

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
AMICUS CURIAE

Presentado por
Dr. José Ignacio Hernández G.

En el caso de
Solicitud de Opinión Consultiva
presentada por la República de Chile y la República de Colombia
sobre “Emergencia Climática y Derechos Humanos”

17 de diciembre de 2023

TABLA DE CONTENIDOS

I. INTERÉS DEL AMICUS	3
II. LOS DEBERES Y COMPROMISOS DE LOS ESTADOS EN TORNO AL CAMBIO CLIMÁTICO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO INTERAMERICANO. EL DERECHO GLOBAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO	9
III. LA CAPACIDAD ESTATAL COMO CONDICIONANTE ADVERSA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA. LA FRAGILIDAD DEL DERECHO INTERAMERICANO	21
IV. LA DIFERENCIACIÓN DE CAPACIDAD INSTITUCIONAL ENTRE LOS ESTADOS PRODUCTORES DE PETRÓLEO Y DE MINERALES ESTRÁTEGICOS	36
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES	46

I. INTERÉS DEL AMICUS

1. De conformidad con los artículos 2.3 y 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte IDH), este escrito tiene como propósito contribuir a esclarecer algunas de las dudas formuladas en la solicitud de opinión consultiva sobre la emergencia climática y los derechos humanos, formulada a esa Corte por la República de Colombia y la República de Chile.

2. En específico, este escrito se circunscribe a la pregunta identificada en el literal A de la Sección IV de la solicitud de opinión, a saber, *“las obligaciones estatales derivadas de los deberes de prevención y garantía en derechos humanos vinculadas frente a la emergencia climática”*. Más en concreto, el escrito se orienta a contribuir a la interpretación requerida en el numeral 2 de ese literal, sobre las medidas que *“deben tomar los Estados para minimizar el impacto de los daños por la emergencia climática, a la luz de las obligaciones establecidas en la Convención Americana”*, y en específico, a la interpretación requerida en la sub-sección 2.A, esto es, *“¿Qué consideraciones debe tomar un Estado para implementar su obligación de (i) regular, (ii) monitorear y fiscalizar; (iii) requerir y aprobar estudios de impacto social y ambiental, (iv) establecer un plan de contingencia y (v) mitigar las actividades dentro de su jurisdicción que agraven o puedan agravar la emergencia climática?”*.

3. Soy abogado venezolano y profesor de Derecho Constitucional y Administrativo en diversas Universidades de América Latina y España. Entre 2017 y 2023 me desempeñé como como Fellow del Harvard Kennedy School. Actualmente soy *Senior Associate* del Center for Strategic and International Studies (CSIS) dentro del programa para las Américas. Desde la perspectiva jurídica, he abordado los deberes del Estado en el contexto del cambio climático tomando en cuenta la teoría de la fragilidad estatal, de uso común en las ciencias económicas y políticas, y de creciente interés en las ciencias jurídicas. Esta visión ha quedado plasmada en diversas ponencias que he impartido, incluyendo mi participación en el Congreso Global de Constitucionalismo 2023, organizado por la Universidad de Austin-Texas, bajo los auspicios del profesor Richard Albert¹.

4. Mi experiencia desde el Derecho Constitucional comparado, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y en las políticas públicas climáticas, me ha permitido formular recomendaciones para incrementar la efectividad de las políticas climáticas que deben implementarse en América Latina y el Caribe, tomando en cuenta dos variables: (i) la histórica fragilidad estatal de la región y (ii) la especial situación de las instituciones políticas de la región, según se trate de Estados productores de petróleo y Estados productores de minerales estratégicos.

¹ José Ignacio Hernández G., “Latin American Constitutional Law and Green Constitutionalism: A Path Forward”, *Int’l J. Const. L. Blog*, Jan. 20, 2023, at: <http://www.iconnectblog.com/2023/01/latin-american-constitutional-law-and-green-constitutionalism-a-path-forward/>

5. El presente escrito propone la interpretación de las medidas que los Estados deben adoptar desde el concepto de **capacidad institucional**. Como se explica, este concepto es útil por dos razones: (i) este concepto permite incorporar, a la interpretación del *corpus iuris interamericano*, la fragilidad estatal como variable para la interpretación y aplicación del principio de progresividad. Además, (ii) este concepto facilita distinguir la capacidad institucional según se trate de Estados productores de combustibles fósiles (por ejemplo, Ecuador y Guyana) y Estados productores de minerales estratégicos (como Panamá y Chile).

6. De esa manera, la interpretación basada en la capacidad institucional se orienta a reforzar la eficacia de los mandatos que los Estados asumen en el contexto del cambio climático. Atendiendo a la línea evolutiva que esa Corte ha mantenido en la interpretación de las cláusulas económicas del SIDH, y en especial, de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), es posible anticipar que la opinión consultiva que será emitida enumerará un listado ciertamente ambicioso de deberes para minimizar el impacto de los daños por la emergencia climática. Pero esos mandatos solo operaran en el ámbito formal o *de iure*. El verdadero reto del SIDH es lograr la efectiva implementación de estos mandatos en los hechos, o sea, el *ámbito de facto*.

7. Precisamente, la arraigada fragilidad estatal en América Latina y el Caribe, ha derivado en una brecha entre el Estado de Derecho de *iure* y el Estado de Derecho de *facto*. En el ámbito *de iure*, el marco constitucional de

la región se caracteriza por ambiciosos mandatos de transformación, que son reforzados por el SIDH. Pero en el ámbito *de facto*, América Latina y el Caribe son consideradas como la región más desigual del mundo. La diferencia entre la igualdad *de iure* y la igualdad *de facto*, puede explicarse, al menos en parte, como resultado de la fragilidad estatal, o sea, de la limitada capacidad institucional para implementar efectivamente los ambiciosos mandatos de transformación.

8. Si no se toma en cuenta esta brecha, se corre el riesgo de que los principios y estándares que esa Corte derive del SIDH se traduzcan en ambiciosos mandatos para minimizar el impacto de los daños por la emergencia climática, cuya efectividad práctica será, sin embargo, limitada.

9. Este riesgo es tanto mayor cuando consideramos que debido a las condiciones económicas de los combustibles fósiles y minerales, los ingresos fiscales producidos por estas actividades pueden tener la condición de rentas, lo que crea condiciones que pueden debilitar, tanto más, la capacidad institucional. Esta Corte debe tomar en cuenta estas particularidades, para contribuir a la creación de capacidades estatales que, más allá de las rentas de combustibles fósiles y minerales, eleven la eficacia de los deberes de los Estados para atender la emergencia climática en el contexto SIDH.

10. De esa manera, la fragilidad estatal no es un asunto extraño a la interpretación que esa Corte debe hacer. Por el contrario, y desde el principio de progresividad, la fragilidad estatal genera importantes consecuencias con efectos jurídicos, por lo que respecta a los deberes del Estado de identificar

y paliar las causas que ocasionan esa fragilidad, y así, promover la efectiva protección del derecho al medio ambiente sano en el marco de la emergencia climática.

11. En suma, esta opinión quiere contribuir a un debate que permita repensar algunos de los paradigmas en los cuales descansa la interpretación de los mandatos de transformación derivados del SIDH, reduciendo con ello el riesgo de que los lineamientos que esa Corte dicte en su opinión consultiva permanezcan en el ámbito *de iure*, con poca incidencia en el ámbito *de facto*. Esta interpretación es especialmente útil en el contexto del cambio climático, pues las políticas de adaptación y mitigación requieren de una adecuada coordinación de los Estados en el espacio global, todo lo cual eleva -más todavía- las limitaciones de la capacidad estatal, que no está diseñada para atender los retos de lo que se ha denominado Derecho Global.

12. Para exponer estos argumentos, el presente escrito se divide en cuatro partes. La *primera parte* resume la situación actual de la emergencia climática desde el Derecho Internacional Público, con especial referencia al SIDH. El propósito de esta parte es exponer cómo, a través del desarrollo integral y la protección del derecho al medio ambiente, el SIDH refuerza los deberes y compromisos del Estado derivados del Derecho Internacional Público, a los fines de adoptar medidas de adaptación y mitigación del cambio climático. Sin embargo, estas medidas encuentran una importante limitación debido a la naturaleza del riesgo asociado al cambio climático, pues al tratarse de un riesgo global, no puede ser atendido adecuadamente desde el ámbito estatal,

que es el ámbito en el cual sigue descansando el Derecho Internacional Público. En esta parte se introduce el concepto de Derecho Global del Cambio Climático.

13. La *segunda parte* explica cómo la capacidad institucional es una limitación para el cumplimiento de los mandatos de transformación del SIDH, incluyendo los mandatos asociados al cambio climático. Así, las limitaciones en la capacidad estatal derivan en áreas de la fragilidad estatal, que condicionan adversamente la efectividad de los mandatos de transformación asociados a la emergencia climática. Esta segunda parte introduce el concepto de capacidad estatal para reinterpretar el principio de progresividad, y proponer que en la opinión consultiva que emita la Corte, se incluyan lineamientos que contribuyan a reducir la brecha entre el ámbito de *iure* y de *facto*.

14. La *tercera parte* amplía el análisis jurídico de la capacidad institucional, diferenciando entre los Estados productores de combustibles fósiles (principalmente el petróleo) y los Estados productores de minerales críticos o estratégicos necesarios para las energías limpias, como es el caso del cobre y el litio. Los deberes de los Estados frente a la emergencia climática no pueden valorarse solo desde la reducción de la producción y uso de combustibles fósiles, sino en especial, desde las contribuciones que los países de América Latina y el Caribe pueden aportar para descarbonizar la economía. En esta parte se utiliza el concepto de descarbonización para

ayudar a precisar, con mayor sentido práctico, los deberes de los Estados derivados del SIDH.

15. La *cuarta y última parte* contiene las conclusiones y resumen de las recomendaciones que, desde la perspectiva de la capacidad institucional, la Corte podría incluir en su opinión consultiva, la cual podría fomentar el diálogo interamericano, o sea, el diálogo entre las instituciones centrales del sistema interamericano en torno al cambio climático, como es el caso de la Corte IDH, la CIDH, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

II. LOS DEBERES Y COMPROMISOS DE LOS ESTADOS EN TORNO AL CAMBIO CLIMÁTICO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO INTERAMERICANO. EL DERECHO GLOBAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO

16. Las dudas que han sido sometidas a la consideración de esta Corte pueden resolverse la luz de la línea de interpretación que ha concluido en el carácter vinculante de los DESCAs, y por ende, en la jurisdicción de la Corte IDH para declarar la responsabilidad del Estado por violación a esos derechos, y para condenar al cumplimiento de los deberes asociados al acceso equitativo de los bienes y servicios esenciales anejos a los DESCAs². Un sector de la doctrina, incluso, ha interpretado al SIDH como parte de un sistema más amplio que da forma al Derecho Constitucional Transformador Común en América Latina, caracterizado por ambiciosos mandatos de

² Para un resumen de la tesis sobre el carácter vinculante de los DESCAs, vid. Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2014, pp. 55 y ss.

transformación que emplazan al Estado a remover los obstáculos que impiden el acceso equitativo a esos bienes y servicios esenciales, tomando en cuenta, especialmente, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana) y el Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)³.

17. No hay duda de que, bajo esta interpretación, los Estados parte de la Convención Americana tienen del deber de adoptar todas las medidas orientadas a atender la emergencia climática, *“incluyendo la proliferación de sequías, inundaciones, deslaves, incendios, entre otros. Dichos fenómenos ponen de manifiesto la necesidad de responder de manera urgente y sobre la base de los principios de equidad, justicia cooperación y sostenibilidad, con un enfoque de derechos humanos”*.⁴ El cambio climático -cuya definición técnica abordamos en este capítulo- se traduce en el calentamiento global y en inestabilidades climáticas que elevan la vulnerabilidad en América Latina y el Caribe, especialmente, en sectores que se enfrentan a diversas condiciones de vulnerabilidad, como las comunidades indígenas. Ante esta evidencia, que la solicitud presenta de manera adecuada⁵, se impone la necesidad de definir estándares interamericanos, que encuentran sólida base en el *corpus iuris interamericano*, en especial, en cuanto a la tutela del derecho al ambiente sano, reconocido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador⁶.

³ Bogdandy, Armin Von, *“Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”*, en *Revista Derecho del Estado* N° 34, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss.

⁴ Solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Colombia y la República de Chile el 9 de enero de 2023, p. 1.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.* pp. 6-8.

18. Incluso, en el marco del Derecho Internacional del Cambio Climático, los Estados que no son parte de la Convención Americana, pero que sí han suscrito la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), también deben cumplir con mandatos relacionados al cambio climático, en el contexto del principio de desarrollo integral (artículo 30, Carta de la OEA), el cual descansa en los derechos inherentes a la dignidad humana, protegida especialmente en la Declaración Americana.

19. No obstante, es necesario tomar en cuenta que los deberes y compromisos derivados del Derecho Internacional Público, incluyendo el Derecho Interamericano, siguen descansando en la idea del orden internacional centrado en el Estado⁷. El cambio climático, sin embargo, requiere de nuevos paradigmas, que deben llevar a repensar al Derecho Internacional del Cambio Climático como el Derecho Global del Cambio Climático, especialmente, en el ámbito interamericano.

⁷ En este escrito, entendemos por Derecho Interamericano el conjunto de fuentes del Derecho Internacional Público que conforman al ordenamiento jurídico derivado de la Carta de la OEA, o sea, el ordenamiento jurídico interamericano. El Derecho Interamericano puede valorarse como círculos concéntricos, en el cual encontramos el ordenamiento jurídico mayor, derivado de la Carta de la OEA, y ordenamientos de ámbito más reducido, en función a los Estados que han suscrito los correspondientes tratados, como resulta en especial del ordenamiento jurídico derivado de la Convención Americana. Es importante aclarar que las fuentes no se limitan al tratado, pues en sintonía con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también se incluyen, entre otros a los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. La expresión *corpus iuris interamericano* la empleamos en sentido amplio, como sinónimo del Derecho Interamericano que, de nuevo, no se limita solo al tratado.

1. *Breve introducción a la racionalidad económica y jurídica del Derecho Internacional del Cambio Climático. El cambio climático en el Derecho Interamericano*

20. En apretada síntesis, y retomando los conceptos empleados en la solicitud de opinión consultiva⁸, el cambio climático describe el aumento de la temperatura global producida por la emisión de Gases de Efecto Invernadero (GEI)⁹. Este aumento ha generado daños ambientales irreversibles, y de continuar, puede ocasionar daños incluso más graves, que coloquen en riesgo la supervivencia humana¹⁰.

21. Hay dos políticas públicas que describen las acciones que los Estados deben tomar en el marco del cambio climático: las *políticas de adaptación*, por las cuales las conductas humanas se ajustan a los cambios ya ocasionados por el cambio climático, por ejemplo, en términos de movilidad de las comunidades en situación de especial vulnerabilidad, y las *políticas de mitigación*, que en esencia, se orientan a disminuir el calentamiento global¹¹.

⁸ *Id.* pp. 2-3.

⁹ Para el concepto de GEI y los demás conceptos técnicos, puede consultarse: Mach, Katharine J., et al. (ed), "Glosario", en Pachauri, Rajendra K. (ed), *Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC), Ginebra, 2014, pp. 131 y ss.

¹⁰ Solicitud de opinión consultiva, p. 2.

¹¹ En general, vid. Sánchez, Luis y Reyes, Orlando, *Medidas de adaptación y mitigación frente al cambio climático en América Latina y el Caribe Una revisión general*, Comisión Económica para la América Latina y el Caribe (CEPAL, Santiago de Chile, 2015, pp. 11 y ss.

22. Las políticas de mitigación pueden clasificarse desde dos grandes grupos: (i) aquellas que reducen las emisiones de GEI, y (ii) aquellas que elevan la capacidad de captura de los GEI, muy en especial, el dióxido de carbono. La reducción de emisiones de los GEI supone importantes cambios en la conducta humana y en la economía, en especial, para modificar la matriz de generación eléctrica basada en combustibles fósiles, incluyendo al petróleo. En este sentido, la **descarbonización** es la reducción del uso de estos combustibles fósiles por fuentes renovables o limpias que permitan electrificar la economía en sectores como el transporte. La descarbonización, junto a otras medidas de eficiencia energética, tienden a reducir la emisión de GEI. Por su parte, la captura de emisiones requiere tecnologías de captura y almacenamiento de carbono (CAC). Por ello, el objetivo último no es reducir a las emisiones de GEI, sino lograr la meta de emisiones netas cero. Una de las acciones asociadas a la descarbonización es la **transición energética**, o sea, pasar de una matriz basada preponderantemente en combustibles fósiles, a una matriz que incluya de manera gradual energías renovables¹².

23. Ahora bien, la implementación de estas políticas, y en concreto, la descarbonización, se enfrenta a importantes fallos económicos, que elevan los costos de transacción y en suma, reducen la eficiencia de la acción colectiva necesaria para lograr la meta de emisiones netas cero¹³. En términos

¹² International Energy Agency, *Net Zero by 2050. A Roadmap for the Global Energy Sector*, 2021, pp. 48 y ss.

¹³ Biber, Eric, *et al.*, "The political economy of decarbonization. A research agenda", en *Brooklyn Law Review* Vol 82:2, 2017, pp. 606 y ss., y Nordhaus, William, "Climate Change: The Ultimate Challenge for Economics", en *American Economic Review* n° 109(6), 2019, pp. 1991 y ss.

económicos, se ha observado que el objetivo de las políticas de adaptación y mitigación es el clima estable, calificado como un bien público global¹⁴. Como se trata de un bien público, no existen condiciones para que los mercados se ajusten hacia los objetivos de estas políticas, lo que requiere la intervención del Estado. Además, y lo que es quizás más importante, este bien público no puede lograrse solo a través de acciones estatales aisladas, sino a través de la acción colectiva de todos los Estados¹⁵.

24. Como el clima estable solo puede lograrse desde la coordinación de la acción de los Estados, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha promovido un conjunto de tratados que conforman el **Derecho Internacional del Cambio Climático**, el cual deriva de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), de 1992. Con posterioridad, este tratado se ha complementado con el Protocolo de Kioto, de 1995, en materia de eficiencia energética, y el Acuerdo de París, de 2015, que concretó el objetivo de las políticas de mitigación, al fijar como meta que

¹⁴ Bernstein, Steven y Hoffmann, Mathew, “Decarbonization. The politics of transformation”, en Jordan, Andrew et al. (ed), *Governing Climate Change. Polycentricity in Action?* Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 248 y ss.

¹⁵ Empleamos la expresión “bienes públicos” en su sentido económico. Así, hay ciertas actividades económicas cuya oferta no puede ser exclusiva, lo que limita -y eventualmente impide- que esas actividades sean adjudicadas por medio del derecho de propiedad, en tanto los derechos derivados de éste son exclusivos. En términos económicos hay dos notas que caracterizan a los bienes públicos, a saber, la *no-rivalidad* y *no-exclusión*. Así, los bienes públicos son no-rivales pues varios operadores económicos pueden beneficiarse simultáneamente de ellos; además, son no-exclusivos pues su oferta se realiza en condiciones tales que no es posible limitar su acceso a ciertos operadores económicos. Desde una visión introductoria, vid. Weimer, David y Vining, Aidan, *Policy analysis. Concepts and practice*, Routledge, Nueva York, 2017, pp. 74 y ss. En cuanto a las implicaciones jurídicas de la tesis de los bienes públicos, vid. Ortiz Cabrera, María Alexandra y Safar Díaz, Mónica Sofía, “Derecho Administrativo y Análisis Económico del Derecho: uso del neoinstitucionalismo para su nueva justificación”, en Carvajal Sánchez, Bernardo y Zarate Pérez, Aníbal, *Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario. XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2023, pp. 283 y ss.

el aumento de la temperatura deberá mantenerse muy por debajo de los 2° C con relación a niveles preindustriales, y de manera progresiva, deberá limitarse a 1,5° C. Este umbral requiere, de los Estados, la definición de políticas que permitan definir las contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC, por sus siglas en inglés), como fue además precisado en la reforma al Protocolo de Kioto, adoptada en Doha, y que entró en vigor en 2020¹⁶.

25. Uno de los principios derivados del Derecho Internacional del Cambio Climático es el de **transición justa**, de acuerdo con el cual, a pesar de que todos los Estados son responsables de avanzar en las políticas climáticas, esta responsabilidad es diferenciada, tomando en cuenta, especialmente, la capacidad económica. Esta capacidad está vinculada con el inventario global de GEI, y en el cual las economías más avanzadas -llamadas descriptivamente como el Global Norte- son las principales responsables, en comparación con las economías menos desarrolladas -o el Global Sur-¹⁷.

26. No existe en el Derecho Interamericano ningún tratado que complemente las obligaciones derivadas de la CMNUCC. Pero ello no quiere decir que el Derecho Interamericano sea indiferente frente al cambio climático. Por el contrario, las obligaciones del Estado derivadas de la promoción del desarrollo integral, previsto en la Carta de la OEA, y más en concreto, la protección del derecho medio ambiente sano reconocido en el

¹⁶ Entre otros, vid. Carlarne, Cinnamon et al., "International Climate Change Law: Mapping The Field", en Gray, Kevin, et al. (ed), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 3 y ss.

¹⁷ Kameri-Mbote, Patricia, "The Least Developed Countries and Climate Change Law", en *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, cit., pp. 741 y ss.

Protocolo de San Salvador, refuerzan las obligaciones de los Estados de adoptar políticas de adaptación y mitigación al cambio climático. Cabe observar que los Estados de América Latina y el Caribe son considerados como parte del Global Sur, a los fines del principio de transición justa.

27. En tal sentido, la Resolución n° 2699 de la Asamblea General de la OEA, de 4 de junio de 2012, contiene la “*Carta Social de las Américas*”, que resume las normas y principios que en el Derecho Interamericano promueven el desarrollo como condición esencial a la democracia. La Carta declara que el derecho al desarrollo integral abarca el derecho al medio ambiente sano, y reitera el compromiso político de los Estados de cooperar para enfrentar los impactos adversos del cambio climático¹⁸.

28. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), aprobó la Resolución n° 3/2021, de 31 de diciembre, sobre la emergencia climática, que resume los **estándares interamericanos** aplicables en la materia. Estos estándares han sido también sistematizados en la Opinión Consultiva n° 23/17 de la Corte IDH, de 15 de noviembre, en la cual se afirmó que “*el cambio climático tiene repercusiones muy diversas en el disfrute efectivo de los derechos humanos, como los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda y la libre determinación*” (párrafo 54)¹⁹.

¹⁸ Artículo 22.

¹⁹ En general, *vid.*: García Muñoz, Soledad y Noroña, Daniel, “Cambio climático y derechos humanos en el contexto del Sistema IDH”, en Jiménez Guanipa, Henry y Luna Lea, Marisol (ed), *Crisis climática, derechos humanos y los Acuerdos de París y de Escazú. Tomo I*, Heinrich Böll Stiftung-Heidelberg Center para América Latina-Red Internacional sobre el Cambio Climático y Derechos humanos, Bogotá, 2020, pp. 111 y ss. Véase también en el *Tomo II*, a Kahl, Verena, “Revolución ecológica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos-Reseña de la Opinión Consultiva N° 23, Medio Ambiente y derechos humanos (OC-23/17)”, pp. 159 y ss.

29. Los estándares interamericanos del cambio climático pueden resumirse en tres grandes grupos.

30. El *primer grupo* se basa en el enfoque de derechos humanos, que debe inspirar a las políticas climáticas y de transición energética. Esto pasa por la interpretación *pro persona*, recordando en especial que junto al derecho al medio ambiente sano, es también necesario asegurar, en condiciones de igualdad, el acceso al suministro eléctrico, como componente central del derecho al desarrollo integral.

31. El *segundo grupo* de principios enfatiza la cooperación internacional necesaria para la efectiva implementación de las políticas climáticas, en especial, para intercambiar capacidades orientadas a la adaptación de las sociedades para operar en entornos bajo en emisiones con base en una transición energética limpia y justa.

32. Finalmente, el *tercer grupo* de estándares destaca que los Estados deben colaborar en el contexto de actividades mineras con fines de transición energética, pues la transición hacia un futuro bajo en emisiones de carbono requiere de la extracción de minerales necesarios para la construcción de productos e infraestructura que permitan el funcionamiento de la matriz energética renovable.

2. *La insuficiencia del Derecho Internacional Público y la necesidad del Derecho Global del Cambio Climático*

33. El Derecho Internacional del Cambio Climático no descansa en ninguna organización con poderes para hacer cumplir las obligaciones derivadas de los diversos tratados aplicables, con lo cual, el efectivo cumplimiento de estas obligaciones descansa en la voluntad y capacidad de los Estados, lo que ha sido identificado como una de las principales restricciones que atentan en contra de los objetivos del cambio climático²⁰.

34. De esa manera, los Estados gozan de un amplio margen para precisar estos objetivos, en aspectos tales y como la definición de energías renovables o limpias, y las condiciones bajo las cuales podrá avanzarse en la descarbonización²¹. De otro lado, y para paliar la ausencia de poderes para adjudicar forzosamente decisiones, se ha creado una compleja red de mecanismos de cooperación, que descansan en la Conferencia de las Partes (COP), y cuya dispersión hace más ineficiente el proceso de toma de decisiones²².

35. De lo anterior ha derivado un sistema jurídico que no facilita el proceso de toma de decisiones y las acciones colectivas necesarias para alcanzar el bien público global del clima estable. A lo anterior se le agrega que las políticas climáticas tienen efectos distributivos, en el sentido que los costos para su implementación no necesariamente se compensan con los beneficios

²⁰ Véase, por ejemplo, a Burns, William y Osofsky, Hari, *Adjudicating Climate Change: State, National and International Approaches*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 10 y ss.

²¹ Restrepo, Valentina, *Derecho Internacional de Cambio Climático y retos para Colombia*, Universidad Externado, Bogotá, 2014, pp. 25 y ss.

²² Victor, David, "Toward effective international Cooperation on climate change: number, interests, institutions", en *Global Environmental Politics* n° 6:3, 2006, pp. 90 y ss.

que cada Estado recibirá, ni además, permite una justa distribución de las cargas asociadas a la transición energética. Muy en especial, la reducción del uso de combustibles fósiles impacta en mayor medida a los Estados dependientes del petróleo, todo lo cual genera incentivos para retrasar la implementación de las políticas climáticas²³.

36. La coordinación de las políticas climáticas es incluso más compleja, debido al creciente rol del Poder Judicial a través del llamado litigio climático, o sea, las acciones judiciales que derivan en sentencias de condena al Estado para implementar políticas climáticas, especialmente, como resultado del derecho a la tutela judicial efectiva del derecho al medio ambiente²⁴.

37. Estos problemas están presentes, también, en el Derecho Interamericano, pues solo la Corte IDH puede ejercer, para ciertos países, funciones jurisdiccionales que impongan obligaciones específicas. E incluso así, estas obligaciones solo pueden declararse respecto de determinado Estado. Sin embargo, el cumplimiento aislado de los estándares interamericanos en determinados Estados es claramente insuficiente para lograr el clima estable. Ni siquiera en un escenario en el cual la Corte IDH coadyuve a que todos los Estados miembros de la Convención cumplan a cabalidad con sus obligaciones, podría alcanzarse este objetivo.

²³ Sands, Philippe, "Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the future of International Law" en *Journal of Environmental Law* n° 28, 2016, pp. 28 y ss.

²⁴ Vid.: Welton, Shelley y Eisen, Joel, "Clean Energy Justice: charting an emerging agenda", en *Harvard Environmental Law Review* n° 43, 2019, pp. 355 y ss.

38. De esa manera, el Derecho Internacional Público, incluso en el ordenamiento jurídico interamericano, es necesario pero insuficiente para lograr los objetivos del cambio climático. Para ello, es necesario pasar del Derecho Internacional Público al Derecho Global, o sea, un Derecho que no descansa ni dependa de la soberanía estatal²⁵. El Derecho Global requiere de un nuevo orden jurídico, que ya no esté fundado únicamente en la autarquía del Estado, y que reconozca instancias de toma de decisiones en el espacio global, sin las cuales, no será posible coordinar acciones colectivas para atender riesgos globales, como el cambio climático²⁶. Este Derecho Global ya no descansa únicamente en el tratado, pues éste es -tan solo- un acuerdo entre Estados. Por el contrario, el Derecho Global descansa en variadas fuentes adoptadas en el espacio global, incluyendo recomendaciones que, no siendo jurídicamente vinculantes, pueden terminar influenciando las políticas nacionales²⁷.

39. Como se observa, el Derecho Interamericano, como Derecho Internacional Público, es insuficiente para promover el clima estable global, pues la aplicación de ese Derecho se circunscribe al territorio de cada Estado. Por el contrario, el clima estable solo puede obtenerse en el espacio global mediante la coordinación de los Estados, todo lo cual precisa de un Derecho Global. Por ello, esa Corte no puede interpretar los deberes de los Estados

²⁵ Tal y como fue tempranamente observado por Plant, Glen, "Institutional and Legal Responses to Global Warning", en Churchill, R. y Freestone, David (ed), *International Law and global climate change*, Graham & Trotman, Londres, 1991, pp. 165 y ss.

²⁶ Ortega Carcelén, Martín, *Derecho global. Derecho internacional público en la era global*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 21 y ss.

²⁷ Cassese, Sabino, *The global polity*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 15

solo desde el ámbito específico de su jurisdicción, sino que debe ir más allá, incluyendo el deber de los Estados de construir capacidades en el ordenamiento interamericano. La Corte, a tales efectos, puede ayudar a fortalecer la coordinación y el diálogo interamericano con organizaciones claves, como la OEA y el BID, para que éstas contribuyan en el espacio global para avanzar en la promoción del clima estable.

III. LA CAPACIDAD ESTATAL COMO CONDICIONANTE ADVERSA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA. LA FRAGILIDAD DEL DERECHO INTERAMERICANO

40. De lo expuesto en el capítulo anterior puede concluirse que las obligaciones asociadas a la emergencia climática, y derivadas del Derecho Internacional Público, incluyendo en especial al Derecho Interamericano, solo pueden cumplirse a través del Estado, todo lo cual constituye una importante limitación para promover el clima estable como un bien público global. En América Latina y el Caribe hay, además, otra limitación que debe ser tomada en cuenta: la **fragilidad estatal**.

41. La **capacidad institucional**, o capacidad estatal, puede describirse como la aptitud del Estado de lograr el efectivo cumplimiento de los cometidos derivados del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional. Esta capacidad está condicionada por varios factores, entre ellos, la capacidad financiera, la capacidad del servicio civil, las infraestructuras de las que dispone el Estado, y las formas a través de las

cuales el Estado organiza y gestiona estos recursos²⁸. Por su parte, la **fragilidad estatal** describe las limitaciones de la capacidad institucional, que impiden al Estado cumplir efectivamente con todos estos cometidos²⁹. Todos los Estados tienen áreas de fragilidad estatal, que pueden ser incluso medidas, por ejemplo, a través del Índice de Estados Frágiles, preparado por *Fund for Peace*³⁰.

42. El Derecho Internacional del Cambio Climático ha aumentado los cometidos que el Estado debe atender, lo que implica que la capacidad institucional es recargada con nuevas tareas. Aun cuando todas las ramas del Estado deben participar para cumplir con esos cometidos, el peso principal recae en el Poder Ejecutivo a través de sus Administraciones Públicas, o sea, el **Estado administrativo**. De esa manera, solo el Estado Administrativo puede realizar las actividades para la concreta materialización de las políticas climáticas, a consecuencia de lo cual, la aplicación del Derecho Internacional resulta especialmente importante en relación con el Estado Administrativo³¹. Dentro del Derecho Interamericano, ello recomienda prestar especial atención a las reglas, principios y valores

²⁸ Dincecco, Mark, *State Capacity and Economic Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 3

²⁹ Rotberg, Robert, "Failed States, Collapsed States, Weak States", en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003, pp. 1 y ss.

³⁰ Tomado de: <https://fragilestatesindex.org/>

³¹ Gough, Ian y Meadowcroft, James, "Decarbonizing the Welfare State", en Dryzek, John *et al.* (ed), *The Oxford Handbook of Climate Change and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 490 y ss.

que inciden en la actividad administrativa del Estado, y que nosotros hemos denominado Derecho Administrativo Interamericano³².

43. Las políticas climáticas requieren de especiales capacidades técnicas del Estado administrativo, concretamente, en el marco del principio de precaución, de acuerdo con el cual la Administración Pública, con base científica y a través del análisis costo-beneficio, debe anticipar riesgos ambientales, aun cuando no exista certeza científica³³.

44. Las áreas que el Estado, por su fragilidad, no puede atender, son denominadas áreas de limitada capacidad estatal. En esas áreas pueden surgir instituciones informales por medio de las cuales la sociedad se organiza para cumplir con los cometidos que el Estado no puede atender³⁴. Desde el punto de vista jurídico, estas áreas permiten diferenciar entre los cometidos impuestos por el Derecho -ámbito *de iure*- y los cometidos que el Estado, efectivamente, puede atender -ámbito *de facto*-. Esta diferencia, como se verá, es fundamental para interpretar los deberes del Estado dentro del SIDH.

1. *La fragilidad estatal en América Latina y la fragilidad del Derecho Interamericano*

³² Hernández G., José Ignacio, "El Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y el bien común", en Ruocco, Gabriela y Vásquez, Cristina (ed)., *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2023, pp. 165 y ss.

³³ Esteve Pardo, José, *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 27 y ss.

³⁴ Risse, Thomas, "Governance in Areas Of Limited Statehood", en *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2015, pp. 700 y ss.

45. América Latina y el Caribe, por diversas y complejas razones, presentan importantes áreas de fragilidad estatal. En este sentido, por ejemplo, se ha observado que América Latina logró el control territorial luego de la independencia, pero no así la consolidación de la dominación burocrática³⁵. La ausencia de guerras entre la región, bajo la teoría que explica la construcción de capacidad estatal en eventos extraordinarios, también ha sido señalada como una posible causa. La dependencia a los recursos naturales -sobre la cual volveremos en el capítulo siguiente- igualmente ha sido identificada como causa de esa fragilidad³⁶. En cualquier caso, los Estados en la región suelen caracterizarse como leviatanes de papel, por la fragilidad de la capacidad estatal que se traduce, también, en la fragilidad de la sociedad civil³⁷.

46. Las limitaciones a la capacidad estatal han llevado a observar cómo las instituciones (o reglas jurídicas) en la región tienden a ser frágiles, debido a la diferencia entre los objetivos que estas instituciones imponen, y aquellos que se cumplen efectivamente. Ciertamente, la falta de aplicación de las reglas puede responder a otras razones, muy en especial, tomando en cuenta la cultura de incumplimiento. Pero en todo caso, lo cierto es que las limitaciones a la capacidad institucional permiten explicar la diferencia o

³⁵ Mazzuca, Sebastián, *Latecomer State Formation: Political Geography and Capacity Failure in Latin America*, Yale University Press, New Haven, 2021, pp. 387 y ss.

³⁶ Fukuyama, Francis, *Political order and political decay*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2014, pp. 26 y ss.

³⁷ Acemoglu, Daron y Robinson, James, *The narrow corridor. States. Societies and the fate of liberty*, Penguin Press, Nueva York, 2019, pp. 344 y ss.

brecha entre lo que los *Estados deben hacer (de iure)*, y lo que los *Estados efectivamente hacen (de facto)*³⁸.

47. Mientras mayores son las tareas que las instituciones asignan al Estado, mayor es la capacidad institucional requerida, y por ende, la brecha entre el ámbito *de iure* y *de facto* tenderá a ser mayor. Esta observación, en América Latina, es especialmente útil pues lo cierto es que la evolución hacia el constitucionalismo social, que comenzó con la Constitución de México de 1917, no estuvo acompañada de la construcción de capacidades estatales para mejorar la calidad de la gobernanza, o sea, del proceso de toma de decisiones de políticas públicas³⁹.

48. De allí que el Derecho Constitucional Transformador debe ser interpretado tomando en cuenta el concepto de capacidad institucional. Como explicamos en la introducción, el Derecho Constitucional Transformador es aquel que impone mandatos que el Estado debe cumplir para promover condiciones de igualdad material⁴⁰. En tanto el ordenamiento interamericano también cuenta con mandatos de transformación, especialmente relacionados con los DESCAs, es posible hablar del **Derecho Transformador Interamericano**.

³⁸ Brinks, Daniel *et al.*, *Understanding Institutional Weakness. Power and design in Latin American institutions*, Cambridge Elements. Political and Society in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 11 y ss.

³⁹ Gargarella, Rafael, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution* Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 140 y ss.

⁴⁰ Este concepto surge del constitucionalismo europeo de la posguerra, y ha sido trasladado a otras latitudes, como África. Por ejemplo, vid. Klare, Karl, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", en *South African Journal on Human Rights* N° 14(1), 1998, pp. 146 y ss.

49. Ahora bien, en el Derecho Constitucional, la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho justifica la imposición de mandatos positivos que el Estado debe cumplir, en especial, relacionados con los derechos económicos y sociales⁴¹, y que nosotros preferimos denominar derechos prestacionales. Así, estos derechos requieren la oferta de bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades inherentes a estos derechos, como en especial sucede con el derecho al medio ambiente sano, que exige la oferta de bienes y servicios bajo ciertos estándares o condiciones mínimas. La satisfacción de estos derechos prestacionales se traduce en mandatos positivos, que son así mandatos de igualdad⁴².

50. El Derecho Transformador Interamericano ha reforzado estos mandatos, ante el amplio reconocimiento de los DESCAs como derechos tutelables directamente por la Corte IDH, a quien le corresponde concretar las obligaciones que los Estados deben cumplir para dar satisfacción a estos derechos, orientados a materializar el desarrollo basado en la igualdad material⁴³. Esta visión queda reforzada en la Carta Democrática Interamericana (CDI), y en los estándares interamericanos que definen el

⁴¹ A nivel comparado, por ejemplo, vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press-INAP, Madrid, 2015, pp. 17 y ss., y Young, Katharine, *Constituting economic and social rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 288 y ss.

⁴² Tal y como explicamos en nuestro libro Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho Español y Venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2004, pp. 345 y ss.

⁴³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2017, pp. 150 y ss.

contenido mínimo y común que los Estados deben cumplir para materializar los mandatos de transformación interamericanos⁴⁴.

51. Estos estándares, en todo caso, solo describen el ámbito *de iure*. Junto a ello, es preciso también considerar el ámbito *de facto*, o sea, el grado de efectividad en el cumplimiento de los mandatos de transformación interamericanos. Al tratarse de mandatos muy ambiciosos, las exigencias de capacidad institucional son incluso mayores.

52. En todo caso, los mandatos de transformación no solo requieren capacidades estatales: ellas requieren también capacidades del sector privado. El principio de desarrollo integral interpretado desde la centralidad de la dignidad humana requiere considerar que la oferta de bienes y servicios anejos a los DESCAs no es, ni puede ser, monopolio del Estado. Por el contrario, las personas -sujetos activos de dignidad- tienen el derecho seleccionar los bienes y servicios de su preferencia, incluso, entre aquellos ofrecidos por el sector público y el sector privado. En todo caso, como esa Corte ha recordado, cuando los bienes y servicios anejos a los DESCAs sean ofrecidos por el sector privado, corresponde al Estado desplegar potestades de ordenación y limitación para asegurar el cumplimiento de los estándares interamericanos⁴⁵.

⁴⁴ Morales, Mariela, “El test democrático interamericano como instrumento de interamericanización”, en Morales, Mariela (coordinadora), *Test democrático interamericano frente al COVID-19*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público-Fundación Alemana para la Investigación Científica, Querétaro, 2021, pp. 15 y ss.

⁴⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, párrafo 92. Véase a Durán Martínez, Augusto, “Derechos sociales fundamentales”, en *Cuadernos del CLAH N° 108, Año N° 37*, 2018, p. 220

53. La necesidad del sector privado para la correcta satisfacción de los DESCAs con base en las exigencias de la sociedad democrática, en el marco del artículo 32 de la Convención, coloca en evidencia otra arista importante de la capacidad estatal. Así, la fragilidad estatal afecta el desempeño del sector privado, ante la deficiente provisión de insumos que éste necesita para promover el desarrollo productivo, como es el caso, por ejemplo, de la deficiente prestación de infraestructuras. La fragilidad estatal crea condiciones para la fragilidad del sector privado.

54. Ahora bien, al medir la eficacia de los mandatos interamericanos de transformación, hay un dato que es fundamental: América Latina y el Caribe es considerada como la región más desigual del mundo, en especial, con ocasión a la pandemia de la COVID-19. La arraigada desigualdad no solo es un condicionante adverso al desarrollo económico, sino que además, erosiona la confianza ciudadana hacia las instituciones democráticas⁴⁶.

55. Que América Latina y el Caribe sea considerada como una de las regiones más desiguales del mundo, no deja de ser paradójico, considerando el notable esfuerzo que se ha hecho por crear instituciones que promuevan la transformación socioeconómica, en especial, en el Derecho Constitucional de América Latina y también, en el Derecho Interamericano. Esto hace que

⁴⁶ Busso, Matías y Messina, Julián, "Sociedades fracturadas", en Busso, Matías y Messina, Julián (editores), *La crisis de la desigualdad: América Latina y el Caribe en la encrucijada*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2020, pp. 1 y ss.

este Derecho Interamericano sea frágil, lo que crea condiciones adversas para el cumplimiento de los deberes asociados a la emergencia climática.

56. En efecto, desde la interpretación de los DESCAs como derechos vinculantes, y más allá, considerando los estándares interamericanos que la CIDH ha derivado del *corpus iuris interamericano*, esta Corte tiene elementos suficientes para derivar ambiciosos mandatos que deben ser cumplidos para implementar políticas climáticas que minimicen el impacto de los daños por la emergencia climática. Estos mandatos, además, deberían ser diferenciados, pues sin perjuicio de mandatos comunes, cabe esperar mandatos más reforzados -o sea, más ambiciosos- para los Estados parte de la Convención, sujetos al artículo 11 del Protocolo.

57. Estos mandatos son necesarios, pero insuficientes. El reto que debe superarse en la región no es solo contar con una sentencia consultiva que enumere y detalle las obligaciones de los Estados para minimizar el impacto de los daños por la emergencia climática “*a la luz de las obligaciones establecidas en la Convención Americana*”, como se formula en la petición. Esta sentencia es -tan solo- una institución formal, o sea, una institución que opera en el ámbito *de iure*. Para lograr mitigar el cambio climático, es necesario lograr la efectiva implementación de la opinión consultiva que emitirá la Corte, y ello requiere construir capacidades institucionales y en el sector privado, tomando en cuenta la fragilidad estatal en la región.

58. La fragilidad del Derecho Interamericano, en resumen, resulta de la diferencia entre su ámbito de igualdad material *de iure*, y la desigualdad

material imperante en el ámbito *de facto*. Esa fragilidad condiciona adversamente la protección jurídica de los DESCAs, y especialmente, el derecho al medio ambiente sano y, como resultado, el derecho humano al clima estable. El reto de esa Corte consiste en derivar deberes jurídicos de los Estados orientados a reducir esa fragilidad.

2. *La reinterpretación del principio de progresividad desde la capacidad estatal y las obligaciones asociadas al cambio climático orientadas al bien común*

59. La teoría de la capacidad institucional, de gran interés en las ciencias económicas y políticas, ha comenzado a ser estudiada en las ciencias jurídicas, en especial, desde el Derecho Constitucional⁴⁷. En suma, el principio *pro persona* y la centralidad de la dignidad humana y el bien común en el Derecho Interamericano⁴⁸, exigen no solo la elaboración de estándares interamericanos adecuados a la emergencia climática, sino además, la construcción de capacidades institucionales -y del sector privado- para garantizar el efectivo cumplimiento de estos mandatos.

60. El análisis económico de la teoría del diagnóstico de crecimiento es útil para explicar esta premisa⁴⁹. Así, hay distintas causas que obstruyen la

⁴⁷ Khosla Madhav y Tushnet, Mark “Courts, Constitutionalism, and State Capacity: A Preliminary Inquiry”, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 70, Issue 1 (2022), 95. Mark Tushnet ya había tratado algunas incidencias este tema en *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2009, pp. 227 y ss.

⁴⁸ Hernández G., José Ignacio, “El Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y el bien común”, cit.

⁴⁹ El diagnóstico de crecimiento considera que la promoción del crecimiento económico -y con ello, del desarrollo- no puede responder a políticas universales, en tanto es necesario analizar, en cada contexto, cuáles son las causas que previenen el crecimiento. En tanto esas causas pueden ser complejas, es necesario identificar cuál es la restricción más vinculante. Las políticas de desarrollo pueden fallar cuando no

efectiva implementación de políticas climáticas, pero no todas ellas tienen la misma incidencia. No todas esas causas, se aclara, responden a un inadecuado marco jurídico. En realidad, la proliferación de los mandatos de transformación en el Derecho Interamericano permiten asumir que este marco jurídico no es un obstáculo relevante para la efectiva implementación de las políticas climáticas. En otras palabras, si los Estados no pueden prevenir los daños climáticos, no es por cuanto las instituciones interamericanas se lo impiden. Todo lo contrario, los mandatos de transformación y los DESCAs, como especiales garantías a los grupos vulnerables, habilitan suficientemente a los Estados a actuar⁵⁰.

61. Con lo cual, en realidad, la opinión consultiva que dicte esa Corte IDH, servirá sin duda para reforzar, aclarar y sistematizar los deberes interamericanos para la atención de la emergencia climática en el contexto del derecho humano al clima estable. Pero esa interpretación no atiende a la restricción más vinculante que impide a los Estado actuar, y que en nuestra opinión, es la fragilidad estatal. La opinión de esa Corte, en suma, es una condición necesaria, pero insuficiente, para lograr el clima estable.

62. Por ello, el reto de la Corte IDH va más allá de la sistematización de los estándares interamericanos aplicables a los deberes del Estado para

atienden a la restricción más vinculante sino a restricciones secundarias. Vid. Hausmann, Ricardo et al., "Growth Diagnostics", 2015, tomado de: <https://growthlab.hks.harvard.edu/files/growthlab/files/growth-diagnostics.pdf>

⁵⁰ Brinks, Daniel y Botero, Sandra, "Inequality and the Rule of Law: Ineffective Rights in Latin American Democracies", en Brinks, Daniel et al., *Reflection on Uneven Democracies. The Legacy of Guillermo O'Donnell*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2014, pp. 214 y ss.

mitigar el cambio climático. Además, la opinión consultiva de la Corte debe tomar en cuenta la fragilidad estatal y, por ende, proponer medidas que permitan construir las capacidades institucionales necesarias para reducir la brecha entre el ámbito *de iure* y el ámbito *de facto* del Derecho Transformador Interamericano.

63. El fundamento jurídico de la capacidad estatal como condicionante puede encontrarse en el principio de progresividad, previsto en el artículo 26 de la Convención y en el artículo 1 del Protocolo. El principio de progresividad es usualmente interpretado en el sentido de prohibir tratos regresivos a los estándares de protección de los DESC⁵¹. Pero al mismo tiempo, la progresividad debe marcar el umbral de exigibilidad material de estos derechos, tomando en cuenta los parámetros del artículo 1 del Protocolo, y que en definitiva, pueden resumirse en la capacidad estatal. Así, la referencia al “*máximo de los recursos disponibles*”, y el “*grado de desarrollo*”, deben ser interpretados como índices relevadores de la capacidad institucional. Esto implica que las obligaciones del Estado derivadas del derecho al medio ambiente sano son exigibles de acuerdo con el ámbito de capacidad institucional que cada Estado tenga.

64. La fragilidad institucional marca el umbral de obligaciones que no son directamente exigibles, en tanto el Estado no cuenta con capacidad institucional para ello. Pero esto no implica que la fragilidad estatal puede

⁵¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala), en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, Editora JusPodium, Salvador, 2019, p. 345.

permitir a los Estados eludir sus obligaciones en el ámbito del SIDH. Esto lo que implica es que el contenido de estas obligaciones varía. Así, en el umbral que excede de la capacidad institucional, la obligación del Estado -y que debe ser tutelada por la Corte IDH- es realizar todas las acciones para construir capacidades institucionales y adoptar medidas paliativas, todo ello, atendiendo a los criterios sentados en el caso *Cuscul Pivaral*⁵².

65. En otros términos: los incumplimientos a la obligación de respetar y garantizar el derecho al medio ambiente sano, que respondan a fallas de capacidad institucional, no pueden generar como consecuencia mandatos de condena al cumplimiento en especie de la prestación omitida por el Estado. Por el contrario, cuando la causa de tales incumplimientos sea la fragilidad estatal, los mandatos de la Corte IDH deben orientarse a la adopción de medidas que permitan construir capacidades y, con ello, ampliar progresivamente las prestaciones ambientales debidas.

66. Con lo cual, el principio de progresividad debe interpretarse, también, en el sentido que los Estados tienen el deber de construir las capacidades institucionales necesarias para lograr, de manera gradual, la efectividad del

⁵² No todo incumplimiento a los mandatos de transformación deriva en una sentencia de condena al Estado a cumplir directamente con la garantía de prestación, en la medida en que la causa principal de tal incumplimiento sea, precisamente, la falta de capacidades para garantizar directamente el derecho prestacional de que se trate. Así, en el caso *Cuscul Pivaral* (sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C No. 359, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, párrafo 84), la Corte IDH concluyó que “*al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el artículo 26, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los artículos 62 y 63 de la Convención (...) Así, la Corte considera que ahí donde sea posible identificar una acción u omisión atribuible al Estado, que vulnere un derecho protegido por el artículo 26, la Corte podrá determinar la responsabilidad del Estado por dicho acto y establecer una reparación adecuada*”.

derecho al medio ambiente sano en el contexto de la emergencia climática. Esta obligación debe ser tutelada por la Corte IDH, lo que requiere una aproximación que vaya más allá de la sola declaratoria de la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los deberes anejos al derecho al medio ambiente sano. Además, también la Corte debe promover el diálogo institucional necesario para que el Estado construya las capacidades necesarias para ampliar gradualmente la protección de este derecho, y que podrían también involucrar al BID, que es la principal organización a quien corresponde, dentro del Derecho Interamericano, promover la construcción de las capacidades institucionales necesarias para la efectiva implementación de políticas climáticas, todo ello, promoviendo al bien común, el cual requiere de instituciones capaces para cumplir con los mandatos de transformación de acuerdo con las exigencias de la sociedad democrática (artículo 32 de la Convención).

67. Nótese que la interpretación propuesta no pretende reducir la tutela judicial del derecho al medio ambiente sano, sino permitir a la Corte IDH fijar parámetros para la gradación de los deberes anejos a la protección de ese derecho, atendiendo a la capacidad institucional, todo ello, de acuerdo con el citado artículo 1 del Protocolo. Esto requiere que la opinión consultiva implemente una metodología que diferencie **dos pasos** en la identificación de las obligaciones de los Estados en el marco de la emergencia climática.

68. En efecto, de acuerdo con la solicitud de opinión consultiva (Sección A.2), esa Corte, en un *primer paso*, establecerá las medidas que los Estados

deberán adoptar para mitigar los daños de la emergencia climática, tomando en cuenta medidas de regulación, fiscalización, control de estudios de impacto ambiental y mitigación de actividades que agraven o puedan agravar la emergencia climática (sub-sección 2.A). Estas medidas derivan directamente de la interpretación del *corpus iuris interamericano* desde el carácter vinculante del derecho al medio ambiente sano, abordado desde el principio *pro persona*, y resultarán, por ello, en mandatos ciertamente ambiciosos. Pero además, en un *segundo paso*, la Corte debería introducir lineamientos que permitan a los Estados -en coordinación con la OEA y el BID- diagnosticar su capacidad institucional, identificando las medidas respecto de las cuales existe riesgo de incumplimiento por la fragilidad estatal, y trazando un plan de acción para construir las capacidades institucionales necesarias para el cumplimiento gradual de las medidas recomendadas por la Corte IDH.

69. Estos dos pasos pretenden evitar que la opinión consultiva de la Corte IDH se limite a enumerar ambiciosos mandatos y estándares interamericanos, sin incidir en cómo esos mandatos serán efectivamente cumplidos, tomando en la cuenta la fragilidad institucional que ha derivado en brechas entre el ámbito de *iure* del Derecho Transformador Interamericano y su ámbito de *facto*.

70. Por ello, y en resumen, los incumplimientos a la obligación de respetar y garantizar el derecho al clima estable pueden responder a fallas de capacidad institucional, supuesto en el cual los mandatos de la Corte IDH

deben orientarse a la adopción de medidas que permitan construir capacidades. A tales efectos, la Corte IDH, con fundamento en el artículo 1 del Protocolo, podría adoptar una metrología en dos pasos. El primer paso es enumerar las medidas de mitigación al cambio climático, y que recaerán principalmente en el Estado administrativo, a los fines de la efectiva protección del derecho al medio ambiente sano. El segundo paso consiste en definir las obligaciones de los Estados para medir su capacidad institucional, identificar las medidas respecto de las cuales existe riesgo de incumplimiento debido a la fragilidad institucional, esto es, debido a áreas de limitada estatalidad, y trazar el plan de acción para la construcción de capacidades institucionales con el apoyo del BID, fomentándose así el diálogo interamericano.

IV. LA DIFERENCIACIÓN DE CAPACIDAD INSTITUCIONAL ENTRE LOS ESTADOS PRODUCTORES DE PETRÓLEO Y DE MINERALES ESTRÁTEGICOS

71. La labor de esa Corte es incluso más compleja, pues no solo debería considerar lineamientos jurídicos que permitan identificar áreas de limitada estatalidad que coloquen en riesgo el cumplimiento de los deberes derivados de la protección del derecho al clima estable. Además, la interpretación de la Corte debería tomar en cuenta que existen dos tipos de Estados que se enfrentan a incentivos y capacidades distintas, a saber, los Estados productores de combustibles fósiles y, en especial, petróleo, y los Estados productores de minerales estratégicos o críticos, o sea, aquellos necesarios para la producción de energías limpias.

72. La transición energética no puede analizarse solo desde el deber de los Estados de reducir el consumo de combustibles fósiles. Así, la solicitud de opinión consultiva requirió a esa Corte definir las condiciones bajo las cuales el Estado debe mitigar las actividades que agraven la emergencia climática. Sin embargo, la única variable a tomar en cuenta en esa mitigación no puede ser la reducción del consumo de combustibles fósiles.

73. Si retomamos el concepto de descarbonización introducido al inicio de este escrito, recordaremos que la transición energética requiere dos acciones concurrentes y complementarias, a saber, la reducción del consumo de combustibles fósiles y la electrificación de la economía, en especial, mediante energías limpias y renovables basadas en minerales estratégicos. Si no se logran ambas acciones, no será posible lograr una transición energética efectiva⁵³.

74. Con lo cual, y en realidad, los Estados tienen dos tipos de deberes. El primero, al cual se refiere la solicitud, es reducir el consumo de combustibles fósiles y en especial, el petróleo. Pero el segundo, concurrente y complementario, es que los Estados deben conducir políticas públicas que faciliten la descarbonización, en especial, facilitando el acceso a minerales estratégicos. Este segundo deber es especialmente relevante en la región,

⁵³ En otras palabras, la descarbonización no se limita solo a la perspectiva de la demanda de combustibles fósiles, sino que debe considerar también la oferta de minerales estratégicos, entre otras variables. Véase a Ricardo Hausmann, “The Supply Side of Decarbonization”, Project Syndicate, 30 de mayo de 2023, tomado de: <https://www.project-syndicate.org/commentary/balancing-the-supply-and-demand-sides-of-decarbonization-by-ricardo-hausmann-2023-05?barrier=accesspaylog>

pues como la CIDH recordó en su Resolución n° 3/2021, la producción de minerales estratégicos, como el cobre y el litio, es fundamental para cumplir con las metas de emisiones netas cero.

1. *La tendencia a la fragilidad institucional de los Estados productores de petróleo y la necesaria transición institucional*

75. El primero de los dos deberes complementarios y concurrentes expuestos, esto es, reducir el consumo de combustibles fósiles y en especial, el petróleo, impactará de manera especial a los Estados productores de petróleo, como Ecuador y Guyana. Al definir las medidas que deben tomar los Estados para minimizar el impacto de los daños por la emergencia climática, esa Corte debe considerar las especiales condiciones que determinan la fragilidad institucional de estos Estados.

76. Así, desde las ciencias económicas y políticas se ha observado que la naturaleza del ingreso fiscal influye en las instituciones políticas y constitucionales, con lo cual, los Estados cuyos ingresos dependen de rentas económicas, tienen propensión a desarrollar instituciones con una frágil capacidad burocrática. Esto es especialmente relevante en los Petro-Estado, o sea, aquellos en los cuales el Estado es el dueño de los yacimientos de petróleo, controla su producción y capta las rentas petroleras por diversas fuentes de ingreso tributario y no tributario, de las cuales depende. Los

Petro-Estados tienen condiciones que favorecen instituciones clientelares, rentistas y distributivas, con una baja capacidad institucional o burocrática⁵⁴.

77. Por ello, a llamada “maldición de los recursos”, y que describe el pobre desempeño económico de los Estados dependientes de recursos como el petróleo, es en realidad consecuencia de las instituciones (o reglas jurídicas) que incrementan el rol del Estado sobre esos recursos y las rentas derivadas de ellos. La concentración de funciones dentro del Estado -y en concreto, en el Poder Ejecutivo del Poder Nacional- genera incentivos que promueven la fragilidad estatal. De allí que la inestabilidad de los precios del petróleo puede contribuir a la inestabilidad de las instituciones políticas, todo lo cual crea condiciones adversas a la promoción del desarrollo inclusivo.

78. Ahora bien, bajo las actuales metas, la descarbonización implicará la reducción gradual del consumo de petróleo, lo que llevará a reducir su producción. En los Estados dependientes del petróleo, ello generará una disminución permanente del ingreso fiscal, lo cual generará riesgos de inestabilidad política que pueden crear barreras adicionales para cumplir con los deberes inherentes a la emergencia climática, como podría ser el caso de Ecuador y Guyana.

⁵⁴ Entre otros, vid. Dunning, Thad, *Crude democracy. Natural resources, wealth and political regimes*, Cambridge University Press, Nueva York, 2008, pp. 39 y ss; Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, Los Angeles, 1997, pp. 47-49; Mitchell, Timothy, *Carbon democracy. Political power in the age of oil*, Verso, Londres, 2012, pp. 231 y ss., y Ross, Michael, *The oil curse: How petroleum wealth shapes the development of nations*, Princeton University Press, Princeton, 2012, pp. 47 y ss.

79. Además, en relación con esos Estados, el principio de transición energética justa, antes expuesto, cobra especial relevancia, pues los Estados productores de petróleo soportarán importantes cargas para contribuir al clima estable global, pese a los efectos adversos que a su desarrollo podrían ocasionarse con la caída permanente de los ingresos fiscales petroleros⁵⁵.

80. Por ello, en los Estados dependientes del petróleo, la transición energética debe venir acompañada de la **transición de las instituciones políticas**. De esa manera, los ingresos fiscales petroleros con los que todavía estos Estados disponen, pueden ser usados -en parte- para financiar la construcción de capacidades burocráticas que reduzcan la fragilidad estatal y elevan la capacidad de adaptación institucional, desde economías extractivas dependientes del petróleo, a economías productivas.

81. Esa adaptación institucional forma parte de los deberes que los Estados deben cumplir en el marco de la transición energética, de acuerdo con la interpretación que hemos dado al artículo 1 del Protocolo. Así, no es suficiente que la Corte IDH enumere los estándares interamericanos asociados al cambio climático, pues además, esa Corte tendría que definir estándares que permitan construir capacidades de adaptación en los Estados productores de petróleo.

82. En resumen, el deber de construir capacidades de adaptación institucional en los Estados productores de petróleo considera que no es

⁵⁵ Solano-Rodríguez, Baltazar *et al.*, *Implications of climate targets on oil production and fiscal revenues in Latin America and the Caribbean*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2019, pp. 1 y ss.

suficiente con enumerar medidas de mitigación que deriven en la disminución de la producción de petróleo. Esta disminución podría generar condiciones adversas para que los hoy Estados productores de petróleo puedan promover el acceso equitativo a los DESCA. De allí que también es necesario definir medidas que eleven la capacidad de los Estados productores de adaptarse a la disminución permanente del ingreso fiscal petrolero, en especial, tomando en cuenta el principio de transición justa.

2. La capacidad institucional de los Estados productores de minerales estratégicos y la necesaria transicional institucional. La importancia de la gobernanza democrática en la gestión del litio.

83. El único deber de América Latina y el Caribe en el marco de la emergencia climática no es reducir el consumo -y por ende, producción- de petróleo. En realidad, la contribución al inventario de GEI de la región es ciertamente baja, con lo cual, incluso si la región lograra, hipotéticamente, reducir a cero a esas emisiones, no sería posible alcanzar el clima estable como bien público global⁵⁶. Por ello, es incluso más importante considerar los deberes de los Estados en esta región para contribuir a la descarbonización desde la perspectiva de la oferta de energías limpias y renovables.

84. La región, y especialmente América Latina, cuenta con importantes recursos de minerales estratégicos o críticos que son necesarios para que la

⁵⁶ Solo México y Brasil están entre los 20 países que más carbono generan. Vid.: <https://globalcarbonatlas.org/emissions/carbon-emissions/>

economía se electrifique, especialmente, en el sector del transporte⁵⁷. Esta importancia es particularmente relevante en el llamado Triángulo del Litio, esto es, los recursos del litio en Argentina, Bolivia y Chile, pues más de la mitad de los recursos mundiales están en esos países⁵⁸. En términos sencillos, esto implica que sin los minerales estratégicos de la región, será más difícil lograr la meta de emisiones neta cero.

85. Con lo cual, para contribuir a mitigar la emergencia climática global, América Latina debe desarrollar medidas que permitan la producción de minerales estratégicos. Pero esto supone una contradicción que hasta ahora no ha sido resuelta.

86. En efecto, la producción de los minerales estratégicos que la economía necesita para electrificarse genera daños ambientales, incluso, en comunidades vulnerables. El Derecho Ambiental, de manera tradicional, valora esos daños ambientales desde una perspectiva puramente nacional, aplicando el análisis costo-beneficio que permite cuantificar el impacto ambiental. En términos simplemente descriptivos, ese análisis determina que cuando los daños superan los beneficios, la actividad no debe permitirse. Esta valoración, a cargo de la Administración Pública, solo considera costos y beneficios en el ámbito nacional⁵⁹.

⁵⁷ Unzueta, Adriana, *et al.*, *Apalancando el crecimiento de la demanda en minerales y metales para la transición a una economía baja en carbono*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2022, pp. 17 y ss.

⁵⁸ León, Mauricio *et al.* (ed), *La gobernanza del litio y el cobre en los países andinos*, CEPAL, Santiago de Chile, 2020, pp. 42 y ss.

⁵⁹ Por ejemplo, *vid.* Acosta Giraldo, Andrea, *et al.*, “Cambio climático y evaluación ambiental de proyectos. Una oportunidad tangible para el desarrollo resiliente bajo en carbono”, en Pilar García, María del (ed), *Lecturas sobre Derecho Ambiental. Tomo XXI*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 416 y ss.

87. Pero como ya explicamos, las políticas climáticas solo pueden ejecutarse en el espacio global, con lo cual, el análisis costo-beneficio debe incluir, también los beneficios que para la economía global supondrá la producción de minerales estratégicos, en tanto ello facilite la descarbonización de la economía. Eventualmente, la producción minera, incluso siendo ineficiente en términos ambientales nacionales, podría ser eficiente en términos ambientales globales.

88. Las implicaciones de la medición del impacto ambiental solo desde la perspectiva nacional han quedado en evidencia ante la crisis actual de la explotación de cobre en Panamá. La Corte Suprema de Justicia en Pleno, interpretando el Derecho Público de Panamá desde la supremacía de la Convención, concluyó que el impacto ambiental de la producción del proyecto Cobre Panamá, especialmente en relación con comunidades vulnerables, resultaba ineficiente, todo lo cual llevó -junto a otras consideraciones- a declarar inconstitucional el contrato de concesión de cobre⁶⁰. Pero en la interpretación empleada por la Corte, faltó un elemento, a saber, la ponderación de los posibles beneficios positivos que para la economía global supone la producción de cobre, en la medida en que ello facilite la descarbonización. Esta ponderación puede introducir modulaciones que permitan compensar daños ambientales nacionales con el

⁶⁰ Sentencia de 27 de noviembre de 2023, de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de Panamá, la cual declaró inconstitucional la Ley n° 406 de 20 de octubre de 2023, que aprobó la concesión de cobre.

beneficio derivado del uso del cobre en la descarbonización, en el contexto de la transición justa.

89. Con lo cual, los deberes asociados a la emergencia climática también deben incluir los deberes de los Estados productores de minerales estratégicos de desarrollar adecuadas reglas de gobernanza democrática para la explotación eficiente de estos recursos, especialmente, brindando protección reforzada a las comunidades vulnerables, y protegiendo el derecho a la información en el marco del Acuerdo de Escazú⁶¹.

90. La gobernanza democrática, en sintonía con los estándares interamericanos, es especialmente importante ante el rol de la inversión extranjera en la explotación de los minerales estratégicos, como resultado de la vinculación de las empresas privadas (y extranjeras) a los estándares interamericanos⁶². En concreto, en la región resalta la importancia de la inversión de China en minerales en el litio⁶³. Sin embargo, se ha señalado que la política de desarrollo internacional de China se caracteriza por aplicar estándares de confidencialidad y secretismo, los cuales no son

⁶¹ Nos referimos al Acuerdo 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- Puede verse a Jiménez, Henry, “El Acuerdo de Escazú y el derecho de acceso a la información dan luz a una nueva jurisprudencia”, en *Revista Derecho del Estado* N° 44, 2019, pp. 385 y ss.

⁶² De la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH, véase el informe *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos* (2020).

⁶³ Puede verse la base de datos sobre inversiones de China en la región, en The Dialogue, en: https://www.thedialogue.org/map_list/

necesariamente compatibles con los estándares interamericanos de gobernanza democrática de los minerales estratégicos⁶⁴.

91. Como se observa, en relación con los Estados productores de minerales estratégicos, los deberes asociados a la emergencia climática van más allá de la reducción de la emisión de GEI. Además, estos Estados deben contribuir a las políticas climáticas asegurando el suministro estable de minerales estratégicos, en concordancia con estándares interamericanos de gobernanza democrática.

92. En conclusión, los deberes de los Estados para minimizar el impacto de los daños de la emergencia climática no pueden limitarse solo a los deberes de reducción de la emisión de GEI. En realidad, en la interpretación requerida a esa Corte, es necesario considerar la incidencia de la capacidad institucional diferenciando dos tipos de Estados. Los Estados productores de petróleo deben asumir el deber de implementar una transición de sus instituciones políticas, que reduzcan los posibles efectos adversos que tendrá la reducción permanente del ingreso petrolero. Además, los Estados productores de minerales estratégicos deberán adoptar medidas que faciliten la producción de los minerales requeridos para la electrificación de la economía, implementando especiales estándares de gobernanza democrática y protección de las comunidades vulnerables. Estos estándares

⁶⁴ Michael Bennon y Francis Fukuyama, "China's Road to Ruin. The Real Toll of Beijing's Belt and Road", *Foreign Policy*, 22 de agosto de 2023, tomado de: <https://www.foreignaffairs.com/china/belt-road-initiative-xi-imf>

son de especial importancia considerando el peso de la inversión foránea en el sector.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

93. El Derecho Interamericano, como Derecho Internacional Público, es insuficiente para promover el clima estable global, pues la aplicación de ese Derecho se circunscribe al territorio de cada Estado. Por el contrario, el clima estable solo puede obtenerse en el espacio global mediante la coordinación de los Estados, todo lo cual precisa de un Derecho Global. Por ello, esa Corte no puede interpretar los deberes de los Estados solo desde el ámbito específico de su jurisdicción, sino que debe ir más allá, incluyendo el deber de los Estados de construir capacidades en el ordenamiento interamericano. La Corte, a tales efectos, puede ayudar a fortalecer la coordinación y el diálogo interamericano con organizaciones claves, como la OEA y el BID, para que éstas contribuyan en el espacio global para avanzar en la promoción del clima estable.

94. Los incumplimientos a la obligación de respetar y garantizar el derecho al clima estable pueden responder a fallas de capacidad institucional, supuesto en el cual los mandatos de la Corte IDH deben orientarse a la adopción de medidas que permitan construir capacidades. A tales efectos, la Corte IDH, con fundamento en el artículo 1 del Protocolo, podría adoptar una metrología en dos pasos. El primer paso es enumerar las medidas de mitigación al cambio climático, y que recaerán principalmente en el Estado administrativo, a los fines de la efectiva protección del derecho

al medio ambiente sano. El segundo paso consiste en definir las obligaciones de los Estados para medir su capacidad institucional, identificar las medidas respecto de las cuales existe riesgo de incumplimiento debido a la fragilidad institucional, esto es, debido a áreas de limitada estatalidad, y trazar el plan de acción para la construcción de capacidades institucionales con el apoyo del BID, fomentándose así el diálogo interamericano.

95. Los deberes de los Estados para minimizar el impacto de los daños de la emergencia climática no pueden limitarse solo a los deberes de reducción de la emisión de GEI. En realidad, en la interpretación requerida a esa Corte, es necesario considerar la incidencia de la capacidad institucional diferenciando dos tipos de Estados. Los Estados productores de petróleo deben asumir el deber de implementar una transición de sus instituciones políticas, que reduzcan los posibles efectos adversos que tendrá la reducción permanente del ingreso petrolero. Además, los Estados productores de minerales estratégicos deberán adoptar medidas que faciliten la producción de los minerales requeridos para la electrificación de la economía, implementando especiales estándares de gobernanza democrática y protección de las comunidades vulnerables. Estos estándares son de especial importancia considerando el peso de la inversión foránea en el sector.

96. Con base en estas conclusiones, en la interpretación que ha sido requerida a esa Corte en la sub-sección 2.A, sobre las consideraciones que *“debe tomar un Estado para implementar su obligación de (i) regular, (ii) monitorear y fiscalizar; (iii) requerir y aprobar estudios de impacto social y ambiental, (iv)*

establecer un plan de contingencia y (v) mitigar las actividades dentro de su jurisdicción que agraven o puedan agravar la emergencia climática”, consideramos que deben incluirse consideraciones que respondan a las limitaciones a la capacidad institucional para garantizar el derecho humano al clima estable, en el contexto del principio de progresividad. Estas consideraciones podrían incluir tres lineamientos:

- Los deberes del Estado en cuanto a las acciones de mitigación deben incluir el diagnóstico de la capacidad institucional y la formulación de programas de fortalecimiento de esa capacidad, con el apoyo del BID.
- El diagnóstico de la capacidad estatal debe considerar las limitaciones de las acciones estatales individuales para garantizar, en el espacio global, el derecho al clima estable. Por lo tanto, es necesario que las acciones de mitigación también promuevan la cooperación multilateral, de acuerdo con el Derecho Global del Cambio Climático.
- El deber de diagnosticar las fallas de capacidad estatal debe tomar en cuenta las especiales condiciones de los Estados productores de petróleo, por un lado, y los países productores de minerales estratégicos, por el otro. En el primer caso, debe considerarse la necesidad de adaptación institucional para prevenir efectos adversos a la posible disminución del ingreso fiscal petrolero. En el segundo caso, deben considerarse lineamientos de gobernanza democrática

para la producción de minerales críticos o estratégicos necesarios para garantizar el derecho al clima estable en el espacio global.

Brookline, Massachusetts,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Hernández G.', with a long horizontal stroke extending to the right.

Dr. José Ignacio Hernández G.

Anexo: Resumen curricular.