveniente hablar de la existencia de un "orden jurídico intermedio" basado en la existencia de normas de diferente clase o naturaleza, pues el concepto de validez de cualquier norma (sea jurídica o no) no está sujeto a graduación y si bien existen diferentes tipos de derechos y obligaciones, esto no supone merma ni gradación en su validez; en este sentido, o es derecho o no lo es. De esta forma, la idea de un derecho "blando" no aparece como razonable, siendo el *soft law* un producto de intereses políticos que buscan otorgar obligatoriedad a ciertos actos y ciertas resoluciones para satisfacer sus propios intereses. Cfr. Barberis, Julio. *Formación de derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco Rodolfo de Palma, 1994, pp. 282-288.

27. Incluso en ciertas materias como los derechos humanos se distingue entre *Primary Soft law* y *Secundary Soft law*. En palabras de Dinah Shelton: "Primary soft law can be considered as those normative texts not adopted in treaty form that are addressed to the international community as a whole or to the entire membership of the adopting institution or organization. Such an instrument may declare new norms, often as an intended precursor to adoption of a later treaty, or it may reaffirm or further elaborate norms previously set forth in binding or non-binding texts Secondary soft law includes the recommendations and general comments of international human rights supervisory organs, the jurisprudence of courts and commissions, decisions of special rapporteurs and other ad hoc bodies, and the resolutions of political organs of international organization applying primary norms". Shelton, "Commentary and conclusions". Cfr. Shelton, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System,* pp. 449-450. En la misma obra Chinkin, Christine. *Normative Development in the international legal system*, pp. 26 y 27.

28. Cfr. Dupuy, René-Jean. *Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la 'soft law, en, L'élaboration du droit international public.* Société française pour le Droit international, Colloque de *Toulouse.* Leiden, Sijthof, 1975, p. 145.

Por ello, para discernir sobre el valor de las declaraciones contenidas en las resoluciones internacionales emanadas de la Organización de la Naciones Unidas, es oportuno señalar que, según su carta fundacional, se debe tener presente de entrada que tales resoluciones son simples recomendaciones, y que no obligan estrictamente a sus destinatarios a cumplir su contenido. Si se quisiera otorgarles otro valor jurídico, debería hacerse revisando la Carta por el procedimiento formalmente previsto, puesto que hay que desechar la posibilidad de que la misma Carta de la ONU pueda ser enmendada por medio de resoluciones normativas de la Asamblea General.[29]

Debemos aclarar que lo más que se puede sostener sobre la base de la Carta de la ONU es que los Estados miembros que no han fijado posición en contra de una resolución normativa admiten que los principios y normas enunciados en esta concreten de modo legítimo y en campos determinados las conductas que deberían ser seguidas para mejor dar cumplimiento a su deber genérico de cooperar con y por medio de Naciones Unidas para realizar los fines para los que esta fue creada.[30]

Ahora bien, las resoluciones sobre el acceso a la tierra, el agua y saneamiento reflejan las primeras manifestaciones jurídicas en el proceso consuetudinario. Ante esta circunstancia debemos desechar de plano que dichas resoluciones por sí solas constituyan una costumbre completa. En nuestra opinión, su valor estriba en que son una prueba incipiente y en ciernes del proceso de preparación, discusión, elaboración y aprobación de un conjunto de precedentes de la práctica material; es decir, de una *opinio juris* en gestación.

No hay que olvidar que para la formación de una costumbre debe ser material en algún grado; es decir, la supuesta norma debe aplicarse en las relaciones reales entre sujetos de Derecho Internacional. Como señala Fernando Mariño Menéndez, si no ocurre así, nos hallamos con una "práctica" consistente en discutir y aprobar, "práctica" que no es suficiente.[31]

Estas resoluciones tienen un valor importante al ser los primeros antecedentes jurídicos internacionales que reflejan una manifestación jurídica y una preocupación sobre el agua y el saneamiento, pero en ningún caso prueban una codificación de normas generales que estaban en vigor antes de la aprobación y adopción de dichas resoluciones: Además, al examinar el lenguaje empleado por

29. Cfr. Mariño Menéndez, Fernando M. *Derecho Internacional Público* (Parte General), 3ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 363.
30. Cfr. ídem.
31. Cfr. ibídem, p. 366.

las propias resoluciones *(expresa preocupación, insta, apoya, ve con beneplácito)* indican claramente que no codifican principios ni normas del Derecho Internacional, y tampoco refleja la intención manifiesta de los Estados de declarar el Derecho en vigor.

Evidentemente, estas iniciativas internacionales y gubernamentales reflejan una propuesta importante o una aspiración de contenido político por alcanzar, y moral, que sirve como punto de partida de un derecho en formación, cuyo objetivo es establecer planes de acción para proteger a las personas frente a los problemas del agua y del saneamiento, con la dificultad de que el contenido de dichos documentos no es vinculante, al no ser instrumentos convencionales.[32]

Son el fruto de una preocupación de organismos internacionales, jefes de Estados, delegados gubernamentales y otros actores, lo cual permite deducir que dichas iniciativas se presentan como una propuesta de *lege ferenda*, y debe destacarse que la falta de obligatoriedad de estos instrumentos no es óbice para que se invoque jurídicamente la protección de la persona humana. Esto se puede perfectamente alegar a través del reconocimiento del derecho a la vida, libertad, integridad física, y otros derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, y el Protocolo Adicional de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Las recomendaciones son instrumentos a través de los cuales se incita al logro de los objetivos de una organización internacional por parte de los órganos

32. Debemos recordar que el consentimiento del Estado es la base de la obligación jurídica convencional, tal como dijo la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 28 de mayo de 1951 sobre validez de ciertas reservas al Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Al señalar que: *un estado no puede quedar vinculado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento* (C.I.J., Recueil, 1951, p. 21). En tal sentido la conclusión de los tratados internacionales es un proceso muy complejo en el que, desde la negociación a la entrada en vigor del convenio, los Estados soberanos manifiestan sus intereses y fijan los compromisos y las obligaciones que están dispuestos a aceptar, esto es, su consentimiento y voluntad de quedar obligados por las normas convencionales.

facultados para ello. El principio de buena fe, expresión jurídica del principio de cooperación inherente a las organizaciones internacionales,[33] es fuente de obligaciones jurídicas para los Estados miembros, que estarían obligados a apreciar de buena fe la posibilidad de observar lo recomendado.[34]

Este tipo de resoluciones representan un conjunto de decisiones de carácter simbólico, las cuales sirven para legitimar o restar legitimidad a los objetivos o ideologías de un Estado o bloque de Estados, dentro o fuera de la organización. Como señala Héctor Faúndez, estas resoluciones, sin ser obligatorias, cumplen la función de adjudicarse determinadas situaciones de conflicto indicando de qué lado está el Derecho o la justicia y, de paso, sugiriendo que existen reglas legales precisas en virtud de las cuales debe arribarse a la solución del conflicto en la forma señalada en la resolución. Este sería el caso, por ejemplo, de las resoluciones que condenan las violaciones de los derechos humanos en un Estado determinado, tales como las frecuentes condenas de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas a la dictadura de Pinochet.[35]

Christine Chinkin identifica seis criterios para determinar que un instrumento es de naturaleza *soft law*, a saber: *i)* que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo con los procesos tradicionales de creación de derechos (*v. gr.* tratado o costumbre); *ii)* contengan términos vagos e imprecisos; *iii)* procedan de órganos carentes de autoridad para crear normas internacionales; *iv)* estén dirigidos a actores no estatales, cuya práctica no pueda configurar una costumbre internacional; *v)* permanezcan ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional; vi) se basen exclusivamente en la adhesión voluntaria y no exista un mecanismo jurídico para su exigencia.[36]

33. En ocasiones reflejado en los tratados constitutivos como en la Carta de las Naciones Unidas al respecto puede consultarse a Kolb, Robert. *La bonne foi en droit international public.* Paris, Presses universitaires de France (PUF), 2000, p. 526.
34. Cfr. Antonio Remiro, Rosa Riquelme, Javier Díez-Hochleitner, Esperanza Orihuela y Luis Pérez-Prat. *Derecho Internacional*. Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 301.
35. Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor. *Introducción al Estudio de la Organizaciones Internacionales.* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. Caracas, 1990, p. 173.
36. Cfr. Chinkin, Christine. *Normative Development in the international legal system, en Shelton, Dinah (ed.), Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system,* pp. 30 y 31.

G) Instrumentos convencionales de alcance general

i) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[37]

Este tratado establece una serie de derechos cuya realización requiere el acceso al agua y proclama que en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia y que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana".

El Hadji Guissé en su informe final de 2004 señaló: El derecho a disponer de agua potable y de servicios de saneamiento está vinculado a otros derechos humanos como el derecho a la vida. La falta de acceso a agua potable y servicios de saneamiento pone en peligro la vida de millones de personas; por tanto, el derecho a disponer de agua potable es un elemento esencial del derecho a la vida. El agua está estrechamente ligada a todos los otros derechos humanos, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, que abarcan varios aspectos del ejercicio del derecho a la vida. Además del aire, el agua es el único recurso natural del que no puede prescindir el ser humano. Sin embargo, desde el punto de vista conceptual y práctico, resulta difícil concluir que el derecho al agua se extiende automáticamente a todos los demás usos, ya que los seres humanos tienen necesidades distintas, que a menudo dependen de sus medios de vida.[38]

ii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En este instrumento internacional se reconoce de manera implícita el derecho humano al agua. Según el ordinal primero del artículo 11, los Estados "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". Paralelamente, el ordinal segundo reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, y obliga a los Estados a la adopción de medidas destinadas a mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante el perfeccionamiento de los

37. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
38. Cfr. Informe final presentado por el Sr. El Hadji Guissé, *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento.* Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. E/CN.4/Sub.2/2004/20 de fecha 14 de julio de 2004, pp. 11-16.

regímenes agrarios y la utilización eficaz de las riquezas naturales; asimismo, los Estados se comprometen a una distribución equitativa de los alimentos mundiales, acorde con las necesidades.

De igual manera, el artículo 12 consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, lo cual implica para los Estados la obligación de adoptar medidas para garantizar la plena efectividad de este derecho. Entre ellas, la reducción de la mortinatalidad y mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento de la higiene en el trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, así como la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y los servicios médicos en caso de enfermedad.

Aunque el acceso al agua no está expresamente mencionado en el Pacto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales,[39] a través de la Observación General Nº 15, ha interpretado que el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental incluyen el derecho al agua. Este instrumento establece claramente el contenido, sentido y alcance del derecho, y reitera a los Estados Partes que están obligados a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna.[40]

En esta Observación General queda definido el derecho humano al agua como "el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico". Así mismo, expresa que en el párrafo 1 del artículo 11 del pacto se enumeran una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, "incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados", y son indispensables para su realización. El uso de la palabra "incluso" indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las

39. Es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes, y entre otras facultades interpreta oficialmente sus disposiciones a través de Observaciones Generales.

40. Al respecto ha señalado que la finalidad de las observaciones generales es transmitir la experiencia adquirida hasta ahora en el examen de los informes a todos los Estados Partes a fin de facilitar y promover la aplicación ulterior del Pacto; señalar a su atención las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes; sugerir mejoras en el procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de los Estados Partes, las organizaciones internacionales y los organismos especializados interesados en lo concerniente a lograr de manera progresiva y eficaz la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto. Siempre que sea necesario, el Comité, habida cuenta de la experiencia de los Estados Partes y de las conclusiones a que haya llegado sobre ellas, podrá revisar y actualizar sus observaciones generales. Cfr. Informe presentado por el Comité al Consejo Económico y Social en 1989 (E/1989/22), anexo III (Observaciones generales).

garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia.[41]

Según el Comité, el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua, necesario para ejercer el derecho a ese servicio y el derecho a no ser objeto de injerencias, como no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho a ese recurso.[42]

Admite que el derecho al agua está indisolublemente ligado al derecho a la vida y a la dignidad humana, y que es condición esencial para el ejercicio de otros derechos: el agua es necesaria para producir otros alimentos (derecho a una alimentación adecuada); para asegurar la higiene ambiental que controle los riegos que representa el agua salubre (derecho a la salud); para procurarse un medio de subsistencia (derecho a ganarse la vida mediante un trabajo), y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural). Adicionalmente, el documento advierte que la obligación a cargo de los Estados de implementar las medidas oportunas para proteger las fuentes de agua de agentes contaminantes, sustancias tóxicas y agentes patógenos, está asociada al derecho a disfrutar de un medio ambiente sano.[43]

El Estado debe garantizar el ejercicio sostenible del derecho y un cierto estándar de calidad de agua, para contribuir a que el derecho de acceso básico a este recurso pueda ser igualmente ejercicio por las generaciones futuras. Asimismo, en el cumplimiento de la obligación de garantizar el derecho al agua sin discriminación, el Estado debe asegurarse de que el modo en que se ejerza este derecho resulte adecuado en función de las necesidades. En este sentido, el Comité llama la atención sobre los sectores particularmente vulnerables de la sociedad; así, la situación de los agricultores marginados, las mujeres, los niños o los grupos minoritarios demanda acciones específicas que les garanticen el acceso equitativo a los recursos hídricos refiere igualmente a la higiene ambiental, como aspecto del derecho a la salud amparado por el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 del

41. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general Nº 15 (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párrafo 3.
42. Cfr. ídem, párrafos 2 y 10.
43. Cfr. ídem, párrafos 3 y 6.

pacto. Igualmente, y tomando nota de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del pacto, que dispone que no podrá privarse a un pueblo 'de sus propios medios de subsistencia', los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la subsistencia de los pueblos indígenas.[44]

Cabe destacar que el Comité en su labor interpretativa ha complementado el estudio del derecho al agua a través de las Observaciones Generales Nº 4, 5, 6 12, 13 y 14, referidas al derecho a la vivienda, personas con discapacidad, de las personas mayores, a la alimentación, educación y a la salud, respectivamente.

El Hadji Guissé ha establecido que el agua es indispensable para la vida, es lógico reconocer el estrecho vínculo entre el agua potable y la salud. En efecto, la calidad del suministro de agua y de alimentos, así como de los servicios de saneamiento y de higiene pública, son determinantes para la salud. A lo largo de los siglos, muchas epidemias han estado directamente ligadas a la calidad del agua. Hoy en día, las enfermedades de transmisión hídrica siguen constituyendo uno de los mayores problemas de salud de la población mundial, en particular en los países en desarrollo, en los que se calcula que aproximadamente 80 % de las enfermedades, y más de un tercio de las defunciones, son consecuencia del consumo de agua contaminada. Igualmente refiere que numerosas enfermedades ligadas al agua potable se deben a la presencia de organismos patógenos, ya sean bacterias, protozoos, virus o vermes. Algunos pueden ocasionar la muerte, mientras que otros tienen consecuencias patológicas benignas. No obstante, a pesar de la existencia de vacunas y otras medidas de prevención, esas enfermedades siguen cobrando numerosas víctimas debido a las carencias en materia de agua potable, higiene y salud pública."[45]

44. Cfr. ídem, párrafos 7, 8 y 11.
45. Cfr. Informe preliminar presentado por el Sr. El Hadji Guissé de conformidad con la decisión 2002/105 de la Comisión de Derechos Humanos y de la Resolución 2001/2 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento.* Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2002/10 de fecha 25 de junio de 2002, p. 17. El término "helminto", que significa 'gusano', se usa sobre todo en parasitología, para referirse a especies animales de cuerpo largo o blando que infestan el organismo de otras especies. De helminto derivan helmintología, especialidad de la parasitología que se centra en los helmintos, helmintiasis, que quiere decir infestación por helmintos, y antihelmíntico, adjetivo que se aplica a los fármacos y otros tratamientos con que se combaten las helmintiasis.

iii) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

El artículo 14, párrafo 2 (h) de este tratado menciona expresamente el derecho a: h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, *la electricidad* y el *abastecimiento de agua*, el transporte y las comunicaciones".

iv) Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 24, párrafo 2 (c), de la convención dice: "2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (…) c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y *agua potable salubre*, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente".

v) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Esta convención reconoce en el artículo 28, párrafo 2 (a): "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: a) asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a *servicios de agua potable* y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad."

vi) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997

El artículo 10.2 de esta convención establece: "2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá sobre la base de los artículos 5 a 7, teniendo especialmente en cuenta la *satisfacción de las necesidades humanas vitales*".

vii) Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario constituye una parte del Derecho Internacional Público que integra todo un conjunto de normas universales cuyo fin último es restringir al máximo las funestas consecuencias de un conflicto armado. Para ello protege a las personas que no participan o han dejado de participar en los conflictos armados y establece limitaciones a las prácticas y medios de combate. Algunos especialistas en Derecho Internacional han sostenido que el Derecho Internacional Humanitario pertenece a la categoría del *ius cogens*.[46]

El Tercer Convenio de Ginebra de 1949 establece en sus artículos 20, 26, 29 y 46 obligaciones relacionadas con el suministro a los prisioneros de guerra suficiente agua potable. El Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 establece disposiciones similares para los civiles en sus artículos 85, 89 y 127.

El Protocolo Adicional I de 1977 en su artículo 54.2 establece la protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y en este sentido:

> *2. Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito.*

46. Cfr, entre otros, a Eduardo Jiménez de Aréchaga, Juan Antonio Carrillo Salcedo, Seid- Hohenveldern y Cherif Bassiouni M., etc. Es importante la posición asumida por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, el que ha considerado conveniente y necesario aprobar una declaración de normas humanitarias mínimas que refleje el Derecho Internacional existente, para que se convierta en ley obligatoria para todos y contribuya al ulterior desarrollo de la legislación. Compartimos sin reserva alguna esa posición, por cuanto sostiene que los principios en que se funda dicha declaración son los que tienen carácter de *ius cogens*, porque expresan consideraciones humanitarias básicas reconocidas como universalmente vinculantes, lo cual se reafirma con el consenso generalizado de los Estados al determinar en la dinámica internacional que el Derecho Internacional Humanitario se encuentra representado por el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra. El Instituto Internacional de Derecho Humanitario se ocupa de problemas humanitarios y del Derecho humanitario, en el sentido más amplio del término. Cfr. Comisión de Derechos Humanos, 52º Período de Sesiones, tema 15 del programa provisional, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Informe del Secretario General preparado de conformidad con la Resolución 1995/29 de la Comisión. E/CN.4/1996/80, 28 de noviembre de 1995, observaciones presentadas por una organización no gubernamental, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, el 14 de noviembre de 1995. Igualmente puede consultarse Ollarves Irazábal, Jesús. *El ius cogens en el Derecho internacional contemporáneo*. 1ª edición, Caracas, Editorial Arte, 2005, pp. 362 y ss.

Del mismo modo, el artículo 56.1 del citado protocolo establece limitaciones y restricciones cuando los ataques puedan recaer sobre "Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica…"

H) Instrumentos convencionales de alcance regional

i) Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos

El artículo 24 de la Carta Africana señala:

> *Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo". Lo cual resulta imposible sin el acceso al agua y al saneamiento, tal como lo ha señalado El Hadji Guissé en su informe final de 2004: "El disfrute del derecho al desarrollo se ve obstaculizado en parte por la distribución desigual del agua y la falta de sistemas de saneamiento sostenibles. Muchos proyectos de abastecimiento de agua y saneamiento no tienen en cuenta la función directa de los beneficiarios en la planificación y la ejecución de dichos proyectos. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo dispone, párrafo 1 del artículo 2: 'La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.' La declaración se refiere también en el párrafo 3 del artículo 3 a la obligación que tienen todos los Estados de 'cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo.*[47]

Por otra parte, Catarina de Albuquerque, relatora especial para las obligaciones relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, señaló:

> *Los Objetivos de Desarrollo del Milenio han desempeñado una valiosa función al galvanizar el apoyo internacional en torno a determinadas metas de reducción de la pobreza verificables, incluso respecto del agua y el saneamiento. Las metas relativas al agua y el saneamiento son objetivos vitales para el desarrollo humano y también son indispensables para el logro de otros Objetivos de Desarrollo del Milenio.*[48]

47. Cfr. Informe final presentado por el Sr. El Hadji Guissé, *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento.* Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. E/CN.4/Sub.2/2004/20 de fecha 14 de julio de 2004, p. 10, párrafo 27.
48. Cfr. Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Sra. Catarina de Albuquerque. Asamblea General, A/65/254 de fecha 6 de agosto de 2010, p. 25.

ii) Protocolo Adicional de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: "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".

iii) Protocolo sobre Agua y Salud del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales[49]

Este Protocolo es el primer acuerdo internacional que al vincular las cuestiones en materia de gestión del agua y de salud fue adoptado expresamente para garantizar un suministro de agua potable y un saneamiento adecuados para todos. Fue diseñado para complementar el Convenio del Agua con medidas adicionales para fortalecer la protección de la salud pública, especialmente a escala nacional. Promueve una mejor gestión del agua y de los ecosistemas acuáticos, y su fin último consiste en la prevención, el control y la reducción de las enfermedades vinculadas con el agua.

El principal objetivo de este Protocolo es la protección de la salud y el bienestar humano mediante una mejor gestión del agua, incluida la protección de los ecosistemas acuáticos, y a través de la prevención, el control y la reducción de enfermedades relacionadas con el agua. Este Protocolo es el primer acuerdo internacional de este tipo adoptado expresamente para obtener un abastecimiento adecuado de agua potable y un saneamiento adecuado para todos, y proteger de modo eficaz los recursos hídricos que se utilizan como fuente de agua potable.

El referido instrumento promueve el derecho al agua y reafirma la estrecha relación entre derechos humanos, salud, protección del medio ambiente y desarrollo sostenible. Establece que los Estados deben guiarse por diversos principios de derechos humanos, incluyendo el acceso adecuado y equitativo al agua para todos los habitantes, el acceso a la información, la participación del público y la consideración especial de los grupos vulnerables.

49. El Protocolo sobre el agua y la salud al Convenio de 1992 sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales; fue adoptado en Londres el 17 de junio de 1999 y entró en vigor de forma general el 4 de agosto de 2005.

iv) Carta Árabe de Derechos Humanos

El texto definitivo de la Carta Árabe de Derechos Humanos fue adoptado en 2004 en Túnez y entró en vigor el 15 de enero de 2008. Fue ratificada por 7 Estados árabes: Argelia, Bahréin, Emiratos Árabes Unidos, Jordania, Libia, Palestina y Siria en su artículo 39 (E) Garantizar una nutrición básica y agua potable para todos.

4. Aporte de la jurisprudencia internacional y otros órganos de supervisión

a) Tribunal Internacional del Agua

Desde que inició sus actividades el Tribunal Internacional ha emitido varias decisiones cuyos contenidos han servido de influencia en otros tribunales éticos. Entre ellos, un caso en el que se acusó al Gobierno de Brasil de incumplimiento de las leyes de protección del ambiente, al haber permitido la contaminación con mercurio de los ríos pertenecientes al Valle Tapajo con el fin de continuar la explotación de oro en aquella región. En otro caso, el tribunal consideró igualmente responsable a la empresa minera de origen estadounidense Southern Peru Copper Corporation por el uso irracional del agua en el sur del Perú. En efecto, la compañía carecía de sistemas de purificación de agua, lo que tuvo un impacto funesto sobre los ecosistemas de las cuencas de los ríos Locumbra y Moquegua, porque supuso no solo el deterioro de la biodiversidad, sino también importantes limitaciones en el agua disponible para el consumo doméstico y para la agricultura de las comunidades de la zona.[50]

Otro ejemplo apreciable es el caso de Filipinas contra la Corporación *Benguet,* que representaba la más grande compañía extractora de oro en este país y una de las principales del mundo. En este asunto el Tribunal resolvió que esta empresa ocasionaba daños permanentes al sistema de agua de la región, debido a la descarga de desechos tóxicos; además, su proyecto suponía desviar el río y construir varias presas que ponían en riesgo los ecosistemas, la existencia de comunidades indígenas y la supervivencia de las comunidades de campesinos y pescadores.

50. Cfr. García Aniza. *El derecho humano al agua*. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Madrid, Editorial Trotta S.A, 2008, pp. 227 y ss.

El Tribunal se pronunció también en un caso contra los gobiernos de China y Canadá, que se habían unido para el desarrollo de proyectos de represas hidroeléctricas en varias partes del mundo, donde ocasionaron serios daños al ambiente y a las comunidades de las zonas aledañas. En opinión del tribunal, los proyectos habían causado desplazamientos de comunidades enteras, destrucción de tierras calificadas para la agricultura y de ríos, estuarios y gran parte de la biodiversidad de la región.[51]

b) Tribunal Centroamericano del Agua

Entre los casos que ha resuelto este Tribunal en su primera audiencia, celebrada en San José (Costa Rica), entre agosto y septiembre de 2000, está el de una empresa de actividades petroleras (Anadarko Petroleum Corporation) en Petén (Guatemala). En este caso se denunció que la concesión para la exploración y explotación de petróleo afectaba gran parte del Parque Nacional de la Laguna del Tigre, que legalmente constituía una zona protegida. El Tribunal entendió que, efectivamente, el impacto de las actividades de la empresa tenía serias consecuencias ambientales sobre la zona y en las comunidades establecidas en ella; por tanto, ordenó a la empresa la inmediata suspensión de sus actividades ilegales, así como una compensación por los daños ambientales y sociales. Igualmente, recomendó al Gobierno de Guatemala la adopción de urgentes medidas para garantizar el cumplimiento de la ley y la protección de la zona.

Otro asunto relevante hace referencia a una declaración expresa que el Tribunal Centroamericano emitió contra los procesos de privatización del abastecimiento de agua, al señalar:

> *Es responsabilidad de los Estados, vigilar, proteger y velar porque los ciudadanos tengan acceso al agua potable; esto como parte de los principios de la justicia social y ambiental estipulados en las Constituciones de cada país; el derecho al agua en suficiente cantidad y calidad es un derecho humano. El abastecimiento del líquido vital no debe ser posesión o privilegio de sectores económicos que puedan aprovecharse de esta necesidad fisiológica fundamental para la vida humana (…). El Tribunal Centroamericano del Agua considera como parte de sus fundamentos éticos jurídicos que la provisión de agua para todos, es un asunto de justicia. La inequidad en la distribución del agua es una grave injusticia social. Aunque el agua siempre ha sido reconocida como patrimonio común por las normas consuetudinarias y legislaciones más antiguas en todas las culturas legales, hoy millones de seres humanos en América Latina son privados del agua y excluidos de los sistemas de distribución.*

51. Cfr. ídem.

Así mismo, en junio de 2005 el Tribunal Centroamericano convocó a diputados y procuradores centroamericanos a la adopción de una nueva declaración en la cual reafirmó la idea de que "el agua es un bien social, y el acceso a este recurso vital un derecho humano". En este sentido se adoptó la Declaración de Managua, que establece: "El acceso al agua potable es un derecho humano y no debe estar supeditado a las reglas de mercado, ni indispensables para la vida humana."

Este Tribunal constituye una experiencia regional que forma parte de un proceso continental, el Tribunal Latinoamericano del Agua. Cabe destacar que esta iniciativa del Tribunal Centroamericano es la única en su tipo en haber llevado a cabo un proceso de seguimiento sistemático de los casos denunciados, así como la única instancia que continúa labores permanentemente después de realizadas sus audiencias.[52]

c) Tribunal Latinoamericano del Agua

Es una instancia internacional, autónoma e independiente, de justicia ambiental, creada con el fin de coadyuvar a la solución de conflictos relacionados con los cuerpos de agua y sistemas hídricos de Latinoamérica. Se funda en principios de convivencia, respeto a la dignidad humana, solidaridad entre los pueblos, santidad de las formas vivientes y responsabilidad ambiental.[53]

El Tribunal Latinoamericano se ha pronunciado en diversos asuntos sobre la afectación del medio ambiente y el agua. Uno de los casos más relevantes es el relativo a la afectación del río Sensunapán por vertidos agropecuarios y por la construcción de la segunda etapa de una represa en el municipio de Nahuizalco, departamento de Sonsonate, República de El Salvador. En el referido caso reafirmó el reconocimiento universal del derecho al agua en adecuada cantidad y calidad, como un derecho humano fundamental cuyo ejercicio pleno debe ser protegido por los Estados; y consideró la estrecha y tradicional dependencia de los pueblos indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica

52. Cfr. Bogantes, Javier. *Tribunales éticos: Un acercamiento filosófico y práctico a la justicia ambiental. La gota de la vida: Hacia una gestión Sustentable y Democrática del Agua*. México, Ediciones Böll, 2006, p. 154.
53. Cfr. *Ídem.*

y la utilización sostenible de sus componentes (Convenio sobre la Diversidad Biológica, junio 1992).[54]

d) Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el tema de la tierra y el agua. Ejemplo de ello es la sentencia referida al daño ocasionado a los miembros de las comunidades de Plan de Sánchez, Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac, en Guatemala.[55]

En el caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, la Corte consideró que este país violó el derecho de los miembros de la comunidad Moiwana al uso y goce comunal de su propiedad tradicional, y reafirmó el criterio manifestado en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, al considerar que es un pueblo tribal: poseen una "relación omnicomprensiva" con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo, y ratificó que no es "una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras."[56] En este asunto la Corte, sin hacer una referencia directa al agua, recalcó la estrecha relación que los pueblos tribales y/o indígenas mantienen con sus tierras. Consideramos que aquí están implícitos, obviamente, los recursos naturales existentes en ellas, como el agua, base fundamental de sus culturas, su integridad y su supervivencia económica.[57]

54. Cfr. Audiencia Pública Tribunal Latinoamericano del Agua. Antigua, Guatemala, 12 de septiembre de 2008. La causa planteada ante el Tribunal Latinoamericano del Agua describe una doble vulneración que aqueja a las poblaciones autóctonas de Sisimitepec y Pushtan: - Alarmante contaminación bacteriológica de las aguas del río Sensunapan atribuida a actividades agropecuarias de tres terratenientes identificados en la zona como los desarrollistas y propietarios de dichas actividades.- La construcción inminente de una siguiente etapa de la presa construida en el río Los Trozos, que a su vez es tributario del río Sensunapan, a cargo de Sensunapan S.A. de C.V., empresa privada y concesionaria por parte del Estado Salvadoreño del citado río. La población indígena asentada en los cantones de Sisimitepec y Pushtan utilizan las aguas del río para su subsistencia. De acuerdo con el último censo emitido por el Estado Salvadoreño, se desconoce la existencia de grupos autóctonos en El Salvador.
55. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2004. Serie C. Nº 116, párrafos 109, 110.
56. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de fecha 15 junio de 2005. Serie C. Nº 124, párrafo 135.
57. Cfr. ídem, párrafo 131.

En el *asunto de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* consideró:

> *Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.*[58]

También se pronunció sobre la interdependencia entre el derecho al medio ambiente y el agua en el *asunto del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. En el referido asunto determinó: "El agua limpia natural es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca." "Los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir. En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los saramakas".[59]

En el *asunto de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte en un sentido progresista vinculó el derecho a la vida digna y el acceso y calidad del agua. En este sentido observó que:

> *el agua suministrada por el Estado entre mayo y agosto de 2009 no supera más de 2.17 litros por persona al día. Al respecto, de acuerdo con los estándares internacionales, la mayoría de las personas requiere mínimo de 7.5 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene. Además, según los estándares internacionales, el agua debe ser de una calidad que represente un nivel tolerable de riesgo. Con los estándares indicados, el Estado no ha demostrado que esté brindando agua en cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos requerimientos. Es más, el Estado no ha remitido prueba actualizada sobre el suministro de agua durante 2010, ni ha demostrado que los miembros de la Comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua en el asentamiento 25 de febrero, donde están radicados".*[60]

58. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de fecha 17 junio de 2005. Serie C. Nº 125, párrafo 167.
59. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2007. Serie C. Nº 172, párrafo 126.
60. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de fecha 24 agosto de 2010. Serie C. Nº 214, párrafos 195.

e) Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Con referencia al agua podemos mencionar como ejemplo el asunto de Nigeria, en el que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se ocupó de las consecuencias de las actividades de la industria petrolera en ese Estado. En la queja se afirmaba que el Gobierno de Nigeria había permitido la explotación de las reservas de petróleo en Ogoniland "sin tener en cuenta la salud o el entorno de las comunidades locales, vertiendo residuos tóxicos en el medio ambiente y en las vías fluviales locales". Los demandantes manifestaban, además, que Shell y la Corporación Nacional Nigeriana del Petróleo (Nigerian National Petroleum Corporation, NNPC) habían "omitido ocuparse del mantenimiento de sus instalaciones, causando numerosos vertidos evitables en la proximidad de poblados" y que "la contaminación resultante en el agua, el suelo y el aire tenía graves consecuencias a corto y largo plazo para la salud". También afirmaban que el Gobierno no había actuado para "proteger a la población ogoni de los daños causados por el consorcio de la NNPC y Shell".[61]

En dicho caso eran palpables diversas violaciones de los derechos humanos una de las más resaltantes era la violación del derecho al agua, que ocurrió cuando los vertidos de petróleo y materiales residuales contaminaron el agua que las personas y comunidades utilizaban para beber y otros fines domésticos.

En su decisión, adoptada en 2002, la Comisión Africana resolvió que Nigeria había violado una serie de derechos garantizados por la Carta Africana y señaló:

> *Pese a su obligación de proteger a las personas contra las injerencias en el disfrute de sus derechos, el Gobierno de Nigeria ha facilitado la destrucción de Ogoniland. Al contrario de las obligaciones que le impone la Carta y pese a estos principios establecidos internacionalmente, el Gobierno de Nigeria ha dado la luz verde a agentes privados, y a las Empresas petroleras en particular, para que causen efectos devastadores en el bienestar de los ogonis.*[62]

La Comisión Africana reconoció claramente el vínculo entre la destrucción del medio ambiente y los derechos humanos, y la responsabilidad que recaía sobre el Gobierno de proteger a la población de este tipo de daños ocasionados por agentes

61. Cfr. *Communication of The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights/Nigeria* (155/96).
62. Cfr. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Decision on communication of The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights/Nigeria (155/96). La decisión fue adoptada durante el 30 periodo ordinario de sesiones de la Comisión celebrado en Banjul del 13 al 27 de octubre de 2001.

no estatales como las empresas. La Comisión instaba al Gobierno, entre otras cosas, a proteger el medio ambiente, la salud y los medios de vida del pueblo de Ogoniland; garantizar una indemnización adecuada a las víctimas de violaciones de derechos humanos; emprender un programa de limpieza integral de tierras y ríos dañados por las actividades de la industria petrolera; y proporcionar información sobre los riesgos para la salud y el medio ambiente, así como sobre un acceso auténtico a los organismos reguladores y encargados de tomar decisiones a las comunidades que es probable que se vean afectadas por las actividades de la industria petrolera.[63]

En nuestra opinión, la decisión de la Comisión Africana es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues los Estados deben tomar medidas para proteger los derechos económicos, sociales y culturales frente a los actos de agentes no estatales que infrinjan el disfrute de dichos derechos. La obligación de proteger exige al Gobierno de Nigeria que imposibilite a terceros, incluidas las empresas, que se inmiscuyan por cualquier medio en el disfrute del derecho al agua. La obligación incluye la adopción de las medidas legislativas o de otra naturaleza que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de ese recurso.

La decisión de la Comisión Africana nunca se ha implementado en Nigeria. La región de Ogoniland sigue contaminada y persisten las violaciones de derechos humanos documentadas por la Comisión. Hoy en día, en todas las zonas productoras de petróleo del delta del Níger se pueden observar muchos de los problemas planteados en la queja del pueblo ogoni ante la Comisión, que afectan a cientos de comunidades.

f) Aporte de otros órganos de supervisión y control

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona en el párrafo 8 de la Observación General Nº 4, relativa al derecho a una vivienda adecuada, que:

> *una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho*

63. La Comisión Africana decidió que Nigeria había violado el derecho de toda persona a no ser discriminada (art. 2), el derecho al respeto a la vida y la integridad de la persona (art. 4), el derecho a la propiedad (art. 14), el derecho a la salud (art. 16), el derecho a la protección de la unidad familiar (art. 18.1), el derecho de todos los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (art. 21), el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda y el derecho de todos los pueblos a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo (art. 24).

> *a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes: agua potable, energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo, medios de conservación de alimentos, de eliminación de desechos y de drenaje y servicios de emergencia.*

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales examinó el cuarto informe periódico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, las dependencias de la Corona y los territorios dependientes de ultramar sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observó con preocupación que la mala calidad de la vivienda y la "pobreza energética" siguen siendo un problema para un gran número de familias e individuos. Recomendó que el Estado Parte tome medidas inmediatas para mejorar la situación del gran número de familias e individuos que viven en malas condiciones de vivienda y para aliviar la situación de los que son "pobres de combustible".[64]

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en los informes cuarto y quinto combinados de Nepal se refirió a las Mujeres en situación de pobreza y señaló que:

> *Si bien celebra la ejecución de programas de desarrollo para las mujeres, le siguen preocupando las condiciones generales de vida de las mujeres en situación de pobreza, en especial las de zonas rurales y las jefas de hogar, así como la falta de acceso de esas mujeres a la tierra, alimentación adecuada, agua apta para el consumo y combustible para cocinar y para calefacción. Preocupa también la discriminación contra las niñas y las mujeres al distribuir los alimentos en el hogar.*[65]

En similar sentido se ha pronunciados el Comité Europeo de Derechos Sociales, Centre européen des Droits des Roms (CEDR), en un reclamo colectivo contra Bulgaria,[66] así como la Organización Internacional del Trabajo a través de su Recomendación Nº 115, métodos de aplicación, 7.[67]

64. Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte- Territorios Dependientes. 05/06/2002. E/C.12/1/Add.79. (Observaciones Finales/ Comentarios), párrafos 20 y 39.
65. Cfr. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Informes cuarto y quinto combinados de Nepal (CEDAW/C/NPL/4-5) en sus sesiones 989ª y 990ª, celebradas el 20 de julio de 2011 (CEDAW/C/SR.989 y 990), párrafo 37.
66. Cfr. Comité Europeo de Derechos Sociales, "Centre européen des Droits des Roms (CEDR) v. Bulgarie", reclamo colectivo Nº 31/2005, 18/10/2006, párrafo 34.
67. Cfr. Recomendación Nº 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Vivienda de los Trabajadores, adoptada en la 45ª reunión CIT, 28 de junio de 1961, métodos de aplicación, párrafo 7.

4. Conclusiones

1. El agua y la energía deben estudiarse bajo el enfoque de derechos humanos. El paradigma liberal que trata a estos elementos como un bien económico susceptible de ser objeto de propiedad y de tráfico económico o comercial debe ser sustituido por el modelo que tiene como elemento central la defensa del derecho de todas las personas al acceso al agua potable y a la energía eléctrica suficiente para vivir con unas mínimas condiciones de dignidad. Este modelo no necesariamente rechaza el papel de los agentes económicos privados en su gestión y suministro, pero subrayará la idea de que finalmente hay un poder público (Estado y, en su caso, organismos internacionales) que garantiza su disfrute como derecho, evitando su vulneración, prestando el servicio de forma directa en caso necesario o sancionando las violaciones.
2. La energía eléctrica es un elemento esencial del crecimiento económico y, como tal, afecta a una amplia gama de partes interesadas, incluidos poderosos inversionistas extranjeros, por tal motivo se justifica su regulación bajo un enfoque de derechos humanos que fomente la adopción de medidas legislativas y de otra naturaleza.
3. Del contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia internacional se desprende que el agua y la energía eléctrica son un derecho humano individual, colectivo y actúa como síntesis de diversas funciones, pues desempeña un rol importante en el reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad de otros como: vida, saneamiento, vivienda, alimentación, salud, educación, cultura y nivel de vida adecuado. Es por ello que aseveramos que en la actualidad el disfrute de todos los derechos humanos, incluido el derecho de los pueblos a decidir su futuro, depende de políticas y legislaciones relativas a la energía eléctrica.
4. A pesar de que teóricamente se carece de un consenso básico sobre los elementos que lo definen, el derecho a la energía eléctrica es un verdadero derecho humano que ha evolucionado lentamente, y solo ha sido reconocido en beneficio de algunos grupos vulnerables como las mujeres. Como tal no se encuentra codificado formalmente como un derecho autónomo en el derecho internacional de los derechos humanos.
5. Tratándose del derecho al agua y al saneamiento, es evidente que si el acceso básico a estos servicios no está garantizado, se mantienen igualmente en riesgo el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la

intimidad y a la vida privada, a la alimentación, a una vivienda adecuada, al trabajo en condiciones dignas, al medio ambiente, al desarrollo, a la educación y los derechos culturales y, en definitiva, se atenta contra la dignidad humana.

6. El derecho humano al agua y la energía electrica ha experimentado un desarrollo progresivo que se ha verificado del contenido de algunos tratados internacionales y se ha reafirmado a través de la adopción de diversos actos emanados de organismos internacionales que solo producen recomendaciones y directrices para los Estados, y crean normas no vinculantes denominadas por la doctrina normas blandas o (*soft law*).
7. Incumbe a cada Estado determinar el volumen mínimo razonable de agua necesaria para satisfacer los usos personales y domésticos. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que se necesitan entre 50 y 100 litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud. El umbral de 25 litros por persona por día representa el nivel mínimo para mantener la vida, pero esta cantidad plantea problemas de salud, ya que es insuficiente para atender las necesidades de higiene básica y consumo. En casos de emergencia, tales como desastres naturales, conflictos o situaciones después de los conflictos, el Manual del Proyecto Esfera sugiere un abastecimiento básico de 7,5 a 15 litros.[68]
8. En materia de acceso a la energía eléctrica, la aspiración por alcanzar es que los Estados garanticen de forma gratuita a las personas un mínimo de 50-100 kWh por persona y año para satisfacer las necesidades humanas básicas, tales como electricidad para iluminación, salud, educación, comunicación y servicios comunitarios.[69]
9. El Poder Ejecutivo debe adoptar medidas necesarias para garantizar el derecho a la energía eléctrica, políticas, programas y medidas presupuestarias coherentes para que el derecho humano al agua y a la energía eléctrica sea respetado, protegido y garantizado. El Poder Legislativo debe adoptar leyes que reconozcan y garanticen el agua y la electricidad con enfoque de derechos humanos, y establezcan los recursos jurisdiccionales adecuados y efectivos que permitan a las personas y comunidades acudir

68. Cfr. Ollarves Irazábal, Jesús. *El Derecho humano al agua y al saneamiento*. Caracas, Universidad Central de Venezuela- Amnistía Internacional. 2015, p. 261.
69. Cfr. Energy for a Sustainable Future. The Secretary-General's Advisory Group on Energy and Climate Change, AGECC. Summary Report and Recommendations. New York, 28 april 2010, p. 13.

ante tribunales para defender este derecho. Por su parte, el Poder Judicial tendrá el marco nacional e internacional para decidir los casos sobre las violaciones a estos derechos humanos.

10. Urge la adopción de un tratado internacional de alcance universal que considere el derecho al agua y energía eléctrica como un derecho humano, en el cual se imponga obligaciones jurídicas concretas a los Estados para garantizar su acceso, y la permanencia, sin perturbaciones de ninguna índole, a personas, colectividades y especialmente a los grupos vulnerables.

Tercera Parte

Energía, Medio Ambiente y Derechos Humanos

El acceso a la energía como un derecho humano: Referencia al caso de Venezuela

Henry Jiménez Guanipa

Sumario

1. Introducción: Acceso, cobertura, exclusión y pobreza energética. 2. El Derecho Sostenible: clave para el enfoque del acceso a la energía como un Derecho humano 3. El acceso a la energía en el derecho internacional de los derechos humanos. 4. El acceso a la energía en el sistema interamericano. 5. El acceso a la energía en el derecho internacional humanitario. 6. El acceso a la energía en la Unión Europea como un derecho fundamental. 7. Enfoque constitucional y tendencias jurisprudenciales. 8. Conclusiones y reflexiones.

1. Abogado de la Universidad Santa María y Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Católica Andrés Bello. Magister Legum (LL.M) por la Universidad de Heidelberg y doctor en Derecho por la Universidad Ruhr-Bochum de Alemania. Profesor e investigador invitado en instituciones y universidades latinoamericanas y europeas. Investigador visitante del Instituto de Derecho de Minas y de la Energía de la Universidad Ruhr-Bochum y del Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Derecho Público Comparado de Heidelberg. Profesor y coordinador del Diplomado sobre Energía y Cambio Climático de la Universidad para la Paz de las Naciones Unidas (UNO) 2015-2016. Consultor Sénior en proyectos sobre eficiencia energética financiados por el Banco Mundial. Miembro de la firma de abogados WIRTH-RECHT-SANWÄLTE, Mannheim (Alemania).

Resumen

Este ensayo intenta demostrar la relevancia de valorar el derecho al acceso a la energía como un derecho humano. No tener acceso a la energía significa estar privado de vivir dignamente. Este objetivo se intenta alcanzar mostrando la relación que existe entre el acceso a la energía como medio para la realización de determinados derechos humanos, tales como el derecho a una vivienda digna, el derecho a la alimentación, a la salud, al agua, entre otros. El análisis se fundamenta en un enfoque multinivel, basado en las principales cumbres y acuerdos internacionales promovidos por las Naciones Unidas, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la Doctrina, en el Derecho de la Unión Europea, en el desarrollo jurisprudencial y en el escaso acervo normativo y constitucional en el ámbito latinoamericano. Por otro lado, este avance crea las condiciones para que el derecho al acceso a la energía sea exigible, no solo por parte de quienes padecen de pobreza energética, sino para todos aquellos que son privados de servicios modernos de energía.

Palabras clave: Acceso a la energía, derechos humanos, pobreza energética, servicios energéticos.

Abstract

This essay highlights the need of assessing the right to energy as a basic human right. Not having access to energy means being deprived of decent living standards. This objective is to be achieved showing the relationship between access to energy as a means for the realization of certain human rights, such as, the right to adequate housing, the right to food, health, water, amongst others. The analysis is based on a multilevel approach, on the principal summits and international agreements promoted by the United Nations, in the International Law of Human Rights, the doctrine, the European Union law, the jurisprudential advances achieved so far and the limited legal and constitutional heritage at the national level. On the other hand, this development creates the conditions for the right to access to energy to be enforceable, not only by those who suffer from energy poverty, but for all those who are deprived of modern energy services.

Keywords: Access to energy, human rights, energy poverty, energy services.

1. Introducción: Acceso, cobertura, exclusión y pobreza energética

El acceso a la energía, y en particular a la electricidad, constituye el centro sobre el cual gira la vida moderna y, por lo tanto, componente fundamental para una vida digna.[2] Paradójicamente, la energía es a la vez causa de muchos de los más sentidos problemas sociales, económicos, políticos y climáticos actuales, pero debe ser parte de su solución.

Al carecer de acceso a servicios energéticos eficientes, confiables y no contaminantes, millones de personas, en su mayoría pobres, se ven privados de oportunidades para mejorar su calidad de vida.[3] A pesar de esa importancia fundamental para la existencia y desarrollo humano, las acciones, medidas o políticas públicas para asegurar que todas las personas tengan la posibilidad de acceder a la energía son insuficientes,[4] en muchos casos ineficaz y en otros inexistentes.

Esta situación se agrava dramáticamente en momentos de crisis económica, desastres ecológicos y ambientales y en conflictos armados. Ante ello se hace necesario acudir al enfoque del Derecho internacional de los Derechos humanos, al Derecho internacional humanitario, al Derecho de la Unión Europea, a la legislación nacional y a la jurisprudencia para comprender su magnitud y consecuencias, los avances normativos que existen y las medidas urgentes que deben adoptarse para mitigar, de alguna manera, el sufrimiento de millones de personas que nunca han tenido servicios modernos de energía, o que, habiéndolos tenido, los han perdido o han sido privados de ellos.

En el este ensayo mostraré algunos elementos que definen el acceso a la energía y su diferencia con cobertura energética, con la cual comúnmente se le confunde, así como una aproximación con la situación de la exclusión energética global (1).

2. Sholam Blustein, *Towards a dignified and sustainable Electricity generation sector in Australia: a comparative review of Three models.* Law and Justice Research Centre Faculty of Law Queensland University of Technology, November 2012, p. ii.
3. Fondo para el Medio Ambiente Mundial, *La inversión en proyectos de Energía Renovable. La experiencia FMAM*, p.3. Disponible en: www.thegef.org/gef/sites/thegef.org/files/publication/gefrenewenergy_ES.pdf
4. Véase en detalles, CAF y otras instituciones, *Energía: una visión sobre los retos y oportunidades en América Latina y el Caribe. Aspectos sociales del acceso a la energía,* 2013, p. 1. Disponible en: https://www.caf.com/_custom/static/agenda_energia/assets/caf_agenda_energiat6_sociales.pdf

Presentaré la evolución del derecho a la energía como un derecho humano vinculado al desarrollo mismo del concepto de derecho sostenible (2). Posteriormente explicaré cómo encaja el acceso a la energía como un derecho humano en el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos (3) y en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos (4). Igualmente haré mención al tratamiento del acceso a la energía en el derecho internacional humanitario (5), y su enfoque en el Derecho de la Unión Europea (6), así como su desarrollo constitucional y a las tendencias jurisprudenciales (7). Finalmente, en el capítulo 8, presentaré unas reflexiones, a modo de conclusiones, sobre los más importantes retos actuales respecto al derecho al acceso a la energía como un derecho humano.

1.1 Acceso a la energía: definición

De acuerdo con la Agencia Internacional de la Energía (IEA), no existe una definición única aceptada internacionalmente para conceptualizar el acceso a la energía, pero sí cierta coincidencia en que se refiere al:

1. Acceso de los hogares a un nivel mínimo de electricidad.
2. Acceso de los hogares a combustibles y estufas más seguras y sostenibles para cocinar y calentar, y en la medida de lo posible, con efectos nocivos mínimos para la salud y el medio ambiente.
3. Acceso a la energía moderna como herramienta que facilite la actividad económica productiva.
4. Acceso a la energía moderna para hacer posible los servicios públicos, como la electricidad para centros de salud, escuelas y alumbrado público y otros.

Todos estos elementos son considerados esenciales para el desarrollo económico y social, al igual que la disponibilidad técnica, la adecuación, la fiabilidad, la conveniencia, la seguridad y la asequibilidad.[5]

En el *World Energy Outlook de 2011* la IEA afirma, que el acceso a la electricidad es mucho más que una primera conexión de suministro al hogar. Implica el consumo de un nivel mínimo especificado de electricidad, lo cual varía si se trata de una vivienda ubicada en una zona rural o en un área urbana.[6]

5. Cfr. Defining and modelling energy access www.worldenergyoutlook.org/resources/energydevelopment/definingandmodellingenergyaccess/
6. World Energy Outlook (AIE) de 2011, p. 473. Disponible en: https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WEO2011_WEB.pdf

Naciones Unidas, por su lado, sostiene que el acceso a la energía es "la disponibilidad física de servicios modernos de energía para satisfacer las necesidades humanas básicas, a costos asequibles y que incluyen la electricidad y artefactos mejorados como las estufas para cocinar.[7] Estos servicios energéticos deben ser fiables, sostenibles y de ser posible, producto de la energía renovable u otras fuentes energéticas con bajo nivel de emisiones de carbono", de lo cual se extrae:

1. El acceso a la energía refiere a la posibilidad de que el usuario pueda disponer de electricidad u otros servicios energéticos modernos, como gas natural o gas licuado de petróleo (GLP), y en caso negativo, de los equipos necesarios, como las estufas mejoradas para el uso sostenible de la biomasa.
2. El acceso a la energía debe considerar el costo. Si el usuario no tiene la capacidad de pagar por ella, seguirá estando privado de su acceso.
3. El acceso a la energía significa también que su disponibilidad sea confiable, segura, permanente, de lo contrario no sería capaz de cumplir su papel.
4. El acceso a la energía para acoplarse con el desarrollo sostenible, debe, en lo posible, provenir de fuentes renovables o de fuente bajas en emisiones de CO_2. Otras fuentes, como el carbón o derivados del petróleo, estarían descartados del concepto de energía sostenible, debido a sus altas emisiones de CO_2.

1.2 Cobertura energética y su diferencia con el acceso a la energía

Un estudio realizado por la Organización Latinoamericana de la Energía (OLADE) señala que la

> *cobertura eléctrica se refiere en términos generales, al porcentaje de la población que dispone del servicio de electricidad en la vivienda. En términos similares se le define en la mayoría de los países de la región,[8] notándose diferencias en cuanto a la unidad de*

7. UNO, 2012, Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos. Disponible en: http://www.un.org/es/events/sustainableenergyforall/help.shtml
8. Bolivia: "Porcentaje de hogares que cuentan con energía eléctrica para alumbrar la vivienda". Cuba: "Proporción de la población que dispone de servicio eléctrico con relación al total que lo requiere". Ecuador: "Es el cociente entre el número de clientes residenciales, agrupados por cantón y el número de viviendas". El Salvador: "Hogares con energía eléctrica / total de hogares *100%". Guatemala: Hogares con energía eléctrica / total de hogares *100%. México: "El Grado Nacional (Cobertura Eléctrica) es la relación de habitantes electrificados entre el total de la población (Habitantes Electrificados / habitantes totales)". Nicaragua: "Clientes electrificados X habitantes por vivienda ocupada / población total". Panamá: "La relación expresada entre el número de viviendas con acceso al servicio eléctrico y el total de viviendas". Paraguay: "100 x Población Servida / Población Total". Olade, http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0236.pdf.

> *observación a la que se refiere la cobertura, es decir, sí se refiere al porcentaje de personas que cuentan con el servicio, al porcentaje de hogares o al porcentaje de viviendas.*

Tal como la afirma la OLADE en su informe,

> *la inconsistencia de los valores de los índices de cobertura eléctrica entre las diferentes fuentes disponibles en América Latina y el Caribe, deja serias dudas respecto de la validez de las cifras y más aún, cuando se trata de medir los avances logrados como resultado de programas específicos para incrementar la cobertura del territorio nacional con electricidad, no se cuenta con el debido soporte.*

Por lo tanto, la fragilidad de los datos a que se refiere la OLADE dificulta incluso tener claro qué es realmente la cobertura eléctrica en la región y qué es lo que efectivamente mide.

El Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), aporta algunos elementos distintivos que no aparecen en ningún otro informe o reporte en la región para definir la cobertura eléctrica, señalando que se trata de "un indicador de desarrollo…" y que "una vivienda tiene cobertura eléctrica cuando potencialmente puede ser servida por una red pública sin necesidad de extender las líneas existentes", y destaca que

> *"...el criterio es esencialmente de cercanía entre la vivienda y la red eléctrica..., con lo cual se establece una distinción entre el concepto de cobertura y el de conexión. Una vivienda tiene acceso o cobertura al servicio eléctrico si está cerca de la red pública, y es independiente de si tiene efectivamente una conexión o no. Una vivienda con cobertura podría no estar conectada por razones económicas o por decisión de su propietario."*

Tomando como válido el enfoque del ICE sobre la cobertura eléctrica, el índice resultante, bajo el enfoque del resto de los países, podría no corresponder al número de usuarios que efectivamente están utilizando el servicio eléctrico, o, dicho de otro modo, podría no reflejar el dato adecuado para medir el equilibrio entre la oferta y la demanda en el mercado nacional, información clave para mantener el sistema estable. En este sentido, la cobertura eléctrica estaría referida al alcance de la red de distribución, al espacio que abarca dicha red y que potencialmente puede ofrecer el servicio eléctrico a aquellos usuarios que cumpliendo con los trámites y requisitos necesarios accedan a ella, con lo cual no representaría –como es el caso de España–[9] la capacidad del sistema de atender a la demanda de electricidad requerida por los usuarios, sino a la posibilidad de lograrlo.

9. En España, la cobertura eléctrica está asociada a la adecuación de las infraestructuras para garantizar las necesidades de la demanda, que se obtiene del análisis de la previsión de la demanda y la oferta. Cfr. Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia, Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura. Horizonte 2013-2017, p. 4. Disponible en: https://www.unionfenosagas.com/CarpetaCompartida/Clientes/Normativas/Informe_Marco_2013cnmc.pdf (consultado el 12 de marzo de 2017).

Esto mismo se desprende de un informe preparado por la CAF y apoyado por otras instituciones regionales especializadas cuando se afirma que "es necesario diferenciar los conceptos de acceso y accesibilidad. Los datos muestran que alcanzar un alto grado de cobertura no implica necesariamente niveles significativos de consumo en el sector residencial". Ello en razón de la lógica de disponer tanto del equipamiento necesario que permite satisfacer en mayor cantidad y calidad los servicios energéticos como de determinados niveles de ingresos.[10]

En la siguiente gráfica, la OLADE[11] (2013) muestra que al menos 19 países de América Latina y el Caribe disponen de una cobertura eléctrica por encima del 90 %, y de ellos, 5 superan el 99 %, lo que haría un promedio, actualizado posteriormente por el BID, de 96 % de cobertura, correspondiendo 99 % al sector urbano y 82 % al sector rural[12] (gráfico 1). Esta información[13] –que en sí misma es positiva–,

Gráfico 1. Cobertura eléctrica

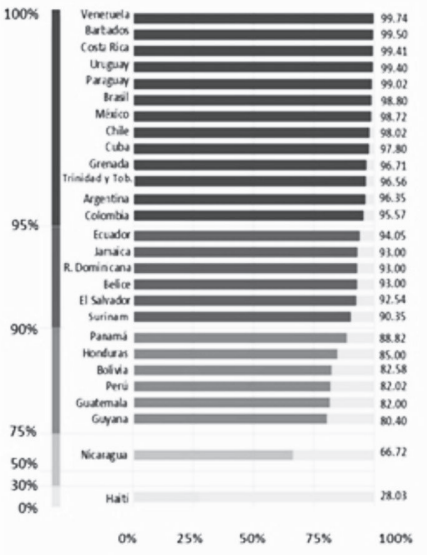
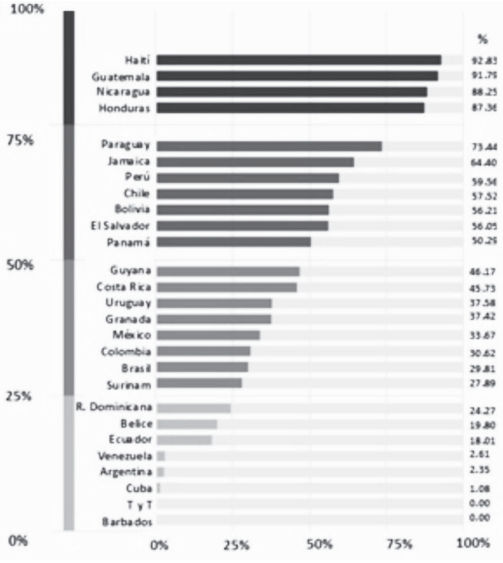


Gráfico 2. Consumo de Biomasa



10. "Energía: Una Visión sobre los Retos y Oportunidades en América Latina y el Caribe", marzo de 2013, p. 65. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1505/1/Energia_CAF_CEPAL.pdf
11. Cfr. Fernando Ferreira, secretario ejecutivo, Encuentro Iberoamericano sobre Desarrollo Sostenible, 26-11-2014, p. 7. Madrid, España. Disponible en: http://www.olade.org/sectores/electricidad/
12. Yépez-García, Ariel et al. *El sector energético: Oportunidades y desafíos*. Inter-American Development Bank, 2016, p. 7.
13. Cfr. Pablo Garcés (OLADE), Energía Sostenible – Perspectiva Regional: Centroamérica – América Latina y El Caribe. Seminario Regional de Capacitación para América Central (SICA). Especialista Dirección de Estudios y Proyectos, 10-14 de Junio de 2013, San José (Costa Rica), pp. 7-10. www.iea.org/media/training/presentations/Day_1_Session_2c_OLADE_Overview.pdf

no interpretada correctamente podría conducirnos a un error, sobre todo cuando la comparamos con el consumo de biomasa per cápita que aparece sombreado en el gráfico 2, donde se aprecia que al menos 11 países superan el 50 % de consumo de biomasa para proveerse de energía.

Estudios realizados por instituciones como la OLADE, la Cepal, el BID[14] y la CAF coinciden en que de los aproximadamente 600 millones de personas que viven en América Latina y el Caribe (ALC), más de 80 millones no tienen instalaciones de cocina limpias y seguras y aproximadamente 30 millones carecen de acceso a la electricidad.[15] De acuerdo con esta información y tomando en cuenta que el acceso a la energía contempla la conjunción de ambos recursos, es decir, la disposición de electricidad que podría cubrir todas las necesidades o, en su defecto, la combinación con artefactos mejorados como las estufas para cocinar, cuando el acceso a la electricidad es mínimo, parece más acertado estimar que al menos 80 millones no tienen acceso a servicios modernos de energía, lo cual incluye instalaciones de cocina limpias y seguras y de algún modo una conexión a la electricidad para un consumo mínimo. Si le damos un valor a la falta de confiabilidad de los datos para estimar la cobertura eléctrica, esta idea podría reafirmarse e incluso ser mayor.

En un estudio más reciente del BID (2016), tabla 1, se puede observar que el 75 % de las personas que no cuentan con electricidad en la región se concentra en siete países: Haití (7.5 millones), Perú (3.0 millones), Argentina (2.1 millones), Bolivia (1.8 millones), Brasil y Colombia (1.7 millones cada uno) y Guatemala (1.6 millones). En contraste, Bahamas, Barbados, Brasil, Costa Rica, Uruguay, Paraguay y Venezuela han alcanzado el acceso por encima del 99 %. En términos de acceso a combustibles modernos para cocinar y para calefacción, Argentina, Bahamas, Barbados, Ecuador, Trinidad y Tobago, Venezuela y Uruguay han alcanzado el 95% de cobertura, mientras que en Haití la cobertura es del 9 %, y en Guatemala, Nicaragua y Honduras es menor al 50 %. Por otro lado, 80 % de la gente de la región que aún emplea combustibles tradicionales (biomasa no sostenible, leña y carbón vegetal, con fines de calefacción) se concentra en seis países: México (16.5 millones), Brasil (11.7 millones), Perú (11 millones), Haití y Guatemala (9 millones cada uno) y Colombia (6.8 millones).[16]

Estos datos revelan la situación actual, más allá de las consideraciones que hemos realizado en cuanto a la confiabilidad de los mismos; lo cual no significa que no exista un avance y esfuerzo significativo para llevar el acceso universal al mayor número

14. Launch of the decade of Sustainable energy for all (se4all) Latin America and the Caribbean, October 15 -17, 2014, Santiago, Chile. http://idbdocs.iadb.org/WSDocs/getDocument.aspx?DOCNUM=39157282
15. Energía: Una Visión sobre los Retos y Oportunidades en América Latina y el Caribe, marzo 2013, p. 64. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1505/1/Energia_CAF_CEPAL.pdf
16. Yépez-García, Ariel, Ob, Cit, p. 5.

de habitantes de la región. No obstante, y según reporta el mismo BID, se requiere una intervención continua para alcanzar el acceso universal en la región. Prueba de ello lo constituyen los programas de electrificación que avanzan rápidamente en países como Brasil, Bolivia, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú. Sin embargo, una vez que los países consigan el 95 % de la cobertura, el proceso para alcanzar los hogares restantes y más remotos se volverá más lento, costoso y complicado.[17] Lo que sí es cierto es que al menos 80 millones de habitantes de América Latina y el Caribe no gozan del acceso a la energía, sea está procedente de la electricidad, de otros medios como el GLP y gas natural. Pero además, todo indica que esa misma cantidad e incluso superior, cocina y calienta su vivienda utilizando madera, carbón vegetal y no estufas mejoradas u otros medios menos perjudiciales y contaminantes.

Tabla 1 Acceso a la energía moderna en América Latina y el Caribe (2013)

País	% utilizan electricidad	Personas sin acceso a la electricidad (millones)	% cocina con combustibles modernos	combustibles no modernos (millones)
Argentina	95	2,1	> 95	1,67
Bahamas	99	0,004	> 95	0,015
Belice	93	0,023	88	0,039
Bolivia	82,6	1,8	71	3,02
Brasil	99,1	1,7	94	11,71
Colombia	96,5	1,7	86	6,82
Costa Rica	99,4	0,03	94	0,29
Ecuador	97	0,5	> 95	0,61
El Salvador	92,5	0,5	78	1,41
Guatemala	89,6	1,6	43	8,85
Haití	28	7,5	9	9,48
Honduras	89,2	0,9	49	4,12
México	98,7	1,5	86	16,45
Nicaragua	76,2	1,4	46	3,22
Paraguay	99	0,1	51	3,34
Perú	90,3	3	64	10,99
Suriname	90,3	0,1	88	0,065
LAC	96	26,3	85	87,4

Para facilitar que el estudio sobre este tema tenga una utilidad práctica como, por ejemplo, medir el consumo y la demanda eléctrica, para luego establecer programas de mantenimiento y expansión de las redes eléctricas, es fundamental que el acceso a la energía sea un índice que mide algo y ese algo, debe ser el consumo per cápita de energía. De este modo, deberíamos entender la cobertura eléctrica partiendo de la misma etimología de la palabra, que según la Real Academia Española, se refiere a la "Extensión territorial que abarcan diversos servicios, espe-

17. Yépez-García, Ariel, Ob. Cit., p. 6.

cialmente los de telecomunicaciones". Este criterio aplica a la energía, como bien lo interpreta la Unión Europea, que considera dentro de las redes transeuropeas a los sectores de transporte, energía y telecomunicaciones[18].

Ahora bien, siendo así, la cobertura eléctrica como primera condición para poder acceder a la energía eléctrica que ofrece un punto de conexión cercano a la vivienda, requiere que este efectivamente se establezca, que genere un flujo eléctrico, es decir, el consumo. Si esto no se materializa por razones no imputables al usuario, el índice del acceso a la energía simplemente no existe. Esto aplica también a los recursos energéticos para producir energía. Si no hay gas natural o GLP, sencillamente no hay energía, aunque existan las cocinas o sistemas de calefacción. El mismo razonamiento aplica para cualquier otro método que permita proveerse de servicios de energía. De allí la razón por la que la OLADE advierte sobre la fiabilidad de los datos aportados por los estados para medir el acceso a la energía. Establecer un estimado de viviendas y un estimado de consumo, nos puede conducir con bastante facilidad a resultados poco confiables.

En todo caso, la discusión es relevante en virtud de las interpretaciones que se tienen sobre la cobertura eléctrica. Si esta revela el porcentaje de la población que dispone del servicio de electricidad en la vivienda, como indican muchos países, la cifra promedio de cobertura de 96 % de la región es cuestionable. Admitiendo esa cifra estaríamos dando por cierto que solo el 4 % de la población no dispondría de acceso a la energía eléctrica, es decir, 24 millones de habitantes.

Lo que sí nos queda suficientemente claro es que, en este punto, es fundamental profundizar en el estudio de campo para establecer con certeza la cantidad de habitantes de la región que aún no disponen de una conexión eléctrica y de un consumo energético que sea capaz de cubrir sus necesidades básicas.

1.3 Exclusión energética y pobreza, antítesis del acceso a la energía

La exclusión energética se configura cuando los potenciales usuarios del servicio eléctrico se encuentran fuera del alcance de la cobertura del sistema eléctrico, con lo cual las posibilidades de acceder a la red son prácticamente inexistentes. Este elemento juega un papel fundamental en los altos niveles de pobreza. En África es donde este drama puede ilustrase mejor. Cerca de 500 millones de personas de los más de 1300 millones que carecen de acceso a la electricidad en el mundo

18. Cfr. Las redes transeuropeas: orientaciones, en www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.8.1.pdf

y una cuarta parte de los cerca de 3000 millones[19], es decir, 750 millones aproximadamente, que siguen utilizando leña y carbón para cocinar viven en África[20], con lo cual ocasionan graves daños a su propia salud y al medio ambiente.[21]

En particular el África subsahariana es la región menos electrificada del planeta, con un 57 % de la población sin acceso a la electricidad. Junto al Sudeste asiático, concentran los 20 países con más de 800 millones de personas sin acceso a la EE.[22]

La falta de energía es un obstáculo fundamental para reducir el hambre y la malnutrición. Según Naciones Unidas la situación mundial de acceso a la energía es un reflejo de la desigualdad mundial en relación con el desarrollo. Esta afirmación se ve reflejada en el hecho de que un habitante de un país desarrollado consume diez veces más energía primaria que uno de un país pobre.[23]

En América Latina la pobreza tiene una dimensión "paradójica" porque se produce en una región con extraordinarios recursos naturales, es decir en medio de la riqueza. A diferencia de África, donde hay una pobreza que está vinculada a amplios sectores de territorio desértico y sumergido en constantes conflictos armados precisamente por el dominio sobre los recursos naturales y energéticos existentes.[24]

La exclusión energética en América Latina y el Caribe (AL & C) no es comparable a la de África, sin embargo, no deja de ser un problema que limita el desarrollo humano y contribuye a mantener e incrementar los niveles de pobreza y desigualdad[25] en la región.[26]

De acuerdo con un estudio de la Cepal, la tasa de pobreza en América Latina se situó en el 28,2 % en 2014 y la tasa de indigencia alcanzó al 11,8 % del total de

19. Datos del Banco Mundial, consumo de energía eléctrica (KW per cápita). Disponible en: http://datos.bancomundial.org; Central Intelligence Agency, The World Factbook, https://www.cia.gov
20. Agencia Internacional de la Energía, WEO 2013 Executive Summary, p. 1-2. Disponible en: https://www.iea.org/Textbase/npsum/WEO2013SUM.pdf
21. La FAO y la agenda de desarrollo post-2015 informe temático, 2014, p. 1. Disponible en: http://www.fao.org/post-2015-mdg/14-themes/energy/es/
22. Fuentes: Banco Mundial e IndexMundi
23. Datos del Banco Mundial, consumo de energía eléctrica (KWh), (KW per cápita). Disponible en: http://datos.bancomundial.org; Central Intelligence Agency, The World Factbook, https://www.cia.gov
24. Tal es el caso de Sudán que ha vivido dos conflictos armados: el primero de 1957 a 1972 y el segundo de 2003 al 2005, ambos por el control y el reparto de las riquezas petroleras, entre el norte árabe y musulmán y un sur cristiano y animista, o el caso de Libia, que mantiene un conflicto armado interno en el que el control de los yacimientos de petróleo juega un papel determinante. Véase en Jesús Díez Alcalde, Sudán del Sur, y llegó la Guerra por el Poder, marzo de 2014, p. 3. Disponible en: www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA17-2014_SudanSur_Guerra_al_Poder_JDA.pdf
25. Véase la Introducción y páginas siguientes en "Energía: Una Visión sobre los Retos y Oportunidades en América Latina y El Caribe", Corporación Andina de Fomento, 2013. Disponible en: http://www.caf.com/_custom/static/agenda_energia/assets/caf_agenda_energiat6_sociales.pdf
26. Fuente: OLADE, Cepal y WEO. Disponible en: (https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/index.aspx)

la población, por lo que ambas mantuvieron su nivel respecto del año anterior. El número de personas pobres creció en 2014, alcanzando 168 millones, de las cuales 70 millones se encontraban en situación de indigencia. Este crecimiento tuvo lugar básicamente entre las personas pobres no indigentes, cuyo número pasó de 96 millones en 2013 a 98 millones en 2014.[27] Por otro lado, se estima que el uso de biomasa (leña y carbón) para la cocción de alimentos se encuentra alrededor del 40 % del total, llegando en algunos países a representar más del 60 %.[28]

La ausencia del servicio eléctrico y el acceso a otras fuentes modernas de energía, aunado a otros indicadores, como ausencia de agua y saneamiento, vivienda adecuada y educación, constituyen elementos medulares que sostienen e incrementan la pobreza y la indigencia. En virtud de esta carencia, las personas que la sufren, utilizan leña, restos vegetales e incluso estiércol para la cocción de alimentos, con lo cual están constantemente expuestos a altas emisiones de monóxido de carbono y otros gases nocivos. Las mujeres y los niños son los más expuestos[29] y quienes invierten más tiempo en la recolección de la leña y otros materiales "energéticos".

1.4 Pobreza energética y mínimum existencial de energía

1.4.1 Definición

La utilización del término "pobreza energética" (PE) surgió en el Reino Unido en los años 80 y se le atribuye a Bradshaw y Hutton. Sin embargo, fue Brenda Boardman a partir de los 90 quien propuso una definición más precisa, y se refiere a la "incapacidad para un hogar de obtener una cantidad adecuada de servicios energéticos cuando éstos superan el 10% de sus ingresos". Esta definición se amplía a partir de 2001, puntualizando que se trata de "la situación de un hogar que tiene que dedicar más del 10% de sus ingresos para alcanzar un nivel satisfactorio de calor en su vivienda, medido en 21 grados en la habitación principal y 18 grados en las demás habitaciones". Esta propuesta, aceptada en el Reino Unido, ha servido de referencia para otros países, exceptuando Escocia, que ha establecido como parámetros para personas vulnerables 23 grados para la habitación principal y 18 grados para otras habitaciones.

En 2013 un nuevo enfoque fue introducido por Hills, fundamentado en el indicador *Low Income, High Cost* (LIHC) y el mismo reza "que un hogar se encuentra en situación de PE si sus ingresos totales están por debajo de un umbral determinado

27. Cfr. Cepal, "Panorama Social de América Latina", 2015, p. 18. file:///C:/Users/henryjj/AppData/Local/Temp/S1600175_es.pdf
28. Cfr. OLADE, http://www.olade.org/sectores/energia-y-acceso/. (consultado el 24 de mayo de 2016).

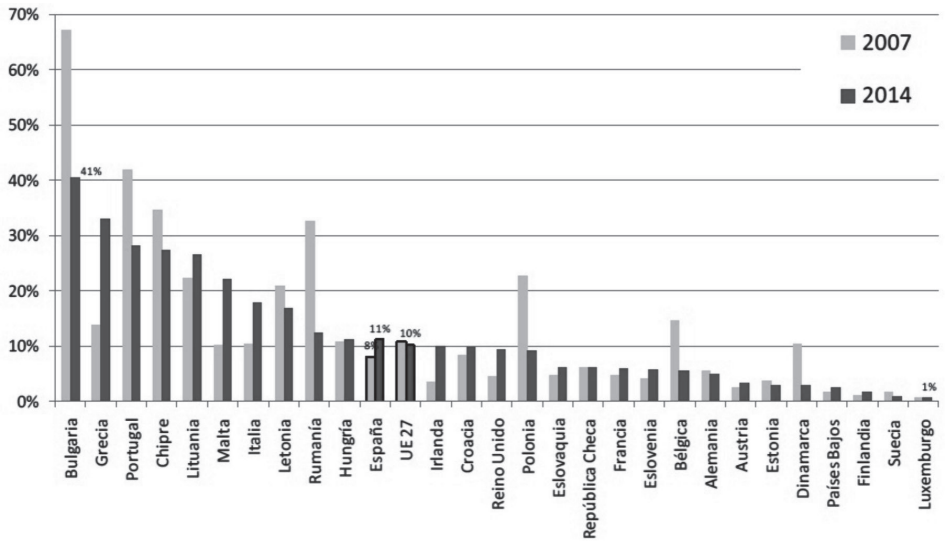
(60% de la mediana de ingresos de la población) y sus gastos energéticos están por encima de la mediana de gasto del conjunto de la población."[30]

Más allá de las diferencias que podríamos encontrar en cada una de las definiciones mencionadas, es posible extraer claramente que la PE abarca al menos tres elementos: ingresos, precios de los combustibles y el consumo energético.

En la Unión Europea (UE) se estima que más de 50 millones de personas podrían encontrarse en esa situación, es decir, que tienen dificultades para abonar las facturas de la energía o ven limitado el acceso a ella debido a sus bajos ingresos, a las condiciones de sus viviendas con pésimo aislamiento térmico, equipamientos con escaso rendimiento para calefacción, cocina, agua caliente, o simplemente por los elevados costes de la energía.

La PE se hace visible en la UE principalmente en los países con mayores dificultades económicas, tal es el caso de Bulgaria, Grecia, Portugal, Chipre, Lituania y Malta, todos por encima del 20 % de su población afectada. Otros como Italia, Letonia, Hungría y España superan el 11 %, ligeramente por encima del promedio de la UE, que es de 10 %, como puede apreciarse de la gráfica siguiente.[31]

Gráfico 3 Porcentaje de personas que no pueden mantener su vivienda a una temperatura adecuada en invierno en la UE27 (años 2007 y 2014)



29. Véase Organización Mundial de la Salud, en www.who.int/mediacentre/factsheets/fs292/es/
30. Para más detalles véase "Pobreza Energética en España. Análisis económico y propuestas de actuación. Informe 2014". Economics for Energy, p. 11. Disponible en: eforenergy.org/docactividades/67/Informe_2014_web.pdf

1.4.2 Quantum y mínimum existencial

El acceso a la energía implica más que un primer suministro para el hogar, la posibilidad de un consumo de energía mínimo, cuya cantidad varía en función de los patrones y las necesidades de consumo de energía y particularmente entre el sector rural y el sector urbano. Esta diferencia se acentúa cuando se trata de países desarrollados, en vías de desarrollo o de países muy pobres. En el marco del consumo mínimo, el World Energy Outlook (WEO) señala en su informe de 2011 un estimado de consumo de electricidad de 250 kwh y 500 kwh por año para hogares rurales y urbanos respectivamente.[32]

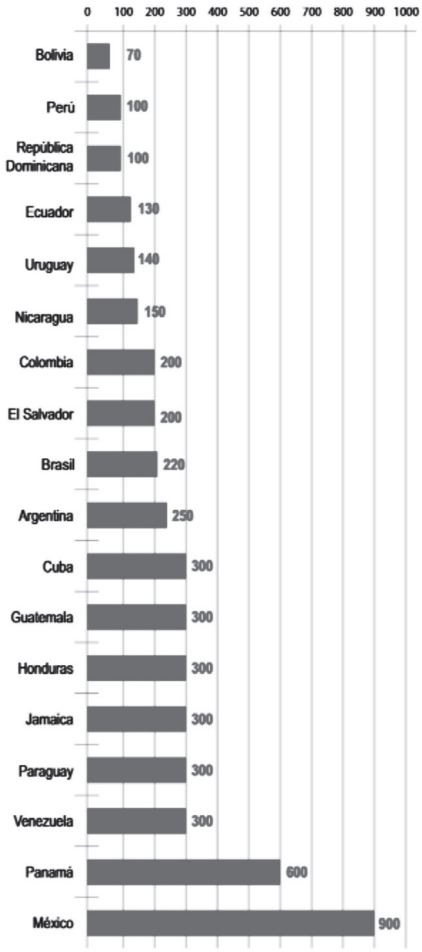
Las estimaciones sobre un existencial mínimo de consumo de electricidad son relevantes para diseñar subsidios o programas sociales para proteger a aquellas familias que se encuentran en situación de pobreza e indigencia, para que puedan en consecuencia, contar con un suministro energético básico para cubrir sus necesidades más elementales.

Un estudio realizado por el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE) del Perú demuestra que el requisito categórico de consumo mínimo de 30 kwh por mes es el adecuado y eficiente para seleccionar a un hogar como beneficiario del "programa de promoción para el acceso al GLP (gas licuado de petróleo)", a fin de contribuir a mitigar su condición de vulnerabilidad y pobreza energética. Esa cantidad de 30 kwh por mes, es decir, 360 kw por año, es ligeramente superior a lo estimado por WEO, pero con un elemento diferencial y es que propone una línea que mide el nivel de pobreza de una familia en cuanto a disponer o no de energía para atender sus necesidades básicas; para cocción, alumbramiento y calefacción, entre otras.[33]

Muchos países, considerando su propio mínimo existencial en materia de acceso a la energía, han establecido programas de incentivos o subsidios a los sectores más pobres de la sociedad. Por ejemplo, Paraguay en el decreto presidencial Nº 6.474, del 20 de abril de 2011, sugiere una tarifa social que reduce en un 25% la factura cuando el consumo es entre 201 hasta 300 KWh/mes, de 50 % cuando el consumo es entre 101 hasta 200 KWh/mes y de 75 % cuando el consumo es entre 1 hasta 100 KWh/mes.

31. Véase el estudio elaborado por La Asociación de Ciencias Ambientales (ACA) titulado "Pobreza, Vulnerabilidad y Desigualdad Energética. Nuevos enfoques de análisis". España, 2006, pp. 58 y 59. Disponible en: www.niunhogarsinenergia.org/panel/uploads/documentos/estudio%20pobreza%20energetica_aca_2016.pdf
32. Véase World Energy Outlook, Defining and modelling energy access. (Consultada el 24 de mayo de 2016).
33. Véase para más detalles, El consumo mínimo de energía eléctrica y su relación con la selección de beneficiarios del vale de descuento FISE. Año 3, Nº 4, abril de 2015, pp. 4, 7, 12 y ss.

Gráfico 4 Consumo máximo permitido para acceder a la Tarifa Social en kWh/mes



La OLADE muestra[34] que la mayoría de los países tienen incorporados incentivos o ayuda económica a las familias de bajos consumos. Sin embargo, se desprende del informe que los criterios de país en país responden a diversas razones, sin que las mismas estén claramente determinadas. En la gráfica siguiente puede verse que mientras Bolivia establece 70 KWh/mes como consumo máximo para acceder a la tarifa social, Colombia lo extiende a 200, Venezuela a 300 e incluso México a 900 KWh/mes.

34. Véase en detalles *OLADE, La tarifa social de la energía realizado por OLADE en América Latina*, 2013, p. 25. http://www.olade.org/sites/default/files/CIDA/Tarifa%20Social.pdf (consultado el 14 de mayo de 2016).

En España se implementó a partir del 1º de julio de 2009 el bono social para los consumidores denominados vulnerables con una potencia contratada inferior a 3 kW por día, esto es, 1080 Kw hora por año. Aunque esta cantidad es casi cuatro veces superior a los mínimos antes mencionados, su estimación parte de disparejas variables; entre las cuales hay que mencionar que se trata de un país desarrollado donde los niveles habituales de consumo de energía tienen parámetros que se alejan de regiones pobres, rurales o urbanas, tanto de África, Asia como de Latinoamérica. En este sentido, el acceso a un existencial mínimo de energía, aunque se relativiza de región en región, claramente representa un indicador que mide los niveles de pobreza en que se encuentran millones de familias en el mundo y que tienen negado el derecho y las oportunidades de mejorar su calidad de vida.

1.4.3 La Pobreza Energética en Venezuela

En el contexto venezolano la PE se ha extendido más allá de las categorías que identifican el término y que afectan a ciertos grupos vulnerables. Este país rico en recursos naturales energéticos padece de PE, no por limitados ingresos, ni por los elevados costes de los combustibles, sino fundamentalmente por las limitaciones de contar con un servicio universal, constante y efectivo. Es decir que, a diferencia de Europa, donde el elemento económico determina la cantidad de energía que se consume, en Venezuela y otros países de América Latina es el acceso al consumo por fallas estructurales en la oferta.

Por ello la PE tiene y debe poder definirse en un contexto que la vincule más fuertemente a la posibilidad real de acceder a los servicios energéticos. En esta hipótesis nos encontraremos en el terreno donde, disponiendo de los ingresos suficientes para cubrir los costes de los combustibles o del precio de la electricidad, esta sin embargo no está al alcance de los usuarios y destinatarios sencillamente por inexistente.

Otro elemento que debe ser analizado a profundidad tiene que ver con las causas que impiden el acceso a la energía. Una de ellas es la falta de infraestructuras o de combustibles para la generación de electricidad, donde aquellas existen. En el caso que nos ocupa, se trata de un país con excelentes infraestructuras levantadas durante más de 70 años y con descomunales fuentes primarias para operar plantas hidroeléctricas y termoeléctricas, y aun así el acceso a la energía es cada vez menor.

En este escenario el concepto de PE aplica a la variable acceso a los servicios energéticos, por causas de inhabilitación, desmantelamiento, destrucción y ruina del Servicio Eléctrico Nacional (SEN), imputable a sus gestores. La dimensión de la PE en Venezuela se mide comparando el estado del SE en 1998, período en el que se contaba con una capacidad instalada de 19 696 MW, una producción de

energía de 14 787 MW y una demanda máxima de 10.854, frente a una capacidad instalada para 2016 de 34 400 MW, una producción real de 17.220 y una demanda actual que supera los 18 300 MW, con lo cual existe un evidente saldo negativo de oferta de energía.[35]

Estas cifras nos indican que mientras en 1998 el SEN producía por habitante 3418 KWh y generaba un consumo por habitante de 2563 KWh[36], 18 años más tarde, esas cantidades se han reducido al menos en un 40 %, lo que significa un consumo por habitante de cerca de 1000 KWh. De este modo, Venezuela se habría desplomado 50 puestos en términos de consumo de electricidad, al pasar de los puestos 80 al 83 que compartía con Chile y Argentina al puesto 130, cerca de Paraguay, por debajo de Cuba, Jamaica, El Salvador, Zimbabue, entre otros.[37]

Por otra parte, estos pavorosos datos se confirman y se ven reflejados en los permanentes cortes de luz, en el estado en que se encuentra la economía y el aparato productivo, que está provocando una crisis humanitaria: carencia de alimentos, medicinas, repuestos para vehículos, caída de la inversión, inflación, delincuencia y desde luego una emigración sin precedentes que se cuenta por millones.[38]

Voces autorizadas hablan de una crisis provocada intencionalmente para empobrecer a la población y facilitar el control y garantizar la permanencia en el poder de quienes gobiernan. Si esto es así, más allá de los beneficios económicos que les ha reportado la corrupción en la compra de equipos usados, los sobornos en las compras multimillonarias de turbinas, etc., estaríamos en presencia de crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con el Estatuto de Roma de 1998, mediante el cual se creó la Corte Penal Internacional. Así tenemos, por ejemplo, el ***Exterminio,*** que está referido a la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población o la ***Deportación o Desplazamiento Forzoso***, que como sabemos, ha echado del país a millones de venezolanos que huyen de la dramática realidad venezolana.

35. Véase Grupo Ricardo Zuloaga (GRZ), "La Crisis del Sector Eléctrico", septiembre de 2013. Disponible en: https://de.scribd.com/document/175996754/Documento-Del-Grupo-Ricardo-Zuloaga-Del-23-Sep-2013 (consultado el 14 de mayo de 2016).
36. Cfr. Rodolfo Tellería, *Historia del Desarrollo del Servicio Eléctrico en Venezuela, 1880-1998*, Caracas, Ediciones Rodolfo Tellerías, Julio 2014, p. 18.
37. Cfr. IndexMundi, Consumo de electricidad per cápita, 2014. http://www.indexmundi.com/g/r.aspx?v=81000&l=es (consultada el 24 de mayo de 2016).
38. Véase *Acontecer migratorio*, vol. 39, N° 8, agosto de 2016, pp. 10-12.

2. El Derecho Sostenible: clave para el enfoque del acceso a la energía como un Derecho humano

2.1 Génesis: De la Declaración de Estocolmo, a la Declaración de Río

La Declaración de Estocolmo, surgida en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en 1972, representa el primer evento internacional promovido por la ONU para abordar en un gran debate global, los graves problemas ambientales que aceleradamente exponían a mayores riesgos al hombre y su entorno, producto del modelo de desarrollo.[39]

Con la presencia de 113 países y numerosas organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales,[40] la Conferencia se convirtió en el punto de inflexión que marcó un nuevo tiempo en el desarrollo del derecho ambiental internacional, incluso como punto de partida para el desarrollo de nuevos conceptos, entre ellos, y quizás el más importante, el desarrollo sostenible, pero sobre todo construyendo una conexión entre este y los derechos humanos fundamentales.[41] Adicionalmente, esta Conferencia despejó el camino que conduciría a estudiar fenómenos como el calentamiento global, que a su vez abrió las puertas –25 años más tarde– a los grandes acuerdos mundiales sobre el clima, siendo el primero de ellos el Protocolo de Kioto de 1997.

La Conferencia, comprometida en erigir una visión social sobre los fundamentos del desarrollo, proclama que "los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar[42] del hombre y para el goce de los derechos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma".[43] Por lo tanto, "la

39. Cfr. Proclama de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, numerales del 1-6. http://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf
40. Cfr. ibid., Punto A, Participantes.
41. Cfr. ibid., Proclama, Punto 1, Principio 16.
42. La connotación de bienestar a la que se refiere la Conferencia es la misma que aparece en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual señala que 1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."
43. Cfr. Capítulo primero de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Nº 1. http://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf

protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos".[44]

Este propósito es ratificado en el Principio 1[45] de la referida Conferencia al afirmarse que el "hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar...", con lo cual se otorga importancia capital a todos aquellos elementos que permiten que las personas dispongan de condiciones de vida apropiadas, entre las cuales es forzoso incluir los servicios básicos, como el agua, la vivienda adecuada, la electricidad, el saneamiento y otros. Pero sobre todo se destaca la mención a la vida digna, que significa vivir con las necesidades básicas cubiertas, estos es, bajo protección de sus derechos humanos fundamentales.[46]

El Principio 2 amplía la perspectiva sugerida de un cambio de paradigma entre desarrollo, explotación de recursos naturales y bienestar social, señalando las bases de un arquetipo de progreso –posteriormente llamado "desarrollo sostenible"–, fundado en el cuidado, el resguardo y la salvaguarda de "los recursos naturales de la Tierra (aire, agua, tierra, flora y fauna), con el acento puesto en la preservación "en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga".

El Principio 13 expande la idea del desarrollo sostenible y propone que los estados para lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales "... deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población", con lo cual el gran propósito de la Declaración de Estocolmo queda cubierto, al desarrollar criterios y principios comunes para que los pueblos del mundo promuevan y alcancen la preservación y mejoramiento del medio humano.

Es importante mencionar que, como punto previo al establecimiento por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas en 1983, de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD), para que elaborara un informe sobre

44. Ibíd., numeral 2.
45. Ibíd., principio 1.
46. Sobre el significado del concepto de "vida digna" mucho se ha escrito, sin embargo nos permitimos citar en este caso el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas titulado, "Una vida digna para todos": acelerar el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y promover la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo después de 2015, que en su página 4 señala: "Nadie debería pasar hambre, carecer de vivienda o de agua limpia y saneamiento, padecer exclusión social o económica ni vivir sin acceso a servicios básicos de salud y educación. Se trata de derechos humanos que constituyen los cimientos de una vida digna.

el medio ambiente y la problemática mundial hasta el año 2000 y más adelante[47], la Carta Mundial de la Naturaleza aprobada por la ONU en 1982[48] había planteado una idea sobre el desarrollo sostenible, que especialmente destaca la importancia de que el hombre adquiera los conocimientos necesarios para utilizar los recursos naturales en forma tal que se preserven las especies y los ecosistemas en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Esta idea que invita a la construcción de un concepto más acabado y amplio sobre el desarrollo sostenible, cuyo eje gira en torno a la preservación de los recursos para las generaciones presentes y futuras, fue el objeto de estudio del Informe científico preparado por la CMMAD en 1987, también llamado *Nuestro Futuro Común o Informe Brundtland,* en reconocimiento al primer ministro de Noruega que tuvo la responsabilidad de su elaboración.[49]

La CMMAD, al abordar la tarea encomendada, afirma que la humanidad puede construir un futuro que sea más próspero, más justo y más seguro, en la medida en que el crecimiento económico se apoye en políticas que sostengan y amplíen la base de recursos del medio ambiente. La CMMAD presenta una advertencia basada en argumentos indiscutibles, en el sentido de que ha llegado el momento de tomar las decisiones necesarias para asegurar los recursos que permitan sostener a la presente y a las futuras generaciones. La comisión agrega que no ofrece un plan detallado de acción, sino un camino que puede ampliar las esferas de cooperación de los pueblos de la Tierra que lo sigan.[50]

En el punto 3 del Informe, titulado "El Desarrollo duradero", se plasma definitivamente el concepto de desarrollo sostenible, afirmando que está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, es decir, que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias.

Ante los desafíos que encara la trascendencia del concepto de desarrollo sostenible, la Comisión deja claro en la exposición "Recapitulación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo" en el punto 4.3, la necesidad de que se evalúen los riesgos de daño irreversible para los sistemas naturales y las amenazas a la supervivencia, seguridad y bienestar de la comunidad mundial. En el punto 4.5 la Comisión hace un llamado a resolver los vacíos legales tanto en el ámbito nacional como internacional para proteger a las generaciones presentes y futuras en cuanto a la

47. Cfr. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Nota del Secretario General, N° 1, p. 1. http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427.
48. Cfr. Carta Mundial de la Naturaleza de 1982. Naciones Unidas, Resolución aprobada por la Asamblea General. http://www.mbigua.org.ar/uploads/File/CartaMundialNaturaleza.pdf.
49. Véase anexo 2, la Comisión y su Labor, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Nota del Secretario General, *Op. Cit.*, p. 385.

disposición de un medio ambiente adecuado para la salud y el bienestar con lo cual se consolida la nueva perspectiva del desarrollo en una dimensión que abarca, en primer lugar, a la protección de la naturaleza y, en segundo lugar, al hombre y sus derechos humanos fundamentales para el aseguramiento del bienestar y una vida digna.[51]

El alcance del concepto sobre desarrollo sostenible que aporta el Informe de la CMMAD, cuyo fundamento proviene de la Declaración de Estocolmo, de 1972, y de la propia Carta Mundial de la Tierra, de 1982, es complementado 20 años después en la Cumbre de la Tierra, en la que surgió la "Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo", en 1992. Esta Declaración formuló 27 principios básicos, con el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas.[52]

Es importante señalar que esta Declaración coloca su acento principal en el ser humano como el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y con el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.[53]

Se incorpora en la Declaración el derecho humano al desarrollo,[54] con el propósito de que se ejerza de manera que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.[55] Se plantea además la conexión del desarrollo sostenible con la mejora de la calidad de vida de las personas[56] y el deber de los estados y de todas las personas en la tarea de cooperar en la erradicación de la pobreza como requisito indispensable de aquel, como un elemento esencial que contribuya a reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.[57]

Finalmente, la Declaración en el Principio 25 hace una afirmación contundente que fortalece aun más la protección del medio ambiente, indisolublemente unido a la protección de los derechos humanos, al expresar que "la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables".

50. Cfr. Recapitulación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Nº 3 y 4, p. 16.
51. Ibíd., pp. 35 y 36.
52. Cfr. *Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992 (Introducción).* http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm
53. Ibíd., Principio 1.
54. Véase en detalles El Derecho Humano al Desarrollo, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx
55. Ibíd., Principio 3.
56. Ibíd., Principio 8.
57. Ibíd., Principio 5.

2.2 Formulación de principios: Carta de la Tierra, Naturaleza y derechos humanos

La Carta de la Tierra es una declaración que fortifica y vigoriza un conjunto de principios que desde la Cumbre de Estocolmo de 1972 venían perfilándose para la construcción de una sociedad global justa, sostenible y pacífica en el siglo XXI. La Carta se propone sensibilizar a todos los pueblos del mundo sobre el ideal de la interdependencia global y la responsabilidad compartida para el bienestar de la familia humana. En su preámbulo deja muy claro ese propósito al plantear la necesidad de estar unidos para crear una sociedad sostenible, instituida en el respeto hacia la naturaleza, los derechos humanos universales, la justicia económica y una cultura de paz, con la mirada puesta en las generaciones futuras.[58]

La iniciativa para la elaboración de la Carta de la Tierra se remonta al Informe de la CMMAD en 1987, en el cual se hizo un llamado para su elaboración; propósito que recibió un decidido impulso en la Cumbre de Río en 1992 por parte de la Cumbre de la Tierra y de la Cruz Verde Internacional. A partir de 1997 la Comisión de la Carta de la Tierra promovió un intenso proceso mundial de consultas cuya versión final fue presentada el 29 de junio del año 2000 en el Palacio de la Paz, en La Haya, donde fue asumida por las Naciones Unidas.[59]

En reconocimiento a la interrelación existente entre los problemas ambientales, económicos, sociales y culturales de la humanidad, la Carta de la Tierra presenta un marco ético inclusivo e integral. Los títulos de las cuatro secciones en que se dividen los principios señalan el alcance de esta visión: I. Respeto y Cuidado de la Comunidad de Vida; II. Integridad Ecológica; III. Justicia Social y Económica; y IV. Democracia, No Violencia y Paz.[60]

El numeral 7 del principio II sobre la integridad ecológica hace una especial referencia al deber de adoptar patrones de producción, consumo y reproducción que salvaguarden las capacidades regenerativas de la Tierra, los derechos humanos y el bienestar comunitario.[61] Esto es así debido al convencimiento que tiene la comunidad internacional de que el modelo de producción actual está destruyendo el

58. Véase Preámbulo de la Carta de la Tierra, en http://www.earthcharterchina.org/esp/text.html
59. Véase en detalles *Carta de la Tierra*. México. Editada por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, agosto de 2007, pp. 5-7. Consultar también "Historia de la Iniciativa de la Carta de la Tierra", en http://earthcharter.org/wp-content/uploads/2016/01/breve-historia-sobre-la-iniciativa-de-la-carta-de-la-tierra.pdf
60. Cfr. *Carta de la Tierra*. http://cartadelatierra.org/invent/images/uploads/Text%20in%20Spanish.pdf
61. Ibíd.

medio ambiente y en particular los procesos de generación de energía. Pero además y habida cuenta de que sin energía la vida moderna no es posible, como no lo es, al menos dignamente, para aquellos que no la tienen, la negación del acceso a ella constituye la violación de un derecho humano fundamental.

En ese sentido dicho numeral 7 ofrece un catálogo de acciones para alcanzar el equilibrio en la protección del medio ambiente, en particular el literal b) cuando sugiere actuar con moderación y eficiencia en la utilización de la energía y tratar de depender cada vez más de los recursos de energía renovables, tales como la solar, la eólica.

Adicionalmente, el numeral 11 destaca como prerrequisitos para el desarrollo sostenible la igualdad y equidad de género, el aseguramiento al acceso universal a la educación, al cuidado de la salud y la oportunidad económica, como elementos sin los cuales no sería posible asegurar los derechos humanos de las mujeres y las niñas y terminar con toda la violencia contra ellas.[62] En todos estos propósitos la energía es claramente un derecho y una vía para que puedan alcanzarse.

2.3 Consolidación del concepto: Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible y Río+20

Por disposición de las Naciones Unidas, 30 años después de la Cumbre de Estocolmo, de 1972, Johannesburgo, en Sudáfrica, se convirtió en el lugar que congregó a miles de participantes:jefes de Estado y de Gobierno, delegados nacionales y dirigentes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, empresas, y otros grupos, con el propósito reafirmar el compromiso en pro del desarrollo sostenible.

La magna cita dio como resultado la Declaración sobre el Desarrollo Sostenible, en 2002, y el plan de acción, en el que se pone de relieve la concepción del desarrollo sostenible en su triple dimensión: ambiental, social y económica y centra su atención en la universalidad de la dignidad humana y en la necesidad de "aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la atención de la salud, la seguridad alimentaria, la protección de la biodiversidad" y, por primera vez de manera expresa, la energía, todo con el firme propósito de erradicar el subdesarrollo y la pobreza.[63]

62. Ibíd.
63. Cfr. Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Septiembre de 2002. Disponible en: http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm

Es importante destacar, a efectos de nuestro estudio, la especial consideración que ha tenido en el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, los servicios públicos y otros derechos como la salud, el desarrollo, la vivienda y en particular la energía y los servicios energéticos, sin los cuales prácticamente es imposible la realización de los anteriores derechos humanos. En este sentido, se fortaleció el compromiso por la paz, la seguridad, la estabilidad y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo.

Es así como en el punto II, sobre la erradicación de la pobreza, Nº 8 (literal a) se hace referencia a la adopción de medidas para mejorar el acceso a servicios fiables y asequibles de energía para el desarrollo sostenible, como medio para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio, teniendo en cuenta, en particular, el acceso a la energía, la electrificación rural y los sistemas descentralizados de energía, la intensificación del uso de energías renovables, de combustibles líquidos y gaseosos menos contaminantes y el incremento de la eficiencia energética[64]. Adicionalmente se pone el énfasis (literal e) en el diseño de políticas y marcos normativos para mejorar el acceso a servicios energéticos fiables, que favorezcan el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza en las zonas rurales, periurbanas y urbanas.

De tal modo que esta Cumbre ha significado, en términos de asumir que el acceso a la energía es clave para la realización de los derechos humanos y la vida digna para los pueblos, un paso trascendental muy importante.

El esfuerzo por establecer una definición consensuada sobre el desarrollo sostenible es particularmente reconocido y ratificado en la Conferencia de las Naciones Unidades sobre el Desarrollo Sostenible, realizada en 2012 en Brasil, también conocida como Río+20, y que concluyó con la Declaración del "Futuro que Queremos"[65].

Esta Declaración señala la erradicación de la pobreza como el mayor problema que afronta el mundo en la actualidad y una condición indispensable del desarrollo sostenible. Sin embargo, lo más importante para nuestro estudio es el reconocimiento expreso del uso sostenible de la energía dentro del Marco para la acción y el seguimiento, como parte de las Esferas temáticas y cuestiones intersectoriales. En efecto, se incluye, por primera en este tipo de cumbres, un capítulo

64. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, África, 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, p. 4. Disponible en: http://www2.medioambiente.gov.ar/documentos/ciplycs/JOHANNESBURG.PDF

65. Naciones Unidas, Río de Janeiro (Brasil), Documento final de la Conferencia, "El futuro que queremos", junio de 2012, p. 26. Disponible en: http://www.uncsd2012.org/content/documents/778futurewewant_spanish.pdf

sobre la energía en el cual se reconoce *el papel fundamental de la energía en el proceso de desarrollo, dado que el acceso a servicios energéticos modernos y sostenibles contribuye a erradicar la pobreza, salva vidas, mejora la salud y ayuda a satisfacer las necesidades humanas básicas.* Así mismo, se insiste en que "es necesario tratar de resolver el problema del acceso a servicios energéticos modernos y sostenibles para todos, en particular para los pobres que no pueden costearlos ni siquiera en los casos en que están disponibles".

La importancia del acceso a la energía y a los servicios asociados a ella alcanzó su más alto nivel de interés cuando la Asamblea General de la ONU declaró en 2010, el 2012 como el "Año Internacional de la Energía sostenible para todos", con el propósito de reconocer que el acceso a unos servicios energéticos modernos por parte de los países en desarrollo es esencial para alcanzar los Objetivos de Milenio, erradicar la pobreza y alcanzar un desarrollo sostenible.

Naciones Unidas plantea la necesidad de tomar conciencia sobre la importancia de incrementar el acceso sostenible a la energía, la eficiencia energética y la energía renovable en el ámbito local, nacional, regional e internacional. Puntualiza que los servicios energéticos tienen un profundo efecto en la productividad, la salud, la educación, el cambio climático, la seguridad alimentaria e hídrica y los servicios de comunicación, por lo que la falta de acceso a la energía no contaminante, asequible y fiable obstaculiza el desarrollo social y económico y constituye un obstáculo importante para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.[66]

2.4 Compromisos: Objetivos del Desarrollo Sostenible y el Acuerdo de París, 2015

La no inclusión del acceso a la energía como uno de los Objetivos del Milenio fue muy criticado, debido a la importancia que ya había alcanzado para el 2000;[67] lo que sin duda hubiera tenido un impacto muy positivo en las políticas energéticas de los Estados para brindar mayor acceso a la energía por parte de la población pobre, a precios acordes con su situación socioeconómica, tomando en cuenta que constituye un prerrequisito sin el cual no es posible alcanzar aquellos.

66. Cfr. 2012, Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos. Disponible en: http://www.un.org/es/events/sustainableenergyforall/index.shtml
67. Los Objetivos del Milenio fueron aprobados en la Cumbre Milenio, 2000. Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, 6 a 8 de septiembre de 2000. Disponible en: http://www.un.org/es/events/pastevents/millennium_summit/

Esta meta no obstante se alcanzó el 25 de septiembre de 2015 en la Cumbre de Nueva York, en la que los Estados se comprometieron a cumplir la hoja de ruta para el desarrollo sostenible después de 2015. En efecto, de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, resalta con el número 7 la energía asequible y no contaminante. Los ODS oficialmente entraron en vigor el 1º de enero de 2016, y con su aplicación universal en los próximos 15 años se pretende poner fin a la pobreza en todas sus formas, reducir la desigualdad y luchar contra el cambio climático.[68]

De este modo ha sido por la vía de la evolución del concepto de desarrollo sostenible que las naciones del mundo, guiadas por la ONU, han comprendido que sin la garantía del acceso a la energía no es posible combatir y erradicar la pobreza. Por otro lado, la inclusión de la energía como uno de los objetivos del desarrollo sostenible despeja el camino para que su importancia siga creciendo, habida cuenta que la realización del resto de los 16 objetivos están indisolublemente unidos a ella. Este reconocimiento hará que más pronto que tarde la comunidad internacional eleve el derecho al acceso a la energía a la categoría de derecho humano.

Por su parte, el Acuerdo de París, en un escenario en el que el concepto de desarrollo sostenible se ha consolidado, reconoce que el cambio climático es un problema de toda la humanidad, que exige acciones y compromisos de las partes, teniendo en cuenta las obligaciones relativas al respecto de los "... derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo...".[69]

Al mismo tiempo, y aunque no se expresa de manera directa en el Acuerdo de París, son los nuevos patrones de generación de energía sostenible una de las principales acciones que hay que emprender, no solo para enfrentar la creciente demanda de energía, sino además para garantizar el acceso a quienes se encuentran fuera del sistema energético o para aquellos que se enfrentan a los efectos nocivos de la producción contaminante de energía con altas emisiones de CO2 y, desde luego, para lograr que la plena realización de los derechos humanos arriba mencionados, los cuales sin la disposición de energía sería "imposible".

De este modo la lucha contra el cambio climático, la promoción del desarrollo sostenible y con ello el respeto a los derechos humanos, ha entrado en una fase de compromisos vinculantes para los Estados, que auguran una agenda exitosa en la lucha para erradicar la pobreza.

68. Cfr. ONU, La agenda de desarrollo sostenible. Disponible en: http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/la-agenda-de-desarrollo-sostenible/
69. Cfr. Preámbulo del Acuerdo de París. Disponible en: http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf

3. El acceso a la energía en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

3.1 En la Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer documento al cual quiero referirme, precisamente porque, en virtud de su importancia y vigencia, el 10 de diciembre de 1948 día de su firma, fue declarado[70] por la Asamblea General de las Naciones Unidas como el Día Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido es importante destacar la proclama del artículo 1, en cuanto a que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros." La importancia de esta norma radica en que justamente pone en relieve valores como la libertad, la igualdad, la dignidad, frente a una realidad a la inversa, caracterizada por la desigualdad, la discriminación y la falta de acceso de todas las personas a las mismas oportunidades y condiciones de vida.

El artículo 22 establece el marco sobre el cual apoyamos nuestro argumento, en cuanto a que el derecho al acceso a la energía es un derecho humano, en virtud de que sin su disposición otros derechos humanos no pueden realizarse. La norma en cuestión así lo reconoce al señalar que "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

3.2 En el Pacto Internacional sobre los DESC

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptado por las Naciones Unidas en 1966 y que forma parte de la Carta Internacional de los derechos humanos,[71] entró en vigor en 1976 y reconoce en su artículo

70. En 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 423 (V), invitando a todos los Estados y organizaciones interesadas a que observen el 10 de diciembre de cada año como Día de los Derechos Humanos.

71. En el sistema universal, los dos pactos internacionales (el PIDCP y el PIDESC) y la Declaración Universal son conocidos colectivamente como la Carta Internacional de Derechos Humanos, en reconocimiento a su lugar especial en el derecho internacional de los derechos humanos. Cfr. Daniel O'Donnell, *Derecho*

11. "... el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia...". También reconoce el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre, que prevé mejorar métodos de producción, conservación y distribución de alimentos".

En todos los supuestos del artículo 11 del PIDESC, el acceso a la energía es piedra angular para materializar y hacer posible el nivel de vida adecuado referido en la norma. Esta relación se deriva del hecho de que en todos los procesos que envuelven la preparación de alimentos, la disposición de una vivienda adecuada, el procesamiento y transmisión de agua potable y saneamiento[72], la energía es básicamente indispensable.

En relación con el derecho a la vivienda, es importante destacar lo que señala el Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales (CDESC) en cuanto a que "los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia". Agrega también el CDESC que la mención del párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC

> *no debe entenderse en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada, como lo han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda, lo que significa … espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".*[73]

De tal modo que el concepto de vivienda adecuada solo puede existir si la concurrencia de otros derechos fundamentales son capaces de producir el resultado deseado; que no es otro que un espacio para el desarrollo y desenvolvimiento de una vida digna para sus ocupantes, que contará con un lugar, servicios básicos

internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, Editado por Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, abril de 2004, p. 56.

72. Cfr. UN-Water, Partnerships for improving water and energy access, efficiency and sustainability. Prepared by UN-Water Decade Programme on Advocacy and Communication (UNW-DPAC) with United Nations University (UNU) and United Nations Industrial Development Organization (UNIDO) y Resolución del Consejo de Derechos Humanos 16/2, de abril de 2011. Disponible en: http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4dc1084e2

73. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), (Sexto período de sesiones, 1991), U.N. Doc. E/1991/23 (1991), p.2. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf?view=1

como agua, sanitarios, alimentación y la energía como elemento clave para hacer posible la realización plena de aquellos.

El artículo 12 del PIDESC llama la atención sobre el "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" lo cual nos permite mencionar, a título de ejemplo, el vínculo del derecho a la salud con el acceso a la energía en un caso que conmocionó a la opinión pública nacional e internacional en Nueva Zelandia, conocido como el "caso Muliaga". En efecto, la muerte de la Sra. Muliaga, de 44 años, en mayo de 2007, con problemas del corazón y respiratorios, atribuida a la desconexión de un alimentador de oxígeno por la interrupción del servicio eléctrico por falta de pago, estremeció a ese país y situó el debate en esa relación. Las circunstancias de su muerte llevaron el asunto a la atención de la Autoridad Nacional de la Electricidad (ANE), una vez que la policía anunció que no había evidencias para responsabilizar al personal implicado en el hecho. Por su parte, el médico forense dictaminó que la muerte se habría producido por causas naturales relacionadas con la obesidad y no por la desconexión, aunque el estrés originado por la imposibilidad de utilizar el respirador artificial contribuyó a su deceso.[74]

La investigación de la ANE sacó a relucir la vigencia de unas directrices que justifican una desconexión. No obstante, y de acuerdo con el procedimiento que establecen, el minorista de electricidad debe informar a sus clientes que tienen la obligación de comunicar si se encuentran en una condición de vulnerabilidad para evitar enfrentar una situación de interrupción. Por lo tanto, el deber era una carga de los clientes de cumplir con aportar la información sobre su situación. En el momento de la muerte de la Sra. Muliaga, la empresa Mercury Energy disponía de una lista que incluía a 59 clientes con problemas de salud a quienes no podía realizar una desconexión, pero la Sra. Muliaga no estaba en la lista.

Con el propósito de mejorar las directrices, a partir de julio de 2007, luego de un proceso de revisión, el deber de informar al proveedor de servicio eléctrico se mantiene como una carga de los clientes para que no sean desconectados por falta de pago si se encuentran en el supuesto mencionado, pero las empresas eléctricas también deben cumplir con la obligación de llevar un registro sobre los clientes en condiciones de vulnerabilidad y presentarlos a la ANE. Igualmente se recomienda a los usuarios disponer baterías de respaldo y que instalen sistemas de emergencia en caso de un apagón prolongado.[75]

74. Todd Bridgman, Beyond the Manager's Moral Dilemma: Rethinking the 'Ideal Type' Business Ethics Case. Working Paper Series 01-10, Victoria Management School and Victoria University of Wellington, p.11. http://www.victoria.ac.nz/som/research/workingpapers/publications/01-10_Bridgman.pdf (consultado el 20 de septiembre de 2016).
75. Cfr. nzherald.co.nz, My wife died because of $34' - Lopaavea Muliaga, en http://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm?c_id=1&objectid=10511273 (consultado el 20 de septiembre de 2016).

El miércoles 16 de abril de 2016, una interrupción del servicio eléctrico en el hospital Luis Razetti de Barcelona (Venezuela), provocó la muerte de siete recién nacidos que estaban en el área de neonatología. Una de las denunciantes aseguró que su sobrina estaba conectada a un respirador artificial y el área estuvo sin energía eléctrica desde las 2:00 hasta las 6:00 de la tarde. Otra mujer declaró que su nieto murió por el apagón cuando se encontraba en cuidados intensivos. Sobre este hecho el gobernador declaró que la falla eléctrica había sido solventada con rapidez. Sin embargo, hasta ahora nadie ha respondido por las pérdidas de los infantes[76] que seguramente quedará impune como en muchos otros casos parecidos.

3.3 En la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

La Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y que entró en vigor en 1981, constituye un tratado internacional de derechos humanos de gran relevancia, ya que representa la defensa de los derechos fundamentales de la mitad de la humanidad.[77] Las fuentes[78] que nutren la CEDAW se encuentran en las resoluciones, declaraciones, tratados y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados que reafirman el compromiso de las naciones del mundo en la defensa de los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.[79]

Por otro lado, las desigualdades entre hombres y mujeres en el acceso a los recursos productivos, servicios y oportunidades producen graves daños en el rendimiento del sector agrícola, perjudicando la seguridad alimentaria y nutricional, el crecimiento económico y el desarrollo en general. Por lo tanto, y así está

76. Véase más detalles en, Henry Jiménez, "Mueren niños por fallas en el servicio eléctrico", 25 de Mayo de 2016. Publicado en: *Opinión, La Patilla*. https://www.lapatilla.com/site/2016/05/25/henry-jimenez-mueren-ninos-por-fallas-en-el-servicio-electrico/ (consultado el 20 de septiembre de 2016).
77. Véase Introducción de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Disponible en: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm
78. Principales documentos y tratados: 1. La Carta de las Naciones Unidas, que reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; 2. La Declaración Universal de Derechos Humanos, que reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; 3. Pactos Internacionales de Derechos Humanos
79. Véase, Introducción de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Op. Cit.*

demostrado, cuando las mujeres tienen acceso a sistemas modernos de producción o servicios[80], la ecuación se invierte.

En este sentido, la CEDAW intenta crear las condiciones de igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana de la mujer. Este instrumento de gran utilidad para esos fines obliga a los Estados a asegurar el derecho a: h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.[81]

Es importante destacar que esta Convención constituye, hasta ahora, el único documento vinculante que de manera expresa reconoce el acceso a la electricidad, es decir, a la energía como un derecho humano.

3.4 En la Declaración sobre el derecho humano al desarrollo

La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (DD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1986, permite configurar un derecho humano inalienable, entendiéndose como un proceso global económico, social, cultural y político que tiende al mejoramiento constante de toda la población y los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el proceso de desarrollo y en la distribución de los beneficios que de él derivan.[82]

El derecho humano al desarrollo significa también que todos los pueblos del mundo tienen total y absoluto derecho al ejercicio de su incuestionable derecho a la plena soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales, con sujeción a las disposiciones de los pactos internacionales de derechos humanos.[83]

80. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), *Un instrumento para la formulación de políticas y programas de agricultura y desarrollo rural que incluyan una perspectiva de género. Directrices para los Ministerios de Agricultura y la FAO*, p. 1. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3153s/i3153s.pdf
81. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos Creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev. 5, 26 de abril de 2001.
82. Cfr. *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Preámbulo y art. 1, párr. 1. Disponible en: http://www.un.org/es/events/righttodevelopment/declaration.shtml
83. La Declaración quiere referirse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). La existencia de estos instrumentos no significa algún tipo de diferencia o de importancia de unos sobre otros. De hecho, así lo aclara el preámbulo de cada uno, el cual menciona la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, afirmando que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre… a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales".

Esta Declaración ofrece una amplísima perspectiva en la cual el derecho al acceso a la energía encuentra un fundamento jurídico alineado con su propósito, que no es otro que hacer viable la realización de otros derechos, que sin energía no serían posibles, especialmente con energía sostenible. En efecto, la Declaración en todo su texto hace particular referencia a:

1. Facultad de todos los pueblos de participar en el desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos.
2. Ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales.
3. Deber de los Estados de formular políticas para mejorar el bienestar de la población.
4. Indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.
5. Igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
6. Obligación de los Estados de adoptar, las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo, para garantizar:
    a. "Igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda..."
    b. Reformas económicas y sociales para erradicar todas las injusticias sociales;

Como se desprende del contenido del derecho al desarrollo, el derecho al acceso a la energía como parte integrante del acceso a los recursos básicos, y que es inseparable para la realización de otros derechos mencionados en la Declaración, como: la educación, el agua, servicios de salud, alimentos y vivienda, tendría necesariamente la misma categoría y dimensión que aquellos, los cuales sin electricidad, por ejemplo, u otra forma de energía, sencillamente no podrían materializarse.

4. El acceso a la energía en el Sistema Interamericano

4.1. La Declaración Americana y la Carta de la OEA

La Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá en 1948,[84] fue el escenario donde los representantes de los Estados americanos aprobaron la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DUDH), siete meses antes de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Aunque la DUDH no es considerado un tratado, y por lo tanto sus normas no son vinculantes para los Estados, como sí es el caso de la Carta de la OEA, hay consenso en cuanto a que los derechos en ella reconocidos tienen la categoría de costumbre internacional, y enuncia principios fundamentales reconocidos por los Estados americanos.[85] Por ejemplo, el artículo XI, que establece el derecho de toda persona a la preservación de la salud, y del bienestar, a través de "...medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

La Carta de la OEA por su lado contiene normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, que de manera implícita, y ampliados a la luz del desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legal, permiten inferir, sin lugar a dudas interpretativas, que existe un derecho garantizado al acceso de servicios básicos esenciales para el disfrute de una vida digna.

En ese marco el derecho al acceso a la energía adquiere una relevancia particular, bien como parte integrante de los servicios básicos como el agua y saneamiento o como concepto subsumido en otros derechos, como el derecho a la vivienda adecuada o el derecho a la salud. En efecto, la Carta hace referencia a la erradicación de la pobreza, pero en especial, el artículo 34 dirige sus principios al logro de la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y al alcance de objetivos básicos del desarrollo integral. Entre ellos menciona: d) Modernización de la vida rural; e) Industrialización acelerada y diversificada; j) Nutrición adecuada; k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población, y en especial l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva

84. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano, febrero de 2012, p. 1. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf

y digna. En todos los ítems anteriores la energía juega un papel no solo importante, sino determinante para que puedan ser posibles y realizables dichos objetivos.

4.2. La Convención Americana y el Protocolo de San Salvador

En noviembre de 1969 en San José de Costa Rica se realizó la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual los representantes de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que entró en vigor el 18 de julio de 1978.

El catálogo de derechos y obligaciones inviolables para la persona que aparecen en la CADH conforman un sistema de protección regional de los derechos fundamentales, que comprende la Comisión IDH y la Corte IDH.

La CADH reconoce en el artículo 11 la protección de la dignidad humana, con lo cual implícitamente se refiere a todos aquellos elementos sin las cuales no sería posible asegurar tal protección, donde los servicios básicos y públicos como la energía ocupan un papel central.

Del mismo modo, la obligación que asumen los Estados por mandato del artículo 26, referido a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de lograr "progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación..." tiene implicaciones en cuanto a la garantía del acceso a los servicios básicos para mejorar la calidad de vida y el bienestar de la población y en particular el acceso a la energía.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Humanos en materia de DESC, adoptado en noviembre de 1988 por los Estados Partes de la CADH y que entró en vigor en 1999, establece en el artículo 11, el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, con lo cual se estrecha aun más la relación entre el acceso a la energía y la realización de otros derechos humanos y el reconocimiento de que la disposición de servicios básicos como, por ejemplo, el agua, el saneamiento y la electricidad, constituyen derechos esenciales para el desarrollo de una vida digna.[86]

85. Véase Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 2004, p.32.

86. Es importante destacar que en Suramérica solo Chile y Venezuela no han ratificado el Protocolo de San Salvador. En América del Norte y el Caribe tampoco lo han ratificado: Canadá, EEUU., Bahamas, Barbados,

4.3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de derechos humanos (CIDH) fue creada por la OEA en 1959 como órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano.[87]

En el marco de sus competencias, la CIDH ha intervenido y tomado decisiones en una variedad de casos en los cuales se ha puesto de evidencia la tensión y el choque entre el actual modelo de desarrollo económico y la protección del medio ambiente y los derechos humanos de miembros de comunidades indígenas y campesinas, a quienes ha concedido medidas cautelares para proteger los derechos frente a los efectos de proyectos de infraestructura energética o de actividades extractivas.[88]

Particular referencia merece la construcción de la Hidroeléctrica Belo Monte en Brasil, proyecto que utiliza las aguas del río Xingú para generar 611,11 MW de energía eléctrica, y con ello abastecer aproximadamente a 26 millones de habitantes.

La hidroeléctrica comenzó a ser construida en marzo de 2011 en Altamira, ciudad en el estado de Pará, con la oposición de pueblos indígenas, ecologistas y organizaciones defensores del medio ambiente. Entre los alegatos para tratar de impedir la megaobra se expusieron los siguientes:[89]

1. La represa desviará de su curso el 80 % del río Xingú a través de un canal de 500 metros de ancho y 75 kilómetros de largo. La construcción de este canal requerirá remover más tierra que la utilizada para construir el canal de Panamá.
2. La electricidad generada por la represa hidroeléctrica sería utilizada para incrementar las operaciones mineras industriales en la zona.

Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Haití, Jamaica, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/sansalvadorrat.asp. (Consultada el 14 de junio de 2016).

87. Para más detalles véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano, febrero de 2012, pp. 7-9. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf
88. María Clara Galvis; Katya Salazar, "Derechos humanos y desarrollo económico: ¿cómo armonizarlos?". *Anuario de Derechos Humanos,* Nº 9, 2013, p. 197.
89. Véase en detalles Documento de AIDA, Caso Belo Monte, Brasil, agosto de 2015. Disponible en: http://www.aida-americas.org/sites/default/files/Belo%20Monte%20Fact%20Sheet%20ESP%2014-02-12.pdf (consultada el día 10 de septiembre de 2016).

3. La obra desplazaría de su hogar natural a más de 20 mil indígenas y ribereños, perdiendo sus tierras y afectando sus tradiciones y cultura.
4. Destrucción de grandes cantidades de selva, causando impactos negativos en la biodiversidad de la zona, y provocando la extinción de varias especies de plantas y animales.
5. La vegetación en descomposición en áreas inundadas generaría metano, potente gas de efecto invernadero vinculado al cambio climático.
6. Amenaza a la seguridad alimentaria, mediante la reducción del nivel de agua en el río Xingú que modificará drásticamente las condiciones ecológicas en la zona.
7. Aumento de la pobreza debido la migración desordenada.
8. Violación al derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas.
9. Denuncias de corrupción en el desarrollo de la obra.

En 2011 el Movimiento Xingú Vivo Para Siempre (MXVPS), la Sociedad Paraense de Defensa de los Derechos Humanos (SDDH), Justicia Global y la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) presentaron una petición ante la CIDH contra Brasil alegando su responsabilidad en la violación de derechos humanos en el caso Belo Monte.

El 1º de abril de 2011, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingú y otros. La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que el cumplimiento de una serie de condiciones, entre las que se destacan: la realización de los procesos de consulta; la adopción de medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú.[90]

El 29 de julio de 2011, la CIDH evaluó y modificó las medidas adoptadas con base en información enviada por el Estado y le solicitó: Adoptar medidas para proteger la vida, salud, la cultura, la integridad personal, regularización de tierras, protección de las tierras ancestrales de los miembros de las comunidades indígenas en situación de aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú.[91]

90. Véase en detalles Comisión Interamericana de Derecho Humanos, Exp. MC 382/10 Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingú, Pará, Brasil. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp
91. Ibíd.

Mientras Dilma Rousseff inauguró la primera de 24 turbinas de la hidroeléctrica Belo Monte, la cual culminará en 2019, el Ministerio Público Federal de Brasil (MPF) ha iniciado un procedimiento judicial para que se reconozca el delito de etnocidio cometido en perjuicio de siete comunidades indígenas, así como la destrucción de la organización social, las costumbres, el idioma y tradiciones, de los grupos indígenas en el proceso de construcción de la presa. Los cargos se han imputado contra el gobierno federal brasileño y la empresa contratista Norte Energía, que construyó la presa.[92]

Este caso emblemático pone de relieve que la opción de más energía *insostenible* no es una opción para elegir. Si bien garantizar el acceso a la energía es, desde nuestro punto de vista, un derecho humano, su aseguramiento no puede justificarse a cualquier precio, y menos violando los derechos humanos de pueblos ancestrales, de otras comunidades y asentamientos humanos, destruyendo el medio ambiente y profundizando los efectos del cambio climático.

4.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es el órgano judicial de la OEA, creado el 22 de noviembre de 1969 e instalado oficialmente en su sede en San José de Costa Rica el 3 de septiembre de 1979, para conocer los casos que solo los Estados Partes y la CIDH pueden someter a su consideración, siempre que se hubieran agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la CADH.

Es importante, a la luz de la aspiración de la justiciabilidad de los DESC, comprender qué corresponde a cada órgano en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Mientras la Corte IDH es un tribunal, que ejerce una función contenciosa y consultiva, y sus decisiones en el campo contencioso son obligatorias, la CIDH tiene en el proceso una función auxiliar de Justicia, que debe comparecer ante la Corte, a manera de ministerio público del Sistema Interamericano.[93]

92. Cfr. Daniele Bragança, "Dilma inaugura Belo Monte, maior obra do seu governo", en *(O)eco*, 06 de mayo de 2016. http://www.oeco.org.br/noticias/dilma-inaugura-belo-monte-maior-obra-do-seu-governo/ (consultada el 26 de septiembre de 2016).

93. En su Resolución de 15 de julio de 1981 (Viviana Gallardo y Otras), La Corte IDH dijo: "La Convención, en efecto, además de otorgar a la Comisión la legitimación activa para presentar casos ante la Corte, así como para someterle consultas y de atribuirle en el proceso una clara función auxiliar de la justicia, a manera de ministerio público del Sistema Interamericano, llamado a comparecer en todos los casos ante el tribunal (artículo 57 de la Convención), le confiere otras atribuciones vinculadas con las funciones que corresponden a esta Corte, y que por su naturaleza se cumplen antes de que ella comience a conocer de un asunto determinado". Véase en detalles en Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, febrero de 1991, nota de pie Nº 355, p. 182.

En este sentido, una decisión de la Corte IDH tendría efectos muy diferentes de los que pueda adoptar la CIDH; esto a propósito de las medidas cautelares que la CIDH concedió en el proyecto Belo Monte antes mencionado y que Brasil no ha respetado. Por ello, el acceso a la energía como un derecho humano encontraría en la doctrina de la Corte IDH mayores posibilidades de éxito para frenar la violación de derechos humanos, aun en los casos en que se alega producción de energía para que otras accedan a ella, si esta se realiza violando determinados derechos humanos.

Como ya mencionamos, la hidroeléctrica Belo Monte provocó el desplazamiento de más de 20 mil miembros de comunidades indígenas. En el hecho público y notorio de que esas familias se encuentren viviendo fuera de sus tierras ancestrales, la jurisprudencia de la Corte IDH tendría una respuesta a los daños causados. Tal es el caso de la doctrina aplicada en el procedimiento de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay*[94]. En este caso la Corte IDH consideró que el derecho a la vida implica el acceso a condiciones que posibiliten una existencia digna.

Con fundamento en esa consideración la Corte IDH procedió a valorar si el Estado había cumplido o no con sus obligaciones positivas en relación con el derecho a la vida "a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la CADH, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud), 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano), 12 (Derecho a la Alimentación), 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo de San Salvador y las disposiciones pertinentes del Convenio Nº 169 de la OIT" (párr. 163).[95]

Como resultado del análisis de los hechos, el Tribunal entendió que las condiciones de miseria en que se encontraba la comunidad y la afectación que ello tenía en la salud y alimentación de sus miembros afectaba la existencia digna de los mismos, consideró que tal situación, en las circunstancias del caso, era atribuible al Estado, ya que, entre otros motivos, no había adoptado las medidas positivas necesarias para asegurar que estas personas tuvieran las condiciones de vida compatibles con su dignidad, pese a tener conocimiento de la situación en que se encontraban (párrs. 162 a 171 y 176).[96]

Más allá de este caso concreto, el debate sobre la justiciabilidad de los DESC en la Corte IDH es un tema muy actual e incluso objeto de votos concurrentes de

94. Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125.
95. Véase más detalles Oscar Parra Vera, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, pp. 36-38.
96. Ibíd. p. 37.

algunos de sus magistrados en los cuales dejan constancia de sus diferentes posiciones. Particularmente me refiero a los votos de los jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* de 1º septiembre de 2015.

Para el Juez Sierra Porto –en el referido caso–, "no es necesario declarar la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para alcanzar la efectiva protección y garantía de los DESC, y afirma

> *que esa vía para intentar hacer justiciables los DESC, en el marco del sistema interamericano, puede llegar a ser incluso más problemática que otras vías existentes y ya aplicadas por la Corte. Por ejemplo, en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada "la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida.*[97]

Por otra parte, y citando a James L. Cavallaro y a Emily Schaffer, dice estar de acuerdo con que

> *una interpretación de la Corte sobre el alcance del artículo 26 que permita el acceso directo a violaciones de los DESC podría constituir tanto la ampliación de la jurisdicción como la ampliación de las 'oportunidades para detectar, denunciar o remediar el incumplimiento', en cualquier caso, es posible que produzca una reacción hostil por parte del Estado. Una vez más, en ambos casos, la hostilidad de un estado surgiría principalmente de su creencia de que el organismo supranacional está participando en más o en un tipo diferente de supervisión de la aceptada inicialmente por parte del Estado. En este modelo, la percepción del estado es más importante que la corrección (en la medida en que esto puede ser juzgado de manera objetiva) de la decisión supranacional. Si, como se argumenta, los estados entienden los términos de la Convención Americana y la decisión de la Corte en el caso Cinco Pensionistas y casos posteriores, como límites en el acceso directo para litigar los DESC a través del artículo 26, una interpretación más amplia de dicho artículo por parte de la Corte constituiría una extra-legalización*[98].

Por su parte, Ferrer Mac-Gregor Poisot sostiene que estima necesario enfatizar y profundizar en "la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano" (párrs. 18-23). Por ello plantea a modo de conclusión que

97. Véase en detalles Corte IDH. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_298_esp.pdf
98. James L. Cavallaro and Emily Schaffer. Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter-American Litigation and Social Change, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, Issue 2 (Winter 2006), p. 365.

> *a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el corpus juris interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.*

Pero además destaca que es necesario dar pasos con mayor claridad hacia la justiciabilidad directa de los DESC teniendo en cuenta los avances del derecho internacional de los derechos humanos y atendiendo a los claros avances de los Estados Parte de la Convención Americana. Sobre esto último señala

> *la Carta Social de las Américas de 2012 y muy en particular la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015. En efecto, el artículo 36 de esta Convención dispone la posibilidad de que opere el sistema de peticiones individuales en relación con los derechos previstos en dicha Convención, los cuales incluyen, entre otros, el derecho a la seguridad social (artículo 17), derecho al trabajo (artículo 18), derecho a la salud (artículo 19), y derecho a la vivienda (artículo 24). Como puede observarse, este paso adoptado por varios Estados Parte de la OEA evidencia una tendencia cada vez mayoritaria hacia la plena justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.*

5. El acceso a la energía en el Derecho Internacional Humanitario

5.1 En el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra

El vínculo entre el acceso a servicios de energía, salud, vivienda y vida digna ha sido ampliamente demostrado en el contexto de conflictos armados, donde la destrucción de las instalaciones de generación de energía ha provocado muertes innecesarias a través de la propagación de enfermedades ante la falta de agua potable y medios para la preparación de alimentos, además de muertes por la falta de calefacción o simplemente por la falta de viviendas que han quedado

destruidas. Es por ello que el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, prohíbe "atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, cultivos, el ganado, las instalaciones y reservas de agua y sistemas de riego".

Aunque no se mencionan expresamente las instalaciones eléctricas, debe entenderse que están incluidas porque constituyen bienes sin los cuales no es posible garantizar la supervivencia de ciudades y aun de pequeñas comunidades, sobre todo para hacer funcionar los servicios básicos y la producción de alimentos. Igualmente se prohíben los ataques contra la población civil[99] y "contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, e estalaciones nucleares de energía eléctrica, cuando tales ataques puedan producir la liberación de, por ejemplo, radiación letal y, en consecuencia, pérdidas importantes entre la población civil".[100] La razón de ser es la de limitar el alcance de los daños colaterales a los más vulnerables: niños, mujeres, ancianos y en general quienes no estén involucrados en acciones armadas o de resistencia.

Durante la primera Guerra del Golfo en 1991 los ataques contra la infraestructura iraquí por parte de las fuerzas armadas de EE.UU. provocaron al menos 110 000 muertes en la población civil[101;] de esa cantidad la mayoría no se atribuye al impacto directo de las bombas, sino a la destrucción de la red de energía eléctrica y el consiguiente colapso de los sistemas de salud pública, agua y sanitarios, dando lugar a brotes de disentería, cólera y otras enfermedades transmitidas por el agua.[102]

Un estudio epidemiológico llevado a cabo en Irak en agosto de 1991 informó de la muerte de 47 000 niños menores de cinco años. La magnitud de esta destrucción fue calificada por la primera misión de la posguerra de la ONU, como "daños apocalípticos" que había reducido el país a "la era pre-industrial."[103] Poste-

99. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977 (arts. 51 y 52).
100. Ibíd, (art. 56).
101. Daponte, Beth Osborne, A Case Study in Estimating Casualties from War and Its Aftermath: The 1991 Persian Gulf War (1993).
102. Special Report: Water under Siege in Iraq US/UK Military Forces Risk Committing War Crimes by Depriving Civilians of Safe Water, p. 4.
103. United Nations, Report on Humanitarian Needs in Iraq in the Immediate Post-Crisis Environment by a Mission to the Area led by the Under-Secretary-General for Administration and Management (Ahtisaari Report), (March 10-17, 1991) S/22366 (March 20, 1991).

riormente el jefe del Estado Mayor General Colin Powell, entonces presidente del Estado Mayor Conjunto, desestimó el valor militar de atacar el sistema eléctrico.[104]

En Bogotá, Colombia las voladuras de oleoductos por parte de los grupos guerrilleros han sido igualmente valoradas por el Defensor del Pueblo como infracciones al Derecho Internacional Humanitario, materializadas en ataques indiscriminados contra los bienes civiles, cuyos efectos sobre la salud y supervivencia de la población civil y sobre la conservación de los recursos naturales son imposibles de restringir y de cuya utilización no puede desprenderse una ventaja militar clara y definida.[105] Estas acciones que afectan la producción y el suministro energético al país suramericano, son prohibidas, como ya lo hemos mencionado supra, por el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 13, 14 y 15).

5.2. En la Cuarta Convención de Ginebra

En Israel, la dimensión del derecho de acceso a la energía se deriva de la decisión adoptada por el gabinete de seguridad de ese país en septiembre de 2007, al autorizar la restricción de la cantidad de electricidad y combustible que se permitiría en la Franja de Gaza.[106] En septiembre de 2008, el Tribunal Supremo de Israel al conocer de la acción contra la medida confirmó la legalidad de los recortes, fundamentado en gran parte en la necesidad militar de la "guerra contra el terrorismo", estimando que la cantidad de combustible y electricidad que Israel suministraría sería "suficiente para cumplir con las futuras necesidades humanitarias vitales" de la población en el territorio ocupado.[107]

El 11 de octubre de 2011, Israel a través de la administración civil de ocupación militar emitió la orden de demolición de una planta de energía solar local ubicada en el pueblo de Imneizel, en el distrito de Hebrón, alegando falta de un permiso para su instalación y funcionamiento. La destrucción, que debió haberse llevado a cabo el martes 18 de octubre de 2011, obtuvo una orden judicial de

104. Press briefing of General Colin Powell, Washington, DC (January 23, 1991), cited in Human Rights Watch, Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War, (1991).
105. Cfr. Defensoría del Pueblo. En defensa del pueblo acuso. Impactos de la voladura de oleoductos en Colombia. Bogotá, 1997. Resolución Defensorial Humanitaria Nº 007. Bogotá, 27 de noviembre de 2001.
106. Press release issued by the Prime Minister's Office, "Security Cabinet Declares Gaza Hostile Territory," September 19, 2007 (consultado el 20 de septiembre de 2016).
107. Cfr. HCJ 9132/07 Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v 1. Prime Minister 2. Minister of Defence (Jan. 30, 2008). http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/07/320/091/n25/07091320.n25.pdf

aplazamiento gracias a la solicitud presentada por un abogado defensor de los Derechos Humanos por ante un tribunal de Israel.

El abogado demandante argumentó que el acceso a la electricidad es una necesidad humana fundamental y un servicio público de la sociedad moderna, y que por lo tanto una potencia ocupante no puede basarse en razones administrativas, tales como la falta de un permiso, para negar a toda una comunidad el acceso a la energía eléctrica. La única razón por la que el derecho humanitario consuetudinario y convencional reconoce la destrucción de un elemento esencial de servicios como la energía eléctrica es una necesidad militar imperiosa o absoluta, lo cual –según el abogado– no existe en este caso.[108]

El análisis jurídico se ve reforzado en el artículo 53 de la Cuarta Convención de Ginebra que prohíbe cualquier destrucción por parte de la Potencia ocupante de bienes muebles o inmuebles pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a otras autoridades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas[109]. El artículo 63, al proteger las actividades de la Cruz Roja y otras organizaciones similares de socorro, hace referencia a que las mismas se aplicarán a la actividad y al personal de organismos especiales de índole no militar, ya existentes o que se funden, para garantizar las condiciones de existencia de la población civil *mediante el mantenimiento de los servicios públicos esenciales* (subrayado nuestro), la distribución de socorros y la organización del salvamento.

Esta norma asociada al artículo 56 cierra la protección de derechos básicos para asegurar la supervivencia de la población civil en tiempos de conflictos armados, al dejar sentado que "la Potencia ocupante tiene el deber de asegurar y mantener, con la colaboración de las autoridades nacionales y locales, los establecimientos y los servicios médicos y hospitalarios, así como la sanidad y la higiene pública en el territorio ocupado, en particular tomando y aplicando las medidas profilácticas y preventivas necesarias para combatir la propagación de enfermedades contagiosas y de epidemias". Es evidente en este caso que la destrucción de una planta o generador de electricidad haría imposible cumplir con el mandado de este artículo, con lo cual queda demostrado, como ocurrió en la Guerra del Golfo de 1991, que tales acciones persiguen el efecto contrario, justamente aprovechar el

108. Jules Lobel, Expert opinion Regarding the threatened destruction of solar panels in the Village of Imneizel, that are essential to the survival of the protected civilian population, April 20 , 2012, p. 4.
109. Geneva Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Part III: Status and Treatment of protected persons, 12 Aug. 1949

poder destructor que tiene la falta de energía con el propósito de infligir mayores daños y sacar ventaja en el conflicto.

5.3 Privaciones del acceso a la energía por fallas en la gestión: caso Venezuela

La privación, restricción, limitación e inexistencia del derecho al acceso de la energía, de acuerdo con lo que hemos desarrollado hasta ahora, ocurre básicamente por tres razones:

1. Pobreza energética: referida a la imposibilidad de pagar el coste del servicio eléctrico (SE).
2. Inexistencia de infraestructuras y recursos para llevar el SE a los hogares.
3. Destrucción de infraestructuras eléctricas; casos de guerras y desastres naturales.

En Venezuela la privación del disfrute del derecho al acceso a la energía, y con él la limitación de otros derechos humanos, no se deriva de ninguna de los anteriores motivos, exceptuando un porcentaje mínimo de la población que padece de exclusión energética. Por lo tanto, podríamos incluir una cuarta, imputable en este caso a quienes gestionan el SE, con similares efectos a la destrucción producida por las guerras o por eventos naturales. Como lo ha señalado el reconocido periodista Jon Lee Anderson, con más de 30 años midiendo el pulso de varios conflictos armados en el mundo: "Nunca había visto a un país, sin guerra, tan destruido como Venezuela".[110]

Este modelo de gestión del SE que ha colapsado todas las infraestructuras se implantó en Venezuela en una estrategia de 3 pasos:

1. Nacionalización de empresas privadas como la Electricidad de Caracas[111].

2. Concentración en manos del Estado de todas las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, a través del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica (MPPEE) y una empresa rectora única nacional

110. Véase Jon Lee Anderson, PRODAVINCHI, 25 de octubre de 2015. http://prodavinci.com/2015/10/25/actualidad/jon-lee-anderson-nunca-habia-visto-a-un-pais-sin-guerra-tan-destruido-como-venezuela/ (Consultado el 15 de junio de 2016).

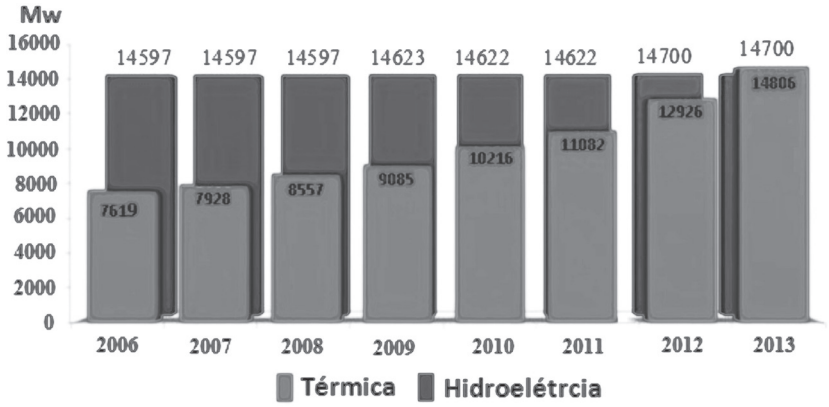
111. Esta empresa fue nacionalizada en mayo del 2007, luego que el Gobierno de Venezuela (Chávez) adquiriera el paquete accionario del 82% de la estadounidense AES Corp. por 740 millones de dólares. Véase en "Las nacionalizaciones en Venezuela durante el Gobierno de Chávez". *El Mundo.es,* 01-08-2008. http://www.elmundo.es/mundodinero/2008/08/01/economia/1217552484.html (consultado el 14 de mayo de 2016). Para mayor información sobre la empresa véase Rafael Arráiz Lucca, *La Electricidad de Caracas*. Caracas, Universidad Metropolitana y Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 24.

CORPOELEC. Estos trascendentales e inéditas modificaciones fueron posibles en el marco de la Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, aprobada en 2007 con mayoría absoluta del Gobierno en el Parlamento.

3. Rediseño del Sistema y el Servicio Eléctrico, mediante la introducción de dos paradigmas fundamentales: a. Reserva y Dominio del Estado y b. Modelo de Gestión Socialista, en el marco de un nuevo instrumento jurídico denominado Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico, sancionada en 2010 bajo los mismos parámetros que la Ley de 2007 antes mencionada.[112]

Teniendo el partido de gobierno el marco legal ajustado al modelo que quería instaurar en el país, todo lo demás fue cuestión de tiempo. La destrucción de la que hablamos y que los expertos del grupo Ricardo Zuloaga (GRZ) han explicado muy bien al país,[113] ha conducido a Venezuela al colapso del SE, medido por la incapacidad de generación que solo alcanza el 50 % de su potencia instalada, una demanda que rebasa la oferta de electricidad provocando cortes recurrentes del SE y las lamentables consecuencias para los usuarios ante la privación de otros derechos fundamentales e incluso las muertes de niños provocadas por las interrupciones del SE en hospitales y clínicas.[114]

Gráfica 5 Segregación de la capacidad instalada de Venezuela 2006 hasta agosto de 2013



112. Cfr. Henry Jiménez Guanipa, Venezuela, "Energy Law", en R. Blanpain y M. *Colucci International Encyclopaedia of Laws*, pp. 88-90. Bruselas, Wolkers Kluwer, 2016.
113. Véase, Grupo Ricardo Zuloaga (GRZ), La Crisis del Sector Eléctrico, septiembre de 2013. (Consultado el 14 de mayo de 2016). Disponible en: https://de.scribd.com/document/175996754/Documento-Del-Grupo-Ricardo-Zuloaga-Del-23-Sep-2013
114. Véase para más detalles Henry Jiménez Guanipa, *Mueren niños por fallas en el servicio eléctrico,* en: Soberania.org. www.soberania.org/2016/05/26/mueren-ninos-por-fallas-en-el-servicio-electrico/ (consultada el 26 de septiembre de 2016).

Revisando información técnica que explique lo que ha sucedido en Venezuela encontramos lo siguiente: entre 2006 y 2013 el país duplicó la capacidad de generación termoeléctrica, pasando de 7619 MW a 14 806 MW véase gráfica 5.[115]

Para tener una idea de lo que significa esta ampliación en términos de inversión vs instalación de la capacidad de generación medidos en MW, un estudio realizado por el GRZ[116] identifica dos momentos históricos en el proceso de construcción del sistema eléctrico nacional:

1. El primero abarca 48 años, desde 1950 a 1998. En este período la inversión total, pública y privada acumulada fue de 48.254 millones de dólares para instalar 19 696 MW, con lo cual el monto estimado por MW fue cercano a los 2,45 millones de dólares.
2. El segundo se extiende 14 años, en tiempos de la "Revolución bolivariana", desde 1999 hasta 2014. Durante estos años se destinaron al sector eléctrico un océano de dólares que superan los 94 000 millones para instalar 13 335 MW, con lo cual el costo promedio por MW es ligeramente superior a los 7,0 millones de dólares, triplicando el precio del MW de referencia para el primer período.

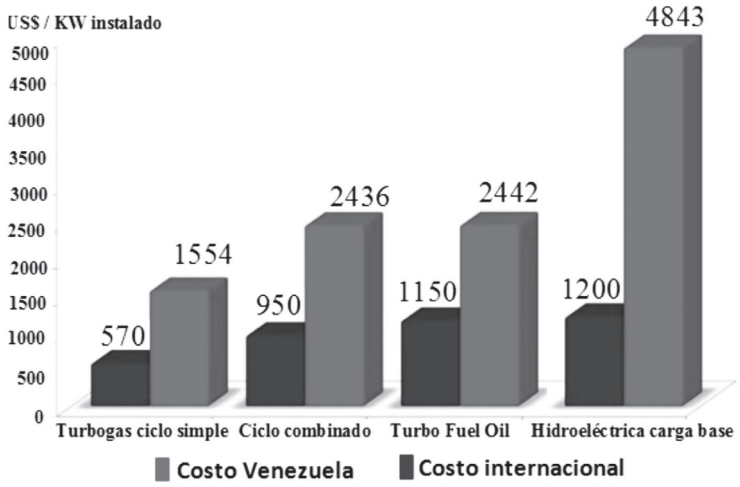
Si comparamos estas cantidades con el costo por MW invertido en energías renovables, el que está cercano a los 1.9 millones de dólares, de acuerdo con el reporte de la Agencia Internacional de la Energía Renovable (IRENA) de 2015[117], en Venezuela se hubieran podido instalar más de 50 000 MW.

En la gráfica 6, el GRZ nos muestra el precio referencial internacional para proyectos de generación termoeléctrica e hidroeléctrica, frente a los costos en el país.

El caso venezolano es sin duda muy particular, y obviamente el diferencial de precios no está ni en el valor de los materiales, ni de los equipos, ni de la tecnología, ni de las cantidades destinadas a mejorar el medio ambiente, ni al pago a los trabajadores. Todos sabemos que esos miles de millones de dólares han sido sustraídos fruto de la corrupción, mediante sobornos, sobreprecios, etc., y se encuentran depositados en paraísos fiscales o invertidos en bienes muebles e inmuebles para burlar su rastreo[118]. Con ello no solo han destruido el SEN, sino que han condenado

115. Véase Grupo Ricardo Zuloaga (GRZ), *Op. Cit.*
116. Ibíd.
117. Agencia Internacional de la Energía Renovable (IRENA), Press Releases, 7 de abril de 2016. Disponible en: http://www.irena.org/News/Description.aspx?NType=A&mnu=cat&PriMenuID=16&CatID=84&News_ID=1446 .
118. Tablante, Carlos y Marcos Tarre. Estado delincuente: *Cómo actúa la delincuencia organizada en Venezuela*. La hoja del norte, 2013, pp. 185-187.

Gráfica 6 Comparación de costo (US$ por KW instalado) para proyectos de nueva generación en Venezuela vs. costo referencial internacional



a la casi totalidad del pueblo venezolano a vivir en penumbras, privándolo de un derecho humano fundamental, como el derecho a una vida digna, que afecta de manera directa la realización de otros, como el de una vivienda digna, el derecho al agua, el derecho al desarrollo, y otros.

6. El acceso a la energía en la Unión Europea como un Derecho Fundamental

6.1 Preliminar

El modelo europeo regula el modo de acceder a la energía en un contexto de liberalización y libre competencia, condicionado a construir y mantener un régimen universal y de calidad en la prestación de los servicios energéticos. Incluso establece la manera de asegurar esos objetivos cuando el mercado no lo logra por sí mismo.[119]

119. El artículo 106 del TFUE establece en su apartado primero la estricta aplicación de las normas del Tratado que disciplinan la competencia comunitaria sobre las empresas públicas y las que tengan derechos especiales concedidos o exclusivos. Pero prevé igualmente, en su apartado segundo, la excepción a dicha regla cuando la aplicación de las normas sobre la competencia previstas en el Tratado impida de hecho o de derecho a

Varias decisiones del Tribunal de las Comunidades Europeas (TCE) así lo han reconocido,[120] con lo cual se permite de manera inequívoca la aplicación de la excepción del artículo 106, apartado 2,[121] esto es, la exclusión de las normas sobre competencia cuando su aplicación impida el cumplimiento de un servicio de interés general[122].

En este contexto la Unión Europea (UE) ha erigido una arquitectura jurídica para regular el derecho al acceso a la energía a todo usuario en el espacio de la Unión sin que se menoscaben las normas sobre la libre competencia que rigen su economía. En este sentido es particularmente significativo precisar para nuestro análisis qué valor conceden los principales instrumentos jurídicos de la Unión Europea al derecho al acceso de la energía.

Para alcanzar este objetivo es importante recordar que el marco legal de la EU comprende el derecho primario y el derecho secundario. El derecho primario, el que es de aplicación directa, abarca: el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los acuerdos internacionales, particularmente los relativos a los Derechos humanos.

En el derecho derivado, constituido por todos los actos que permiten ejercer las competencias de la Unión, se encuentran las Directivas las cuales deben ser adoptados por los Estados en un acto de transposición en el derecho interno para que tengan efectos vinculantes.

las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. En detalle, Grill, Gerhard: Art. 86 EGV, en *EU- und EG-Vertrag Kommentar*, Lenz/Borchardt (Eds.), 3ª ed., Colonia (Alemania) 2003, pp. 1015 y ss.

120. Cfr. Sentencias Corbeau, de 19 de mayo de 1993 (As. C-320/91). Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61991CJ0320&from=SL y Almelo, de 27 de abril de 1994 (As. C-393/92). Disponible en: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98695&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=570628

121. Véase Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general [notificada con el número C(2011) 9380], Considerando (3). "El artículo 106, apartado 2, del Tratado dispone a este respecto que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal queden sometidas a las normas del Tratado, en especial a las normas de competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión encomendada. No obstante, esto no deberá afectar el desarrollo de los intercambios en forma tal que sea contraria al interés de la Unión". Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012D0021&from=ES.

122. Kochbaum, Ingfried F./Klotz, Robert: Art. 86, en *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Groeben, Hans von der (Eds.), 6ª ed., Baden-Baden, Alemania, 2003, tomo 2, pp. 936 y ss.

Esta precisión sobre las fuentes del derecho de la UE nos permite comprender la importancia que tienen los servicios asociados a la energía, derivada del lugar que ocupan en la estructura jurídica de la UE.

En la UE la energía forma parte de los servicios de interés económico general (SIEG), los cuales define de dos maneras: 1. "actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad objetiva, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública",[123] o como "actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y que están sujetas a obligaciones específicas de servicio público. Entre ellos figuran las redes de transporte, la energía, las comunicaciones y los servicios postales".[124]

Los SIEG ocupan además un lugar preponderante como parte del derecho primario de la Unión, pues se encuentran regulados tanto en el Tratado de la Unión como en la Carta de los derechos fundamentales. También se encuentran en el derecho secundario, mediante las regulaciones desarrolladas en las directivas sobre el mercado de la electricidad[125] y del gas natural[126].

6.2 En el Derecho primario

La Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su artículo 14, sin ofrecer una definición de los SIEG, aclara el rol que cumplen como parte de los valores comunes de la Unión y su papel en la promoción de la cohesión social y territorial. Por tal motivo reafirma que tanto la Unión como los Estados miembros velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. Para ello los órganos rectores de la UE, como el Parlamento y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos,

123. Cfr. Documento de Trabajo de Los Servicios de la Comisión, Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest. p. 19. Bruxelles, 29.4.2013. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html (consultado el 14 de mayo de 2016).
124. Cfr. Glosario de la Unión Europea. EUR-Lex. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html?locale=es
125. Véase Directiva 2009/72/, de 13.07.2009, sobre el mercado de la electricidad, art. 3, Nº 2.
126. Véase Directiva 2009/73/, de 13.07.2009, sobre el mercado del gas natural, art. 3, Nº 2.

sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.[127]

Por su lado, el protocolo Nº 26, incorporado como anexo al TFUE, subraya la relevancia que tienen los SIEG y establece algunas condiciones y valores que deben ser tomados en cuenta por los Estados miembros, entre los cuales tenemos la necesidad de:

1. Ser ofrecidos lo más cercano posible a los usuarios.
2. Considerar la diversidad y disparidad que puedan resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales.
3. Ser ofrecidos con un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.

Estas consideraciones y principios se desarrollan posteriormente en las directivas sobre la electricidad y del gas aprobadas en 2009.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[128] es un acuerdo elaborado por una convención compuesta por un representante de cada país de la UE y de la Comisión Europea, así como por miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009[129], con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

La Carta agrupa en un único documento derechos que se encontraban en distintos instrumentos legislativos, tales como:

1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.
2. En las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE.
3. En los principios de la Carta social europea de 1961.
4. En los principios de la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores de 1989.
5. En los principios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

127. Véase art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea TFUE. Disponible en: https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf
128. Véase Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/c 364/01). Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
129. Para más detalles véase Carta de los Derechos Fundamentales, en Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389. Disponible en: http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf y en, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l33501&from=ES

La Carta aplica el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales entre derechos civiles y políticos, por un lado, y económicos y sociales, por el otro. Además agrupa la categoría de derechos distribuidos en 7 títulos bajo fundamentos básicos, como:

1. La dignidad humana.
2. Las libertades fundamentales.
3. La igualdad entre las personas.
4. La solidaridad.
5. La ciudadanía.
6. La justicia y
7. Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la carta.

En el capítulo IV, sobre la solidaridad, la Unión reconoce y respeta en su artículo 36, el acceso a los SIEG, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

Es importante destacar que además de los SIEG la Carta incluye en el artículo 34 la ayuda social y de vivienda para garantizar una existencia digna; la protección de la salud humana en el 35; la garantía de la protección del medio ambiente en el 37, conforme al principio de desarrollo sostenible, y en el 38 la obligación de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores.

De lo anterior es importante puntualizar que el reconocimiento de los SIEG, aunque forma parte del núcleo del derecho primario de la EU, se ve limitado a lo que dispongan las legislaciones y prácticas nacionales.

En este sentido, tal como lo indica la Carta en el artículo 52 Nº 4, sobre el alcance e interpretación de los derechos y principios, en la medida en que se reconozcan derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. Con ello la UE se cuida de no crear o ampliar las garantías del acceso a los SIEG más allá de lo reconocido por los Estados en sus propias legislaciones.

En todo caso el artículo 53 *ejusdem*, referido al nivel de protección, establece que "ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros."

Con esta norma se refuerza la obligación y la garantía del acceso a la energía en el marco de los SIEG en la UE, en particular, cuando este derecho se encuentra vinculado o contenido en otros instrumentos internacionales que propenden por la protección de derechos humanos, como la dignidad humana, la salud, el derecho al agua y otros ya analizados en este mismo trabajo.[130]

6.3 En el Derecho Secundario

Las directivas sobre el gas natural[131] (DGN) y la electricidad (DE)[132] aprobadas en 2009 por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo en 2009 buscan asegurar entre otros aspectos:

1. Un alto nivel de servicio público de calidad.[133]
2. Precios razonables, comparables, transparentes y no discriminatorios.[134]
3. La apertura del mercado como un mecanismo que incorpore al sector público y privado.[135]
4. Asegurar la protección de los clientes vulnerables[136] y
5. La protección del consumidor.[137]

Aunque las directivas no definen lo que debe entenderse por "clientes vulnerables", no obstante aporta algunos elementos que deben referirse, por ejemplo:

1. Clientes ubicados de zonas apartadas[138].
2. Personas que se encuentran en situación de pobreza energética.[139]
3. La prohibición de desconexión de la electricidad en períodos críticos a esos clientes vulnerables.[140]

130. Véase la energía, desarrollo humano y la realización de otros derechos.
131. Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE. (DGN).
132. Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.
133. Cfr. en DGN, art. 41-h; 52 párr. 6; medidas de protección al consumidor anexo I, letra a). Véase en la DE; Considerando 37; Art. 3 Nº 2; Art. 47 Nº 6 párr. 5.
134. Cfr. DGN, considerando 43, 47; medidas de protección al consumidor anexo I, letra g). Véase en la DE considerando 50 y art. 3 Nº 3.
135. Cfr. DGN, considerando 20; véase en la DE considerando 23 y art. 33.
136. Cfr. DGN, considerandos 33, 50; Art. 3, numerales 1, 4; art. 40 letra h). Véase en la DE considerando 37, 53; arts. 3 Nº 7 y 36 letra h)
137. Cfr. DGN; Anexo I, Medidas de Protección del Consumidor. Véase en la DE Anexo I, Medidas de Protección del Consumidor.
138. Cfr. DGN, art. 3, Nº 3. Véase en la DE art. 3 Nº 7.
139. Cfr. DGN, art. 3, Nos. 3 y 4. Véase en la DE considerando 53; art. 3 Nº 7, 8.
140. Cfr. DGN, art. 3, Nº 3. Véase en la DE Art. 3 Nº 7; Art. 37 letra j).

Es aquí donde ambas directivas dan un paso decisivo en función de proteger a los usuarios más débiles jurídicamente. Sobre este aspecto insta a los Estados miembros afectados que todavía no hayan tomado medidas al respecto para que desarrollen planes de acción nacionales u otros marcos adecuados para luchar contra la pobreza energética, con el fin de reducir el número de personas que padecen dicha situación, y sugiere que podría aplicarse un enfoque integrado, por ejemplo, en el marco de la política social, que podrían incluir políticas sociales o mejoras de la eficiencia energética para la vivienda.[141]

Con estas consideraciones la EU parece reconocer que vivir sin un servicio de energía eficiente, o sin un mínimo de electricidad y gas natural, no es una forma de vivir dignamente. Por lo tanto, la adopción de las Directivas sobre electricidad y el gas natural, que ya se ha producido, abre un núcleo de derechos para el acceso a la energía en los Estados miembros de la UE.

6.4 En la Carta Social Europea

Otro documento importante que sirve de soporte a los derechos sociales en Europa, y en particular para invocar el derecho de acceso a la energía (electricidad) en el marco del derecho a la vivienda, es la Carta Social Europea (CSE).[142] Este tratado establece un conjunto de derechos y libertades, así como un mecanismo de supervisión que garantiza el respeto de los Estados parte. Tras su revisión, la CSE entró en vigor en 1999 y gradualmente ha ido sustituyendo el documento inicial firmado en Turín (Italia) en 1961.[143] Este significativo instrumento en el ámbito europeo sirvió de fundamento para que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) en un procedimiento colectivo conducido por el Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC), argumentara que Grecia les había negado el derecho efectivo a la vivienda. El CEDS, en el referido caso, señaló que artículo 16 de la CSE establece el derecho a la vivienda, como elemento de protección social, jurídica y económica de la familia. Su interpretación del derecho a la vivienda en virtud del artículo 16 se resume del siguiente modo: "El Comité recuerda su jurisprudencia anterior en el sentido de que, para satisfacer el artículo 16, los Estados deben promover la provisión de un suministro adecuado de vivienda

141. Cfr. DGN, considerando 50.
142. Véase en detalles la Carta Social Europea (Estrasburgo, 3.V. 1996). Disponible en: www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Carta%20Social%20Europea.pdf
143. Cfr. La Carta Social Europea en Resumen, Preparado por Department of the European Social Charter Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe, p. 5. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/chartesocialedepliant-/CharteSocialedepliant-es.pdf

para las familias, y tome en consideración sus necesidades en las políticas de vivienda y asegure que la vivienda existente sea de un nivel adecuado que incluya servicios esenciales, como la calefacción y electricidad".[144]

En otro procedimiento decidido en 2010, y que tuvo por objeto el derecho a la vivienda, Italia resultó condenada al resolverse la Reclamación n. 58/2009 presentada por el Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE). En concreto, el CEDS menciona el persistente incumplimiento por parte de las correspondientes autoridades de la obligación de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda a través del acceso a una vivienda de un nivel adecuado (art. 31, §1).[145] En tal sentido, "el CEDS insiste en el hecho de que la garantía del «nivel suficiente» de habitabilidad exige la dotación por parte de las autoridades nacionales competentes de ineludibles requisitos de seguridad, tanto desde el punto de vista estructural como higiénico-sanitario, entre los cuales en particular el acceso a la red eléctrica y al agua..." Por tales motivos el CEDS decidió en procedimiento que Italia estaba violando el artículo 31 (1) de la Carta Social Europea.[146]

7. Enfoque constitucional y tendencias jurisprudenciales

7.1 Introducción

La penetración del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones de los Estados latinoamericanos es una realidad que adquirió notoriedad a partir las reformas de principios de la década de los 90 del siglo pasado. Mediante ese proceso, facilitado por las cláusulas de apertura[147], los tratados de

144. Véase en detalles Collective Complaint Nº 15/2003 - European Roma Rights Centre (ERRC) v. Greece [08.12.2004].
145. Cfr. Guiglia, Giovanni, El Derecho a la Vivienda en la Carta Social Europea: a Propósito de una reciente Condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales UNED. *Revista de Derecho Político* Nº 82, septiembre-diciembre, 2011, pp. 543-578.
146. *Ibid.,* Caso Roma v Italia, p. 12.
147. Para más detalles sobre este tema que sobrepasa los límites de esta investigación véase Mariela Morales Antoniazzi, La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las constituciones suramericanas, en Armin von Bogdandy; Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Estudios avanzados de Direitos humanos, Democracia e integración jurídica: Emergencia de um novo Direito Público*, Rio de Janeiro, Elsevir 2013, pp. 186-202.

derechos humanos ganaron jerarquía constitucional, lo cual se ha denominado, "constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos". Reformas como las que han tenido lugar en Venezuela (1999), Panamá (2004), Ecuador (2008), Bolivia (2009) y República Dominicana (2010), entre otras, constituyen pruebas irrefutables de ese proceso.

Los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en una diversidad de instrumentos internacionales, en particular en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, como por ejemplo el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, entre otros, gravitan tan cerca con el derecho al desarrollo, a un ambiente sano y al desarrollo sostenible, que los convierte en interdependientes. Es por ello que una vivienda no puede ser digna si no cuenta con agua, electricidad y otros servicios básicos. Como bien lo ha señalado Naciones Unidas, "la falta de acceso a la energía no contaminante, asequible y fiable obstaculiza el desarrollo social y económico y constituye un obstáculo importante para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio".[148]

En este capítulo examinaré la normativa constitucional y de rango inferior de los países latinoamericanos para determinar en cuál de ellos se considera a la energía como un derecho humano, fundamental o que sin esa consideración encuentra en otros derechos, como el de la vivienda digna, por ejemplo, una relación que nos permite suponer la existencia de un derecho de acceso a la energía a través de los servicios básicos como electricidad y gas, imprescindibles para que existe aquel, es decir, el derecho a una vivienda digna.

En este sentido nos apoyaremos en la amplitud del concepto de vivienda digna[149] para reforzar nuestra postura en el sentido de que el acceso a la energía debe ser considerado en la categoría de los derechos humanos, habida cuenta de que es una condición imprescindible para que otros derechos humanos sean viables y realizables.

Otra variante jurisprudencial con una fuerte tendencia a extenderse rápidamente tiene que ver con la protección de la salud y el medio ambiente a través de la conexión con la generación de energía no sostenible y contaminante. De este modo se amplía el vínculo entre el acceso de la energía con los derechos humanos cuando su utilización pone en riesgo otros derechos.

148. Véase en este trabajo, el punto 2.3.
149. Para más detalles véase Giovanni Guiglia, El Derecho a la Vivienda en La Carta Social Europea: A Propósito de una Reciente Condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales, *Op. Cit.*

7.2 En el ámbito del Derecho constitucional latinoamericano

Como se destaca en la gráfica 7, Bolivia ocupa la cúspide entre los países que ofrecen un marco de garantía constitucional respecto al acceso a la energía como derecho fundamental. En efecto, en su artículo 20.1 constitucional en el capítulo segundo, sobre los derechos fundamentales, señala que "Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones".

En el resto de las constituciones latinoamericanas no existe una norma de ese estilo. Sin embargo, en la gran mayoría el derecho al acceso a la energía, a la electricidad o al gas, se le asocia a otros derechos humanos, como el derecho a una vida digna, a un ambiente sano, los cuales para su realización requieren necesariamente de energía.

En este grupo estarían los siguientes países: Nicaragua, mejor posicionada debajo de Bolivia, al establecer el derecho al acceso a los servicios básicos, incluyendo la energía, seguida de Ecuador, República Dominicana y Venezuela, que enfatizan que el derecho al ambiente sano, al buen vivir y a la vivienda adecuada y digna constituyen servicios esenciales o básicos. Posteriormente se ubican Argentina, Colombia, Honduras, México y Paraguay[150] con una propuesta más general sobre el derecho a una vivienda digna. En el siguiente grupo se encuentran los países que no hacen mención ni a los servicios públicos, ni a la vivienda adecuada o decorosa, con el cual se asociaría el derecho al acceso a la energía, pero sí a la competencia del Estado para desarrollar viviendas incluso con saneamiento básico. Este sería el caso de Brasil, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Perú y Uruguay, y finalmente se encuentra Chile, en cuya Constitución no se encuentra mención alguna a esos derechos.

Como hemos estado destacando a lo largo de este trabajo, la vivienda, o incluso la vida digna lleva implícito el reconocimiento de los derechos humanos. Tal es el caso de la Constitución chilena, que en su artículo 1, establece que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", y en su artículo 5, reformado en 1989, para conectar a Chile con la dinámica regional y global de reconocimiento de los Tratados sobre Derechos Humanos, establece en su inciso 2º que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y

150. En Paraguay el Ejecutivo promulgó el decreto presidencial Nº 6.474, del 20 de abril de 2011, mediante el cual establece que "la energía eléctrica es un derecho humano y fuente de otros derechos humanos…". Esta consideración ha sido el soporte para que se aprueben importantes subsidios a un sector pobre de la población que no podría acceder al servicio eléctrico sin una reducción considerable del precio.

promover los derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

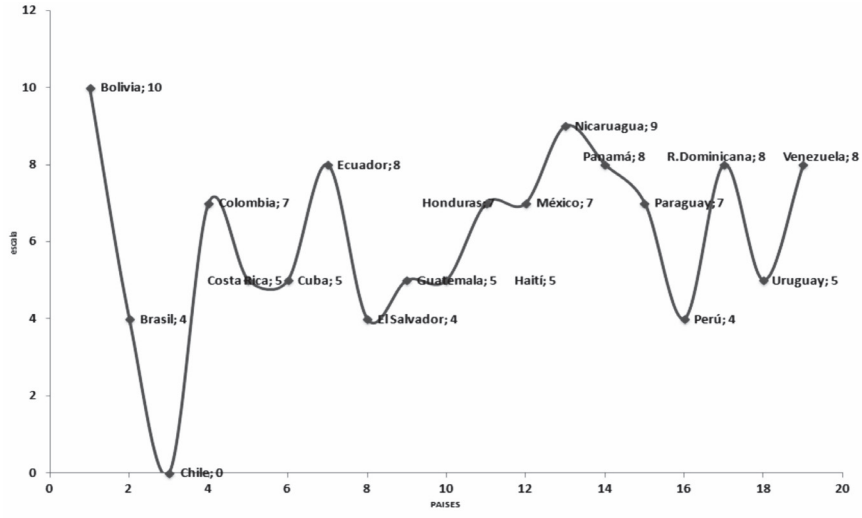
Igualmente la Constitución de Brasil en su artículo 1. apela a la dignidad humana como gran paraguas de protección de los derechos sociales al instituir que "La República Federal del Brasil... se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: 1. la soberanía; 2. la ciudadanía; 3. la dignidad de la persona humana...". Pero además en su artículo 4. señala que "La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los principios: 1. independencia nacional; 2. prevalencia de los derechos humanos...".

La Constitución de El Salvador en su Preámbulo asume como fundamento de la convivencia nacional "el respeto a la dignidad de la persona humana", y en el artículo 144, en referencia a los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, establece que "constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución".

Por su parte, la Constitución del Perú ampara la protección de los derechos sociales que no estén previstos en el listado del capítulo I sobre los derechos fundamentales, "ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre".

En la gráfica 7 observamos dos extremos claramente diferenciados representados por Bolivia y Chile. El primero con una mención directa a la electricidad como un derecho fundamental, y Chile, en cuya Constitución no existe mención alguna. Luego

Gráfica 7 Reconocimiento directo e indirecto del derecho al acceso a la energía en el orden constitucional latinoamericano



se observa un centro fuerte donde el acceso a la energía como un derecho fundamental se vincula o asocia a otros derechos y garantías, como ya lo hemos explicado *supra*.

En la siguiente tabla se puede ver con más detalles la normativa constitucional latinoamericana sobre el acceso a la energía.

Tabla 2 - Constituciones latinoamericanas.
Acceso a la energía, vida digna, vivienda digna y servicios públicos

País	Año	Art.	Contenido
Argentina	1994	14. bis	…La ley establecerá…el acceso a una vivienda digna
Bolivia	2009	19	…derecho a vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria.
		20.1	…derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos… electricidad, gas domiciliario…
Brasil	1988	21	Compete a la Unión: ..directrices para el desarrollo urbano, incluyendo la vivienda, saneamiento básico
		23	..Competencia de la Unión, Estados, de Distrito Federal y Municipios: 9. programas de construcción de viviendas y …saneamiento básico;
Chile	1980		No presenta ninguna norma sobre acceso a la energía o vivienda
Colombia	1991	51	Derecho a: vivienda digna…
Costa Rica	1949	65	... El Estado promoverá la construcción de viviendas populares
		33	... Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.
Cuba	1976	8	El Estado: 1. trabaja por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable
Ecuador	2008	14	..."derecho de la población a vivir en un ambiente sano..."
		30	...acceso a una vivienda para una vida digna (p. discapacidad).
		37.7.	El Estado, en todos sus niveles de gobierno, garantizará el derecho al hábitat y a la vivienda digna...No. 6 "
		66	…derecho a: vida digna....vivienda..
		314	..." El Estado garantizará que los servicios públicos..."
		375	…"derecho a vivienda adecuada y digna…"
El Salvador	1983	119	... declara de interés social la construcción de viviendas.
Guatemala	1993	67	..." el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.
Haití	1987	22	..."El Estado reconoce el derecho de todos los ciudadanos a una vivienda digna, educación, alimentación y seguridad social".
Honduras	1982	178 145	..."Se reconoce a los hondureños el derecho de vivienda digna. El Estado formulara y ejecutara programas de vivienda de interés social. ..."El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas".
México	1917	4	…Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa". ***Párrafo adicionado DOF 07-02-1983.***
Nicaragua	1987	64 105	..."Los nicaragüenses tienen derecho a una vivienda digna, cómoda y segura que garantice la privacidad familiar. El Estado promoverá la realización de este derecho. "...Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía...y ***es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos"***. (Art. reformado en 1995).
Panamá	2004	117 118	..."El Estado establecerá una política nacional de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso". ..."Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo
			adecuado de la vida humana.
Paraguay	1992	100	…derecho a vivienda digna
Perú	1993	3 195	La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, Los gobiernos locales…son competentes para: 8. Desarrollar …en materia de …salud, vivienda, saneamiento, …
República Dominicana	2010	59	"Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales".
Uruguay	1997	45	…derecho a vivienda decorosa
Venezuela	1999	82 127	…Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales..." ..."Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado".

7.3 Criterio de las Cortes Constitucionales de Colombia y Costa Rica

Para la Corte Constitucional colombiana es evidente "la existencia de una estrecha relación entre la posibilidad del goce efectivo del derecho a la dignidad humana y la prestación ininterrumpida del servicio de suministro de energía eléctrica". Así fue establecido en un caso en el que un centro penitenciario sufrió una interrupción del servicio eléctrico. La Corte afirmó que "el centro de reclusión por sus especiales características (lugar de ubicación, empleo de motobombas para la reconducción del agua, empleo de estufas eléctricas, lugares oscuros, etc.) sufre una grave alteración en sus condiciones ordinarias de funcionamiento, lo cual se traduce en una vulneración del derecho a la dignidad humana en el sentido social o funcional…". El Tribunal que había conocido de la causa había concluido: "Del hecho de encontrarse los actores y los demás reclusos sometidos a las referidas condiciones existenciales originadas en la suspensión periódica del suministro de energía eléctrica, deriva una incuestionable vulneración a sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud por conexidad con la vida y a la integridad física".[151]

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justica de Costa Rica ha indicado que "los privados de libertad ubicados en espacios de aislamiento deben contar con una adecuada celda, con sus servicios básicos, hora de sol, atención médica, actividad física, agua potable, luz, servicio sanitario…"[152] . Igualmente ha reiterado la Sala en sentencias anteriores que la Constitución Política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, lo cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente.

151. Sentencia T-881/02. Mediante esta decisión se revoca la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, en el sentido de ordenar a la sociedad Electrocosta S.A. E.S.P. abstenerse en lo sucesivo de realizar cortes o racionamientos de energía eléctrica en la Cárcel Distrital de Cartagena, por tratarse de un bien constitucionalmente protegido en los términos de esta sentencia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm

152. Cfr. Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica, expedientes: 14-006447-0007-CO Sentencia:009132-2014; N° 7139-08. Denegatoria de suministro de agua potable y Electricidad; N° 15058-12. Suspensión del servicio eléctrico a vivienda por un particular de manera arbitraria; N° 6614-11. Servicio de electricidad. Niegan instalación.

7.4 Otras decisiones relevantes: Bélgica, USA, Alemania y Austria

Más allá de las precisiones, imprecisiones o al progresivo desarrollo constitucional y de normas de legislación secundaria, respecto al reconocimiento del acceso a la energía como un derecho humano, directamente o a través de la conexión con otros derechos humanos, algunos tribunales han dado el salto definitivo para abrir una brecha amplia y clara en la cual sea factible la protección del derecho al acceso a la energía, e incluso la protección de otros derechos humanos, cuando la generación y utilización de energía contaminante pone en riesgo el derecho a la salud o el derecho a un ambiente sano.

Hasta ahora, al menos en el ámbito europeo, un tribunal nacional ha abordado esta cuestión invocando el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En 1988, la Cour d'Appel de Bruxelles, al negar la aplicación del artículo 3 del CEDH, referido a que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, consideró que el disfrute de los servicios de electricidad y gas son indispensables para la dignidad humana. La Corte llegó a decir que los poderes públicos tienen el deber positivo de proporcionar gas y servicio de electricidad en el marco de los servicios de bienestar social.[153]

En los Estados Unidos algunos tribunales federales se han expresado en el sentido de que una permanente privación de la electricidad a privados de libertad puede negar una medida mínima civilizada de necesidades vitales.[154]

El Tribunal Constitucional alemán ha reconocido el carácter indispensable de la energía como esencial para el funcionamiento de la economía.[155] Ha dicho que "la energía es vida y que el interés en ella es en general como el interés por el pan de cada día"[156]. Igualmente ha expresado que en el ámbito del derecho administrativo, todos los servicios que presta el municipio son de interés público general. Para el Tribunal Constitucional, el interés general es un logro "para asegurar a los ciudadanos una existencia digna".[157]

La intención de construir una tercera pista en el aeropuerto internacional de Viena, fue anulada por el Tribunal Administrativo Federal de Austria (TAF) (Bundesverwaltungsgericht) en febrero de 2017, debido a que autorizar la nueva pista

153. Aviles, Luis, Electric Energy Service in European Law: A Human Right? n. 19 citing Decision of Feb. 25, 1988, J.L.M.B. 1989, at 1132.
154. Jules Lobel, *Op, Cit.*, p. 20.
155. BVerfGE 30, 292, 323-24.
156. Cfr. BVerfGE 91, 186 [206]).
157. BVerfGE 66, 248, 258.

haría más daño que bien al interés público, principalmente porque sería contrario a las obligaciones nacionales e internacionales de Austria de implantar medidas de mitigación a las causas del cambio climático.

Antes de llegar a su decisión, el tribunal examinó los cambios previstos en el futuro tráfico aéreo, las repercusiones de esos cambios en las emisiones y la medida en que sería posible que el aeropuerto controlara o limitara de otra manera las diversas fuentes de emisiones. También consideró los beneficios económicos de la nueva pista, los efectos adversos del cambio climático en Austria y en el estado federado de Baja Austria y los esfuerzos de Europa para reducir las emisiones en general y del tráfico aéreo en particular.

Concluido el análisis, el tribunal consideró que una tercera pista aumentaría las emisiones anuales de CO_2 de Austria entre 1,79 y 2,02 % para el año 2025, contrariando el objetivo de reducción de emisiones del sector transporte de Austria de 2,25 %. El tribunal también observó que las ganancias a corto plazo en forma de comercio o generación de empleos eran fácilmente compensadas por las probables consecuencias económicas de un clima desestabilizado.[158]

La Sala 13 del Tribunal Administrativo de Stuttgart (TAS) Alemania, dictó el pasado 28 de julio de 2017 una sentencia que prohíbe la circulación de determinados autos diesel en dicha ciudad a partir del 1º de enero de 2018.[159]

La acción fue interpuesta por la Asociación Alemana de Ayuda para el Medio Ambiente, Deutschen Umwelthilfe (DUH), contra el estado de Baden-Wuerttemberg. La DUH exigió al tribunal la prohibición total de circulación de los vehículos diesel en toda la ciudad, incluyendo los que utilizan la categoría Euro 6.[160] El tribunal dejó claro que para todo el año se establecerá la prohibición de circulación de dichos vehículos en la zona ambientalmente protegida de la ciudad.

Finalmente, y teniendo en cuenta la obligación de la República Federal de Alemania de cumplir las normas de protección del medio ambiente prescritas por la Unión, así como la orden de protección para la vida y la salud de los seres humanos que se derivan del artículo 2 (2) de la Ley Fundamental, que aún no ha sido remediado por la Autoridad Reguladora Federal sin una razón material, se prohíbe la circulación del transporte indicado para proteger la salud humana.

158. Bundesverwaltungsgericht, W109 2000179-1/291E, 02-02-2017, p. 115. file:///C:/Users/henryjj/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/291_ERKENNTNIS_2.2.17_ee%20(2).pdf
159. Demanda de la Asociación Alemana de Ayuda al Ambiente e. V. contra el Estado de Baden-Württemberg respecto de la continuación del Plan de Aire Limpio para Stuttgart. 28.07.2017. http://www.vgstuttgart.de.
160. Diesel-Fahrverbote in Stuttgart zulässig, www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psml?nid=jnachr-JUNA170704854&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp

8. Conclusiones y reflexiones

1. Es un hecho incuestionable que la energía, y en particular la electricidad, representa "el centro sobre el cual gira la vida moderna". Con la electricidad, los seres humanos tienen a su disposición una herramienta imprescindible para atender sus necesidades fundamentales. Sin embargo, una quinta parte de la población mundial vive actualmente sin acceso a la electricidad, acarreando las consecuencias que se derivan en cuanto a calidad de vida y a la violación de sus derechos humanos y de su propia dignidad.
2. Comprender el alcance del derecho al acceso de la energía como un derecho humano puede y debe tener un impacto trascendental en la sociedad. Del análisis realizado hemos podido medir esa importancia, y lo dramático de su carencia en momentos de crisis, y particularmente en conflictos armados. Es por ello que invocar el enfoque del Derecho internacional de los Derechos humanos y del Derecho internacional humanitario puede ser de gran utilidad cuando se requiera exigir el cumplimiento de este derecho inexcusable y fundamental para el desarrollo humano, en particular por la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.
3. La discusión sobre la cobertura eléctrica no se ha agotado y continúa como un aspecto muy relevante en la región en virtud de las diversas interpretaciones sobre lo que realmente significa y mide. Si damos como cierto que el porcentaje de cobertura alcanza al 96 % de las viviendas, o lo que es lo mismo, que solo el 4 % de la población no tiene acceso a la energía eléctrica, es decir, entre 25 y 26 millones de habitantes, no podríamos dar una explicación sobre la relación de esta cifra con la que revela que más 80 millones de personas no tienen acceso a la energía moderna. Estas cifras sugieren o que estamos muy bien porque solo el 4% carece del acceso a la energía eléctrica, o que en ese 96 % están incluido familias que a pesar de contar con un punto de conexión, no pueden pagar el servicio, no tienen los equipos para utilizar la electricidad o reciben muy poca cantidad de electricidad, que les obliga a realizar sus labores del modo tradicional, a través de la leña u otros tipos de biomasa. Lo que sí nos queda suficientemente claro es que hay que profundizar en el estudio de campo para establecer con certeza la cantidad de habitantes de la región que aún no disponen de una conexión eléctrica y de un consumo energético que sea capaz de cubrir sus necesidades básicas.
4. El caso de Venezuela demuestra que a pesar de que ese país cuenta con más del 99 % de cobertura eléctrica, sus habitantes no están disfrutando del

servicio. Por el contrario, el consumo se ha reducido en cerca del 40%. Esta privación del acceso a la electricidad demuestra que no es suficiente decir que la cobertura es casi completa o total, cuando se sabe qué cantidad de energía generada no es suficiente para cumplir con la demanda. Entonces hay cobertura pero no acceso.

5. Ha quedado demostrado que ha sido por la vía de la evolución del concepto de desarrollo sostenible que las naciones del mundo, guiadas por la ONU, han comprendido que sin la garantía del acceso a la energía no es posible combatir y erradicar la pobreza. Por otro lado, la inclusión de la energía como uno de los objetivos del desarrollo sostenible despeja el camino para que su importancia siga creciendo, habida cuenta que la realización del resto de los 16 objetivos están indisolublemente unidos a ella. Este reconocimiento permitirá que más pronto que tarde la comunidad internacional eleve el derecho al acceso a la energía a la categoría de derecho humano.
6. El derecho al acceso de la energía y en particular de la energía sostenible, debe comprender el disfrute fiable de una cantidad suficiente para el uso personal y doméstico, sin discriminación, bajo la consideración de un mínimo existencial garantizado por el estado, pues como hemos sostenido, el derecho al acceso de la energía, además de constituir un derecho humano en sí mismo, es condición necesaria para la realización de otros derechos humanos.
7. Los altos consumos de biomasa en el campo necesitan la urgente intervención de las instancias del Estado a fin de reorientar su utilización. Se trata de que su consumo sea sostenible, de modo que su doble afectación, a las personas y al medio ambiente, se logre detener. Si bien es cierto, y así está aceptado, que el consumo residencial de leña no constituye la principal causa de deforestación, no obstante es también cierto que junto a la deforestación derivada de la expansión de la frontera agropecuaria y de la explotación comercial de madera para construcción y otros usos, este fenómeno está causando daños en muchos casos irreversibles, tanto al ser humano como a los suelos y, por ende, al medio ambiente en general.
8. En muchos casos el consumo de leña no permite un adecuado uso del tiempo por el contrario, se convierte en una carga sobre las tareas femeninas, de niños y jóvenes que a la vez afectan de manera negativa el modo en que estos grupos realizan otras actividades, como la educación, el deporte, e incluso el modo como acceden a otras necesidades y servicios básicos, como el aseo personal, la conservación y cocción de alimentos, el uso adecuado del agua etc. En este contexto resulta forzoso concluir que, si no se dispone del acceso adecuado a la energía, difícilmente la calidad de

vida de estos grupos excluidos no solo no mejorará, sino que será prácticamente imposible que formen parte de los Objetivos del Milenio, en los que el factor energía juega un papel fundamental.

9. La relevancia constitucional del acceso a la energía como un derecho humano aún no se ve reflejada en las constituciones de la mayoría de los países; sin embargo, su directa vinculación a otros derechos humanos (vivienda, salud, ambiente sano etc.) le permiten destacar su gran preeminencia, facilitando el camino para su reconocimiento y justiciabilidad como parte de los DESC, proceso que avanza en la jurisprudencia.
10. La relación de los derechos humanos, como la salud y el derecho a un ambiente sano, encuentra en la energía convencional, fósil y no sostenible un escollo. Recientes jurisprudencias en Alemania y Austria así lo demuestran. De modo que es tan perjudicial no disponer de energía para aspirar a una vida digna como disponerla si esta es insostenible y contaminante.

La energía como derecho humano y su ejercicio ante el cambio climático

Víctor Rafael Hernández-Mendible[1]

Sumario

1. Introducción. 2. El desarrollo del marco internacional del Derecho Humano a la energía. 3. El posible contenido del Derecho Humano a la energía. 4. El cambio climático y su incidencia en el Derecho Humano a la energía. 5. Consideraciones finales.

1- Doctor en Derecho. Profesor-investigador del Departamento de Derecho Minero Energético en la Universidad Externado de Colombia, así como profesor del núcleo básico en la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México), y ha sido invitado en la University for Peace, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Venezuela); y miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Red Internacional de Bienes Públicos. www.hernandezmendible.com

Resumen

El reconocimiento de la energía como un derecho humano *in fieri* constituye una doble manifestación del desarrollo que ha alcanzado el tema, por una parte, gracias al carácter enunciativo y progresivo de los derechos humanos, y por la otra, de la relevancia que actualmente tiene el acceso y aprovechamiento de las energías asequibles, seguras, sostenibles y modernas para todos. No obstante, se observa que desde una perspectiva positiva el cambio climático constituye un aliciente para la promoción de I+D+i que permita garantizar el ejercicio del derecho; en tanto desde un punto de vista negativo constituye una amenaza a tal ejercicio, en la medida que afecta las condiciones naturales necesarias para el acceso y disfrute de las energías en los términos antes descritos.

Palabras clave: energía, derechos humanos, cambio climático.

Abstract

The recognition of energy as a Human Right *in fieri* is a double manifestation of the development achieved by the theme, on the one hand, thanks to the enunciatively and progressive nature of Human Rights; and on the other, of the importance that currently have access to and taking advantage, safe, sustainable and modern energy for all. However, it appears that from a positive perspective, climate change is an incentive for promoting R+D+i that will guarantee the exercise of the right; as from a negative point of view, it constitutes a threat to such an exercise, to the extent that affects necessary natural conditions for access and enjoyment of the energies in the terms described above.

Keywords: energy, human rights, climate change.

1. Introducción

La palabra "energía" tiene un empleo polisémico, puede comportar una noción hasta cierto punto abstracta[2], pero entendida de manera simplificada consiste en "la capacidad de un sistema para influir en un entorno"[3], es decir, produciendo un trabajo, realizando una fuerza o poniendo una masa en movimiento, y ha sido considerada como recurso natural[4], como bien económico –objeto de oferta y demanda–, como servicio público[5] y más recientemente se ha gestado la propuesta de considerarla como un derecho humano[6].

Todo ello pone de manifiesto un hecho revelador, la importancia que ha tenido, tiene y tendrá la energía para la pervivencia de los seres vivos, y muy particularmente para el hombre en lo que atiende a la calidad de vida, la alimentación, la salud, el desarrollo humano y el bienestar social[7].

Esto plantea el reto de enfrentar el análisis del tema de manera interdisciplinaria, en el cual están llamados a participar físicos, ingenieros, geólogos, geógrafos, biólogos, ambientalistas, economistas, sociólogos, antropólogos y sin duda los juristas, debiendo estos últimos efectuar el aporte desde la particular área de las ciencias sociales en la que se sitúa el Derecho.

2. Smil, Vaclav, *Energy Beginners Guides,* Oxford, Oneworld, 2006, p. 8.
3. Ventosa Rodríguez, Mariano y Prada y Nogueira, Isaac, *Energía Eléctrica. Manual Básico para juristas,* (Dirs. Agúndez, Miguel Ángel y Martínez-Simancas, Julián), Madrid, Wolters Kluwer-La Ley, 2014, p. 26.
4. Vega de Kuyper, Juan Carlos y Ramírez Morales, Santiago, *Fuentes de Energía, Renovables y no Renovables. Aplicaciones,* México, Marcombo, 2014, pp. 21-22.
5. Jiménez-Guanipa, Henry, *El derecho a la energía en Venezuela (Petróleo, Gas y Electricidad),* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006, pp. 129-136; Araújo-Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Servicio Público*, tomo IV, Caracas, Ediciones Paredes, 2010, pp. 123-153; Brewer-Carías, Allan R., A manera de prólogo sobre "el marco constitucional de los servicios públicos", al libro los Servicios Públicos Domiciliarios, (Dir. Hernández-Mendible, V.R.), *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, FUNEDA y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA), 2012, pp. 22-23; Ugas Martínez, Cira, El régimen de servicio público de energía eléctrica. Aspectos de su transformación, (Dir. Hernández-Mendible, V.R.), *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, FUNEDA y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA), 2012, pp. 105-108.
6. Tully, Stephen, The Human Right to Access Electricity, The Electricity Journal, vol. 19, N° 3, 2006, pp. 30-39, http://EconPapers.repec.org/RePEc:eee:jelect:v:19:y:2006:i:3:p:30-39.
7. González Velasco, Jaime, *Energías Renovables*, Madrid, Ed. Reverté, 2009, p. 2.

Si el tema de la energía se enfoca desde la perspectiva de los derechos humanos, suscita un especial interés, dado que si a finales de la primera mitad en el siglo XX vieron la luz los derechos humanos como hoy se entienden, el siglo XXI está llamado a ser el tiempo de la consolidación de los existentes y del reconocimiento de los emergentes.

Pero hay que señalar desde ya que esta nueva hoja de ruta en materia de derechos humanos no estará exenta de tropiezos y dificultades, en unas ocasiones por actuaciones y omisiones de las propias personas, lo que supone que los derechos humanos nunca se encuentran plenamente garantizados, sino que su reconocimiento y ejercicio pleno constituyen un desafío permanente, un trabajo de estar atentos, vigilantes, exigentes en la conformación y conquista de nuevas y mejores garantías de tal ejercicio.

También en ocasiones las dificultades del ejercicio de los derechos humanos pueden deberse a hechos no imputables directamente a las personas, sino por circunstancias imprevisibles de la naturaleza (un terremoto que afecta las viviendas o que fractura una presa que embalsa el agua o generadora de energía) o moderadamente previsibles, más irracionalmente inesperadas (período de sequía o de lluvias que se prolonga más allá de la temporada) frente a situaciones similares ocurridas en el pasado.

Son algunos de estos casos los que se han observado en tiempos recientes con el cambio climático, que, siendo un fenómeno que ha experimentado el planeta permanentemente, se ha acelerado producto de no haberse cambiado el patrón de desarrollo insostenible que se ha tenido en el último siglo y que ha generado como consecuencia en los países que se encuentran en la línea ecuatorial, especialmente en Latinoamérica, los efectos del fenómeno denominado "El Niño"[8].

Dada la amplitud y complejidad del tema, abordarlo a plenitud excedería los límites de este trabajo, razón por la cual en esta ocasión el desarrollo del mismo se centrará en dos aspectos que se consideran de transcendental importancia para las personas: la energía como derecho humano y el cambio climático como condicionante para su ejercicio.

Se trata de un abordaje de la cuestión desde una perspectiva jurídica-ambiental, pero al recaer el análisis sobre el tema energético y el climático respecto a su incidencia en los derechos humanos, y en concreto en uno en particular, conduce a formular las reflexiones sobre los aspectos filosóficos que involucran a estos últimos.

En tal virtud, en aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, este trabajo se dividirá de la siguiente manera: el desarrollo del marco internacional del Derecho Humano a la energía (II); el posible contenido del Derecho Humano a la energía (III); el cambio climático y su incidencia en el Derecho Humano a la energía (IV); y las consideraciones finales (V).

8. Navarro Rodríguez, Cristina, Voz: El Niño, *Diccionario jurídico de la energía*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 101.

2. El desarrollo del marco internacional del Derecho Humano a la energía

La teoría de los derechos humanos parte de la premisa de la existencia de la persona humana y de la consideración de esta como sujeto titular de un catálogo de derechos que le son inherentes como integrante de la especie humana, con independencia de que sean reconocidos o no por el derecho positivo[9], en declaraciones internacionales o en textos jurídicos nacionales.

De allí que se parte de la idea de que los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional en los tratados, pactos, convenciones o protocolos sobre la materia, así como en los textos jurídicos constitucionales o legales conforme al ordenamiento jurídico de cada país, no crean o establecen tales derechos, sino que se limitan a reconocerlos, partiendo de la hipótesis de que ellos existen con independencia de su proclamación expresa en algún texto jurídico.

Ahora bien, ello no impide que los Estados cumplan con la formalidad de reconocer expresamente los susodichos derechos inherentes a la persona humana, a fin de brindar auténtica certeza jurídica a su preexistencia y establecer a través de las leyes la configuración y los límites que garantizan el ejercicio por los titulares, así como los medios idóneos y necesarios para garantizar su protección por todos los órganos que ejercen el Poder Público, en el marco de una sociedad democrática.

Conforme a esto, uno de los asuntos que genera mayor preocupación a los operadores jurídicos consiste en reconocer la preexistencia de los derechos humanos, en el entendido que estos se caracterizan por ser irrenunciables, indivisibles, interdependientes, universales e inspirados en el principio de progresividad[10].

Todo lo anterior lleva a preguntarse ¿si es posible considerar a la energía como un derecho humano? Sin duda, la respuesta puede derivar distintas consecuencias tanto para los potenciales titulares como para las autoridades públicas, en el contexto del modelo de Estado de garantía de prestaciones.

Para tratar de brindar una respuesta a esta pregunta se seguirán las pistas existentes en los instrumentos internacionales, que tienen relevancia a efectos de determinar si la energía puede considerarse un derecho humano expresamente reconocido o un derecho *in fieri*, es decir, en desarrollo para su reconocimiento.

9. Artículo 29.c) y 29.d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
10. Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En tal sentido, ateniendo a la evolución de los tratados, pactos, protocolos y convenciones sobre derechos humanos, se debe comenzar analizando lo establecido en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que expresa lo siguiente:

> *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

En 1948, a escasos 3 años de finalizada la última Gran Guerra Mundial, el derecho al nivel de vida adecuado que asegurase contar con una vivienda resultaba evidentemente distinto del concepto que se puede tener en la segunda década del siglo XXI, donde resulta inconcebible la calidad de vida adecuada sin una vivienda que cuente con las prestaciones básicas de agua potable y saneamiento, telefonía básica, gas doméstico y electricidad.

Es por ello que quienes interpretan actualmente que la energía constituye un derecho humano reconocido implícitamente en esta declaración hacen una inferencia que luce racional y lógica[11], pero que no se puede negar que se presta a especulaciones respecto a su efectiva existencia, al no estar mencionada directamente en la formulación de este artículo.

Esto no constituye óbice para que, a partir de esta primera pista, se pueda seguir la pesquisa, y es así como se encuentra el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, en el cual se señala:

> *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.*

Con 18 años de diferencia, se puede apreciar que la redacción de este instrumento internacional guarda cierta identidad con su antecesor, por lo que

11. Tully, Stephen, The Human Right to Access Electricity, The Electricity Journal, vol. 19, N° 3, 2006, pp. 30-39, http://EconPapers.repec.org/RePEc:eee:jelect:v:19:y:2006:i:3:p:30-39.

cabe formularle similares consideraciones a la redacción de este texto, a pesar del tiempo transcurrido.

No obstante, se aprecia una mayor precisión en la redacción del artículo 14.2.h) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, en el cual se expresa:

> *2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:*
>
> *h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.*

Luego de 13 años se ratifica el derecho de la mujer que habita en zonas rurales –lo que parece dar por sentado que este derecho ya lo disfrutaba la mujer en zonas urbanas y también el hombre que vive en la zonas rurales y urbanas– a disfrutar de condiciones de vida adecuadas, que concretamente le garanticen tanto una vivienda como el acceso a la electricidad.

Esta declaración contiene un avance importante, pues si bien no se refiere al derecho a disfrutar de todas las energías, al menos circunscribe el reconocimiento –más allá de lo que se había dicho hasta ese momento– al derecho a la electricidad en la zona rural donde habita la mujer.

Posteriormente, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, de 17 de noviembre de 1988, expresa:

> *Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.*

Luego de 9 años se produce esta declaración que tiene una relevancia escasamente analizada, pero se debe mencionar que es la primera oportunidad en que un texto jurídico internacional sobre derechos humanos reconoce que los "servicios públicos básicos" tienen la naturaleza de un derecho humano.

No deja de ser significativa la declaración, pues los servicios públicos ya habían sido mencionados 40 años antes en el artículo XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 30 de abril de 1948, en los siguientes términos:

> *Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley, para el sostenimiento de los servicios públicos.*

Es así que dos instrumentos internacionales americanos con cuatro décadas de diferencia señalan que las personas tienen el deber de pagar impuestos –ello basado en el principio de igualdad ante las cargas públicas– y contribuir así a sostener la prestación de los servicios públicos –que en la concepción de la época constituían una actividad de prestación del Estado ordinariamente en régimen de monopolio–, y además se reconoce que al menos los servicios públicos que se califican de "básicos" constituyen un derecho humano.

Esto evidentemente plantea la necesidad de determinar dos temas adicionales: El primero, ¿cuáles son los servicios públicos que merecen el calificativo de "básicos"? La respuesta es mutable en cada época, pues depende de lo que constituyan las necesidades esenciales de las personas para llevar una vida digna en el momento que les toca vivir. Es así como las necesidades esenciales de comienzos del siglo XX no comprendían la telefonía, que hoy se considera básica, o la energía; mientras que cien años después nadie concibe una vida digna si no satisface las necesidades surgidas del desarrollo científico y tecnológico. Es así como se podrían valorar como servicios públicos básicos aquellos que son adecuados para garantizar las condiciones de vida digna de las personas, como el agua potable y el saneamiento, la telefonía básica, el gas doméstico y la electricidad. Si esa fuese la respuesta, entonces habría que señalar que serían estos los que deben ser considerados como derechos humanos, quedando excluidos otros servicios públicos.

De ser esto correcto, entonces se tendría que la energía –provenga esta del gas doméstico o de la electricidad– implícitamente constituye un derecho humano reconocido al menos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El segundo, ¿constituyendo un derecho humano la energía, ¿su disfrute debería ser gratuito u oneroso? Este asunto ha sido objeto de intensa polémica con respecto a otros derechos humanos, que también involucran la prestación de servicios públicos directamente por el Estado o por los particulares, conforme al respectivo ordenamiento jurídico.

La respuesta dada por la propia comunidad internacional reconoce que el disfrute de los derechos humanos que requieren una actuación de prestación pública o privada no son gratuitos, sino que tienen un costo, y por tanto, siendo oneroso su disfrute, alguien deberá pagar por ellos, sean los propios titulares del derecho cuando lo ejercitan mediante el pago directo de una contraprestación (tasa o precio, según el caso), sean todas las personas que en función de la solidaridad y la corresponsabilidad en la satisfacción de las necesidades colectivas contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos o sean terceros que en función de subsidios, ayudas o becas asumen la financiación de quienes ejercen determinados derechos humanos.

Como ejemplo de lo dicho se pueden mencionar a título enunciativo los derechos humanos a la educación, la salud o al agua potable y el saneamiento, en los que el

Estado tiene el deber de garantizar las condiciones y remover los obstáculos materiales para su ejercicio, así como el establecimiento de los mecanismos de financiamiento que permitan disponer de los medios de accesibilidad física y asequibilidad económica para que todas las personas puedan satisfacer sus necesidades básicas.

Luego de 19 años de aquella declaración sobre los "servicios públicos básicos" como derechos humanos, en el marco de Foro Mundial de las Culturas, realizado en Monterrey (México), los asistentes proclamaron la Carta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, el 4 de noviembre de 2007, en cuyo artículo 1.1 se propone lo siguiente:

> *Derecho a la existencia en condiciones de dignidad. Todos los seres humanos y las comunidades tienen derecho a vivir en condiciones de dignidad.*
>
> *Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:*
>
> *1. El derecho a la seguridad vital, que supone el derecho de todo ser humano y toda comunidad, para su supervivencia, al agua potable y al saneamiento, a disponer de energía y de una alimentación básica adecuada, y a no sufrir situaciones de hambre. Toda persona tiene derecho a un suministro eléctrico continuo y suficiente, y al acceso gratuito a agua potable para satisfacer sus necesidades vitales básicas.*

Se debe señalar que esta constituye una proclamación que no tiene origen en una organización internacional de naturaleza gubernamental, por lo que se trata de una propuesta de la denominada sociedad civil internacional o global[12].

Es interesante mencionar que la propuesta expresamente pretende el reconocimiento del derecho humano a disponer de energía –en general–, así como el derecho al suministro eléctrico continuo y suficiente –en concreto–. En caso de asumirse esta declaración por algunas de las instituciones internacionales que tienen competencia en materia de Derechos Humanos, se acabaría la duda –más allá del expreso reconocimiento en el caso de la mujer que habita en zona rural e implícito reconocimiento para la mujer que habita en zona urbana y los hombres que habitan en zonas rurales y urbanas– sobre si la energía constituye un derecho humano y la electricidad, en concreto, puede ser considerada como tal.

No obstante que esta propuesta no ha sido asumida formal y expresamente por alguna organización internacional competente en materia de derechos humanos, no puede soslayarse que la Organización de las Naciones Unidas recientemente ha efectuado importantes declaraciones que brindan nuevas pistas en la investigación que se está realizando.

12. http://www.iei.uchile.cl/investigacion/lineas-de-investigacion/58619/sociedad-civil-internacional

Una se produjo en el primer Foro anual de la Energía Sostenible para Todos, que sirvió de escenario para el lanzamiento de la *Década de la Energía Sostenible para todos 2014-2024*, según lo declarado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Este evento tuvo lugar, entre el 4 y el 6 de junio de 2014 y a él asistieron alrededor de 1 000 participantes en representación de gobiernos, organizaciones internacionales, empresas y sociedad civil. Los tres objetivos que se establecieron en este decenio son los siguientes[13]:

1. Asegurar el acceso universal a las modernas fuentes de energía;
2. Duplicar el porcentaje global de la mejora de la eficiencia energética;
3. Aumentar la cuota de energías renovables en la matriz energética mundial.

De estos objetivos interesa destacar el primero, pues si los Estados tienen la obligación de procurar todas las condiciones para asegurar el acceso universal a las modernas fuentes de energía, entonces las personas, como titulares de ese derecho de acceso, pueden exigirlo a los prestadores, conforme al desarrollo que se tenga en cada país.

La importancia que tiene esta inferencia consiste en reconocer que la Organización de las Naciones Unidas apunta hacia el reconocimiento del derecho de acceso universal a las fuentes de energía, no obstante lo hace con la suficiente prudencia para no reconocer expresamente que se trata de un derecho humano, aunque como es relativamente fácil advertir –en virtud de la interdependencia de los derechos humanos en el mundo actual–, sin acceso a la energía se pueden ver afectados el ejercicio de algunos de los otros derechos humanos.

La otra es la declaración hecha por la Organización de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, que contiene los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS),[14] y dentro de los 17 objetivos establecidos se debe destacar en esta ocasión el que señala:

> *Objetivo 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.*

Esta declaración comprende una parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la que se ratifican los objetivos de la Década de la Energía Sostenible para Todos, al indicar las siguientes metas[15]:

13. http://www.se4all.org/sites/default/files/l/2014/09/SE4ALL_forum_report_final.pdf
14. http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/
15. http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1

7.1 De aquí a 2030, garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos.

7.2 De aquí a 2030, aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas.

7.3 De aquí a 2030, duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética.

7.a. De aquí a 2030, aumentar la cooperación internacional para facilitar el acceso a la investigación y la tecnología relativa a la energía limpia, incluidas las fuentes renovables, la eficiencia energética y las tecnologías avanzadas y menos contaminantes de combustibles fósiles, y promover la inversión en infraestructura energética y tecnologías limpias.

7.b. De aquí a 2030, ampliar la infraestructura y mejorar la tecnología para prestar servicios energéticos modernos y sostenibles para todos en los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, en consonancia con sus respectivos programas de apoyo.

Como no podía ser de otra manera, dada la corta distancia de tiempo entre la declaración de 2014 y esta, lo que hace la Organización de las Naciones Unidas es recoger los objetivos iniciales presentados para una década e incorporarlos como metas por cumplir durante tres lustros.

En consecuencia, el Objetivo del Desarrollo Sostenible, expresamente relacionado con la energía, se orienta a garantizar el acceso a la energía para todos, a cuyos fines deben trabajar los Estados, pero no termina de pronunciarse expresamente sobre su naturaleza como derecho humano.

Se debe mencionar que respecto a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, establecidos en el año 2000, se hacía una referencia específica en el objetivo 7, relacionado con la sostenibilidad del ambiente, a la necesidad de proporcionar el acceso a las fuentes de agua potable y los servicios de saneamiento, pero estos no fueron reconocidos formalmente como un derecho humano hasta la declaración efectuada el 28 de julio de 2010, por la Organización de las Naciones Unidas.

Estos antecedentes y la inclusión de la garantía de acceso a la energía, en el Objetivo del Desarrollo Sostenible 7, pueden llevar a pensar que la Organización de las Naciones Unidas se encuentra transitando lentamente el camino del reconocimiento de la energía como un derecho humano, lo que probablemente se produzca antes de 2030.

No se puede dejar de mencionar la propuesta elaborada con el apoyo técnico de la OLADE y aprobada en el pleno del Parlamento Andino, que contiene el

Marco Regulatorio de Desarrollo Energético Sostenible, de 21 de julio de 2015[16], en la que se establece, entre otros elementos que integran el objetivo general, el compromiso de garantizar "que todos los ciudadanos andinos tengan acceso a un suministro energético moderno, limpio, seguro y estable que les permitan facilitar su desarrollo humano" (artículo 3).

Entre los principios rectores del Desarrollo Energético Sostenible se postula el derecho de la población a que el Estado le asegure y garantice de manera general y asequible el acceso universal y equitativo a la energía, reconociendo el acceso a servicios energéticos básicos (electricidad y gas domiciliario) y productos energéticos básicos, bajo los principios de calidad y continuidad, en atención a su impacto positivo en el índice de desarrollo humano (artículos 6.d, 8.a y 8.b).

Como complemento a lo anterior se plantea que los Estados miembros del Parlamento Andino, con sujeción al ordenamiento jurídico, puedan implementar las acciones –políticas, planes, estrategias– destinadas a la eliminación gradual de la pobreza energética y que permitan garantizar el acceso universal y equitativo al suministro energético a tarifas asequibles y servicios confiables para toda la población; así como el perfeccionamiento y ampliación de programas de acceso energético con carácter preferencial a sectores vulnerables de la población, de ser necesario, mediante sistemas de subsidios focalizados (artículo 11.c).

Este texto propuesto como modelo para los Países Andinos –que también podría serlo, con modificaciones, para todos los países del continente– comienza reconociendo el derecho de los ciudadanos andinos al acceso a un suministro energético moderno, limpio, seguro y estable (reconocimiento a un derecho individual), pero además reconoce el derecho de la población –entiéndase conjunto de personas que ocupan un espacio físico determinado–, (reconocimiento a un derecho colectivo) a disfrutar de acceso a servicios energéticos básicos –electricidad y gas domiciliario– según los criterios de universalidad, asequibilidad, calidad y continuidad.

No obstante, cabe señalar que en esta propuesta formulada por uno de los órganos de la Comunidad Andina este no se pronuncia sobre el reconocimiento del derecho a la energía como de derecho humano, lo que evidencia una notable prudencia del Parlamento Andino, evitando incurrir en un exceso al sugerir a través de una mera pauta comunitaria[17] un reconocimiento que iría más allá de su ámbito de competencia.

16. Gaceta Oficial del Parlamento Andino año 12, N° 7, agosto de 2015. Decisión N° 1347, de 21 de julio de 2015, Marco regulatorio de Desarrollo Energético Sostenible. http://www.parlamentoandino.org/banners/pdf/proyectoenergetico.pdf
17. Se señala que se trata de una pauta, pues la decisión del Parlamento Andino no integra el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (artículo 1), así como tampoco es obligatoria (artículo 2), no es de

Esta primera aproximación al tema de la energía como derecho humano permite advertir que no se encuentra definida la posición de la comunidad internacional de efectuar tal reconocimiento expreso de este nuevo derecho humano, pues aunque se han hecho acercamientos para su inclusión como tal, se ha impuesto la cautela, quizás por el hecho de que no todos los países integrantes de la comunidad internacional cuentan con los medios idóneos y eficaces para garantizar su ejercicio a todas las personas y efectuar un reconocimiento de tal naturaleza en las actuales circunstancias, en que no se ha desterrado la pobreza energética, supone el riesgo de efectuar una declaración hueca, vacía de contenido material, hasta cierto punto discriminatoria, contraria al espíritu de universalidad que nutre a los derechos humanos, y por tanto, lesiva de las aspiraciones reales de muchas personas a disfrutar de un derecho que contribuya a garantizarles una vida digna.

3. El posible contenido del Derecho Humano a la energía

El estudio de los derechos humanos a partir de 1948 tiene particular relevancia en los países del mundo occidental, e inspirado en los principios de progresividad, irrenunciabilidad e interdependencia se ha ido construyendo un catálogo cada vez más amplio de tales derechos.

Es el caso que durante la última década del siglo XX y la primera década del XXI, se había estado discutiendo sobre el reconocimiento internacional de la energía como derecho humano y aunque existían instrumentos que insinuaban o anunciaban este posible reconocimiento[18], no se ha producido tal declaración expresa de una entidad gubernamental internacional.

Asumiendo una interpretación *pro homine*, en el sentido de que los derechos humanos no requieren para su existencia el reconocimiento expreso y formal de la comunidad internacional, como lo admiten los tratados, pactos, protocolos y convenciones en la materia, al expresar que los derechos enunciados en sus propios textos

aplicación directa (artículo 3), ni está amparada por la obligación de los países miembros de adoptar las medidas para asegurar su cumplimiento (artículo 4), conforme a todas las disposiciones contempladas en el Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, de 28 de mayo de 1996.

18. Artículo 12.1 de la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad. Al respecto, véase Hernández-Mendible, Víctor R., El derecho a la ciudad sostenible, *Revista Tachirense de Derecho,* Nº 19, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2008, pp. 123-142.

o en cualquier instrumento sobre derechos humanos no debe entenderse, interpretarse o aplicarse en negación o desconocimiento de otros, que siendo igualmente inherentes a la persona humana y a su dignidad, deben ser reconocidos, respetados, protegidos y garantizados por todos los órganos que ejercen el Poder Público, se procederá a realizar el ejercicio de asumir que el derecho a la energía actualmente constituye un auténtico Derecho Humano[19], que resulta esencial para el disfrute del derecho a la vida y de los demás derechos humanos y que garantizan el desarrollo humano individual de las personas que integran las generaciones presentes, así como aseguran el potencial desarrollo humano de las generaciones futuras.

Se debe dejar sentando desde ahora que se trata de un derecho humano que no es gratuito, tiene un costo, pues el efectivo disfrute del Derecho Humano a la energía pasa porque las personas realicen una erogación económica, que implica un pago razonable, que sea asequible, pero necesario para sufragar el costo de suministro para el prestador y de garantía de acceso a la energía para las personas.

Otro punto que vale la pena resaltar –aunque parezca obvio– está relacionado con ¿qué tipo de energía se debe considerar como derecho humano?. Como tal se debe entender aquella energía que va a ser utilizada por las personas para la satisfacción de sus necesidades básicas, como la vivienda digna, la conservación refrigerada de medicamentos o alimentos y la cocción de estos últimos, la realización del aprendizaje y los estudios en la casa o en las instituciones educativas, atención a la salud, así como para las comunicaciones personales, entre otros; pero no debe considerarse como derecho humano la energía para otros usos como la producción industrial, la actividad comercial, el funcionamiento de fábricas, la ornamentación de los edificios o ciudades, etc.

En consideración a las anteriores premisas, corresponde tratar de descubrir cuáles son los componentes que pueden identificarse en ese derecho humano a la energía, y tal análisis lleva a observar como elementos esenciales configuradores de este derecho humano los siguientes:

> 1. La obligatoriedad: *El Estado tiene el deber de garantizar que todas las personas tengan la posibilidad de disfrutar de la energía que garantice su calidad de vida y les permita satisfacer sus necesidades energéticas esenciales, lo que implica la existencia de la energía –que exige una serie de presupuestos físico-técnicos para su generación, transmisión, distribución– y el potencial acceso a las infraestructuras, redes y tomas que sean necesarias para el suministro final.*

19. Parente señala que "si se quiere introducir una nueva clase de derecho humano, ésta no puede relacionarse sólo con la energía eléctrica, sino que tiene que afectar a la energía en su sentido más amplio". Parente, Alessio, *Principios de Derecho Europeo de la Energía*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 256.

2. La igualdad: *Como sucede con todos los derechos humanos, el derecho a la energía debe garantizarse a todas las personas en igualdad de oportunidades y condiciones, sin ninguna clase de discriminación, para lo cual se requiere el desarrollo de una política que garantice un acceso equitativo, que permita la superación de la pobreza energética y que garantice la inclusión de las personas que se encuentran en lugares aislados o zonas socialmente deprimidas, de las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, los refugiados, los desplazados, los inmigrantes, las personas con necesidades especiales (discapacitados, personas mayores y enfermos).*

3. La cantidad: *La garantía de disfrute del derecho debe contemplar el suministro suficiente para satisfacer las necesidades humanas diariamente. Ello no impide la existencia de personas o grupos de ella que requieran cantidades adicionales de energía en virtud de circunstancias especiales, como la salud, educación u otras.*

4. La confiabilidad: *El suministro debe garantizarse de manera ininterrumpida o continua, regular, seguro, que permita a las personas tener la confianza y más todavía, la certeza de que van a tener acceso a la energía, en el momento que lo requieran para satisfacer alguna de sus necesidades energéticas.*

5. La calidad: *El derecho humano no solo consiste en tener acceso a una determinada cantidad de energía, sino que esta sea segura, adecuada, de calidad y para uso domiciliario. De allí la importancia que tiene que no se trate simplemente de tener virtualmente energía, incluso en cantidades excedentarias, sino que se tenga acceso a la energía necesaria y con la calidad técnica adecuada, para satisfacer las necesidades básicas de las personas.*

6. La onerosidad: *Aunque existen algunos que guardan la falsa creencia que el disfrute de los derechos humanos no supone ningún costo para las personas, que deben ser gratuitos, no existe nada más ajeno a la realidad. El ejercicio de la mayoría de los derechos humanos supone una inversión de recursos económicos para su disfrute, lo que se plantea es el deber del Estado de realizar las gestiones necesarias para que las personas puedan disfrutar del derecho a un precio económicamente asequible.*

7. La generalidad: *El derecho a la energía debe garantizarse de manera universal, por lo tanto el Estado debe planificar políticas dirigidas a promover la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i) que permitan el establecimiento de las infraestructuras y las redes para realizar la generación, la transmisión, la distribución y el suministro que les dé acceso en cualquier lugar donde se encuentren las personas (áreas geográficas urbanas, no planificadas, rurales, insulares, zonas desérticas o áridas) y que contemplen la ejecución de una política tarifaria justa y equitativa, que garantice tanto la asequibilidad de los usuarios como la cobertura de los costos de prestación en que deben incurrir los operadores y el respectivo beneficio razonable.*

> *8. La selección: El titular del derecho debe tener la libertad de elección de la fuente de energía que quiere le sirva para satisfacer sus necesidades básicas, pudiendo ser esta de origen fósil –aunque en vías de sustitución– o renovable, e incluso un mix, dentro de la matriz energética que existe en cada Estado, pues este no puede garantizar el acceso a una fuente inexistente en una determinada realidad. Esta libertad también se extiende a la posibilidad de cambiar la opción de la fuente inicialmente seleccionada por otra, e incluso a desistir de ejercer el derecho de acceso a cualquiera de las fuentes existentes.*

El reconocimiento de tales elementos del derecho humano a la energía, le impone al Estado el cumplimiento de todas las obligaciones inherentes a la garantía de goce y disfrute de los derechos humanos por las personas, con sujeción a la Constitución[20], mediante el desarrollo normativo, la ejecución de las actividades administrativas correspondientes y el establecimiento de los mecanismos jurisdiccionales de protección que sean necesarios[21].

Si todo lo expuesto se encuentra debidamente desarrollado y funciona sin complicaciones en el ámbito nacional, no habrá mayores inconvenientes en garantizar el Derecho Humano a la energía por los órganos que ejercen el Poder Público en el territorio de cada Estado[22], pues con independencia de quienes sean los suministradores, el responsable de que se respeten los derechos humanos es el Estado; pero si los órganos que ejercen el Poder Público no han cumplido las obligaciones adquiridas internacionalmente a fin de garantizar el ejercicio del derecho humano que se analiza, entonces las personas afectadas deben acudir a las instancias jurisdiccionales nacionales competentes, y estas estarán obligadas a aplicar el *corpus iuris* de la convencionalidad[23] y otorgar la protección efectiva al

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C Nº 30, párr. 51; caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1º de julio de 2011, Serie C N° 227, párr. 140.
21. Parente, Alessio, *Op. cit.,* pp. 273-274.
22. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 61; caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 64; caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras, Fondo, sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 85.
23. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C N° 154, párr. 123; caso "Trabajadores Cesados del Congreso" (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158, párrs. 128 y 129; caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C N° 162, párr. 173; caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C N° 169, párr. 79. 32; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.

Derecho Humano a la energía. Una vez determinada la afectación del titular por la actividad o inactividad imputable directamente a los prestadores e indirecta del Estado como garante –cuando este no es quien suministra la energía–, se deberá ordenar la reparación por el daño que la persona haya experimentado, e igualmente deberán determinarse las responsabilidades personales que procedan[24].

En el supuesto de que esto no se logre en las instancias jurisdiccionales nacionales, entonces el titular del Derecho Humano a la Energía, como cualquier víctima, tendría expedita las instancias de protección internacionales, en las que son denunciables esta violación y de los demás derechos humanos que hayan podido verse afectados por la actividad e inactividad de los prestadores y de los órganos que ejercen el Poder Público en el Estado respectivo, para que sea reconocida tal violación y reparado el derecho[25].

Ahora bien, habiendo enunciado los anteriores elementos que deben ser considerados por el legislador en la configuración y limitación del ejercicio de este derecho humano, corresponde analizar en el próximo subepígrafe, lo relacionado con el cambio climático y su incidencia en el ejercicio del referido derecho humano.

Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C N° 186, párr. 180; caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C N° 209, párr. 339; caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2010, serie C N° 213, párr. 208, nota 307; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C N° 214, párr. 311; caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215, párr. 234; caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216, párr. 219; caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2010, serie C N° 217, párr. 202; caso Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C N° 218: caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C N° 219, párr. 106; caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C N° 220; caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C N° 221, párr. 239.

24. Dell´Agli, Laura, L´accesso all´energia elettrica come diritto umano fondamentale per la dignitá della persona umana, *Rivista Giuridica dell´ambiente,* N° 5, Milano, Giuffré, 2007, p. 720.

25. Parente, Alessio, *Op. Cit.,* p. 260. Es pertinente señalar que compartiendo la solución planteada respecto a la posibilidad de reparación en la instancia jurisdiccional internacional, no se comparte la premisa de la necesidad de reconocimiento expreso y formal en un instrumento internacional de Derechos Humanos, pues como se mencionó al comienzo de este epígrafe, los propios tratados, pactos, protocolos y convenciones reconocen que la enumeración en ellos contenida, no niega la existencia de otros derechos que siendo inherentes a la persona humana, no estén formal y expresamente reconocidos, pero que exigen iguales garantías de protección.

4. El cambio climático y su incidencia en el Derecho Humano a la energía

Corresponde iniciar mencionando a qué se hace referencia cuando se habla del cambio climático, y en tal sentido cabe señalar que la modificación o variabilidad del clima ha ocurrido a lo largo de la existencia del planeta, como un fenómeno generado por causas naturales (variabilidad de origen natural), aunque ello no ha excluido que se produzca por causas antropogénicas o antrópicas (variabilidad de origen humano).

Sin embargo, ha sido recientemente que la preocupación por el cambio climático ha movido a la comunidad internacional a pronunciarse a través de varios instrumentos, en los cuales se ha fijado posición sobre las actuaciones que se deben desarrollar para enfrentar esta situación que amenaza a las generaciones presentes y a las futuras generaciones.

El primer instrumento jurídico adoptado para orientar las actuaciones que siguen ante el aceleramiento de este fenómeno fue la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en el contexto de la Cumbre de La Tierra, en Río, el 19 de mayo de 1992, en cuyo artículo 1.2 se señala que

> *Por "cambio climático" se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables.*

Esta definición comprende el cambio climático en sus dos vertientes causales: la natural y la antropogénica.

Siendo este el primer instrumento sobre el tema en el que se formulan tanto medidas de mitigación como medidas de adaptación al cambio climático, fue sometido a evaluación en cuanto a su cumplimiento y luego de cinco años fue objeto de un anexo, denominado el Protocolo de Kioto sobre Cambio Climático, de 11 de diciembre de 1997, que estableció como objetivo jurídicamente vinculante reducir la emisión de seis tipos de gases que producen el efecto invernadero para los países desarrollados y se promueve el fomento de los mecanismos de flexibilidad, que esencialmente son aquellos de aplicación conjunta, los de desarrollo limpio y el sistema internacional del comercio de emisiones.

Este anexo sería enmendado con motivo de la Conferencia sobre Cambio Climático de Nairobi, realizada entre el 6 de noviembre y el 17 de noviembre de 2006, conocida como COP XII, en la que se estableció un programa de trabajo.

Posteriormente se enmendó durante la Conferencia sobre Cambio Climático de Doha, realizada entre el 26 de noviembre y el 7 de diciembre de 2012, conocida como COP XVIII, que lleva a reducir las emisiones en un 18 % como mínimo con respecto a los niveles de 1990.

No obstante, el encendido de las alarmas sobre el cambio climático arrojó, en 2015, tres documentos de proyección internacional que no pueden ser soslayados al estudiar el tema:

El primero fue el redactado por el el papa Francisco a través de la encíclica "*Laudato si*: Sobre el cuidado de la casa común", de 24 de mayo de 2015[26].

La encíclica *Alabado Seas* es un documento ecuménico –aunque sin duda de gran importancia para los católicos– que plantea de manera directa reflexiones éticas, filosóficas, económicas, ambientales y sociales que interesan a toda la humanidad, formulando la tesis de la "transición energética" del actual estado de insostenibilidad energética hacia un estado energético sostenible, todo ello con miras a la Conferencia sobre Cambio Climático de París que tendría lugar en diciembre de ese mismo año y a las decisiones que se adoptarían y las acciones posteriores, orientadas a no seguir afectando la vida en el planeta.

Cabe destacar que aunque distintos líderes mundiales hicieron eco de las reflexiones de la encíclica y hicieron una valoración positiva –al igual que sucedió con la mayoría de los medios de comunicación– resulta muy significativo lo expresado por el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas sobre el documento, quien señaló al respecto[27]:

> *Su primera Encíclica enfatiza que el cambio climático es uno de los mayores retos que afronta la humanidad y que es un asunto moral que requiere de un diálogo respetuoso con todas las partes de la sociedad.*

Por su parte, el director ejecutivo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) expresó[28]:

> *Esta Encíclica es una llamada que resuena no solo en los católicos, sino en todos los pueblos de la Tierra. La ciencia y la religión están alineadas en esta materia: Ahora es el momento de actuar.*

26. http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html
27. http://www.lanacion.com.ar/1802893-elogios-mundiales-por-la-enciclica-del-papa-francisco-sobre-medio-ambiente
28. http://www.rtve.es/noticias/20150618/papa-critica-su-enciclica-grandes-empresas-gobernantes-del-deterioro-medioambiental/1163883.shtml

Se trata de un mensaje cuyo contenido es sencillo, claro, muy concreto, de alguna manera angustioso, llamando a sumar voluntades a todos los habitantes del planeta para desarrollar estrategias urgentes que contribuyan a mitigar el cambio climático, siendo sus destinatarios más cualificados los responsables de tomar decisiones con incidencia global, quienes participarían en la conferencia mundial de París, a finales de 2015.

El segundo fue la formulación de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) por la Organización de las Naciones Unidas[29], el 25 septiembre de 2015, entre los que se incluyó el siguiente:

Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

Hay que señalar que este objetivo tiene una notable interdependencia con el Objetivo 7, antes analizado, que se orienta a "Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos", teniendo presente el siguiente diagnóstico[30]:

1. Una de cada cinco personas todavía no tiene acceso a la electricidad moderna.
2. Tres mil millones de personas dependen de la biomasa tradicional, como la madera y los residuos de plantas y animales, para cocinar y para la calefacción.
3. La energía es el principal contribuyente al cambio climático, y representa alrededor del 60 % del total de emisiones de gases de efecto invernadero a nivel mundial.
4. Reducir las emisiones de carbono de la energía es un objetivo a largo plazo relacionado con el clima.

Siendo el consumo convencional de energía –primordialmente de fuentes fósiles– uno de los principales causantes de las emisiones que producen los gases de efecto invernadero, la interrelación entre el objetivo de garantizar la energía sostenible para todos y el objetivo de la necesidad de adopción de medidas urgentes para reducir las emisiones de carbono que inciden en el cambio climático hace impretermitible su abordaje conjunto, a fin de garantizar el Desarrollo Sostenible para las futuras generaciones.

Por ello, la Organización de las Naciones Unidas se ha apoyado en la importante información científica que ha recopilado el Grupo intergubernamental de expertos sobre el cambio climático, que se resume en los siguientes datos y cifras[31]:

29. http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/
30. http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy/
31. http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/

1. Entre 1880 y 2012 la temperatura media en el mundo aumentó 0,85 grados Celsius, lo cual se traduce en que cada grado de aumento de la temperatura implica la reducción del 5 % de la producción de cereales. Esto ha supuesto una reducción significativa en la producción de maíz, trigo y otros cultivos importantes en un período de 21 años, entre 1981 y 2002, se redujeron en 40 megatoneladas anuales en el mundo producto del aumento de la temperatura.

2. Entre 1901 y 2010, el nivel medio del mar en el mundo aumentó 19 centímetros, pues los océanos se expandieron debido al calentamiento y al deshielo. La extensión del hielo marino del Ártico se ha reducido en los últimos seis lustros a partir de 1979, con una pérdida de hielo de 1,07 millones de kilómetros cuadrados en cada decenio.

3. Debido a de la concentración e ininterrumpida emisión de gases de efecto invernadero han aumentado las probabilidades de que a finales del siglo XXI el incremento de la temperatura en el mundo supere 1,5 grados Celsius en comparación con el período transcurrido entre 1850 y 1990, según la casi totalidad de los escenarios analizados.

Por tanto, el calentamiento de los océanos seguirá y el deshielo continuará, con el considerable aumento de la media del nivel del mar entre 24 y 30 centímetros para 2065, que se podría elevar entre 40 y 63 centímetros para 2100.

Lo anterior se traduce en que, aun deteniéndose las emisiones de gases de efectos invernadero, las consecuencias sobre el cambio climático persistirán durante varios siglos.

Por ello se plantea que en caso de adoptarse una extensa e intensa medida en el plano tecnológico y de cambios en el comportamiento humano, todavía resultaría posible detener el aumento de la temperatura media en el mundo en 2 grados Celsius por encima de los niveles preindustriales.

Al asumir las grandes reformas institucionales y las tecnológicas, se dispondrá de una mayor oportunidad, para que el calentamiento del planeta no supere este umbral.

La necesidad de reformas urgentes impone la asunción de una gestión integral del cambio climático, en la que todos están llamados a participar y nadie puede ser indiferente, pues se trata de una responsabilidad de los Estados en sus distintos niveles de organización, pero también de cada una de las personas como habitantes del planeta y afectados directos del fenómeno climático, es decir es intergubernamental e intersectorial y supone una gestión que no es de medios, sino de resultados, pues de lo contrario no se logrará reducir la emisión de los gases de efecto invernadero, ni la adaptación a las consecuencias negativas del cambio climático, lo que se podría traducir en la imposibilidad de alcanzar este Objetivo del Desarrollo Sostenible.

Toda esta información sirve de insumo para el tercero de los documentos, adoptado con motivo de la Conferencia sobre Cambio Climático de París, realizada entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2015[32], conocida como COP XXI y que fue firmado en la ciudad de Nueva York el 22 de abril de 2016, que llevó a que las partes conviniesen un acuerdo mundial en materia de cambio climático –denominado Acuerdo de París–, que contiene un plan de actuación para limitar el calentamiento global por debajo de 2 º Celsius.

Este Acuerdo se orienta a la aplicación de la Convención y tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, lo que lleva a formular en su artículo 2.1 los siguientes objetivos:

a) Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 º C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 º C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático.

b) Aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, de un modo que no comprometa la producción de alimentos.

c) Situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero.

Sin dedicarse a teorizar sobre las implicaciones del cambio climático o de la aplicación de la Convención y del plan de acciones establecido en el Acuerdo de París, pues esto ha sido hecho con total propiedad por auténticos científicos y expertos en el tema –y no por simples militantes en grupos antisistema-, lo que interesa analizar es la incidencia que la mencionada variación climática tiene en el disfrute efectivo de los derechos humanos en general y del Derecho Humano a la energía en concreto, que será a lo que se dedicarán las líneas subsiguientes.

Actualmente el cambio climático constituye uno de los problemas y desafíos más importantes a los que se enfrenta la humanidad. Las consecuencias son negativas para la salud, la biota, la agricultura, la ganadería, la pesca, la economía, el agua, la energía, el ambiente, los niveles de los mares y océanos, así como los derechos humanos.

32. http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf

Las personas experimentan directamente estás consecuencias, en la medida que el cambio climático, al incidir en las condiciones de vida digna, afecta el ejercicio de los derechos humanos a la alimentación, a la salud, a una vivienda adecuada, a servicios públicos básicos, al agua potable y el saneamiento, a la energía, entre otros.

En concreto, respecto al disfrute del Derecho Humano a la energía, la variabilidad o modificación del clima puede incidir en su ejercicio de varias formas.

En primer lugar, porque la energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos no es posible de generarse y garantizarse cuando la producción se realiza a través de una fuente hidroeléctrica y por consecuencia del cambio climático se ven afectados los niveles de los embalses, por una alteración prolongada del ciclo hidrológico del agua; si la producción se produce a partir de una fuente solar fotovoltaica, se puede ver disminuida o tornarse no segura por extensos períodos de nubosidad y lluvias; en el caso de la producción que se realiza a partir de una fuente eólica, esta puede verse impactada por la alteración de la presión atmosférica o una alteración de las estaciones climáticas, lo que puede incidir en las masas de aire que producen los vientos; de tratarse de una generación proveniente de una fuente mareomotriz o de las olas (undimotriz), esta podría verse afectada al producirse una alteración de la temperatura entre la superficie y las aguas profundas del mar o de las corrientes marinas; si se genera la energía teniendo como fuente la biomasa, esta podría ser afectada en su producción como consecuencia de la disminución o desaparición de los cultivos energéticos, así como de la escasez de agua producto de las sequías, en períodos que deberían ser de lluvias[33].

En segundo lugar, la situación descrita hace más vulnerables a aquellas personas que se encuentran en condición de pobreza energética, pues al producirse una afectación del Derecho Humano a la energía, quienes se encuentran en mejores condiciones de ingresos económicos pueden buscar soluciones no tradicionales, aunque incluso les pueden resultar más onerosas, como la adquisición o instalación de plantas y equipos de autogeneración; pero quienes dependen del sistema energético instalado en el espacio en que habitan, si incluso reciben algún tipo de ayuda para disfrutar del derecho a la energía y no cuentan con ingresos adicionales, al producirse las consecuencias negativas del cambio climático antes enunciadas experimentarán la imposibilidad de ejercicio del Derecho Humano a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos, quedando excluidos energética y en consecuencia socialmente.

33. Hernández-Mendible, Víctor R., *Hacia una regulación de las energías renovables y la eficiencia energética, Regulación Internacional de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética* (Cop. Luis Ferney Moreno), 5 Colección de Regulación Minera y Energética, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 261-286.

Estos constituyen algunos ejemplos de situaciones que pueden producirse como consecuencias negativas del cambio climático y que puede tener incidencia directa en el ejercicio del Derecho Humano a la energía, ya que al no poder producirse esta y, en consecuencia, garantizarse la disponibilidad a todas las personas, en los términos idóneos para el ejercicio y disfrute de dicho derecho, ello redundará en la calidad de vida y el logro efectivo del desarrollo humano que corresponde a este tiempo.

Lo hasta aquí analizado lleva a considerar que quizás lo único positivo del cambio climático es que se haya constituido en el acicate para acelerar la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i) en el aprovechamiento de las fuentes de energías renovables, cuya expansión es condicionada por el fenómeno atmosférico y este también es la razón para progresar en la implementación de dichas fuentes de energías a la mayor brevedad posible, en la medida que ello contribuirá a mitigar la variabilidad climática.

En conclusión, actualmente el ejercicio del Derecho Humano a la energía, en particular de aquellas energías que utilizan fuentes de origen fósil, constituyen la causa de la producción de los gases de efecto invernadero, principal generador del cambio climático; a su vez, este puede lesionar o condicionar el ejercicio del derecho la energía asequible, segura, sostenible y moderna, pues genera efectos negativos que alteran o afectan las fuentes de energías renovables, comprometiendo la posibilidad de producción y, por ende, del suministro y consiguiente disfrute efectivo del Derecho Humano a la energía.

5. Consideraciones finales

El estudio sobre el Derecho Humano a la energía no puede circunscribirse a un tema teórico, de mera especulación intelectual, sino que poniendo en el centro del mismo a la persona humana, debe servir para garantizarle a esta una mejor calidad de vida y su pleno desarrollo como persona.

De allí que el reconocimiento del Derecho Humano a la energía tendrá relevancia en la medida que se establezcan los instrumentos legales, se ejecuten las actividades administrativas y se implementen los mecanismos jurisdiccionales para garantizar su efectivo ejercicio; pues de lo contrario se trata de una construcción intelectual huera, al reconocer un derecho que no puede ser garantizado y protegido de manera integral.

En teoría, el Derecho Humano a la energía podría inferirse de los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes actualmente, y si se quiere ser más convincente y salvar cualquier duda, se debería producir el reconocimiento expreso por la comunidad internacional; lo que además obligaría directamente a los Estados a expedir las leyes que desarrollen su posibilidad de su ejercicio[34], que en un modelo de Estado garante de prestaciones debe configurarse normativamente orientado a la consecución de objetivos de interés general[35], que no son otros que la energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.

Una vez establecido el marco normativo de rango legal que brinde el soporte al ejercicio del Derecho Humano a la energía, correspondería a los Estados proceder a su ejecución y a través de los entes reguladores creados para aplicar la ley, asegurar sus objetivos y principios, hacer cumplir las obligaciones y el respeto a los derechos de las personas que interactúan como operadores y usuarios en las relaciones jurídicas de que nacen del ejercicio de este derecho humano.

Adicionalmente se deben instrumentar los mecanismos jurisdiccionales, entiéndanse, los órganos jurisdiccionales competentes y los procesos idóneos para tramitar los recursos de manera expedita, que garanticen el ejercicio efectivo del Derecho Humano a la energía y que en aquellos casos en que se constate la afectación del mismo, que dispongan de los poderes necesarios para ordenar las modalidades de restablecimiento y reparación efectiva del derecho.

Vista la formulación teórica anterior, cabe analizar ¿cómo puede aplicarse esta ante el fenómeno del cambio climático y si la misma podría servir para garantizar el Derecho Humano a la energía?

En lo que concierne al régimen normativo, tanto la comunidad internacional a través de las convenciones y los protocolos como los Estados nacionales a través de las respectivas leyes han ido expidiendo normas orientadas a mitigar el cambio climático e incluso les han atribuido a las autoridades administrativas nacionales las competencias pertinentes para velar por que la variabilidad del clima produzca la menor cantidad de efectos negativos que puedan repercutir en la calidad de vida de las personas.

34. Corte Interamericana de Derechos Humanos, La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6, párr. 21.
35. Hernández-Mendible, Víctor R., La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones, *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz.* (Coords. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, Francisco J. Villar Rojas), Madrid, La Ley, 2011, pp. 1159-1177.

Más complicado es el asunto cuando se trata de la protección jurisdiccional del Derecho Humano a la energía frente al cambio climático, pues la alteración prolongada del ciclo hidrológico del agua, la extensión de los períodos de lluvias, la alteración de la presión atmosférica o de las estaciones climáticas, la modificación de la temperatura entre la superficie y las aguas profundas del mar o de las corrientes marinas, la disminución o desaparición de los cultivos energéticos, así como de la escasez de agua producto de las sequías en períodos que deberían ser de lluvias, son situaciones que afectan el Derecho Humano a la energía y que pudiendo ser judicializadas, el proceso y los recursos que existen o se establezcan no serían medios idóneos para garantizar el restablecimiento del derecho, pues ninguna orden judicial es realmente efectiva para modificar el ciclo hidrológico del agua, ordenar que llueva, que cese la sequía, que se nivele la presión atmosférica o cualquier otra medida similar que contrarreste el cambio climático y de esa manera asegurar que se realice la inmediata producción de energía que permita el ejercicio del derecho humano. A lo sumo, el mandamiento judicial podría ordenar a las autoridades públicas competentes que diseñen y adopten las políticas, medidas o actuaciones adecuadas y eficaces para mitigar las consecuencias negativas de la variabilidad del clima, y de no haber actuado diligentemente, ordenar la reparación a las víctimas de la lesión del derecho humano.

En razón de lo anterior es posible advertir que el mayor reto que se tiene por delante, no consiste en reconocer el Derecho Humano a la energía, sino que se pueda garantizar su efectivo ejercicio, en especial para las personas más vulnerables a la incidencia del cambio climático, que al no contar con la posibilidad real de disfrutar del derecho por encima del umbral de pobreza energética, se verán afectadas igualmente en el ejercicio de otros derechos humanos y de lograr las condiciones idóneas y necesarias para tener una vida con calidad y alcanzar el desarrollo humano correspondiente a la época en que viven.

Energía y ambiente sano en la dignificación de la vida humana: Una tensión latente

Luz Elena Agudelo Sánchez[1]
Gretty del Carmen Pavlovich Jiménez[2]

Sumario

1. La energía como servicio o derecho: una necesaria postura conceptual. 2. La generación de energía y su impacto en el ambiente 3. Aspectos críticos de la relación entre energía y ambiente sano en la dignificación de la vida humana. 4. Conclusiones.

1. Doctorado por Universidad Libre (Bogotá). Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre (Bogotá). Procuradora Judicial, Ambiental y Agraria de Pereira.
2. Especialista en Derecho Público y en Ciencia Política. Con estudios en maestría en Derecho. Profesora catedrática del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte. gpavlovich@uninorte.edu.co

Resumen

El tema objeto escrito plantea la necesidad de una clara postura conceptual en torno a la energía como derecho o servicio, en la medida en que estas connotaciones no están exentas de debate cuando los mismos se abordan desde la perspectiva de la dignidad humana, entendida esta como el núcleo esencial de protección de los derechos humanos. Por su parte, la generación de energía para efectos de satisfacer necesidades básicas de las personas se constituye en un presupuesto para la vida en condiciones de calidad. Al mismo tiempo, esta produce impactos significativos en el ambiente que pueden, a su vez, afectar la calidad de vida de las poblaciones. De conformidad con lo anterior, la relación entre energía y ambiente sano remite a aspectos críticos que inciden en la dignificación de la vida humana. Este capítulo no pretende abordar de manera exhaustiva las diversas aristas que el tema sugiere, sino ofrecer aportes jurídicos para el debate desde la teóretica y normativa de los derechos humanos y la protección del ambiente sano en Colombia.

Palabras clave: energía, ambiente, dignidad humana, derechos humanos, vida digna.

Abstract

The main target of this text consider the need for a clear conceptual stance on energy as right or as service given by an utility, in the extent that these connotations are not exempt from discussion, when these connotations are approached from the perspective of human dignity, this understood as the core of protection for human rights. In the other hand, the generation of energy to satisfy or meeting basic needs of people, it constitutes a budget for life quality conditions. At the same time, it produces significant impacts on the environment that can affect the quality of life of populations. In conformity with the above, the relationship between energy and healthy environment goes into critical issues affecting the dignity of human life. This chapter is not intended to comprehensively address the various facets that this topic suggests, but it offers legal contributions to the debate from the theoretical point of view and regulations of Human Rights and Healthy Environment Protection in Colombia.

Keywords: energy, environment, human dignity, human rights, decent life.

1. La energía como servicio o derecho: una necesaria postura conceptual

La energía resulta imprescindible en la vida de las personas por su relación con el disfrute de derechos y servicios como el acceso a la información, la comunicación, la participación, la educación, la salud física y mental, el transporte, la seguridad, la iluminación, la calefacción, la refrigeración y el disfrute del tiempo libre, entre otros. Del mismo modo, la energía disponible y accesible contribuye a reducir la pobreza y la degradación ambiental.

Según el informe sobre los recursos hídricos en el mundo, publicado por las Naciones Unidas: "Agua para todos, agua para la vida" (ONU, 2002), utilizar la energía para cubrir las necesidades del desarrollo es un desafío y considera su importancia en la reducción de la pobreza en muchas formas, siendo necesaria para la subsistencia de las pequeñas empresas, la ampliación de la jornada laboral, la iluminación para estudiar y hacer negocios, realizar actividades industriales y bombear agua con fines domésticos y agrícolas.

Así, la misma organización internacional ha señalado que en la actualidad 1300 millones de personas carecen de acceso a la electricidad en el mundo. De los cuales, unos 34 millones viven en América Latina y el Caribe, lo que supone el 5 % del total de su población y que la región depende hoy en un 75 % de fuentes no renovables[3]. Además, que se prevé un aumento en la demanda energética de más de un tercio para el 2035.

De igual modo, se ha establecido que la excesiva dependencia de la leña, la paja, el carbón o el estiércol para la cocción de alimentos y la calefacción afecta la salud de las mujeres y los niños, generando alrededor del 85 % de las muertes atribuidas al cáncer, infecciones respiratorias y enfermedades pulmonares (UNESCO, 2014).

3. http://www.cepal.org/es/comunicados/acceso-energia-eficiencia-y-fuentes-renovables-claves-para-un-desarrollo-con-igualdad-en

De ahí que mediante la Resolución 65/151 del 20 de diciembre de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el 2012 como el año de la energía sostenible para todos y la década del 2014 al 2024 como la de la Energía Sostenible para todos, en atención a que no se había incluido explícitamente en los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Después de 2015 la energía fue incluida en los Objetivos de Desarrollo Sostenible[4], específicamente en el séptimo objetivo, consistente en garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.

Lo anterior conduce a que existe una clara relación entre la energía y la pobreza, que ha llevado a que se esté abordando la pobreza energética como una línea de investigación en las Ciencias Sociales y como aspecto que, de manera indispensable, debe estar presente en los proceso de planeación y formulación de las políticas públicas.

En un estudio realizado para la Cepal en 2013, con motivo de las Primeras Jornadas de Planificación Económica y Social, se pone de presente la manera como los servicios energéticos resultan indispensables para alcanzar la reducción de la pobreza mundial en 20 países de América Latina, y resalta que el acceso de los pobres a la energía no es un eje prioritario de política pública, a pesar de que los pobres gastan una mayor proporción de sus ingresos en servicios de energía que las clases medias y altas. De ahí la necesidad de establecer un método que permita determinar y diferenciar las necesidades absolutas de energía (NAES), así como los satisfactores y bienes económicos, partiendo de que estas necesidades son absolutas, finitas y clasificables, y son las mismas en todas las culturas y períodos históricos, identificando como NAES la subsistencia, protección, entendimiento, placer y creación. Sin olvidar que existen satisfactores para tomar en cuenta, como: alimentación, trabajo, descanso, cuidado, humor, descanso, tiempo libre, salud física, salud mental, literatura, investigación, juego y creatividad (García, 2014).

La ausencia de una política energética y la deficiente institucionalidad pueden conducir a resultados injustificadamente discriminatorios, lo que exige trasladar la discusión sobre la energía –capturada hasta el momento por aspectos técnicos y económicos– al ámbito de los derechos, sin que ello implique que dichos aspectos se abandonen. El análisis de la energía en clave de derechos humanos es un reto en la medida que no ha sido abordada bajo este paradigma, ya que ha sido tratada como un bien público básico, al igual que el agua y los alimentos (Aristegui, 2011).

4. Objetivo 1: Poner fin a la pobreza. Objetivo 2: Hambre Cero. Objetivo 3: Buena salud. Objetivo 4: Educación de calidad. Objetivo 5: Igualdad de género. Objetivo 6: Agua limpia y saneamiento. Objetivo 7: Energía asequible y sostenible. Objetivo 8: Trabajo decente y crecimiento económico. Objetivo 9: Industria, innovación, infraestructura. Objetivo 10: Reducir inequidades. Objetivo 11: Ciudades y comunidades sostenibles. Objetivo 12: Consumo responsable y producción. Objetivo 13: Acción climática. Objetivo 14: Vida marina. Objetivo 15: Vida en la tierra. Objetivo 16: Paz, justicia e instituciones fuertes. Objetivo 17: Alianzas para los objetivos. Disponibles en: http://www.undp.org/content/undp/es/home/sdgoverview.html

De esta manera, se puede afirmar que la energía en sí misma es un bien, mientras que el acceso a la energía es un derecho que no se ha positivizado explícitamente como un derecho humano; no obstante existen instrumentos internacionales que permiten establecer su conexión con otros derechos (García y Mundó, 2014).

Entre los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se prevé la relación entre el acceso a la energía eléctrica y el derecho a la vivienda digna, establecido en su artículo 11 y desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de la Observación General Nº 4 de 1991. En esta se señala que este derecho incluye la disponibilidad de servicios, como la energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, de tal manera que para que se entienda garantizado el derecho a una vivienda digna y adecuada se debe contar, entre otros, con un suministro de energía eléctrica suficiente, regular, confiable, eficiente, seguro y asequible (Brandbrook y Gardam, 2006).

En Colombia, el mercado eléctrico tiene fundamento en los artículos 365[5] y 370[6] de la Constitución Política de 1991, cuyos mandatos han sido desarrollados, entre otros, por la Ley 143 de 1994, que señala el régimen eléctrico colombiano, a efectos de que se logre la satisfacción de las necesidades de energía eléctrica a la población. Es así como en dicha ley se estipula que el mercado eléctrico se encuentra conformado una serie de actividades, entre las que han definido como servicio público domiciliario el transporte y distribución de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final (residencial, comercial o industrial), incluida su conexión y medición[7]. El resto de

5. Constitución Política, artículo 365: Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.
6. Constitución Política, artículo 370: Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.
7. Al respecto, el artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994 dispone que "Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión."

actividades, aun cuando no dejan de ser un servicio público, no son catalogadas como domiciliarios por la ley[8].

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha señalado la conexidad entre la protección del flujo de energía con derechos como la vida en condiciones dignas, la alimentación o la salud, que se presumen afectados cuando las empresas públicas o privadas de manera coercitiva interrumpen su suministro cuando implique la vulneración o amenazas de vulneración de derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, o cuando la suspensión recae en establecimientos públicos como centros penitenciarios y carcelarios, hospitales o entidades educativas[9], casos en los que ha ordenado la reconexión del servicio, aunque no se ha pronunciado sobre el suministro mínimo, como sí lo hizo con el agua[10].

Sin embargo, la legislación interna establece un *consumo de subsistencia* y un subsidio al porcentaje del mismo, considerando para tal efecto que se trate de uso doméstico, el estrato socioeconómico de la residencia y la altitud con el nivel del mar, para garantizar cantidades mínimas de energía, de conformidad con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994[11], que por mandato de la Ley 632 de 2000 debían ser fijadas por el Ministerio de Minas y Energía, a través de la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME–, tanto para el sector eléctrico como de gas natural. Esto se hizo mediante la Resolución 0355 de 2004, en lo que se determinó que para hogares ubicados debajo de los 1000 metros sobre el nivel del mar, el consumo de subsistencia es de 173 kWh-mes, mientras que si están ubicados en alturas iguales o superiores a 1000 metros sobre el nivel del mar, este sería de 130 kWh-mes.

Lo expuesto implica que a pesar de que el acceso a la energía eléctrica no se encuentra contemplado como un derecho sino como un servicio, la legislación interna

8. El artículo 5º de la Ley 143 de 1994 señala que "Artículo 5.- La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública".
9. Al respecto, se pueden consultar las sentencias C- 587 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-235 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-380 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-018 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
10. Sentencia T 790 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. De acuerdo con el volumen mínimo razonable establecido como parámetro por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual debe oscilar entre cincuenta (50) y cien (100) litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud.
11. Ley 143 de 1994, art. 11: Consumo de subsistencia: se define como consumo de subsistencia, la cantidad mínima de electricidad utilizada en un mes por un usuario típico para satisfacer necesidades básicas que solamente puedan ser satisfechas mediante esta forma de energía final. Para el cálculo del consumo de subsistencia sólo podrá tenerse en cuenta los energéticos sustitutos cuando éstos estén disponibles para ser utilizados por estos usuarios."

ha previsto la obligación de suministrar un mínimo a efectos de satisfacer necesidades domésticas básicas, que se garantiza mediante un plan de subsidios que se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre de 2018, de conformidad con el artículo 76 de la Ley 1739 de 2014[12], que corresponde al 60 % del total de la factura mensual para hogares de estrato I, debiendo pagar el 40 % del valor total de la distribución de la energía.

Igualmente, si la suspensión de la prestación del servicio de energía eléctrica, como medida coercitiva por la falta de pago del usuario, afecta o amenaza derechos fundamentales relacionados con la vivienda digna, la vida en condiciones de dignidad, la alimentación o la salud, de sujetos de protección constitucional especial o en casos de hospitales, centros de reclusión y educativos, procederá su amparo a través de la tutela, que dará lugar a una orden de reconexión del servicio.

Quiere decir lo anterior que a pesar de la evidente relación que existe entre la energía y la satisfacción de necesidades básicas para mejorar las condiciones de vida de las poblaciones, ni en el marco internacional ni en el interno, se ha reconocido como un derecho que deba ser garantizado a todas las personas, por su importancia en el ámbito privado, pero también en el social, si se considera su impacto en la lucha contra la pobreza, por ejemplo.

Por consiguiente, para alcanzar los tan anhelados Objetivos del Desarrollo Sostenible y construir el Estado Social de Derecho plasmado en la Constitución colombiana se debe superar la idea del acceso a la energía como un servicio y se debe proteger como un derecho humano de tercera generación, en estrecha relación con los derechos económicos, sociales y culturales –DESC–, en cuanto tributa de manera directa a la dignidad, para así trascender de la igualdad formal a la igualdad material, cimentada en la aplicación de criterios de justicia distributiva.

12. Ley 1739 de 2014, artículo 76. Con los recursos provenientes de la presente ley, se financiarán, durante la vigencia fiscal de 2015, los subsidios de que trata el presente artículo, que fueron prorrogados por el artículo 3° de la Ley 1117 de 2006, prorrogados a su vez por el artículo 1° de la ley 1428 de 2010. La aplicación de subsidios al costo de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y de gas combustible para uso domiciliario distribuido por red de tuberías de los usuarios pertenecientes a los estratos socioeconómicos 1 y 2 a partir del mes de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015, deberá hacerse de tal forma que el incremento tarifario a estos usuarios en relación con sus consumos básicos o de subsistencia corresponda en cada mes como máximo a la variación del Índice de Precios al Consumidor; sin embargo, en ningún caso el porcentaje del subsidio será superior al 60% del costo de la prestación del servicio para el estrato 1 y al 50% de este para el estrato 2. Los porcentajes máximos establecidos en el presente artículo no aplicarán para el servicio de energía eléctrica de las zonas no interconectadas. La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) ajustará la regulación para incorporar lo dispuesto en este artículo. Este subsidio también podrá ser cubierto con recursos de los Fondos de Solidaridad, aportes de la Nación y/o de las entidades territoriales. Parágrafo. En los servicios públicos domiciliarios de energía y gas combustible por red de tuberías, se mantendrá en el régimen establecido en la Ley 142 de 1994 para la aplicación del subsidio del estrato 3.

2. La generación de energía y su impacto en el ambiente

Existen diversas formas de energía y de generarla, todas ellas con impactos en el ambiente, especialmente en los recursos hídricos y sus servicios eco sistémicos. Se estima que el 90 % de la electricidad mundial requiere agua para su producción, y que la demanda de agua mundial, en términos de extracción, aumentará cerca de un 50 % para 2050, en buena parte como consecuencia de la mezcla de energía que se está produciendo en los países cuando se pasa de combustibles fósiles a energías renovables (ONU, 2014b).

El crecimiento económico, los hábitos de consumo y el estilo de vida actual, han determinado el aumento de la demanda de agua dulce y de energía para las próximas décadas, generando gran presión sobre los bienes y servicios ambientales, especialmente para los países sometidos a un rápido crecimiento económico o en donde sus poblaciones carecen del acceso a servicios modernos. De ahí que exista un creciente riesgo de conflicto entre la generación de electricidad, los otros usuarios del agua y los aspectos ambientales (ONU, 2015).

A pesar de que el agua no es la única fuente de energía, tiene aplicaciones principalmente en la producción de electricidad de origen hidráulico y para el enfriamiento de centrales térmicas de energía eléctrica. Del mismo modo, la energía es necesaria para la captación, el tratamiento y el suministro de agua. Es tan clara la relación entre agua y energía, que las mismas personas que carecen de acceso a servicios hídricos y al saneamiento de calidad probablemente tampoco tengan acceso a la electricidad y dependan de combustibles sólidos para la cocción de alimentos o la calefacción en sus hogares (ONU, 2002).

La ONU ha calculado que entre 15 a 18 000 millones de m^3 de recursos de agua dulce son contaminados anualmente por la producción de combustibles fósiles con importantes consecuencias para los ecosistemas y las comunidades que dependen de estos (ONU, 2014b).

Del mismo modo, la excesiva emisión de gases de efecto invernadero –GEI–, principalmente el dióxido de carbono (CO2), causantes del cambio climático que ha significado consecuencias nefastas para el ecosistema por el aumento en las temperaturas medias a nivel planetario, son de origen antropogénico y se generan a partir del uso de las fuentes fósiles de energía: carbón, gas y petróleo (Estenssoro, 2011). A raíz del cambio climático se han presentado intensas sequías, oleadas de calor y escasez de agua con implicaciones en la producción de electricidad, lo que ha significado importantes efectos económicos. De igual forma, la reducción

de la disponibilidad de energía limita el suministro de servicios hídricos, lo cual demuestra la interdependencia entre agua y energía.

El cambio climático, identificado como el principal reto de la política internacional ambiental, ha provocado el desplazamiento de personas de sus tierras hacia lugares desconocidos, generalmente concentrados como las grandes urbes, en donde sus condiciones de vida se convierten en precarias por la imposibilidad de pagar por el suministro de los servicios públicos en general, y de la energía en particular (Valencia, Sarmiento, y Aguirre, 2015), lo que conlleva a una vulneración de sus derechos fundamentales como el de la vivienda digna.

Este fenómeno ha sido abordado por la Comunidad Internacional a partir de la Convención Marco sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas, adoptada en 1992, y los instrumentos que la desarrollan, estableciendo responsabilidades comunes pero diferenciadas entre los Estados partes. Es de anotar que los mayores emisores de GEI son los Estados desarrollados, por lo que deberían ser quienes asuman mayores responsabilidades respecto al cambio climático, en especial si se considera que en las regiones con menor desarrollo, como es el caso de América Latina, el impacto que se produce al ambiente como consecuencia del ciclo energético es menor, aunque significativo, desde el punto de vista de la degradación ambiental (García, 2010).

Frenar el cambio climático impone cambiar el modelo energético y reconocer la deuda ecológica (Urkidi, Bárcena, Lago y Mantxo, 2011).Teniendo en cuenta lo anterior, se hace imprescindible que se genere energía para la satisfacción de las necesidades de la población pero de manera sostenible, es decir, produciendo la menor cantidad de impactos ambientales, para garantizar la perdurabilidad de los bienes y servicios eco sistémicos. Sin embargo, el Plan Energético Nacional Colombia: Ideario Energético 2050 (UPME, 2015), por ejemplo, plantea la necesidad de diversificar la canasta de generación eléctrica a través del uso de carbón limpio, energía renovable no convencional y pequeñas centrales nucleares, sin consideración de los impactos nocivos que estas fuentes de energía pueden llegar a producir; esto claramente pone en evidencia que se privilegia la producción y el consumo sobre la protección del ambiente, desconociendo así los mandatos constitucionales que imponen al Estado la obligación de proteger la riqueza natural y el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano[13].

En este punto debe considerarse que la responsabilidad internacional sobre el deterioro del ambiente solo se le atribuye al Estado como sujeto internacional, sin

13. Constitución Política de Colombia, artículo 79: Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

que se haya hecho extensiva a actores de las relaciones internacionales como las empresas transnacionales –ETN– o empresas multinacionales –EMN–, que en su actividad productiva, sobre todo en el orden industrial, son igualmente responsables del fenómeno aludido y en relación con las cuales los Estados ven disminuido su poder de coerción ante los intereses económicos que representan y los blindajes jurídicos con los que cuentan para sustraerse a las regulaciones de derecho interno y garantizar al máximo la estabilidad y rentabilidad de sus negocios, al punto que una regulación de sus emanaciones de gases al ambiente podría derivar en una controversia jurídica en la que se aduzcan incumplimientos del Estado en los contratos de estabilidad jurídica de su inversión. En estas condiciones, las medidas enderezadas a preservar el ambiente sano pueden resultar precarias.

3. Aspectos críticos de la relación entre energía y ambiente sano en la dignificación de la vida humana

La dignidad humana es el centro de gravitación de los derechos humanos y fundamentales; esto como respuesta a las atrocidades sufridas por la humanidad con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, lo que provocó su constitucionalización en distintas partes del mundo, mediante mecanismos democráticos como asambleas constituyentes, que se crearon con posterioridad a procesos de transformación complejos y violentos que sufrieron diferentes Estados y que determinaron que se profundizara el significado de los derechos fundamentales en los sistemas normativos (Marquardt, 2015). Es preciso advertir que la noción de dignidad humana surge en la Edad Moderna, como aquel valor intrínseco que tiene toda persona, por el solo hecho de serlo, y que se puede apreciar en el buen trato, en la prohibición de penas crueles, degradantes e inhumanas, como algunas de sus manifestaciones. Por otro lado, no se debe desconocer que en su construcción se encuentra estrechamente ligada a la inicial concepción de los derechos humanos como derechos naturales.

En el orden constitucional colombiano, la dignidad humana, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia[14], puede ser entendida

14. Sentencias T-475 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet y T-436 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango.

como objeto de protección en relación con la autonomía personal: "vivir como quiera", con las condiciones materiales de existencia: "vivir bien" y con la intangibilidad de la integridad física y moral: "vivir sin humillaciones". Según la función del enunciado normativo sobre dignidad, ha sido entendida como valor en el sentido de que es la base axiológica o de fundamentación de todos los demás derechos, como principio constitucional que implica un mandato de optimización y también como un derecho fundamental autónomo (Quinche, 2012). Valga acotar que la Sentencia T 406 de 1992[15] enlista dentro de los principios constitucionales, previstos en los artículos 1[16] y 2[17] de la Constitución Política colombiana, el respeto por la dignidad humana. De tal manera que le confiere al mismo fuerza vinculante o normativa. Por consiguiente, el quehacer del Estado y de sus asociados no puede soslayar la obligación de respetar la dignidad, como núcleo esencial de protección de los derechos humanos.

El acceso a la energía, por lo tanto, es condición necesaria para la dignidad humana en relación con las condiciones materiales de existencia, de ahí que se pueda afirmar que sin energía no se puede vivir bien. Con todo, tal como se ha señalado en precedencia, el ciclo energético, esto es, desde su generación hasta su uso, produce importantes impactos ambientales, principalmente en los recursos hídricos, igualmente indispensables para la vida, y por su incidencia en el fenómeno del cambio climático, principal reto que en la actualidad debemos enfrentar y que concierne a toda la humanidad.

El ambiente sano, por su parte, no solo es un derecho colectivo, sino sobre todo un derecho subjetivo, porque tiene como finalidad garantizar unas condiciones de calidad que permitan el desarrollo de la vida de las personas y, claramente, comprende su uso y disfrute (Amaya, 2012). Se trata de un derecho que es inclusive anterior al Estado y que, por lo tanto, este no tiene más que reconocerlo y protegerlo para que las condiciones preexistentes proporcionadas por la naturaleza se mantengan (Jordá, 2001).

En el orden constitucional interno colombiano, la defensa del medio ambiente es entendida como un objetivo principal dentro de la estructura del Estado Social

15. Corte Constitucional colombiana, M.P. Ciro Angarita Barón.
16. Artículo 1: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
17. Artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

de Derecho, hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de generaciones futuras. De esta manera, la Corte Constitucional ha señalado que existe una estrecha relación entre el derecho a un ambiente sano con los derechos a la vida y a la salud; razón por la cual ha sostenido que estas garantías constitucionales no pueden desligarse; de hecho, este debe ser considerado como un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, por cuanto los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos[18].

Por lo anterior, se puede afirmar que la relación entre energía y ambiente sano es negativa, pero además, que afecta claramente la dignidad humana, en la medida en que tanto la carencia de energía como la degradación ambiental para su producción repercuten en la calidad de vida de las personas y afecta otros derechos fundamentales. De ahí que los objetivos de las políticas energéticas y ambientales deban ser complementarios, para que se garantice el abastecimiento y al mismo tiempo se reduzcan los graves impactos ambientales, a partir de estrictos controles y de una cultura de consumo moderado (López, 2012).

Así mismo, no se deben perder de vista las desigualdades socioambientales que existen y se articulan en la relación entre ambiente y energía, comoquiera que ellas se expresan en la carencia de satisfacción de necesidades básicas, que claramente está entroncada con el acceso a la energía, y las afectaciones por la contaminación ambiental local, cuyo origen puede ser el ciclo energético (Scholz, 2014). De ahí que no solo deba garantizarse el abastecimiento ambientalmente responsable, sino también equitativo, de tal manera que todas las personas, independientemente del lugar que habiten, clase, etnia, género o ingresos, puedan satisfacer sus necesidades a partir del uso de la energía y, por lo tanto, dignificar su vida.

Acudir a la dignidad humana, sin embargo, no conlleva una vinculación específica con la concepción liberal de los derechos, en cuanto esta impone la primacía del individuo y desconoce los intereses compartidos, sino que la relación entre energía y ambiente se debe orientar a garantizar el acceso a todos los seres humanos, teniendo en cuenta la escasez y vulnerabilidad de la base física sobre la que se desarrolla (Jaria, 2015).

Al respecto Ferrrajoli (2013) ha señalado la garantía positiva de los DESC, como lo es el derecho de acceso a la energía, que no se entiende como una conquista de la civilización, un producto del progreso político y moral, ni mucho menos como un lujo, sino que es siempre una necesidad vital, no menos que la garantía a la vida misma, que impone sea en condiciones de dignidad.

18. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T 256 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

4. Conclusiones

La positivación de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos de los Estados no solo da cuenta de la expansión de la cultura de los derechos humanos en el mundo occidental sino de los imperativos que los mismos establecen a los Estados y a sus asociados para mantener reglas básicas de convivencia social y condiciones de desarrollo, en torno a las cuales generar vida digna.

La fragilidad de los derechos humanos de tercera generación, como el derecho al ambiente sano, y la ausencia de mecanismos de protección directos para la efectivización de los DESC que se sujetan a la formulación e implementación de políticas públicas, denotan que más allá del discurso sobre estos derechos está su concreción en la realidad de los Estados y en la vida cotidiana de las personas. Es por ello que en garantía de los mismos hay que apelar tanto al orden jurídico interno de los Estados como a las normas y políticas de la Comunidad Internacional.

Existen suficientes fundamentos jurídicos para la definición del acceso a la energía como un derecho económico, social y cultural y, por lo tanto, objeto de protección tanto a nivel internacional como en los distintos ordenamientos internos. Con todo, la garantía de este no puede afectar el disfrute de otro derecho como lo es gozar de un ambiente sano, que ha sido reconocido en el ámbito internacional e interno, inclusive con rango constitucional en varios Estados, pues ambos inciden en la dignificación de las condiciones de existencia de las personas, en atención a que a través de su realización se posibilita el disfrute de otros que tienen el carácter de fundamentales y que permiten el desarrollo individual y social de las personas.

La relación entre energía y ambiente sano resulta compleja, puesto que remite a diversidad de tensiones más allá de las planteadas en el marco de este capítulo, que claramente inciden en las desigualdades actuales y la carencia de una justicia material real, que se pone en evidencia con profusos informes de la más grande organización internacional y que siguen a la espera de ser resueltas positivamente para un número significativo de personas que viven en condiciones de precariedad, frente a las cuales tienen un importante reto la política y el derecho.

Las energías renovables en Alemania: la Transición energética (Energiewende) y el derecho

Johann-Christian Pielow[1]

Sumario

1. La *Energiewende* en letras y cifras. 1.1. Evolución del marco político y jurídico. 1.1.1 El vaivén entorno a la energía atómica. 1.1.2 El fomento de las energías renovables. a) Desarrollo del marco legal. b) Efectos económicos: Luz y sombra. c) Medidas complementarias. 2. Desafíos, algunas soluciones y muchas preguntas abiertas. 2.1. Descentralización y debida coordinación. 2.2. Modernización y ampliación de las redes eléctricas. 2.1.1 La falta de la aceptación ciudadana. 2.1.2 En particular: la nueva planificación de las grandes redes de transporte eléctrico. 2.3. Energía de reserva y el futuro diseño del mercado eléctrico. 3. La reforma de la Ley sobre Energías Renovables de 2014 (EEG 2014). 3.1. Modificaciones principales. 3.2. El contexto europeo. 3.3. El contexto jurídico-constitucional. 4. Conclusiones y perspectivas.

1. Abogado de la Universidad de Münster. Realizó su doctorado y habilitación en derecho en la Universidad de la Ruhr-Bochum (Alemania), donde se desempeña como catedrático de derecho económico y director del Instituto de Minas y de la Energía y miembro del Directorio del Instituto Europeo de Economía. Es conferencista y profesor invitado en diferentes universidades alemanas, europeas y latinoamericanas en derecho de la energía, derecho europeo, derecho administrativo y derecho constitucional, temas sobre los cuales tiene una extensa obra publicada. Igualmente, se desempeña como director de la revista Científica *Recht der Energiewirtschaft* y es iniciador de la Red Internacional de Derecho de la Energía en las universidades de Almería, Boloña, Dundee, Graz, Copenhague, Cracovia, Madrid, Oslo, Praga, Roma y Tilburg.

Resumen

El enorme cambio de rumbo que ha experimentado la política energética alemana a lo largo de los últimos años sigue siendo a la vez un proyecto ambicioso, como un proceso de descubrimiento. El proyecto va acompañado de numerosos y considerables desafíos –tanto en el sentido técnico, económico como jurídico–. Desde una perspectiva 'europea', o bien desde una 'Unión de la energía' *in statu nascendi*, se trata de coordinar en muchos sentidos la 'jugada individual' de la República Federal de Alemania conforme a los principios tanto del mercado interior como del Derecho de la competencia (p. ej. en lo referido a la prohibición de ayudas estatales), así como y en vista de la creciente interconexión de las redes de energía, de la seguridad del suministro energético.

Palabras clave: *Energiewende* en Alemania, política energética, fomento de las energías renovables, Unión (europea) de la energía; redes de energía.

Abstract

The enormous paradigm shifts developed in the German energy policy over the recent years remains both an ambitious project as a process of discovery. In particular, the project of the Energiewende (energy transition) is accompanied by numerous and significant challenges – in technical, economic and legal terms. A 'European' perspective requires, in particular and in view of the emergent "Energy Union", better coordination of the in many ways' solo run' of the Federal Republic of Germany in accordance with the principles of the internal market and its competition rules (eg as regards the general prohibition of state aids) and, given of the crescent interconnection of energy networks, security of energy supply across the Union.

Keywords: Energy transición in Germany, energy policy, promotion of renewable energies, european union energy, energy networks.

1. La *Energiewende* en letras y cifras

El drástico cambio de rumbo que está operando la política del suministro de gas y (más) de electricidad –o, en término ya común e internacionalizado, la *Energiewende*– en la República Federal alemana ha llegado, al menos por el momento, a su tope a consecuencia sobre todo del *tsunami* japonés en marzo de 2011 y del subsiguiente desastre nuclear en el lejano *Fukushima*. Desde entonces, la respectiva programática política que poco después fue implementada, de manera jurídicamente vinculante, en el paquete legislativo del verano de 2011,[2] se caracteriza por dos ejes principales:

Destaca, por un lado, el abandono de la energía nuclear: El Gobierno federal de Angela Merkel ordenó en marzo de 2011, y en vista de la exasperada opinión pública tras el catástrofe en Japón (poco antes de las elecciones en algunos Estados federados y ciertamente de manera atropellada), el cierre *inmediato* de las ocho plantas atómicas más antiguas (*Atommoratorium*) así como el control de seguridad (*stress test*) de las demás centrales nucleares.[3] Como parte integran-

2. Véase, entre otras medidas legislativas que también se van mencionar más adelante, en particular la Ley de revisión de la normativa energética de 26 de julio de 2011 (*Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschrift*en, BGBI, 2011 I, p. 1554). Esta ley "ómnibus" regula en su artículo primero la reforma de la "ley fundamental" del sector de gas y de electricidad en Alemania, es decir: de la Ley sobre la economía energética (*Energiewirtschaftsgesetz*, EnWG). Esta ley (EnWG) se remonta al año 1935 y estuvo vigente, sin mayores modificaciones, hasta su primera reforma en el 1998 con la puesta en marcha de la liberalización del sector. Seguidamente, la EnWG fue objeto de una más amplia enmienda en el año 2005, debida a la transformación de las llamadas directivas europeas "de aceleración" sobre (nuevas) reglas comunes para el mercado interior de gas y de electricidad (directivas 2003/54/CE resp. 2003/55/CE); con esta reforma se implementó el (para el sector energético alemán) novedoso régimen de la regulación de las redes energéticas por una autoridad pública; antes (desde 1998) regía un sistema de mera autorregulación entre los consumidores industriales y las grandes empresas de suministro y sin mayores beneficios para la competencia en el sector. La última gran reforma de la EnWG de julio de 2011 servía para a acelerar la Energiewende y a la vez a la implementación de las más recientes directivas europeas en el tercer paquete legislativo sobre el mercado interior de energía del otoño de 2009 (especialmente las directivas 2009/72/CE –electricidad– y 2009/73/CE –gas). Véase sobre el desarrollo histórico del marco legal Joh-Christian Pielow, Energierecht, en: Ehlers/Fehling/Pünder (eds.), *Bersonderes Verwaltungsrecht*, vol. I: *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3ª ed., 2012, capítulo 22, apartados 33 y ss., con más referencias.
3. Se trataba de las centrales *Biblis A y B, Brunsbüttel, Isar 1, Neckarwestheim 1, Unterweser, Philippsburg 1 y Krümmel.*

te del paquete legislativo del verano 2011, la 13ª revisión de la Ley de Energía Nuclear (*Atomgesetz*) no solo ratificó esta moratoria sino que exige además la sucesiva y definitiva desconexión de las restantes nueve plantas de la red, según un calendario legalmente fijado a partir de 2015 y a más tardar antes del 31 de diciembre de 2022.[4]

El segundo eje constituye, casi como contrapeso al apagón nuclear, la masiva ampliación del uso (y fomento) de las energías renovables: conforme al ambicioso "concepto de energía" (*Energiekonzept 2050*),[5] el Gobierno federal autorizó ya en 2010 –y más allá del hasta ahora y relativamente modesto programa "20-20-20" de la política climática a nivel europeo[6]– un aumento de la aportación de las energías renovables al consumo final bruto de energía de un 18 por ciento hasta 2020, 30 por ciento hasta 2030 y de un 60 % hasta 2050. En cambio, el porcentaje de las energías renovables, especialmente en la producción de electricidad debe aumentar de un 35 por ciento hasta 2020, de un 50 por ciento hasta 2030, 65 % hasta 2040, así como hasta incluso un 80 por ciento en 2050.[7]

Al lado de la promoción de energías renovables, el mismo concepto energético prevé la reducción de la emisión de los gases de efecto invernadero de un 40 por ciento hasta 2020, un 70 por ciento hasta 2040 y hasta un 80 a 95 % en 2050, cada vez en relación con los datos de 1990. Finalmente, el consumo de energías primarias debe bajar, a través de medidas en todos los campos de consumo energético y en comparación con 2008, de un 20 por ciento hasta 2020 y un 50 % hasta 2050.

4. Véase por todo el artículo 7 en su versión del 13. *Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes* de 13 julio de 2011 (BGBl, 2011, I p. 1704). La últimas plantas para cerrar (hasta finales de 2022) serán las centrales Isar 2, Emsland y Neckarwestheim 2.
5. Literalmente traducido: "Concepto de la energía: Para un suministro energético respetuoso con el medio ambiente, fiable y a costes soportables", del 28 de septiembre de 2010. Disponible bajo http://www.bundesregierung.de
6. Véase, sin embargo, la reciente comunicación de la Comisión: "Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030" del 22 de enero de 2014, COM(2014) 15 final, así como las respectivas conclusiones del Consejo Europeo del 20/21 de marzo y del 26/27 Junio de 2014. Tras el anterior lema del "20 - 20 - 20 hasta el 2020", el nuevo triángulo de objetivos de la Comisión reza "40 - 27 - 30", es decir, que aspira a una reducción de la emisión de gases de efecto invernadero de un 40 %, un aumento del uso de energías renovables a un 27 % del consumo, energético así como a un incremento de la eficiencia energética de un 30 % hasta 2030.
7. Véase también y de manera igual el artículo 1, párr. 2 de la Ley sobre Energías Renovables (*Erneuerbare-Energien-Gesetz, EEG*) del 25 de octubre de 2008 en su versión de la ley de modificación del 28 de julio de 2011 (BGBl I p. 1634).

1.1 Evolución del marco político y jurídico

Ahora bien, la *Energiewende* alemana no cayó del cielo ni es consecuencia inmediata del maremoto japonés y de sus réplicas en la opinión pública y en la política alemana, sino que iba desarrollándose paulatinamente y con pequeñas fricciones.

1.1.1 El vaivén entorno a la energía atómica

Este carácter progresivo se demuestra claramente en el tremendo vaivén de la política de energía nuclear. Su uso especialmente para fines energéticos (a diferencias del uso con objetivos médicos o de mera investigación atómica) ha sido discutido y hasta violentamente enfrentado (mediante protestas masivas contra todo tipo de centrales, transportes y almacenes nucleares) desde hace décadas. Esta postura sumamente crítica creció 1950 y 1960, casi paralelamente al *boom* nuclear con la creación de la Comunidad Europea de Energía Atómica (*Euratom* de 1957) en la época de posguerra y la posterior "guerra fría".

La lucha inicial contra el rearme del Ejército alemán, y más tarde, contra el despliegue de armas nucleares de los EE.UU. en el territorio nacional,[8] dio paso a los "movimientos de paz" (*Friedensbewegung*, con las aún existentes "marchas de pascua"), así como a la llegada exitosa de los "Verdes" al escenario político –cuyo mantra fue desde los inicios, acelerado aún por el accidente de *Tchernobyl* en 1986–, la campaña en contra de la energía nuclear.[9]

8. Hay que mencionar en este contexto y entre otros datos de la Guerra Fría el altamente discutido "doble acuerdo" de la OTAN de 1979 que preveía, por un lado, la ampliación de armas nucleares (misiles *Pershing II* y otras), reclamando a la vez negociaciones con el entonces Pacto de Varsovia sobre una limitación de cohetes de medio alcance en Europa. No obstante, y como hoy sabemos, el fin de la Guerra Fría se hizo esperar. Pero el debate público en Alemania al respecto llevó, entre otras protestas masivas, a la denominación de primeras "zonas libre de armas nucleares" en muchas escuelas, municipios y demás corporaciones locales.
9. Cuando uno pregunta por los motivos más profundos detrás de esta destacada sensibilidad de "los alemanes", respectivamente la preocupación "típicamente alemana" por el medio ambiente en general y casi sin igual en el mundo, habrá que aludir entonces, al lado del trauma de la Segunda Guerra Mundial y de los posteriores corrientes del movimiento estudiantil de 1968, seguramente al propio romanticismo alemán –con su detallada nostalgia por la naturaleza, y particularmente al bosque alemán (*Deutscher Wald*)–, tantas veces ilustradas en la literatura (E.T.A. Hoffmann, Heinrich Heine), pintura (C.D. Friedrich), música (Richard Wagner) así como en cuentos y canciones populares (p.ej. de los hermanos Grimm). La adoración del bosque y de la naturaleza dieron paso tanto al prototipo de la legislación medioambiental en Alemania, en forma de la Ley sobre la protección de la naturaleza (*Reichsnaturschutzgesetz*) de 1935, como a otra ola de movilización social masiva: Se trata de la preocupación por el *Waldsterben*, traducido literalmente "la muerte de los bosques", respectivamente de la preocupación masiva – y, visto a posteriori, totalmente infundada – por la desaparición de superficies forestales debido, entre otros, al fenómeno de la "lluvia ácida" en los años 1980.

Sin embargo, y a pesar de la creciente oposición, hacían falta varias décadas, así como algunos giros políticos, para alcanzar el abandono definitivo de la energía atómica: el debate estuvo estrechamente vinculado a la hasta hoy en día no resuelta búsqueda de un adecuado depósito final para desechos radiactivos.[10] Las respectivas deliberaciones entre el Gobierno federal y la industria energética empezaron en los tiempos del canciller de la "unidad alemana", Helmut Kohl, a partir de 1993. Sin embargo, no se alcanzaron resultados concretos sino hasta junio de 2000 cuando la coalición entre socialdemócratas y los verdes concluyó en un primer "consenso nuclear" con las cuatro mayores y supraregionales empresas eléctricas respectivamente operadores de plantas nucleares.[11]

Aquel acuerdo preveía, junto con la subsiguiente enmienda de la Ley sobre Energía Atómica[12], la prohibición de otorgar autorizaciones para la construcción de nuevas centrales atómicas, así como la limitación del período de operación de las ya existentes instalaciones a un máximo de 32 años. Sin embargo, y una década más tarde, el posterior gobierno de Angela Merkel (entre cristianodemócratas y liberales) dio marcha atrás con un nuevo acuerdo, igualmente confirmado por una posterior reforma legal[13], según el cual la vida útil de las 17 centrales nucleares se prolongará una media de 12 años, postergando con ello el abandono de la energía atómica consensuada en el 2000. En cambio, y conforme a un compromiso político, los operadores de las plantas nucleares se vieron sometidos a un nuevo gravamen en forma del novedoso impuesto sobre combustibles nucleares.[14]

Aquel segundo pacto nuclear fue denominado también "abandono del abandono" (*Ausstieg aus dem Ausstieg*) –con el que contrastan significadamente las

10. Todavía no existe, como en ningún otro lugar del mundo, un depósito definitivo para desechos sumamente radioactivos en Alemania. Así que los combustibles nucleares, al no ser consignados para el "reciclaje" en una instalación de reprocesamiento, tienen que ser almacenados dentro del recinto de la respectiva planta atómica o en almacenes transitorios especiales. Muy parecido al proyecto Yucca Mountain en los Estados Unidos, desestimado en 2010, también la exploración durante décadas de un posible depósito final en un domo de sal situado en el municipio de Gorleben (Bajo Sajonia) tuvo que ser parada. Mientras tanto y a su vez entró en vigor la Ley sobre la búsqueda y selección de un emplazamiento para residuos radioactivos de alta actividad (Standort-Auswahlgesetz) del 23 de julio de 2013 (BGBl I, p. 2553). Autoriza a encontrar, conforme a su artículo 1 y "a lo largo de un procedimiento científico y transparente" (es decir: bajo amplia participación de los ciudadanos), una nueva y adecuada ubicación para el depósito definitivo de desechos altamente radioactivas. Prohíbe a la vez contratar con otros países sobre posibles exportaciones de los residuos atómicos.
11. Hoy en día: E.ON AG, RWE AG, Vattenfall (Europe) GmbH y EnBW AG.
12. Cf. la Ley sobre la terminación del uso de la energía nuclear para las producción industrial de electricidad (*Kernenergie-Beendigungsgesetz*) del 22 abril de 2002 (BGBl I, p. 1351).
13. Cf. 11a Ley sobre la modificación de la Ley de Energía Nuclear del 8 de diciembre de 2010 (BGBl I, p. 1814).
14. Véase la respectiva Ley de impuesto sobre combustibles nucleares (*Kernbrennstoffsteuergesetz*) del 8 de diciembre de 2010 (BGBl I, p. 1804).

más recientes decisiones tomadas en 2011 y tras el desastre de *Fukushima*, ahora ya no en forma de "consenso" o "acuerdo" y relativas al abandono por completo de la energía nuclear (*Totalausstieg*)–. Y no puede sorprender que este último giro –solo un año después de la prolongación de los períodos de operación– desencadenó toda una serie de recursos judiciales por parte de las empresas afectadas (véase más abajo II).

1.1.2 El fomento de las energías renovables

Por su parte, la carrera del fomento de las energías renovables en Alemania transcurrió de manera más lineal, o mejor dicho, exponencial:

a) Desarrollo del marco legal

En 1990, bajo el gobierno conservador-liberal de Helmut Kohl y con el entonces Ministro federal de medio ambiente, Klaus Töpfer[15] se puso en marcha la aprobación de la Ley sobre la incorporación de electricidad de energías renovables a las redes públicas de suministro (*Stromeinspeisungsgesetz, StrEG*).[16] Obligaba, con tan solo cinco artículos, a las empresas de suministro a la compra prioritaria de toda la energía eléctrica producida con base en energías renovables[17], así como a la inmediata alimentación de la corriente a la respectiva red y contra remuneraciones mínimas fijadas por ley.

Estos costes finalmente fueron, y siguen siendo, trasladadas a los consumidores finales, si bien con excepciones para empresas industriales con uso intensivo de energías. Sin lugar a dudas, la *Stromeinspeisungsgesetz* abrió el camino a una verdadera *success story* de los "renovables", así como al crecimiento tanto tecnológico como económico del sector y a la respectivas creación de nuevos empleos en Alemania, sirviendo a la vez como modelo de referencia para las políticas de protección del clima en otros países. Por su parte, el Tribunal de Justicia de las

15. Más tarde (1998 - 2006) secretario general adjunto de las Naciones Unidas y director ejecutivo del Programa de Medio Ambiente de la ONU (UN Environment Program, UNEP); en 1994 Angela Merkel, denominada entonces "mi chica" por H. Kohl, fue su sucesora en el cargo de Ministro Federal de Medio Ambiente.
16. *Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz,* de 7 de diciembre de 1990 (BGBl I, p. 2633).
17. Según la definición legal en el artículo 1 StrEG, caen bajo el concepto de "energía renovables" la energía hidráulica, eólica y solar, gases de vertedero y de aguas residuales, así como la biomasa. Hoy en día, y según la Ley sobre Energías Renovables (EEG), el concepto abarca también la energía geotérmica. Al lado de las energías renovables, la EEG regula también el fomento de la protección eléctrica a partir del metano captado en minas (grisú).

entonces Comunidades Europeas dio tempranamente su bendición al novedoso esquema de promoción: el mecanismo de compensación entre productores, operadores de redes y consumidores finales fue declarado compatible con las normas sobre ayudas estatales (a falta de financiamiento proveniente de recursos del Estado) tanto como con la libertad de circulación de mercancías y el principio de proporcionalidad.[18]

El patrón básico del sistema de promoción –consistente de la alimentación obligatoria privilegiada de la corriente "alternativa" a las redes contra remuneración, principalmente durante un plazo de hasta 20 años, a precios ("artificiales") establecidos por ley– se mantiene inalterado hasta hoy. Sin embargo, el correspondiente marco legal ha sido tremendamente hinchado sucesivamente y debido tanto a numerosas detalles jurídicos como al propio *lobbying* de los más diversos actores en el juego (protagonistas de las distintas energías renovables, operadores de redes, comercializadores de energía, consumidores industriales y particulares, entes públicos y muchos más).

La *Stromeinspeisungsgesetz* fue reemplazada por la Ley sobre la prioridad de energías renovables (resp. Ley sobre Energía Renovables, EEG) del 29 marzo de 2000)[19] y posteriormente, aparte de modificaciones menores, sobre todo por las reformas en 2004, 2009 y 2012. Estas modificaciones o, más bien, ampliaciones de la EEG, se referían sobre todo a una mayor diferenciación de las tarifas de retribución para las distintas energías renovables, así como a la introducción de su paulatina *degresión; mejor: ¿evolución / desarrollo degresiva/o?*, reparto de los costes de promoción tanto a nivel nacional como entre consumidores industriales y hogares privados y finalmente a aspectos más diversos en cuanto a la conexión de las instalaciones de producción a las redes y el reparto de responsabilidades y costes entre productores de electricidad y los operadores de redes.[20]

El hecho de que esta ley comprendió, en su última versión de diciembre de 2012[21], ya más de 80 artículos y que fue acompañada por varios y amplios decretos, arroja una luz no solo sobre la creciente complejidad jurídica del asunto. Destaca también que el genio no se pudo volver a poner en la botella: muy por el contrario a la inicialmente prevista solución solo temporal con el fin de apoyar a las "reno-

18. Cf. la conocida sentencia del TJCE de 13 marzo de 2001 en el asunto C-379/98 - *PreußenElektra*.
19. *Gesetz über den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG)*, BGBl, 2000, I, p. 305.
20. Detalladamente acerca de estos últimos aspectos: *M. Schäferhoff,* "Kapazitätserweiterung des Netzes nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz", 2012.
21. Cf. Ley sobre la prioridad de energías renovables del 25 septiembre de 2011 en la versión de la última modificación por ley de 20 de diciembre de 2012 (BGBl, 2012, I, p. 2730).

vables" únicamente hasta alcanzar su competitividad ("madurez de mercado"), el sistema no solo desarrolló su propia dinámica respectivamente perseverante, sino que estaba provocando también, y cada vez más, graves distorsiones desde el punto de vista económico:

b) Efectos económicos: luz y sombra

Principalmente, el mencionado laboratorio legislativo no ha fallado sus metas: con el tiempo, la producción de electricidad con base en energías renovables ha aumentado desde unos 417 PJoule en el año 2000 hasta un total de 1591 en el 2012; o bien a más de un cuarto (25,4 por ciento) del consumo interior bruto de la corriente eléctrica y a un 12,3 por ciento del consumo interior bruto de energía en total.[22] Conforme a últimas cifras, el porcentaje creció incluso a un 28,5 % en 2014.[23]

Diferenciando entre las distintas fuentes de energías renovables, la producción de electricidad se incrementó en 2013 a un total de 53 400 GWh (8,9 % del consumo interior bruto) en energía eólica, 30 000 GWh (5 %) en energía fotovoltaica, 21 220 GWh (3,5 %) en energía hidroeléctrica así como en 42 640 GWh (7,2 %) en biomasa. Constantemente se reafirman también los efectos macroeconómicos del sistema, en lo referido tanto al crecimiento de las inversiones y del BIP como al aumento de exportación de tecnologías de energía renovable[24] y a los ahorros que emanan de reducidas importaciones de combustibles fósiles. Además, el número de empleados en la industria de energías renovables, aunque no existen datos sólidos al respecto, debe haberse duplicado a lo largo de tan solo dos años (de 2006 a 2008) y se estima que el total de los puestos de trabajo se mueve alrededor de 371 400 en 2013. De esa cantidad, al menos 261 500 han

22. En 2013 la producción bruta de electricidad en Alemania fue de 633,6 GWh. Un 25,6 por ciento de esta cantidad, o 162 GWh, fue generado con base en lignito nacional, seguido por un 19,6 por ciento o 124 GWh, con base en carbón (importado y doméstico), un 15,4 por ciento, o 97,4 GWh, con base en energía nuclear, un 10,5 por ciento o 66,8 GWh con base en gas natural, así como solo 1 por ciento generado mediante productos derivados del petróleo (6,4 GWh). Cifras continuamente actualizadas se pueden consultar por "Energiedaten" en las páginas web del Ministerio Federal de Economía (www.bmwi.de); véase también los datos de la Asociación Federal de la Industria de Energía y de Agua (Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft, BDEW) en www.bdew.de
23. Cf. Arbeitsgemeinschaft Energiebilanzen, comunicado de prensa Nº 6/2014.
24. En el área de la fotovoltaica, sin embargo, se suele enfatizar también los efectos negativos que surgen de la creciente oferta de componentes (células solares) baratos, procedentes especialmente de China. Prueba de la mayor competencia a nivel internacional son toda una serie de quiebras de empresas alemanas del sector en los últimos años.

sido promovidos por la Ley sobre Energías Renovables y últimamente con ligera tendencia a la baja.[25] Debido a la producción altamente descentralizada de la electricidad "verde", disfrutan de su fomento especialmente tanto las pequeñas y medianas empresas como nuevas cooperativas de ciudadanos[26], así como las zonas rurales y el sector agrario.

No obstante, y por otro lado, la continuamente creciente y de alguna manera inesperada extensión de las instalaciones de producción eléctrica con base en energías renovables llevó consigo un drástico aumento del denominado "reparto EEG" (*EEG-Umlage*) el cual al final, y según el régimen de compensación establecido por la Ley sobre Energías Renovables, se le carga a los consumidores finales. Este reparto creció de un solo 0,41 céntimo por kilovatio-hora en 2003 a nada menos que 6,24 ct/kWh en 2014, lo que corresponde a un previsto total de 23,6 mil millones de euros a lo largo de este último año.[27] Y aun más: el mecanismo de compensación tiende incluso a la paradoja de que cuanto más electricidad "verde" se alimente a las redes tanto más aumenta también el recargo por pagar por los consumidores. Esto se debe al hecho de que desde hace algunos años los gestores de las redes de transporte deben vender la electricidad de las fuentes de energías renovables en la bolsa de energía o bien a través de la venta al por mayor (p. ej. en la *European Energy Exchange, EEX,* situada en la ciudad de Leipzig).[28]

25. Véase con más detalle el informe sobre los resultados de un correspondiente proyecto de investigación por encargo del Ministerio Federal de Economía, *Beschäftigung durch erneuerbare Energien in Deutschland im Jahr 2013*", mayo de 2014. Por lo menos en la industria solar alemana la cuota de empleo ha bajado, debido a lo dicho en la nota en pie de página anterior, considerablemente en los últimos años.
26. Son ya numerosas las iniciativas de la ciudadanía a nivel local y en cuanto a la operación en común de parques eólicas o solares "cívicas", muchas veces a través del arrendamiento de espacios o de edificios (techos) municipales. Semejantes iniciativas se suelen promocionar bajo el lema de la "democratización" o incluso de la "autarquía" del suministro energético a nivel local –lo que es técnica y jurídicamente erróneo–: la "autarquía" energética solo se da cuando se resuelva el problema de la volatilidad, especialmente de la energía solar o eólica (no es disponible continuamente), así como la falta de almacenes de electricidad; hasta allí cada suministro denominado "en isla" requiere la compensación de las fluctuaciones de carga a través de la interconexión de las redes y con otras instalaciones o reservas de producción eléctrica (véase más abajo II.). Y por las mismas razones los ciudadanos tampoco "auto-determinan" el suministro en términos de una "democracia de base"; por el al contrario, y dada la alta complejidad técnica del sistema descentralizado, el sistema requiere más que nunca la coordinación y el control "desde arriba", netamente por parte de las cada vez más poderosas autoridades de regulación de las redes. Siguen siendo además, como en los tiempos del anterior suministro por las grandes empresas de suministro y lejos de cada representación democrática, solo *algunos* ciudadanos (aunque ciertamente más gente que antes) los que invierten en las mencionadas instalaciones (y que disfrutan de ellas).
27. Conforme al obligatorio cálculo anual de los cuatro gestores de redes de transporte, véase comunicado de prensa del 23 de octubre de 2013 bajo www.netztransparenz.de.
28. Según el Decreto sobre el desarrollo del mecanismo de compensación a nivel nacional (*Ausgleichsmechanismusveordnung*) del 17 de julio de 2009, hoy en su versión del 21 de julio de 2014 (BGBl I, p. 1066).

La cada vez mayor oferta de electricidad "alternativa" con base en las redes lleva consigo, claro está, una demanda relativizada del mercado, así que, por ende, precios en constante disminución –y a veces incluso precios "negativos"–[29]. Por otra parte, y en la medida que la cotización en bolsa desciende[30], está aumentando la diferencia o brecha en lo referido a las compensaciones legalmente garantizadas para la inyección de electricidad de fuentes renovables; así, y por consiguiente, como el importe que al fin y al cabo tiene que ser pagado, a través del "reparto EEG", por los consumidores finales.[31]

En consecuencia, en los últimos años se llevó a cabo una enorme explosión de los costes del consumo de electricidad, con unos precios que ya oscilan entre 40 y 50 por ciento por encima de la media en precios del suministro tanto en la UE como comparativamente en los EE.UU. El precio promedio de la energía eléctrica que debe pagar un hogar de 3 a 4 personas creció, corregido con la inflación y después de ligeros descensos como consecuencia inmediata de la liberalización del mercado alemán de energía a partir de 1998, de un 13,7 ct / kWh en 2000 hasta 28,8, respectivamente, 29,1 ct / kWh en 2013 y 2014 (media de la UE-27: 18,4 ct / kWh).

En su conjunto, los cargos adicionales que se pagan por encima de los costes para la generación, el transporte y la distribución del corriente eléctrica –compuestos sustancialmente por el IVA (19 %), el impuesto sobre la electricidad[32], así como por el cada vez mayor recargo para el fomento de las energías renovables[33]– ya ya ascienden a un 52 por ciento del precio neto de una kilovatio-hora, dentro de las cuales el "reparto EEG" representa un 18,5 por ciento.[34]

29. Estos últimos se dan en el caso de un exceso de oferta que obliga a los operadores de redes de vender la corriente eléctrica, debido a la falta de almacenes de electricidad y con el fin de evitar congestiones en la red, "a todo coste" o gratuitamente y a menudo fuera del territorio alemán a los países vecinos.
30. En 2014 el precio medio de la electricidad cotizada en bolsa era solamente la mitad del precio al por mayor en 2008.
31. Así y en complemento de las cifras ya mencionadas, los costes para el sistema de compensación se situaban, debido a la disminución de los precios al por mayor (38,58 EUR / MWh contra 34,47 euros / MWh un año antes) en junio de 2014, a un 12 por ciento por encima que durante el mismo mes tan solo un año antes (junio de 2013).
32. Conforme a la Ley de impuestos sobre energía eléctrica (*Stromsteuergesetz*) del 24 de marzo de 1999, en su versión del 5 de diciembre de 2012 (BGBl I, p. 2436, 2725): 2,05 céntimos por kWh, con reducciones especialmente para el sector manufacturero o el sector ferroviario. La última revisión de este impuesto siguió también al llamamiento de la Comisión Europea hacia la implementación de determinadas contraprestaciones del sector industrial frente a aquellas reducciones fiscales y con el fin de evitar una lesión de las normas sobre ayudas estatales. Por consiguiente, las empresas industriales están obligadas desde entonces y bajo determinados requisitos a realizar medidas concretas para aumentar su eficiencia energética.
33. Que crecieron, como ya se ha dicho, de un 0,41 a un 6,24 ct / kWh entre 2003 y 2014.
34. Cf. *Erneuerbare Energien und das EEG: Zahlen, Fakten, Grafiken* (2013), BDEW.

Por otra parte, el aumento del precio medio de la electricidad que deben pagar los consumidores industriales ha sido considerablemente menor: Así, y por ejemplo, las empresas con un consumo anual de alrededor de 10 000 MWh solamente tuvieron que pagar entre 8,3 ct / kWh en 2004 y 11,6 ct / kWh en 2012. Este menor incremento se debe por un lado, a las mejores posibilidades de contratación del sector industrial (como p. ej. en los mercados al por mayor). Por otro lado, se desprende directamente de las excepciones que postula la Ley sobre energías renovables desde sus inicios en favor de las empresas de elevado consumo energético (p.e. la industria química, de cemento, de acero y del aluminio) en relación con los recargos para el fomento de las energías renovables y con el fin de proteger su competitividad en los mercados internacionales.[35]

Ante este trasfondo, las múltiples reformas y ampliaciones de la Ley sobre energías renovables resultaron más bien y en su gran mayoría infructuosas en lo relativo al objetivo de crear "más mercado" y de bajar los costes del consumo eléctrico de la gran mayoría de los clientes finales. Esto vale también para la últimamente introducida opción de la "comercialización directa" (*Direktvermarktung*) de electricidad proveniente de fuentes renovables[36], según lo cual los productores pueden vender la electricidad "verde" directamente a (grandes) usuarios finales. En este caso no cobran las retribuciones previstas por ley, pero disfrutan, esto sí, del pago de una "prima de mercado" que debe compensar precisamente la diferencia entre aquellas retribuciones garantizadas y el (regularmente menor) precio de mercado, lo que desemboca manifiestamente en un juego a suma nula.

Y no es de extrañar que finalmente el sistema de fomento, según la EEG recibió cada vez más críticas sustanciales, tanto de expertos de economía[37] y de las asociaciones de consumidores como de la Comisión Europea, que al fin y al cabo inició, en vista especialmente de las excepciones de la industria con uso intensivo de energía del "reparto EEG", una investigación de control de ayudas estatales de acuerdo con el artículo 108, párr. 2 del Tratado sobre el funcionamiento de la UE. Vamos a volver a los consiguientes llamamientos hacia una revisión fundamental del sistema, así como a la finalmente alcanzada reforma de la Ley sobre energías renovables de agosto de 2014 más abajo (III).

35. Véanse últimamente las "regulaciones especiales de compensación" (*Besondere Ausgleichsregelung*) en los artículos 40 y ss. de la EEG 2012.
36. Cf. Artículos 33a y ss. EEG 2012.
37. P. ej. y al lado de muchos otros grupos de reflexión por parte de la Comisión de Monopolios (*Monopolkommission*) que hace tiempo pide el cambio sistémico hacia un régimen más favorable para el mercado, concretamente en forma de un "modelo de cuotas" que promueve, como p. ej. en Suecia, el uso de las renovables a través de la obligación de los comercializadores de electricidad a comprar determinadas cantidades de corriente de cualquiera fuente de energía renovable, lo que ayudará igualmente a asegurar la debida neutralidad con respecto a la distintas tecnologías de producción.

c) Medidas complementarias

Cabe añadir, con el fin de ofrecer una visión completa, que la propia promoción del uso de las energías renovables para la generación de electricidad viene rodeada de toda una serie de medidas. En primer lugar hay que mencionar la promoción de la cogeneración de electricidad y de calor: Esta viene regulada desde 2002 en la Ley sobre la cogeneración[38] y su fomento se realiza en gran parte muy parecido al régimen establecido en la Ley sobre Energías Renovables. Y en 2008 entró en vigor la Ley sobre el fomento de las energías renovables en el sector del calor (*Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, EEWärmeG*),[39] la cual autoriza a un aumento del uso de la energía verde para fines de calefacción, así como de refrigeración a un 14 por ciento en 2020 y prescribe, entre otras medidas, como obligación de los entes públicos desarrollar actividades ejemplares, cubrir la demanda de energía de calefacción (o de refrigeración) en edificios nuevos a partir de determinadas proporciones de energías alternativas. Por otro lado, se deben mencionar las numerosas medidas en el campo del ahorro de la energía y (que no es lo mismo) de la eficiencia energética, contemplado como necesaria otra cara de la moneda cuando se trata de llevar el cambio de rumbo energético al buen fin: destacan aquí, otra vez al lado de muchas otras regulaciones, por ejemplo en el sector del transporte o del "diseño ecológico" de productos y de aparatos que usan energía[40], la Ley sobre servicios energéticos y otras medidas de eficiencia energética,[41] así como la reciente y otra vez ambiciosa reforma de la normativa sobre el ahorro de energía en el sector de los edificios ya existentes.[42]

38. *Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz* de 19 de marzo de 2002 (BGBl I, pág. 1092), ahora en la versión de la enmienda por ley de 21 julio 2014 (BGBl I, p. 1066).
39. Literalmente: Ley de fomento de las energías renovables en el sector del calor, del 7 de agosto de 2008 (BGBl, p. 1658), y con posteriores modificaciones.
40. Y conforme p. ej. a la respectiva Directiva 2009/125/CE de 21 de octubre de 2009 por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, B.O.U.E. 2009 Nº L 285/10. Para una visión general de las medidas en Alemania véanse las contribuciones en Härtel/Pielow (eds.), *Effektiv zu mehr Energieeffizienz?*, 2012.
41. *Gesetz über Energiedienstleistungen und über andere Energieeffizienzmaßnahmen* de 4 de noviembre de 2011 (BGBl, I p. 1483). Esta ley sirve a la implementación de la Directiva 2006/32/CE de 5 de abril de 2006 sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos (B.O.U.E. 2006 no. L 114/64).
42. Conforme a la Ley sobre el ahorro de energía en edificios (*Energieeinsparungsgesetz)* en su versión de 1º de septiembre de 2005, últimamente modificada por ley de 4 de julio de 2013 (BGBl I p. 2197) y junto con el accompañante Decreto sobre la protección térmica y la tecnología de ahorro de energía (*Energieeinsparverordnung, EnEV*) en su versión de 24 de julio de 2007, últimamente modificado por decreto de 18 noviembre 2013 (BGBl I pp. 3949, 3951 y ss.). Principalmente y entre otras medidas se prescribe, si bien con algunas excepciones, la sustitución de sistemas de calefacción que se instalaron antes del 1º de enero de 1985 hasta 2015.

La normativa de la *Energiewende* está complementada por algunos otros mecanismos, como en el campo de la protección del clima a nivel municipal[43], así como en lo referido a la financiación de medidas tanto de investigación como de la puesta en práctica de nuevas tecnologías y demás instrumentos de protección del clima.[44] Finalmente, habrá que mencionar también las actividades legislativas a nivel *regional* y de los Estados Federados: frente a la legislación de la Federación los 16 *Länder* alemanes solo poseen competencias subsidiarias para regular temas de la economía energética o del medio ambiente. No obstante, suelen desarrollar políticas energéticas propias haciendo uso especialmente de su competencia para la ordenación del territorio (*Raumordnung*), e incluso, a falta de una pertinente normativa a nivel federal, mediante leyes propias de protección del clima.[45] Suelen surgir de semejantes normas regionales, y especialmente de las más distintas articulaciones acerca de terrenos prioritarios o, en cambio, de zonas restringidas, conflictos en cuanto a la ubicación y posible admisión de nuevas infraestructuras energéticas y particularmente de las instalaciones de energía eólica o de líneas de alta tensión.

2. Desafíos, algunas soluciones y muchas preguntas abiertas

Parece que el último desarrollo de la política energética alemana, con la *Energiewende* como tal, sigue contando con una gran aceptación por parte de los ciudadanos. No obstante, el proceso dista todavía mucho de lo que se podría llamar

43. Véase la Ley sobre el fomento de la protección del clima en el desarrollo urbano de ciudades y municipios (*Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in Städten und Gemeinden*) de 22 de julio de 2011 (BGBl I, p. 1509) que establece una serie de nuevos instrumentos de planificación urbanística.
44. Para este último fin se ha creado también el Fondo de Energía y del Clima (mediante la ley *Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens "Energie- und Klimafonds"* de 14 de diciembre de 2011, BGBl I, p. 2010 y con posteriores modificaciones). Debía alimentarse en un principio y entre otros ingresos a través del antes mencionado impuesto sobre combustibles nucleares (*Brennelementesteuer*). Sin embargo y en vista del ahora acordado cierre de las plantas atómicas, el Gobierno tuvo que cambiar la financiación del fondo hacia la actualmente nutrición, especialmente mediante los ingresos de la subasta de derechos de emisión bajo el régimen del *Emission Trading Scheme (ETS)* de la UE. Pero esta alternativa también resulta problemática, debido a la gran cantidad de derechos de emisión aún disponibles en el mercado y a la consiguiente caída de los precios comerciales en los últimos años.
45. Véanse últimamente y en especial, la (durante su desarrollo altamente discutida) Ley sobre el fomento de la protección del clima en Renania del Norte-Westfalia (*Klimaschutzgesetz Nordrhein-Westfalen*) de 29 de enero de 2013 (G'V. NRW. 2013 p. 29), así como la Ley de protección del clima del Land Baden-Württemberg (*Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg*) de 23 de julio de 2013.

un régimen consolidado y comúnmente aceptado en todas su ramificaciones.[46] A las antes mencionadas consecuencias económicas del fomento de las energías renovables se añade toda una serie de enormes desafíos tanto técnicos como (otra vez) económicos y finalmente jurídicos, los cuales vamos a esbozar a continuación y junto con unas primeras soluciones ya puestas en marcha, pero sin poder entrar en detalles:

2.1 Descentralización y debida coordinación

El creciente uso de las energías renovables lleva consigo una masiva descentralización de la producción de electricidad. La electricidad ya no se produce en pocas plantas centrales de carbón, lignito y/o nucleares o de gas natural sino cada vez más en miles de instalaciones "alternativas". A esto se suman la ya mencionada gran volatilidad de las alimentaciones de electricidad a partir especialmente de la energía eólica y solar a las redes, así como la falta de significativas capacidades de almacenamiento eléctrico. Hace falta entonces –con el fin de evitar congestiones en las redes y de garantizar así la seguridad del suministro en su conjunto– un mayor grado de coordinación a todos los niveles del suministro empezando por la debida extensión de las infraestructuras de las redes (véase en seguida 2.), hasta medidas para controlar y dirigir el comportamiento de los consumidores. Y en este último contexto hay que considerar también el papel cambiante incluso de los clientes domésticos: estos se convierten en *pro-sumers* (o "pro-sumidores"), en la medida que no solo reciben (y consumen) electricidad de la red, sino que también producen; por ejemplo, mediante pequeñas instalaciones fotovoltaicas, electricidad, o para el consumo propio y/o para vender y alimentar las redes.

Para enfrentar todos estos desafíos, en un primer plan más bien técnico, y para realizar el debido equilibrio permanente en el sistema eléctrico, ya se ha desarrollado un considerable conjunto de mecanismos e instrumentos muy diversos que podemos esbozar solo con brevedad y de la manera siguiente:

- ***Medidas de I + D***

En primer lugar se trata de llevar a cabo tanto investigaciones como innovaciones a todos los niveles del sistema, empezando por la extensión y modernización de los

46. Conforme a una última encuesta de la Asociación federal de la industria energética y de agua (BDEW), un 89 por ciento considera los cambios como "importante" o "muy importante", si bien un 56 por ciento de los encuestados sostiene que la puesta en marcha aún deja mucho que desear. Véase BDEW, comunicado de prensa de 11 de febrero de 2014 (www.bdew.de).

redes sobre soluciones en el campo del almacenamiento eléctrico[47] hasta nuevos mecanismos para gestionar tanto la oferta como la demanda de energía eléctrica. En suma, se invita a crear un sistema "inteligente" del suministro de energía (palabra clave: *smart energy*), lo que exige especialmente la combinación tanto de las instalaciones de generación y de consumo como de la infraestructura de las redes con remedios de la alta tecnología de información y comunicación (TIC). Para coordinar las más diversas actividades de I+D se han creado varias plataformas de comunicación bajo el techo del Ministerio Federal de Economía[48], el que además ha sido enriquecido, tras llamamientos urgentes hacia una mayor concentración de las responsabilidades para la *Energiewende* y después del último cambio del Gobierno federal en 2013, con competencias adicionales y que se llama ahora Ministerio Federal de Economía y *de Energía*.[49] Se crearon además nuevos mecanismos de financiación respectivamente para el fomento de las actividades de I+D mediante subsidios. Entre ellos se destaca también la adaptación de la normativa sobre la obligatoria "regulación por incentivos"[50] de las redes eléctricas.[51]

- ***Smart metering y otras medidas de la gestión de congestiones***

Un importante método de coordinación, y para evitar las congestiones en las redes, lo constituyen las mediciones "inteligentes" tanto de la alimentación de la electricidad a las redes como del consumo de los clientes. En este último sentido, la reformada Ley de Industria Energética[52] prevé no solo la liberalización tanto de la instalación de los puntos de medición como de la medición como tal. Contiene más bien, respetando aquí las respectivas exigencias del derecho de la UE, todo un listado de normas sobre la obligatoria difusión de contadores "inteligentes" o *smart*

47. Entre ellos, la evolución de innovadores centrales de acumulación por bombeo (también subterráneas, por ejemplo, en antiguas explotaciones de carbón), de soluciones mediante el uso de la electro movilidad hasta o la combinación de las redes eléctricas con gasoductos (en términos técnicos: *power to gas*) o también con las redes del suministro de calefacción o refrigeración a distancia (denominados *Hypergrids*).
48. Véanse las distintas plataformas (*Energiewende-Plattformen*) en las páginas web del Ministerio bajo http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Energiewende/koordinierung-energiewende.html
49. Hasta entonces las competencias eran repartidas entre el Ministerio de Asuntos Económicos *(BMWi)* y el Ministerio del Medio Ambiente *(BMU).*
50. Véase, sobre el diseño de este tipo especial de la regulación de las redes de energía, el artículo 21a de la Ley sobre Industria Energética *(Energiewirtschaftsgesetz).*
51. Así ha sido extendida, y por ejemplo, la posibilidad de otorgar autorizaciones para "medidas de inversión" (*Investitionsmaßnahmen*) de los operadores de redes y según el reformado artículo 23 del Decreto sobre la regulación por incentivos (*Anreizregulierungsverordnung*).
52. Artículos 21b a 21i EnWG, en conjunción con el Decreto sobre las condiciones marco de la operación de los puntos de medición y de la medición en el suministro de electricidad y de gas a través de redes (*Messzugangsverordnung*) de 17 de octubre de 2008, en su versión de 25 de julio de 2013 (BGBl I, p. 2722).

meter, los que "reflejan el consumo real de energía del respectivo usuario y el tiempo real del consumo"[53], al menos en edificios nuevos o en inmuebles saneadas a fondo.

La misma obligación se refiere a clientes con un consumo anual por encima de 6 000 kWh, así como a determinadas instalaciones de producción eléctrica a partir de energías renovable o de la cogeneración. Sin embargo, y a pesar de numerosos proyectos piloto en este campo, así como de la promoción de esa tecnología por la Comisión Europea[54], el beneficio técnico y económico de un tal despliegue (*roll out*) del *smart metering* es objeto de controversias en Alemania.[55] El tema de la medición inteligente viene finalmente acompañado por otras regulaciones, como la obligación de los comercializadores de ofrecer tarifas que proporcionen incentivos hacia el consumo eficiente (tarifas variables y dependiendo del las cargas en las redes o de la hora del día). Se prescribe además la instalación de componentes técnicos en (nuevas) plantas de producción descentralizadas que permiten su desconexión automática y a distancia. Lo mismo vale, si bien solo con base en acuerdos contractuales, para la (des-) conexión de grandes instalaciones de consumo eléctrico, netamente en la industria.

- ***Registros públicos / Monitoring***

Bajo el aspecto de la debida mayor coordinación y también de la necesaria y continua información entre todos los actores (antiguos y nuevos) del sistema, cabe subrayar también el recientemente establecido registro público con los datos de todas las instalaciones de producción eléctrica (*Anlagenregister*) bajo la responsabilidad de la autoridad nacional de regulación, la Agencia Federal de las Redes (*Bundesnetzagentur*).[56] Además, y conforme al nuevo artículo 53b de la Ley de Industria Energética, el Ministerio Federal de Economía y Energía ha sido autorizado para dictar mediante decreto la creación de un aún más extenso registro (*Gesamtanlagenregister*) que debe abarcar los datos de todos los demás componentes del sistema eléctrico (redes y puntos de conexión, transformadores, etc.). Para intercambio de informaciones entre los actores y demás interesados sirven finalmente distintos y permanentes procesos

53. Según la definición legal en el artículo 21c EnWG.
54. Véase últimamente, y al lado de lo establecido en la Directiva 2006/32/CE sobre eficiencia energética, el informe "Evaluación comparativa de la implantación de los contadores inteligentes en la Europa de los 27, en particular en lo relativo a la electricidad", de 17 de junio de 2014 (COM[2014] 356 final).
55. Véase últimamente el informe de la *Deutsche Energieagentur (dena)* sobre el despliegue de los *smart meter* en Alemania *(dena-Smart-Meter-Studie: Analyse von Rollout-Szenarien und ihrer regulatorischer Implikationen)*, de julio de 2014 (www.dena.de).
56. Conforme al artículo 6 de la ahora reformada Ley sobre Energías Renovables (EEG 2014), en conjunción con el Decreto sobre el registro de instalaciones para la producción de electricidad a partir de energías renovables y de grisú (metano captado en minas) –*Anlagenregisterverordnung*–.

del *Monitoring*, tanto sobre el estado de la *Energiewende* en general como en áreas particulares, así como sobre la aplicación de la Ley sobre Energías Renovables (EEG).[57]

2.2 Modernización y ampliación de las redes eléctricas

La determinación del uso masivo de las energías renovables, para fines de la generación eléctrica, dejó profundas huellas también en el campo de la planificación y autorización de proyectos de construcción de nuevas líneas o bien de la ampliación de las existentes líneas de electricidad. Entre otras medidas y debido al hecho de que, especialmente en el sur del país, se está llevando a cabo el suministro eléctrico básicamente mediante las (aún existentes) plantas nucleares, hacen falta la ampliación y nueva construcción de las líneas de más alta tensión (> 220 kV) con el fin de asegurar el transporte de la electricidad, tras el abandono de la energía atómica, y principalmente a partir de las grandes instalaciones eólicas *offshore* en el mar del Norte y el mar Báltico (aun en estado de planificación o construcción), hacia aquellas regiones. En cifras concretas: el plan de desarrollo de las redes de electricidad (*Netzentwicklungsplan*) 2013-2023 prevé la modernización de las líneas de más alta tensión sobre una longitud total de unos 2800 km, así como la construcción de nuevas líneas con una longitud total de 2650 km.[58] La necesidad de ampliaciones de las redes de distribución (DSO) es más difícil de predecir: es precisamente a nivel de los DSO's donde hay más generación eléctrica descentralizada e incoordinada, así como grandes diferencias en cuanto a la demanda, de la misma manera "volátil" por parte de los consumidores industriales y domésticos, por lo cual es difícil gerenerar datos fiables a este nivel del suministro. Si, y en qué medida, se requiere una ampliación de las redes de distribución, depende también del desarrollo de nuevas técnicas de adecuación "inteligente" de estas redes en el sentido de *Smart Grids* y mediante las nuevas tecnologías de información y de comunicación, con las cuales las propias ampliaciones o construcciones de nuevas líneas pueden resultar innecesarias.[59]

57. Véanse el segundo informe del Ministerio Federal de Economía y Energía "Energía del futuro" – *Zweiter Monitoring-Bericht "Energie der Zukunft"*, de marzo de 2014 (www.bmu.de), que contiene también amplias informaciones acerca del fomento de las energías renovables.
58. Cf *Netzentwicklungsplan Strom 2023*, como aprobado por la Agencia Federal de las redes (*Bundesnetzagentur*) el 19 de mayo de 2013. Para más informacion: http://www.netzausbau.de.
59. Véase en este sentido el último informe de la *Deutsche Energieagentur (dena)* sobre el desarrollo de las redes de distribución *(dena-Verteilnetzstudie: Ausbau- und Innovationsbedarf der Stromverteilnetze in Deutschland bis 2030),* del 11 de diciembre de 2012 (disponible en http://www.dena.de). Conforme a este estudio y dependiendo de escenarios diferentes, se requiere la construcción de nuevas líneas de distribución por una longitud total de unos 135 000 a 193 000 km, mientras unos 21 000 a 24 500 km deben ser optimizadas, p. ej., mediante nuevos cables u otras tecnologías modernas. El capital de inversión

2.2.1. La falta de la aceptación ciudadana

Ahora bien, y a pesar de la gran aceptación con la que cuenta la *Energiewende* como tal en la opinión pública, la urgente ampliación de las redes se ve obstaculizada, al lado de nuevos desafíos, tanto técnicos como económicos, debido a la creciente falta de aceptación de las medidas concretas para llevar a cabo nuevas o ampliadas infraestructuras energéticas. No por último desde la masiva protesta de los ciudadanos en contra del gran proyecto urbanístico para las construcción de una nueva estación subterránea de ferrocarriles a larga distancia en la capital del Land *Baden-Württemberg ("Stuttgart 21")*[60], cualquier medida de ampliación de las redes eléctricas se ve enfrentada y fuertemente discutida por todo tipo de movimientos de los afectados por semejantes proyectos (los conocidos *NIMBYs –not in my backyard–*, así como por otros ciudadanos, llamados también los *Wutbürger* ("ciudadanos rabiosos").

Con el objetivo de resolver estos reiterados conflictos que surgen de la oposición de la "sociedad civil" se han realizado numerosas medidas que en suma invitan a mejorar la participación ciudadana tan pronto como sea posible y en todas las etapas de la planificación y autorización de los proyectos de infraestructura energética. Destacan los nuevos mecanismos de consulta obligatoria previa, tanto como instrumentos meramente informales como pueden ser "mesas redondas", diálogos de ciudadanos, etc.[61]

2.2.2. En particular: La nueva planificación de las grandes redes de transporte eléctrico

Especialmente, y con el antes mencionado paquete legislativo del verano de 2011, se ha implementado un novedoso mecanismo de planificación para aquellas líneas de máxima tensión que sobrepasan las fronteras hacia los países vecinos y/o que exceden el territorio de un solo Estado federado. Este mecanismo particularmente, y al lado de una mejor participación de los ciudadanos, sirve para la simplificación y drástica aceleración de los trámites de planeamiento y de autorización. El nuevo sistema se puede esbozar de la manera siguiente:

necesario para estas medidas a nivel de la distribución eléctrica se estima entre 27.5 y 42.5 billiones de euros hasta el 2030.

60. Para más información: http://www.bahnprojekt-stuttgart-ulm.de y http://www.stuttgarter-zeitung.de/stuttgart21.

61. De manera general, el recientemente complementado artículo 25 de la Ley (federal) de procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) prevé en su nuevo apartado tercero que "se debe" llevar a cabo la participación ciudadana lo más temprano posible para cada tipo de planeamiento de infraestructuras, organizado por el respectivo promotor del proyecto (en vez de ser realizado por parte de las autoridades públicas).

(1) Con la implementación del tercer paquete legislativo sobre el Mercado Interior de Energía (2009) los operadores de las redes de transporte del gas y de la electricidad deben elaborar un plan de desarrollo decenal y actualizado anualmente.[62] Entretanto, se requiere un plan propio de desarrollo también para las líneas de conexión a los parques eólicos *offshore*.[63] Los planes de desarrollo deben indicar todas las medidas de optimización, reforzamiento o de expansión necesarias para asegurar un suministro fiable, así como las medidas que se deben realizar en los próximos tres años. Se elaboran con base en "marcos de escenario" previos (*Szenariorahmen*) y bajo la supervisión y última autorización por la Agencia Federal de las Redes (*Bundesnetzagentur*), incluyendo amplias consultas de los ciudadanos y personas afectadas.

(2) Solo en el sector de la electricidad, el plan común de desarrollo de las redes de transporte sirve entonces, más allá de los requisitos de las directivas europeas, como base para la elaboración de un Plan Federal de Necesidades propio (*Bundesbedarfsplan*) por la autoridad federal de regulación que se debe aprobar al menos cada tercer año en forma de ley y por el Parlamento federal (*Bundestag*), (cf. artículo 12e En WG). Aquel último plan identifica entonces, y de manera jurídicamente vinculante para los subsiguientes etapas de planificación, "el provecho bajo los aspectos energético-económicos, así como la necesidad prioritaria" de los respectivos proyectos de extensión de la red con líneas transfronterizas y transnacionales, así como para la conexión de los parques eólicos *offshore*.[64]

El mismo efecto vinculante se logró con la ya anterior Ley sobre la extensión de los conductos de energía del año 2009, que designó un total de 24 medidas de expansión de las redes de máxima tensión en todo el territorio federal.[65] No se admite el recurso judicial en contra de los planes de necesidades, ni en contra de la última ley. Lo mismo vale para los "escenarios marco", para los planes de desarrollo y los informes sobre el impacto ambiental, inherentes al plan de necesidades de los proyectos en cuestión.

62. Cf. Los artículos 12a y ss., así como, para el sector del gas, el artículo 15a de la Ley sobre industria energética (EnWG). Las respectivas normas europeas (artículo 22 de la Directiva 2009/72/CE –mercado interior de electricidad–, respectivamente de la Directiva 2009/73/CE para el sector del gas) solo requieren planes individuales de cada operador de red y solo en el caso de la opción organizativa de *Transmission system operators (TSO)*. Sin embargo, el legislador alemán ha optado por un procedimiento *cooperativo*, debido a la existencia de *varios* operadores de redes en el sector de la electricidad, así como en el del gas.
63. Cf. los artículos 17b y ss. EnWG, introducidos por ley de 20 de diciembre de 2012, BGBl I, 2730.
64. Una primera Ley sobre el plan de necesidades (*Bundesbedarfsplangesetz*) ha sido aprobada el 23 de julio de 2013 (BGBl I, p. 2543). Esta ley contiene 36 proyectos para la extensión de las redes eléctricas de transporte, de los cuales 16 conciernen a líneas transregionales o transfronterizas.
65. Cf. *Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen (EnLAG),* del 21 de agosto de 2009 (BGBl. I pág. 2870).

(3) La "necesidad prioritaria" de determinados proyectos para la ampliación de las redes de transporte eléctrico, declarada tanto en el Plan federal de necesidades como en la Ley sobre la extensión de conductores de energía (EnLAG), son concebidos específicamente para facilitar y acelerar los subsiguientes procedimientos de ordenación territorial y de planificación de la posterior ubicación concreta de los proyectos en cuestión. Para tal efecto, la nueva Ley sobre la expansión acelerada de las redes de transporte (NABEG)[66] trajo consigo unas innovaciones significativas: a diferencia de las normas generales de planificación, que suelen ser ejecutadas por las autoridades de planificación a nivel regional de los Estados federados, la planificación de las líneas de máxima tensión que cruzan las fronteras nacionales o de los *Länder* o que sirven para la conexión de los parques eólicos *offshore* y que figuran en el Plan federal de necesidades o bien en la EnLAG, ahora se llevan a cabo a nivel nacional y por la Agencia Federal de Redes (*BNetzA*). De esta manera se pretende evitar retrasos en la planificación que en el pasado surgieron del *patchwork* competencial entre diferentes autoridades de los *Länder*.

(4) La planificación por la *Bundesnetzagentur (BnetzA)* se realiza en dos etapas y otra vez mediante amplias consultas del público: en un primer paso, la denominada Planificación sectorial federal (*Bundesfachplanung*)[67] la *BNetzA* tiene que decidir, dentro de seis meses siguientes a la solicitud del promotor del proyecto, sobre el trazado aproximado de la línea en cuestión mediante definición de un pasillo o "corredor" de unos 1000 metros de anchura, tomando en consideración los intereses públicos y privados en juego, así como la concertación con los planes de ordenamiento territorial de los *Länder*, de manera que ya no se requiere, como normalmente sucede, un previo trámite de ordenación territorial a nivel de los Estados federados. La planificación federal sectorial abarca también la evaluación estratégica medioambiental y la coordinación con todas las demás autoridades (tanto regionales como, en su caso, de los países vecinos) afectados en el asunto concreto. Juntos, los corredores designados forman el Plan Federal de Redes (*Bundesnetzplan*) que constituye la base jurídicamente vinculante para la siguiente segunda etapa, el procedimiento de aprobación (definitiva) del plan (*Planfeststellung*).[68]

66. *Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz,* del 28 de julio de 2011 (BGBl. I, pág. 1690).
67. Véanse los artículos 4 y ss. de la NABEG.
68. Véanse los artículos 18 y ss. de la NABEG.

Esta segunda etapa, que desde hace poco también se lleva a cabo en la Agencia federal de las redes (en lugar de las autoridades regionales de planificación), se caracteriza de nuevo por varios elementos de aceleración y, por lo tanto, varía de las normas generales sobre aprobaciones de planes en la Ley sobre la Industria de la Energía.[69] La decisión final del plan comprende la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y determina, después de una exhaustiva ponderación de los intereses públicos y privados pertinentes, la colocación definitiva, así como los variantes de diseño técnico del proyecto. El procedimiento de aprobación del plan se caracteriza además, y de manera general, o sea: tanto según la NABEG como la EnWG, por su "efecto de concentración"; de manera que la decisión final del plan abarca la compatibilidad o no del proyecto solicitado con todos los requisitos relevantes legales aplicables en el asunto concreto (tales como: las normas del derecho de urbanismo, de control de las emisiones, de protección del paisaje y de las aguas, etc.) y bajo la debida previa participación de las demás autoridades afectadas.

Habrá que añadir en este contexto que al lado de la frecuente falta de aceptación por parte de los ciudadanos de muchos proyectos –urgentes– de la infraestructura energética (como de otras infraestructuras públicas) suelen fracasar no pocas veces por no cumplir con las cada vez más exigentes normas de derecho ambiental de la UE y precisamente con los requisitos sobre la conservación de las aves silvestres, así como de los hábitats naturales, fauna y flora silvestres.[70] Aquel problema se ve agravado aún por el reforzamiento que dio el Tribunal de Justicia, precisamente frente al legislador alemán, al instrumento de la acción colectiva en manos de los grupos de protección del medioambiente.[71]

69. No obstante, los respectivos artículos 43 y ss. de la EnWG también han sido objeto de varias enmiendas en los últimos años, introduciendo igualmente unos mecanismos de aceleración del procedimiento (p. ej., plazos máximos para la toma de decisiones, exclusión de alegatos presentados con retraso y recortes de la vía judicial), así como de una mayor participación ciudadana en los trámites. Véase con más detalle al respecto J.-Ch. Pielow, introducción y comentario a los artículos 43 a 44b EnWG, en: Säcker (ed.), *Berliner Kommentar zum Energiewirtschaftsrecht*, tomo 1, 3ª ed., 2013. Gran relevancia práctica poseen también las nuevas prescripciones sobre los cables subterráneos (en vez de líneas aéreas): según el artículo 43h EnWG, nuevas líneas con una tensión hasta 110 kV deben ser erigidas como cables subterráneos cuando los respectivos costes no superan los costes de una línea aérea hasta un factor de 2,75 y cuando no se oponen requisitos de la protección de la naturaleza.
70. Cf. Directiva 2009/147/CE del 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres (B.O.C.E. 2010 Nº L 20/7) y la Directiva 92/43/CEE del 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (B.O.CEE 1992 Nº L 206/7).
71. Conforme i.a. a la Directiva 2003/35/CE sobre la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos relacionados con el medio ambiente. Véase la sentencia del TJCE del 12 de mayo de 2011, C-115/09 – Trianel, con respecto a la planificación de una nueva central térmica de carbón y en vista de la implementación insuficiente de la mencionada directiva por el legislador alemán; críticamente con respecto a esta jurisdicción y entre muchos, p. ej., T. Leidinger, 'Europäisiertes Verbandsklagerecht und deutscher Individualrechtsschutz', en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ),* 2011, pp. 1345 y ss.

2.2.3 Energía de reserva y el futuro diseño del mercado eléctrico

Otro desafío apremiante y objeto de debates actuales tanto económico-políticos como jurídicos constituye la creciente falta de rentabilidad de las grandes centrales de generación eléctrica, especialmente a base de carbón y lignito: como ya se dijo más arriba, la mayor oferta de la energía "verde" conduce a la disminución de los precios en el mercado mayorista de electricidad. Esto tiene como consecuencia algo esquizofrénico que la energía de reserva (*backup power*) que procede de las 'clásicas' centrales de generación está sufriendo desventajas competitivas, debido a sus mayores costes "marginales", fenómeno conocido como *merit-order effect* entre los economistas. Así que cuanto más energía "renovable" se alimenta a las redes tanto más deja de ser suficientemente rentable la operación de las grandes centrales de generación. Por otro lado, se necesita precisamente la energía "de reserva" de las grandes centrales eléctricas, con el fin de asegurar el constante equilibrio de la carga en las redes y para hacer frente al creciente desequilibrio que resulta de la cada vez mayor inyección 'volátil' desde las instalaciones descentralizadas de generación en base a energías renovables (en particular energía eólica y solar), al menos mientras no existen adecuadas soluciones para almacenar la electricidad en temporadas de exceso de oferta.

Ante este horizonte ya se han tomado las primeras medidas para enfrentarse al riesgo de una posible reducción e incluso paralización de las horas de operación de algunas plantas de generación convencionales (y, por ende, de la falta de energía de equilibrio)[72]: con la denominada "Ley de invierno" (*Wintergesetz*), de diciembre de 2012[73], se introdujo la posibilidad de restringir el eventual cierre de determinadas centrales de generación así como de instalaciones de almacenamiento eléctrico.

La nueva regulación afecta las instalaciones con una capacidad nominal a partir de 10 MW, cuyo cierre preliminar o definitivo debe ser notificado al operador responsable de la red de transporte, así como a la Agencia Federal de Redes con una antelación de al menos 12 meses. Se prohíbe el cierre sin previo aviso y siempre que la operación de la instalación siga siendo legal y técnicamente posible. En cambio, los operadores de las plantas de producción o de almacenamiento con una capaci-

72. De hecho, algunos productores 'clásicos' de electricidad ya amenazaron con el cierre de sus centrales. Por otro lado, hay que ver que en la actualidad el mercado de la producción energética con base en combustibles fósiles esta (aún) caracterizado por la oferta excesiva tanto en Alemania como a nivel de la U.E.

73. Véanse los artículos 13a to 13c EnWG en su versión del artículo primero de la Ley sobre nuevas regulaciones en el campo de la industria de energía del 20 de diciembre de 2012 (BGBl I, 2730). La enmienda se llama "ley de invierno" dado que la seguridad del suministro está en peligro, debido a mayores demandas de energía, especialmente durante los meses de invierno.

dad nominal a partir de 50 MW están obligados a desistir de un cierre definitivo y a mantener la operación cuando la instalación en cuestión resulta ser "relevante para el sistema". Esta cualificación debe ser autorizada por la *Bundesnetzagentur* siempre y cuando el cierre permanente de la instalación en cuestión llevaría, con una probabilidad razonable, a un peligro considerable del sistema de suministro de electricidad y cuando no existen otras medidas apropiadas. A cambio de la operación obligatoria de una planta de generación o almacenamiento, el operador tiene derecho a una compensación razonable para las necesarias medidas de conservación de la planta (gastos de mantenimiento) a prestar por el responsable operador de la red de transporte. Aquel sistema de emergencia ha sido concretizado y complementado –en términos de una resolución preliminar, válido hasta finales de 2017– en el Reglamento sobre las plantas de energía de reserva de 27 de junio de 2013.[74] La normativa contiene disposiciones detalladas en cuanto a la adquisición de energía de reserva y al reembolso de los respectivos costes. La energía de reserva puede ser entregada no solo a partir de las plantas de producción y de almacenamiento ya existentes, sino también y en casos excepcionales de necesidades específicas a partir de nuevas instalaciones, lo cual se debe organizar a través de licitación pública o, si esto queda sin efecto, mediante la creación de nuevas capacidades de producción por el propio operador responsable de la red de transporte.

El sistema actual y preliminar de contratación obligatoria de los productores de electricidad ha sido criticado por ser dominado por el Estado sobreregulado, así como poco orientado al mercado.[75] Así que en la actualidad es una cuestión de animados debates (y de nuevo un desafío tanto para ingenieros, economistas y juristas), si, y en su caso, en qué medida el actual diseño del mercado de electricidad requiere una "optimización" –en la medida de que los operadores de las plantas centrales pueden pedir incluso precios (elevados) de escasez– o si es preciso la creación, al lado del ya existente mercado "solo energía" (*energy only market*), de nuevos y propios "mecanismos de capacidad", por ejemplo mediante licitaciones públicas de las capacidades necesarias de generación.[76] El desarrollo de un posible

74. *Reservekraftwerksverordnung (ResKV),* BGBl 2013 I, p. 1947.
75. Véanse, para un análisis detallado y crítico, por ejemplo el comunicado de prensa de la Asociación Federal de la Industria Alemana de Energía y de Aguas *(Bundesverband der Deutschen Elektrizitäts- u. Wasserweirtschaft, BDEW)* del 14 de junio de 2013 (accesible bajo www.bdew.de); además: A. Däuper / J. Voß, 'Die Netzreserve nach der neuen Reservekraftwerksverorednung', en: *InfrastrukturRecht* (IR), 2013, pp. 170 y ss.
76. Véase últimamente, y con más detalle sobre esta cuestión de principio, el Libro Verde del Ministerio Federal de Economía y de Energía "Un mercado de electricidad para la *Energiewende" (Bundesministerium für Wirtschaft u. Energie,* "Grünbuch, Ein Strommarkt für die Energiewende"), octubre de 2014, particularmente en las pp. 39 y ss.

nuevo diseño del mercado de electricidad[77] puede orientarse también en modelos ya implementados en otros países, como, por ejemplo, en España.[78] Se debe preguntar además si un nuevo modelo, como podría ser la creación de un "mercado de capacidades", no tiene que ser realizado, en vez de su implementación en un solo país, mejor a nivel europeo o al menos mediante la cooperación de varios países vecinos en la UE.[79]

3. La reforma de la Ley sobre Energías Renovables de 2014 (EEG 2014)

A la luz de tantos desafíos y en vista sobre todo de los resultados económicos mencionados *supra* (I 1 b bb), uno de los retos principales del nuevo gobierno federal, surgido de las elecciones del 22 de septiembre de 2013, ha sido la reforma sustancial de la Ley sobre Energías Renovables (EEG). Las largas deliberaciones tanto políticas como jurídicas del proyecto "EEG 2.0" se movieron entre un cambio de paradigma completo, por ejemplo hacia un sistema "de cuotas" (o portafolio estándar de renovables), en vez de tarifas de alimentación legalmente fijadas, y meras modificaciones del sistema existente pero más orientado al mercado. Sin embargo, y como ya se ha dicho, el sistema demostró ser resistente y duradero, sin duda a causa de los intereses de muchos beneficiarios y fuerzas de inercia, con lo cual el debate concluyó en el último sentido solo en una remodelada Ley de Energías Renovables, la llamada "Ley sobre el desarrollo de la energías renovables" (en vez de la anterior Ley sobre "la prioridad" de las ee.rr.), de 21 de julio de 2014.[80]

77. Entre las muchas propuestas para un nuevo diseño de mercado se destaca, p. ej., el documento de posición *Design of a decentralised capacity market* del antes citado BDEW de junio de 2014, accesible en http://www.bdew.de.
78. Para la situación en el Reino Unido véase el comunicado del Department of Energy & Climate Change, "Electricity Market Reform: Capacity Market Reform", del 19 de marzo de 2014, accesible en <https://www.gov.uk/government/news/electricity-market-reform-capacity-market-design>.
79. En este último sentido: Comisión Europea, comunicación "Realizar el mercado interior de la electricidad y sacar el máximo partido de la intervención pública", del 5 de noviembre de 2013 (COM[2013] 7243 final); véase sobre este punto también el Libro Verde del Ministerio de economías alemán antes citado, en pp. 33 y ss.
80. Cf. Ley sobre el artículo primero de la Ley sobre la reforma sustancial de la ley sobre energías renovables y de modificación de otras normas en el derecho de la industria energética *(Gesetz zur grundlegenden Reform des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts)*, de 21 de julio de 2014 (BGBl I, p. 1066), entrado en vigor el 1º de agosto de 2014.

La nueva ley comprendió en total 104 artículos más detallados, cuatro apéndices, así como más autorizaciones extendidas para adoptar decretos complementarios por parte del gobierno federal.

Han sido objetivos generales de la ley de 2014, conforme a su artículo 1, párrafo primero: facilitar, especialmente con el fin de la protección del clima y del medio ambiente, el desarrollo sostenible del abastecimiento energético, reducir los costes económicos del suministro de energía, también a través de la incorporación de los efectos externos y a largo plazo, proteger los recursos fósiles de energía, así como promover el desarrollo de nuevas tecnologías para la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables.[81] Se pretendió además una mayor y mejor integración de la electricidad procedente de las energías renovables tanto en las redes como en el mercado de energía, contribuyendo de esta manera a la transformación del sistema de suministro energético en su conjunto (artículo 2, párrafo 2° EEG 2014).

3.1 Modificaciones principales

Primordialmente se pretendió frenar la expansión de la generación de electricidad basada en energías renovables: la cuota de las energías renovables debió aumentar solo hasta un 40 a 45 por ciento en el 2025, hasta un 55 a 60 por ciento en 2035 y hasta un mínimo de 80 por ciento del consumo bruto de electricidad hasta 2050. El crecimiento graduado se acentúa mediante los "pasillos de expansión" (*Ausbaupfade*), a saber: por un aumento limitado de la energía eólica instalada de solo 2500 MW al año en tierra (*offshore*: 6500 MW hasta 2020 y 15 000 MW hasta 2030), así como la limitación de la expansión de la energía solar de solo 2500 MW (bruto) y de la biomasa hasta 100 MW (bruto) al año.

El control de las cantidades de producción eléctrica se llevará a cabo, en el caso de la energía fotovoltaica, eólica (terrestre) y de biomasa, a través de la denominada "tapa respirante". Eso significa: en la medida en la que se construyen nuevas instalaciones de generación eléctrica con base en aquellas energías renovables por encima de los pasillos de desarrollo, disminuyen automáticamente las cuotas de fomento otorgadas a otras instalaciones nuevas. En el caso de la energía eólica *offshore,* solo

81. "Fuentes de energía renovables" están legalmente definidas como la energía hidroeléctrica, incluyendo onda, intermareal, osmótico y fluvial, energía eólica, energía de la radiación solar, energía geotérmica, energía de la biomasa incluyendo el biogás, el biometano, gases de vertedero, gases de aguas residuales, así como la energía de la cuota biodegradable de los residuos domésticos e industriales. Cf. artículo 4 N° 14 de la EEG 2014.

existe un tope fijo para las subvenciones, lo que significa: una vez alcanzado el límite de desarrollo ya no se admiten subvenciones para más instalaciones.

Por otra parte, el objetivo del legislador ha sido mejorar la competitividad entre las distintas energías renovables, así como responder a las objeciones de la Comisión de la UE en cuanto a la prohibición de ayudas estatales (arts. 107 y ss. TFUE). Para tal efecto, los logros centrales consisten en:

- la obligación de los operadores de nuevas instalaciones de vender la electricidad directamente a los consumidores en el mercado (*Direktvermarktung*), válida desde el principio para las instalaciones de 500 y más MW y a partir del 1º de enero de 2016 para las instalaciones con 100 y más MW;
- la reducción de las excepciones para los usuarios industriales y de alto consumo energético de la obligación a pagar el recargo EEG, conforme a las nuevas directrices adoptadas por la UE en materia de ayudas estatales relacionadas con la energía[82]; ahora, esas excepciones solo se admiten para determinadas industrias y por razones de su competitividad solo en la medida en que estén expuestos a la competición en los mercados internacionales;
- la extensión, por otro lado, de la obligación de pagar el recargo EEG también y por primera vez a los autoproductores de electricidad, si bien solo para nuevas instalaciones de generación, así como con reducciones para la autoproducción con base en energías renovables o de la cogeneración y también para instalaciones pequeñas;
- por último, la EEG 2014 previó –conforme a respectivas peticiones por parte de la Comisión Europea (véase en seguida sección 2)– un régimen novedoso para el fomento de corriente procedente de grandes y nuevas *instalaciones fotovoltaicas en superficies al aire libre* (en alemán "*PV-Freiflächenanlagen*"); el fomento se debe llevar a cabo mediante la licitación pública en manos de la agencia federal de regulación (*Bundesnetzagentur*); para tal efecto se dictó un decreto sobre la puesta en marcha de procedimientos respectivos piloto de licitación a partir del 15 de abril de 2015[83]; el decreto prevé además y por primera vez el fomento de la electricidad verde procedente también de *otros Estados miembros de la UE* con base en acuerdos recíprocos de cooperación (conforme al artículo 11 de la Directiva 2009/28/CE) y a partir 2017.

82. Véase la comunicación de la Commission Europea "Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020", D.O.U.E. Nº C 200/1 de 28 de junio de 2014.
83. Véase *Verordnung zur Ausschreibung der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen* del 6 de febrero de 2015 (BGBl I, p. 108).

3.2 El contexto europeo

Hay que subrayar que la reforma de la Ley sobre energías renovables de 2014 (EEG 2014) también ha sido necesaria en vista de los requisitos del derecho de la UE: así, la anterior EEG –y en particular las excepciones de las industrias con alto consumo energético del pago de las compensaciones para las energías renovables– han sido objeto de un trámite por infracción de las normas sobre ayudas estatales. También en lo relativo a la reforma 2014 se llevó a cabo un largo tira y afloja con el Gobierno alemán hasta que la enmienda finalmente recibió la luz verde de Bruselas: por resolución de 23 de julio de 2014, y tras la aprobación de las ya mencionadas nuevas Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020, la Comisión declaró la nueva EEG 2014 en línea con los artículos 107 y ss. del TFUE.[84] Esta decisión, sin embargo, solamente es válida durante un período transitorio hasta finales de 2016, dado que Bruselas pidió al legislador alemán un cambio aun más drástico del diseño del fomento de las ee.rr. a partir de 2017 y mediante la sustitución del hasta ahora vigente sistema (retribuciones fijadas por ley para cada hora kilovatio en combinación con la "comercialización directa") por un concepto que se base más generalmente en el principio de la licitación pública, tal y como ya era prevista, de manera 'piloto', para las instalaciones fotovoltaicas en superficies al aire libre en la EEG 2014 (véase más abajo IV).

Mientras tanto, la pregunta clave de que si el sistema alemán del fomento constituye una "ayuda estatal" en el sentido del artículo 107 TFUE sigue siendo objeto también de la jurisdicción de los tribunales europeos, con un recién y considerable cambio de rumbo al respecto: en un principio, y dado que la prohibición del artículo 107, párr. 1 TFUE se refiere unicamente a ayudas otorgadas (directamente) *por los Estados* o (de manera indirecta) *mediante fondos estatales,* que falseen o amenacen falsear la competencia en el mercado interior, el Tribunal de Justicia consideró aquella prohibición como no aplicable en tanto y en cuanto el fomento de la electricidad a partir de las ee.rr. se llevase a cabo únicamente entre *particulares*, es decir: entre los productores de la corriente, los operadores de las redes y los consumidores finales de la energía.[85] Sin embargo y muy recientemente, el Tribunal General (antes del Tratado de Lisboa: Tribunal de Primera Instancia) se articuló en un sentido inverso: en lo relativo a la penúltima ley alemana sobre el fomento de la electricidad, a partir de las ee.rr. de 2012 y

84. Véase el comunicado de prensa de la Comisión IP/14/867, de 23 de julio de 2014.
85. Véase nuevamente, referiéndose aún a la primera ley alemana sobre el fomento de ee.rr. (*Stromeinspeisungsgesetz*), sentencia de 13 de marzo de 2001 en el asunto C-379/98 – PreußenElektra.

conforme con la postura general de la Comisión que había sometido (también) la EEG 2012 al control de las ayudas estatales[86], la sentencia del 15 de mayo de 2016 destacó particularmente la mayor complejidad del sistema actual del fomento, en la medida en que el "recargo EEG" que sirve para cubrir los costes generados por las tarifas reguladas y la prima de mercado previstos por la ley y para garantizar a los productores de electricidad EEG un precio mayor que el precio de mercado procedería del establecimiento de una "política pública de apoyo a los productores de electricidad EEG fijada, a través de la Ley, por el Estado."[87] A pesar de que las propias transferencias financieras se realicen principalmente entre los productores de la electricidad "renovable" y los gestores de las redes de transporte (GRT), estos últimos actuaban, según consideraron los jueces, "bajo la influencia dominante de los poderes públicos en la medida en que las disposiciones legales y reglamentarias que los regulan permiten asimilar los GRT, colectivamente considerados, a una entidad que ejecuta una concesión estatal". Esta última sentencia ha vuelto a encender el debate entorno de la naturaleza o no de ayuda estatal del sistema alemán de fomento de las ee.rr., así como la polémica sobre la estrategia de la Comisión Europea de influir la política energética de los países miembros de la UE a través de sus competencias en el campo de la política de competencia. Si bien la Comisión había considerado gran parte de la EEG 2012 como justificada en virtud de los retos europeos de protección del medio ambiente y del clima (respectivamente de las nuevas Directrices de ayudas estatales en este contexto), el Gobierno federal alemán ha interpuesto, en vista de la gran relevancia de la mencionada pregunta clave también para el futuro del fomento de las ee.rr., el recurso de casación contra la mencionada sentencia, con lo cual la respuesta definitiva quedó en manos del propio Tribunal de Justicia (TJUE).

Habrá que mencionar también otra espada de Damocles por encima del fomento de las energías renovables: ante el Tribunal de Justicia de la UE estaban pendientes recursos contra el fomento unilateral de la generación de electricidad "verde" solo en favor de productores a nivel nacional, por lo cual se denunció una restricción injustificada no solo de la prohibición de ayudas estatales sino también y por encima de la libre circulación de mercancías como principio de base del mercado interior europeo. Finalmente, y a pesar de que el abocado general Yves Bot había optado, en ambos trámites, en favor de esta postura, el Tribunal decidió en el sentido contrario: insistió en su anteriores consideraciones en el temprano asunto *PreußenElektra*[88] y se

86. Véase Decisión de la Comisión (UE) 2015/1585, del 25 de noviembre de 2014 (D.O.U.E. 2015 Nº L 250 p. 122 y ss.).
87. Sentencia del Tribunal General en el asunto T-47/15 (República Federal de Alemania / Comisión), especialmente considerandos 92 y ss.

articuló de nuevo en favor de la legitimación de los conceptos meramente nacionales del fomento de la energías renovables por motivos de protección del clima y conforme también a las exigencias del principio de proporcionalidad.[89] No obstante, uno tiene que tomar en cuenta: en la medida en que aumenta la generación de la electricidad con base en las ee.rr. que se fomenta solo a través de (diferentes) regímenes nacionales y solo a nivel de los respectivos Estados miembros se presenta el riesgo de una progresiva fragmentación y de una cada vez mayor distorsión de la competencia en el mercado interior de la energía. A la luz también de esta consideración no pocas voces en la doctrina están reclamando una mayor armonización de los conceptos nacionales de fomento a nivel de la Unión.[90] De hecho, la actual Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables[91], sigue dejándoles a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para el diseño de los sistemas de fomento en sus respectivos territorios (al menos en lo referido a la generación de *electricidad* a partir de fuentes renovables). Entretanto, la propia Comisión Europea ya se ha articulado –en el contexto de sus ambiciosos planes– hacia una *Unión de la Energía*[92] y en el marco de un nuevo paquete legislativo anunciado para el invierno del 2016 –hacia una reforma de la mencionada Directiva–, con un destacado enfoque, entre otros objetivos, hacia una mayor cooperación entre los Estados miembros en cuanto al comercio transfronterizo y al fomento de la electricidad procedende de energías renovables.

3.3 El contexto jurídico-constitucional

Al lado de la problemática a nivel del derecho de la Unión el actual esquema del fomento de las energías renovables sigue siendo objeto de críticas desde la perspectiva del derecho constitucional alemán: especialmente se cuestiona, a lo largo de un recurso piloto por parte de una empresa textil alemana, si la carga

88. Sentencia del 13 de marzo de 2001 en el asunto C-379/98.
89. Cf. sentencias del TJUE de 1° de julio de 2014, asunto C-573/12 - Ålands Vindkraft, así como de 11 de septiembre de 2014, asunto C-204/12 y otros – Essent Belgium.
90. Véanse, entre otros, J. Gundel, 'EEG-Reform und Energiebinnenmarkt', en: J.-Ch. Pielow (ed.), *Runderneuerte Energiewende? – Ökonomische, juristische, und politische Herausforderungen*, 2016; M. Burgi, 'Die Energiewende und das Recht', en *Juristenzeitung* (JZ) 2013, pp. 745 *et seq.*
91. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009, en su versión de la Directiva modificadora 2015/1513/EU del 9 de octubre de 2015.
92. A partir de la Comunicación "Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva", del 25 de febrero de 2015 (COM[2015] 80 final). Véase también y últimamente la Comunicación "Estado de la Unión de la Energía 2015" del 18 de noviembre de 2015 (COM[2015] 572 final) con la actualización de la hoja de ruta hacia la Unión de la Energía (anexo 1).

financiera derivada de la Ley de energías renovables ("recargo EEG") constituía un gravamen constitucionalmente inadmisible, especialmente (*Sonderabgabe*) para los consumidores de energía, tanto industriales como individuales.[93] Un tal gravamen distorsiona de alguna manera el sistema de la financiación de las tareas públicas, primeramente a través de las exacciones obligatorias (impuestos, tasas y cotizaciones administrativas) y solo se admite bajo requisitos muy restrictivos.[94] El Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), sin embargo, no consideró el recargo EEG como un gravamen especial, porque este tipo de indemnizaciones no es recaudado por el Estado (que, sin embargo, diseña el sistema de pago por ley). Más bien habrá que interpretarlo en el sentido de una mera regulación de precios, por lo que no se podrían aplicar los criterios sobre las contribuciones especiales, ni siquiera *mutatis mutandis*.[95] Posteriormente, la mencionada empresa textil interpuso un recurso de amparo contra esta decisión ante el Tribunal constitucional federal – que finalmente rechazó el asunto, lamentablemente sin ninguna declaración sobre la argumentación jurídico-constitucional en este contexto–.[96]

Mientras tanto, también algunas nuevas postulaciones de la reciente EEG 2014 ya se encuentran bajo ataque jurídico-constitucional: la crítica se refiere especialmente a la abolición de las excepciones del pago de las compensaciones para las energías renovables en favor de los autoproductores y autoconsumidores de electricidad. La nueva EEG 2017 se considera inconstitucional por lesión del derecho fundamental, al hacer libre uso de la propiedad privada y del principio de igualdad –así como por constituir, por su parte, un gravamen especial ilícito (*Sonderabgabe*)–.[97]

Como se dijo más arriba, la ley sobre el fomento de la electricidad a partir de las ee.rr. del año 2014 constituyó solamente una regulación transitoria, puesto que la Comisión Europea obligó al legislador alemán a adoptar medidas adicionales y con el objetivo de una mayor integración de la corriente "renovable" en el mercado de la energía. Para tal fin el Parlamento federal aprobó el 8 de julio de 2016 una nueva

93. Véase, en este sentido, especialmente G. Mannssen, 'Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe', en: *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 2012, pp. 499 y ss.
94. El Tribunal constitucional federal desarrolló estos límites i.a. en lo relativo al temprana "céntimo de carbón" (*Kohlepfennig*) que anteriormente sirvió para fomentar las minas alemanas de carbón con el apoyo (forzoso) de los consumidores de electricidad. Cf. auto de 11 de octubre de 1994, BVerfGE 91, 186 y ss.
95. Furthermore the BGH held that Parliament did not exceed its competences when choosing to regulate the EEG surcharge in the form of a statutory price regulation, cf *Bundesgerichtshof,* judgement of 25 June 2014 (VIII ZR 169/13).
96. Cf. *Allgeimeiner Vliesstoff-Report (AVR – Nowovens & Technical Textiles*) – comunicado de prensa (Niews, Views & Markets) del 17 de octubre de 2014.
97. Véanse, p. ej., *F. Eckart*, 'EEG-Novelle 2014: Verfassungs- und europarechtliche Probleme', 2014; M. Maslaton / F. Brahms, 'Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Erhebung der EEG-Umlage auf die Eigenstromversorgung im EEG 2014', 2014.

normativa que debe entrar en vigor el 11 de enero de 2017[98] y que lleva consigo, una vez más, un cambio de paradigma: a partir de 2017 la compensación de la electricidad renovable se debe fijar, ahora de manera generalizada, ya no previamente por el Estado y mediante ley sino a través de la licitación pública. En concreto:

Tras haber sido introducida la licitación obligatoria para los sistemas fotovoltaicos en superficies al aire libre en la EEG 2014, debe determinarse el apoyo financiero también para otros sistemas solares, así como para plantas eólicas y de biomasa según aquel régimen de competencia. Estarán sometidos a la licitación todas las plantas –nuevas[99]– de una capacidad instalada a partir de 750 kW (energía eólica terrestre y la energía solar) y a partir de 150 kW en el caso de las plantas de biomasa. Las instalaciones con menor capacidad siguen siendo –en función de la tecnología y el tamaño de la planta– objeto de un fomento fijado por ley. Además, todas las instalaciones con una capacidad a partir 100 kW deben vender la electricidad generada de manera directa a consumidores finales o bien en la bolsa de energía –con la particularidad de que la prima de mercado (*Marktprämie*) para las plantas a partir respectivamente, de 750 kW y 150 kV en el caso de plantas de biomasa– ya no se determina por ley sino mediante el procedimiento competitivo de la licitación. Exentos de la obligación de licitar: plantas de generación de electricidad a partir de energía hidroeléctrica, de gases de vertedero, de aguas residuales o de las minas, así como de la energía geotérmica. Lo mismo vale para instalaciones eólicas "de piloto", que tienen avances o innovaciones técnicas significativas, hasta una capacidad total instalada de 125 MW.

La autoridad competente para llevar a cabo el procedimiento de la licitación será la Agencia Federal de las Redes (*Bundesnetzagentur*). Ella anunciará las fechas límites para la presentación de las ofertas y determinará los volúmenes de la licitación, así como los precios máximos alcanzables. Para poder participar en el trámite de la licitación, cada instalación debe cumplir, a parte de la necesaria capacidad mínima, con otras condiciones que se establecen según la tecnología en cuestión. Los licitadores deberán indicar la ubicación exacta de la planta, así como un valor de oferta en céntimos por cada kilovatio hora (ct / kWh). Se trata del valor que el operador recibirá, en el caso de su selección, en forma de la "prima de mercado"

98. Véase el proecto ley *(Gesetz zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien)* en el impreso del Consejo Federal (Bundesrats-Drucksache) 355/16, del 8 de julio de 2016.

99. Las instalaciones puestas en funcionamiento *antes* de la entrada en vigor del EEG 2017 seguirán recibiendo la remuneración de acuerdo con la legislación anterior. Lo mismo deberá valer para plantas eólicas y de biomasa que obtuvieron su permiso antes del 31 diciembre de 2016 pero aún no se han puesto en funcionamiento. Si empiezan a funcionar hasta el 31 de diciembre de 2018, sus operadores podrán eligir libremente entre la participación en la licitación pública y la renumeración según la legislación anterior.

y al lado del precio para la venta directa en el mercado de energía. Se adjudicará la licitación al licitador cuya oferta no sea inferior al precio mínimo y que tiene el valor más bajo. Las demás adjudicaciones se realizarán ascendiendo al nivel de los valores de las ofertas hasta que se haya alcanzado el volumen de la licitación. Después de la adjudicación el licitador está obligado a poner en práctica el proyecto de generación dentro de un plazo determinado. En el caso de incumplimiento se impondrán sanciones financieras o bien la confiscación de los obligatorios pagos de garantía. Los operadores participantes en la licitación están obligados a alimentar con la red la totalidad de la electricidad generada en sus instalaciones, con lo cual no se admite en el régimen de la licitación el uso (parcial) cautivo o autoabastecimiento.

Con el fin de garantizar la eficacia de los costes del fomento de la ee.rr., el nuevo sistema de la licitación se debe llevar a cabo, de manera más rígida, dentro de los "pasillos de expansión" ya previstos en la EEG 2014 (proporción de ee.rr. en el consumo bruto de electricidad de 40 a 45 por ciento en 2025 y del 55 al 60 por ciento en el 2035). Por ende, se prevén los siguientes objetivos máximos (y reducidos en lo referido a la ley de 2014) de expansión:

- *energía eólica terrestre:* ampliación por 2800 MW (bruto) en 2017 hasta 2019 y por 2900 MW a partir de 2020;
- *energía eólica marina:* ampliación a 6500 MW hasta 2020 y a 15 000 MW hasta 2030;
- *energía fotovoltaica:* ampliación por 2500 MW (bruto) por año;
- *biomasa (incl. biogás):* ampliación por 150 MW (bruto) en 2017 hasta 2019 y por 200 MW (bruto) en 2020 hasta 2022.

De manera correspondiente se establecerán los volúmenes (limitados) y fechas concretas de licitación durante los años en cuestión. En respuesta al creciente problema de la congestión de las redes eléctricas en regiones con mucha energía eólica (y volátil) se prevé además, y a través de un reglamento del Gobierno federal, la creación de denominados "territorios de expansión de la red" (*Netzausbaugebiete*), dentro de los cuales se limitará la expansión de las instalaciones eólicas a un tope de 58 por ciento de la capacidad instalada en una media anual de 2013 a 2015 en cada área. Y para poder juzgar mejor el potencial y, por ende, la rentabilidad, especialmente de las instalaciones eólicas terrestres, dependiendo de su ubicación y en el curso de las licitaciones a nivel nacional, se creará un sistema de referencia (*Referenzertragsmodell*) que debe servir para comparar los precios ofrecidos y para que el precio ofrecido se ajuste de acuerdo con la ubicación de la instalación individual.

Al fin y al cabo y según la EEG 2017 hasta un 80 por ciento de la futura expansión de la generación eléctrica con base en las ee.rr. debe fomentarse exclusivamente a través de las licitacicones públicas, es decir: mediante la adjudicación competencial de unas

promociones (*i.e.* premios de mercado) según ofertas y para instalaciones *individuales* (modelo llamado *pay as bid*). El restante 20 por ciento de las plantas "renovables" seguirá siendo objeto del *uniform pricing,* en otras palabras: de la promoción 'tradicional' y mediante compensaciones fijadas por ley. Entran en este último grupo, con el fin de mantener la pluralidad de los operadores en el mundo de las ee.rr., también las diversas iniciativas por parte la 'sociedad civil' –en forma de cooperativas o sociedades civiles para la operación de parques éolicas o solares, aunque se les permitará la participación voluntaria y bajo condiciones facilitadas en los trámites de licitación–.

5. Conclusiones y perspectivas

El enorme cambio de rumbo que se desarrolló en la política alemana de energía a lo largo de los últimos años sigue siendo, en sentido literal, a la vez un proyecto ambicioso como un proceso de descubrimiento. Como se ha visto, el proceso va acompañado por numerosos y considerables desafíos –tanto en el sentido técnico, económico como jurídico–. Bajo aspectos económicos queda para resolver el problema de la creciente implosión de costes en detrimento de los consumidores tanto industriales como particulares de energía. Pues a los recargos para el fomento de las energías renovables se suman cada vez más otros costos, como, por ejemplo, los gastos para la imprescindible expansión de las redes de transporte y distribución, así como para la conexión de los parques eólicos en el mar del Norte y el mar Báltico.

Hay que sumar a este panorama incluso los gastos que seguirán por el abandono de la energía nuclear especialmente para el debido desmantelamiento de las centrales atómicas (en el caso en que las reservas financieras obligatorias de las empresas operadoras resulten insuficientes), así como para posibles indemnizaciones a pagar (dependiendo de los recursos judiciales aún pendientes) por el cierre sucesivo y anticipado de las plantas nucleares. Otros costos adicionales resultarán finalmente de los "mecanismos de capacidad", con el fin de salvar centrales "tradicionales" de generación que siguen siendo –muy parecido a algunos bancos en el curso de la crisis financiera en la eurozona– "relevantes para el sistema". Para tal efecto, el legislador federal acaba de aprobar otro cambio tanto paradigmático como ambicioso en forma de la Ley sobre el mercado eléctrico (*Strommarktgesetz*), del 26 de julio de 2016[100]: con el fin de garantizar la seguridad del suministro en vista de la cada

100. BGBl 2016 I, p. 1786.

vez más descentralizada y volátil generación de elelctricidad se prevé la creación, al lado de la "reserva de red" (*Netzreserve*) ya existente desde 2013 para el redispatch en las redes de transporte, de una "reserva de capacidad" (*Kapazitätsreserve*) con un volumen en un principio de 2 gigavatios: a partir del invierno 2018/19 determinadas centrales, seleccionadas nuevamente a través de un trámite de licitación, serán transferidas gradualmente a la capacidad de reserva. Su generación ya no puede ser comercializada en los mercados de electricidad sino que solo puede ser usada a petición de los TSO, cuando la capacidad eléctrica proporcionada a través de mecanismos de mercado resulte insuficiente para satisfacer la demanda actual, es decir, especialmente cuando los sistemas fotovoltaicos presenten la productividad más baja. Los costes para el mantenimiento de aquellas centrales de reserva también deben repartirse a traves de las tarifas del acceso a las redes. El mismo diseño legal del nuevo "mercado eléctrico 2.0" prevé además una "reserva o disponibilidad de seguridad" (*Sicherheitsbereitschaft*) a la que debe transferirse de manera sucesiva y para un plazo de cuatro años la capacidad de ocho centrales eléctricas aún activas con base en *lignito* (un 13 por ciento de la capacidad instalada de lignito). Esto significa que las respectiva plantas tampoco ya no pueden participar en el mercado de energía, que deben servir como reserva de 'última instancia' en casos en los que los demás mecanismos de capacidad resulten insuficientes y que serán cerrados definitivamente al término del plazo mencionado. La creación de aquella reserva de seguridad se vio justificada por motivos menos 'energéticos' que de la protección del clima: con la salida de las centrales de lignito del mercado deben salvarse 12,5 millones de toneladas de emisiones de CO_2, lo que equivale a aproximadamente el 50 % de los ahorros que se requieren para poder lograr el objetivo de la protección del clima de Alemania para 2020. Para la transferencia de sus centrales de lignito a la reserva de seguridad las empresas operadoras recibirán una compensación total de 1,61 millones de euros (230 millones de euros por año) que se repartíran, una vez más, a través de las tarifas de acceso a las redes, así como, por ende y finalmente, por los consumidores en el sector eléctrico.

Por último y en lo relativo a lo jurídico siguen existiendo además, y por su lado, considerables inseguridades, tanto a nivel nacional como en el seno del derecho europeo. En el derecho energético alemán preocupa en primer lugar la ya ahogadora marea de cada vez nuevas y adicionales normas o bien la furia reguladora –con las consiguientes efectos negativos en cuanto a la claridad, racionalidad y practicabilidad del sistema normativo en su conjunto tanto como al menoscabo de la seguridad de planificación e inversión, por no hablar de algunos problemas jurídico-constitucionales aún no resueltos–. Y a nivel europeo se arriesga el proyecto central de la libre competencia en el mercado interior de la energía, debido a cada vez nuevas regímenes especiales en los Estados miembros y especialmente

en Alemania. No en vano la *road map* de la Comisión Europea hacia la 'Unión de la energía prevé, entre otras medidas y por motivos también de la seguridad del suministro energético, el desarrollo de un diseño propio para el mercado de electricidad en la Unión –todo en el sentido de la mayor coordinación de los regímenes nacionales y en la dirección de una 'regionalización' (entre países vecinos) tanto de la comercialización y el fomento de las ee.rr. como de los diversos 'mecanismos de capacidad'.

Desarrollo hidroeléctrico del río Paraná: de la superación de conflictos geopolíticos a la visión integradora del aprovechamiento del recurso energético[1]

Victorio Oxilia[2] *y Fredy Génez*[3]

Sumario

1. Introducción. 2. Multiplicidad de doctrinas respecto a los cursos de agua compartidos: Consagración en instrumentos internacionales y posturas defendidas por los países ribereños del río Paraná. 3. Primeros acuerdos bilaterales para la utilización del potencial hidroeléctrico del río Paraná y sus afluentes, anteriores al Tratado de la Cuenca del Plata. 4. Tratado de la Cuenca del Plata. La consagración de la Cuenca Hidrográfica como unidad básica. 5. Acuerdos posteriores al Tratado de la Cuenca del Plata: Firma del Tratado de creación de la COMIP y de los Tratados de ITAIPÚ y YACYRETÁ. 6. Acuerdo Tripartito por intercambio de Notas Reversales entre los Gobiernos de Argentina, Brasil y Paraguay referente al aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná. 7. La necesidad actual de revisión de los acuerdos para el desarrollo del sector. 8. Las perspectivas de avance: de los conceptos de evitación del perjuicio sensible y de los acuerdos bilaterales a los de optimización del uso del recurso hídrico para beneficio de todas las partes y a los acuerdos subregionales o regionales.

1. Trabajo elaborado en el marco de la estancia académica internacional del candidato a doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza, Fredy Génez, en la Facultad Politécnica de la Universidad Nacional de Asunción.
2. B.Sc y Licenciado en Física por la Universidad de Sao Paulo (Brasil). Máster en Ciencias en Historia Social de las Ciencias, doctor (Ph.D.) en Energía. Se ha especializado en Física de Reactores Nucleares en el Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares de Sao Paulo. Ha realizado una extensa carrera nacional e internacional: ocupó altos cargos ejecutivos en el Gobierno de Paraguay y ejerció la Secretaría Ejecutiva de la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE). Ha realizado numerosas publicaciones internacionales en diversas áreas del sector energía y presentó conferencias en varios países del mundo.

Resumen

El río Paraná posee uno de los principales potenciales hidroeléctricos del mundo, pero su soberanía es compartida por tres países (Argentina, Brasil y Paraguay). Por este motivo, el aprovechamiento parcial de este importante recurso se viabilizó mediante un complejo proceso de negociación entre países con enfoques geopolíticos diferentes con relación al uso del recurso. Así, existen actualmente dos centrales hidroeléctricas binacionales en operación. En el proceso de negociación constituyen hitos importantes los Tratados de la Cuenca del Plata (1969) y el Acuerdo Tripartito (1979). La existencia actual de una serie de condiciones favorables propicia la búsqueda de revisión de los acuerdos existentes para lograr el aprovechamiento óptimo del recurso.

Palabras clave: Agua, energía, cursos de agua internacionales, aprovechamientos hidroeléctricos, cambio climático, Cuenca del Plata, integración energética, Mercosur, Unasur, Itaipú, Yacyretá, Corpus Christi.

Abstract

The Parana River has one of the largest hydroelectric potentials in the world, however its sovereignty is shared by three countries (Argentina, Brazil and Paraguay). For this reason, the partial utilization of this very important energy resource was made effective through a complex negotiation process involving disparate geopolitics standpoints in relation to the use of the resource. Currently two bi-national hydroelectric dams are in operation. In the negotiation process, the Treaty of the Rio de la Plata Basin (1969) and the Tripartite Agreement (1979) constitute important milestones. The existence of a series of favorable conditions invites for a revision of the existing agreements to achieve optimal resource use.

Key words: water, energy, international watercourses, hydroelectric resources, climate change, Rio de la Plata basin, energy integration, Mercosur, Unasur, Itaipú, Yacyretá, Corpus Christi.

Actualmente es director-socio de ESENERG –Estrategias Energéticas para un Desarrollo Sustentable–, sociedad establecida en Asunción (Paraguay); es docente investigador y director de Investigación y Posgrado de la Facultad Politécnica de la Universidad Nacional de Asunción. Investigador categorizado en el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

3. Abogado por la Universidad Nacional de Asunción, máster por la Universidad de Alcalá y doctorando becario de ITAIPÚ Binacional en la Universidad de Zaragoza. Negociador por Paraguay en las XVI y XVII Conferencia de las Partes de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (Cancún y Durban). Actualmente es profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Sección Caaguazú y de Derecho Ambiental de la Escuela Judicial de Asunción. Director de Ebro – Firma Jurídica.

1. Introducción

La capacidad de los recursos hídricos es limitada para atender sus múltiples usos en los sectores productivos y para el desarrollo de la vida humana. Esos usos pueden en algunas ocasiones llegar a ser excluyentes. Por ello se justifica jerarquizar el orden de prioridades de su utilización, lo cual corresponde a una decisión política que generalmente es plasmada en una ley[4] y posteriormente desarrollada por decisiones administrativas. Tratándose de recursos hídricos compartidos por más de un Estado, la cuestión se vuelve aun más compleja, ya que en el Derecho internacional no existe un criterio unificado sobre el uso de estos recursos, fundándose las decisiones en acuerdos alcanzados por las Partes, en atención a diferentes puntos de vista, principalmente de carácter geopolítico.

De entre los posibles usos de los recursos hídricos, el relacionado con la generación de energía presenta particularidades por las cercanas interrelaciones que existen entre agua y energía. De hecho, existe un relacionamiento formal y material sumamente estrecho y bidireccional. Por un lado, el agua es sustrato en el funcionamiento de las centrales hidroeléctricas; es elemento indispensable para la refrigeración en otras instalaciones de conversión de energía (tales como: los sistemas termosolares y las centrales nucleares y térmicas). Es también imprescindible para la extracción y refinamiento del petróleo. Por otro lado, se necesita de energía para los múltiples aprovechamientos del agua (tales como irrigación, navegación, recreación, etc.). Estas interrelaciones materiales traen como corolario que con frecuencia ambos temas tengan una consideración jurídica conjunta, al igual que un tratamiento unificado desde la dimensión ambiental[5].

4. En el caso paraguayo, la Ley N° 3239/07 *De los Recursos Hídricos del Paraguay* dispone el orden de los aprovechamientos, poniendo en primer lugar el consumo humano, luego está la satisfacción de las necesidades de ecosistemas acuáticos; el uso social en el ambiente del hogar; el uso y aprovechamiento para actividades agropecuarias, incluida la acuacultura; el uso y aprovechamiento para generación de energía; uso y aprovechamiento para actividades industriales; uso y aprovechamiento para otros tipos de actividades, exigiendo para cada uno de los usos y aprovechamientos, un tipo de calidad de agua diferente (art. 18).
5. Respecto al relacionamiento formal y material del agua y energía, *vid*. EMBID IRUJO, A. (2010), pp. 16 y ss.

Así, desde el referencial de análisis de la industria de la energía se destaca, en un contexto histórico, un aspecto muy particular en lo que se refiere al uso de recursos hídricos, y que se produjo, desde la década de 1880[6], con mayor intensidad desde las décadas de 1920 y 1930[7]: la conversión de energía hidráulica en energía eléctrica. En efecto, el dominio de esta forma de energía, por su versatilidad de aplicación –con altos niveles de eficiencia– en diversos usos finales, se vislumbraba promisorio para el desarrollo económico y, en general, para incrementar el nivel de confort de la vida, con criterios de modernidad, desde las primeras décadas del siglo XX.

En la actualidad, el aporte de la hidroenergía en la generación de la electricidad representa alrededor del 20 % en el mapa de la energía eléctrica a nivel mundial[8], manteniendo su significancia en esas proporciones desde 1990, aunque, desde luego, se trata de un dato estadístico que no debe aplicarse sin más y por igual en la matriz energética de todos los países. De hecho, están contabilizados por lo menos 24 países en los que la hidroelectricidad representa más del 90 % de la electricidad total producida[9]; Paraguay, en su carácter de país eminentemente hidroeléctrico, pertenece a este grupo.

Según un informe reciente del Banco de Desarrollo de América Latina (CAF), esta región posee alrededor del 20 % del potencial hidroeléctrico mundial. Del total solo se ha aprovechado el 25 %. Este dato nos permite afirmar que el desarrollo hidroeléctrico latinoamericano está en una etapa de maduración y con perspectiva de crecimiento. Por su parte, este aprovechamiento en Europa ronda ya el 75 %, frente al solo 7 % desarrollado en el continente africano.

6. En 1882 comenzó la operación de la que se reconoce como la primera central hidroeléctrica del mundo, en el río Fox, en Appleton (Wisconsin, Estados Unidos de América), que fue realizada por un industrial del sector papelero, H.J. Rogers. En América del Sur no tardó en implementarse una central hidroeléctrica de importante envergadura: el industrial de Minas Gerais (Brasil, del sector textil Bernardo Mascarenhas inauguró la central de Marmelos en el río Paraibuna en 1889.
7. La historiografía de la energía resalta la creación del *Tennessee Valley Authority* (TVA), en 1933, como un hito en la implementación de políticas públicas, que impulsó el desarrollo de la hidroelectricidad en el mundo, puesto que consideró la construcción y operación de centrales hidroeléctricas como eje del progreso económico y social en una determinada región de los Estados Unidos de América. En una línea de pensamiento semejante no se puede dejar de mencionar el caso de la central de Henry Borden en la Sierra del Mar, San Pablo (Brasil) que inició su operación en 1926. Esta central hidroeléctrica importante, así como otras menores en las proximidades de la ciudad de San Pablo, si bien fueron resultado de decisiones de la empresa privada Ligth, concesionaria del servicio de electricidad en la región, y no de una política pública, también fueron decisivas en el desarrollo energético y el crecimiento económico –con énfasis en la industria– en el área metropolitana de San Pablo y del puerto de Santos.
8. *Vid.* http://www.bancomundial.org/es/topic/hydropower/overview (acceso 27/03/16)
9. *Vid.* SALINAS ALCEGA, S. (2010), pp. 216 y ss.

El informe de CAF señala, además, que la hidroelectricidad es una las fuentes de generación eléctrica de menor costo unitario, pudiendo América Latina incrementar la producción energética si los países realizan mayores esfuerzos de planificación e implementación de proyectos[10]. Esta afirmación es coherente con el Plan de Aplicación de Johannesburgo, de 2002, elaborado en la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, que incluye a la energía hidroeléctrica entre de las fuentes de energía menos contaminantes, más eficientes, accesibles y económicas para los países en desarrollo (Punto 20.e).

Si bien la energía completamente limpia es una utopía, está claro que la energía hidroeléctrica es una de las menos contaminantes y, en tal carácter, es además un valioso instrumento con el que pueden contar los países en desarrollo con potencial hidroeléctrico, para sus balanzas de emisiones en las negociaciones en las cumbres del clima. Esto es importante en un ambiente donde la tendencia cada vez más clara es que todos los países del mundo, con independencia de sus niveles de desarrollo, se comprometan a tomar medidas de reducción de los gases de efecto invernadero, superando la dicotomía inicial entre países anexo I y no anexo I, pero respetando siempre el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas[11].

El aprovechamiento hidroeléctrico es clave para el progreso integral de los países en desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. La explotación racional de los recursos hidroenergéticos es una herramienta estratégica para la consecución de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, recientemente fijados por la Organización de las Naciones Unidas[12]. En este contexto, la consideración del acceso a la energía eléctrica como un derecho humano va ganando cada vez más espacio, tanto en la legislación de los diferentes países –llegando a tener en Bolivia un recono-

10. Así indica el informe *América Latina: buena gestión del agua para retomar el crecimiento,* del Banco de Desarrollo de América Latina, con ocasión del Día Mundial del Agua del año 2016. Disponible en el sitio web oficial del CAF: http://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2016/03/america-latina-buena-gestion-del-agua-para-retomar-el-crecimiento/ (acceso 27/03/16).
11. El Acuerdo de París, firmado por Paraguay y en proceso de ratificación, en su artículo 3 dispone que: en sus contribuciones determinadas a nivel nacional a la respuesta mundial al cambio climático, todas las Partes habrán de realizar y comunicar los esfuerzos ambiciosos definidos en el documento final del acuerdo, con miras a alcanzar el propósito acordado. Los esfuerzos de todas las partes representarán una progresión a lo largo del tiempo, teniendo en cuenta la necesidad de apoyar a las Partes que son países en desarrollo para lograr la aplicación efectiva del acuerdo. Disponible en el sitio web oficial de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: webhttp://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf (consultado el 28 de marzo de 2016)
12. Que entraron en vigor el primer día de 2016, constituyéndose oficialmente la agenda a ser seguida hasta el año 2030, marcando las pautas para la búsqueda de un mundo más justo y equitativo para toda la población, además de velar por el ambiente.

cimiento constitucional[13] o fundamentando normas relacionadas a las tarifas como el caso de Paraguay en el Decreto Nº 6477/2011[14]– , como en las discusiones en espacios políticos y en la academia. No obstante, a la fecha no existe ninguna declaración oficial ni texto de Derecho internacional que lo consagre de modo expreso como tal[15].

Ahora bien, si observamos tantas ventajas de la energía hidroeléctrica, ¿cuáles son los principales obstáculos para el aprovechamiento hidroeléctrico a gran escala en los países en desarrollo? La respuesta está dada por los elevados costos de capital y la dificultad de acceso a los recursos financieros que implica la construcción de una gran central hidroeléctrica a lo que hay que sumar la cada vez mayor consciencia de las implicancias ambientales y sociales de una represa de gran envergadura que exige una detallada contrastación del costo - beneficio, además del aseguramiento de las necesarias medidas de mitigación socio-ambiental.

Si ya es un desafío sortear los obstáculos para la construcción de una central hidroeléctrica en aguas cuya soberanía corresponde a un solo Estado, el problema se vuelve aun más complejo cuando la obra debe realizarse en cursos de agua internacionales, siendo las implicancias de estos aprovechamientos hidroeléctricos conjuntos, y en particular los del río Paraná en la Cuenca del Plata[16], el objeto de estudio principal de este trabajo.

El tratamiento de este asunto está en consonancia con la visión política sobre la extracción y uso de recursos naturales y sobre la distribución de las rentas asociadas a estas actividades económicas, con el aditivo especial en el caso de los aprovechamientos del río Paraná, de las motivaciones socioeconómicas referentes a la disputa sobre recursos naturales en la geopolítica de la Cuenca del Plata. Conforme se verá más adelante, las consideraciones sobre la conversión de energía y el aprovechamiento de los cursos superficiales de agua, en condiciones topográficas favorables, estaban presentes en el concierto de las relaciones entre gobiernos de la región, desde inicios del siglo XX.

13. El Art. 20. I de la Constitución boliviana dispone que toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo de los servicios básicos de agua potable, alcantarillado y otros.
14. Decreto por el cual se modifica parcialmente el Decreto Nº 1702/09 por el cual se crea la comisión institucional permanente de la tarifa social y se reglamenta la Ley Nº 3480/08 que amplía la tarifa social de la energía eléctrica, que dispone en su considerando: "En el mundo moderno la energía eléctrica es un derecho humano y fuente de otros derechos humanos como los de salud, educación y hábitat digno, entre otros".
15. Respecto al acceso de la energía eléctrica como un derecho humano. *Vid*. EMBID IRUJO, A. (2010), pp. 30 y ss.
16. Para algunos estudiosos de las relaciones internacionales en América del Sur, la Cuenca del Plata constituye una de las tres grandes regiones geopolíticas de América del Sur, formando un triángulo en cuyos vértices estarían las ciudades de Sucre (Bolivia), Santos (Brasil) y Buenos Aires (Argentina). *Vid*. ALMEIDA MELO, L. (2002), p. 292.

Tras realizar las consideraciones generales respecto a la energía hidroeléctrica, seguidamente en este trabajo analizaremos las diferentes doctrinas respecto a los cursos de agua internacionales que se pregonan en el Derecho internacional, así como las posiciones defendidas por los tres países ribereños del río Paraná (Argentina, Brasil y Paraguay). Luego realizaremos: un relato sucinto de los diferentes acuerdos bilaterales para el aprovechamiento del río Paraná; el análisis del Tratado de la Cuenca del Plata y de los acuerdos fundamentales firmados bajo su influencia, hasta llegar al Acuerdo Tripartito. Finalmente, realizaremos las conclusiones y una propuesta de lo que consideramos que podría ser el eslabón evolutivo de los aprovechamientos de los cursos de agua internacionales y el inicio de la regionalización de la comercialización de la energía en la Cuenca del Plata.

2. Multiplicidad de doctrinas respecto a los cursos de agua compartidos: Consagración en instrumentos internacionales y posturas defendidas por los países ribereños del Río Paraná

Inicialmente, las discusiones en el ámbito internacional respecto a los cursos de agua compartidos giraron casi exclusivamente en torno a los aspectos que hacen relación a los usos agrícolas menores, a la navegación y a la función de límites. Esto se mantuvo hasta la década de 1920, respondiendo a una realidad material; es decir, la preeminencia que esos usos tenían respecto a las aguas compartidas. Posteriormente se pasó a un nuevo estadio de discusión, incluyendo también entre los temas a los usos agrícolas masivos e industriales, así como el potencial hidroeléctrico, en consonancia con la realidad contemporánea.

A. Aparición de doctrinas respecto a los usos de los cursos de agua compartidos, más allá de la navegación y de la función de límites

Las distintas situaciones que fueron presentándose al momento de los aprovechamientos de los cursos de agua internacionales dieron lugar a la aparición de varias teorías respecto a la propiedad y usos de esos recursos compartidos. Se diferencian con claridad dos teorías:

A. **La doctrina de la soberanía absoluta,** según la cual cada uno de los Estados tiene el total dominio respecto a la porción del curso existente en su territorio, pudiendo realizar las acciones que estime pertinentes sin tener en consideración la manera en la cual afectaría a los otros Estados.

B. **La doctrina de la integridad territorial absoluta,** que se conoce también como doctrina de los *derechos ribereños*, pregona que los Estados situados en la parte inferior de un curso de agua internacional tienen el derecho de gozar del recurso en las mismas condiciones de calidad y cantidad que los Estados situados aguas arriba. En virtud de esta doctrina, los Estados de aguas abajo podrían exigir un informe a los Estados de aguas arriba respecto a los proyectos de aprovechamiento, pudiendo incluso oponerse a las actividades proyectadas.

Frente a estas teorías absolutas aparecieron las teorías intermedias, las cuales pretenden una solución que compatibilice los intereses de todos los Estados por cuyos territorios transcurren los cursos de agua. Las teorías intermedias, en general, buscaron una solución acudiendo a figuras del derecho privado, tales como el condominio, la servidumbre, dominio sucesivo, ejercicio abusivo de los derechos subjetivos, derecho de la vecindad, etc., sin embargo, ninguna de ellas pudo consolidarse como una fórmula general válida para el Derecho internacional.

Finalmente, la teoría más aceptada a nivel global es la de la *Comunidad de intereses de los Estados ribereños* –comprendida también dentro del grupo de teorías intermedias–, la cual fue elaborada por el Instituto de Derecho Internacional en 1911. Esta teoría pregona que los Estados ribereños de un mismo curso de agua internacional están en una dependencia física permanente que excluye la idea de una entera autonomía de cada uno de ellos sobre la sección de la vía natural sobre la que se proyecta su soberanía. Esta doctrina fue recogida por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en una sentencia de 1929[17].

B. Instrumentos Internacionales

Las diferentes teorías respecto a las nuevas utilizaciones de los cursos de agua compartidos dieron lugar a la aparición de los instrumentos internacionales que pretendieron organizar y normar esas ideas. El primer intento se produjo en el año 1923 con la realización de la *Convención de Ginebra respecto al desarrollo de fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados*, que no llegó a tener aplicación práctica y solo fue ratificado por 11 Estados.

17. Respecto a las diferentes teorías, *vid.* S. SALINAS (2007), pp. 293 y ss. y M. QUEROL (2003), pp. 13 y ss.

Aunque esa convención no llegó a tener aplicación práctica, sus ideas tuvieron influencia en las discusiones de la Séptima Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 1933), en la que se aprobó la Resolución Nº 72, *Declaración de Montevideo del 24 de diciembre 1933 relativa a la utilización de los Ríos internacionales con fines agrícolas e industriales*. Esta resolución dispuso que los Estados poseen el derecho exclusivo de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen que se encuentra bajo su jurisdicción en las aguas de los ríos internacionales, siempre que tengan el consentimiento del Estado afectado con la obra, a fin de evitar perjuicios.

Esa disposición referida a los ríos contiguos se extiende también para los ríos de curso sucesivo y prohíbe causar perjuicios a la libre navegación. El procedimiento sugerido fue el del conocimiento que debían darse los Estados ribereños afectados por las obras proyectadas, agregando los antecedentes técnicos. La Resolución Nº 72 también estableció el procedimiento que debía seguirse en la información y la eventual oposición del Estado afectado: fijó el plazo de tres meses para presentar objeciones, y si las hubiera, debía constituirse una Comisión Mixta Técnica, que tendría la obligación de expedirse en seis meses. Fijó además el procedimiento diplomático o, en su caso, arbitral para la solución de los eventuales conflictos.

El instrumento normativo universal más reciente respecto a los recursos hídricos compartidos es la *Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*, firmada en Nueva York en diciembre de 1997 y que entró en vigor el 17 de agosto de 2014. Sin embargo este instrumento se separó del concepto de *Cuenca Hidrográfica Internacional* prevista en las Normas de Helsinki de 1966 (de las que hablaremos con más detalle más adelante) y se limitó a la definición del *Curso de agua* diciendo que por él se entenderá un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituye un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común. Por su parte, por *Curso de agua internacional* se entenderá un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos (art. 2.A. a y b).

La Convención de Nueva York de 1997 establece la obligación de los Estados de no causar *daños sensibles*; para ello, los Estados, al momento de la utilización de los cursos de agua internacionales, deben adoptar todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados. Si a pesar de las medidas tomadas se causan daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado responsable deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, conforme a las directrices fijadas en la Convención y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización (art. 7.1 y 2). Coherente con esta disposición, la Convención establece obligaciones de intercambio de información, notificación,

consulta y, en su caso, negociación respecto de las medidas proyectadas por un Estado ribereño que puedan tener un efecto perjudicial sensible a otros Estados, estableciendo el procedimiento a seguir en ese caso (arts. 11 al 19). Cabe señalar que entre los países ribereños del río Paraná, Paraguay es el único de los tres Estados que lo ha firmado, aunque aún no lo ha ratificado[18].

C. Las posturas de los países ribereños del río Paraná

En paralelo a las soluciones planteadas en la sociedad internacional, Argentina y Brasil, como países en puja por el liderazgo político y económico de la región, tenían sus propias posturas, las cuales incluso habían sido sentadas con anterioridad a la Convención de Montevideo de 1933. Argentina, como país esencialmente de *aguas abajo,* sostenía la tesis de la consulta previa. Por su parte, Brasil, en su carácter de país de "aguas arriba", defendía la tesis de la soberanía absoluta, la cual consideraba como inherente a la esencia misma de su seguridad nacional. Paraguay, por su situación particular de ser un país de *aguas arriba* respecto a Argentina en cuanto a los ríos Paraguay y Paraná, pero de *aguas abajo* respecto a Bolivia en la cuenca del Pilcomayo y a Brasil respecto al río Paraná, no le convenía adherirse por completo a ninguna de las tesis anteriores, sino que elaboró su propio ideal: hacer posible todos los aprovechamientos, buscando que causaran el menor daño con el mayor beneficio[19].

Tanto Argentina como Brasil utilizaron toda su artillería diplomática para hacer prevalecer su postura, firmando para el efecto, el primero de ellos, acuerdos con Chile y Uruguay en 1971 en los que se defiende la tesis de la consulta previa. Por su parte, Brasil concretó el Tratado de Cooperación Amazónica (TCA), firmado en 1978 por ocho países (Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guayana, Perú, Surinam y Venezuela), y en donde se consagra y reconoce la soberanía que todos los Estados partes del tratado poseen respecto a la porción que les corresponde sobre la Amazonía, dentro del cual, obviamente, están comprendidos los recursos hídricos. No obstante, se comprometen a realizar esfuerzos y acciones conjuntas para promover el desarrollo armónico de los recursos, y particularmente las partes se comprometen a la utilización racional de los ríos amazónicos.

Esta disparidad de tesis configuró posiciones geopolíticas que subsisten hasta hoy, ajustándose a los matices y evoluciones de los conceptos. En el caso del enfoque

18. Según consta en el sitio oficial de la colección de tratados de las Naciones Unidas: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII12&chapter=27&lang=en (acceso 29/03/16).
19. La descripción de la situación política en la región y las diferentes posiciones asumidas en Brasil y Argentina están detallados en el libro de E. DEBERNARDI (2010), pp. 430 y ss.

de los países ribereños del río Paraná, se mantienen dos posiciones geopolíticas muy diferentes: Argentina pregona la noción global de cuenca integrada. Por su parte, Brasil se opone a dicho concepto, argumentando que tiene una perentoria necesidad de reparto de los recursos naturales para los ríos contiguos pero no para los sucesivos, oponiendo en ese caso el principio de soberanía nacional[20]. Mientras que Paraguay busca el aprovechamiento óptimo de los recursos, evitando daños sensibles.

3. Primeros acuerdos bilaterales para la utilización del potencial hidroeléctrico del Río Paraná y sus afluentes anteriores al Tratado de la Cuenca del Plata

Las diferencias aparentemente irreconciliables entre las tesis argentina y brasileña respecto a la utilización de los recursos hídricos compartidos no impidieron que ambos países firmen acuerdos bilaterales con Paraguay para el aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná. En este punto haremos mención a los acuerdos anteriores al Tratado de la Cuenca del Plata.

Los acuerdos sobre la utilización de los recursos hídricos en el concierto regional no habían tenido éxito en el sentido de posibilitar un consenso regional sobre la mejor manera de realizar aprovechamientos industriales –en especial instalaciones hidroeléctricas– con el uso de los recursos de soberanía compartida o de cursos sucesivos. Además, la disputa sobre el recurso hídrico se manifestó, en un caso particular, como un problema relacionado con otro recurso natural (el suelo), mediante una discrepancia de límites territoriales entre Brasil y Paraguay que era definitoria referente al dominio sobre el Salto del Guairá (o Salto das Sete Quedas), en el lugar en el que el río Paraná pasaba a ser frontera natural entre los dos países. Cualquiera sea el punto de vista sobre este conflicto histórico, no se podría dejar de considerar la motivación socioeconómica indefectiblemente relacionada con un importantísimo potencial hidroeléctrico.

Las negociaciones en el ámbito regional serían consideradas como suplementarias a las que podrían llevarse a cabo entre los países ribereños con recursos

20. *Vid.* PIGNATARO DE OLIVEIRA (2008), p. 350.

hídricos de soberanía compartida. La utilización en áreas de "aguas arriba" de un curso de agua con soberanías sucesivas no propició contestaciones en las primeras décadas del siglo XX. Como ejemplo de ello, el estudioso sobre la geopolítica de los recursos hídricos en la Cuenca del Plata, C. G. CAUBET, el desvío de aguas del sistema del Río Tieté en el área metropolitana de San Pablo (Brasil), a fines de la década de 1920, para el mejor aprovechamiento de la central Henry Borden en la Sierra del Mar, no tuvo ningún reclamo por parte de Argentina o Paraguay[21].

El interés para el aprovechamiento hidroeléctrico conjunto del río Paraná data del año 1926; es decir, casi medio siglo después del establecimiento de las primeras centrales hidroeléctricas en el mundo. Se trató del *Acuerdo sobre el mejoramiento de la navegabilidad del Río Alto Paraná y utilización de las caídas de agua en Apipé, descripto ad referéndum de los dos gobiernos*, el cual, más que un acuerdo para el aprovechamiento recíproco, era una conformidad por parte del Gobierno paraguayo a efectos de autorizar al Gobierno argentino a que realice las obras y estudios que considere convenientes para la utilización industrial de las caídas de agua en del río Paraná, en el lugar denominado Apipé.

Los términos del acuerdo eran notoriamente favorables a la Argentina, ya que el documento preveía que si las caídas de agua utilizadas para la generación de energía estuvieren en jurisdicción común, o si para la utilización de las caídas se instalasen obras en territorio paraguayo, o si en general el Paraguay prestara su ayuda y cooperación en forma permanente para la ejecución, mantenimiento y aprovechamiento de las obras de utilización de las caídas de agua, tendría derecho a obtener para los individuos o entidades radicadas en su territorio energía eléctrica en las mismas condiciones en que se distribuya el público en territorio argentino, hasta un máximum del siete y medio por ciento (7-1/2 %) de la producción total de fuerza, siempre que no fuere posible a la Argentina conceder una cantidad mayor (art. 3), pero si las obras se ejecutaran en las riberas y aguas de dominio exclusivamente argentino, el Paraguay no tendrá derecho a reclamar participación alguna en la energía producida (art. 5). El acuerdo también fijaba un plazo de 10 años desde la vigencia del convenio dentro del cual las obras debían ejecutarse caso contrario, cada una de las altas partes contratantes tendría la facultad de denunciarlo.

También en este tiempo se firmó el acuerdo germinal de YACYRETÁ, a través del Convenio para el estudio y aprovechamiento de la energía hidráulica de los saltos del Apipé, firmado en Buenos Aires el 23 de enero de 1958. Este convenio creó una Comisión Mixta Argentino - Paraguaya del aprovechamiento de la energía hidráulica del río Paraná a la altura de las islas Yacyretá y Apipé. Esta comisión más

21. *Vid.* CAUBET, C. (1991), p. 30.

adelante informaría que el proyecto es técnicamente factible y económicamente realizable, señalando que el mismo representaría grandes beneficios para ambos países, aconsejando su realización.

Por su parte, el acercamiento entre Paraguay y Brasil para el aprovechamiento conjunto de los recursos hidroenergéticos empezaría con un retraso de por los menos 30 años respecto a los efectuados con Argentina para el mismo fin. A pesar de la "desventaja temporal", los acuerdos con Brasil resultaron más expeditivos.

El primer convenio firmado con Brasil tiene la particularidad de no tratarse del aprovechamiento de un río compartido, sino de un acuerdo para que el Estado brasileño realice amplios estudios respecto al aprovechamiento de la energía hidráulica de dos ríos internos paraguayos. Fue así que se firmó en Río de Janeiro *el Convenio de cooperación entre las repúblicas del Paraguay y de los Estados Unidos de Brasil para el estudio del aprovechamiento de la energía hidráulica de los Ríos Acaray y Monday,* el 20 de enero de 1956. Los estudios, a ser realizados por Brasil en un plazo máximo de cuatro años, incluían el reconocimiento e inspección del local de la región donde estaban situadas las caídas de agua de los ríos mencionados, con el fin de determinar las posibles soluciones para el aprovechamiento de su energía en una sola o dos usinas hidroeléctrica; el estudio hidrológico de los ríos; el estudio topográfico general de las zonas donde se desarrollarían las obras; el estudio geológico de las localidades escogidas para las obras; estudios topográficos de detalle; proyecto de las obras necesarias para el aprovechamiento; el anteproyecto y especificaciones de las líneas de transmisión desde las usinas hasta Asunción y Foz de Yguazú; y el estudio económico de las obras y su repercusión sobre el desarrollo de las regiones vecinas, incluyendo sugerencias sobre tarifas de energía eléctrica.

En contrapartida de la prestación brasileña, una vez que el Estado paraguayo pusiera en funcionamiento las usinas –cuya construcción estaba a su cargo, comprometiéndose el Gobierno brasileño en colaborar con el Gobierno paraguayo en la obtención de la financiación de las obras– estaba obligado a vender a Brasil hasta el 20 % de la potencia eléctrica de las instalaciones durante el plazo de 20 años, prorrogables de común acuerdo. Efectivamente, el 27 de enero de 1961, con ocasión de un encuentro entre los presidentes de Brasil y Paraguay, el 27 de enero de 1961 se entregaría el proyecto. El aporte brasileño fue de mucha utilidad para las primeras gestiones en busca de financiación para la construcción de la hidroeléctrica ACARAY ante el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), puesto que no solo proporcionó los estudios necesarios para demostrar la viabilidad y conveniencia del proyecto, sino que al asumir el compromiso de adquirir una parte de la energía producida zanjaba el problema de la insuficiencia de la demanda paraguaya para la energía a ser producida.

El otro acuerdo firmado con Brasil antes del Tratado de la Cuenca del Plata se constituyó en una verdadera panacea para los dos países, ya que una vez pudieron

zanjarse ancestrales conflictos relacionados con límites fronterizos, a la par permitía el aprovechamiento conjunto de un recurso hidroenergético compartido. Se trata del *Acuerdo por canje de notas entre el Gobierno de la República de Brasil y el Gobierno de la República del Paraguay para la creación de la Comisión Mixta Técnica paraguayo brasileña en cumplimiento de los parágrafos III y IV del acta final de Foz de Yguazú,* firmado el 12 de febrero de 1967. Esta comisión tuvo por finalidad la realización del estudio y evaluación de las posibilidades económicas, en particular del potencial hidroeléctrico del río Paraná, desde e inclusive el Salto Grande de las Siete Caídas o Saltos del Guairá hasta la boca del río Yguazú.

El Acta Final de Foz de Yguazú o Acta Final a cuyo cumplimiento se refiere el acuerdo fue el resultado de la conferencia realizada entre los cancilleres de Brasil y Paraguay el día 21 y 22 de junio de 1966 en la ciudad de Foz de Yguazú con el fin de buscar soluciones al diferendo paraguayo-brasileño acaecido a raíz del problema de límites existente entre los dos países. La zona en disputa comprendía los Saltos de las Siete Caídas o Saltos del Guairá, en ese momento ya totalmente identificado por su potencial energético, principalmente por Brasil. Debernardi considera que en los párrafos del Acta Final de Foz de Yguazú se plantó la semilla que luego fructificó en ITAIPÚ: El acta dispone que

> *Los Ministros de Relaciones Exteriores concordaron en establecer, desde ya, que la energía eléctrica eventualmente producida por los desniveles del río Paraná, desde e inclusive el Salto del Guairá o Salto Grande de las Siete Caídas hasta la boca del Río Yguazú, será dividida en partes iguales entre los dos países, siendo reservado para cada uno de ellos el derecho de preferencia para la adquisición de esta misma energía a justo precio que será oportunamente fijado por especialistas de los dos países, de cualquier cantidad que no se utilizare para la satisfacción de las necesidades del consumo de otro país*[22].

Ante el nuevo acuerdo firmado entre Brasil y Paraguay, Argentina temía que sus intereses en carácter de país de aguas abajo se vieran afectados, más aun considerando que a las obras ya realizadas por Brasil aguas arriba previsiblemente se verían aumentados con la inmensa obra que se vislumbraba en el Acta Final. Previendo las reacciones argentinas, el Acta Final de Foz de Yguazú contempló en el párrafo V el compromiso de los cancilleres paraguayo y brasileño de participar en la reunión de ministros de Relaciones Exteriores de los países ribereños de la Cuenca del Plata, que fue convocada para realizarse en Buenos Aires. Esta convocatoria se realizó con el fin de estudiar los problemas comunes del área, con miras a promover el pleno aprovechamiento de los recursos naturales de la región y su

22. *Vid.* DEBERNARDI, E. (2010), pp. 73 y ss.

desarrollo económico, en beneficio de la prosperidad y bienestar de las poblaciones. Esta reunión de ministros elaboró una Declaración Conjunta el 26 de febrero de 1967, que se convertiría en el germen del Tratado de la Cuenca del Plata.

4. Tratado de la Cuenca del Plata. La consagración de la Cuenca Hidrográfica como unidad básica

La existencia de cursos de agua en común, sea de manera contigua o sucesiva, ha sido una realidad material desde la aparición de las primeras civilizaciones. El avance de los grados de consciencia social y los adelantos de la ciencia y de la técnica han evolucionado respecto a esa realidad, desarrollando el concepto de *cuenca hidrográfica,* el cual fue utilizado inicialmente por la geografía física y posteriormente incorporado al uso común, entendiendo por tal el territorio cuyas aguas afluyen todas a un mismo río, lago o mar. La realidad material de la cuenca hidrográfica dio paso a su concepto jurídico-administrativo, consistente en la unidad de gestión del agua, con importantes implicancias funcionales y organizativas, siendo España el país que ha aplicado de manera pionera el principio de gestión por cuencas[23].

La internacionalización del concepto quedó plasmado en el art. II de las *Normas de Helsinki*, elaborado durante la conferencia 52ª de la Asociación de Derecho Internacional en agosto de 1966. Este documento define a la *Cuenca Hidrográfica Internacional*, como la zona geográfica que se extiende por el territorio de dos o más Estados, determinada por la línea divisoria de un sistema hidrográfico de aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una salida común. A pesar de la previsible utilidad del concepto, el mismo no fue acogido por la Convención de Nueva York de 1997 debido a la oposición de aquellos Estados más cercanos a la teoría de la soberanía absoluta. Es más, con la elaboración del concepto de cuenca hidrográfica internacional encontraron nuevos argumentos para consolidar su postura: la afectación del terreno dentro del cual están las aguas de la cuenca, lo que llevaría a la regulación no solamente de las aguas y sus ecosistemas, sino también del territorio en que estos están asentados.

23. *Vid.* FANLO LORAS, A.(2007) pp. 480 y ss.

Pese a la conveniencia demostrada de la gestión por cuenca, el principio aun no está completamente asentado en la sociedad internacional. En palabras de Salinas Alcega, la consideración de la cuenca hidrográfica como la unidad más adecuada para la planificación y la gestión de las aguas resulta, como es bien sabido, de su adaptación a la interconexión que, como consecuencia de su condición de fluido, existe entre los distintos componentes de dicho recurso, que pueden considerarse como partes de un único sistema, de manera que las consecuencias de las actividades que afecten una parte del mismo terminan por comunicarse con las demás. Sin embargo, una pluralidad de factores ha impedido, por el momento, que la evolución del régimen jurídico internacional haya culminado con esa misma consideración de la cuenca como unidad básica[24].

Pese a lo dicho anteriormente, el concepto de cuenca hidrográfica internacional fue plasmado en el *Tratado de la Cuenca del Plata*, firmado en Brasilia el 15 de julio de 1969, el cual fue resultado principalmente de la estrategia de la Diplomacia argentina para fortalecer su tesis de integridad de la cuenca y los derechos de los ribereños de aguas abajo. El tratado incluyó como antecedentes a la Declaración Conjunta de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967 y el Acta de Santa Cruz de la Sierra del 20 de mayo de 1968 y fue firmado por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay.

El Tratado tiene la finalidad de realizar una acción mancomunada con miras al desarrollo armónico y equilibrado, así como al óptimo aprovechamiento de los grandes cursos naturales de la región, buscando la preservación de los mismos para las generaciones futuras a través de la utilización racional de esos recursos. Para la consecución de los objetivos perseguidos, las partes deberían de identificar las áreas de interés común y realizar estudios, programas y obras, así como la formulación de entendimientos operativos e instrumentos jurídicos que sean necesarios tendientes, entre otros fines, a la utilización racional del recursos agua, especialmente a través de la regulación de los cursos de agua y su aprovechamiento múltiple y equitativo (art. I.g).

El Tratado realiza también importantes previsiones para evitar el menoscabo de los derechos y proyecciones de cada uno de los Estados parte, delimitando que la acción colectiva entre las partes deberá desarrollare sin perjuicio de aquellos proyectos y empresas que decidan ejecutar en sus respectivos territorios, dentro del respeto al Derecho internacional y según la buena práctica entre naciones vecinas y amigas (art. V), dando acogida con ello a la tesis de la integridad territorial, pero a la vez reserva el derecho de las partes contratantes en cuanto a las posibilidades de concluir acuerdos específicos o parciales, bilaterales o multilaterales, encaminados

24. Cfr. SALINAS ALCEGA, S. (2007), p. 81.

al logro de los objetivos generales de desarrollo de la Cuenca (Art. VI), lo que puede interpretarse como un guiño a la postura de la soberanía defendida por los brasileños.

En síntesis, el Tratado de la Cuenca del Plata es valorable en cuanto a la inclusión del concepto de cuenca hidrográfica internacional, pero no representó una solución definitiva a los ancestrales enfrentamientos conceptuales entre las tesis argentina y brasileña.

5. Acuerdos posteriores al Tratado de la Cuenca del Plata: Firma del Tratado de creación de la COMIP y de los tratados de ITAIPÚ y YACYRETÁ

Si bien el Tratado de la Cuenca del Plata representó un importante avance para la utilización de los cursos de agua compartidos, tuvo un carácter general y provisorio respecto a los problemas geopolíticos ya existentes. La solución viable encontrada para resolver el uso de los recursos hídricos compartidos para la producción de electricidad fue la de negociaciones bilaterales entre los países que comparten la soberanía de los cursos de agua, sin llevar en cuenta, al menos a priori, cualquier afectación a un tercer país en los cursos de agua sucesivos. Estas negociaciones de carácter bilateral, en el caso de la Cuenca del Plata, se realizaron para dos casos en los cuales Paraguay comparte soberanía del río Paraná con Brasil y Argentina de manera sucesiva. En efecto, en 1971 se creó la COMIP y posteriormente, en 1973, se firmaron los tratados bilaterales de ITAIPÚ (Brasil/Paraguay) y YACYRETÁ (Argentina/Paraguay)[25].

Los tratados bilaterales que expresan el acuerdo de los dos países con la soberanía compartida sobre el recurso hídrico, en los tramos correspondientes, establecen algunos aspectos que son considerados semejantes, tales como: a) los Estados crean entidades binacionales y se hacen representar por empresas eléctricas estatales en la

25. No se incluye entre estos casos el acuerdo de la entidad binacional Salto Grande (central hidroeléctrica de Argentina y Uruguay), puesto que se trata de un emprendimiento que solamente afecta a los dos países socios. No obstante, se podría aplicar un análisis semejante teniendo en cuenta que Argentina y Brasil se encuentran estudiando proyectos hidroeléctricos en el río Uruguay (Garabí y Panambí), aguas arriba de la central de Salto Grande.

composición societaria de la entidad; b) la participación en la estructura societaria de las entidades es igual para cada país; c) la energía producida por las instalaciones hidroeléctricas pertenece en partes iguales a los países socios; d) la comercialización de la energía producida por las entidades binacionales está restringida a los dos países socios (los excedentes de energía se pueden comercializar con el país socio: en el tratado de ITAIPÚ se establece la "exclusividad" de venta al otro país; y en el caso de YACYRETÁ se determina la "preferencia" de venta de excedentes al país socio); e) los Estados reciben compensaciones monetarias por el uso del recurso hídrico (caso de ITAIPÚ) o por el uso del territorio para generación de electricidad (caso YACYRETÁ); f) el proyecto se realiza con financiamiento (el capital social integrado por las empresas nacionales es relativamente pequeño con relación a los costos directos de los proyectos) y los recursos financieros son garantizados, en cada caso, por los países socios de Paraguay.

El primer acuerdo bilateral para el aprovechamiento conjunto del río Paraná firmado bajo la influencia del Tratado de la Cuenca del Plata fue entre Argentina y Paraguay, que se plantearon el aprovechamiento de otro tramo del río –además del proyecto Yacyreá-Apipé– y concretaron el *Convenio para el estudio del aprovechamiento de los recursos del río Paraná (creación del COMIP)*, firmado en Buenos Aires el 16 de junio de 1971, el cual tuvo por objeto el estudio y la evaluación de las posibilidades técnicas y económicas del aprovechamiento de los recursos del río Paraná en el tramo limítrofe de los países, desde su confluencia con el río Paraguay hasta la desembocadura del río Iguazú (art. II), creando para tal efecto una Comisión Mixta denominada "Comisión Mixta Paraguayo Argentina del río Paraná" (COMIP), integrada por una delegada de cada Alta Parte contratante y los asesores que los respectivos Gobiernos estimen conveniente. Se excluyó expresamente la competencia atribuida a la Comisión Mixta Paraguayo-Argentina de Yacyretá - Apipé, creada por convenio del 23 de enero de 1958.

Las atribuciones de la COMIP fueron ampliándose posteriormente, correspondiéndole en virtud del Acuerdo Tripartito de 1979 el intercambio de información con la ITAIPÚ Binacional y la verificación permanente de las variaciones del nivel del río Paraná y la velocidad superficial de sus aguas. Con la Declaración Conjunta de Ituzaingó del 26 de abril de 1989 se otorgó a la Comisión la evaluación y control de la calidad de las aguas y del recurso íctico en el tramo compartido del río; y, finalmente, con el canje de notas del 26 de marzo de 1992 se le otorgó la competencia de control de la navegación y la protección del medio ambiente del tramo comprendido en el convenio inicial.

Uno de los objetivos más anhelados desde la creación de la COMIP ha sido la concreción del Proyecto Hidroeléctrico Corpus Christi, realizando para tal efecto una serie de estudios de prefactibilidad, factibilidad y de proyecto ejecutivo.

Pero sin dudas, los dos acuerdos más importantes respecto al aprovechamiento hidroeléctrico conjunto del río Paraná que se concretaron bajo la vigencia del Tratado de la Cuenca del Plata fueron los tratados de ITAIPÚ y YACYRETÁ.

El primero de ellos, con el nombre de *Tratado entre la República del Paraguay y la República Federativa del Brasil para el aprovechamiento hidroeléctrico de los recursos hidráulicos del río Paraná, pertenecientes en condominio a los dos países, desde e inclusive el Salto del Guairá o Salto Grande de Sete Quedas hasta la boca del río Yguazú (Tratado de ITAIPÚ)*, firmado en Brasilia el 26 de marzo de 1973. El Tratado creó la Entidad Binacional ITAIPÚ como una empresa con personalidad jurídica internacional, encargada de la producción de energía eléctrica para Brasil y Paraguay, estableciendo las normas fundamentales de su funcionamiento y su régimen jurídico, económico y financiero, formando parte del tratado el Estatuto de la entidad binacional (Anexo A); la descripción general de las instalaciones destinadas a la producción de energía eléctrica y de las obras auxiliares, con las eventuales modificaciones que se hagan necesarias (Anexo B) y las bases financieras y las de prestación de los servicio de electricidad de la ITAIPÚ (Anexo C).

El Tratado de ITAIPÚ no solamente representó una solución de un conflicto bilateral sobre el la soberanía de recursos naturales (territorio y energía) sino también un importante avance geopolítico en la Cuenca del Plata. Se estableció una alianza de gran relevancia que facilitaba llevar posiciones próximas a las tesis brasileñas sobre el uso de cursos internacionales de agua en foros internacionales. Además, este acuerdo bilateral coadyuvaba a superar el temor histórico de Brasil de convertirse en una isla en la América española[26] y fortalecía la posición brasileña en el control de las "fronteras vivas" que se insertaban en el marco de la visión geopolítica de los gobiernos militares brasileños después del golpe de Estado de 1964[27].

Por su parte, el *Tratado de YACYRETÁ* fue firmado en Asunción el 3 de diciembre de 1973 para el aprovechamiento hidroeléctrico, el mejoramiento de las condiciones de navegabilidad del río Paraná a la altura de la isla Yacyretá y, eventualmente, la atenuación de los efectos depredadores de las inundaciones producidas por crecidas extraordinarias. Este instrumento internacional creó la entidad binacional YACYRE-

26. Como ejemplo de estos temores históricos, Vid. HILTON, S. (1985), p. 28, que cita testimonios de militares y estudios de la diplomacia brasileña (al inicio del siglo XX) en los cuales se advierte sobre una política argentina que buscaría aislar al Brasil (como una isla luso-parlante) en la América española, donde Argentina tendría cierto peso por haber sido sede del Virreinato del Río de la Plata en el período colonial.

27. Uno de los principales referentes del período de los gobiernos militares, Couto e Silva, reconocía que tanto Paraguay como Bolivia tenían gran valor para la política externa brasileña, sea por su posición geográfica en una frontera meridional y central "abierta y vulnerable" o por el temor de que inestabilidades políticas y económicas pudiesen crear fricciones externas que permitan colisionar intereses argentinos y brasileños. Vid. COUTO E SILVA, G. (1981), *in totum*.

TÁ con capacidad jurídica, financiera y administrativa, y también con responsabilidad técnica para estudiar, proyectar, dirigir y ejecutar las obras que tiene por objeto, ponerlas en funcionamiento y explotarlas como unidad desde el punto de vista técnico económico. Formando parte del tratado el Estatuto de la entidad binacional (Anexo A); la descripción general de las instalaciones destinadas a la producción de energía eléctrica y al mejoramiento de las condiciones de navegabilidad y de las obras complementarias para el aprovechamiento del río Paraná (Anexo B) y las bases financieras y de prestación de los servicios de electricidad de YACYRETÁ (Anexo C).

De acuerdo con el comentario de una autoridad argentina que participó como representante gubernamental en los primeros meses de implementación del Tratado de YACYRETÁ[28], la firma realizada poco tiempo después de la firma del Tratado de ITAIPÚ se debió al hecho de que el Gobierno argentino consideraba conveniente establecer un acuerdo binacional con Paraguay para fortalecer su posición regional sobre el uso del río Paraná para la generación hidroeléctrica. No se trató solamente de establecer posiciones ante el avance geopolítico de Brasil en la Cuenca del Plata que había firmado un tratado bilateral referente al uso del río con el principal potencial hidroeléctrico de la Cuenca sino también –y principalmente– se estableció la necesidad de buscar un consenso sobre el uso del tramo internacional del río Paraná para la conversión de energía. Ello colocó a Paraguay en el rol de interlocutor obligado y común en dos rondas bilaterales de negociación y, al mismo tiempo, creó condiciones que obligaron a la negociación sobre un caso específico y relevante para todos los países involucrados de un tema que era central para Argentina: la gestión integrada de una cuenca hidrográfica.

El proyecto de ITAIPÚ, de la manera como quedó finalmente definido antes la firma del tratado en 1973 (a pocos kilómetros del tramo internacional del río Paraná en el cual Argentina se vuelve país ribereño y comparte la soberanía del curso de agua con Paraguay) afecta intereses argentinos y paraguayos para la utilización del río en proyectos hidroeléctricos aguas abajo. Además, la construcción de represas en el sistema Paraná afecta el enfoque de uso del río como hidrovía, lo cual va contra los intereses históricos de Argentina referentes a la navegación en la Cuenca del Plata[29]. Las reacciones de Argentina sobre la firma del tratado entre Brasil y Paraguay se manifestaron inmediatamente mediante la prensa y notas oficiales

28. Información levantada durante entrevistas realizadas en Buenos Aires, entre 9 y 17 de marzo de 2016, en el marco del proyecto financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de Paraguay "Uso de los recursos hidroenergéticos compartidos del Paraguay: lecciones aprendidas de las negociaciones internacionales y del tratamiento de los aspectos financieros en los proyectos binacionales" (Código de Proyecto: 14 INV 283).
29. *Vid.* CAUBET, C. (1991), p. 31.

del Gobierno argentino en el que se mencionaba el derecho de solicitar revisión de proyectos que pudiesen afectar el aprovechamiento del río Paraná aguas abajo. La respuesta del Gobierno paraguayo se dio poco antes de la firma del tratado y mostró una posición alineada con Brasil al destacar que no veía "daño sensible" del proyecto en terceros países[30].

La posición de Argentina se relacionaba con cuestiones geopolíticas en el marco de lo ya descrito en las secciones anteriores. Además, se tenía el enfoque de cuenca hidrográfica y su aprovechamiento coordinado y optimizado; en concreto, se presentaba el problema de la construcción y operación de un proyecto hidroeléctrico binacional (Corpus Christi), aún en estudio, entre la desembocadura del río Yguazú y el emplazamiento del proyecto YACYRETÁ, cuyo tratado estaba en negociación y se firmaría pocos meses después del Tratado de ITAIPÚ. Según Debernardi, era relevante para Argentina garantizar una cota de coronamiento de la represa de Corpus con un mínimo de 120 metros sobre el nivel del mar. Pero ello afectaría el nivel de restitución de aguas turbinadas por ITAIPÚ, lo cual reduciría la potencia de la central brasileño-paraguaya.

Conforme se ha mencionado arriba, la firma del Tratado de YACYRETÁ, con la consecuencia inmediata de colocar en necesidad de negociación a tres países con intereses en dos proyectos hidroeléctricos bilaterales (con la perspectiva de otros futuros proyectos de importancia desde el punto de vista energético), además de la firmeza manifestada por Argentina en sus reclamos, desembocó en una serie de negociaciones entre los tres países que llevaron alrededor de cinco años para construir un consenso y plasmarlo en un acuerdo tripartito.

6. Acuerdo Tripartito por intercambio de Notas Reversales entre los Gobiernos de Argentina, Brasil y Paraguay referente al aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná

Estando en plena construcción la hidroeléctrica ITAIPÚ y en estudios avanzados de factibilidad el proyecto Corpus Christi, fue negociada la fórmula para la solución de los conflictos relacionados con la utilización de los recursos hidroenergéticos del río

30. *Vid.* DEBERNARDI, E. (1996), pp. 339 y ss.

Paraná, a través del Acuerdo Tripartito entre Argentina, Brasil y Paraguay, firmado en la ciudad Presidente Stroessner –actual Ciudad del Este– el 19 de octubre de 1979.

El Acuerdo Tripartito representó una cesión de posiciones de negociación de todas las partes: se acordaron las condiciones que permitirían la construcción y operación del proyecto Corpus con una cota de 105 metros sobre el nivel del mar; además se establecieron límites para la operación de la central de ITAIPÚ (se limitó el funcionamiento simultáneo de hasta 18 unidades generadoras y un caudal máximo turbinado de 12 600 metros cúbicos por segundo, entre otras especificaciones).

Con este resultado de larga y difícil negociación se buscó garantizar procedimientos generales y parámetros que viabilicen la construcción y operación de Corpus y permitió la operación, con ciertas restricciones, de la central de ITAIPÚ. Entre las provisiones acordadas se encuentra la de regulación de parámetros hidrológicos en el área de la triple frontera, en la desembocadura del río Yguazú, donde las variaciones de parámetros permitidas son las siguientes: i) variación horaria de cincuenta centímetros del nivel de las aguas; ii) variación diaria de dos metros del nivel de las aguas; y iii) velocidad superficial normal de dos metros por segundo. En condiciones hidrológicas desfavorables el Acuerdo admite aumentos de hasta 20 % de los parámetros horario y diario.

El instrumento jurídico tripartito también realiza previsiones ambientales en consonancia con las obligaciones asumidas en el Tratado de la Cuenca del Plata, tomando el compromiso cada Gobierno y de acuerdo con su legislación de ejecutar el Acuerdo, preservando el medio ambiente y la calidad de las aguas del río Paraná, evitando su contaminación y asegurando como mínimo las condiciones de salubridad vigentes en ese momento en el área de influencia de los aprovechamientos.

Sin duda, el Acuerdo Tripartito está impregnado de altos valores políticos y diplomáticos, que se evidencian con la constancia en el documento de que las deliberaciones se caracterizaron por un espíritu de buena vecindad y de cooperación, en la búsqueda de una solución que represente, para las tres partes, la efectiva convergencia de intereses y la obtención de cierto nivel aceptable de beneficios recíprocos.

7. La necesidad actual de revisión de los acuerdos para el desarrollo del sector

En la actualidad se tienen aspectos que son favorables para la revisión de los acuerdos alcanzados en las décadas de 1960 y 1970 (en particular los tratados y acuerdos

firmados por Paraguay) sobre el uso de recursos naturales de soberanía compartida y el tratamiento de los recursos hídricos para la producción de energía en el río Paraná, principal curso de agua internacional de la Cuenca del Plata. Entre estos aspectos se citan los siguientes:

A. Enfoque regional tendiente a la valorización de los recursos naturales y a la integración regional

En los últimos años, la visión de integración económica regional en América Latina se ha venido vinculando con la del tratamiento de los recursos naturales como estratégicos para el desarrollo de la región, en el marco de un enfoque que busca mejorar las condiciones de vida de todos los segmentos de la población latinoamericana, así como agregar valor a la producción regional mediante estrategias de integración productiva. Es decir, se viene considerando la necesidad de aprovechar mejor los recursos naturales de la región teniendo como objetivo el desarrollo productivo endógeno y más equitativo. En este sentido, la energía juega un rol preponderante.

B. La generación hidroeléctrica en el marco del Cambio Climático

Los diversos aspectos del cambio climático guardan actualmente relación con las nuevas políticas energéticas sostenibles. En lo que se refiere a la generación hidroeléctrica, no solamente se trata del uso de una fuente renovable de energía, como es el caso de la hidroenergía, sino también de la consideración de los impactos que el cambio climático podría tener en las cuencas hidrográficas (con las afectaciones, inclusive, a la generación eléctrica).

C. Crecimiento de la demanda de electricidad y consideración favorable de la hidroelectricidad en los planes nacionales

Se tienen las proyecciones de crecimiento de la demanda de los sistemas eléctricos en los tres países ribereños del río Paraná, lo cual indica la necesidad de analizar opciones de generación eléctrica para el futuro. En este sentido, cabe resaltar que en Brasil estudios de demanda de energía presentan estimaciones de crecimiento de alrededor

de 4,1 % por año en el período de 2020 a 2030[31]. Las proyecciones realizadas en estos estudios muestran que la electricidad será la fuente de energía que más crecerá en Brasil hasta el 2050, en términos de consumo final de energía. Además, la opción de expansión hidroeléctrica es considerada una de las más competitivas, aunque con fuertes restricciones ambientales y sociales en el ámbito nacional[32] (Plan Nacional de Energía 2030). Por su parte, en Argentina, algunas proyecciones realizadas con base en escenarios tendenciales indican un crecimiento anual compuesto del orden de 3,5% anual compuesto[33]. Además, los estudios de prospectiva de la Secretaría de Energía de Argentina[34] señalan que la hidroelectricidad tendrá un crecimiento importante hasta 2030, con incremento de su participación en la matriz eléctrica. Como elemento relevante para destacar en el caso argentino podría citarse que en los análisis presentados por el secretario de Energía (en diciembre de 2013) resaltan los proyectos hidroeléctricos binacionales por desarrollar, totalizando cerca del 42 % de la capacidad total de los futuros proyectos hidroeléctricos. Finalmente, en Paraguay, funcionarios de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE)[35], tomando como base el crecimiento anual compuesto de la demanda de electricidad del sistema eléctrico paraguayo en los últimos 20 años (8 % anual acumulado) –que se aceleró en los últimos años–, estiman que la actual situación de excedente de energía y capacidad instalada para generación eléctrica podrá cambiar drásticamente hacia mediados de la década de 2020, con la consecuente necesidad de incorporar nuevas centrales eléctricas.

D. Potencial hidroeléctrico a ser aprovechado en el río Paraná

Entre las opciones que son consideradas por Argentina y Paraguay se encuentran los proyectos hidroeléctricos en cursos de agua internacionales que aún se encuentran en diferentes niveles de estudio; y que se muestran en la tabla 1.

31. *Vid.* BRASIL, EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (2016). Demanda de Energía 2050 (Nota Técnica DEA 13/15). *Serie Estudos da Demanda de Energia*, p. 155.
32. En particular, en los ríos de la cuenca amazónica.
33. *Vid.* FERNÁNDEZ, R. (2015), *in totum.*
34. ARGENTINA, SECRETARÍA DE ENERGÍA (2013), *in totum.*
35. PARAGUAY, ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD ANDE (2014), *in totum.*

Tabla 1 – Principales proyectos hidroeléctricos a desarrollarse en cursos de agua internacionales en la Cuenca del Plata

	Potencia (MW)	Energía (GWh/a)	Costo Estimado (MM US$)
CH AÑA CUA	270	2100	450
Ampliación de la CH YACYRETÁ (+10 UG)	4050 (1)	20000 (1)	2600 (2)
CH ITACORÁ-ITATI	1660	11300	6000
CH CORPUS (Pindoí)	2880	20175	9000
CH GARABI 89	1152	5970	2730
CH PANAMBI 130	1048	5475	2474

Notas: (1) valores totales de la CH; (2) Costo estimado de la ampliación)

Notas: (1) Los proyectos de las centrales hidroeléctricas (CH) de Aña Cua e Itacorá-Itati están estrechamente vinculados a la CH Binacional YACYRETÁ que se encuentra operando con una capacidad instalada de 3100 MW; (2) los de CH Yacyretá, Aña Cua, Itacorá-Itati y Corpus usan recursos hídricos de soberanía compartida entre Argentina y Paraguay; y (3) los de CH Garabí y Panambí usan recursos compartidos por Argentina y Brasil[36].

E. Posibilidad de flexibilizar la operación del embalse de ITAIPÚ

Por otra parte, se puede destacar el mejor conocimiento sobre el comportamiento hidrológico de la cuenca del Paraná y sus efectos en la generación de electricidad en las centrales binacionales en operación. Con ello se ha podido constatar la posibilidad de operar la central ITAIPÚ con mayor flexibilidad de manejo de su embalse, pero dentro de parámetros adecuados.

36. Fuentes: IPPSE, Paraguay: Requerimientos y Disponibilidades de Energía Eléctrica y su Integración Regional (presentación de Héctor Richer); y CEARE/UBA, Proyectos Garabí y Panambí (presentación de Guillermo Koutoudjan). Ambas presentaciones se realizaron en la Mesa Redonda Internacional "Analizando opciones para el avance de la integración energética en el Cono Sur", organizada por Facultad Politécnica, Universidad Nacional de Asunción, 8 y 9 de mayo de 2014.

8. Las perspectivas de avance: de los conceptos de evitación del perjuicio sensible y de los acuerdos bilaterales a los de optimización del uso del recurso hídrico para beneficio de todas las partes y a los acuerdos subregionales o regionales

Con base en el desarrollo del análisis expuesto podemos concluir que si bien los acuerdos alcanzados en el pasado sobre el uso de Cursos de Agua Internacionales en la Cuenca del Plata han sido fundamentales para la construcción y operación de centrales hidroeléctricas binacionales, tales acuerdos podrían adecuarse a una nueva fase de desarrollo energético regional. Existen condiciones intrínsecas de este desarrollo y de la posible optimización del uso del recurso, así como un ambiente regional favorable que promueve la complementariedad de los sistemas energéticos (en particular los consensos alcanzados en el seno de la Unión de Naciones Suramericanas –UNASUR–), como medida para incrementar la eficiencia en la oferta de energía y la seguridad energética regional.

En este análisis hemos mostrado cómo se ha enfocado la superación del conflicto sobre el uso de un recurso natural cuya soberanía es compartida por varios países y en niveles diferentes: soberanía absoluta sobre el recurso en tramos contiguos y afectación en un curso sucesivo (visión integrada de una cuenca hidrográfica). El concepto que posibilitó la superación del conflicto fue el de "evitar el perjuicio sensible aguas abajo" como medida que busca preservar la utilización del recurso dentro de parámetros razonables. Sin embargo, debe destacarse que este concepto considera los proyectos de manera fragmentada, como proyectos separados y prácticamente "en disputa". Se buscaba garantizar las condiciones para el desarrollo de un proyecto en desmedro de mejores condiciones de operación de otro proyecto.

El Acuerdo Tripartito de 1979 fue un logro diplomático alcanzado mediante un largo proceso de negociación entre tres países que partieron de posiciones muy diferentes (en realidad, posiciones opuestas para el caso de dos países). Sin embargo, el contenido del acuerdo se restringe al enfoque mencionado en el párrafo anterior: se dio prioridad al consenso posible antes que a una solución óptima para todas las partes. Las restricciones colocadas para la gestión del recurso natural aguas abajo de la central binacional no permiten una operación flexible del embalse de ITAIPÚ; pero, por otra parte, permite una nueva oportunidad: la construcción de

un nuevo proyecto binacional, Corpus Christi.

En lo que se refiere a los proyectos binacionales, las restricciones impuestas para la comercialización de la energía exclusivamente para empresas de los países socios de cada emprendimiento son contrarias al espíritu de integración regional que se han consagrado en los acuerdos de UNASUR; y son poco favorables para el uso óptimo del recurso.

Así, en las soluciones alcanzadas, el nivel de cooperación entre los proyectos es mínimo, lo cual va contra la propia naturaleza de un recurso natural renovable y de soberanía compartida, como es el caso de un curso de agua internacional. Se debe tratar de utilizar, de manera óptima, las bondades del recurso natural renovable, las condiciones de las instalaciones ya existentes y la flexibilidad –aunque limitada– de maniobra del embalse.

Por consiguiente, estimamos conveniente buscar la instalación de una nueva ronda de negociaciones entre los tres países (Argentina, Brasil y Paraguay) que revea los acuerdos sobre el uso del recurso. La negociación sería de carácter tripartito pero debería dejar espacio para la negociación bilateral para asuntos atinentes a las entidades binacionales; y el eje de negociación debe sobreponer los conceptos de complementariedad entre instalaciones de infraestructura y de optimización del uso del recurso natural para beneficio de todas las partes.

El cambio de marco conceptual de superación de conflictos (de "evitación del perjuicio sensible" al de "optimización del uso del recurso") en un plano tripartito será, por consiguiente, el hecho generador de una nueva visión sobre el uso de los recursos hídricos compartidos y la distribución de obligaciones y de los beneficios económicos oriundos del aprovechamiento de los recursos. Con esta nueva visión perdería sentido la rigidez de los acuerdos bilaterales, en particular, sobre la comercialización de la energía entre los dos países. Con ello se podría dar un paso decisivo hacia la construcción de nuevos proyectos hidroeléctricos en el Río Paraná y la comercialización de la energía en el ámbito regional.

En efecto, se podrá instituir un Mercado Eléctrico del Cono Sur, cuyo parque generador principal estaría constituido por los proyectos hidroeléctricos binacionales de la Cuenca del Plata (con la inclusión de los aprovechamientos sobre el Río Uruguay) y por las fuertes interconexiones eléctricas disponibles en las centrales binacionales. Inclusive, debe considerarse que existe una importante capacidad instalada de equipos que permiten interconectar un sistema eléctrico que opera en 60 Hz (Brasil) con sistemas eléctricos que operan en 50 Hz (los demás países del Cono Sur).

La posibilidad de operar de manera coordinada un importante polo de generación hidroeléctrica en una posición geográfica estratégica (cercana a los principales centros urbanos y económicos de la Cuenca del Plata) y con criterios de

optimización del uso de recurso hídrico incrementaría la eficiencia de la oferta de electricidad y la seguridad energética subregional. Asimismo, se podrían extender los usos de la electricidad en otros segmentos de la demanda de energía, por ejemplo, el transporte eléctrico (vehículos particulares y de transporte público). De esta manera, se mejorarían las condiciones para avanzar con la integración productiva regional, mediante el aprovechamiento de recursos minerales de la región (litio y cobre) y la fabricación de vehículos eléctricos[37].

En resumen, las perspectivas que se vislumbran para el desarrollo energético en los países de la Cuenca del Plata son promisorias, toda vez que se superen enfoques del pasado que pusieron énfasis en visiones nacionales de desarrollo y en la utilización de los recursos naturales en el marco de ese tipo de visión (acuerdos bilaterales existentes). Se ha mostrado que un cambio de paradigma sobre el uso de un recurso natural compartido por tres países (el río Paraná) podría traer beneficios para la seguridad energética de estos países, en condiciones de optimización del uso del recurso (hidroenergía del curso de agua internacional) en el ámbito regional; y, además, podría ser el eje de un desarrollo económico sostenible mediante el uso de la electricidad en segmentos no convencionales (transporte eléctrico) y por medio del aprovechamiento de recursos minerales abundantes en la región.

En el sentido de lo expuesto, consideramos que la revisión del Acuerdo Tripartito de 1979 sería la oportunidad ideal para la implementación del concepto "optimización del recurso", convirtiéndose en el eslabón evolutivo de los aprovechamientos de los cursos de agua internacionales y abriendo la etapa de la regionalización de la comercialización de la energía en la Cuenca del Plata.

37. *Vid.* SAUER, I. (2015), p. 94.

Este libro busca ofrecer una visión amplia, pero a la vez crítica y propositiva sobre la estrecha relación que existe entre el cambio climático, la energía y los derechos humanos, tres elementos interdependientes que representan urgentes desafíos para las presentes y futuras generaciones en todas las regiones del mundo. Uno de los retos esenciales a nivel global, es construir un nuevo modelo sostenible donde predomine la energía limpia y se garantice su accesibilidad. Actualmente millones de personas se encuentran privadas de los servicios modernos de energía, como consecuencia de ello, les son vulnerados sus derechos humanos como la vida digna, el acceso a la salud, al agua, a un ambiente sano, a la vivienda adecuada o a la alimentación, entre otros. Para contribuir al debate nacional e internacional sobre esta temática, la obra ofrece artículos académicos de reconocidos profesores latinoamericanos, europeos y estadounidenses, que abordan esta problemática desde diferentes perspectiva.

UNIVERSITÄT HEIDELBERG
HEIDELBERG CENTER PARA AMÉRICA LATINA

UNIVERSIDAD DEL NORTE
Vigilada Mineducación

HEINRICH BÖLL STIFTUNG COLOMBIA

ISBN 978 958 741-883-5