

Ante la Corte Constitucional de Colombia

Honorable Magistrado Jorge Enrique Ibañez Najar

Numero de expediente: T-5.443.609

Amicus Curiae por

Colombian Caravana & ABColombia

En el asunto de la solicitud para que la Honorable Corte Constitucional decrete medida provisional para garantizar el cumplimiento de las órdenes emitidas en la Sentencia SU-698 de 2017. Acción de tutela promovida por miembros de las comunidades indígenas Wayúu de Paradero y La Gran Parada, contra Carbones del Cerrejón Limited, Autoridad Nacional De Licencias Ambientales, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros.

TABLA DE CONTENIDO

I.	<u>INTRODUCCIÓN</u>	p.3
II.	<u>DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICABLE</u>	p.5
	a. <u>El derecho a un ambiente sano y su relación con los derechos humanos</u>	p.5
	b. <u>El derecho al agua</u>	p.12
	c. <u>El derecho a una alimentación adecuada</u>	p.16
	d. <u>El derecho a la salud</u>	p.19
	e. <u>El derecho a la cultura</u>	p.23
	f. <u>El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado</u>	p.28
III.	<u>DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL APLICABLE</u>	p.35
	a. <u>El principio de precaución y las medidas provisionales</u>	p.35
	b. <u>El principio de prevención</u>	p.37
IV.	<u>CONCLUSIONES FINALES</u>	p.40

PARTE I. INTRODUCCIÓN

1. Este *amicus curiae* se presenta de manera respetuosa ante la Corte Constitucional de Colombia de acuerdo con el seguimiento que realiza a la implementación de la Sentencia SU-698 de 2017 (“la Sentencia”) de la Corte Constitucional de Colombia (“la Corte Constitucional”).
2. En la Sentencia la Corte Constitucional sostuvo que el desvío del arroyo Bruno por la empresa minera Carbones del Cerrejón constituía una violación a los derechos fundamentales al agua, la salud y la seguridad alimentaria de los miembros de las comunidades indígenas Wayuú de Paradero y la Gran Parada, y sostuvo que los demandados debían remediarlo mediante la ejecución de diversas órdenes.
3. Este *amicus* se presenta en nombre de ABColombia y Colombian Caravana (“la Caravana”). ABColombia es una red de cinco agencias británicas e irlandesas con programas en Colombia: CAFOD, Christian Aid UKI, Oxfam GB, SCIAF y Trócaire. La Caravana es una organización registrada en el Reino Unido cuyos miembros monitorean abusos contra los derechos humanos a los que se enfrentan profesionales del derecho en Colombia. Los miembros de la Caravana han participado en diferentes delegaciones internacionales en Colombia, la más reciente en el 2018, y el grupo lleva a cabo la labor de promoción de los derechos humanos a nivel nacional e internacional, prestando apoyo a los abogados colombianos defensores de derechos humanos y a el estado de derecho en Colombia.
4. Para los efectos de este *amicus curiae*, ABColombia y la Caravana han instruido (a través de Sue Willman, socia principal de Deighton Pierce Glynn y Presidenta del Comité de Derechos Humanos de la Sociedad de Derecho de Inglaterra y Gales) a tres abogadas miembros del Colegio de Abogados de Inglaterra y Gales. Jelía Sane, la Dra. Keina Yoshida y Camila Zapata Besso son todas abogadas de Doughty Street Chambers (Londres) especializadas en el derecho internacional de los derechos humanos. La Dra. Yoshida, quien tiene un doctorado del London School of Economics, donde es oficial de investigación, también se especializa en el derecho ambiental internacional, y sus artículos sobre el tema han sido publicadas en varias revistas arbitradas.
5. Este *amicus curiae* ha contado con el apoyo investigativo de miembros de King’s Legal Clinic en la Escuela de Derecho Dickson Poon, King’s College, Universidad de Londres, Reino Unido, incluyendo a la candidata al doctorado Clara María López Rodríguez, supervisada por la Subdirectora de la Clínica Jurídica, Sue Willman. La asistencia técnica y de otro tipo ha sido proporcionada por la organización benéfica, London Mining Network.
6. Este documento tiene por objeto apoyar a la autoridad judicial en la determinación de las cuestiones del caso, a través del abordaje de las normas y estándares del derecho internacional de los humanos y del derecho ambiental internacional más relevantes. No se aborda el marco jurídico nacional ni el fondo de la reclamación subyacente. El documento se encuentra estructurado en tres partes, como se indica a continuación:
 - a. El derecho a un medio ambiente sano y su relación con los derechos al agua, alimentación, la salud y cultura, incluyendo el respeto por los pueblos indígenas, en virtud de las normas de derechos humanos;

- b. Los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, en virtud de las normas de derechos humanos;
- c. El principio de prevención y precaución del derecho internacional ambiental y su relación con las medidas de precaución del derecho internacional de los derechos humanos.

Presentación del *amicus curiae*

- 7. Los autores están guiados por la práctica nacional e internacional en lo que respecta a la presentación de los *amicus curiae*. El Artículo 2(3) del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) define la expresión *amicus curiae* como “*la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.*”¹
- 8. La Corte IDH ha destacado el valor general de los *amicus curiae*:

*“[...] el Tribunal observa que los amici curiai son presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma. En este sentido, pueden ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación de la sentencia correspondiente. Además, conforme a la práctica de esta Corte, los amici curiai pueden incluso referirse a cuestiones relacionadas con el cumplimiento mismo de la sentencia. Por otra parte, la Corte resalta que los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general que justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los amici curiai tienen un importante valor para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte.”*²

- 9. En el contexto colombiano, el uso de *amicus curiae* se encuentra contemplado en el Artículo 13 del Decreto No. 2067 del 4 septiembre 1991, que establece:

“El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito, que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior. El plazo que señale, el magistrado sustanciador a los destinatarios de la invitación no interrumpe los términos fijados en este Decreto. El invitado deberá, al presentar un concepto, manifestar si se encuentra en conflicto de intereses.”

¹ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

² *Kimel v Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 177 (2 de mayo de 2008), §16.

10. La Corte Constitucional confirmó la anterior disposición y desestimó la solicitud de inconstitucionalidad en su Sentencia C-513 del 10 de septiembre de 1992. La Corte observó que las intervenciones contribuyen al objetivo de participación democrática consagrada en la Constitución de Colombia, creando así una presunción en favor de su admisión.

PARTE II. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICABLE

a) *El derecho a un ambiente sano y su relación con los derechos humanos*

11. El derecho a un medio ambiente sano ha sido expresamente reconocido en varias constituciones de orden nacional³ y en instrumentos de derechos humanos a nivel regional,⁴ entre los que se encuentra la Carta Africana Sobre Los Derechos Humanos y De Los Pueblos de 1981 (Artículo 24, “Carta Africana”);⁵ la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004 (Artículos 38 y 39, “Carta Árabe”),⁶ y la Declaración de Derechos Humanos de ASEAN de 2012 (Artículo 28(f)).⁷ Una excepción notable es que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce un derecho autónomo a un medio ambiente sano. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) ha reconocido en numerosas ocasiones que los daños ambientales pueden afectar el bienestar de las personas y, en consecuencia, dar lugar a violaciones de los derechos del Convenio, incluidos el derecho a la vida (Artículo 2)⁸ y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Artículo 8(1)).⁹

³ Entre otras, las Constituciones de los siguientes Estados establecen el derecho a un medio ambiente sano: *Constitución Política de Colombia*, Artículo 79; *Constitución de la Nación Argentina*, Artículo 41; *Constitución Política del Estado de Bolivia*, Artículo 33; *Constitución de la República Federativa del Brasil*, Artículo 225; *Constitución Política de la República de Chile*, Artículo 19; *Constitución de Costa Rica*, Artículo 50, y *Constitución de la República del Ecuador*, Artículo 14.

⁴ El derecho a un medio ambiente sano no está aun explícitamente consagrado en un tratado internacional. Para resumir la evolución del derecho a nivel mundial, véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (“CDH”) ‘Informe preliminar del Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox’ (24 de diciembre de 2012) documento de las Naciones Unidas A/HRC/22/43 (“Informe preliminar del Experto Independiente John H. Knox”) §§12-17.

⁵ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (adoptada el 27 de junio de 1981, entró en vigor el 21 de octubre de 1986) 1520 UNTS 217. El Artículo 24 dice: “*Todos los pueblos tienen derecho a un medio ambiente general satisfactorio y favorable a su desarrollo*”. Véase también el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África (aprobado el 11 de julio de 2003, que entró en vigor el 25 de noviembre de 2005) OUA Doc Cab/Leg/66.6 (“Protocolo de Maputo”). El Artículo 18 dispone que las mujeres “*tendrán derecho a vivir en un medio ambiente sano y sostenible*”.

⁶ Carta Árabe de Derechos Humanos, Liga de los Estados Árabes (aprobada el 22 de mayo de 2004, que entró en vigor el 15 de marzo de 2008). El Artículo 38 dice: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su familia, que garantice su bienestar y una vida digna, y que comprenda la alimentación, el vestido, la vivienda, los servicios y el derecho a un medio ambiente sano. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias, en función de sus recursos, para garantizar estos derechos*”. En virtud del Artículo 39 (derecho a la salud), los Estados deben adoptar las medidas necesarias para “*luchar contra la contaminación del medio ambiente*”.

⁷ Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN (adoptada el 18 de noviembre de 2012). El Artículo 28 (f) dice: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí misma y su familia, incluso: [...] f. El derecho a un medio ambiente seguro, limpio y sostenible*”.

⁸ Véase, por ejemplo, *Öneryildiz v Turquía* App no 48939/99 (TEDH, 30 de noviembre de 2004).

⁹ Véase, por ejemplo, *López-Ostra v Spain*, App no 16798/90 (TEDH, 9 diciembre de 1994).

12. En el Sistema Interamericano, el derecho a un medio ambiente sano está expresamente garantizado por el Artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”),¹⁰ que reza:

*“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.”*

13. En su trascendental *Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos* (“*Opinión Consultiva OC-23/17*”),¹¹ la Corte IDH aclara que el derecho a un medio ambiente sano, según el Artículo 11, forma parte de los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”).¹²

14. La jurisprudencia de la Corte IDH reconoce que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho autónomo en la medida en que protege los componentes del medio ambiente, por ejemplo los ríos y los bosques, como intereses jurídicos en sí mismos, incluso en ausencia de la existencia de un riesgo de daño a los seres humanos. Como ha declarado la Corte IDH, el derecho:

“...trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.”¹³

15. De este modo, el derecho a un medio ambiente sano es complementario del enfoque de los derechos de la naturaleza en el que las entidades naturales se protegen por medio de la personalidad jurídica.

¹⁰ Véase también la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/Res/2888 (15 de junio de 2016), Artículo 19.

¹¹ *El medio ambiente y los derechos humanos (Obligaciones del Estado en relación con el medio ambiente en el contexto de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - Interpretación y alcance de los Artículos 4(1) y 5(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *Opinión Consultiva OC23/17*, Corte IDH Serie A No 23 (15 de noviembre de 2017) (“*Opinión Consultiva OC-23/17*”), §57.

¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978) 1144 UNTS 123. El Artículo 26 establece: “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas, tanto en el plano interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, para lograr progresivamente, por vía legislativa o por otros medios apropiados, la plena efectividad de los derechos implícitos en las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales establecidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires*”. Véase también *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No (6 de febrero de 2020), §202, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Emergencia Climática: Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos’ Resolución 3/2021 (31 de diciembre de 2021), que se base en la decisión de la Corte IDH.

¹³ *Opinion Consultiva OC-23/17*, §62. Ver también *Lhaka Honhat v Argentina*, §203.

16. El Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador (el “Grupo de Trabajo”) ha indicado que el Artículo 11 del Protocolo establece, como mínimo, cinco obligaciones de los Estados. Éstas son:

- a. garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir;
- b. garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos;
- c. promover la protección del medio ambiente;
- d. promover la preservación del medio ambiente; y,
- e. promover el mejoramiento del medio ambiente.¹⁴

17. El Grupo de Trabajo ha señalado además, que el ejercicio del derecho a un medio ambiente sano debe regirse por criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.¹⁵ En particular, y en la medida en que sea pertinente para las cuestiones que se plantean ante esta Corte:

- a. Los Estados deben asegurar la disponibilidad o existencia de suficientes recursos para que todas las personas, de acuerdo con sus características específicas, puedan beneficiarse de un medio ambiente saludable y contar con acceso a los servicios públicos básicos.
- b. Los Estados parte deben garantizar que todas las personas, sin discriminación alguna, puedan acceder a un medio ambiente sano. La accesibilidad física requiere que todos los sectores de la población tengan acceso a un entorno saludable, es decir, “*que el medio ambiente en el que las personas desarrollan sus vidas sea sano, y no que se vean en la necesidad de desplazarse de su hogar [...] para buscar condiciones medioambientales favorables*”;
- c. Los Estados deben velar por que las generaciones futuras también disfruten de los beneficios de un medio ambiente sano, entre otras cosas asegurando que la extracción de recursos naturales se lleve a cabo de manera sostenible, de modo que permita su renovación y mitigue los riesgos ambientales;
- d. Los elementos constitutivos del medio ambiente (por ejemplo, el agua) deben cumplir condiciones técnicas de calidad que los hagan aceptables, de conformidad con las normas internacionales.¹⁶

18. En el caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v Argentina*, la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre el alcance del derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo derivado del Artículo 26 de la Convención Americana, así como sobre los derechos a una alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, en el marco de la

¹⁴ Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador, ‘Indicadores de progreso: Segundo Agrupamiento de Derecho’ (5 de noviembre de 2013) OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, §26; *Opinión Consultiva OC-23/17*, §60.

¹⁵ Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador, ‘Indicadores de progreso: Segundo Agrupamiento de Derecho’, §29; *Opinión Consultiva OC-23/17*, §60.

¹⁶ Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador, ‘Indicadores de progreso: Segundo Agrupamiento de Derecho’, §§30-34. De manera similar, la Comisión Africana ha determinado que el derecho a un medio ambiente satisfactorio, garantizado por el Artículo 24 de la Carta Africana, exige que los Estados adopten “*medidas razonables y de otro tipo para prevenir la contaminación y la degradación ecológica, promover la conservación y asegurar un desarrollo y una utilización ecológicamente sostenibles de los recursos naturales*”: véase *Centro de Derechos Sociales y Económicos (SERAC) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CESR) v Nigeria*, Comm No 155/96, ACommHPR (27 de octubre de 2001), §52 (traducción propia).

resolución de una controversia que involucraba a una comunidad indígena. La Corte IDH determinó que, de conformidad con sus obligaciones generales en virtud del Artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados tienen el deber de respetar el derecho a un medio ambiente sano y, concretamente, de abstenerse de contaminar ilícitamente el medio ambiente de manera que repercuta negativamente en las condiciones que permiten una vida digna para el individuo. La obligación de garantizar el derecho a un medio ambiente sano impone, *inter alia*, la correspondiente obligación a los Estados de impedir las violaciones de este derecho, incluso impidiendo que terceros violen los derechos protegidos en la esfera privada.

19. En el contexto de la protección del medio ambiente, esto puede incluir el deber de adoptar medidas positivas para regular, supervisar o vigilar las actividades de esos terceros que puedan causar daños al medio ambiente.¹⁷ Este deber también forma parte del principio de prevención en el derecho ambiental que se detalla más adelante.
20. Se ha reconocido ampliamente que existe una estrecha relación entre la protección del medio ambiente y el disfrute de los derechos humanos. Por ejemplo, el Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible (ahora Relator Especial)¹⁸ ha declarado que los derechos humanos y el medio ambiente son “*inherentemente interdependientes*” porque:

*“Los derechos humanos se basan en el respeto de atributos humanos fundamentales como la dignidad, la igualdad y la libertad. La realización de esos atributos depende de un medio ambiente que les permita florecer. Al mismo tiempo, la protección eficaz del medio ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos que son vitales para la formulación de políticas informadas, transparentes y adecuadas.”*¹⁹

21. Esta interconexión entre los derechos humanos y el medio ambiente también ha sido defendida por varios órganos regionales de derechos humanos. La Corte IDH ha observado que existe una “*relación innegable*” entre la protección del medio ambiente

¹⁷ *Lhaka Honhat v Argentina*, §207.

¹⁸ El Experto Independiente fue nombrado por el CDH en marzo de 2012 por un período de tres años. Posteriormente, en 2015, su mandato se prorrogó como Relator Especial sobre las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible. Véanse la ‘Resolución 19/10 del CDH, Derechos humanos y medio ambiente’ (19 de abril de 2012) documento de las Naciones Unidas A/HRC/RES/19/10, y la ‘Resolución 28/11, Derechos humanos y medio ambiente’ (26 de marzo de 2015) documento de las Naciones Unidas A/HRC/28/11.

¹⁹ Informe preliminar del Experto Independiente John H. Knox, §10. Del mismo modo, algunos instrumentos que regulan la protección del medio ambiente se refieren a la legislación sobre derechos humanos. Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ‘Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo’ (13 de junio de 1992) documento de las Naciones Unidas A/CONF.151/26 (vol. I), y Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, ‘Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano’ (16 de junio de 1972) documento de las Naciones Unidas A/CONF.48/14/Rev.1. En la OEA, véase por ejemplo ‘Los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas’, AG/RES. 1926 (XXXIII-O/03), aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 10 de junio de 2003; ‘Agua, Salud y Derechos Humanos’, AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07), aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2007, y ‘Los derechos humanos y el cambio climático en las Américas’, AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08), aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2008.

y el disfrute de otros derechos humanos,²⁰ señalando que “[l]a degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos; por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.”²¹ Se dice que el derecho a un medio ambiente sano tiene una dimensión individual, en la medida en que su violación puede tener repercusiones directas e indirectas en los seres humanos individuales, así como una dimensión colectiva en la medida en que constituye un “*interés universal*” que se debe tanto a las generaciones presentes como a las futuras.²²

22. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha subrayado que “*varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales*”.²³ La Comisión Africana ha indicado que el derecho a un medio ambiente sano y satisfactorio, garantizado en el Artículo 24 de la Carta Africana, “*está estrechamente vinculado a los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad de la persona*”.²⁴ En el ámbito europeo, como se ha destacado, la jurisprudencia del TEDH reconoce el nexo entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso *Tătar v Rumania*, el TEDH dictaminó que los Estados están obligados a evaluar los riesgos asociados a las actividades que entrañan un daño ambiental, como la minería, y a adoptar medidas adecuadas para proteger el derecho a la vida privada y familiar, y “*permitir el disfrute de un medio ambiente sano y protegido*.”²⁵

23. Así pues, el daño ambiental puede constituir una violación del derecho al medio ambiente sano como tal y de otros derechos humanos protegidos. Estos derechos, que se detallan en las secciones siguientes, se dividen en general en dos categorías: (i) derechos sustantivos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a los daños ambientales, incluidos el derecho a la salud, el derecho al agua, el derecho a la alimentación y el derecho a la cultura; y (ii) derechos procesales cuyo ejercicio apoya una mejor toma de decisiones ambientales, como el derecho a la participación en la toma de decisiones.²⁶

24. Además, se destaca que las violaciones de los derechos humanos relacionadas con el medio ambiente pueden ser más graves para ciertos grupos. Es especialmente pertinente el reconocimiento generalizado de que los pueblos indígenas son especialmente vulnerables a la degradación del medio ambiente, debido a su singular relación espiritual y cultural con sus territorios ancestrales, su dependencia económica de los recursos ambientales y el hecho de que a menudo viven en tierras marginales y

²⁰ *Kawas-Fernández v Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 196 (3 de abril de 2009), §148; *Opinión Consultiva OC-23/17*, §47.

²¹ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §59.

²² *Opinión Consultiva OC-23/17*, §59.

²³ CIDH, ‘Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos’, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (30 de diciembre de 2009), §190

²⁴ *Centro de Derechos Sociales y Económicos (SERAC) y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CESR) v Nigeria*, §51 (traducción propia).

²⁵ *Tătar v Rumania*, App no 67021/01 (TEDH, 27 Enero de 2009) (sólo en francés, traducción propia), §112.

²⁶ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §64.

ecosistemas frágiles, o cerca de ellos, que son particularmente sensibles a las alteraciones del medio ambiente físico.²⁷

25. En la *Opinión Consultiva OC-23/17*,²⁸ la Corte IDH resumió su jurisprudencia sobre la cuestión de los derechos de los indígenas y la protección del medio ambiente de la siguiente manera:

“En particular, en casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, este Tribunal se ha referido a la relación entre un medio ambiente sano y la protección de derechos humanos, considerando que el derecho a la propiedad colectiva de estos está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues estos recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos.²⁹ Asimismo, la Corte ha reconocido la estrecha vinculación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales. Al respecto, este Tribunal ha determinado que, en atención a la situación de especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, los Estados deben adoptar medidas positivas encaminadas a asegurar a los miembros de estos pueblos el acceso a una vida digna -que comprende la protección de la estrecha relación que mantienen con la tierra- y su proyecto de vida, tanto en su dimensión individual como colectiva.³⁰ Igualmente, este Tribunal ha resaltado que la falta de acceso a los territorios y los recursos naturales correspondientes puede exponer a las comunidades indígenas a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlas a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma.”³¹

26. Por último, en relación con las actividades de las industrias extractivas y la protección de los derechos indígenas y ambientales, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los

²⁷ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §67. Ver también CDH, ‘Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos’ (15 de enero de 2009) documento de las Naciones Unidas A/HRC/10/61, §51; Informe preliminar del Experto Independiente John H. Knox, §45; CDH, ‘Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox’ (30 de diciembre de 2013) documento de las Naciones Unidas A/HRC/25/53, §§76-78. La relación única entre los pueblos indígenas y su territorio está ampliamente reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos; para un resumen de los principios clave, véase en general CIDH, ‘Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos’.

²⁸ *Opinion Consultiva OC-23/17*, §48.

²⁹ Véase, por ejemplo, *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 125 (17 de junio de 2005), §137; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Indigenous Community v Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 146 (29 de marzo de 2006), §118.

³⁰ Véase, por ejemplo, *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §163; *Pueblos Kaliña y Lokono v Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 309 (25 November 2015), §181.

³¹ Véase, por ejemplo, *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §164; *Pueblos indígenas Kichwa de Sarayaku v Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 245 (27 de junio de 2012), §147.

indígenas ha declarado que “*la realización de proyectos de extracción de recursos naturales y otros proyectos de desarrollo en territorios indígenas o en proximidad de ellos se ha convertido en una de las máximas preocupaciones de los pueblos indígenas de todo el mundo y posiblemente también en la fuente más generalizada de retos al pleno ejercicio de sus derechos.*”³²

27. Si bien incumbe principalmente a los Estados velar por que se respeten, protejan y cumplan los derechos humanos, las empresas, los agentes privados y los agentes no estatales también tienen obligaciones en virtud de la normativa de derechos humanos que se aplican mediante las obligaciones de los Estados en materia de diligencia debida. Esto queda ilustrado por la adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos,³³ que se basan en tres pilares esenciales: (i) el deber de los Estados de proteger contra los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas comerciales, mediante políticas, reglamentos y procedimientos judiciales adecuados, (ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa que las empresas comerciales deben actuar con la debida diligencia para evitar infringir los derechos de los demás y hacer frente a los efectos adversos con los que se ven envueltas, y (iii) la necesidad de un mayor acceso de las víctimas a recursos efectivos, tanto judiciales como no judiciales.
28. El principio 17 de los Principios Rectores dispone que las empresas deben actuar con la debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de la forma en que abordan sus efectos adversos para los derechos humanos. La debida diligencia en materia de derechos humanos: (a) debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; (b) variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones, y (c) debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. En el Principio 18 se establece que, a fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: (a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; y (b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.³⁴

³² CDH, ‘Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, “Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos” (11 de julio de 2011) documento de las Naciones Unidas A/HRC/18/35, §57.

³³ CDH, ‘Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Aplicación del marco de las Naciones Unidas “Proteger, Respetar y Remediar”’: Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie’ (21 de marzo de 2011) documento de las Naciones Unidas A/HRC/17/31.

³⁴ Los autores señalan que las siguientes directrices blandas en relación con las industrias extractivas reconocen la delicada relación entre los pueblos indígenas y las actividades mineras, y la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas: la Declaración de posición sobre los pueblos indígenas y la minería del Consejo Internacional de Minería y Metales (<<https://www.icmm.com/position-statements/indigenous-peoples>>);

29. En su reciente Observación General No. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”)³⁵ en el contexto de las actividades empresariales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Comité DESC”) reiteró que los Estados deberían velar por que los efectos de las actividades empresariales en los pueblos indígenas y, concretamente, sus derechos a la tierra, los recursos, los territorios, el patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales y la cultura se incorporen en las evaluaciones de los efectos en los derechos humanos. En el ejercicio de la debida diligencia, las empresas deben consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de las instituciones representativas de los propios pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar las actividades.³⁶ Estos derechos se examinan a fondo más adelante, en la Parte II (f) del presente *amicus*.

b) *El derecho al agua*

30. El derecho humano al agua ha sido descrito como “*indispensable para vivir dignamente*”, una “*condición previa*” para la plena realización de otros derechos humanos protegidos, y como “*una de las condiciones fundamentales para la supervivencia*”.³⁷ El derecho al agua forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado establecido en el Artículo 11 del PIDESC; también ha sido reconocido en varios otros instrumentos de derechos humanos, entre ellos el apartado (h) del párrafo 2 del Artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (“CEDAW” por sus siglas en inglés)³⁸ y el párrafo 2 del Artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (“CDN”).³⁹

la Guía de la OCDE sobre la debida diligencia para la participación significativa de los interesados en el sector extractivo (<https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-due-diligence-guidance-for-meaningful-stakeholder-engagement-in-the-extractive-sector_9789264252462-en>) y las Normas de Desempeño sobre la Sostenibilidad Ambiental y Social (<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policies-Standards/Performance-Standards>).

³⁵ PIDESC (aprobado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976) 993 UNTS 3.

³⁶ Comité DESC ‘Observación General No. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades comerciales’ (10 de agosto de 2017) documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/24, §17.

³⁷ Comité DESC, ‘Observación General No. 15 (2002), El derecho al agua (Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)’ (20 de enero de 2003) documento de las Naciones Unidas E/C.12/2002/11, §§1-3.

³⁸ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada el 18 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981) 1249 UNTS 13 (“CEDAW”). El Artículo 14(2) establece: “*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.*”

³⁹ Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada el 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990) 1577 UNTS 3 (“CDN”). El Artículo 24 establece: *1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena*

31. En el plano regional, el derecho al agua está protegido por el Artículo 26 de la Convención Americana,⁴⁰ como parte del derecho a la salud por el apartado (c) del párrafo 2 del Artículo 14 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño,⁴¹ y el Artículo 39 de la Carta Árabe.⁴² El derecho al agua también forma parte del derecho a la seguridad alimentaria garantizado por el párrafo 2 del Artículo 15 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África ("Protocolo de Maputo")⁴³.
32. La Observación General No. 15 del Comité DESC contiene orientación autorizada⁴⁴ sobre el alcance y el contenido del derecho al agua. En resumen:
- (a) Los elementos del derecho al agua deben ser “*adecuados*” para la dignidad, la vida y la salud humana, de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 11 y el Artículo 12 del PIDESC.
 - (b) El requisito de “*adecuación*” debe interpretarse en sentido amplio, reconociendo que el agua no es primordialmente un bien económico, sino un bien social y cultural. La forma de realización del derecho al agua debe ser sostenible, asegurando que el derecho pueda ser realizado tanto para las generaciones presentes como para las futuras.
 - (c) Lo que es “*adecuado*” en este contexto puede variar; sin embargo, en todas las circunstancias, el agua debe estar *disponible*, tener la *calidad* apropiada y ser *accesible*. Esto, a su vez, significa que el suministro de agua para cada persona debe ser “*continuo y suficiente*” tanto para el uso personal como para el doméstico; seguro y libre de sustancias que puedan poner en peligro la salud humana (por ejemplo, sustancias químicas); y el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles, sin discriminación, para todos.

aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: c) Combatir las enfermedades y la malnutrición [...] mediante, entre otras cosas, [...] el suministro de [...] agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.”

⁴⁰ *Lhaka Honhat v Argentina*, §222.

⁴¹ Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (aprobada el 11 de julio de 1990, entró en vigor el 29 de noviembre de 1999) Doc. de la OUA CAB/LEG/24.9/49. El Artículo 14 establece: “1. *Todo niño tiene derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual. 2. Los Estados Partes de la presente Carta se comprometerán a conseguir la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: [...] (c) garantizar el suministro de alimentos nutritivos adecuados y de agua potable”.*

⁴² El Artículo 39 de la Carta Árabe establece: “1. *Los Estados Partes reconocerán el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el derecho de todo ciudadano a disfrutar de un acceso libre y no discriminatorio a los servicios de salud y a los centros de atención médica. 2.2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes figurarán las necesarias para: e. Asegurar a todos una nutrición básica y agua potable”.*

⁴³ El Artículo 15 del Protocolo de Maputo establece: “*Los Estados Partes velarán porque las mujeres tengan derecho a una alimentación nutritiva y adecuada. A este respecto, adoptarán medidas apropiadas para: a) proporcionar a las mujeres acceso al agua potable”.*

⁴⁴ La Corte IDH se ha referido al considerable peso que otorga a los Comentarios Generales en la interpretación de las normas jurídicas internacionales correspondientes en una serie de sentencias, véase por ejemplo *Lhaka Honhat v Argentina*, §217; *Muelle Flores v Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 375 (6 de Marzo de 2019), §184; *Poblete Vilches y otros v Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 349 (8 de marzo de 2018), §115, §118 y §120, así como la Corte Internacional de Justicia en el caso *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v República Democrática del Congo)*, Caso 103 (Sentencia), Corte Internacional de Justicia 428 (CIJ 2010), §66.

La accesibilidad tiene cuatro componentes que se superponen: físico (es decir, al alcance físico seguro de todos los sectores de la población); económico (es decir, asequible para todos); no discriminatorio, e informativo (es decir, las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir información sobre cuestiones relacionadas con el agua).⁴⁵

33. Si bien el Artículo 2 del PIDESC prescribe que todos los derechos del Pacto deben disfrutarse sin discriminación, el Comité DESC ha subrayado que los Estados tienen la especial obligación de proporcionar a quienes no disponen de medios suficientes, la suficiente agua potable y los servicios necesarios para su suministro, y la obligación de impedir cualquier tipo de discriminación por motivos que se encuentran internacionalmente prohibidos en lo que respecta al suministro de agua y sus servicios. En particular, los Estados deben prestar “*especial atención*” a las personas y grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer su derecho al agua potable y, *inter alia*, velar por que acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas, y deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua.⁴⁶

34. Al igual que en el caso de otros derechos del PIDESC, las obligaciones jurídicas *específicas* de los Estados consisten en respetar, proteger y cumplir el derecho a un agua potable.⁴⁷ En particular y en la medida en que sea pertinente:

- a. La obligación de *respetar* exige que los Estados Partes se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. Comprende, *inter alia*, el abstenerse de “*toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad*”, de “*inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua*”, y de “*reducir o contaminar ilícitamente el agua*”;
- b. La obligación de *proteger* exige que los Estados Partes impidan a terceros incluidas las empresas, que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Entre otras cosas, los Estados deben adoptar medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales. En los casos en que los servicios de abastecimiento de agua, como los ríos, son explotados o controlados por terceros, los Estados tienen el deber de impedirles que pongan en peligro el acceso físico, asequible y en condiciones de igualdad al agua potable suficiente, salubre y aceptable;
- c. La obligación de *cumplir* se puede subdividir en tres obligaciones diferentes: de facilitar, promover y garantizar. Facilitar exige la adopción de medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho; promover impone a los Estados asegurar una educación apropiada en relación con la protección de los recursos hídricos, entre otros. La obligación de hacer efectivo (garantizar) se plantea cuando los particulares o los grupos no

⁴⁵ Comité DESC, Observación General No. 15, §§11-12.

⁴⁶ Comité DESC, Observación General No. 15, §16(d).

⁴⁷ Comité DESC, Observación General No. 15, §20.

están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.⁴⁸

35. El Comité DESC ha observado además que, como parte de su obligación de cumplir:

*“Los Estados Partes deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar por que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y esos programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de recursos hídricos por extracción, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos; c) vigilancia de las reservas de agua; d) seguridad de que cualquier mejora propuesta no obstaculice el acceso al agua potable; e) examen de las repercusiones que puedan tener ciertas medidas en la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, tales como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad”.*⁴⁹

36. Además, los Estados tienen una serie de obligaciones básicas e inderogables para garantizar la satisfacción inmediata de, por lo menos, los niveles mínimos esenciales del derecho al agua. Esas obligaciones básicas mínimas incluyen la garantía del (i) acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades y (ii) derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.⁵⁰

37. El derecho al agua está inextricablemente vinculado, *inter alia*, al derecho a la salud, al derecho a una alimentación adecuada, al derecho a la vida y al derecho a un medio ambiente sano en virtud de las normas internacionales de derechos humanos. El Comité DESC ha reconocido explícitamente la importancia de garantizar el acceso sostenible al agua para la agricultura a fin de hacer efectivo el derecho a una alimentación adecuada⁵¹ y ha constatado que las obligaciones de los Estados en virtud del párrafo 2 del Artículo 1 del PIDESC que dispone que en ningún caso “*podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia*” incluyen la garantía de un acceso adecuado al agua para asegurar los medios de subsistencia de los grupos indígenas.⁵² La Corte IDH ha observado asimismo que el derecho al agua, junto con el derecho a la alimentación y el derecho a participar en la vida cultural, es “*particularmente vulnerable*” a la degradación ambiental,⁵³ y que “*el acceso al agua*

⁴⁸ Comité DESC, Observación General No. 15, §§20-29.

⁴⁹ Comité DESC, Observación General No. 15, §28.

⁵⁰ Comité DESC, Observación General No. 15, §37.

⁵¹ Comité DESC, Observación General No. 15, §7.

⁵² Comité DESC, Observación General No. 15, §7.

⁵² Comité DESC, Observación General No. 15, §7.

⁵³ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §66.

y a la alimentación puede ser afectado por ejemplo, si la contaminación limita la disponibilidad de los mismos en cantidades suficientes o afecta su calidad”.⁵⁴

c) El derecho a una alimentación adecuada

38. Se dice que el derecho a una alimentación adecuada es de “*importancia fundamental*”⁵⁵ para el disfrute de todos los derechos y está “*inseparablemente vinculado a la dignidad inherente*” de los seres humanos.⁵⁶
39. La base jurídica del derecho a la alimentación en el derecho internacional de los derechos humanos está contenida en el párrafo 1 del Artículo 11 del PIDESC que reconoce “*el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación*” y en el párrafo 2 del Artículo 11, que establece “*el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre*”.⁵⁷ A nivel regional, el derecho a la alimentación se reconoce, *inter alia*, en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño⁵⁸ y el Protocolo de Maputo.⁵⁹
40. El derecho a la alimentación está muy vinculado a otros derechos fundamentales.⁶⁰ En el caso del *Centro de Derechos Sociales y Económicos (SERAC) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CESR) v Nigeria* (“*SERAC y CESR v Nigeria*”), la Comisión Africana examinó si las acciones del Gobierno de Nigeria, mediante su participación en la explotación petrolera en el delta del Níger, contribuían directa e indirectamente a las violaciones de los derechos del pueblo Ogoni, incluido su derecho a la alimentación. La Comisión observó que:

“El derecho a la alimentación está inseparablemente vinculado a la dignidad de los seres humanos y, por lo tanto, es esencial para el disfrute y la realización de otros derechos como la salud, la educación, el trabajo y la participación política. La Carta Africana y el derecho internacional exigen y obligan a Nigeria a proteger y mejorar las fuentes de alimentos existentes y a garantizar el acceso a una alimentación adecuada para todos los ciudadanos. Sin tocar el deber de mejorar la producción de alimentos y garantizar el acceso, el núcleo mínimo del derecho a la alimentación exige que el Gobierno de Nigeria no destruya ni contamine las fuentes de alimentos. No debe permitir que los

⁵⁴ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §111; véase también *Pueblo Saramaka v Surinam*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 172 (28 de noviembre de 2007), §126; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 214 (24 de agosto de 2010), §195 y §198.

⁵⁵ Comité DESC, ‘Observación General No. 12: El derecho a una alimentación adecuada (Artículo 11)’ (12 de mayo de 1999) documento de las Naciones Unidas E/C.12/1999/5, §1.

⁵⁶ Comité DESC, Observación General No. 12, §4.

⁵⁷ Ver también: Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada el 10 de diciembre de 1948) Res 217A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Artículo 25(1); CEDAW, Artículo 12; CDN, Artículos 24 y 27, y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (adoptada el 13 de diciembre de 2006, entró en vigor el 3 de mayo de 2008) 2515 UNTS 3, Artículos 25 y 28.

⁵⁸ La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño reconoce el derecho de los niños a la nutrición en los apartados (c), (d) y (h) del párrafo 2 del Artículo 14 en el contexto del derecho a la salud y a los servicios sanitarios.

⁵⁹ El Artículo 15 del Protocolo de Maputo se refiere al derecho a la seguridad alimentaria y exige a los Estados Partes que garanticen “*el derecho de las mujeres a una alimentación nutritiva y adecuada*”.

⁶⁰ Comité DESC, Observación General No. 12, §11.

*particulares destruyan o contaminen las fuentes de alimentos e impedir que los pueblos se alimenten a sí mismos.”*⁶¹

41. De manera similar, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha determinado que la protección del derecho a la vida requiere que los Estados adopten una serie de medidas positivas, incluidas medidas para eliminar la malnutrición.⁶²

42. En el Sistema Interamericano, el apartado (j) del Artículo 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (“Carta de la OEA”)⁶³ establece:

“Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] (j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos”

43. El Artículo XI (Derecho a la preservación de la salud y al bienestar) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece:

“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por 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.”

44. El Artículo 12 (derecho a la alimentación) del Protocolo de San Salvador establece:

“1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados Partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.”

45. En *Lhaka Honhat v Argentina*, la Corte IDH, por primera vez, describió el alcance del derecho a la alimentación de la siguiente manera:

“Del artículo 34.j de la Carta, interpretado a la luz de la Declaración Americana, y considerando los demás instrumentos citados, se pueden derivar

⁶¹*SERAC y CESR v Nigeria*, §64 (traducción propia).

⁶²Comité de Derechos Humanos, ‘Observación General No. 6: Artículo 6 (Derecho a la vida)’ (30 de abril de 1982) 16º período de sesiones, §5.

⁶³ Carta de la Organización de los Estados Americanos (firmada el 30 de abril de 1948, entró en vigor el 13 de diciembre de 1951) 119 UNTS 3.

*elementos constitutivos del derecho a la alimentación adecuada. Esta Corte considera que el derecho protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud. En ese sentido, como ha señalado el Comité DESC, el derecho se ejerce cuando las personas tienen “acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla [sin que] deb[a] interpretarse [...] en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos.”*⁶⁴

46. En la Observación General No. 12 (el derecho a una alimentación adecuada (Artículo 11)), el Comité DESC subrayó que el “*contenido básico*” del derecho a una alimentación adecuada es doble y abarca:

- a. La disponibilidad de alimentos “*en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada*”. Por disponibilidad se entienden “*las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos*”;
- b. La accesibilidad de esos alimentos “*en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos*”. El concepto de accesibilidad incluye tanto la accesibilidad económica como la física, y con respecto a esta última el Comité DESC observa que muchos grupos de pueblos indígenas son “*especialmente vulnerables*” cuyo acceso a sus tierras ancestrales puede verse amenazado (y por lo tanto, su capacidad de acceder físicamente a una alimentación adecuada).⁶⁵

47. De manera similar, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“OACDH”) ha observado que la realización del derecho a la alimentación de los pueblos indígenas:

*“[...] depende fundamentalmente de su acceso a los recursos naturales de sus tierras ancestrales y su control de ellos, por cuanto con frecuencia se alimentan mediante el cultivo de esas tierras o la recolección de alimentos, la pesca, la caza o la pequeña ganadería. La confiscación de tierras sin el libre consentimiento, previo e informado, de los pueblos indígenas interesados y la falta de reconocimiento jurídico de las formas indígenas de propiedad de la tierra constituyen serios obstáculos al ejercicio efectivo del derecho a la alimentación.”*⁶⁶

48. Es importante señalar que, como señaló la Corte IDH en *Lhaka Honhat v Argentina*, el Comité DESC ha subrayado además que “*el concepto de sostenibilidad está íntimamente vinculado al concepto de alimentación adecuada o de seguridad alimentaria, que entraña la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las*

⁶⁴ *Lhaka Honhat v Argentina*, §216.

⁶⁵ Comité DESC, Observación General No.12, §§8-13, citado con aprobación en *Lhaka Honhat v Argentina*, §218.

⁶⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“OACDH”), ‘El derecho a una alimentación adecuada, Folleto Informativo No. 34’ (abril de 2010), p15.

generaciones presentes y futuras”⁶⁷ y que el derecho a una alimentación adecuada es “*inseparable de*” la justicia social, lo que requiere la adopción, *inter alia*, de políticas apropiadas de protección del medio ambiente a nivel nacional.⁶⁸

49. En virtud del PIDESC, los Estados tienen la obligación de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada y no deben adoptar ninguna medida que tenga por resultado impedir ese acceso; en segundo lugar, los Estados deben proteger el derecho a una alimentación adecuada, incluso adoptando las medidas necesarias para garantizar que las empresas o los particulares no priven a las personas de su derecho de acceso a una alimentación adecuada; en tercer lugar, los Estados deben *cumplir* con el derecho a la alimentación, que a su vez abarca las obligaciones positivas de facilitar y proporcionar. A este respecto, el OACDH ha observado específicamente que las industrias extractivas pueden amenazar el derecho a la alimentación, en particular al “*contaminar las fuentes de tierra y agua*” o al “*desalojar a comunidades agrícolas, pesqueras o nómades de sus tierras y de su agua sin garantías de ningún tipo*” y recordó que “*las empresas y otros actores no estatales no deben obstaculizar el ejercicio de los derechos humanos y que es necesario que las víctimas cuenten con recursos efectivos en caso de sufrir daños.*”⁶⁹

d) El derecho a la salud

50. El Artículo 12 del PIDESC garantiza el “*derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”.⁷⁰ Al igual que en el caso de otros derechos humanos internacionales, las obligaciones de los Estados en virtud del Artículo 12 son tres: *respetar* el derecho a la salud absteniéndose de interferir directamente en su ejercicio; *proteger* el derecho a la salud impidiendo la interferencia de terceros en su disfrute; y *adoptar* medidas para asegurar su más plena realización.⁷¹
51. En el Sistema Interamericano, el derecho a la salud está establecido por el Artículo 10 del Protocolo de San Salvador que establece, en la medida en que sea pertinente:

*“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: [...] f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”*⁷²

⁶⁷ Comité DESC, Observación General No. 12, §7; *Lhaka Honhat v Argentina*, §220.

⁶⁸ Comité DESC, Observación General No. 12, §4; *Lhaka Honhat v Argentina*, §245.

⁶⁹ OACDH, ‘El derecho a una alimentación adecuada, Folleto Informativo No. 34’, p29.

⁷⁰ Todos los principales tratados internacionales y regionales de derechos humanos reconocen el derecho a la salud. Véase, *inter alia*, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 25(1); CEDAW, Artículos 11(1)(f), 12 y 14(2)(b); CDN, Artículo 24; Carta Africana, Artículo 16 y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada el 21 de diciembre de 1965, que entró en vigor el 4 de enero de 1969) 660 UNTS 195, Artículo 5(e).

⁷¹ Comité DESC, ‘Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12)’ (11 de agosto de 2000) documento de las Naciones Unidas E/C.12/2000/4, §33.

⁷² Otros instrumentos regionales que protegen el derecho a la salud son la Carta Africana, Artículo 16, y la Carta Árabe, Artículo 39.

52. Además, la Corte IDH ha reconocido expresamente que el derecho a la salud está protegido además por el Artículo 26 de la Convención Americana, que se deriva de las disposiciones de los Artículos 31(i) y (l) y el Artículo 45 de la Carta de la OEA.⁷³
53. El derecho a la salud está estrechamente vinculado al derecho a la vida, así como a los derechos a un medio ambiente sano, al agua y a una alimentación adecuada (que generalmente se entiende como uno de los “*determinantes básicos de la salud*”).⁷⁴ Como señaló la Corte IDH en el caso *Poblete Vilches y Otros v Chile*:

“La Corte estima que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente,⁷⁵ entendida la salud,⁷⁶ no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud,⁷⁷ garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.”⁷⁸

54. En particular, en el apartado (b) del párrafo 2 del Artículo 12 se exige a los Estados que adopten las medidas necesarias para “*el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene [...] del medio ambiente*”. El Comité DESC ha subrayado que este deber abarca, *inter alia*, garantizar el acceso a un suministro adecuado de agua potable y alimentos y nutrición, y prevenir y reducir la exposición de las personas a condiciones ambientales perjudiciales que repercuten directa o indirectamente en la salud humana.⁷⁹
55. En el caso *SERAC y CESR v Nigeria*, la Comisión Africana señaló, con respecto a los derechos a la salud y a un medio ambiente sano, que:

“El cumplimiento por parte de los gobiernos del espíritu de los Artículos 16 y 24 de la Carta Africana debe incluir también ordenar o al menos permitir la vigilancia científica independiente de los entornos amenazados, exigir y publicar estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial importante, llevar a cabo una vigilancia adecuada y proporcionar

⁷³ *Lhaka Honhat v Argentina*, §222. Ver también *Poblete Vilches y otros v Chile*, §106.

⁷⁴ Comité DESC, Observación General No. 14, §4.

⁷⁵ Comité DESC, Observación General No 14, §1.

⁷⁶ Cf. *inter alia*, Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (“OMS”), adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, se han incorporado sucesivamente a su texto.

⁷⁷ Cf. *Mutatis mutandis, Ximenes Lopes v Brasil*, Sentencia, Corte IDH Serie C No 149 (4 de julio de 2006), §128.

⁷⁸ *Poblete Vilches y otros v Chile*, §118.

⁷⁹ Comité DESC, Observación General No. 14, §15.

información a las comunidades expuestas a materiales y actividades peligrosas y ofrecer oportunidades significativas para que las personas sean escuchadas y participen en las decisiones de desarrollo que afecten a sus comunidades.”⁸⁰

56. La Corte IDH también ha considerado el derecho a la salud a través de la lente del Artículo 4 de la Convención Americana que protege el derecho a la vida. Para la Corte IDH, el Artículo 4 incluye “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.”⁸¹ A su vez, esto significa que una de las obligaciones “ineludibles” impuestas a los Estados en virtud del Artículo 4 es generar condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad humana, entre otras cosas, adoptando medidas positivas y concretas para el cumplimiento del derecho a una vida digna, en particular en los casos de personas vulnerables y en situación de riesgo.⁸² En la *Opinión Consultiva OC-23/17*, la Corte IDH reiteró que:⁸³

“Entre las condiciones necesarias para una vida digna, la Corte se ha referido al acceso y calidad del agua, alimentación y salud, cuyo contenido ya ha sido definido en la jurisprudencia de esta Corte,⁸⁴ indicando que estas condiciones impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos.⁸⁵ Asimismo, la Corte ha incluido la protección del medio ambiente como una condición para la vida digna.⁸⁶ Entre dichas condiciones cabe destacar que la salud requiere de ciertas precondiciones necesarias para una vida saludable⁸⁷ por lo que se relaciona directamente con el acceso a la alimentación y al agua.⁸⁸ Al respecto, la Corte ha señalado que la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.⁸⁹ Por tanto, la contaminación ambiental puede causar afectaciones a la salud.⁹⁰ Por otra parte, el acceso al agua y a la alimentación

⁸⁰ *SERAC y CESR v Nigeria*, §53.

⁸¹ Ver por ejemplo *Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) v Guatemala*, Sentencia, Corte IDH Serie C No 63 (19 de noviembre de 1999), §144; *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §161.

⁸² *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §162.

⁸³ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §§109-111.

⁸⁴ *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §167; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 146 (29 de marzo de 2006), §§156-178, y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v Paraguay*, §§195-213.

⁸⁵ *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §163, y *Chinchilla Sandoval y otros v Guatemala*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 312 (29 de febrero de 2016), §168.

⁸⁶ *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §163; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v Paraguay*, §187; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono v Surinam*, §172.

⁸⁷ Entre dichas condiciones se encuentran la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano. Cf. Comité DESC, Observación General No. 14, §4.

⁸⁸ *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §167; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v Paraguay*, §§156-178; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v Paraguay*, §§195-213.

⁸⁹ *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v Costa Rica*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 257 (28 November 2012), §148, citando la Constitución de la OMS.

⁹⁰ Comité DESC, Observación General No. 14, §34.

*puede ser afectado por ejemplo, si la contaminación limita la disponibilidad de los mismos en cantidades suficientes o afecta su calidad.”*⁹¹

57. En el contexto específico de las comunidades indígenas, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay* la Corte IDH dictaminó que el Estado había violado los Artículos 1(1) y 4(1) de la Convención Americana al no tomar las medidas necesarias para garantizar que una comunidad indígena tuviera condiciones de vida dignas.⁹² En particular, la Corte IDH señaló que:

*“[m]iembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, [y] [...] hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. [...] Estas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento [...] 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.”*⁹³

58. El razonamiento de la Corte IDH sobre la relación entre el acceso a los recursos naturales, la salud y las condiciones de vida de las comunidades indígenas encuentra eco en la Observación General No. 14 del Comité DESC, que establece que:

*“También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas. El Comité observa que, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre a salud de esas poblaciones.”*⁹⁴

⁹¹ *Pueblo Saramaka v Surinam*, §126; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v Paraguay*, §§195-198; Comité DESC, Observación General No. 12, §7 y §8; Comité DESC, Observación General No. 15, §10 y §12.

⁹² *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §176.

⁹³ *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §§164, 165 y 167.

⁹⁴ Comité DESC, Observación General No. 14, §27.

e) *El derecho a la cultura*

59. Se dice que el derecho a participar en la vida cultural (“el derecho a la cultura”) es “*esencial para mantener la dignidad humana*”.⁹⁵ En el plano universal, el Artículo 15 del PIDESC reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, mientras que el Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”)⁹⁶ consagra específicamente el derecho de los miembros individuales de los grupos minoritarios a disfrutar de su propia cultura en comunidad con otros miembros de su grupo.⁹⁷

60. En el Sistema Interamericano, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad se reconoce en el Artículo 14.1(a) del Protocolo de San Salvador que dice:

“Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: [...] Participar en la vida cultural y artística de la comunidad.”

61. De igual manera, el Artículo 13 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad, y el Artículo 6 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consagra el derecho colectivo de los pueblos indígenas a sus propias culturas, mientras que la Convención Americana reitera en su Preámbulo que “*con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos [...] permitan a cada persona gozar de sus derechos [...] culturales.*”

62. En el caso *Lhaka Honhat v Argentina*, la Corte IDH sostuvo que el derecho autónomo a participar en la vida cultural, que incluye el derecho a la identidad cultural, se deriva del Artículo 26 de la Convención Americana, interpretado a la luz, *inter alia*, de los

⁹⁵ Comité DESC, ‘Observación General No. 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)’ (21 diciembre 2009) documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21, §1.

⁹⁶ PIDCP (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976) 999 UNTS 171.

⁹⁷ Véase también la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 27; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo 5(e)(vi); CEDAW, Artículo 13(c); CDN, Artículo 30; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (adoptado el 18 de diciembre de 1990, entró en vigor el 1º de julio de 2003) 2220 UNTS 3, Artículo 43(1)(g); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 30(1); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, Res 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (18 de diciembre de 1992), Artículo 2(1) y (2). En el plano regional, el derecho a la cultura está protegido por el Artículo 17 de la Carta Africana, el Artículo 42 de la Carta Árabe y el Artículo 32 de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución 61/295 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (13 de septiembre de 2007) (“DNUDPI”), contiene 17 artículos relativos a los derechos culturales, incluido, entre otros, el derecho de los pueblos y los individuos indígenas a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura, y a mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica (Artículo 8(1) y (2)(a)); el derecho de los grupos indígenas a practicar y revitalizar sus tradiciones culturales (Artículo 11); a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones espirituales y religiosas (Artículo 12); a mantener y fortalecer su relación espiritual con las tierras, territorios, aguas y mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado (Artículo 25) y a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales (Artículo 31).

Artículos 30, 45(f), 47 y 48 de la Carta de la OEA y del Artículo 14.1(a) del Protocolo de San Salvador.⁹⁸ En la *Opinión Consultiva OC-23/17*, la Corte IDH declaró que la “*identidad cultural*” es un “*derecho humano fundamental de naturaleza colectiva que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.*”⁹⁹

63. En la ‘Observación General No. 21 del Comité de DESC: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)’ se define la cultura como “*un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana*”, que incluye “*los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, [...] así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia*”.¹⁰⁰ La expresión “*participar*” en el Artículo 15 consta de tres componentes principales interrelacionados: (a) la participación en la vida cultural, (b) el acceso a ella y (c) la contribución a ella. El “*acceso*”, en particular, incluye el derecho “*a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades*”.¹⁰¹ Los Estados deben respetar, proteger y cumplir el derecho a participar en la vida cultural.¹⁰² La obligación de respetar excluye la interferencia directa e indirecta del Estado en el disfrute del derecho; la obligación de proteger exige que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en el derecho, y la obligación de cumplir prescribe que se adopten medidas adecuadas para garantizar la plena realización del derecho.¹⁰³
64. Las normas internacionales de derechos humanos reconocen la relación especial que los pueblos indígenas tienen con su tierra y sus recursos, y su conexión con su derecho a la cultura y a la identidad cultural. Como explica el Comité DESC:

“La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han

⁹⁸ *Lhaka Honhat v Argentina*, §§195-197 y §§231-234; ver también *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros v Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 440 (6 de octubre de 2021), §§118-131. En el §238 de *Lhaka Honhat* la Corte IDH tuvo en cuenta el Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2 de noviembre de 2001) al reconocer que la diversidad cultural y su riqueza deben ser protegidas por los Estados porque “*es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos [...] constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.*” A este respecto, es pertinente señalar que la Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (adoptada el 17 de octubre de 2003, entró en vigor el 20 de abril de 2006) 2368 UNTS 1, Artículo 11, obliga a los Estados a preservar, proteger y promover las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial que se hayan incluido en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial. El Artículo 15 obliga a los Estados a tratar de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo. En el 2010, Colombia inscribió en la Lista una parte integrante del patrimonio cultural de los Wayúu, el sistema normativo Wayúu.

⁹⁹ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §113.

¹⁰⁰ Comité DESC, Observación General No. 21, §§11-13.

¹⁰¹ Comité DESC, Observación General No. 21, §§15(b).

¹⁰² Comité DESC, Observación General No. 21, §48. Ver también Comité DESC, ‘Observación General No. 23: Artículo 27 (Derechos de las Minorías)’ (8 abril 1994) documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, §6.1.

¹⁰³ Comité DESC, Observación General No. 21, §§62-63.

*poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural.”*¹⁰⁴

65. El Artículo 27 del PIDCP se ha interpretado sistemáticamente en el sentido de que se aplica a la relación entre los pueblos indígenas, sus tierras, recursos naturales y actividades tradicionales de subsistencia. Por ejemplo, en el caso *Lubicon Lake Band v Canadá*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que los derechos protegidos por el Artículo 27 “*incluyen el derecho de las personas, en comunidad con otras, a participar en actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen*”,¹⁰⁵ lo que incluía el derecho de los Lubicon Cree a realizar actividades de subsistencia en sus zonas tradicionales de caza, pesca y captura. Esto fue violado por el hecho de que Canadá no respetó los derechos a la tierra de la Lubicon Lake Band, y por las actividades petroleras y de gas sin restricciones que amenazaban su modo de vida, su base ambiental y económica y su cultura. En *Kitok v Suecia*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que las actividades tradicionales de caza, pesca y cría de renos del pueblo Sami eran “*un elemento esencial de la cultura de una comunidad étnica*” que quedaba bajo la protección del Artículo 27 del PIDCP.¹⁰⁶ Desde entonces se ha hecho la misma conclusión, *inter alia*, en relación con el uso y el control de la pesca por parte del pueblo Maori¹⁰⁷ y la cría de llamas por parte de la comunidad Aymara.¹⁰⁸
66. El derecho colectivo de los pueblos indígenas a su cultura también está consagrado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales (“Convenio 169 de la OIT”).¹⁰⁹ En él se establece, *inter alia*:
- a. Que los gobiernos deben promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (Artículo 2(2)(b));
 - b. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación (Artículo 3);
 - c. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados (Artículo 4);

¹⁰⁴ Comité DESC, Observación General No. 21, §36. El Comité DESC adopta el mismo enfoque en la Observación General No. 23, §7.

¹⁰⁵ *Lubicon Lake Band v Canadá, Ominayak (en nombre de la Lubicon Lake Band) v Canadá*, fondo, comunicación No. 167/1984, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/38/D/167/1984, §32.2 (traducción propia).

¹⁰⁶ *Ivan Kitok v Sweden*, Comunicación No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (27 de julio de 1988), §9.2. Véase también *Länsman y otros v Finlandia*, Doc. ONU CCPR/C/52/D/511/1992 (8 de noviembre de 1994).

¹⁰⁷ *Apirana Mahuika et al v New Zealand*, Dictamen, Comunicado No. 547/1993, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/70/D/547/1993 (27 de octubre de 2000), §9.3.

¹⁰⁸ *Ángela Poma Poma v Peru*, Dictamen, Comunicado No 1457/2006, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/95/D/1457/2006 (27 marzo 2009), §7.3.

¹⁰⁹ OIT Convenio 169 (Adoptado el 27 de junio de 1989, entró en vigor el 5 de septiembre de 1991).

- d. Al aplicar las disposiciones del Convenio deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente (Artículo 5);
 - e. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos (Artículo 23).
67. El Sistema Interamericano ha dejado claro que el impacto de las construcciones y megaproyectos en los pueblos indígenas puede atraer la responsabilidad del Estado. La CIDH ha constatado, por ejemplo, que la incursión en el territorio tradicional Yanomami del Brasil por parte de obreros de la construcción de carreteras, geólogos, buscadores de minas y trabajadores agrícolas, sin una protección adecuada de la seguridad y la salud del pueblo Yanomami, causó conflictos y desplazamientos que afectaron a su vida, seguridad, salud e integridad cultural.¹¹⁰ La CIDH consideró que el Gobierno brasileño era responsable por no haber adoptado medidas oportunas y eficaces para proteger los derechos humanos de los Yanomamis.
68. La CIDH también consideró que los derechos de los pueblos indígenas estaban amenazados cuando las tierras tradicionales de los pueblos indígenas de la región oriental de la Amazonía ecuatoriana estaban “*invadidas*” y “*degradadas*” por la exploración petrolera y otras actividades, reconociendo que para los pueblos indígenas “*la utilización continua de sistemas colectivos tradicionales para el control y el uso del territorio son esenciales para su supervivencia, así como para el bienestar individual y colectivo*”, dada la capacidad de la tierra “*para obtener los recursos que sustentan la vida*”, y “*el espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo.*”¹¹¹
69. La Corte IDH también ha sostenido que el derecho a la cultura entra en el ámbito de protección del Artículo 21 de la Convención Americana (derecho a la propiedad) en varios casos relacionados con comunidades indígenas. Ha sostenido que el derecho a la propiedad se extiende a la propiedad comunal de la tierra por parte de los pueblos indígenas que, desde su perspectiva cultural, forma parte de su sistema de tenencia,¹¹² así como a los amplios recursos naturales con los que los pueblos indígenas mantienen una estrecha relación como base esencial de su supervivencia física y cultural, su modo de vida tradicional, su identidad cultural diferenciada, su estructura social, su sistema económico, sus costumbres, sus creencias espirituales y sus tradiciones y la transmisión de éstas a las generaciones futuras.
70. Por ejemplo, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, la Corte IDH observó que las comunidades indígenas compartían una “*estrecha relación*” con sus

¹¹⁰ CIDH, Caso No. 7615 (Brasil), CIDH Res. No. 12/85, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10, rev. 1 (5 de marzo de 1985), §§7-11.

¹¹¹ Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador, OEA Doc OEA/Ser.L/V/II.96, Doc 10, rev. 1, capítulo IX (24 de abril de 1997), conclusión.

¹¹² *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 79 (31 de agosto de 2001).

territorios tradicionales y los recursos naturales que en ellos se encuentran, “no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. En consecuencia, “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.”¹¹³

71. En *Pueblo Saramaka v Surinam*, la Corte IDH elaboró la relación entre el Artículo 21 y la protección de la cultura indígena de la siguiente manera:

*“[...] los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. [...] Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.”*¹¹⁴

72. La Corte IDH reconoció que la extracción de recursos naturales afectaría directa e indirectamente a los recursos de subsistencia del pueblo Saramaka, que estaban protegidos por el Artículo 21. Por ejemplo, las actividades de extracción podrían afectar a la disponibilidad de agua natural limpia, lo que a su vez afectaría a la pesca, y la tala de madera en el bosque afectaría a los recursos de caza y recolección.¹¹⁵ Sostuvo que las restricciones al derecho de propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en particular las relativas al uso y disfrute de sus tierras y recursos

¹¹³ *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §135 y §137. Véase también *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v Ecuador*, §145; *Pueblo Indígena Kuna de Madungandí y Pueblo Indígena Emberá de Bayano y sus miembros v Panamá*, Objeciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 284 (14 de octubre de 2014), §111-112; *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros v Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH Serie C No 304 (8 de octubre de 2015), §165; *Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros v Honduras*, Fondo, reparaciones y costas, Corte IDH Serie C No 324 (8 de octubre de 2015), §100; *Pueblos Kaliña y Lokono v Surinam*, §129, y *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros v Brasil*, Objeciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Corte IDH Serie C No 346 (5 de febrero de 2018), §115.

¹¹⁴ *Pueblo de Saramaka v Surinam*, §§121-122.

¹¹⁵ *Pueblo de Saramaka v Surinam*, §126.

naturales tradicionalmente poseídos, no son permisibles cuando “*implique[n] una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.*”¹¹⁶

73. Análogamente, en el caso *Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Kenya)* y *Minority Rights Group International en nombre del Endorois Welfare Council v Kenya*, la Comisión Africana consideró que la “*esencia misma*” del Artículo 17 de la Carta Africana había sido negada por el desalojo del pueblo Endorenses de sus tierras ancestrales y por la restricción del acceso a sus sitios culturales y recursos vitales para la salud de su ganado, lo que creaba una gran amenaza para su modo de vida pastoral.¹¹⁷

f) El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado

El derecho a la consulta previa

74. El Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece el deber vinculante de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se consideren medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente. Todas esas consultas deben realizarse “*de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*”¹¹⁸

75. El Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT establece lo siguiente:

“1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

¹¹⁶ *Pueblo de Saramaka v Surinam*, §128. Véase también *Poma Poma v Peru*, §7.6, donde el CCPR declaró que las medidas que interfirieran con el derecho a la cultura en virtud del Artículo 27 del PIDCP “*deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y sus miembros.*”

¹¹⁷ *Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Kenya)* y *Minority Rights Group International en nombre de Endorois Welfare Council v Kenya*, Comm No 276/2003, ACommHPR (4 de febrero de 2010).

¹¹⁸ La DNUDPI también consagra el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente y de buena fe “*por medio de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado*” antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos (Artículo 19), y antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, en particular en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (Artículo 32(2)).

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

76. Con respecto a la explotación de los recursos minerales o del subsuelo pertenecientes a las tierras y territorios indígenas que ocupan o utilizan de alguna otra manera, el Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT establece lo siguiente:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

77. El derecho comunal a la tierra en virtud del Convenio 169 de la OIT¹¹⁹ fue confirmado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al determinar que Colombia debía aplicar adecuadamente las disposiciones de consulta del Convenio antes de autorizar la exploración de petróleo en los territorios tradicionales U'wa:

“El Comité considera que el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto en el Convenio. Además, el artículo 6 requiere que la consulta sea "previa", lo que implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, incluyendo en la realización de estudios de impacto ambiental. Por último, el Comité desea subrayar que, como en este caso, reuniones o consultas

¹¹⁹ OIT Convenio 169, Artículos 12-19.

*llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los artículos 6 y 15, 2) del Convenio.”*¹²⁰

78. La Comisión de Expertos de la OIT ha sostenido que el Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT también exige que se lleven a cabo evaluaciones de las repercusiones ambientales, sociales, espirituales y culturales con la participación y la cooperación de los pueblos indígenas afectados por las actividades de desarrollo.¹²¹ En efecto, la obligación de consultar previamente “*implica que se deberá consultar a los pueblos interesados antes de finalizar el estudio ambiental y el plan de gestión ambiental*”.¹²²
79. En la Observación General No. 23, el Comité de Derechos Humanos declara que el disfrute del derecho a la cultura en virtud del Artículo 27 del PIDCP requiere la “*participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan*”.¹²³ En la Observación general No. 21, el Comité DESC afirma que la obligación de “*cumplir*” el derecho a participar en la vida cultural en virtud del Artículo 15 del PIDESC exige “*la promulgación de legislación adecuada y el establecimiento de mecanismos efectivos que permitan a las personas, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o grupo, participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones.*”¹²⁴
80. En el contexto interamericano, el derecho a participar emana tanto del Artículo 23 (derecho a participar en el gobierno) como del Artículo 21 (derecho a la propiedad) de la Convención Americana,¹²⁵ así como del derecho a la cultura que emana de esta última.¹²⁶ En el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v Ecuador*, la Corte IDH reconoció que “*la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.*”¹²⁷
81. En *Pueblo Saramaka v Surinam*, la Corte IDH estableció las siguientes tres salvaguardias que los Estados deben respetar para preservar, proteger y garantizar la relación especial que los pueblos indígenas tienen con su territorio, lo que a su vez asegura su supervivencia como pueblo tribal:

“Primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en

¹²⁰ Comité de Expertos de la OIT, 'Tercer Informe Complementario del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por parte de Colombia del Convenio 169, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores' (2001), §90.

¹²¹ Véase, por ejemplo, Comisión de Expertos de la OIT, 'Informe de la Comisión establecida para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Perú del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP)' (2012), §34, y Comisión de Expertos de la OIT, 'Observación - Convenio 169 de la OIT - Chile' (adoptado en 2018, publicado en la 108ª sesión de la CIT (2019)).

¹²² Comisión de Expertos de la OIT, 'Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)' (2001), §39.

¹²³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, §7.

¹²⁴ Comité DESC, Observación General No. 21, §54(a).

¹²⁵ *Pueblos de Kaliña y Lokono v Surinam*, §§202-203 y §230.

¹²⁶ *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v Ecuador*, §159.

¹²⁷ *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v Ecuador*, §164.

*adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.”*¹²⁸

82. En relación con la primera salvaguardia, la participación efectiva de la comunidad, la Corte IDH se amplió de la siguiente manera:

*“[...] al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.”*¹²⁹

83. En el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v el Ecuador*, la Corte IDH afirmó que *“la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.”*¹³⁰

84. En cuanto a la tercera salvaguardia, el requisito de las evaluaciones del impacto ambiental y social, es pertinente señalar que en la *Opinión Consultiva OC-23/17* la Corte IDH indica explícitamente que *“se debe dar participación a la comunidad, dentro del proceso de estudio de impacto ambiental, mediante una consulta”*.¹³¹ El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también aconsejó recientemente a los Estados que *“deben asegurarse de que los pueblos indígenas tengan oportunidad de participar en los procesos de evaluación del impacto (en los derechos humanos, ambiental, cultural y social) que han de tener lugar antes de la propuesta”* y que fueran *“objetivas e imparciales.”*¹³² Este *amicus*

¹²⁸ *Pueblo Saramaka v Surinam*, §129. Véase también *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v Ecuador*, §186 y *Pueblos de Kaliña y Lokono v Surinam*, §201.

¹²⁹ *Pueblo Saramaka v Surinam*, §133.

¹³⁰ *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v Ecuador*, §177.

¹³¹ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §166.

¹³² Véase CDH, ‘Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos’, Doc. ONU A/HRC/39/62

curiae trata en la siguiente sección de los requisitos de las evaluaciones de impacto ambiental y social, según lo establecido por la Corte IDH en la *Opinión Consultiva OC-23/17*.

85. En el caso de los *Pueblos de Kaliña y Lokono v Surinam*, la Corte IDH reconoció que las actividades mineras que tenían como resultado un impacto adverso en el medio ambiente y, por consiguiente, en los derechos de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono, eran llevadas a cabo por agentes privados (Suralco y BHP Billiton-Suralco). Tomó nota de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos al determinar que el Estado no cumplía con el requisito de salvaguardia de las evaluaciones del impacto ambiental.¹³³
86. Lo anterior se ve ahora subrayado por el 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 (“Acuerdo de Escazú”), firmado por Colombia en diciembre de 2019, que establece el deber de los Estados de apoyar a las personas o grupos vulnerables para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los procesos de toma de decisiones con respecto a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, en cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales con respecto a los derechos de los pueblos indígenas.¹³⁴

El derecho al consentimiento libre, previo e informado

87. El derecho de los pueblos indígenas a un consentimiento libre, previo e informado se basa en los derechos fundamentales a la libre determinación garantizados por el Artículo 1 común del PIDCP y el PIDESC,¹³⁵ y el derecho a no sufrir discriminación racial protegido por el Artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.¹³⁶

(10 de agosto de 2018), al que Colombia y su Defensoría del Pueblo presentaron una contribución (“Estudio del Mecanismo de Expertos sobre el consentimiento libre, previo e informado”), Anexo, §15. Ver también las ‘Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares’, adoptadas en la séptima reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004, Directrices del CBD).

¹³³ *Pueblos de Kaliña y Lokono v Surinam*, §§223-226.

¹³⁴ Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado el 4 de marzo de 2018 en Escazú (Costa Rica).

¹³⁵ El Comité de DESC ha citado repetidamente el artículo 1 del PIDESC al instar a los Estados a respetar el principio del consentimiento libre, previo e informado. Véanse sus ‘Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Australia’, documento de las Naciones Unidas E/C.12/AUS/CO/5 (11 de julio de 2017), §15(d) y §16(e), y sus ‘Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Paraguay’, documento de las Naciones Unidas E/C.12/PRY/CO/4 (20 de marzo de 2015), §6 y §6(a).

¹³⁶ Véase Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ‘Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 9 de la Convención, Observaciones finales sobre Ecuador’ (sexagésimo segundo período de sesiones, 2003), documento de las Naciones Unidas CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, §16, en el que se afirma que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, [...] con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas”, y recomienda “que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades”. Véase también el Estudio del Mecanismo de Expertos sobre el consentimiento libre, previo e informado, §3, en el que se afirma que “el consentimiento previo e

88. En virtud de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (“DNUDPI”),¹³⁷ las infracciones graves de los derechos de los pueblos indígenas requieren su consentimiento libre, previo e informado antes de que puedan llevarse a cabo, a saber: el desplazamiento o traslado de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios (Artículo 10); la privación de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales (párrafo 2 del Artículo 11); la confiscación, la apropiación, la ocupación, el uso o el daño de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma (párrafo 1 del Artículo 28), y el almacenamiento o la eliminación de materiales peligrosos en sus tierras o territorios (párrafo 2 del Artículo 29). Aunque no es vinculante *per se*, la DNUDPI es importante porque, como declaración de principios, ha influido en la interpretación de instrumentos preexistentes de derecho internacional.
89. En la Observación General No. 21, el Comité de DESC afirma que el derecho a participar en la vida cultural en virtud del Artículo 15 del PIDESC incluye el derecho de los pueblos indígenas a un consentimiento libre, previo e informado:

*“los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos. [...] los Estados partes deben respetar también el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los aspectos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos. [...] En particular, los Estados partes deben obtener su consentimiento previo libre e informado cuando corra peligro la preservación de sus recursos culturales, especialmente aquellos asociados con su forma de vida y expresión cultural.”*¹³⁸

90. El Comité de Derechos Humanos en el caso *Ángela Poma Poma v Perú* consideró que las consecuencias de un desvío de agua autorizado por el Estado en lo que respecta a la captación de llamas tenía un “*impacto sustantivo negativo*”¹³⁹ en el derecho de la autora a disfrutar de la vida cultural de la comunidad a la que pertenecía. Declaró que cuando las medidas “*comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena*”, “*la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad.*”¹⁴⁰ En esas circunstancias, el hecho de que el Estado, *inter alia*, no

informado es una norma de derechos humanos basada en los derechos fundamentales a la libre determinación y a no ser objeto de discriminación racial”.

¹³⁷ La DNUDPI proporciona una elaboración contextualizada de estas obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos “*en la medida en que se relacionan con las circunstancias históricas, culturales y sociales específicas de los pueblos indígenas*”, como lo reconoció el ex Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas James Anaya. Véase CDH, ‘Informe del Relator Especial James Anaya sobre la promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo’ (11 de agosto de 2008) documento de las Naciones Unidas A/HRC/9/9. Véase también la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículos 13(2); 18(3) y 28(3).

¹³⁸ Comité DESC, Observación General No. 21, §§36- 37 y §55(e).

¹³⁹ *Poma Poma v Peru*, §7.5.

¹⁴⁰ *Poma Poma v Peru*, §7.6.

consultara con la comunidad y no exigiera que un órgano independiente competente realizara estudios para determinar el impacto que la medida tendría en su actividad económica tradicional violaba el Artículo 27 del PIDCP.¹⁴¹

91. En el caso *Pueblo Saramaka v Surinam*, la Corte IDH declaró que cuando los proyectos de desarrollo o de inversión en gran escala tengan “*mayor impacto*” dentro de un territorio, el Estado tiene el deber no sólo de consultar a los pueblos indígenas, sino también de “*obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.*”¹⁴² En relación con las concesiones madereras otorgadas dentro del territorio de Saramaka, la Corte IDH reiteró que la cuestión para el Estado no era “*si el Estado debe consultar con los Saramaka, sino, más bien, si el Estado adicionalmente debe obtener su consentimiento.*”¹⁴³
92. Del mismo modo, en el caso *Endorois Welfare Council v Kenya*, la Comisión Africana sostuvo que el derecho al desarrollo en virtud del Artículo 22 de la Carta Africana requería el consentimiento libre, previo e informado cuando los proyectos de desarrollo o de inversión tuvieran un “*mayor impacto*” en el territorio del pueblo Endorois.¹⁴⁴
93. Los autores señalan que la Corte Constitucional, en su sentencia SU-123/18 de 15 de noviembre de 2018, reconoció tres situaciones en las que el consentimiento es obligatorio:

*“La afectación directa intensa aplica cuando una medida amenace la subsistencia de la comunidad tradicional [...] Se da en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional: (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios; (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia.”*¹⁴⁵

94. Dado que la naturaleza del impacto de una medida afecta al alcance del deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas, las evaluaciones previas del impacto ambiental y social deben ser una condición previa para que tanto el Estado, como la comunidad indígena en cuestión, decidan si un proyecto concreto requiere consultas previas o la obligación más estricta de obtener un consentimiento libre, previo e informado.

¹⁴¹ *Poma Poma v Peru*, §7.7.

¹⁴² *Pueblo Saramaka v Surinam*, §134.

¹⁴³ *Pueblo Saramaka v Surinam*, §147.

¹⁴⁴ *Endorois Welfare Council v Kenya*, §291.

¹⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-123/18 (15 de noviembre de 2018), §11.3. Véase también §15.3 donde la Corte Constitucional explicó que “[e]n aquellos casos en donde la intensidad de la afectación al pueblo indígena requiera que haya CPLI, el Estado en principio sólo tiene la facultad de implementar la medida si obtiene el consentimiento, previo, libre e informado de la comunidad indígena. La anuencia del pueblo étnico diverso es entonces en principio vinculante, puesto que, sin éste, la implementación de la medida entraña una violación de los derechos de los derechos de estos colectivos. Sin embargo, en casos excepcionales, como puede ser la necesidad de relocalizar un pueblo para prevenir o mitigar un desastre natural, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación.”

PARTE III. DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL APLICABLE

a) El principio de precaución y las medidas provisionales

95. En esta sección se aborda el principio de precaución, que está bien establecido como principio fundamental del Derecho Ambiental Internacional. El principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (“Declaración de Río”) establece que “[c]uando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”¹⁴⁶
96. El Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 establece en su Preámbulo que “cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.¹⁴⁷ Desde esta formulación, el principio se ha desarrollado como una base positiva para las obligaciones de adoptar medidas de precaución para anticipar, evitar o mitigar las fuentes de amenaza a la biodiversidad y los daños ambientales.
97. Como se ha examinado anteriormente, la *Opinión Consultiva OC-23/17* proporciona una importante orientación en esta esfera. Señala que el principio de precaución se ha incorporado en el derecho interno y en la jurisprudencia de los tribunales superiores, incluso en Colombia.¹⁴⁸ La Corte IDH explica que el principio de precaución es pertinente para la interpretación de la Convención Americana:

*“esta Corte entiende que, los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica. Por tanto, los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir el posible daño. En efecto, en el contexto de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, la Corte considera que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, por lo cual, aún en ausencia de certeza científica, deben adoptar las medidas que sean “eficaces” para prevenir un daño grave o irreversible.”*¹⁴⁹

98. Por lo tanto, la Corte IDH fue unánimemente de la opinión de que:

“Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal frente a posibles

¹⁴⁶ Declaración de Río, Principio 15. Véase también el *Asunto de Las Plantas de Celulosa (“Pulp Mills”) sobre el río Uruguay (Argentina v Uruguay) (Solicitud de indicación de medidas provisionales: Orden)* [2006] ICJ Rep 113, §164, y *Southern Bluefin Tuna, New Zealand contra Japón (Medidas provisionales)* ITLOS Casos No 3 y 4 [1999] 38 ILM 1624-1656.

¹⁴⁷ Convenio sobre la Diversidad Biológica (adoptada el 5 de junio de 1992, entró en vigor el 29 de diciembre de 1993) 1760 UNTS 69, Preámbulo.

¹⁴⁸ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §178.

¹⁴⁹ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §180.

*daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, de conformidad con el párrafo 180 de esta Opinión.”*¹⁵⁰

99. Es importante señalar que tanto los principios del derecho ambiental como la legislación sobre derechos humanos se refuerzan mutuamente. En la ‘Observación General No. 36, artículo 6: derecho a la vida’, el Comité de Derechos Humanos establece que la degradación del medio ambiente, el cambio climático y el desarrollo no sostenible constituyen algunas de las amenazas más acuciantes para la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar del derecho a la vida. En él se dispone que:

“Las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud del derecho internacional del medio ambiente deberían, por lo tanto, informar el contenido del artículo 6 del Pacto y la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el derecho a la vida debería informar también sus obligaciones pertinentes con arreglo al derecho internacional del medio ambiente. El cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, en particular la vida con dignidad, depende, entre otras cosas, de las medidas adoptadas por los Estados partes para preservar el medio ambiente y protegerlo frente a los daños, la contaminación y el cambio climático que provocan agentes públicos y privados. Por consiguiente, los Estados partes deben garantizar la utilización sostenible de los recursos naturales, establecer y aplicar normas ambientales sustantivas, efectuar evaluaciones del impacto ambiental”.¹⁵¹

100. El deber de proteger la vida exige que los Estados adopten medidas especiales de protección de las personas en situaciones de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas.¹⁵² Entre esas consideraciones pertinentes figura la privación de la tierra, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas.¹⁵³ En las normas internacionales de derechos humanos se reconoce ampliamente, como se ha expuesto anteriormente, que los proyectos económicos como la minería pueden tener un impacto tal en el medio ambiente que repercuten significativamente en los derechos de la comunidad, su subsistencia y sus actividades económicas (por ejemplo, el acceso al agua potable) y su supervivencia.

101. Por consiguiente, existen importantes interconexiones entre el derecho de los indígenas y los pueblos tribales al uso y disfrute de sus tierras y el derecho a los recursos necesarios para su supervivencia.¹⁵⁴ Esto, a su vez, puede afectar la forma en que se interpreta el principio de precaución, por ejemplo, cuando las actividades pueden tener repercusiones no sólo en el medio ambiente sino también en la salud humana.¹⁵⁵

¹⁵⁰ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §244(6).

¹⁵¹ Comité de Derechos Humanos, ‘Observación General No. 36, artículo 6: derecho a la vida’ (3 de septiembre de 2019), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/GC/36, §62.

¹⁵² Comité de Derechos Humanos Observación General No. 36, §23.

¹⁵³ Comité de Derechos Humanos Observación General No. 36, §26.

¹⁵⁴ *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v Paraguay*, §155; *Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, §175.

¹⁵⁵ Véase *Vilnes y otros v Noruega* App nos 52806/09 y 22703/10 (TEDH, 5 de diciembre de 2013), que se refería a los efectos adversos para la salud sufridos por ex buzos dedicados a la operación de buceo, §244.

102. Más recientemente, el Acuerdo de Escazú establece en su Artículo 3 que “[c]ada parte se guiará por los siguientes principios al aplicar el presente Acuerdo: e) principio preventivo; f) principio precautorio”. El Artículo 8(3) sobre el derecho de acceso a la justicia incluye que cada parte tendrá, considerando sus circunstancias: d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales, *inter alia*, para prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente.
103. El principio de precaución exige que las partes actúen con prudencia y cautela para garantizar que se adopten medidas de conservación eficaces para evitar daños irreparables. Aplicando el principio de precaución como se ha expuesto anteriormente, los tribunales pueden dictar órdenes para detener las operaciones hasta que se celebren nuevas consultas, intercambiar información, llevar a cabo evaluaciones del impacto ambiental o suspender las operaciones por completo sobre la base del principio. En consecuencia, la aplicación del principio de precaución dependerá de los hechos de una situación determinada y de la forma en que se aplique.
104. En este sentido, pueden ser necesarias medidas cautelares o provisionales para cumplir con el principio de precaución. En el caso de la *Comunidad de San Mateo de Huanchor v Perú*,¹⁵⁶ la CIDH adoptó medidas de precaución que requerían una evaluación del impacto ambiental para la eliminación de los sedimentos. Este caso se refería a los efectos derivados de la contaminación ambiental emitida por un campo de sedimentos de desechos tóxicos pertenecientes a una empresa minera. El 17 de agosto de 2004 la CIDH adoptó medidas cautelares para garantizar la vida y la seguridad personal de la comunidad, que incluían la elaboración, a la mayor brevedad posible, de un estudio de evaluación de impacto ambiental para la remoción de los lodos que contenían los desechos tóxicos, que se encontraban en las cercanías de la localidad de San Mateo de Huanchor.

b) El principio de prevención

105. El principio de precaución se sitúa junto a otro importante principio del derecho ambiental internacional: el principio de prevención. Este principio no se centra en el daño transfronterizo sino en la obligación de prevenir el daño al medio ambiente *per se*.¹⁵⁷ Consagra el deber de prevenir, reducir y controlar la contaminación y el daño ambiental sobre la base de que este daño suele ser irreversible. Es un principio del derecho internacional consuetudinario.¹⁵⁸

¹⁵⁶ *San Mateo de Huanchor v Perú*, Caso 504/03, Informe de la CIDH No. 69/04, Doc. de la OEA. OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5, rev. 1 (15 de octubre de 2004).

¹⁵⁷ Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Vinuales, *International Environmental Law* (2ª edición, Cambridge University Press, 2015), p66; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (adoptada el 10 de diciembre de 1982, entró en vigor el 16 de noviembre de 1994) 1833 UNTS 397, Artículo 193. En el *Arbitraje del Mar de China Meridional ante un Tribunal de Arbitraje constituido con arreglo al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, República de Filipinas v República Popular China*, caso PCA No. 2013-19, laudo (12 de julio de 2016), §940, el Tribunal dispuso que “las obligaciones de la Parte XII se aplican a todos los Estados con respecto al medio marino en todas las zonas marítimas, tanto dentro de la jurisdicción nacional de los Estados como fuera de ella. Por consiguiente, las cuestiones de soberanía son irrelevantes para la aplicación de la Parte XII de la Convención” (traducción propia).

¹⁵⁸ *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Opinión Consultiva* [1996] ICJ Rep 226, §29; *Gabčíkovo-Proyecto Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)* [1997] ICJ Rep 7, §140.

106. Este principio se sitúa además junto al reconocimiento normativo y la protección de los derechos de la naturaleza reconocidos por la Corte Constitucional.¹⁵⁹ En el marco de los derechos de la naturaleza se entiende que las entidades naturales tienen capacidad o derechos en sí mismos para ser protegidos de los daños.
107. Este marco también se refuerza dentro del derecho ambiental internacional por el bien establecido principio de equidad intergeneracional.¹⁶⁰ La Convención sobre el Cambio Climático impone a las generaciones actuales el deber de actuar como administradores responsables del planeta y garantizar los derechos de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades de desarrollo y ambientales.¹⁶¹ Este principio tiene por objeto proteger y mejorar el medio ambiente, y detener la destrucción de la tierra y los bosques. Tiene como objetivo asegurar el equilibrio ecológico y mejorar las condiciones de vida de sus poblaciones.¹⁶² Esto es particularmente pertinente para situaciones en las que un bosque, flora o fauna está siendo o puede ser amenazado de extinción.
108. La protección, la vigilancia y la prevención forman parte de las obligaciones de las autoridades en virtud del principio de prevención. Este principio exige que las autoridades adopten medidas proactivas para prevenir los daños y asegurar su aplicación efectiva. Dentro de este principio hay dos aspectos de procedimiento: (i) el deber de realizar una declaración de impacto ambiental y (ii) el deber de cooperación, mediante la notificación y la consulta.¹⁶³
109. La Corte IDH también ha dejado claro en la *Opinión Consultiva OC-23/17* que los Estados deben cumplir con la obligación de prevención. Establece que:

“[...] en virtud del deber de prevención en derecho ambiental, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al medio ambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. De esta forma, las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente. Asimismo, las medidas para cumplir

¹⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 (El 'Caso del Río Atrato') (10 de noviembre de 2016).

¹⁶⁰ Véase, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Caza de la Ballena (adoptada el 2 de diciembre de 1946, entró en vigor el 10 de noviembre de 1948) 161 UNTS 72; el Convenio UNECE sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (adoptado el 17 de marzo de 1992, entró en vigor el 6 de octubre de 1996) 1936 UNTS 269, Artículo 2(5)(c); el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Preámbulo. Véase también Philippe Sands y Jacqueline Peel, *Principios de Derecho Ambiental Internacional* (4^a edición, Cambridge University Press, 2019), p221, donde explican que el principio protege los recursos naturales, incluido el medio marino, el medio ambiente en general, los recursos hídricos y la diversidad biológica.

¹⁶¹ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (adoptada el 9 de mayo de 1992, entró en vigor el 21 de marzo de 1994) 1771 UNTS 107, Artículo 3(1): “*Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras*”; Acuerdo de París (adoptado 12 de diciembre de 2015, entró en vigor el 4 de noviembre de 2016), Preámbulo.

¹⁶² Véase, por ejemplo, Convenio de Lomé (adoptado el 15 de diciembre de 1989, entró en vigor el 1 de septiembre de 1991) 1924 UNTS 3, Artículo 33.

¹⁶³ Dupuy y Vinuales, *International Environmental Law*, p69.

*con este estándar puede variar con el tiempo, por ejemplo, en base a descubrimientos científicos o nuevas tecnologías.”*¹⁶⁴

110. La Corte IDH ha reiterado que las medidas apropiadas que se adopten en una situación determinada variarán según las condiciones, pero que hay ciertas medidas mínimas que deben adoptarse de conformidad con esta obligación general a fin de prevenir las violaciones de los derechos humanos como resultado de los daños al medio ambiente. Entre ellas figuran las obligaciones de (i) regular; (ii) supervisar y fiscalizar; (iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; (iv) establecer un plan de contingencia, y (v) mitigar.¹⁶⁵

111. Con respecto a las evaluaciones de impacto ambiental, el proceso para realizar estas evaluaciones debe ser claro y con base en el principio de prevención. El control de los Estados para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos ambientales no termina con las evaluaciones de impacto ambiental, sino que los Estados deben vigilar continuamente el impacto ambiental de un proyecto o actividad. En la *Opinión Consultiva OC-23/17* se expone en detalle el deber de exigir y aprobar las declaraciones de impacto ambiental.¹⁶⁶ Esto se basa en el principio 17 de la Declaración de Río, que establece que:

“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que este sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.”

112. La Corte IDH ha subrayado la importancia de estas evaluaciones en relación con las actividades realizadas en el territorio de las comunidades indígenas. Como se establece en la *Opinión Consultiva OC-23/17*, la Corte IDH ha establecido que el propósito de las evaluaciones “*no es únicamente tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.*”¹⁶⁷ La Corte IDH ahí señala que en Colombia se ha reconocido la obligación de realizar evaluaciones de impacto ambiental.¹⁶⁸

113. La Corte IDH establece una serie de principios clave en relación con las evaluaciones de impacto ambiental:

- a. La evaluación debe realizarse antes de que se lleve a cabo la actividad;
- b. Debe ser llevada a cabo por entidades independientes bajo la supervisión del Estado y si es realizada por una entidad privada, el Estado debe tomar medidas para asegurar la independencia;

¹⁶⁴ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §142.

¹⁶⁵ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §145.

¹⁶⁶ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §156-170.

¹⁶⁷ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §156.

¹⁶⁸ Cf. Ley No. 1753 de Colombia, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos juntos por un nuevo país’ (9 de junio de 2015), Artículo 178; Ley No. 99 de Colombia, por la que se crea el Ministerio de Medio Ambiente entre otros asuntos (22 de diciembre de 1993), Artículo 57.

- c. Debe incluir el impacto acumulativo;
 - d. Se debe permitir que las comunidades indígenas participen en el proceso de evaluación del impacto ambiental mediante consultas;
 - e. Respeto por las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas;
 - f. El contenido de las evaluaciones de impacto ambiental dependerá de las circunstancias específicas de cada caso y del nivel de riesgo de la actividad propuesta.¹⁶⁹
114. El deber de prevención incluye también dentro de él un deber de mitigación, lo que significa que las autoridades deben utilizar los mejores datos y tecnologías disponibles y reunir toda la información necesaria sobre el riesgo existente de daño.¹⁷⁰
115. En conjunto, el principio de prevención y el principio de precaución crean obligaciones para asegurar que no se cause un daño significativo al medio ambiente, y deben garantizar la protección del medio ambiente para asegurar los derechos a la vida y a la integridad de las personas. Esto incluye la consideración de los derechos humanos de las personas en general y de las comunidades indígenas en particular. Pueden requerir la detención de proyectos o la adopción de medidas provisionales para garantizar que no se inflige un daño irreversible al medio ambiente.

PARTE IV. CONCLUSIONES FINALES

116. La protección del medio ambiente, incluidas sus entidades naturales como los ríos, los árboles y las selvas tropicales, es esencial para la supervivencia humana. También está inextricablemente vinculada a las formas de vida y de ser de los pueblos indígenas que tienen conexiones especiales con sus territorios. El derecho internacional, tanto en lo que respecta a las normas internacionales de derechos humanos como al derecho ambiental, establece importantes principios en relación con la protección del medio ambiente. Estos principios deben interpretarse junto con las normas internacionales específicas de derechos humanos que se han desarrollado para proteger los derechos de los pueblos indígenas, en particular en relación con los efectos de las inversiones y los proyectos de desarrollo. Por lo tanto, se requiere un examen cuidadoso para garantizar que no se cause un daño irreversible contrario al principio de precaución y que no se infrinjan los derechos humanos fundamentales. Estos principios y medidas de protección son fundamentales para garantizar la protección de los ríos y su valor intrínseco, así como los derechos de los pueblos indígenas al agua, a una alimentación adecuada, a la salud y a la cultura, que son esenciales para su dignidad humana.

24 de mayo de 2022

Jelia Sane
Dr Keina Yoshida
Camila Zapata Besso

¹⁶⁹ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §§162-173.

¹⁷⁰ *Opinión Consultiva OC-23/17*, §172.