CONSTITUCIÓN Y DERECHOS

EL CASO **LHAKA HONHAT** VS. **ARGENTINA** Y LAS **TENDENCIAS** DE SU **INTERAMERICANIZACIÓN**

Eduardo **Ferrer Mac-Gregor**
Mariela **Morales Antoniazzi**
Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinadores

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Constitución y Derechos





Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

María Guadalupe Murguía Gutiérrez
Secretaria de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

El caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* y las tendencias de su interamericanización

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja
Coordinadores

Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado
y Derecho Internacional Público
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México
México, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

El caso Lhaka Honhat vs. Argentina
y las tendencias de su interamericanización

© Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-84-4

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Fernanda Sugey **Pacheco Díaz**
María Andrea **Niño Rivera**
Tania Mariel **Farfán García**
Margarita **García Alvarez**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Presentación 15
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja

Parte I
Mapeo del discurso de los derechos humanos

La importancia de tener derechos 25
Anne Peters

I. Introducción 25
II. ¿Qué son los derechos? 26
III. El razonamiento de los derechos (humanos) fundamentales 29
IV. La extensión continua de los derechos humanos . . 31
V. Críticas a los derechos 38
VI. Razones para el *backlash* 41
VII. Respuesta: el papel y los beneficios de los derechos 43
VIII. Conclusiones 47
Bibliografía 48

Igualdad multidimensional (redistribución/reconocimiento/participación) para revisitar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas 53
Martín Aldao
Laura Clérico

I. Introducción y planteamiento del problema 54
II. Desigualdad en la distribución, en el reconocimiento y en la participación 60
III. *Lhaka Honhat* desde una mirada de desigualdad multidimensional. Luces y sombras 65
IV. Consideraciones finales 82
Bibliografía 83
Anexo I 90

Abordar la desigualdad en tiempos de pandemia: el derecho al agua en la Corte Interamericana de Derechos Humanos 93
Mariela Morales Antoniazzi
Gabriela Cristina Braga Navarro

I. Introducción 93
II. Contexto: COVID-19, poblaciones indígenas y discriminación interseccional 99
III. La protección del derecho al agua por la Corte Interamericana 105
IV. Perspectiva comparada 120
V. Discurso y dialogo a la luz del *Ius Constitutionale Commune* 125
VI. Consideraciones finales 128
Bibliografía 132

La alimentación adecuada, una mirada desde la sentencia caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina* 139
Adriana Carolina Torres

I. Introducción 139
II. El derecho a una alimentación adecuada como un determinante del derecho a la salud. 142
III. El etiquetado frontal de advertencia como un deber concreto que se desprende del derecho a una alimentación adecuada. 149
IV. Marco constitucional y legal en relación con el deber de diseñar un etiquetado frontal de en Colombia ... 154
V. Conclusiones 164
Bibliografía. 165

Parte II
Estudio del caso
Lhaka Honhat vs. Argentina

La protección de los derechos sociales indígenas. Un caso paradigmático 169
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

I. Introducción 169
II. La tierra y el territorio: su protección diferenciada desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los DESCA 175
III. Autonomía e interdependencia de los derechos humanos 191
IV. Las reparaciones con enfoque de DESCA 196
V. Los *amici curiae* como medio de diálogo de la sociedad civil con la Corte IDH. 199
VI. Conclusiones 205

La consolidación de los DESCA en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* 209
Liliana Ronconi
María Barraco

I. Introducción 209
II. Los primeros pasos: la necesidad de la justiciabilidad directa de los DESCA en el contexto latinoamericano 212
III. El caso *Lhaka Honhat* y los DESCA 218
IV. Algunas cuestiones para resaltar de la sentencia. ¿Podemos estar cómodos/as? 225
V. Reflexiones finales 231
Bibliografía. 232

El caso *Lhaka Honhat:* la extensión de la justiciabilidad directa de los DESCA y la esperanza incumplida de la concreción del derecho a un medioambiente sano 237
Eleanor Benz
Verena Kahl

I. Introducción 237
II. Derivación de la base jurisdiccional 244
III. El examen del derecho a un medioambiente sano. . . 257
IV. Conclusión y perspectivas. 267
Bibliografía. 271

Parte III
Haciendo visible el caso: resúmenes en varios idiomas

Rechtssache Indigene Gemeinschaften Mitglieder der Vereinigung Lhaka Honhat (Unsere Erde) gegen Argentinien 277
Resumen en alemán

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina. 289
Resumen en español

Affaire des Communautés Indigènes Membres de L'association Lhaka Honhat (Notre Terre) c. Argentine . 299
Resumen en francés

Case of Indigenous Communities Members of the Lhaka Honhat (Our Land) Association *vs.* Argentina 309
Resumen en inglés

Caso Comunità Indigene Membri Dell'associazione Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina 319
Resumen en italiano

Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat ('Nossa Terra') *vs.* Argentina 329
Resumen en portugués

Presentación*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una labor jurisprudencial transformadora desde hace más de 40 años de vida. Dentro de su jurisprudencia, se encuentran grandes avances vinculados a la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales[1] (a pesar de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH— no prevé ninguna obligación específica al respecto), así como avances vinculados a la plena justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).[2] El caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, decidido en febrero de 2020, es un reflejo de ambas contribuciones de la Corte IDH y representa una consolidación de los avances jurisprudenciales en la materia.[3]

---

* Esta introducción está basada en el artículo "*Lhaka Honhat* y los derechos sociales de los pueblos indígenas", escrito por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coeditor de la obra, publicado en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), Madrid, núm. 39, junio de 2020, pp. 1-5.

1 Al respecto, véase Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia No. 11: Pueblos Indígenas y Tribales, 2018, *https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf*

2 Al respecto, véase Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia No. 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambiental, 2019, *https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf*

3 Para comprender los hechos y las principales contribuciones del caso se puede acceder a la infografía del caso elaborada por la Corte IDH junto con el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Inter-

En la sentencia se ordena al Estado adoptar y concluir las acciones necesarias para delimitar, demarcar y otorgar un *título colectivo* que reconozca la propiedad de su territorio en favor de las 132 comunidades indígenas víctimas del caso, respecto de 400 000 hectáreas de tierra en el Departamento de Rivadavia, en la Provincia argentina de Salta. Se trata, además, de un precedente de la mayor importancia en cuanto a los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas. Ello debido a que la Corte IDH determinó, por primera vez, la violación de los derechos al medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, contenidos en el artículo 26 de la CADH. Asimismo, la Corte Interamericana dictó reparaciones con el objetivo de restituir la vulneración de dichos derechos sociales, tales como la de elaborar "un estudio en el que establezca acciones que deben instrumentarse para la conservación de aguas y para evitar y remediar su contaminación; garantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada". En este sentido, esta sentencia también demuestra las posibilidades de la Corte para dictar reparaciones acorde a las violaciones de DESCA y ratificar su vocación transformadora, perfilada como la íntima vocación definitoria del Tribunal Interamericano, así como la relevancia o trascendencia que su jurisprudencia genera en los países de América (especialmente América Latina), pese a muchos obstáculos y resistencias.[4]

En el contexto actual de pandemia, caracterizado por la profundización de las brechas de desigualdad en la región, esta sentencia toma especial significado como herramienta para abordar dicha desigualdad y para asegurar que los grupos en especial vulnerabilidad puedan acceder a sus derechos sociales. En efecto, esta obra se dedica a realizar tres principales contribuciones. La Parte I del libro ofrece un mapeo del discurso de los derechos

nacional Público y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, *https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/35992*

[4] García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, "Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, núm. 1, junio de 2020, pp. 11-49.

humanos, comenzando con el capítulo de Anne Peters, destinado a desarrollar la importancia de tener derechos y los beneficios prácticos que los mismos otorgan en un marco global y no referencial del caso de la Corte IDH. Mariela Morales Antoniazzi y Gabriela Cristina Braga Navarro analizan el papel transformador de la sentencia de *Lhaka Honhat* al asegurar el acceso al agua potable de poblaciones vulnerables y subrayan sus alcances en los tiempos de pandemia. Por su parte, Adriana Torres aborda el derecho a la alimentación adecuada y su vinculación con el derecho a la salud, mientras que Martín Aldao y Laura Clérico examinan las luces y sombras de la sentencia desde una perspectiva de la desigualdad estructural.

La Parte II concierne específicamente a la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat*, enfatizando sus principales contribuciones y desafíos. Tres miradas intentan sintetizar los aportes y las críticas al caso. Eduardo Ferrer Mac-Gregor enfatiza los motivos por los cuales esta sentencia es paradigmática y constituye un nuevo hito en la protección de los DESCA. Las autoras Liliana Ronconi y María Barraco se focalizan en la reconstrucción de las dimensiones positivas de la jurisprudencia en materia de DESCA y el nivel logrado en el caso *Lhaka Honhat*. Desde un enfoque crítico, Eleanor Benz y Verena Kahl argumentan que la sentencia fue una "esperanza incumplida" en cuanto a las obligaciones estatales respecto del derecho a un medioambiente sano, cuestionan la utilidad de la justiciabilidad directa y lo vinculan con un eventual *backlash* por parte de los Estados de la región.

Finalmente, la Parte III de la obra colectiva es innovadora y explora la difusión de la sentencia para un público más amplio, incluyendo traducciones en diversos idiomas del resumen oficial de la sentencia elaborado por la propia Corte IDH. En efecto, la obra cuenta con las siguientes traducciones elaboradas por los/as siguientes autores/as: al alemán, por Verena Kahl y Eleanor Benz; al francés, por Niall Coghlan y Melina Garcin; al inglés, por Lucas Sanchez y Julia Liebermann; al italiano, por Demetrio Romeo y Federica Bianchi; y al portugués, por Gabriela Navarro. Sin duda, la ampliación del espectro lingüístico (alemán, francés, inglés, italiano y portugués) de los puntos esenciales de la sen-

tencia es una estrategia comunicacional clave a fin de propiciar el diálogo con otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

Hay tres contribuciones puntuales del caso *Lhaka Honhat* que consideramos importante remarcar: *i)* la distinción entre "tierra" y "territorio"; *ii)* el avance en materia de la justiciabilidad directa de los DESCA y de las obligaciones estatales al respecto, y *iii)* la importancia de la comunidad práctica de derechos humanos, evidenciada, entre otros factores, con el alto número de los *amici curiae*.

En cuanto al primer punto, se advierte una vez más la trayectoria de los reclamos de los pueblos indígenas en el derecho internacional debido a la falta de posesión y efectiva garantía de lo que ancestralmente consideran que les corresponde, es decir, la tierra y el territorio. A la luz de esta retrospectiva, la verdadera revolución sobre el tema se dio en la sentencia del caso *Mayagna Sumo (Awas Tigni) vs. Nicaragua* (2001), ya que en el texto de la CADH —tal como era de esperarse por el momento histórico en el que fue adoptada—, los redactores no contemplaron disposiciones que protegieran de manera específica sus reclamos o se tuviera en consideración su cosmovisión. El artículo 21 del Pacto de San José se refiere expresamente a la "propiedad privada", en su concepción individual.

En el mencionado *leading case*, la Corte IDH brindó tres pioneras aportaciones. En primer lugar, mediante una interpretación evolutiva de la referida norma convencional, reconoció otras formas de "propiedad" como la "comunal". En segundo lugar, entendió que para los miembros pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, *sino un elemento material y espiritual* del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. En tercer lugar, consideró que los pueblos tienen derecho a vivir libremente en sus propios *territorios,* ya que existen "lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades con su territorio".

Con base en este precedente, la Corte IDH ha venido consolidando su jurisprudencia en materia de la propiedad comunitaria indígena, haciendo alusión a la especial relación que los pueblos y

comunidades tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales. Puede constatarse que ha ido ampliando su jurisprudencia sobre las obligaciones para la protección de la tierra y de los bienes —lo que comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor—. Sin duda, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado las obligaciones estatales de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento, cuando los pueblos han sido despojados o no gozan de manera plena de su propiedad comunal. Sus pronunciamientos acerca de la obligación de consulta previa, libre e informada son emblemáticos para la interamericanización de los órdenes nacionales y recogen el acervo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).[5]

La sentencia del caso *Lhaka Honhat* abona a esta l*ínea jurisprudencial* resultando novedosa, ya que se hizo una distinción entre "tierra" y "territorio". Una de las limitaciones que se tenían en este ámbito era que se circunscribía la violación de derechos inmersos en el territorio (pensemos en el agua) dentro del concepto de "tierra", es decir, dentro de un concepto de producción. Si bien la Corte IDH ya había indicado que dentro del concepto de *tierras* se debe entender comprendido también el de *territorios*, esta subsunción de conceptos implicaba que cuando se determinaba la responsabilidad internacional, las reparaciones quedaban acotadas a la restitución de la "tierra", o bien, se encontraban dirigidas a subsanar posibles falencias dentro de los procesos de consulta previa. En el caso *Lhaka Honhat,* la Corte IDH concluyó la violación del "derecho de propiedad" contenido en el artículo 21 del Pacto de San José, debido a que no se había garantizado de manera suficiente el derecho a la propiedad comunal dado que el Estado no contaba con mecanismos adecuados de titulación y demarcación, es decir, no se garantizó el "derecho a las tierras comunales".

[5] CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", 31 de diciembre de 2015; CIDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 30 de diciembre de 2009.

Un segundo rasgo distintivo de esta sentencia alude al progreso en la justiciabilidad directa de los DESCA y en la determinación de las obligaciones estatales al respecto. Cabe destacar que ello no hubiese sido posible sin la jurisprudencia sobre la justiciabilidad autónoma de los DESCA, cuyo origen se remonta al caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 2017. La necesidad de reconocer la violación autónoma de los derechos sociales, culturales y ambientales involucrados fue expresamente solicitada por los representantes de las víctimas en su demanda ante la Corte IDH, invocando los precedentes del Tribunal Interamericano sobre la materia, en particular en torno a los derechos laborales, a la salud, al medioambiente y a la seguridad social.

La Corte IDH constató, mediante la prueba documental y la visita *in situ,* que el territorio ancestral de esas comunidades había sufrido violaciones derivadas de la tala ilegal de bosques, de las implicaciones del ganado de población "criolla" sobre sus sistemas de consumo alimenticio tradicional y sobre la contaminación del agua, así como el propio a acceso a afluentes acuíferos por parte de los miembros de las comunidades. La Corte Interamericana entendió que existía un deber de garantía, que implicaba la adopción de acciones que impidieran la interferencia por parte de terceros en el goce de dichos DESCA. Considerando que las acciones no fueron efectivas, la Corte IDH determinó la violación del artículo 26 en relación con el 1.1. De allí la trascendencia de la decisión en explicitar las obligaciones estatales en materia de DESCA, ratificando la autonomía e interdependencia de los derechos humanos.

Un tercer elemento ilustrativo de la significación del caso objeto de esta publicación emerge de los numerosos escritos de *amici curiae* presentados, provenientes de diferentes países de la región. Dichos *amici* fueron de gran utilidad para la Corte, ya que su contenido fue tomado en cuenta e incorporado en diversas secciones de la sentencia.[6] Se trata de un dato revelador del dinamismo trans-

[6] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400, párr. 50, n. 33; párr. 54, n. 42; párr. 144, n. 141; párr. 146, n. 142; párr. 161, n. 150; párr. 165, n. 153; párr. 165, n. 154; párr. 174, n. 161; párr. 174, n. 162; párr. 203,

formador que la colaboración proveniente de la academia y la sociedad civil imprime al proceso de construcción y consolidación de los estándares interamericanos por parte de la Corte IDH, mostrando en paralelo un diálogo multidimensional a favor del orden público interamericano en la región. Esta evolución creciente de tal participación da cuenta del papel que juegan los actores de la comunidad de práctica en derechos humanos para alcanzar transformaciones estructurales conforme al acervo normativo tuitivo de los derechos, la democracia y el Estado de derecho en la región.

La decisión de la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat,* de cara al pasado, significa un nuevo estadio en los procesos de empoderamiento y visibilidad en los espacios internacional, regional, nacional y comparado en la protección de los pueblos indígenas. Efectivamente, remontarse a los orígenes de la Liga de las Naciones, de la Organización de las Naciones Unidas o de la adopción de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuando las voces de representantes de estos pueblos y comunidades no encontraban eco, conduce necesariamente a repensar los pasos andados hacia la configuración de un *ius commune* en la protección de los pueblos indígenas. Antecedentes emblemáticos dibujan el punto de partida, entre ellos el famoso *Estudio sobre el problema de la discriminación contra los pueblos indígenas,* de José R. Martínez Cobo, en su carácter de relator especial entre 1981 y 1984, los aportes del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, los primeros pronunciamientos de la CIDH, del Convenio 169 sobre los Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales por la Organización Internacional del Trabajo (1989). En el plano global, hay un acervo con los instrumentos impulsados por el relator especial en la materia, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en Nueva York, el 13 de septiembre de 2007.

En el Sistema Interamericano, a título enunciativo, puede referirse la contribución proveniente de la Comisión y su Relatoría para los Pueblos Indígenas, que data de 1990, sus diversos infor-

n. 193; párr. 216, n. 210; párr. 246, n. 247; párr. 250, n. 251; párr. 254, n. 260; párr. 258, n. 263; párr. 261, n. 270; párr. 275, n. 288; párr. 279, n. 289; párr. 353, n. 331; párr. 355, n. 334, y párr. 356, n. 335.

mes temáticos y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el seno de la OEA, que ha procurado visibilizar la agenda indígena. Pero también se suma a este *ius commune* el acervo jurisprudencial de la Corte IDH durante dos décadas, a la luz de los primeros estándares en el *leading case Mayagna Sumo (Awas Tigni) vs. Nicaragua,* de 2001, y que encuentran un nuevo horizonte en el caso *Lhaka Honhat* de 2020. En los términos expuestos en el IV Informe Anual de la REDESCA, esta sentencia ha sentado un precedente mediante el cual "se expande la interpretación de los derechos al medioambiente sano desde una perspectiva intercultural, en relación con los derechos culturales y a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas".[7]

Esta obra hace honor a dicha contribución, resaltando el hilo conductor desde el discurso global sobre la premisa de que los derechos, especialmente los derechos humanos, "son un instrumento jurídico necesario y de hecho indispensable para proteger a los miembros más débiles y vulnerables de una sociedad", rastreando el camino recorrido en la línea jurisprudencial dedicada a la justiciabilidad directa de los DESCA y, asimismo, poniendo de relieve los aspectos novedosos y las críticas de la sentencia *Lhaka Honhat*. Dejamos en las manos de los lectores y las lectoras algunas pistas para continuar la investigación sobre la reivindicación de todos y cada uno de los derechos invocados en este caso, "atendiendo a la propia cosmovisión y a la simbiosis espiritual que los pueblos y comunidades mantienen con su territorio". En el contexto actual de pandemia y crisis climática, la sentencia *Lhaka Honhat* tendrá, indudablemente, una gran utilidad práctica, tanto para los Estados de la región e instituciones nacionales como para los demás actores de la comunidad de práctica de derechos humanos en la región latinoamericana, en particular las organizaciones de la sociedad civil y la academia, para consolidar el *ius commune* y el diálogo comparado en torno a la agenda indígena.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja

[7] REDESCA, IV Informe Anual de la REDESCA, 2020, OEA/SER.L/V/II. Doc. 28, *http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2020/capitulos/redesca.PDF*

PARTE I
MAPEO DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La importancia de tener derechos*

*Anne Peters***

I. Introducción

"La burbuja de los derechos humanos ciertamente ha estallado, pero no existe un lenguaje alternativo y convincente para luchar contra la injusticia y las catástrofes masivas", escribe el profesor keniano-estadounidense Makau Mutua, desde la perspectiva crítica de los "Third World Approaches to International Law" (TWAIL, por sus siglas en inglés).[1] Comparemos el informe final de la Comisión de Derechos Inalienables de EE. UU., publicado en agosto de 2020.[2] El informe afirma que "hay buenas razones para preocuparse de que la prodigiosa expansión de los derechos

---

* Esta contribución es la traducción de un texto publicado originalmente en inglés con el título "The importance of Having Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* vol. 81, núm. 1, 2021, pp. 7-22. A su vez, dicho ensayo se basa en una conferencia dictada en la reunión anual de la red Max Planck Law 2020.

** Directora del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

1 Mutua, Makau, "Is the Age of Human Rights Over?", en McClennen, Sophia A. y Schultheis Moore, Alexandra (eds.), *The Routledge Companion to Literature and Human Rights,* Londres, Routledge, 2016, p. 454.

2 Esta Comisión había sido creada por el secretario de Estado de los Estados Unidos, Michael Pompeo, miembro del partido republicano. Su presidenta era la directora de Harvard, Mary Ann Glendon, que también había sido embajadora de Estados Unidos en la Santa Sede.

humanos haya debilitado en lugar de fortalecido los reclamos de derechos humanos y dejado a los más desfavorecidos en una situación más vulnerable. Más derechos no siempre producen más justicia".[3] Este es un raro ejemplo de consenso entre un académico de TWAIL y un *think-tank* conservador dominado por católicos. Si ambos están de acuerdo en el exceso de derechos, deberíamos tomarnos en serio sus conclusiones.

¿Se han sobreutilizado tanto los derechos —especialmente los derechos humanos—, al punto tal que necesitamos un lenguaje jurídico alternativo para luchar contra la injusticia? Este ensayo sostiene que la burbuja ciertamente se ha inflado bastante, pero que todavía no ha estallado, al menos no para aquellos que no acceden al goce efectivo de sus derechos. Más bien, pinchar la burbuja es un ejercicio intelectual asequible para quienes gozan de derechos. Sostengo que necesitamos complementos en lugar de alternativas a los derechos, porque los derechos desempeñan funciones prácticas valiosas y, en particular, generan obligaciones de justificar su comportamiento para aquellos que están en el poder. Los derechos, especialmente los derechos humanos, pueden "no ser suficientes",[4] pero son un instrumento jurídico necesario y de hecho indispensable para proteger a los miembros más débiles y vulnerables de una sociedad, entre los que incluyo a los animales.

II. ¿Qué son los derechos?

Los derechos han sido y son discutidos por los filósofos políticos como derechos morales. Este texto habla acerca de los derechos jurídicos que, por supuesto, se basan en el pedigrí moral de los derechos, pero que tienen la fuerza vinculante de la ley. Técnicamente hablando, podemos distinguir los derechos en forma de derechos subjetivos y los estándares protectores objetivos, es decir, la ley. Al igual que el español, el idioma jurídico latín tenía dos palabras diferentes para referirse al derecho, *ius* en oposición

[3] Informe de la Comisión de Derechos Inalienables de 26 de agosto de 2020, p. 38, *https://www.state.gov/report-of-the-commission-on-unalienable-rights/*

[4] Moyn, Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.

a *lex*. En realidad, la terminología latina no coincide completamente con la distinción contemporánea entre ley y derechos,[5] pero es un indicador fácil que permite recordar la distinción.

La diferencia entre estos dos tipos de conceptos jurídicos se puede explicar con el siguiente ejemplo: la ley prohíbe garabatear la pintura de la *Mona Lisa*. Sin embargo, la *Mona Lisa* no tiene derecho a no ser garabateada. Ella no puede tener ese derecho porque no es una persona en términos jurídicos, sino solo una obra de arte, una cosa.

En el derecho moderno, aproximadamente desde Immanuel Kant, los derechos jurídicos se consideran la base de las obligaciones jurídicas que otros deben a los titulares de derechos.[6] Por ejemplo, yo tengo un derecho de propiedad intelectual sobre el contenido de este ensayo y los lectores están obligados a respetarlo y no deben plagiarme. No es mi derecho el que deriva del deber de los lectores, sino al revés. Esto suena técnico, pero en realidad marca una diferencia práctica importante, porque conduce a una calidad más bien abierta de mi derecho de propiedad intelectual. No se define concretamente *ab initio* quién exactamente está obligado a respetarlo y qué conducta es debida en concreto. Nuevos titulares de obligaciones, tal como usuarios de redes sociales, y nuevas formas de comportamiento, como abstenerse de *twittear*, podrían ser (o llegar a ser) definidas y requeridas como obligatorias por el derecho.

El desplazamiento —a finales de la filosofía de la Ilustración europea del siglo XVIII— del concepto de obligación al concepto de derecho como concepto fundacional del tejido moral y jurídico fue extremadamente importante. Y tal vez sea este cambio el que dé lugar a algunos de los problemas de los que estamos hablando hoy. Tomar los derechos como base y punto de partida también significa que un derecho puede generar múltiples obligaciones, y que no solo el titular, sino también el contenido, está

5 Donahue, Charles, "Ius in the Subjective Sense in Roman Law: Reflections on Villey and Tierney", en Maffei, Domenico *et al.* (eds.), *A Ennio Cortese Vol. 1,* Roma, Il Cigno Edizioni, 2001, pp. 506-535.

6 Auer, Marietta, "Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant", *Archiv der civilistischen Praxis*, núm. 208, 2008, pp. 584-634.

abierto y puede evolucionar más dinámicamente. Por ejemplo, el derecho humano a la vida privada puede evolucionar hacia un derecho a que se cambie el género en un registro de nacimiento; el derecho a la privacidad puede evolucionar hacia un derecho de eliminar de Internet ciertos datos; el derecho a la integridad corporal puede engendrar un derecho de protección contra la contaminación ambiental, etcétera.

Otra distinción es la que existe entre derecho público y derecho privado, una distinción continental. En el ámbito del derecho privado, los derechos y obligaciones pueden derivar de los instrumentos jurídicos que las partes concluyen entre sí, en particular los contratos. En el derecho público, los derechos se "otorgan" primordialmente mediante instrumentos unilaterales. El tipo de derechos más conocido es, por supuesto, los derechos fundamentales garantizados en las constituciones de los Estados basados en el Estado de derecho.

Mis ejemplos anteriores se tomaron del derecho interno, pero los derechos también se han codificado en el derecho internacional, comenzando con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Los autores que deploran la "proliferación" de los derechos humanos señalan que ahora tenemos 64 instrumentos internacionales relacionados con derechos humanos, con un total de 1 377 disposiciones de derechos humanos que un país que ratifique los 64 instrumentos tendría que cumplir. Fácilmente, estos autores hablan aquí de "exceso de regulación".[7]

Sostengo que el panorama del derecho internacional actualmente no está bien conceptualizado y que el estatus jurídico del individuo debería verse con más matices. La idea de que, según el derecho internacional, los individuos *solo* tienen derechos humanos que los constituyen como personas jurídicas internacionales es demasiado simplista. Debemos reconocer que existen diferentes tipos de derechos, algunos fundamentales y otros no, también en el derecho internacional.[8] Por ejemplo, las personas tienen

[7] Mchangama, Jacob y Verdirame, Guglielmo, "When Defending Liberty, Less Is More: The Danger of Human Rights Proliferation", *Foreign Aff.*, 24 de julio de 2013.

[8] Peters, Anne, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

derechos en virtud del derecho internacional medioambiental, el derecho laboral o el derecho sobre refugiados. Estos derechos a menudo están relacionados con los derechos humanos, pero no todos son en sí mismos tan importantes como para merecer la etiqueta de derecho fundamental. El reconocimiento de diferentes niveles de derechos internacionales también podría contrarrestar la crítica de la inflación de los derechos humanos.

III. El razonamiento de los derechos (humanos) fundamentales

¿Cuál es la razón fundamental o la base de los derechos? Esto es altamente controvertido respecto a los derechos humanos.[9] Se dice con frecuencia que las personas tienen derechos humanos simplemente por ser seres humanos. Esa es, en cierto modo, la definición de los derechos humanos, su idea por excelencia, pero es circular.

Históricamente, en la rama teológica del derecho natural, la idea de los derechos de los seres humanos se explicó con el alma inmortal del hombre como imagen de Dios. Cuando esto dejó de ser válido, la nueva corriente secular del derecho natural señaló la naturaleza racional de los seres humanos.

Hoy en día, a menudo se considera que la dignidad humana es la base de los derechos humanos.[10] Pero esto no resuelve el problema, porque la dignidad también es una especie de fundamento cuasirreligioso.[11] Ello plantea la pregunta de por qué los humanos disfrutan de la dignidad. Sin recurrir a la metafísica es difícil explicar por qué solo los humanos (a diferencia de los ani-

[9] Para no excluir a los titulares de derechos no humanos desde el principio, debería preferirse la expresión "derechos fundamentales"; pero, como es menos común en español e inglés y en el discurso del derecho internacional, seguiré escribiendo aquí "derechos humanos".

[10] McCrudden, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *EJIL*, núm. 19, 2008, pp. 655-724.

[11] Raz, Joseph, "Human Rights without Foundations", en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International La*w, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 321-337.

males) deben gozar de dignidad y por qué, por lo tanto, solo los humanos deben tener derechos humanos.

Uno de los textos fundamentales de derechos humanos, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776,[12] comienza con la siguiente redacción: "Consideramos que estas verdades son evidentes, que todos los hombres fueron creados iguales, que están dotados por su creador de ciertos derechos inalienables [...]". Por ende, la declaración apunta a la base religiosa, pero también abandona dicho razonamiento diciendo que es "evidente". Hoy en día, el filósofo político británico Joseph Raz también "se rindió" y escribe que los derechos humanos internacionales "carecen de fundamento", y deben verse simplemente como resultado de la práctica de tolerar la interferencia extranjera.[13]

Sin embargo, no es superfluo pensar en los fundamentos, porque las justificaciones de los derechos al menos co-configuran las expectativas sobre su contenido adecuado y sobre los titulares apropiados, es decir, quiénes deberían gozar de los derechos jurídicos y quiénes no.

Una justificación estándar, estrechamente relacionada con la naturaleza aparentemente racional del hombre, es la protección de la autonomía. Los derechos son instituciones jurídicas que protegen la autonomía de las personas, para que puedan elegir por sí mismas lo que representa una buena vida para ellas.[14] Por supuesto, esta es una justificación típicamente occidental.

Otra explicación, en cierto modo contrapuesta, mira a la situación de vulnerabilidad de las personas frente a las fuerzas de la naturaleza y a la brutalidad de otros humanos. Esta es una explicación de los derechos más femenina o incluso feminista.[15] La vulnerabilidad se ha convertido en un concepto jurídico im-

---

12 Es menester destacar que el Informe Final de la Comisión Pompeo de los Estados Unidos sobre derechos "inalienables", mencionado previamente, hace referencia a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.

13 Raz, Joseph, *op. cit*.

14 Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

15 Albertson Fineman, Martha, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 20, 2008, pp. 1-23.

portante en el derecho internacional de los derechos humanos.[16] En efecto, se han creado conjuntos especiales de derechos para proteger a personas especialmente vulnerables o en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, niños, migrantes, refugiados y civiles en conflictos armados. La vulnerabilidad apunta más a lo físico, a la existencia corporal del "pobre animal desnudo y bifurcado" que es el "hombre", como dice el rey Lear de Shakespeare.[17] La vulnerabilidad también está vinculada con el acceso inequitativo a condiciones sociales y económicas. Tal como fuere reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *"La situación de pobreza trae consigo una [...] vulnerabilidad incrementada por las restricciones derivadas de la situación socioeconómica de las personas"*.[18]

IV. La extensión continua de los derechos humanos

4.1. ¿Qué derechos?

Los derechos, y particularmente los derechos humanos, se han ampliado profundamente en el siglo xx. Hace 30 años se hablaba de distintas "generaciones" de derechos humanos: con los derechos liberales y políticos como la primera generación; los derechos sociales, económicos y culturales como segunda generación, y los derechos colectivos —como el derecho a la autodeterminación o el derecho a la paz (mencionado, por ejemplo, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos)— como la tercera generación. Hoy en día, algunos/as autores/as consideran los derechos ecológicos a un medioambiente limpio y saludable y los derechos a la información medioambiental (consagrados,

16 Peroni, Lourdes y Timmer, Alexandra, "Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law", *I CON*, núm. 11, 2013, pp. 1056-1085.

17 Shakespeare, William, *King Lear: A Tragedy*, Londres, impresa por W. y J. Richardson y vendida por B. White, en Fleet-Street 1770, Acto III, Escena VI, punto 107.

18 CIDH, "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 7 de septiembre de 2017, párr. 91.

por ejemplo, en el Convenio de Aarhus o en el de Escazú) como una cuarta generación.[19] En el plano internacional, al mismo tiempo (en 1966), los derechos políticos/civiles, por un lado, y los económicos /sociales, por el otro, se codificaron en diferentes tratados, con el fin de complacer a los dos campos políticos: el mundo occidental, que encontraba que los derechos políticos eran los derechos humanos reales, y el bloque socialista, que decía que lo que realmente importaba eran los derechos económicos.

En este contexto, la visión "socialista" *per se* no es del todo inatendible. Haciendo una variación de la famosa broma de Anatole France se podría preguntar: ¿Quién necesita la libertad de dormir bajo los puentes de París?[20] Sería un "derecho" solo para los ricos.

4.2. La irradiación de los derechos humanos en todo el derecho internacional

En el derecho internacional contemporáneo, los derechos humanos de todo tipo, bajo el mantra de la "unidad e interdependencia de todos los derechos humanos", han ganado mucha fuerza y están impactando en todo el tejido del derecho internacional.

En primer lugar, se ha reconocido que todas y cada una de las ramas del derecho internacional deben interpretarse a la luz de los derechos humanos. Entonces, los derechos humanos pueden ser considerados como un contrapunto que, por ejemplo, restringe la protección de los inversores extranjeros.[21] Lo mismo ocurre respecto a las sanciones económicas. Aquí, la obligación de inter-

[19] El concepto de "generaciones de derechos humanos" fue introducido por Karel Vasak en 1977: *https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063*. Sin embargo, dicho concepto ha sido fuertemente criticado por diversos autores/as, entre ellos: Macklem, Patrick, "Human rights in international law: three generations or one?", y Tomuschat, Christian, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, OUP, 2014, p. 138.

[20] France, Anatole, *Le Lys Rouge*, París, Calmann Levy, 1894, p. 81.

[21] Véase, p. ej., ICSID, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Caso núm. ARB/14/21, adjudicación de 30 de noviembre de 2017, párr. 406, en particular, la opinión parcialmente disidente de Philippe Sands QC, párrs. 10 y 11.

pretar los instrumentos jurídicos a la luz de los derechos humanos ha pasado a primera plana. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad de la ONU ordenó a los Estados miembros de las Naciones Unidas que adoptaran sanciones específicas contra sospechosos de terrorismo. Asimismo, en el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pidió a los Estados miembros del Consejo de Europa que interpretaran las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, a la luz de los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.[22] A la inversa y con frecuencia, los derechos humanos refuerzan y funcionan en la misma dirección que las normas de otros regímenes interpretadas a su luz, por ejemplo, en el derecho de los refugiados[23] y en el derecho internacional de los conflictos armados.[24]

En muchas áreas se requiere un enfoque explícitamente basado en los derechos humanos. En el derecho internacional para la cooperación al desarrollo, este llamado surgió en torno al cambio de milenio. En aquel momento, la Comisionada de Derechos Humanos, Mary Robinson, abogó por un enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos, ya que estos proporcionan parámetros jurídicos claros y permiten evaluar el desempeño de la ayuda al desarrollo en referencia con dichos parámetros.[25] Este enfoque contribuyó a legalizar toda el área. Otro ejemplo es el derecho internacional sobre la lucha contra los desastres naturales.

---

22 TEDH (Gran Sala), *Al-Dulimi y Montana Management Inc. vs. Suiza*, sentencia de 21 de junio de 2016, núm. 5809/08, párr. 140.

23 Véase, p. ej., Chétail, Vincent, "Are Refugee Rights Human Rights?", en Rubio-Marín, Ruth (ed.), *Human Rights and Immigration: Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 19-72.

24 Duffy, Helen, "Trials and Tribulations: Co-Applicability of IHL and Human Rights in an Age of Adjudication", en Peters, Anne y Marxsen, Christian (eds.), *Law Applicable to Armed Conflict, Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War,* Cambridge, Cambridge University Press, 2019, vol. 2, pp. 15-105.

25 Robinson, Mary, *A Voice for Human Rights,* Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2006, pp. 299-307, impresión de "Bridging the gap between human rights and development: from normative principle to operational relevance", Banco Mundial Conferencia Presidencial, Washington, 3 de diciembre de 2001.

Allí, el texto pertinente de la Comisión de Derecho Internacional establece que los derechos humanos deben ser siempre el criterio.[26] Recientemente, incluso en el ámbito del derecho tributario internacional, se ha formulado una ambición bastante novedosa de integración y alineación de derechos. Aquí también, los académicos sostienen que el derecho debe interpretarse y aplicarse a la luz de los derechos humanos (internacionales).[27]

En todas estas áreas temáticas, los derechos humanos funcionan (o se espera que funcionen) como una guía para la interpretación, y cumplen funciones procesales adicionales. Hoy en día se requieren evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos antes de iniciar proyectos transnacionales. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC) exige que los Estados, antes de concluir nuevos acuerdos de protección de inversiones o nuevos acuerdos comerciales internacionales, realicen una evaluación de impacto en los derechos humanos.[28] Una herramienta de procedimiento similar es la transversalización de los derechos humanos, lo que significa que toda la elaboración, adopción e implementación de instrumentos jurídicos e instrumentos de política debe tener en todo momento en cuenta a los derechos humanos.[29] Para concluir, los derechos humanos se han extendido a todas las subáreas

[26] Artículo 2 del Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de catástrofe, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 68º período de sesiones, en 2016, y presentado a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre los trabajos de ese periodo de sesiones (A/71/10); Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2016, vol. II, 2° Tomo.

[27] Schutter, Olivier de; Lusiani, Nicholas J. y Chaparro, Sergio, "Re-righting the International Tax Rules: Operationalising Human Rights in the Struggle to Tax Multinational Companies", *Int'l J. Hum. Rts*, núm. 24, 2020, DOI: 10.1080/13642987.2020.1816971, pp. 1370-1399.

[28] Comité DESC, Observación General núm. 24, sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, de 23 de junio de 2017, UN Doc E/C.12/GC/24, párr. 13. Véase también el art. 14(5) del segundo proyecto del OEIGWG (núm. 26).

[29] Véase con miras a la ONU: Oberleitner, Gerd, "A Decade of Mainstreaming Human Rights in the UN: Achievements, Failures, Challenges", *Netherlands Quarterly of Human Rights,* núm. 30, 2008, pp. 359-390.

del derecho internacional y, por tanto, se han vuelto omnipresentes.

4.3 ¿Derechos contra quién? – Nuevos/as titulares de deberes

Además de la considerable extensión de los derechos, también se han ampliado los titulares de obligaciones. Los derechos humanos originalmente se habían inventado como derechos contra el Estado porque este tiene los medios físicos y jurídicos preponderantes para amenazar y destruir a los seres humanos, comenzando por ponerlos en la cárcel o campos, matándolos con la ayuda del ejército y la policía, torturándolos, etcétera.

En el mundo actual de capitalismo global, los actores empresariales transnacionales (las empresas multinacionales) también tienen un enorme poder sobre las personas. Tienen el poder de dañar, herir e incluso destruir vidas humanas, ya sea directamente contratándolas para mano de obra en condiciones de trabajo inhumanas, peligrosas, insalubres y mal pagadas, o indirectamente contaminando el medioambiente, tirando desechos, estableciendo empresas en infraestructura mediante trabajos forzados o con la ayuda de las fuerzas militares en Estados autoritarios.

Por tanto, se reconoce ampliamente la necesidad de contener el poder de las empresas. Personalmente, creo que simplemente vincular los negocios a los derechos humanos internacionales existentes no es la solución. Necesitamos un conjunto de herramientas mejor adaptado que tenga en cuenta los diferentes tipos de poder que despliegan las empresas y que, a su vez, no implique liberar a los estados de sus responsabilidades. Esta es también la línea que está tomando el borrador de *un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos*, actualmente en elaboración en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.[30]

[30] Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG), Presidencia, Segundo proyecto revisado de 6 de agosto de 2020, *https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx*

4.4. ¿Hasta dónde llegan los derechos?

Además de las irradiaciones de los derechos humanos hacia nuevos ámbitos y de la extensión de las personas destinatarias de los derechos, también se ha ampliado su alcance espacial. La pregunta es *dónde* deberían desplegar sus efectos los derechos humanos. En nuestro mundo globalizado todo está conectado. La actividad policial y militar o la actividad de vigilancia cruzan fronteras. Por ejemplo, el Reino Unido estableció instalaciones de internamiento en Irak, y nuestros correos electrónicos viajan a través de servidores en Irlanda y Estados Unidos. Cuando la Unión Europea otorga pagos a los agricultores europeos y otorga subsidios a la exportación, esto tiene repercusiones para los agricultores asiáticos y africanos dificultándoles la venta de sus productos en la Unión Europea.

Todas estas actividades transnacionales o efectos transnacionales se han examinado bajo la perspectiva de los derechos humanos. La pregunta es, entonces, si el Estado está obligado a respetar los derechos humanos de las personas, por ejemplo, en Irak, Bangladesh o India, y cuándo y en qué condiciones. Estas cuestiones se discuten bajo el título de fuerza vinculante extraterritorial, son extremadamente complicadas y aún no se encuentran resueltas.[31]

4.5. Titulares de derechos: ¿derechos para quién?

Cuando se inventaron los derechos, en el siglo XVIII, se les llamó universales. Sin embargo, la realidad es que estaban reservados para un círculo muy pequeño de unos pocos felices privilegiados. Las personas sin propiedad, las personas que no pagaban impuestos, las mujeres, los campesinos y los esclavos no gozaban de ningún derecho. En aquella época no se vio la contradicción entre el lenguaje universalista y la exclusividad de los titulares de derechos.

Solo gradualmente y durante varios siglos, el círculo de titulares de derechos se ha extendido, más recientemente incluso más

[31] Askin, Elif, "Economic and Social Rights, Extraterritorial Application", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

allá de los humanos, a los animales y entidades naturales.[32] Los tribunales de Argentina y Colombia, India y Pakistán han otorgado ciertos derechos a los animales, en particular a los simios.[33] Los tribunales en este contexto a menudo señalan las características intelectuales y emocionales de los animales y, en particular, su capacidad para sentir dolor y sufrir en el confinamiento.

Las cortes y las normas de los mismos países han reconocido también los derechos de las entidades naturales, que van desde la selva amazónica[34] sobre el río Ganges[35] hasta el volcán Taranaki en Nueva Zelanda.[36] Estas decisiones se basan a menudo en el patrimonio espiritual de los pueblos indígenas y justifican los derechos de la naturaleza tanto por las necesidades prácticas de

---

32 Sobre los derechos de los entes naturales seminales Stone, Christopher D., "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects", *S. Cal. L.*, núm. 45, 1972, pp. 450-501. Respecto a los derechos de los animales: Stucki, Saskia y Kurki, Visa, "Animal Rights", en Sellers, Mortimer y Kirste, Stefan (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Heidelberg, Springer, 2020.

33 Corte Suprema de la India, *Animal Welfare Board of India v. Nagaraja and others*, Recurso civil núm. 5387, 7 de Mayo de 2014; Tercer Juzgado de Garantías Mendoza (Argentina), Caso núm. P-72.254/15, 3 de noviembre de 2016 - *Chimpancé Cecilia;* Corte Suprema de Justicia de Colombia (juez Luis A. Tolosa), AHC4806-2017, Radicación núm. 17001-22-13-000-2017-00468-02, 26 de julio de 2017 por la Corte Costitucional (Constitutional Court of Colombia, T-6.480.577 – Sentencia SU-016/20, 23 de enero de 2020); Tribunal Supremo de Islamabad, Islamabad, W.P. No.1155/2019, *Islamabad Wildlife Management Board v. Metropolitan Corporation Islamabad*, 21 de mayo de 2020 (sobre un elefante del parque zoológico).

34 Corte Constitucional de Colombia, T-622 de 10 de noviembre de 2016 - *River Atrato*.

35 Tribunal Superior de Uttarakhand, *Mohd Salim v. State of Uttarakhand & others*, petición escrita (PIL) núm. 126/2014, decisión de 20 de marzo de 2017, párr. 19, anulada por el Tribunal Supremo de la India, *State of Uttarakhand & others v. Mohd Salim & others*, Petición de autorización especial para recurrir 016879/2017, 7 de julio de 2017.

36 The Crown and Ngā Iwi o *Taranaki,* Te Anga Pūtakerongo, Record of Understanding for Mount Taranaki, Pouakai and the Kaitake Ranges, 20 December 2017 (especialmente las secciones 5.2.2.; 5.2.3.; 5.2.7; 5.5.2.; 5.14). Sanders, Katherine, "'Beyond Human Ownership?' Property, Power and Legal Personality for Nature in Aotearoa New Zealand", *J. Envtl. L.*, núm. 30, 2018, pp. 207-234.

una mayor protección jurídica como por el carácter sagrado de entidades, ríos o montañas.

V. Críticas a los derechos

Dada la extraordinaria trayectoria de la institución jurídica de los derechos, no es de extrañar que se expresen críticas. Los críticos hablan de "inflación de derechos", "proliferación de derechos",[37] "exceso de derechos", "*rightsification*"[38] y de una indebida "*righting*"[39] de los regímenes jurídicos y de los ámbitos jurídicos. Estas críticas no carecen de fundamento. Se puede cuestionar si realmente necesitamos un derecho a la globalización,[40] un derecho contra la corrupción,[41] un derecho a la ciudad,[42] un derecho al microcrédito,[43] un derecho a internet[44] y un derecho a la lactancia materna,[45] por mencionar solo algunos de los nuevos derechos propuestos actualmente.

---

37 Mchangama, Jacob y Verdirame, Guglielmo, *op. cit*.

38 Gershman, John y Morduch, Jonathan, "Credit is not a right", en Sorell, Tom y Cabrera, Luis (eds.), *Microfinance, Rights and Global Justice,* Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 14-26.

39 El término "*righting*" (legalización indebida) fue acuñado por Karen Knop y aplicado con espíritu crítico al derecho de la ocupación por Aeyal Gross (Gross, Aeyal, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation,* Cambridge, Cambridge University Press, 2017, cap. 5).

40 Pendleton, Michael D., "A New Human Right: The Right to Globalization", *Fordham Int'l L. J.*, núm. 22, 1999, pp. 2052-2095.

41 Kofele-Kale, Ndiva, "The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law", *Int'l Law,* núm. 34, 2000, pp. 149-178; Spalding, Andrew Brady, "Corruption, Corporations and the New Human Right", *Washington University Law Review*, núm. 91, 2014, pp, 1365-1428.

42 Harvey, David, "The Right to the City", *New Left Review*, núm. 53, 2008, pp. 23-40. El autor proclama este derecho, así como "slogan de trabajo e ideal política" (p. 40).

43 *Cfr*. Gershman, John y Morduch, Jonathan, *op. cit*., p. 21.

44 Frosini, Tommaso Edoardo, "Access to Internet as a Fundamental Right", *Italian Journal of Public Law*, núm. 5, 2013, pp. 226-234.

45 Cohen, Mathilde, "Toward an Interspecies Right to Breastfeed", *Animal Law Review*, núm. 26, 2020, pp. 1-40.

El *backlash* contra los derechos se alimenta de diferentes paradigmas intelectuales y es tanto analítico como político. Algunas críticas se alzan contra la institución de los derechos como tal, por ejemplo, en oposición a un orden jurídico basado en deberes[46] o incluso en virtudes.[47] O, por ejemplo, Roberto Gargarella lamenta que, en el constitucionalismo latinoamericano, el enfoque en los derechos descuide lo que llama la "sala de máquinas" de la Constitución, es decir, las instituciones del poder, como los parlamentos y el poder ejecutivo.[48]

En un marco neomarxista, los derechos son solo una superestructura sobre las condiciones materiales de producción y al final solo sirven para proteger la propiedad burguesa.[49] Los estudios jurídicos críticos y gran parte del movimiento TWAIL, algunos enfoques poscoloniales y también algunos enfoques feministas son, en algunos aspectos, herederos de este punto de vista.

Un ataque diferente proviene de pensadores/as que valoran mucho la democracia y el proceso político, lo que está muy de moda en el Reino Unido. Los pensadores en esta línea ven los derechos como una legalización indebida que elimina las cosas que deben decidirse en el proceso político y también otorga demasiado poder a los tribunales constitucionales que se pronuncian sobre estos derechos.[50]

---

46 O'Neill, Onora, *Justice Across Boundaries: Whose Obligations?,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

47 Milbank, John, "Against Human Rights: Liberty in the Western Tradition", en Douzinas, Costas y Gearty, Conor (eds.), *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 39-70.

48 Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution,* Oxford, Oxford University Press, 2013.

49 Marx, Karl, "On the Jewish Question", en Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Collected Works. Vol 3 (1843-1844),* Nueva York, International Publishers, 2005, pp. 146, 164. Escrito en otoño de 1843, impreso según el diario, publicado por primera vez en Deutsch-französische Jahrbücher, 1844. Véase, para una retoma contemporánea, p. ej., Chadwick, Anna, *Law and the Political Economy of Hunger,* Oxford, Oxford University Press, 2019.

50 Véase, p. ej., Waldron, Jeremy, "A Rights-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford J. Legal Stud.*, núm. 13, 1993, pp. 18-52.

En este sentido, la crítica aquí es tanto el reproche de una "despolitización" como de un inadecuado "*gouvernement des juges*". Este gobierno de jueces no deseado se considera, por supuesto, más problemático cuando los jueces son jueces internacionales, por ejemplo, con sede en Estrasburgo. Esta crítica corre el riesgo de desembocar en la crítica populista contra los tribunales y las organizaciones internacionales como instituciones supuestamente elitistas que no prestan atención a lo que "el pueblo" realmente quiere.

Otra vertiente de las críticas es más comunitaria, escéptica de lo que Mary Ann Glendon llama una mera "charla de derechos" en una "nación bajo abogados".[51] Esta línea crítica opina que una sociedad puede mantenerse unida solo si las personas no reclaman constantemente sus derechos egoístas, sino que están listas para comprometerse y que sean más solidarias. Estos académicos y académicas ponen más énfasis en la responsabilidad y, en general, se basan más en lo que podríamos llamar "virtud cívica".

Una importante corriente crítica cuestiona particularmente el respaldo y la protección de los derechos a nivel *internacional*. Aquí la crítica conocida se fundamenta en la cultura. La afirmación es que los derechos humanos son una invención occidental que no encaja en el resto del mundo, particularmente en los "valores asiáticos".[52] Una crítica relacionada es que los derechos humanos se han impuesto, y que fueron utilizados —y todavía se usan— como pretexto para la colonización y el "imperio informal". Lo que se llamó "civilización" fue en realidad explotación, subyugación y exterminio de pueblos no europeos. Los críticos poscoloniales advierten que esta perversa misión civilizadora continúa en forma de intervención, guerra y dominación económica. Recriminan que, incluso hoy, los derechos no han sido

[51] Glendon, Mary Ann, *Rights Talk: The Impoverishment of the Political Discourse,* Nueva York, The Free Press, 1991; Glendon, Mary Ann, *A Nation under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society,* Cambridge Mass., Harvard University Press, 1996.

[52] El término fue acuñado por Lee Kuan Yew, el político destacado de Singapur (Primer Ministro de 1959 a 1990, miembro del gabinete de 1990 a 2004). Véase Barr, Michael B., "Lee Kuan Yew and the 'Asian Values' Debate", *Asian Studies Review*, núm. 24, 2000, pp. 309-334.

descolonizados de manera adecuada y completa, porque *de facto* se les niega derechos a grupos de personas consideradas inferiores.[53] Expresándose, entre otros fenómenos, en la detención infinita de sospechosos de terrorismo, las condiciones inhumanas en los campos de asilo, la complicidad de los consumidores occidentales en la explotación de trabajadores y el envenenamiento del medioambiente en los sitios de producción baratos para las empresas controladas desde el Norte global.

En el otro extremo del espectro, el ataque neoliberal a los derechos humanos internacionales se dirige específicamente a algunos derechos, en particular contra la actual intensificación de los derechos sociales internacionales.[54] Por ejemplo, Jacob Mchangama y Guglielmo Verdirame señalan que es problemático mencionar la tortura en Corea del Norte mientras que se recorta la ayuda para el desarrollo, y llamar a ambas violaciones de los derechos humanos.[55]

En resumen, estas diversas críticas provienen de campos conceptuales e ideológicos totalmente diferentes e incluso opuestos. Se podría decir que existe una alianza no sagrada contra los derechos entre las diferentes "teorías" que van desde el marxismo al neoliberalismo.

VI. Razones para el *backlash*

¿Cuáles son las razones de dichas reacciones *(backlash)* contemporáneas? Varios factores parecen estar conjugándose.

Primero, hay desilusión. Los derechos humanos (tanto internacionales como constitucionales) se han ampliado sobre el papel sin prestar suficiente atención a la realización de los derechos ya existentes. Los derechos se han convertido en tigres de papel.

---

53 Samson, Colin, *The Colonialism of Human Rights: Ongoing Hypocrisies of Western Liberalism,* Cambridge, Polity Press, 2020.

54 Posner, Eric, *The Twilight of Human Rights Law,* Oxford, Oxford University Press, 2014.

55 Mchangama, Jacob y Verdirame, Guglielmo, *op. cit*. Los autores no mencionan la tortura en instalaciones secretas de la CIA.

Kathryn Sikkink, por tanto, pide más responsabilidad para implementarlos.[56]

En segundo lugar, hay repulsión contra los dobles raseros y la hipocresía de Occidente.[57] A los Estados no occidentales se les pide (con zanahorias y palos, por ejemplo, con condicionalidades) que respeten los derechos humanos mientras ven que, al mismo tiempo, en algunos Estados ricos del Norte y Occidente se detiene a refugiados, se separa a familias migrantes, se realiza ataque con drones que producen un número excesivo de víctimas civiles, y se considera que el estilo de vida occidental se beneficia de las condiciones de trabajo insalubres y la mano de obra barata en los países de producción del Sur.

En tercer lugar, hay una fatiga de la globalización. Los efectos del derrame de riqueza (*trickle-down effect*) a través de la liberalización del comercio y las inversiones extranjeras no han llegado a todas las personas, ni a los más pobres y abyectos. En términos generales, la desigualdad material de riqueza e ingresos está aumentando en diferentes grados, tanto dentro de los países como entre los países.[58] Además, la clase más pobre de los Estados ricos no se ha beneficiado mucho de la globalización, sino que se siente amenazada por ella.[59]

Un cuarto factor es la digitalización. Las personas ahora pueden ver las diferentes condiciones de vida en el otro extremo del mundo. En épocas anteriores, un joven del África subsahariana no sabía exactamente cómo vivíamos aquí. Ahora lo enfrenta todos los días, incluso de una manera muy idealizada, en las redes sociales, películas, YouTube, etc. A diferencia de, quizás, hace

---

56 Sikkink, Kathryn, *The Hidden Face of Rights: Toward a Politics of Responsibilities,* New Haven, Yale University Press, 2020, p. 33.

57 Véase, en particular, Hopgood, Stephen, *The Endtimes of Human Rights*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 2013.

58 Banco Mundial, "La Pobreza y La Prosperidad Compartida 2020: un Cambio de suerte", Washington, DC, Banco Mundial, 2020; Price Waterhouse Coopers y UBS, *Riding the Storm: Market Turbulence Accelerates Diverging Fortunes, Billionaires Insights*, Suiza, PWC y UBS, 2020.

59 Milanović, Branko, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard, Harvard University Press, 2016.

algunas décadas, la gente probablemente ya no acepta el destino de haber nacido en el lado oscuro de la luna o en el lado olvidado del mundo.

Quinto y más preocupante es el hecho de que el *backlash* está en consonancia con el cambio de poder político y económico en el mundo. Los Estados que tradicionalmente han aplicado un estilo de gobernanza de arriba hacia abajo y que carecen de un Estado de derecho profundamente arraigado y una tradición democrática están en auge. Además, incluso las democracias tradicionales se están erosionando desde adentro. Esto se superpone con una ganancia de poder de los Estados construidos sobre tradiciones colectivistas, anti-individualistas y/o tradiciones no seculares e incluso fundamentalismo religioso. Esto es importante para la cuestión de los derechos, porque, en términos simples, la ética basada en la religión es una ética basada en el deber, no en los derechos, comenzando por el deber hacia Dios. Para mí, como jurista, la observación más seria y aleccionadora es que los derechos están disminuyendo mientras se produce este cambio de poder. El paralelismo puede ser una coincidencia, pero también puede mostrar que la ley es solo un epifenómeno de la política y la economía. Cuando estas esferas cambian, la ley continúa.

VII. Respuesta: el papel y los beneficios de los derechos

Frente a la crítica que va de izquierda a derecha, me gustaría argumentar a favor de los derechos desde una perspectiva práctica, sin especular demasiado sobre la justificación, solo apuntando a los beneficios de los derechos. Este enfoque práctico busca hacer justicia al hecho de que el *backlash* intelectual aparentemente no desanima a millones de personas de todo el mundo, desde Venezuela hasta Nigeria, Bangladesh y Hong Kong, a reclamar sus derechos. Obviamente ven un beneficio en ellos, por muy inestable que sea la teoría.

Entonces, veamos el buen trabajo que realizan los derechos. En primer lugar, los derechos se han considerado clásicamente

como un vehículo de emancipación. Es importante destacar que su idealismo y dinamismo pueden utilizarse como una fuerza de revolución que construye un orden político radicalmente nuevo y, más modestamente, como una herramienta para la conciliación y la formación de coaliciones. Este "camaleonismo" de los derechos contribuye a su atractivo y utilidad prácticos.[60] Se ha dicho que los derechos transforman a las víctimas en ciudadanos.[61] Sin duda, esto es extremadamente valioso y sigue siendo valorado. Sin embargo, esta lógica de los derechos no podría explicar los derechos de los animales, porque los animales nunca pueden reclamar sus derechos en las calles o ir a los tribunales por sí mismos.

El segundo beneficio es que los derechos, por ejemplo, el derecho a la integridad física, el derecho a moverse libremente, el derecho a la vivienda y la alimentación, protegen el cuerpo en situación de vulnerabilidad y no solo el intelecto. En este sentido, es revelador que la acción de *habeas corpus* haya sido históricamente el primer derecho humano. Los derechos protegen precisamente el cuerpo. Vincular los derechos a las capacidades y condicionarlos a la posesión de cualidades y capacidades como la racionalidad, la autoconciencia o la metacognición, en última instancia, corre el riesgo de terminar en el "capacitismo", al discriminar y excluir a aquellas personas con alguna discapacidad física o mental. Pero, exactamente esos miembros de la sociedad son los que más necesitan los derechos. Esos miembros incluyen también a los animales.

Fundamentalmente, los derechos desencadenan la obligación de justificar una actividad que produce daño. Si el derecho a la integridad física es el punto de partida de la reflexión jurídica, quitarle el espacio vital, detener, mutilar o matar a alguien no se puede hacer sin más explicaciones, no por razones triviales y banales. Con los derechos como fundamento por defecto, dicha acción debe justificarse específicamente en un procedimiento

60 Gearty, Conor, "Do Human Rights Help or Hinder Environmental Protection?", *Journal of Human Rights and the Environment*, núm. 1, 2010, pp. 7-22 (21).

61 Sunstein, Cass, "Rights and Their Critics", *Notre Dame L. Rev.*, núm. 70, 1999, pp. 727-768 (754).

racional en el que los motivos deben mencionarse, explicarse y también probarse en determinadas formas. La nueva práctica del enfoque basado en los derechos humanos en todos los campos del derecho (internacional), incluida la transversalización y las evaluaciones de impacto, cuenta exactamente con esta función discursiva. Debido a que los derechos desencadenan un proceso de justificación, correctamente no se les ha llamado "triunfos bazas", como diría Ronald Dworkin, sino posiciones jurídicas *prima facie*. La institución jurídica de los derechos conduce a una cultura de justificación en oposición a una cultura de autoridad, para citar al jurista y juez de la Corte Constitucional de Sudáfrica, Etienne Mureinik, quien luchó contra el sistema del *apartheid*.[62]

Esto sugiere que los derechos no solo deben codificarse y protegerse a nivel nacional, sino también a nivel internacional, porque la función de transferencia de la carga de la argumentación por los derechos es necesaria también en las constelaciones transfronterizas y merece la válvula de seguridad adicional que proporciona el monitoreo internacional. La función discursiva de los derechos beneficia a los animales como garantía y protección frente a los daños injustificados. Desde esta perspectiva, se justifica el reconocimiento de los derechos de los animales.

La crítica contra los derechos internacionales como una simple cruzada moral del Occidente es, en gran medida, creo, infundada. Es cierto que a lo largo de la historia los invasores y colonizadores occidentales abusaron de los derechos; no obstante, el actual rechazo a los derechos es principalmente un pretexto. Es un encubrimiento de las élites, de los partidos políticos gobernantes, de los dictadores, los oligarcas y los superricos en países cuyos líderes no se preocupan o, en todo caso, no escuchan y no rinden cuentas a la población.

Los derechos siempre han sido reclamados y conquistados en contra de la cultura dominante y del *establishment*. Los derechos fueron reclamados por la clase media europea contra

[62] Mureinik, Etienne, "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights", *SAJHR*, núm. 10, 1994, pp. 31-48.

la nobleza que estaba en el poder, por los laicos contra la Iglesia y por las mujeres contra los hombres. Hoy, una pregunta abierta es si los derechos también deben reconocerse a los animales, aunque ellos mismos no pueden luchar por estos derechos.

Por supuesto, especialmente los textos jurídicos internacionales deben otorgar una cierta consideración a la diversidad de contextos de vida sobre el terreno, como lo hace, por ejemplo, el Tribunal de Estrasburgo. Pero cada margen de apreciación que se deja a los aplicadores de la ley local tiene límites. La verdadera pregunta es dónde y cómo trazar esos límites. Esta pregunta debe responderse a la luz de la razón por la que se permiten variaciones en los estándares de derechos humanos. La razón principal es el valor positivo de la diversidad cultural.

Sin embargo, no vale la pena proteger los hábitos y tradiciones por sí mismos simplemente porque los llamamos cultura. Había una costumbre de atarles los pies a las mujeres, todavía existe una costumbre de mutilar los genitales de las mujeres y niñas, y una cultura de comer animales. Un conjunto de crueldades no merece ser protegido como tal, así como tampoco vale la pena seguir sosteniendo la prohibición de que las mujeres conduzcan un coche y la práctica de obligar a niñas de 10 años a contraer matrimonio. Para saber si las mujeres y/o niñas quieren conducir un coche o casarse a la edad de 10 años con un hombre de más de 30, debemos preguntarles a las mujeres y niñas, no a sus maridos o padres.

Para concluir, la crítica de inflar los derechos humanos internacionales puede contrarrestarse eficazmente con dos puntos. Primero, debe aceptarse un margen de apreciación en su aplicación a diferentes circunstancias. Segundo, deben reconocerse los derechos que van más allá de los derechos humanos, es decir, los derechos “simples” y no fundamentales de las personas que se encuentran protegidos en regímenes internacionales que van desde el derecho laboral internacional y el derecho migratorio hasta el derecho ambiental. Ello debido a que pueden cambiar la estructura del análisis jurídico sin sobrecargar la idea de los derechos humanos.

VIII. Conclusiones

Los derechos de los animales humanos y de los animales no humanos no han estallado aún, y no deben ser tirados a la basura de la historia. Todo lo contrario, son una institución jurídica eminentemente útil que hay que mantener y perfeccionar. Para determinar qué intereses y qué comportamientos necesitan una protección específica y más fuerte en forma de derechos, tenemos que preguntarles a las personas en el terreno. Muchos ya están dando una respuesta, "votando con los pies" y emigrando de sociedades en las que sus necesidades no están satisfechas. Por supuesto, "satisfacer sus necesidades" no requiere necesariamente protección jurídica en forma de derechos, pero probablemente incluye derechos. Es por ello que tenemos que estudiar más de cerca y empíricamente lo que quieren las personas. Un proyecto internacional de ciencias sociales en curso basado en encuestas en todo el mundo encuentra que las preferencias de las personas cambian, de hecho, con el cambio de la sociedad en la que viven.[63] Cuando se ven amenazadas en su existencia física por la violencia, la criminalidad, la guerra y el hambre, favorecen lo que los investigadores denominan valores tradicionales como la jerarquía en la familia y similares. Cuando su existencia física es segura, con menos guerra, menos crimen y menos hambre, entonces aprecian más autonomía y más opciones.

Estos resultados plausibles explican por qué en nuestra situación de fatiga de la globalización, creciente disparidad de riqueza, nueva inseguridad debido a macrotendencias como el calentamiento global, la degradación ambiental y —no menos importante— pandemias, se está produciendo un retorno a los valores tradicionales. Pero incluso en este clima no debemos olvidar nunca que a los derechos —parafraseando a Rosa Luxemburg—[64] los necesitan precisamente los otros, los desfavorecidos, y no los que mandan y lo tienen todo.

---

63 *http://www.worldvaluessurvey.org/wvs.jsp*. La "world value survey" fue fundada por el politólogo estadounidense Ronald Inglehart.

64 Luxemburg, Rosa, "Freiheit ist immer Freiheit des anders Denkenden", en Levi, Paul (ed.), *Die Russische Revolution: Eine kritische Würdigung. Aus dem Nachlass von Rosa Luxemburg*, Gesellschaft und Erziehung, 1922, p. 109.

Bibliografía

Albertson Fineman, Martha, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 20, 2008.

Askin, Elif, "Economic and Social Rights, Extraterritorial Application", en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Auer, Marietta, "Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant", *Archiv der civilistischen Praxis*, núm. 208, 2008.

Banco Mundial, "La Pobreza y La Prosperidad Compartida 2020: un Cambio de suerte", Washington, DC, Banco Mundial, 2020.

Barr, Michael B., "Lee Kuan Yew and the 'Asian Values' Debate", *Asian Studies Review*, núm. 24, 2000.

Chadwick, Anna, *Law and the Political Economy of Hunger,* Oxford, Oxford University Press, 2019.

Chétail, Vincent, "Are Refugee Rights Human Rights?", en Rubio-Marín, Ruth (ed.), *Human Rights and Immigration: Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Cohen, Mathilde, "Toward an Interspecies Right to Breastfeed", *Animal Law Review*, núm. 26, 2020 O'Neill, Onora, *Justice Across Boundaries: Whose Obligations?,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Donahue, Charles, "Ius in the Subjective Sense in Roman Law: Reflections on Villey and Tierney", en Maffei, Domenico *et al.* (eds.), *A Ennio Cortese Vol. 1,* Roma, Il Cigno Edizioni, 2001.

Duffy, Helen, "Trials and Tribulations: Co-Applicability of IHL and Human Rights in an Age of Adjudication", en Peters, Anne y Marxsen, Christian (eds.), *Law Applicable to Armed Conflict, Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War,* Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

France, Anatole, *Le Lys Rouge*, París, Calmann Levy, 1894.

Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution,* Oxford, Oxford University Press, 2013.

Gearty, Conor, "Do Human Rights Help or Hinder Environmental Protection?", *Journal of Human Rights and the Environment*, núm. 1, 2010.

Gershman, John y Morduch, Jonathan, "Credit is not a right", en Sorell, Tom y Cabrera, Luis (eds.), *Microfinance, Rights and Global Justice,* Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Glendon, Mary Ann, *A Nation under Lawyers: How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society,* Cambridge Mass., Harvard University Press, 1996.

Glendon, Mary Ann, *Rights Talk: The Impoverishment of the Political Discourse,* Nueva York, The Free Press, 1991.

Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Gross, Aeyal, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation,* Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

Harvey, David, "The Right to the City", *New Left Review*, núm. 53, 2008 Frosini, Tommaso Edoardo, "Access to Internet as a Fundamental Right", *Italian Journal of Public Law*, núm. 5, 2013.

Hopgood, Stephen, *The Endtimes of Human Rights*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 2013.

Kofele-Kale, Ndiva, "The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law", *Int'l Law,* núm. 34, 2000.

Luxemburg, Rosa, "Freiheit ist immer Freiheit des anders Denkenden", en Levi, Paul (ed.), *Die Russische Revolution: Eine kritische Würdigung. Aus dem Nachlass von Rosa Luxemburg*, Gesellschaft und Erziehung, 1922.

Marx, Karl, "On the Jewish Question", en Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Collected Works. Vol 3 (1843-1844),* Nueva York, International Publishers, 2005.

McCrudden, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *EJIL*, núm. 19, 2008.

Mchangama, Jacob y Verdirame, Guglielmo, "When Defending Liberty, Less Is More: The Danger of Human Rights Proliferation", *Foreign Aff.*, 24 de julio de 2013.

Milanović, Branko, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard, Harvard University Press, 2016.

Milbank, John, "Against Human Rights: Liberty in the Western Tradition", en Douzinas, Costas y Gearty, Conor (eds.), *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Moyn, Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.

Mutua, Makau, "Is the Age of Human Rights Over?", en McClennen, Sophia A. y Schultheis Moore, Alexandra (eds.), *The Routledge Companion to Literature and Human Rights,* Londres, Routledge, 2016.

Oberleitner, Gerd, "A Decade of Mainstreaming Human Rights in the UN: Achievements, Failures, Challenges", *Netherlands Quarterly of Human Rights,* núm. 30, 2008.

Pendleton, Michael D., "A New Human Right: The Right to Globalization", *Fordham Int'l L. J.*, núm. 22, 1999.

Peroni, Lourdes y Timmer, Alexandra, "Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law", *I CON*, núm. 11, 2013.

Peters, Anne, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Price Waterhouse Coopers y UBS, *Riding the Storm: Market Turbulence Accelerates Diverging Fortunes, Billionaires Insights*, Suiza, PWC y UBS, 2020.

Raz, Joseph, "Human Rights without Foundations", en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Robinson, Mary, *A Voice for Human Rights,* Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2006.

Samson, Colin, *The Colonialism of Human Rights: Ongoing Hypocrisies of Western Liberalism,* Cambridge, Polity Press, 2020 Posner, Eric, *The Twilight of Human Rights Law,* Oxford, Oxford University Press, 2014.

Sanders, Katherine, "'Beyond Human Ownership?' Property, Power and Legal Personality for Nature in Aotearoa New Zealand", *J. Envtl. L.*, núm. 30, 2018.

Schutter, Olivier de; Lusiani, Nicholas J. y Chaparro, Sergio, "Re-righting the International Tax Rules: Operationalising Human Rights in the Struggle to Tax Multinational Companies", *Int'l J. Hum. Rts*, núm. 24, 2020, DOI: 10.1080/13642987.2020.1816971.

Shakespeare, William, *King Lear: A Tragedy*, Londres, impresa por W. y J. Richardson y vendida por B. White, en Fleet-Street 1770, Acto III, Escena VI, punto 107.

Sikkink, Kathryn, The Hidden Face of Rights: Toward a Politics of Responsibilities, New Haven, Yale University Press, 2020.

Spalding, Andrew Brady, "Corruption, Corporations and the New Human Right", *Washington University Law Review*, núm. 91, 2014.

Stone, Christopher D., "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects", *S. Cal. L.*, núm. 45, 1972.

Stucki, Saskia y Kurki, Visa, "Animal Rights", en Sellers, Mortimer y Kirste, Stefan (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Heidelberg, Springer, 2020.

Sunstein, Cass, "Rights and Their Critics", *Notre Dame L. Rev.*, núm. 70, 1999 Mureinik, Etienne, "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights", *SAJHR*, núm. 10, 1994.

Waldron, Jeremy, "A Rights-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford J. Legal Stud.*, núm. 13, 1993.

Igualdad multidimensional (redistribución/reconocimiento/participación) para revisitar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas*

*Martín Aldao***
*Laura Clérico****

> "El Comité *continúa preocupado por la discriminación estructural de la cual continúan siendo víctimas los pueblos indígenas* [...]".[1]
>
> "Más allá de la trascendencia de la decisión de la Corte IDH para las comunidades de la Argentina y de la región, a Francisco[2] le importaba la dispu-

* Agradecemos a Paola Colombero, Anabella Viscelli, Liliana Ronconi, Violeta Radovich y Mariela Morales Antoniazzi la lectura y comentarios sobre el texto.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Teoría del Estado (UBA). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho (UBA).

*** Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Constitucional (UBA). Investigadora del CONICET/UBA. Profesora honoraria en Derecho Constitucional Comparado y Protección de Derechos Humanos (Friedrich-Alexander-Universität —FAU—, Erlangen-Núremberg).

1 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés), Observaciones finales sobre los informes periódicos 21º a 23º combinados de la Argentina, 11 de enero de 2017, CERD/C/ARG/CO/21-23, párr. 6 (cursivas añadidas).

2 Referente de la zona del chaco salteño, docente y fundador de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat.

> ta legal para equilibrar un poco las desigualdades estructurales que tienen en su vida cotidiana".[3]

I. Introducción y planteamiento del problema

América Latina y el Caribe es un territorio marcado por profundas desigualdades sociales y político-económicas leídas tanto en clave de distribución como de falta de reconocimiento y de oportunidades reales de participación.[4] Estas desigualdades persisten pese a los mayores (o menores) esfuerzos que se han intentado por medio de políticas públicas para atender a las formas más extremas de la desigualdad.[5] Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana (Corte IDH) remarcan, con matices, que la región interamericana es una de las más desiguales del mundo y está caracterizada por fuertes desigualdades económicas y sociales, y por patrones históricos de discriminación contra muchos colectivos, entre otros, los pueblos indígenas. Esto ha llevado a la CIDH y a la Corte IDH a sostener una ampliación de sus respectivos enfoques sobre desigualdad, desde la formal hacia la material y, asimismo, la desigualdad estructural e interseccional. La CIDH sostuvo recientemente que:

> [...] el sistema interamericano no solo ha recogido una noción formal de igualdad, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas

[3] Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), "Despedimos con tristeza a Francisco Pérez, luchador por los derechos de los pueblos indígenas", *https://www.cels.org.ar/web/2021/06/despedimos-con-tristeza-a-francisco-perez-luchador-por-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas/*

[4] Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, 2011.

[5] Barba Solano, Carlos y Cohen, Néstor, *Perspectivas críticas sobre la cohesión social. Desigualdad y tentativas fallidas de integración social en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2011.

> de equiparación. Por ello, se debe incorporar un enfoque interseccional y diferencial, incluyendo la perspectiva de género, que tome en consideración la posible agravación y frecuencia de violaciones a los derechos humanos en razón de condiciones de vulnerabilidad o discriminación histórica de las personas y colectivos como el origen étnico, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género o posición económica, entre otras condiciones [...].[6]

Este enfoque ampliado de desigualdad es necesario cuando se resuelven o analizan las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas. La Corte IDH aplica cada vez con mayor frecuencia el enfoque ampliado de desigualdad en su jurisprudencia;[7] sin embargo, a nuestro entender, no fue el caso en la sentencia *Lhaka Honhat vs. Argentina*, sobre derechos de pueblos indígenas u originarios.[8] Por ello, en este texto proponemos una lectura del caso desde la perspectiva de desigualdad estructural como no dominación o no sometimiento, para comprender que la desigualdad no solo es consecuencia de una distribución injusta de los bienes económicos y sociales, del reconocimiento,[9] sino también de los

---

6 CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", 2020.

7 Para un mapeo de la línea jurisprudencial sobre igualdad estructural e interseccional, véanse los párrs. 52-96 del voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C, núm. 407.

8 En el presente trabajo se hablará indistintamente de "pueblos originarios", "pueblos indígenas" o "comunidades indígenas". Sobre las posibles diferencias véase Stavenhagen, Rodolfo, "Las identidades indígenas en América Latina", *Revista IIDH*, núm. 52, 2010, pp. 171-191.

9 "[...] ser reconocido de forma errónea es [...] ser representado por unos patrones institucionalizados de valor cultural de un modo que impide la participación como igual en la vida social [...]". Para que la paridad participativa pueda darse, tienen que cumplirse dos condiciones: una objetiva y otra intersubjetiva. La objetiva señala que la "distribución de recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la 'voz' de todos los participantes". La intersubjetiva requiere que "los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social". Fraser, Nancy, "Justicia social en la era política de la identidad", en Fraser, Nancy y Honneth, A., *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico,* Madrid, Morata, 2006, pp. 36, 42 y 45.

canales de participación interpretados en sentido amplio, sean estos políticos y/o judiciales.[10] Esta última ampliación de las miradas sobre la desigualdad nos permite sostener las sombras que presenta la sentencia de la Corte IDH sobre derechos de los pueblos indígenas en el caso *Lhaka Honhat*, en especial,[11] en relación con algunos puntos referidos al derecho a la consulta y al derecho a la protección judicial a través de la acción de amparo. Si bien celebramos las luces de la sentencia, nos interesa también remarcar las sombras porque es fundamental, por ejemplo, que la Corte IDH desarrolle estándares claros acerca del amparo en materia de derechos de los pueblos o comunidades indígenas para que la protección judicial sea oportuna, eficaz y pertinente.

En otros trabajos nos detuvimos en las fórmulas y concepciones de la igualdad que se juegan en el contexto interamericano cuando se trata de los reclamos de los pueblos o comunidades indígenas sobre acceso a sus tierras ancestrales ante la Corte IDH.[12]

---

10 Aplicamos ya la propuesta de Fraser de igualdad como redistribución y reconocimiento para analizar los reclamos de los pueblos originarios en Schujman, Gustavo; Cardinaux, Nancy y Clérico, Laura, *Derechos humanos: conceptos, problemas y desafíos*, *http://campus.cepa.edu.ar*; Clérico, Laura, "Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones ius fundamentales y la desigualdad estructural", AA. VV., *La Corte y los derechos 2005/2007,* Buenos Aires, SXXI/ADC, 2008, pp. 478-494; Clérico, Laura, 2012; Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *cit*.; véase, además, Wences Simon, María Isabel, "Corte Interamericana de Derechos Humanos y pueblos originarios. Lecturas desde la teoría de la justicia de Nancy Fraser", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales,* vol. 23, núm. 46, 2021.

11 No se propone como un análisis integral de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos indígenas; no obstante, se abordará la problemática en la medida en que nos permitía retomar sentencias paradigmáticas en términos de aplicación del examen de igualdad, articulándolo con las nociones de redistribución y reconocimiento. Sobre análisis detallados de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia véanse, entre otros, CIDH, 2011; Gialdino, 2006, p. 1178; Nash Rojas, Claudio, 2003; Serrano Guzmán, Silvia, "La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH. Avances y retos pendientes", *DISCRIMINACIÓN*, México, SCJN, 2020.

12 Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *cit*.

Tomamos tres reclamos paradigmáticos de pueblos indígenas contra el Estado de Paraguay, uno contra el Estado de Ecuador y, finalmente, uno contra el Estado de Nicaragua. Sostuvimos que, si bien estos casos son contra tres Estados en particular, la negación al goce efectivo de este derecho colectivo atraviesa todo el contexto interamericano,[13] más allá de algunas particularidades,[14] y, por supuesto, el contexto argentino.[15]

Este es el contexto en el que leemos el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* resuelto por la Corte IDH en 2020, para resaltar sus luces, pero, a su vez, para visibilizar sus sombras. Sin duda, esta sentencia consolida la jurisprudencia sobre pueblos originarios y la exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), siendo a su vez el primer caso en varios sentidos relevantes:

Primeramente, cabe destacar que es el primer caso en el que la Corte IDH:

1) resuelve sobre pueblos indígenas *contra Argentina*;
2) desarrolla los *derechos de los pueblos indígenas* a la alimentación, al agua, a la protección del medioambiente,[16] a la cul-

---

13 Góngora-Mera, Manuel, "Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013; CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, industrias extractivas", 2016; CIDH, "Empresas y derechos humanos...", *cit*.

14 Véase Ramírez, Silvina, "Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales", en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. II, p. 921.

15 Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, *https://undocs.org/es/A/HRC/21/47/Add.2*

16 Yáñez Fuenzalida, Nancy, "Derechos indígenas a los recursos naturales, al agua y al medio ambiente en el derecho internacional", *Anuario de Derechos Humanos*, 2020, pp. 127-140. La autora resalta el "desarrollo de estándares específicos de derechos ambientales a pueblos indígenas, con el derecho al medio ambiente reconocido como un derecho autónomo que implica la protección de la naturaleza en sí misma y los elementos que la componen, independiente de si hay afectación directa a las personas como consecuen-

tura *como DESCA autónomos y, a su vez, interdependientes,* cuya exigibilidad directa deriva del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH);[17]

3) aborda un reclamo sobre 400 000 hectáreas, siendo "inédita la masividad de la extensión territorial"[18] sobre la que se dicta sentencia.

Por lo demás, el caso *Lhaka Honhat consolida* la jurisprudencia de la Corte IDH sobre:

4) el derecho a propiedad comunitaria indígena a la luz del artículo 21 de la CADH, sobre derecho de propiedad, interpretada esta como colectiva y comunitaria; y el derecho a la consulta eficaz y previa, a la luz del artículo 23 de la CADH.

Por último, y entonces las sombras en la sentencia, si bien la Corte IDH viene desarrollando una jurisprudencia notable en relación con los derechos de los pueblos indígenas, las referencias a la desigualdad en el fallo son escasas.[19] No forman parte ni del enfoque material central del caso ni del marco de referencia. El

---

cia del daño ambiental. También es relevante la relación que se observa en el derecho internacional entre identidad cultural y medio ambiente, para asegurar las formas de vida tradicionales de los pueblos indígenas, su soberanía alimentaria y su sustentabilidad hídrica".

17 Ronconi, Liliana y Barraco, María, "La consolidación de los DESCA en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*", *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 50, enero-junio de 2021; Cabrera, Ángel; Cerqueira, Daniel y Herencia, Salvador, "Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina", *Justicia en las Américas,* 30 de abril de 2020, *https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/*

18 Duarte, Matías; Morales, Diego y Schmidhuber Peña, Erika, "Argentina: una luz para los pueblos indígenas por un fallo sin precedente de la Corte IDH", CELS, 2020, *https://www.cels.org.ar/web/opiniones/argentina-una-luz-para-los-pueblos-indigenas-por-un-fallo-sin-precedente-de-la-corte-idh/*

19 No nos deja de llamar la atención, teniendo en cuenta que en reiteradas oportunidades es la propia Corte IDH y la CIDH quienes, con razón, sostienen que la desigualdad estructural atraviesa el goce efectivo de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, y que son discriminados en virtud de un patrón de discriminación histórica persistente en la actualidad.

enfoque concreto del caso está anclado más en la narrativa de los derechos que en la narrativa de las violaciones a los derechos, sumada a la desigualdad estructural en la que se encuentran para su goce efectivo.

Esta ausencia de referencias a la desigualdad estructural como marco para una mejor comprensión de las violaciones que atraviesan el caso no deja de llamar la atención. Entre muchas otras razones porque, como sostiene el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus Observaciones finales sobre Argentina:

> El Comité *continúa preocupado por la discriminación estructural de la cual continúan siendo víctimas los pueblos indígenas y los afrodescendientes,* así como la invisibilidad a la que se enfrentan estos últimos respecto a sus derechos. La discriminación estructural limita el acceso de los pueblos indígenas y de los afrodescendientes al cumplimiento de los estándares internacionales mínimos en el ámbito del desarrollo, incluidos los reflejados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El Comité lamenta la falta de acceso a servicios básicos de las comunidades indígenas, afrodescendientes y migrantes, particularmente aquellos en situación irregular. El Comité está especialmente preocupado por los casos de desnutrición de niños pertenecientes a comunidades indígenas. El Comité también lamenta las dificultades de acceso al agua de las comunidades indígenas, acceso que se ve además dificultado por la falta de titularización de sus tierras y las actividades de las empresas que explotan recursos naturales.[20]

Por ello, en este texto nos interesa sostener que dicho caso amerita ser leído/abordado también desde la desigualdad multidimensional, como sostuvimos en textos anteriores y cuyas lecturas convergen con similares líneas de investigación que se están dando en la región.[21] Para esto, se necesita revisitar las

---

[20] CERD, Observaciones finales sobre los informes periódicos 21º a 23º combinados de la Argentina, 11 de enero de 2017, CERD/C/ARG/CO/21-23, párr. 6.

[21] Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *cit.;* Wences Simon, María Isabel, "Corte Interamericana de Derechos Humanos y pueblos originarios...", *cit*., pp. 571-589.

concepciones materiales de igualdad para comprender que se requiere trabajar con aquellas que sostienen que la desigualdad no solo es ocasionada por una distribución injusta de los bienes económicos y sociales, del reconocimiento, sino también de los canales de participación (apdo. II). Recién con esta última ampliación de las miradas sobre la desigualdad estaríamos en condiciones de acoplar la lectura del caso *Lhaka Honhat* (apdo. III) a las que se vienen realizando de los nuevos casos llegados a la Corte IDH sobre pueblos indígenas para marcar sus luces (apdo. 3.1) y sus sombras (apdo. 3.2).

II. Desigualdad en la distribución, en el reconocimiento y en la participación

En una autocomprensión idealizada de las sociedades burguesas que sirvieron de matriz al constitucionalismo liberal, la igualdad es concebida como un presupuesto y no como una meta.[22] Esto tiene, al menos, dos consecuencias relevantes: en primer lugar, se asume que determinado *statu quo*, cortado a la medida de la imagen petrificada del varón blanco occidental, exitoso en su profesión o negocios, heterosexual, etc., constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad.[23] En este sentido, la igualdad es reconstruida en términos de no intervención estatal sobre una sociedad civil que es capaz de regularse autónomamente.[24] En segundo lugar, se atribuye al derecho y a la jurisprudencia un papel de preservación y restitución de este "orden natural", restringiendo las discusiones políticas —aquellas que excedan la mera restauración

22 Arendt, Hannah, *Sobre la revolución,* Madrid, Alianza, 2006, pp. 188 y ss.

23 En este sentido, es relevante señalar que lo que habitualmente denominamos "igualdad formal-legal" no es pura forma en términos absolutos, sino solo para aquellos que no encajan en el molde de la subjetividad liberal-burguesa; en otros términos, que aquellos que sí caben en esta no pueden sino verla como llena de contenido. Sin embargo, y por cuanto es mayor el número de excluidos que el de incluidos en este estrecho molde, decidimos mantener el uso habitual del término.

24 Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública,* Barcelona, Gustavo Gilli, 2004, pp. 112 y ss.

del equilibro natural entre oferta y demanda, por un lado, y derechos individuales (en su formulación clásica), por el otro— a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares. De este modo, no solo se cristalizan aquellas desigualdades invisibles a la matriz liberal-burguesa, sino que se aumenta la brecha entre unos y otros.[25]

Es en este contexto que de la igualdad se habla habitualmente en los registros del orden y la distribución, y desde la perspectiva de quien observa, por encima y desde afuera: igualdad de trato que "se dispensa", igualdad de oportunidades que "se distribuyen", ubicando a iguales y desiguales en el rol de sujetos "pasibles" de un reacomodamiento. Esta perspectiva, que ya impregna las miradas académicas sobre la igualdad,[26] se ve reforzada en general en el ámbito judicial, en el cual la igualdad aparece configurada como un problema que debe ser resuelto "desde afuera", por el tribunal.

Por el contrario, en su desarrollo histórico, la igualdad como problema siempre ha aparecido como un reclamo frente a una jerarquización que es considerada injusta: si bien la desigualdad es un cierto estado de cosas, la demanda igualitaria es un proceso que no puede ser reducido a una mera redistribución de recursos o derechos, que no dé cuenta del contexto, de los procesos, de las actrices y actores involucrados.

Anderson distingue dos facetas intrínsecas a toda demanda igualitaria: en un sentido "negativo", las demandas de igualdad apuntan a la eliminación de situaciones de opresión; en un sentido positivo, aspiran a un orden social en el que las personas se encuentren en pie de igualdad participativa, esto es, que las decisiones comunes sean tomadas con la participación de todos.[27] Esto

---

25 Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta,* Bogotá, Siglo de Hombres Editores-Universidad de los Andes, 1997; Young, Iris, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", *Ethics,* vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 250-274.

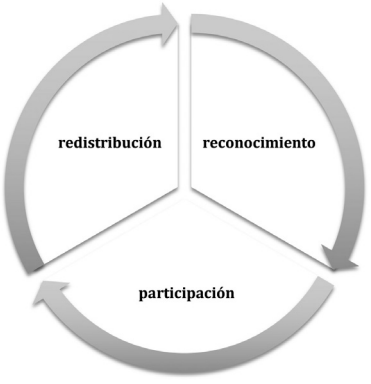
26 Anderson, Elizabeth, "What is the point of equality?", *Ethics*, The University of Chicago Press, vol. 109, núm. 2, enero de 1999, pp. 287 -312.

27 *Ibidem*, p. 313

implica: *a)* plantear el problema de la igualdad en términos no ya de restauración, sino de emancipación (de no dominación o no sometimiento); *b)* pensar la democracia no tanto como un hecho, sino como un proyecto en continua y constante realización, y *c)* establecer con mayor claridad la mutua implicación de ambas.[28]

En este sentido, tomarse la democracia en serio requiere integrar el principio de igualdad de modo tal que pueda dar efectiva cuenta del ideal de una sociedad de personas libres e iguales. Es en ese orden que se han ensayado diversas reconstrucciones del principio de igualdad, entre las que se destacan las nociones de igualdad multidimensional como:

Gráfico 1



Fuente: Fraser (2008). Elaboración propia.

La idea de *igualdad como redistribución*[29] apunta a los déficits que, en términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en personas propietarias, asalariadas y desposeídas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigente y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha

[28] Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *cit*.

[29] Arango Rivadeneira, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente,* México, Fontamara, 2012.

entre ricos y pobres. De este modo, se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso de trabajadores/as y desposeídos/as a las instancias de participación política, que son, a su vez, las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que *la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio fundamental para la solución de las desigualdades*. En este sentido, proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa, entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y consideran la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la desigualdad,[30] a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción. En clave de estudios de género, la igualdad como redistribución implica visibilizar y desarmar las relaciones de producción que invisibilizan los trabajos de cuidado y de reproducción, lo que requiere reconocerlo como trabajo, remunerarlo y redistribuirlo, para que no solo recaiga en el colectivo que por mandato social e histórico fue reducido a encargarse de ese trabajo.

Por su parte, la idea de *igualdad como reconocimiento* busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigente y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en las desigualdades de estatus dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo, también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hom-

[30] Fraser, Nancy, "Justicia social en la era política de la identidad", *cit.*, pp. 10-24.

bre blanco, occidental, heterosexual y exitista a las instancias de participación política, que, de nuevo, son las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia de que es *la transformación de los patrones de interpretación (y/o representación) cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido, proponen la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros.[31]

Sin embargo, como muestra Fraser, resulta cuando menos difícil, e incluso contraproducente, disociar las desigualdades materiales de las desigualdades simbólicas, puesto que estas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como multidimensionales. Así, la clase explotada pierde reconocimiento y las subjetividades despreciadas ven obstaculizado su acceso a los recursos.[32] Esto implica:

a) en lo que atañe a la igualdad, que esta deja de ser concebida como un valor definitivo al cual debe acercarse el estado de cosas vigente, para pasar a ser el *saldo provisorio de un debate que se encuentra abierto a la formulación de nuevos argumentos por aquellas personas o poblaciones que se encuentren excluidas*;

b) que la igualdad como tal debe ser construida en cada caso concreto, por cuanto parece ser la única forma viable de admitir la participación de aquellos inmediatamente implicados en la situación de desigualdad y, finalmente,

c) que *ninguna concreción del principio de igualdad puede ser considerada válida de modo definitivo, en un entorno democrático, sin la participación de aquellos que se encuentran en la situación concreta de disparidad*, como es el caso de los pueblos o comunidades indígenas en el contexto interamericano.

---

31 Fraser, Nancy, "Justicia social en la era política de la identidad", *cit.,* pp. 16-24.

32 *Ibidem*, p. 28; Saba, Roberto, "(Des)Igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (comps.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario,* Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 167.

III. *Lhaka Honhat* desde una mirada de desigualdad multidimensional. Luces y sombras

Una de las líneas jurisprudenciales más importantes de la Corte IDH (y, por supuesto, también de la CIDH en su amplia gama de producciones) es la referida a derechos de *comunidades o pueblos indígenas*.[33] El objetivo no es reconstruir todas esas líneas, sino tomar el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* para mostrar que puede ser leído desde el marco de la desigualdad, aunque este no haya sido el enfoque central de la Corte IDH. La finalidad es visibilizar lo que la Corte IDH deja en el tintero (apdo. 3.2).

Los reclamos son realizados por un colectivo que históricamente ha sido discriminado —tanto por el modelo distributivo

[33] En un trabajo, Góngora-Mera (*op. cit.)* realiza una clasificación interesante de los casos sobre comunidades indígenas y otros pueblos resueltos por la Corte IDH según diversas formas de discriminación estructural contra estos grupos: "despojo, *land grabbing*, y concesión ilegal de tierras a colonos y empresas —casos *Awas Tingni* (2001), *Yakye Axa* (2005), *Sawhoyamaxa* (2006) y *Xákmok Kasek* (2010)—; excesivo impacto de los daños ambientales derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios y desconocimiento sistemático de su derecho de consulta previa respecto del uso de recursos naturales en sus territorios y de políticas públicas, de inversión y desarrollo que puedan afectarlos —casos *Saramaka* (2012) y *Sarayaku* (2012)—; masacres y desapariciones forzadas contra miembros de comunidades étnicas —casos *Aloeboetoe* (1993), *Masacre de Plan de Sánchez* (2004), *Comunidad Moiwana* (2005, 2006) y *Tiu Tojin* (2008)—; reglas desventajosas para el acceso a procesos electorales —caso *Yatama* (2007)— y políticas estatales deliberadas para dejar sin representación política a los grupos étnicos, incluyendo el asesinato o la desaparición forzada de líderes indígenas —casos *Bámaca Velásquez* (2000, 2002), *Escué Zapata* (2007) y *Chitay* (2010)—; discriminación por el idioma —caso *López Álvarez* (2006)—; discriminación en el acceso a la justicia —caso Tiu Tojin--; violaciones sexuales contra mujeres indígenas por parte de miembros del Ejército —casos *Fernández Ortega* (2010) y *Rosendo Cantú* (2010)—; y altas tasas de mortalidad materna debido a la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o posembarazo —caso *Xákmok Kasek*—". Véase, además, Zimerman, Silvina, *Pautas para la creación de mecanismos de protección del derecho indígena a la tierra y al territorio en el Estado argentino según los estándares internacionales de derechos humanos,* Buenos Aires, 2013; Faundes Peñafiel, Juan Jorge y Ramírez, Silvina (eds.), *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina,* Santiago de Chile, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

como cultural y de participación política y judicial dominante— y las consecuencias perjudiciales de esa discriminación persisten en la actualidad. La desigualdad estructural[34] que padecen los pueblos originarios —y que está representada en el caso paradigmático de *Lhaka Honhat,* como antes fuera el caso de las comunidades indígenas de Paraguay— demuestra que no solo se trata de una distribución desigual de los bienes económicos y sociales (derecho a sus tierras), sino también de una distribución desigualitaria de la palabra para determinar, para discutir, cuáles son las necesidades y los intereses; por ejemplo, cómo quieren satisfacer su existencia de acuerdo con sus costumbres ancestrales ligadas al contacto con sus tierras, como lo advierte la Corte IDH en reiterada jurisprudencia:

> [...] existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es me-

[34] Véase "Caracterización de discriminación estructural", en Góngora-Mera, Manuel, *op. cit.*: "Estas desigualdades no son meramente producto de desventajas históricamente acumuladas sino de patrones de conducta y normas contemporáneas que configuran desventajas estructurales contra ciertos grupos y que pueden llegar a amenazar su existencia misma. Indicadores significativos a este respecto son, entre otros: 1) el estado de miseria y extrema pobreza de ciertos grupos etno-raciales al interior de un país; 2) su particular indefensión y victimización en contextos de violencia, en parte debido a patrones de impunidad sistemática derivados de barreras socio-económicas y culturales para acceder a la justicia y a la falta de efectividad de las medidas de protección que se adoptan; 3) la criminalización de sus protestas así como la persecución y hostigamiento de sus líderes; y 4) el impacto diferenciado en materia de costos ambientales frente a proyectos de inversión de interés general como la explotación minera, petrolera y maderera, agroindustrias, y megaproyectos energéticos y de infraestructura (v. gr. impactos negativos en términos sanitarios y nutricionales; destrucción y contaminación de su ambiente tradicional; agotamiento de los recursos para su subsistencia física y cultural; desorganización de los roles sociales tradicionales)".

> ramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras [...].[35]

En este punto, resulta pertinente volver sobre la propuesta de Fraser,[36] que distingue (para luego combinarlas) dos concepciones amplias de la injusticia que generan desigualdades importantes. Como advertimos en este trabajo, la primera de ellas es la injusticia socioeconómica, arraigada en la estructura político-económica de la sociedad respecto de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la negación sistemática de los actores estatales y de los grupos económicos de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, lo cual repercute en la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna de acuerdo con sus costumbres). La segunda es la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los patrones sociales dominantes en una sociedad desde la que se interpreta, por ejemplo, cuáles son las necesidades de los pueblos originarios, sin que su voz sea escuchada en el proceso de decisión (ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto, e incluye la discriminación de pueblos originarios). En forma expresa lo sostienen dos líderes de Lhaka Honhat, Francisco Pérez y Rogelio Segundo, en las audiencias testimoniales celebradas por la Corte IDH en

---

35 Corte IDH. *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párr. 86, con cita de *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párr. 90.

36 Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta, cit*., p. 23; Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *cit*.; Wences Simon, María Isabel, *op. cit*.; Salas Aistrain, Ricardo, "Justificación de las identidades culturales, teoría crítica intercultural y derechos humanos", en Faundes Peñafiel, Juan Jorge y Ramírez, Silvina (eds.), *op. cit*.

2019.[37] Es necesario que los pueblos originarios sean escuchados para que se "respeten" las condiciones que posibilitan su autoabastecimiento, lo que implica *escuchar* sus necesidades e intereses desde otros patrones culturales,[38] que no responden al dominante del "hombre blanco occidental de clase media", que suele tener una visión mercantilista del uso y goce de los bienes.[39]

Así, los pueblos originarios no solo son víctimas de violaciones a sus derechos que implican una injusticia cultural o simbólica, sino también de una injusticia socioeconómica. La falta de consideración de sus identidades y de posesión de sus tierras[40] actúa conjuntamente para seguir produciendo una desigualdad, incluso agravada.[41] Para remediarla, se requiere que las exigencias de reconocimiento cultural se integren con las pretensiones

37 Agradecemos a Paola Colombero que nos haya sugerido incluir esta referencia. Además, véase análisis de la audiencia desde una mirada antropológica en Carrasco, Morita, "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat *vs.* Argentina: una lectura etnográfica de la audiencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Faundes Peñafiel, Juan Jorge y Ramírez, Silvina (eds.), *op. cit*.

38 Según informes de antropólogos que trabajan en las comunidades indígenas del Chaco y Formosa, "el hambre es el resultado de un problema integral cuya solución exige que las organizaciones y los mismos indígenas sean reconocidos como protagonistas". *Diario Página 12*, "Narrar el hambre", 13 de octubre de 2007.

39 Como advierte la Comisión en el caso, esto implica escuchar a los representantes de la Comunidad cuando agregan que "[l]a visión mercantilista del valor de las tierras, que es entendida únicamente como medio de producción para generar 'riquezas', es inadmisible e inaplicable cuando se aborda la cuestión indígena, pues supone una visión limitada de la realidad, al no contemplar [la] posibilidad de una concepción distinta a nuestra manera 'occidental' de ver las cosas del derecho indígena; sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, significaría hacer ilusoria la definición de que el Paraguay es un Estado pluricultural y multiétnico, echando por tierra los derechos de miles de personas que habitan el Paraguay y l[o] enriquecen con su diversidad". Corte IDH. *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay..., cit.,* párr. 148.

40 Zimerman, Silvina, *op. cit*.

41 Carrasco, Morita y Ramírez, Silvina, "Somos un pueblo, precisamos un territorio porque allí es donde se da la vida indígena; sin territorio no hay identidad como pueblo. Buen vivir en Argentina", *Revista Pueblos y Fronteras Digital,* año X, núm. 19, 2015, pp. 28-51.

de redistribución socioeconómica. Padecen tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo y/o insuficiente reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra. Por eso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas. Es decir, solo son respetuosas de los derechos de los pueblos originarios aquellas soluciones que implican una mejor distribución de los bienes económicos y sociales, pero que, a su vez, los incluyan en el proceso de toma de decisiones y se tenga en cuenta su interpretación de sus necesidades, intereses y proyectos como comunidad.[42]

3.1. Luces

En concreto, en el caso se trata de que sea reconocida a las comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete) la propiedad de sus tierras ubicadas en la Provincia de Salta, en el norte de Argentina, y más precisamente en el límite con Paraguay y Bolivia.[43] Queda acreditado que,

---

42 Clérico, Laura, "Las otras caras de los derechos sociales...", *cit*.

43 Un estudio en profundidad de este reclamo histórico con inclusión de un enfoque antropológico puede verse en Carrasco, Morita, "Derechos territoriales y estrategias políticas: el caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat", en Aylwin O., José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno,* Temuco, Instituto de Estudios Indígenas-Universidad de la Frontera, 2004, pp. 121-123; Carrasco, Morita, "Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio indígena. Estudio de caso: *Lhaka Honhat c/Estado Argentino*", Buenos Aires, La Ley-Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014; Carrasco, Morita y Zimerman, Silvina, "El caso Lhaka Honhat. Argentina. Informe IWGIA 1", Copenhague, IWGIA, 2006. Para un análisis etnográfico de la audiencia pública en el caso resuelto por la Corte IDH véase Carrasco, Morita, "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat *vs.* Argentina...", *cit*., y sobre la función de los *amici curiae* para acercar enfoques de las ciencias sociales para enriquecer el abordaje judicial de estos casos véase Carrasco, Morita y Ramírez, Silvina, "*Amicus curiae* como estrategia de acercamiento entre las ciencias sociales y el derecho", Ponencia presentada en las III Jornadas de Antropología Jurídica, UNSAM-UBA-CONICET, 2014.

por lo menos desde 1629, hay presencia indígena y de modo constante en la zona. La Corte IDH estableció que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria (art. 21 CADH), por no haber garantizado la seguridad jurídica a la misma. Además, permitió que en las mismas permanecieran pobladores no indígenas. La violación del derecho estaba dada porque el Estado argentino:

a) no generó normas adecuadas para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria;
b) no llevó a cabo la titulación adecuada, delimitación y demarcación de la propiedad comunitaria, y[44]
c) no cumplió "su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas", en relación con la construcción de un puente internacional.[45]

Por ello, ordenó como medida reparatoria, entre otras, que el Estado *debía adoptar* "*las medidas legislativas y/o de otro carácter* que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena", y aclaró que esto incluye la participación efectiva de las comunidades indígenas respecto a la realización de actividades que puedan afectar la integridad de las tierras y recursos naturales, lo que conlleva, en las circunstancias pertinentes, la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas. Así, confirmó que "las medidas legislativas y/o de otro carácter que el Estado debe adoptar [...] deben ser aptas para posibilitar medios adecuados de reclamación y reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena, en una forma

[44] La Corte IDH ordenó como medida reparatoria que delimite, demarque y otorgue la titulación adecuada. Sobre el plazo dado al Estado para cumplir: "Si bien el Estado tiene un plazo máximo de seis años para cumplir, la realidad que enfrentan las comunidades indígenas se va empeorando rápidamente. A pesar de la fortaleza de Lhaka Honhat, especialmente la de sus líderes, seis años en una lucha que lleva décadas parece una eternidad". Duarte, Matías; Morales, Diego y Schmidhuber Peña, Erika, *op. cit*.

[45] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 400, párrs. 164, 165 y 184, punto resolutivo 15.

que dote de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria considerando sus diversos elementos [...]".[46]

A su vez, el problema radica en los plazos de duración del proceso. El reclamo indígena registra más de 28 años. La Corte resolvió, asimismo, que las autoridades judiciales no siguieron un plazo razonable en la tramitación de una causa judicial en la que se decidió dejar sin efecto normas relativas a adjudicaciones fraccionadas de tierra (arts. 8 y 25 CADH).

A la luz del artículo sobre DESCA (art. 26 CADH), la Corte determinó que el Estado no adoptó medidas estatales efectivas para detener actividades causantes de violaciones estatales a los derechos a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua. En específico, el Estado no pudo evitar que terceros realizaran tala ilegal, así como otras actividades desarrolladas en el territorio por población criolla, ganadería e instalación de alambrados. Estas actividades implicaron afectaciones al medioambiente, impactando así en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en el acceso al agua, repercutiendo, de esta manera, en la forma de vida de las comunidades indígenas y en su identidad cultural.[47]

---

46 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.* Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020, párrs. 20-30. Véase CELS, "Más derechos para las comunidades indígenas por una nueva interpretación de la sentencia de *Lhaka Honhat*", 2020, *https://www.cels.org.ar/web/2020/12/mas-derechos-para-las-comunidades-indigenas-por-una-nueva-interpretacion-de-la-sentencia-de-lhaka-honhat/*: "La implementación de dicha consulta implica la creación de mecanismos a niveles provincial y nacional que abren el camino para otras comunidades que se encuentran en conflicto territorial con el Estado. Argentina, entonces, debería convertirse en uno de los pocos países de la región en tener legislada la consulta libre, previa e informada, un paso más hacia el respeto y la garantía de la propiedad indígena y en pleno derecho de los pueblos indígenas".

47 Al respecto véase Ramírez, 2020, quien, desde un *enfoque de pensamiento situado,* entiende que la idea de "identidad cultural" implica que los pueblos indígenas "puedan seguir siendo lo que son". Estos es, "el respeto a los derechos territoriales, al derecho a la consulta —junto con el consentimiento previo, libre e informado—, el derecho a decidir autónomamente sobre su modelo de desarrollo van configurando un sentido potente y robusto de la identidad cultural".

3.2. Sombras

Respecto de la participación y el derecho a la consulta previa e informada, realizamos algunas notas y preguntas exploratorias sobre el caso en concreto. Estas notas y preguntas pueden ser leídas en clave de consolidación de su jurisprudencia, pero, a su vez, de alguna sombra en relación con la inclusión de análisis de contexto y con la distribución de la carga de la prueba en temas muy específicos. Estas lecturas se hacen teniendo en cuenta la desigualdad estructural en la que se encuentran las comunidades indígenas en Argentina, tal como lo expusimos en apartados anteriores.

La Corte IDH consolida el reconocimiento del contenido amplio de las obligaciones establecidas por el artículo 23 de la CADH,[48] sobre derechos políticos y participación; sin embargo, nos preguntamos si, cuando se hila fino, no ha perdido alguna oportunidad de avanzar sobre el modo en que la desigualdad estructural de los pueblos indígenas afecta su posición en el proceso.

Por un lado, resaltamos las luces argumentativas en la relación derecho de propiedad comunitaria y consulta previa e informada. En lo referente a la construcción del Puente Internacional y obras conexas implementadas por el Estado argentino en el territorio de las comunidades, aplica un escrutinio intenso a favor de las comunidades indígenas, delegando al Estado la obligación de probar la realización efectiva de la consulta previa e informada.[49] Así, a nuestro entender, se hace cargo del planteamiento

[48] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párrs. 174 y 184.

[49] *Ibidem,* párrs. 182 y 183. Véase Ramírez, 2020, p. 73, sobre el derecho a la consulta como un derecho de los pueblos indígenas que implica obligaciones estatales de respetar, pero también de generar las condiciones materiales para que las comunidades indígenas puedan "hacer escuchar su voz gestando espacios de interculturalidad", ya que "no solo contribuye muchas veces a destrabar los conflictos, sino que contribuye a fortalecer la democracia". Reconoce la labor jurisprudencial de la Corte IDH en el desarrollo de los estándares y, en atención al contexto, sostiene que este derecho se relaciona estrechamente con "los derechos territoriales y a la gestión de los recursos naturales. Precisamente, porque en la actualidad se impone un modelo de desarrollo basado en actividades extractivistas que asolan los territorios demandados por pueblos indígenas, la posibilidad de

de desigualdad estructural multidimensional respecto de la relevancia de los dispositivos específicos necesarios para garantizar la paridad participativa de los colectivos en situación de desigualdad estructural a través de las "tres garantías": *a)* el aseguramiento de la participación efectiva y de que los mecanismos de participación se conformen a las costumbres y tradiciones del pueblo afectado; *b)* la realización de un estudio de impacto ambiental independiente como condición previa para toda intervención sobre el territorio, y *c)* la constatación de que las comunidades indígenas se beneficien razonablemente de la intervención.[50] En este sentido, aplica un escrutinio intenso al evaluar el mecanismo de la consulta previa e informada, reconociendo la situación de desventaja estructural del colectivo denunciante.[51]

Por lo demás, identificamos las sombras en la argumentación que juegan en desmedro de la comunidad indígena cuando se hila más fino, es decir, si bien la sentencia en su conjunto consolida la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos de comunidades indígenas, no deja de tener sus puntos débiles. Por ejemplo, en lo específico, excluye la consideración del argumento esgrimido

---

ser consultados, y de decidir sobre su propio desarrollo, se convierte en una llave que abre la puerta a la protección y defensa de sus territorios. El derecho a la consulta está íntimamente vinculado y va de la mano, con el consentimiento previo, libre e informado. En algunos casos específicos descriptos en la normativa y jurisprudencia se requiere insoslayablemente del acuerdo expreso de las comunidades indígenas. Esto *interpela fuertemente a los estados*, que ven en estos derechos obstáculos insalvables al desarrollo de la explotación de los recursos naturales (la explotación y el despojo)" (cursivas añadidas). CIDH, *Empresas y derechos humanos..., cit.;* CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes..., cit*.

50 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...., cit*., párr. 174.

51 A nuestro entender, es coherente y sostiene en este punto la línea jurisprudencial progresiva establecida en el caso *Yatama vs. Nicaragua*. Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *cit*.; Quintana Osuna, Karla y Góngora Maas, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017; Sahuí, Alejandro, "Democracia y Corte Interamericana de Derechos Humanos: participación, oposición y acceso a la justicia", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, vol. 23, núm. 46, 2021.

por los representantes de las comunidades respecto de las talas realizadas para la obra de la ruta provincial 54: "los representantes señalaron que esta intervención causó la tala de árboles para la quema de ladrillos en Misión La Paz, y también que no tuvieron respuesta del pedido de información que efectuaron".[52]

Dos estrategias argumentativas son utilizadas por la Corte IDH para no tratar en lo específico este reclamo. La primera es normativa y abre una puerta que puede restringir los escenarios de consulta previa e informada hacia el futuro. La segunda se refiere a cómo distribuye la carga de la prueba sobre la tala.[53] Las dos operaron en desmedro de lo esgrimido por la comunidad indígena. La primera se podría reconstruir en los siguientes pasos:

a) las obras realizadas sobre la ruta 54 son "mejoras" de las existentes.[54] Entonces,

b) la Corte entiende que, "de acuerdo con las circunstancias", "puede ser pertinente en relación con el derecho a la consulta" diferenciar entre mejora o mantenimiento de obras ya existentes y realización de obras o proyectos nuevos. La Corte no justifica por qué puede "ser pertinente" hacer esta diferencia. Esto no es una cuestión menor, porque a renglón seguido dirá, restringiendo los escenarios de consulta, que:

---

52 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...., cit.,* párr. 178.

53 Sobre el tratamiento de la tala en el contexto de los arts. 21 y 23 de la CADH, en comparación con su tratamiento en el marco del art. 26 de la CADH, véase Anexo I.

54 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párr. 178: "La Corte advierte que el Estado ha aclarado que las obras realizadas fueron sobre el trazado previamente existente de la ruta. Es decir, no se habría tratado de obras estrictamente nuevas, sino de mejoras de otras ya existentes. En una comunicación del Secretario General de la Gobernación de Salta se explicó que 'no se trat[ó] de la apertura de una nueva ruta, sino del mejoramiento de la actualmente existente' y que fueron trabajos hechos 'en acuerdo con los habitantes' y 'necesarios e impostergables para permitir la continuidad del acceso de los pobladores a los servicios de salud y educación que brinda el Estado – derechos elementales [...] en una zona de alto índice de pobreza'. Con referencia a la Nota de la Secretaría General de Gobernación al Canciller, de 21 de febrero de 2005. Expediente de prueba, anexo I.19 al escrito de solicitudes y argumentos, fs. 32.012 a 32.014.

c) "En ese sentido, no siempre actividades tendientes solo al adecuado mantenimiento o mejora de obras requerirán arbitrar procesos de consulta previa. Lo contrario podría implicar un entendimiento irrazonable o excesivo de las obligaciones estatales correlativas a los derechos de consulta y participación, cuestión que debe evaluarse de acuerdo con las circunstancias particulares".

Si bien la Corte IDH no ahonda en este punto, está modulando el estándar de consulta previa para restringirlo cuando se trata de "mejora" y no de obra nueva, jugando esto, a la postre, en contra del colectivo en situación de desigualdad estructural.

La segunda estrategia se refiere al impacto de lo que calificó como "mejora" de la ruta. La Corte sostiene que: "En el caso, aunque los representantes mencionaron que las obras requirieron la tala de árboles, no ahondaron en la precisión sobre la magnitud de ese impacto". Sin embargo, no queda claro qué estándar aplica para evaluar el "ahondamiento" en la precisión sobre la "magnitud del impacto".

La tala en sí misma genera impacto, pedir a la comunidad en situación de desventaja estructural que ahonde en esa magnitud y, aún más, sin fijar el estándar de cuándo se cumple con el ahondamiento, implica poner el peso de la carga de la prueba en las víctimas[55] y, a su vez, sin determinar qué "ahondamiento" debe demostrar para satisfacer el estándar no explicitado por la Corte IDH.

Luego, la Corte IDH concede en su argumentación que "no consta que las autoridades respondieran puntualmente la nota de los representantes pidiendo información"; sin embargo, considera relevante que las autoridades "manifestaron que las obras se estaban haciendo 'en acuerdo con los habitantes'". Admite que "este último señalamiento es insuficiente para dar cuenta de procesos de consulta que pudieran haberse efectuado". Hasta aquí cualquiera diría que:

i) no hubo consulta;
ii) el Estado no demostró que hubiera habido consulta, y
iii) con un mero dicho estatal no basta.

[55] *Ibidem,* párr. 179.

Empero, la Corte IDH se dispensa de seguir evaluando la afectación a ese derecho en este punto específico, por ser "insuficiente la información y argumentación de los representantes". Sin embargo, ¿qué es suficiente para la Corte? Presume la legitimidad del acto estatal nada más ni nada menos en un escenario en donde las comunidades indígenas se encuentran en una situación de desigualdad estructural. Concluye que "A partir de ello, y teniendo en cuenta que se trató del mantenimiento o mejora de obras que ya existían, [...] no tiene suficientes elementos para determinar una lesión al derecho de participación y consulta en perjuicio de comunidades indígenas". No obstante, esta conclusión se basa en argumentos muy endebles.

La Corte IDH evita pronunciarse sobre el derecho a la participación en relación con proyectos u obras sobre la propiedad comunitaria respecto de la ruta nacional 86 o la explotación de hidrocarburos. Respecto de la ruta 86,[56] la Corte IDH afirma que estos hechos no se encuentran suficientemente probados, interpretamos, trasladando así a los denunciantes la carga de la prueba.

Por cuanto ve a la explotación de hidrocarburos, los excluyó de su tratamiento por tratarse de "hechos [que] no solo son posteriores a aquellos narrados en el Informe de Fondo, sino que también son independientes de los mismos". En la primera parte de la sentencia sostiene:

> [...] En efecto, el Informe de Fondo mencionó diversas obras o proyectos sobre el territorio, [...] la "construcción y ensanchamiento" de rutas y la exploración de hidrocarburos. La Corte encuentra que los hechos señalados por los representantes respecto al gasoducto o a la urbanización indicada *no resultan una evolución de los mismos hechos contenidos en el Informe de Fondo, ni son circunstancias complementarias a estos que resulten en una mayor explicación de los hechos que señaló la Comisión*. Se trata, por el contrario, de *hechos que si bien podrían relacionarse con la propiedad comunitaria reclamada, o con derechos relacionados con la misma, constituirían en su caso afectaciones nuevas y distintas a las que la Comisión sometió a conocimiento de la Corte*. Por ello, este Tribunal entiende que los aducidos hechos vinculados a la construcción de un gasoducto en 2015 [...]

[56] *Ibidem*, párr. 176. Véase especialmente la n. 165.

> no forman parte del marco fáctico del caso. Por ello, tampoco integra el marco fáctico una acción administrativa que los representantes adujeron que se presentó en julio de 2015 respecto al gasoducto. *Tales circunstancias fácticas, así como las alegaciones referidas específicamente a ellas, no serán analizadas.*[57] (Cursivas añadidas)

El argumento para excluirlos es que se trataría de afectaciones "nuevas y distintas".[58] En el mérito de la sentencia, las excluye porque "entiende" que la CIDH y las partes "no han presentado información y argumentaciones precisas y suficientes".[59] Y a pie de página lo trata al pasar: "Si bien los representantes indicaron que las actividades de exploración habían comenzado en 2001, no efectuaron precisiones respecto a la zona, y surge de señalamientos estatales que '[n]o se inició el proceso de exploración en el territorio de las comunidades'. Además, la Corte nota que el Estado, luego de una solicitud de los representantes, decidió trasladar los trabajos fuera del territorio indígena, lo que fue indicado por los propios representantes".[60]

Esta visión restringida del "marco fáctico" del caso, que ya señalamos respecto del caso *Atenco vs. México* y *Campo Algodonero vs. México*,[61] no es adecuada para abordar casos que involucran colectivos en situación de desigualdad estructural. Por un lado, implica privilegiar una interpretación formal y abstracta del principio de igualdad;[62] en desmedro de una interpretación material que apunta a lo fáctico, para tener en cuenta la desigualdad de armas de las partes en el proceso y reflexionar sobre los marcos interpretativos adecuados para compensarlas. Por otro lado,

---

57 *Ibidem*, párr. 23.

58 *Idem*.

59 *Ibidem*, párr. 176.

60 *Ibidem*, nota a pie de página 166.

61 Clérico, Laura y Novelli, Celeste, "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para reescribir el caso *Campo Algodonero* sobre violencia de género", *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2016, pp. 453-487.

62 Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *cit.*, p. 166.

las violaciones a los derechos humanos de colectivos en situación de desigualdad estructural no son hechos aislados, sino que deben ser enmarcados en una serie de acciones y omisiones, estatales y sociales, de carácter precisamente estructural, y por eso se requiere la inclusión de análisis de contexto ampliado.[63] En este sentido, los hechos que llegan a la Corte IDH son, usualmente, los síntomas más graves y más evidentes de procesos sistémicos de discriminación previos a la denuncia[64] y que siguen operando con posterioridad a las sentencias.[65] Por ende, la aplicación de un criterio restrictivo del "marco fáctico", que no incluye un análisis de contexto ampliado, opera como una negación de la situación concreta que atraviesan estos colectivos, y que se suma a la serie de negaciones y obstáculos[66] que han tenido que superar hasta llegar a la jurisdicción de la Corte IDH en su paso por la CIDH.

Por último, esa falta de inclusión de una mirada de desigualdad estructural no permite a la Corte IDH evaluar con detenimiento las alegaciones realizadas por los representantes de las víctimas sobre la violación del derecho a la protección judicial. En específico, sostuvieron la falta de idoneidad y efectividad de los recursos disponibles para la salvaguarda de los derechos de las comunidades indígenas cuando estos se encontraban amenazados o habían sido violados. Además, agregaron que "[e]n un momento de extrema vulnerabilidad, los tribunales de justicia se convirtieron en artífices de la transgresión de derechos, y pro-

63 Aldao, Martín y Clérico, Laura, "La igualdad des enmarcada: a veinte años de la reforma constitucional Argentina de 1994", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, núm. 13, 2014, pp. 6-30.

64 Carrasco, Morita, "Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio indígena...", *cit*.

65 Sobre la opresión estructural de estos colectivos véase Young, Iris, "Polity and Group Difference...", *cit*. Sobre la necesidad de un enmarcamiento diferenciado en casos que involucran desigualdad estructural véase el análisis comparado de *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* en Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *cit*.

66 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...., cit*., párrs. 297-299.

fundizaron aquella vulnerabilidad".[67] Respecto de la vía del amparo interpuesto contra la construcción del puente y para que se ordenara la suspensión inmediata de la obra, recordaron que la Corte provincial de Salta lo había declarado inadmisible, por entender que el asunto requería mayor "debate y amplitud de prueba", y que el acto atacado carecía de "ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta". Es decir, hasta aquí la acción no fue idónea para discutir el fondo del asunto. Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó un recurso de queja contra esta decisión. Nuevamente, tampoco se discutió en esta instancia el fondo del asunto. Entonces, ¿qué acción tendrían las comunidades indígenas? ¿Cuál sería la protección judicial efectiva en el orden interno? La Corte IDH relativizó, a nuestro entender, este reclamo. Observó "que el amparo intentado no causó el resultado esperado por Lhaka Honhat, pero eso no demuestra por sí solo que el Estado no haya proveído acciones judiciales adecuadas y efectivas. [...] La decisión de la CJS indicó que la vía procesal intentada por Lhaka Honhat no era la correspondiente. No han sido presentados a la Corte Interamericana argumentos sobre la inexistencia de otras vías judiciales o sobre su inefectividad. Por eso, este Tribunal no puede entender que el rechazo del amparo implicara la negación del derecho a la protección judicial".[68]

Sin embargo, en ninguna instancia pudieron discutir lo solicitado. La Corte provincial había declarado el amparo inadmisible porque el acto atacado carecía de "ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta" y porque la cuestión del caso requería "mayor debate y prueba"; no obstante, no se entiende en el caso qué es lo que requería mayor debate y prueba que no hubiera podido ser dilucidado en el marco del amparo. Por qué la Corte IDH delega a los representantes la carga de probar que no existían otras vías idóneas, si es de amplio conocimiento en la región que la acción de amparo es la vía para discutir la violación a los derechos. Además, ello no es pertinente a la luz de la desigualdad existente entre las partes, comunidades indígenas y Estado. Si la acción de amparo es una de las vías de protección de los derechos por excelencia, entonces corresponde al Estado demostrar que existía otra vía judicial, es

[67] *Ibidem*, párr. 291.

[68] *Ibidem*, párrs. 297-299.

decir, una vía judicial provincial más idónea para la protección de los derechos en el caso, extremo que resulta, para el Estado, difícil de probar, porque la vía ordinaria no es la más idónea, ya que no es ni expedita ni rápida en comparación con la del amparo. Ya en 2012, la Relatoría especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU sostenía, luego de una visita a Argentina, que

> [...] En general, los pueblos indígenas enfrentan varias barreras para acceder a la justicia, incluyendo barreras lingüísticas, culturales, económicas y de distancia. En particular, se ha reportado que *la mayoría de los tribunales provinciales desconocen o no consideran debidamente la legislación nacional e internacional sobre pueblos indígenas*, principalmente respecto de los derechos a las tierras y los recursos naturales. [...] A lo largo del país, los tribunales han tendido a favorecer los derechos de propiedad privada de individuos o empresas por encima de las formas colectivas de propiedad indígena. Todavía existen pocos fallos que protegen los derechos de los pueblos indígenas.[69] (Cursivas añadidas)

Este contexto, sumado a lo alegado por los representantes de las víctimas respecto de la situación de vulnerabilidad, requería una mirada del caso desde la desigualdad estructural para evaluar cómo las desigualdades existentes impactan *en los hechos* en la apertura y tramitación de acciones judiciales rápidas (amparo y cautelar). En este sentido, no deja de llamar la atención que cuando la Corte IDH adelanta en el caso los estándares que usará para evaluar el reclamo en concreto, no haya estimado relevantes aquellos que se refieren en forma más específica a comunidades indígenas en contextos de desigualdad.[70] Así, la Corte IDH debe-

[69] Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya..., *cit*.

[70] A los efectos de ilustrar el contrapunto, reproducimos los dos párrafos con los estándares que utiliza la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat*, párrs. 294 y 295: "294. Respecto de las garantías judiciales comprendidas en el artículo 8.1 de la Convención, esta Corte ha entendido que el debido proceso legal 'abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial'. Por otro lado, el artículo 25 de la Convención contempla 'la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente'. Los artículos 8, 25 y 1 se encuentran interrelaciona-

ría explicar por qué no incluyó el siguiente estándar, que en especial se resalta con cursiva: "[...] *el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial* sean 'verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación'".[71] Esto quiere decir que no basta con que los recursos existan formalmente, sino que, para que estos puedan considerarse efectivos, *los mismos deben reconocer y resolver los factores de desigualdad real de los justiciables*, dando resultados o respuestas a las violaciones de los derechos humanos contemplados en la Convención. De este modo, el Tribunal ha declarado que "la inexistencia de un *recurso efectivo* contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar".[72] Si bien en el caso existía

---

dos en la medida que '[l]os [...] recursos judiciales efectivos [...] deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, [...] dentro de la obligación general a cargo de los [...] Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)'. La efectividad de los recursos debe evaluarse en el caso particular teniendo en cuenta si 'existieron vías internas que garantizaran un verdadero acceso a la justicia para reclamar la reparación de la violación'. 295. La Corte ha precisado que el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridades que consideren violatorios de sus derechos 'independientemente de si la autoridad judicial declarare infundado el reclamo de la persona que interpone el recurso por no estar cubierto por la norma que invoca o no encontrare una violación del derecho que se alega vulnerado'. En esta línea, el Tribunal advierte que los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho de obtener respuesta a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales, ya que la eficacia del recurso implica una obligación positiva de proporcionar una respuesta en un plazo razonable".

71 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*..., *cit*., párr. 177; *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 303, párr. 177.

72 Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329, párrs. 293, 294, 299 y 317; OC-9/87. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión consultiva de 6 de octubre de 1987. Serie A, núm. 9, párr. 24, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 237.

la vía de la acción de amparo y la vía cautelar, las víctimas reclamaban que no eran efectivas porque —entendemos— en ninguna de las instancias intentadas pudieron discutir la violación a los derechos esgrimidos. Insistimos, el problema radica en que la Corte IDH elude mirar dicho reclamo desde la desigualdad.

La Corte IDH dejó pasar una oportunidad para seguir desarrollando qué implica garantizar vías judiciales idóneas y efectivas para la protección judicial de los derechos de las comunidades indígenas en la región, a la luz de las particularidades del caso *Lhaka Honhat*. Esto no es un asunto menor. Si las acciones fueran idóneas, las comunidades lograrían una respuesta efectiva en el orden interno para discutir la exigencia de fondo, que, después de todo, es lo que importa. La eficacia judicial en casos de derechos de comunidades indígenas individuales es fundamental. De lo contrario, se propicia un ambiente de tolerancia hacia el accionar estatal que facilita que las violaciones a los derechos vuelvan a ocurrir.[73]

IV. Consideraciones finales

Una interpretación multidimensional del principio de igualdad no solo implica evaluar la desigualdad material, la desigualdad simbólica y la desigualdad en la participación, sino también *poner en cuestión los marcos* desde y/o dentro de los cuales se discuten las vulneraciones de derechos.[74] Así, si tomamos en consideración los obstáculos estructurales que afectan a los pueblos indígenas en las sociedades de la región, no solo deberíamos rever los mecanismos de participación (consulta previa e informada) y los marcos normativos insuficientes para garantizar su derecho a la propiedad comunal, sino también los esquemas procesales a los que recurren los tribunales para evaluar los casos de las comunidades indígenas. Insistimos, el caso lleva 28 años de tramitación. De otro modo se estaría asumiendo una paridad participativa y procesal ficticia entre los Estados y las víctimas.[75]

---

73 Este argumento en Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia..., cit.,* párr. 317.

74 Véase Aldao, Martín y Clérico, Laura, "La igualdad des enmarcada...", *cit*.

75 La reticencia para evaluar el contexto de desigualdad estructural de las violaciones a los derechos humanos por parte de la Corte IDH no solo afecta

En suma, toda esta reconstrucción nos permite sostener que la insuficiencia de medidas estatales puede provenir de la falta de distribución de bienes económicos y sociales y, asimismo, de la insuficiencia por falta de reconocimiento, lo cual afecta la "paridad participativa" (en términos de Nancy Fraser)[76] a la hora de hablar de participación democrática y protección judicial.

Para ir terminando, sin duda el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* consolida para bien la línea jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos de comunidades indígenas y exigibilidad directa de los DESCA.[77] En este trabajo planteamos algunos desafíos en relación con los marcos interpretativos cuando se les revisita desde el enfoque de la desigualdad con el objetivo de robustecer los derechos de las personas, comunidades y poblaciones indígenas.

Bibliografía

Aldao, Martín y Clérico, Laura, "La igualdad des enmarcada: a veinte años de la reforma constitucional Argentina de 1994", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, núm. 13, 2014.

Anderson, Elizabeth, "What is the point of equality?", *Ethics*, The University of Chicago Press, vol. 109, núm. 2, enero de 1999.

---

a los pueblos indígenas, sino también, entre otros colectivos, a los casos que involucran desigualdad de género en intersección con pobreza. Véase Clérico, Laura y Novelli, Celeste, "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género...", *cit.;* Clérico, Laura y Aldao, Martín, 2021.

[76] Y según entendemos, se ve reflejada en esta cita de la Corte IDH en el *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay..., cit*.: "[...] la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura", que toma del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General núm. 21, 21 de diciembre de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38.

[77] Véanse en este libro los trabajos de Mariela Morales Antoniazzi y Gabriela Cristina Braga Navarro; Liliana Ronconi y María Barraco; Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Arango Rivadeneira, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente,* México, Fontamara, 2012.

Arendt, Hannah, *Sobre la revolución,* Madrid, Alianza, 2006.

Barba Solano, Carlos y Cohen, Néstor, *Perspectivas críticas sobre la cohesión social. Desigualdad y tentativas fallidas de integración social en América Latina,* Buenos Aires, CLACSO, 2011.

Bogdandy, Armin von, *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum: una aclaración conceptual,* México, Porrúa, 2013.

Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela, *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público,* Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

Cabrera, Ángel; Cerqueira, Daniel y Herencia, Salvador, "Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina", *Justicia en las Américas,* 30 de abril de 2020, *https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/*

Carrasco, Morita, "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat *vs.* Argentina: una lectura etnográfica de la audiencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Faundes Peñafiel, Juan Jorge y Ramírez, Silvina (eds.), *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina,* Santiago de Chile, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

Carrasco, Morita, "Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio indígena. Estudio de caso: *Lhaka Honhat c/Estado Argentino*", Buenos Aires, La Ley-Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

Carrasco, Morita, "Derechos territoriales y estrategias políticas: el caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat", en Aylwin O., José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno,* Temuco, Instituto de Estudios Indígenas-Universidad de la Frontera, 2004.

Carrasco, Morita y Ramírez, Silvina, "Somos un pueblo, precisamos un territorio porque allí es donde se da la vida indígena; sin territorio no hay identidad como pueblo. Buen vivir en Argentina", *Revista Pueblos y Fronteras Digital,* año X, núm. 19, 2015.

Carrasco, Morita y Ramírez, Silvina, "*Amicus curiae* como estrategia de acercamiento entre las ciencias sociales y el derecho", ponencia presentada en las III Jornadas de Antropología Jurídica, UNSAM-UBA-CONICET, 2014.

Carrasco, Morita y Zimerman, Silvina, El caso Lhaka Honhat. Argentina. Informe IWGIA 1, Copenhague, IWGIA, 2006.

Carrasco, Morita y Briones, Claudia, "La tierra que nos quitaron", Documento IWGIA, núm. 18, 1996.

Clérico, Laura, "Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones ius fundamentales y la desigualdad estructural", AA. VV., *La Corte y los derechos 2005/2007,* Buenos Aires, SXXI/ADC, 2008.

Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Complementado la teoría de la argumentación jurídica: desarmadero de estereotipos", *Revista Derecho del Estado,* Bogotá, 2022 (en trámite de publicación).

Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, 2011.

Clérico, Laura y Novelli, Celeste, "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para reescribir el caso *Campo Algodonero* sobre violencia de género", *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2016.

Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento", *Revista DIREITO GV,* São Paulo, 2013.

Crenshaw, Kimberlé, "Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, núm. 43, 1999, pp. 1241-1299.

Fraser, Nancy, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy", *Social Text,* núm. 25-26, 1990.

Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta,* Bogotá, Siglo de Hombres Editores-Universidad de los Andes, 1997.

Fraser, Nancy, "Justicia social en la era política de la identidad", en Fraser, Nancy y Honneth, A., *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico,* Madrid, Morata, 2006.

Fraser, Nancy, "Escalas de justicia", Barcelona, Herder, 2008.

Góngora-Mera, Manuel, "Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública,* Barcelona, Gustavo Gilli, 2004.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez,* Barcelona, Trotta, 2005.

Hunt, Paul, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, misión al Perú, 2005.

Kothari, Miloon, Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/2006/118, 2006.

Marquardt, Stephan, "Internacional Law and indigenous peoples", en Steiner, Henry y Alston, Philip, *Internacional Human Rights in context,* Oxford, Clarendon Press, 1996.

Parra Vera, Oscar, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales,* San José, IIDH, 2008.

Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011.

Quintana Osuna, Karla y Góngora Maas, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017.

Ramírez, Silvina, "Constitucionalismo 'progresista' y diseños estatales: protección *vs.* desarrollo", en García, Julio (coord.), *Derecho constitucional indígena,* Chaco, Contexto Editorial, 2012.

Ramírez, Silvina, "Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, núm. 12 (2), Argentina, Universidad Torcuato di Tella, 2011.

Ramírez, Silvina, "Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales", en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. II.

Ronconi, Liliana y Barraco, María, "La consolidación de los DESCA en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*", *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 50, enero-junio de 2021.

Rossi, Julieta "Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de 'Lagos del Campo' a 'Asociación Lhaka Honhat'", *Revista Pensar en Derecho*, núm. 16, pp. 183-235.

Saba, Roberto, "(Des)Igualdad estructural", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (comps.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario,* Buenos Aires, LexisNexis, 2007.

Sahuí, Alejandro, "Democracia y Corte Interamericana de Derechos Humanos: participación, oposición y acceso a la justicia", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, vol. 23, núm. 46, 2021.

Salas Aistrain, Ricardo, "Justificación de las identidades culturales, teoría crítica intercultural y derechos humanos", en

Faundes Peñafiel, Juan Jorge y Ramírez, Silvina (eds.), *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina,* Santiago de Chile, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

Serrano Guzmán, Silvia, "La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH. Avances y retos pendientes", *DISCRIMINACIÓN*, México, SCJN, 2020.

Schujman, Gustavo; Cardinaux, Nancy y Clérico, Laura, *Derechos humanos: conceptos, problemas y desafíos*, *http://campus.cepa.edu.ar*

Souza Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica,* Madrid, Trotta, 2009.

Stavenhagen, Rodolfo, "Las identidades indígenas en América Latina", *Revista IIDH*, núm. 52, 2010.

Treacy, Guillermo, "La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros", *Jurisprudencia Argentina,* 2006-IV, 2006.

Wences Simon, María Isabel, "Corte Interamericana de Derechos Humanos y pueblos originarios. Lecturas desde la teoría de la justicia de Nancy Fraser", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales,* vol. 23, núm. 46, 2021.

Yáñez Fuenzalida, Nancy, "Derechos indígenas a los recursos naturales, al agua y al medio ambiente en el derecho internacional", *Anuario de Derechos Humanos*, 2020.

Young, Iris, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", *Ethics,* vol. 99, núm. 2, 1989.

Young, Iris, *Responsabilidad por la justicia,* Madrid, Morata, 2011.

Zimerman, Silvina, *Pautas para la creación de mecanismos de protección del derecho indígena a la tierra y al territorio en el Estado argentino según los estándares internacionales de derechos humanos,* Buenos Aires, 2013.

Informes de la CIDH

CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", 2020.

CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, industrias extractivas", 2016.

Informes y Observaciones finales, ONU

CERD, Observaciones finales sobre los informes periódicos 21º a 23º combinados de la Argentina, 11 de enero de 2017, CERD/C/ARG/CO/21-23.

Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina, 2018, E/C.12/ARG/CO/4.

Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, *https://undocs.org/es/A/HRC/21/47/Add.2*

Informes y notas de organizaciones de derechos humanos

CELS, "Despedimos con tristeza a Francisco Pérez, luchador por los derechos de los pueblos indígenas", *https://www.cels.org.ar/web/2021/06/despedimos-con-tristeza-a-francisco-perez-luchador-por-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas/*

CELS, "Más derechos para las comunidades indígenas por una nueva interpretación de la sentencia de *Lhaka Honhat*, 2020, *https://www.cels.org.ar/web/2020/12/mas-derechos-para-las-comunidades-indigenas-por-una-nueva-interpretacion-de-la-sentencia-de-lhaka-honhat/*

Duarte, Matías; Morales, Diego y Schmidhuber Peña, Erika, "Argentina: una luz para los pueblos indígenas por un fallo sin precedente de la Corte IDH", CELS, 2020, *https://www.cels.org.ar/web/opiniones/argentina-una-luz-para-los-pueblos-indigenas-por-un-fallo-sin-precedente-de-la-corte-idh/*

Anexo I

Derecho de propiedad comunitaria y consulta previa (arts. 21 y 23 CADH)	*En comparación con*	*Derechos relacionados entre sí a participar de la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua (arts. 26 y 1.1. CADH)*
Tala de árboles para ladrillos. Referencia construcción de ruta 54 (párr. 178)		"en la zona de los lotes 14 y 55 se presentan actos de tala ilegal" (párrs. 255 y 257-266).[(a)]
"aunque los representantes mencionaron que las obras requirieron la tala de árboles, no ahondaron en la precisión sobre la magnitud de ese impacto" (párrs. 177-179). No se pronunció sobre la tala en relación con la violación del derecho de propiedad y consulta.		"Es evidente, a partir de los hechos, que el Estado ha tenido conocimiento de todas las actividades referidas. También es claro que el Estado ha adoptado distintas acciones (supra, párrs. 267-269) [...]. En cuanto a la tala ilegal, su carácter clandestino impide tener certeza de en qué medida esta sigue produciéndose. Sin embargo, el Estado no ha negado que se hayan cometido estos actos, los cuales han sido denunciados por los representantes al menos hasta el año 2017". "[...] la falta de efectividad de las acciones estatales se enmarca, además, en una situación en la que el Estado no ha garantizado a las comunidades indígenas la posibilidad de determinar, libremente o mediante consultas adecuadas, las actividades sobre su

Derecho de propiedad comunitaria y consulta previa (arts. 21 y 23 CADH)	*En comparación con*	*Derechos relacionados entre sí a participar de la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua (arts. 26 y 1.1. CADH)*
		territorio". "[...] Argentina violó, en perjuicio de las comunidades indígenas víctimas del presente caso, sus derechos, relacionados entre sí, a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua" (art. 26, en relación con la obligación de garantizar los derechos, art. 1.1 CADH). Párrafos 287-289, 333 c), 336.

(a) Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...., cit*., párr. 264: "La Comisión Interamericana expresó, a su vez, que las comunidades indígenas peticionarias han denunciado en forma constante y consistente que en su territorio se han realizado actividades de tala y extracción ilegal de madera y otros recursos naturales, y que tales actividades han sido puestas en conocimiento de las autoridades estatales en distintos ámbitos, particularmente en el curso del proceso ante la propia Comisión. *Los representantes han señalado la metodología utilizada para realizar esta práctica: el corte de árboles en el monte y, posteriormente, el ingreso de tractores y camiones que retiran la leña por caminos diversos. Autoridades estatales han reconocido la existencia de este problema, como surge de las acciones que se detallan más adelante (infra, párrs. 269 a 271) y en el trámite del caso se han comprometido a adoptar acciones para prevenir su ocurrencia"* (cursivas añadidas).

Abordar la desigualdad en tiempos de pandemia: el derecho al agua en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Mariela Morales Antoniazzi**
*Gabriela Cristina Braga Navarro***

I. Introducción

Este capítulo tiene como objetivo presentar la innovadora decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte o Corte IDH) en el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* sobre el derecho al agua y sus impactos durante la pandemia de la COVID-19. Este caso representa una decisión histórica de la Corte, ya que identifica al derecho al agua como un derecho autónomo y revela la importancia de un enfoque holístico de derechos humanos

* Investigadora principal del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL) en Heidelberg, Alemania. Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. *Magister Legum* por la Universidad de Heidelberg, Alemania y doctora en Derecho por la Universidad Goethe de Fráncfort del Meno, Alemania. Profesora invitada en varias universidades latinoamericanas y europeas. Vicepresidenta de la sección alemana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Coordina el proyecto "*Ius Constitutionale Commune* en América Latina" (ICCAL).

** Profesora de la Universidad Federal de Lavras, Brasil. Licenciatura en Derecho otorgada por la Universidad Estadual de São Paulo (UNESP), Brasil. Magíster en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina y doctora en Derecho por la Universidad Goethe de Fráncfort del Meno, Alemania.

para combatir las desigualdades estructurales.[1] Este fallo tiene el potencial de trascender el caso individual y acentuar el mandato transformador de la Corte IDH.[2] En este caso, la Corte determinó que Argentina violó el derecho a la propiedad comunal de las Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), además de los derechos a la identidad cultural, medioambiente sano, alimentación adecuada y acceso al agua, debido a la ineficacia de las medidas estatales encaminadas a poner fin a las actividades que vulneraban estos derechos.[3] La decisión sigue precedentes que han abordado la justiciabilidad directa de los derechos sociales.[4] Si bien la sentencia comprende

1 Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela, "COVID-19 and the need for a holistic and integral approach to human rights protection. On Latin America and the inverted principle of interdependence and indivisibility of human rights", *Verfassungsblog,* 15 de abril de 2020, *https://verfassungsblog.de/covid-19-and-the-need-for-a-holistic-and-integral-approach-to-human-rights-protection/*

2 Bogdandy, Armin von, "The transformative mandate of the Inter-American System – legality and legitimacy of an extraordinary jurisgenerative process", MPIL, trabajo de investigación núm. 2019-16, 2 de octubre de 2019, *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3463059*

3 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400.

4 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340; OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en materia ambiental en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344; *Caso San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349; *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359; *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375; *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la*

varios aspectos a tener en cuenta, como el reconocimiento de los derechos indígenas en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención) y la distinción entre "tierra" y "territorio", este aporte se centra en la sentencia de la Corte sobre el derecho al agua.

Parecería ser irónico que la decisión sobre el reclamo indígena, que se formalizó en 1991, esté cobrando especial relevancia durante la pandemia de la COVID-19, debido a la extrema demora en la resolución del caso. En el contexto actual, la sentencia de la Corte sobre el derecho de los pueblos indígenas al acceso al agua está cobrando aún más importancia en términos de derechos sociales: los expertos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU o Naciones Unidas) dicen que la COVID-19 no se detendrá sin proporcionar agua potable a las poblaciones vulnerables, ya que "La lucha mundial contra la pandemia tiene pocas posibilidades de éxito si la higiene personal, la principal medida para prevenir el contagio, no está al alcance de los 2.200 millones de personas que no tienen acceso a servicios de agua potable".[5]

Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 394; *Caso Hernández vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 395.

[5] Los expertos de la ONU: el relator especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento, señor Léo Heller; el experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Livingstone Sewanyana; la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, señora Catalina Devandas Aguilar; el relator especial sobre el derecho al desarrollo, señor Saad Alfarargi; el relator especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, David R. Boyd; el relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, señor Dainius Puras; el relator especial sobre una vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, señora Leilani Farha; el relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, señor Felipe González Morales; la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas mayores, señora Rosa Kornfeld-Matte; el experto independiente en derechos humanos y solidaridad internacional, señor Obiora Okafor, y el experto independiente sobre los efectos de la deuda externa y otras obligaciones financieras internacionales relacionadas de

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Comisión o Comisión Interamericana) y la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) reconocieron que la COVID-19 plantea desafíos extraordinarios para los sistemas de salud, la vida cotidiana de las personas y la protección de los derechos humanos dentro de los sistemas democráticos y en todos los demás regímenes. La pandemia requiere respuestas locales y globales que salvaguarden los derechos humanos, ya que

> [los] procesos pandémicos producen impactos desproporcionados sobre poblaciones con mayores dificultades de acceso a estructuras sanitarias y tecnologías de atención a la salud dentro de los países, como pueblos indígenas, campesinado, personas migrantes, personas privadas de la libertad, grupos sociales en las periferias de las ciudades y los grupos económicos desatendidos por las redes de seguridad social, como son las y los trabajadores del sector informal o personas en situación de pobreza o de calle.[6]

Congruentemente, el secretario general de la ONU, António Guterres, afirmó que "el virus no discrimina, pero sus impactos sí".[7]

América Latina y el Caribe están marcados por la profunda desigualdad social y económica, la violencia sistemática y la pobreza generalizada. El brote de SARS-COV-2 en la región pre-

---

los Estados en el pleno disfrute de todos los derechos humanos, particularmente los derechos económicos, sociales y culturales, señor Juan Pablo Bohoslavsky. ONU, "La COVID-19 no se detendrá sin proporcionar agua potable a las personas que viven en situación de vulnerabilidad: expertos de la ONU", 20 de marzo de 2020, *www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25738&LangID=E*

6 CIDH y REDESCA, "La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19", Comunicado de prensa de 20 de marzo de 2020, *www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2020/060.asp*

7 Guterres, António, "We are all in this Together: Human Rights and COVID-19 Response and Recovery", 23 de abril de 2020, *www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-covid-19-response-and*

senta múltiples desafíos para los estados y sociedades. El nuevo coronavirus agrava la ya preocupante situación de derechos humanos, ya que los grupos vulnerables son los más afectados por sus consecuencias. En lo sucesivo, tanto la Comisión Interamericana[8] como la Corte[9] han emitido resoluciones especiales sobre cómo la actual crisis de salud puede afectar los derechos humanos, proponiendo recomendaciones para prevenir violaciones de derechos y libertades. La Comisión, por ejemplo, emitió recomendaciones específicas sobre los pueblos indígenas y expresó su preocupación por la seguridad alimentaria, la identidad cultural y el procedimiento de consulta.[10] En este contexto de deficiencias estructurales, el esfuerzo de la Corte para prevenir la discriminación promoviendo el acceso igualitario al agua por parte de los pueblos indígenas en el caso *Lhaka Honhat* debe ser reconocido como un posible modelo para la protección de los derechos sociales en todo el mundo, tanto en términos de medidas adecuadas para abordar la crisis actual como de la necesidad general de transformar las desigualdades estructurales.[11]

---

8 CIDH. Resolución 01/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, 10 de abril de 2020. La Comisión Interamericana ha establecido una Unidad de Coordinación de Respuesta Rápida e Integrada con el objetivo de brindar una pronta respuesta al manejo de la pandemia. La unidad, denominada SACROI, ha publicado informes semanales sobre el desarrollo de la crisis en la región, además de promovido webinars sobre la promoción de los derechos humanos. La información está disponible en *www.oas.org/en/iachr/SACROI_COVID19/*

9 Corte IDH. Declaración 01/2020. COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados desde una perspectiva de derechos humanos y con respeto a las obligaciones internacionales, 9 de abril de 2020, *www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf*. Véase también la infografía: Corte IDH, MPIL e IECEQ, "COVID-19 y el derecho a la salud", *www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-covid.pdf*

10 CIDH, "La CIDH alerta sobre la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a la pandemia de COVID-19 y llama a los Estados a tomar medidas específicas y acordes con su cultura y respeto a sus territorios", Comunicado de prensa 103/20, de 6 de mayo de 2020.

11 Morales Antoniazzi, Mariela, "How a landmark decision from the Inter American Court on Argentina can help shape a response to COVID-19 and the right to water – new momentum for the *ius commune*", CEJIL, 29 de

En primer lugar, este trabajo ofrece una visión general del contexto de la decisión, presentando las deficiencias estructurales en América Latina en medio de los nuevos desafíos de la pandemia y el impacto diferenciado en los pueblos indígenas como resultado de la discriminación interseccional.[12] A continuación, analiza la protección del derecho al agua por parte de la Corte IDH, comenzando con el reconocimiento evolutivo de la Corte de los derechos a los recursos naturales e incluyendo el razonamiento establecido en *Lhaka Honhat* y la determinación de reparaciones. Posteriormente, presenta una perspectiva comparada y describe resultados y veredictos similares del Comité de Derechos Humanos (CDH o HRC, por sus siglas en inglés), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los tribunales nacionales, en relación con el derecho al agua y la protección de las poblaciones indígenas, emitidos antes y durante la pandemia. Finalmente, este trabajo ofrece una breve reseña del discurso sobre la efectividad de los derechos humanos para combatir la desigualdad social. Esta sección finaliza proponiendo un examen del impacto de la decisión de la Corte en el marco de un *ius constitutionale commune*, demostrando cómo contribuye al constitucionalismo transformador y cómo los tribunales de derechos humanos pueden combatir la discriminación y promover cambios estructurales. El análisis concluye con comentarios finales y un resumen de los principales argumentos.

---

mayo de 2020, *www.cejil.org/en/how-landmark-decision-inter-american-court-argentina-can-help-shape-response-covid-19-and-right*

[12] Para un breve análisis sobre otros aspectos del fallo véase Moerloose, Stéphanie y Casas, Ignácio de, "The Lhaka Honhat the Inter-American Court of Human Rights: the long-awaited granting of 400,000 hectares under communal property rights", *Ejil:Talk,* 16 de julio de 2020, *www.ejiltalk.org/the-lhaka-honhat-case-of-the-inter-american-court-of-human-rights-the-long-awaited-granting-of-400000-hectares-under-communal-property rights/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2*; Patarroyo, Paola, "Justiciability of 'implicit' rights: developments on the right to a healthy environment at the Inter-American Court of Human Rights", *Ejil:Talk*, 11 de mayo de 2020, *www.ejiltalk.org/justiciability-of-implicit-rights-developments-on-the-right-to-a-healthy-environment-at-the-inter-american-court-of-human-rights/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2*

II. Contexto: COVID-19, poblaciones indígenas y discriminación interseccional

La emergencia global continúa generando diferentes desafíos en todo el mundo. América Latina no es una excepción: la crisis de salud ha llegado a una región donde el 30% de la población (CEPAL-Observatorio COVID-19) vive en situación de pobreza y donde la inversión promedio en salud es solo del 4% del PIB.[13] Los órganos de derechos humanos han subrayado repetidamente la relación entre pobreza, salud y agua, así como la relación directa entre el acceso seguro al agua y el desarrollo humano. Así, la pobreza, al igual que la falta de educación, de alimentos nutritivos o agua potable y las condiciones de vivienda insalubres están estrechamente relacionadas, a menudo, con un impacto negativo en la salud de una población. El derecho a la salud requiere que los Estados brinden un apoyo oportuno y adecuado a la salud, además de garantizar los determinantes subyacentes de esta, como el acceso al agua y el saneamiento adecuado, el suministro de alimentos, la nutrición y la vivienda. Los determinantes e instalaciones subyacentes, los bienes y servicios, deben estar disponibles, ser accesibles, aceptables y de buena calidad.[14] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC) ha establecido parámetros para el derecho al agua, declarando a la disponibilidad, calidad y accesibilidad como parámetros básicos. El derecho conlleva una doble obligación por parte del Estado, el cual debe garantizar un acceso igualitario al agua y no debe interferir en sus suministros, asegurando un ambiente libre de contaminación.[15]

En este contexto, el acceso insuficiente a servicios básicos afecta particularmente a las poblaciones indígenas. Un estudio

---

13 PAHO, "Health financing in the Americas", *https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?p=178*

14 UNHCHR, "WHO. Human Rights, Health and Poverty Reduction Strategies", *Health and Human Rights Publications Series,* núm. 5, diciembre de 2008.

15 Comité DESC, General Comment No. 15, The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant), 20 de enero de 2003, E/VS.12/2002/11, *www.refworld.org/docid/4538838d11.html*

realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas en inglés) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2016[16] mostró que los pueblos indígenas tienen el menor acceso al agua potable y a estructuras de saneamiento en América Latina, lo que les impide mantener condiciones higiénicas, que son clave para frenar la propagación del COVID-19. Además, los países de América Latina se caracterizan por una débil presencia estatal en sus territorios, lo que se ha traducido en una mayor dificultad de acceso al sistema de salud para las poblaciones indígenas, dada la falta de hospitales y centros de salud en sus regiones mayoritariamente rurales. Además, Naciones Unidas ha encontrado que más del 50% de las personas indígenas mayores de 35 años padecen diabetes y, en general, tienden a verse afectados por hepatitis, anemia y desnutrición, entre otros, lo que hace que la simple gripe sea más mortal para ellos que para otras comunidades. Por ejemplo, la tasa de mortalidad durante el brote de AH1N1 fue siete veces mayor entre las poblaciones indígenas que entre los grupos no indígenas.[17] Es importante recordar que la situación de los pueblos indígenas no es homogénea y algunos grupos corren aún más riesgo que otros. El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe estima que 462 pueblos indígenas latinoamericanos tienen menos de tres mil miembros, de los cuales 200 se encuentran en aislamiento voluntario, lo que aumenta su vulnerabilidad.[18] En conjunto, todas estas condiciones estructurales hacen de los pueblos indígenas uno de los grupos más vulnerables al COVID-19. Garantizar sus derechos frente a la pandemia depende en gran medida de medidas culturalmente apropiadas bajo el derecho internacional y requiere respuestas oportunas y decisivas a necesidades específicas, formuladas con la participa-

16 UNICEF-OMS, "Desigualdades en materia de agua potable y saneamiento en América Latina", 2016, *www.unicef.org/lac/informes/desigualdades-en-materia-de-saneamiento-y-agua-potable-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe*

17 Sierra Praeli, Yvete, "Pueblos indígenas: los más vulnerables frente el avance del coronavirus en América Latina", 16 de marzo de 2020, *https://es.mongabay.com/2020/03/pueblos-indigenas-coronavirus-america-latina/*

18 FILAC, "Los pueblos indígenas ante la pandemia del COVID-19: primer informe regional", 2020.

ción de las poblaciones indígenas. Sin embargo, la preocupación por el empeoramiento de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas está aumentando, ya que las medidas políticas a menudo no han sido inclusivas y no han proporcionado a los pueblos indígenas acceso a bienes, servicios y derechos básicos, como alimentos, servicios de salud, agua e higiene. En consecuencia, varios órganos de derechos humanos de la ONU han expuesto el mayor riesgo que enfrentan los pueblos indígenas debido a las consecuencias del COVID-19.[19] El Consejo Internacional de Tratados Indios (CITI) ha publicado una declaración en la que pide "respuestas basadas en los derechos" y denuncia las "continuas violaciones de los derechos humanos".[20] Según el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), más de 20 organizaciones de derechos humanos han exigido que los gobiernos latinoamericanos respeten los derechos indígenas en

[19] Por nombrar algunos: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, "Pueblos indígenas y la pandemia del COVID-19: consideraciones", *www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/COVID-19.html*; Organización para la Agricultura y la Alimentación, "La salud y seguridad de los pueblos indígenas está en riesgo a causa del coronavirus (COVID 19)", *www.fao.org/indigenous-peoples/news-article/en/c/1268353/*; Fondo de Población de la ONU, "Implicaciones del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe", mayo de 2020, *https://lavs.unfpa.org/es/publications/implicaciones-del-COVID-19-en-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-de-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe*; Foro Permanente sobre Temas Indígenas, "Mensaje de la presidenta del foro permanente para las cuestiones indígenas para asegurar que los pueblos indígenas estén informados, protegidos y sean priorizados durante la pandemia mundial del COVID-19", 7 de abril de 2020, *www.un.org/desarrollo/desa/pueblos-indígenas-es/2020/04/07/mensaje-de-la-presidenta-del-foro-permanente-sobre-el-COVID-19/*; ONU Mujeres, "Haciendo visibles a las mujeres y niñas indígenas en la implementación del Marco de las Naciones Unidas para la respuesta socioeconómica inmediata al COVID-19. Acceso a fondos a través del fondo fiduciario de socios múltiples", abril de 2020, *www.unwomen.org/en/news/stories/2020/4/news-native-persons-in-COVID-19-response*; Relator especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, "COVID-19 está devastando a las comunidades indígenas en todo el mundo, y no se trata solo de salud, advierte un experto de la ONU", 18 de mayo de 2020, *www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25893&LangID=E*

[20] CITI, "COVID 19 and the rights of indigenous peoples", 15 de abril de 2020.

la situación actual.[21] También han establecido una plataforma virtual para monitorear y visualizar acciones y recursos para la protección de los derechos humanos ante la pandemia.[22]

La crisis ha agravado la ya de por sí precaria situación higiénica marcada por un entorno peligroso de discriminación y exclusión. Los pueblos indígenas han experimentado siglos de marginación y despojo como legado de la colonización. Recientemente, tanto el extenso daño ambiental como la escalada de violencia debido a la mayor presión sobre los recursos naturales han puesto en grave peligro su territorio tradicional. Los ataques contra defensores y defensoras de derechos humanos han aumentado a un ritmo preocupante en los últimos años. Hoy en día, América Latina es considerada la región más peligrosa para los defensores y defensoras de la tierra y los recursos naturales.[23] Los informes muestran que la pandemia ha agudizado esas amenazas, ya que los acaparadores de tierras y los mineros ilegales ven la crisis internacional como una oportunidad para avanzar en sus operaciones ilegales. En Brasil, la tasa de deforestación en la selva amazónica aumentó en un 51%, lo que generó preocupaciones sobre las predicciones de incendios forestales para este año.[24] En Nicaragua, al menos diez líderes indígenas han sido asesinados desde enero.[25]

Las nociones de pobreza, vulnerabilidad y discriminación interseccional están estrechamente vinculadas y enfatizan la

21 CEJIL, "COVID 19: la supervivencia de los pueblos indígenas está en riesgo", 21 de abril de 2020, *www.cejil.org/es/covid-19-supervivencia-pueblos-indigenas-riesgo*

22 CEJIL, "Coronavirus y derechos humanos. Acciones y recursos para proteger los DD.HH durante la pandemia", *https://covid19yddhh.org/cejil/en/*

23 Global Witness, *¿A qué precio?: Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2017*, 2017.

24 Alencar, Ane *et al*., "Amazônia em chamas 3: O fogo e o desmatamento em 2019 e o que vem em 2020", *IPAM*, nota técnica, 22 de abril de 2020.

25 Cultural Survival, "As COVID-19 Starts in Nicaragua, Settler Violence Continues", 17 de abril de 2020, *www.culturalsurvival.org/news/COVID-19-starts-nicaragua-settler-violence-continues*; CIDH, "CIDH urge al Estado de Nicaragua cesar las violaciones a los derechos de personas y comunidades indígenas", Comunicado de prensa 061/20, de 23 de marzo de 2020.

necesidad de una garantía efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En su informe temático sobre pobreza, de 2017, la Comisión Interamericana determinó que la pobreza es "un problema estructural que se traduce en afectaciones al goce y ejercicio de los derechos humanos y que, en ocasiones, implica violaciones que suponen la responsabilidad internacional del Estado".[26] Esto permite que la pobreza sea analizada de acuerdo con los derechos humanos y obligaciones, lo que a su vez conduce a políticas que atiendan las necesidades de los grupos en situación de vulnerabilidad.[27] Bajo esta noción, la pobreza también puede ser examinada como un posible impacto en el disfrute de los derechos civiles y políticos.[28] La ex-relatora especial sobre pobreza extrema y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, vinculó la noción de pobreza con las de vulnerabilidad y discriminación. Entendió que "las personas que viven en la pobreza son objeto de discriminación por la propia pobreza"[29] y que los Estados deben garantizar la igualdad y no discriminación de este grupo a través de medidas especiales y positivas.[30] También enfatizó que algunos grupos son especialmente vulnerables a la pobreza extrema, como las personas migrantes, las personas con discapacidad y las mujeres, entre otros.[31]

---

26 CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, 7 de septiembre de 2017, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147.

27 Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela y Cortez, Julia, "La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *Interamericanización de los DESCA: el caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

28 Lavrysen, Laurens, "Strengthening the protection of human rights of persons living in poverty under the ECHR", 33 Neth. Q. Hum. Rts. 293 294, 2015.

29 HRC, Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, 11 de marzo de 2013, A/HRC/23/36, párr. 42.

30 HRC, "Proyecto final de los principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la anterior relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona", 18 de julio de 2012, U.N. Docs. A/HRC/21/39, párr. 21.

31 *Ibidem*, párr. 8.

La noción de "discriminación interseccional" surge como un desarrollo novedoso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El enfoque interseccional representa un progreso porque proporciona una herramienta para abarcar la dinámica real de la discriminación y el daño resultante.[32] La Corte IDH ha definido a la discriminación interseccional como el "resultado de la confluencia de diferentes factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona".[33] De manera similar, este concepto es considerado en la doctrina como discriminación doble (o múltiple), en donde los motivos de discriminación operan de manera concurrente y simultánea que las causas, o bien, un efecto mayor que la suma de las diversas formas de discriminación o una nueva forma de discriminación derivada de la discriminación sufrida.[34]

El lente de la interseccionalidad resalta la necesidad y relevancia del fallo en el caso *Lhaka Honhat* en términos del derecho al agua de los pueblos indígenas, considerando su situación de pobreza y vulnerabilidad múltiple. Además, la pandemia es un factor adicional que se suma a la ya frágil situación de los pueblos indígenas. El brote intensifica la discriminación interseccional y subraya la importancia de integrar una respuesta de enfoque de derechos humanos, como la propuesta en *Lhaka Honhat*.

---

32 Corte IDH. *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 12; Cornejo Chávez, Leiry, "El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos,* Querétaro, IECEQ, 2018, p. 253.

33 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*..., *cit*., párr. 138.

34 Góngora Mera, Manuel Eduardo, "Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *op. cit*. Véase también Kohte, Anna, "Vulnerability in times of corona guidelines from the Inter-American Court of Human Rights on the right to health", *Völkerrechtblog*, 28 de mayo de 2020, *https://voelkerrechtsblog.org/vulnerability-in-times-of-corona/*

III. La protección del derecho al agua por la Corte Interamericana

3.1. Antecedentes: protección de los recursos naturales por la Corte

La Corte Interamericana cuenta con una jurisprudencia consolidada sobre derechos territoriales que ha ampliado el alcance de la CADH para proteger los derechos de los pueblos tradicionales a la identidad cultural y a la propiedad colectiva. La jurisprudencia ha sido considerada creativa, progresista, expansiva e innovadora, y ha influido simultáneamente en la política nacional y los tribunales internacionales.[35] Desde el primer caso en 2001, *Mayagna (Sumo) de Awas Tingni vs. Nicaragua*, garantizar la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas ha sido una preocupación central de la Corte, al igual que asegurar la protección de su relación esencial con su territorio tradicional y sus recursos naturales.

La Corte ha adoptado una interpretación evolutiva, interpretando el derecho a la propiedad privada (art. 21) a la luz del derecho y las tradiciones consuetudinarias indígenas y del principio de no discriminación. Además, la Corte reconoció el *corpus iuris* del derecho internacional, incluido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.[36] La posición evolutiva de la Corte con respecto a la propiedad comunal puede verse en sus decisiones. En un primer momento, reconoció el derecho de los pueblos indígenas y étnicos sobre

[35] Pasqualucci, Jo M., "International indigenous land rights: a critique of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, 2009; Antkowiak, Thomas, "Rights, resources and rhetoric: indigenous peoples and the Inter-American court", *University of Pennsylvania Journal of International Law,* vol. 35, núm. 1, 2014.

[36] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.

su territorio ocupado ancestralmente.[37] El criterio de la Corte al respecto se transformó para pasar a reconocer que la mera ocupación de la tierra debería ser equivalente a la tenencia del título formal de dicha tierra, incluso en los casos en que la población indígena perdiera involuntariamente la posesión de la misma.[38] En caso de ocupación de terceros, la Corte afirmó el deber del Estado de realizar el saneamiento.[39] Luego vino el reconocimiento de que el derecho de propiedad abarca el derecho a usar y controlar los recursos naturales de esa propiedad. Para la exploración de tales recursos, la Corte impuso tres salvaguardas: la distribución de beneficios; las consultas libres, previas e informadas, y las evaluaciones previas de los impactos ambientales y sociales.[40] La innovación más reciente de la Corte fue reconocer la compatibilidad de los derechos indígenas y la protección ambiental, concediendo que el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas conlleva prácticas sostenibles.[41]

Especialmente en materia de derechos socioeconómicos, en los casos en los que las comunidades vivían fuera de su territorio ancestral, la Corte reconoció la responsabilidad del Estado de

37 *Idem*.

38 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.

39 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304; *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C, núm. 346.

40 Corte IDH. *Caso Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso Pueblo Indígena Kuna de Madungandí y Pueblo Indígena Emberá de Bayano y sus integrantes vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284.

41 Corte IDH. *Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309.

brindar las condiciones mínimas para una vida digna; asimismo, que el derecho a la vida digna debe incluir vivienda, agua, seguridad alimentaria y saneamiento (art. 4).[42] La Corte ya se ha pronunciado sobre el derecho al agua en tres casos contra Paraguay: *Yakye Axa* (2005), *Sawhoyamaxa* (2006) y *Xákmok Kásek* (2010). En todos ellos, las comunidades indígenas habían sido forzosamente desplazadas y sus territorios vendidos a propietarios privados. Esto dejó a las comunidades en una situación precaria con tierras mínimas y escaso acceso a la atención médica, fuentes de agua y saneamiento. En *Yakye Axa*, por ejemplo, un perito informó que la única fuente de agua era no potable, lo que provocaba altos niveles de parasitismo y desnutrición entre los miembros de la comunidad. Varios indígenas, en su mayoría niños y ancianos, murieron debido a las condiciones de extrema pobreza.[43] En los tres casos, la Corte responsabilizó al Estado por la omisión en brindar a la comunidad indígena acceso básico a una vida digna, en violación del artículo 4.1 de la Convención.

En las tres ocasiones, la Corte resolvió que la falta de protección del derecho de propiedad comunal estaba íntimamente ligada a los derechos a la salud, educación, alimentación e identidad cultural. Además, afirmó que la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas imponía deberes positivos al Estado en cuanto al suministro de alimentos y agua potable. La Corte citó resoluciones del Comité DESC y de la Asamblea General de la ONU. En *Xákmok Kásek*, la Corte analizó específicamente el derecho al agua, comparando la cantidad de agua suministrada por el Estado con los estándares internacionales establecidos por la OMS, y concluyó que las medidas tomadas por el Estado fueron insuficientes. En los casos *Sawhoyamaxa* y *Xákmok Kásek*, además de reconocer la omisión del Estado de brindar una vida digna, la Corte también consideró la responsabilidad del Estado por la muerte de varios indígenas como consecuencia de la condición de empobrecimiento. La valoración de esta responsabilidad es

[42] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit.,* párr. 162; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay..., cit.,* párrs. 163 y 164; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay..., cit*.

[43] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit.,* párr. 38.g.

digna de mención, ya que derivó en la obligación de indemnizar los daños psicológicos por cada una de las muertes. En conclusión, en los casos antes mencionados, la Corte fusionó los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, reforzando su interdependencia y mejorando la protección de los pueblos indígenas.[44]

3.2. El reconocimiento del derecho al agua en el caso *Lhaka Honhat*

El caso *Lhaka Honhat* representa la primera vez en un caso contencioso en donde la Corte analizó los derechos a un medioambiente sano, a una alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural de manera autónoma sobre la base del artículo 26 de la Convención, reconociendo su justiciabilidad directa.[45] Además, el caso puede considerarse como una decisión histórica, ya que "[...] amplía y aclara el contenido de las obligaciones estatales de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas bajo el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y subraya que los Estados deben tomar medidas para proteger eficazmente las tierras indígenas de las usurpaciones de colonos no indígenas".[46] Cabe señalar que esta no fue la primera vez que se solicitó a la Corte IDH —ya sea por parte de la Comisión o por representantes de víctimas— que se pronuncie sobre el contenido del artículo 26 en relación con los derechos de las comunidades indígenas más allá de la protec-

[44] Pasqualucci, Jo M., "The Right to a Dignified Life (vida digna): The integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 1, 2008.

[45] Patarroyo, Paola, "Justiciability of 'implicit' rights: developments on the right to a healthy environment at the Inter-American Court of Human Rights", *EJIL:Talk!*, 11 de mayo de 2020, *www.ejiltalk.org/justiciability-of-implicit-rights-developments-on-the-right-to-a-healthy-environment-at-the-inter-american-court-of-human-rights/*

[46] Dominguez, Lara, "The Inter-American Court of Human Rights issues landmark judgment in indigenous rights case", *Minority Rights Group,* 16 de abril de 2020, *https://minorityrights.org/2020/04/16/nuestra-tierra-v-argentina/*

ción que puede otorgarse a esos territorios a través del artículo 21 de la Convención Americana.[47] Sin embargo, fue la primera vez que la Corte reconoció dicha violación.[48]

La Corte consideró apropiado examinar la interdependencia y singularidad de estos cuatro derechos y su relación con los pueblos indígenas. Encontró que la tala ilegal y las actividades realizadas en el territorio indígena por las poblaciones criollas, incluyendo ocasionalmente la ganadería y la instalación de cercos, afectaron los bienes ambientales e impactaron los hábitos alimentarios tradicionales de las comunidades indígenas y su acceso al agua. Las acciones redujeron los recursos forestales y la biodiversidad, lo que a su vez afectó la forma en que las comunidades indígenas tradicionalmente buscaban el acceso al agua y los alimentos. La Corte destacó las violaciones de: *1)* el derecho a la propiedad comunal, así como otros derechos en relación con ella; *2)* los derechos a un medioambiente sano, alimentación adecuada, agua y participación en la vida cultural, especialmente en relación con la identidad cultural, y *3)* el derecho a garantías judiciales en relación con una acción judicial iniciada en el caso. Según la Corte, el Estado argentino violó el artículo 26 de la Convención Americana en relación con su artículo 1.1, interpretado en virtud del artículo XXV de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.[49]

---

47 El reconocimiento de la violación del artículo 26 fue exigido por los representantes de las víctimas CEJIL en los casos *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*.

48 Tigre, Maria Antonia, "Inter-American Court of Human Rights recognizes the right to a healthy environment", *ASIL Insights*, vol. 24, núm. 14, 2 de junio de 2020.

49 CADH, art. 26: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas, tanto a nivel interno como a través de la cooperación internacional, especialmente las de carácter económico y técnico, con miras a lograr progresivamente, mediante legislación u otros medios adecuados, la plena realización de las derechos implícitos en las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales establecidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos modificada por el Protocolo de Buenos Aires"; art. 1.1: "Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades aquí reconocidos y a asegurar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de esos derechos y libertades, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo,

Un aspecto crítico a resaltar es que, si bien las violaciones a los artículos 21 y 26 de la Convención se reconocen separadamente, la jurisprudencia de la Corte no socava el vínculo indisoluble entre propiedad, identidad cultural y pueblos indígenas. El caso *Lhaka Honhat* refuerza el reconocimiento de la relación indisoluble que los pueblos indígenas tienen con los territorios ancestrales a través de un análisis detallado de cada uno de los elementos que constituyen sus derechos, es decir, no solo el derecho a la propiedad colectiva, sino también el derecho al territorio.[50]

Para establecer la protección del derecho al agua en virtud del artículo 26, el primer paso de la Corte fue afirmar la interdependencia del acceso al agua y los derechos a un medioambiente sano, alimentación adecuada, salud e identidad cultural. Al respecto, la Corte aplicó una interpretación amplia del artículo 26 considerando el *corpus iuris* internacional sobre el tema, mencionando documentos y decisiones de organismos de la ONU.[51] La Corte consideró algunos documentos del Sistema Interamericano, en particular la Carta Social de las Américas (art. 9); la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art. 12), y las Resoluciones

idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, condición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XXV: "Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a la tierra, territorio y recursos; Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual, cultural y material distintiva con sus tierras, territorios y recursos y a asumir sus responsabilidades de preservarlos para sí mismos y para las generaciones futuras".

50 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*..., *cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

51 Algunos de los documentos citados son: Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En la Observación general núm. 15 del Comité DESC se analiza ampliamente y también se menciona la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU titulada "El derecho humano al agua y al saneamiento". Véase Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*..., *cit*., párrs. 186 y 187.

de la Asamblea General de la OEA que reconocen las prácticas ancestrales tradicionales relacionadas con el agua por parte de los pueblos indígenas, e instaron a los Estados a garantizar el agua potable y el saneamiento para las generaciones presentes y futuras.[52] Finalmente, la Corte citó sus propios antecedentes en materia de derechos humanos y ambientales de la opinión consultiva 23/17.[53]

Analizando la Constitución argentina, la Corte reconoció la protección constitucional de los derechos al medioambiente sano, la alimentación y la salud (estrechamente ligado al derecho al acceso al agua). También citó a la Constitución de Salta, que garantiza explícitamente el derecho al agua. Para especificar el contenido del derecho al agua, la Corte menciona al Comité DESC de la ONU, afirmando que el acceso al agua debe ser "suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible" para el uso personal y doméstico, incluyendo para beber, cocinar y satisfacer las necesidades de higiene. Además de su uso para fines domésticos, el Comité DESC también reconoce la importancia del agua para la agricultura de subsistencia, principalmente para los pueblos indígenas, y pide medidas positivas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que plantean el agua contaminada y no potable.[54]

Luego de reconocer el derecho al agua y definir su contenido, el último paso que dio la Corte fue enumerar las responsabilidades estatales en la materia. Según la Corte, los Estados están obligados a garantizar el acceso al agua sin discriminación, así como a brindar protección frente a terceros que menoscaben el goce del derecho al agua. Además, los Estados deben garantizar una cantidad mínima esencial de agua para las personas que no pueden abastecerse de agua. Por tanto, se debe prestar especial aten-

---

52 Resoluciones de la Asamblea General de la OEA 2349/07 y 2760/12, tituladas "Agua, salud y derechos humanos" y "El derecho humano al agua potable y al saneamiento", respectivamente. Las resoluciones declaran el derecho al agua como un componente esencial para la vida y la salud, así como indispensable para garantizar una vida digna.

53 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit.*, párr. 188.

54 *Ibidem*, párrs. 190-192.

ción a los pueblos indígenas, considerando que tradicionalmente han enfrentado la usurpación y la contaminación de sus fuentes de agua. En esos casos, los Estados deben destinar recursos financieros para planificar, ejercitar y controlar el acceso al agua.[55]

3.3. Las opiniones disidentes

La decisión de la Corte en el caso *Lhaka Honhat* no fue unánime y generó un intenso debate entre los jueces. Analizar el debate es fundamental para comprender las visiones divergentes sobre cómo garantizar el derecho al agua a los pueblos indígenas. Cabe destacar que, en términos generales, los jueces involucrados en la decisión se esforzaron conjuntamente por transformar la realidad del acceso desigual: compartieron el entendimiento de que el derecho al agua es una condición previa para garantizar los derechos a la vida y la propiedad de los pueblos indígenas y también coincidieron en la conexión entre la protección del medioambiente, los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a la salud. Los jueces de la Corte IDH solo discreparon sobre el mecanismo de protección más apropiado, si esto debería lograrse mediante la justiciabilidad indirecta y la afirmación del derecho a una vida digna (*Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* y *Xákmok Kásek*) o mediante la justiciabilidad directa en virtud del artículo 26 (*Lhaka Honhat*).

Los jueces Vio Grossi, Sierra Porto y Pérez Manrique votaron en contra del reconocimiento de la violación en virtud del artículo 26, mientras que la jueza Odio Benito y los jueces Pazmiño Freire y Ferrer Mac-Gregor votaron a favor. El empate se resolvió con el voto de la presidenta, la jueza Odio Benito. Una divergencia similar ha estado presente en las sentencias de la Corte con respecto al artículo 26 desde el primer caso, *Lagos del Campo vs. Perú,*[56] pero el caso *Lhaka Honhat* fue la primera vez que hubo

[55] *Ibidem*, párrs. 193 y 194.

[56] En el caso, los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto disienten respecto al reconocimiento del artículo 26. Ambos jueces también disintieron en otros casos, como el de *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú* (2019) y *Hernández vs. Argentina* (2019).

un empate, con el juez Manrique cambiando su punto de vista. El punto central de la divergencia es que los jueces Vio Grossi, Sierra Porto y Pérez Manrique entienden que el derecho al agua debe protegerse indirectamente, a través de su conexión con el derecho a la vida y la propiedad (arts. 4 y 21), en lugar de hacerlo directamente a través del artículo 26.

En su voto, el juez Manrique defendió, en un primer momento, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Afirmó que la Convención Americana, a través del artículo 44, permite llevar a la Corte cualquier derecho garantizado en la Convención, independientemente de que sea un derecho político, cultural, social o económico. Por tanto, el juez Manrique reconoció la justiciabilidad directa de los DESCA ante la Corte. Sin embargo, en relación con el caso *Lhaka Honhat,* el juez Manrique consideró más adecuado declarar las violaciones al derecho a un medioambiente sano, agua y alimentación contemplados en el artículo 21 en combinación con los artículos 26 y 1.1. Para el juez Manrique, no hubiera sido necesario declarar una violación independiente del artículo 26, ya que fue la falta de protección del derecho de propiedad lo que generó el daño ambiental y sus consecuencias. El supuesto de simultaneidad propuesto por el juez Manrique reforzaría la intrincada relación entre la tierra, la cultura y la protección ambiental de los pueblos indígenas, reforzando la indivisibilidad de los derechos.[57]

El juez Sierra Porto reafirmó su motivo de disenso en casos anteriores, demostrando una gran preocupación por la legitimidad y la inseguridad jurídica de las decisiones de la Corte. Para el juez Porto no existe una base normativa para la justiciabilidad directa de los DESCA bajo el artículo 26 y la decisión implicó que "se han transgredido los límites claramente definidos en los tratados que establecen la competencia contenciosa del Tribunal". El juez Porto también enumeró la ausencia del derecho al agua en la

El juez Pérez Manrique, nominado a la Corte en 2019, votó en un primer momento por el reconocimiento del artículo 26 en el caso *Hernández vs. Argentina* (2019), pero cambió su posición en el caso *Lhaka Honhat*.

57 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit*. Voto parcialmente disidente del juez Ricardo Pérez Manrique.

Carta de la OEA y la inseguridad jurídica que promueve. Además, sostuvo que la violación del artículo 21 debe incluir la protección de los derechos a un medioambiente sano, alimentación, agua e identidad cultural, reconociendo la importancia del territorio para los pueblos indígenas. Expresó además preocupaciones sobre el cambio del artículo 21 al 26, lo que implicaría la pérdida del carácter inmediato del derecho sobre los recursos naturales para los pueblos indígenas y desconocer las características de los pueblos indígenas en comparación con la población en general.

La opinión separada del juez Vio Grossi es muy similar a la posición expresada por el juez Porto. Inicialmente, el juez Grossi diferenció entre el reconocimiento de un derecho en un tratado internacional y la justiciabilidad del mismo derecho ante una corte internacional, afirmando que si bien el artículo 26 reconoce los DESCA, no estipula la competencia de la Corte en la materia. El juez Grossi aplicó diferentes métodos de interpretación (de buena fe, literal, subjetivo y teleológico), que, a su juicio, siempre conducen a la misma conclusión, a saber, la falta de competencia de la Corte para analizar directamente las violaciones de los DESCA. Por último, mencionó las posibles consecuencias políticas de la decisión de la Corte, señalando que podría debilitar el Sistema Interamericano, disuadir a nuevos Estados de reconocer la competencia de la Corte y promover la tendencia al incumplimiento de las órdenes de la Corte.[58]

3.4. Reparando el daño: un enfoque centrado en la víctima

Reconocida la violación de los derechos de las comunidades Lhaka Honhat, el siguiente paso de la sentencia de la Corte fue la afirmación de medidas de reparación para reparar el daño causado y transformar la situación fáctica de las comunidades. La reparación es un aspecto central desde la perspectiva transformativa propuesta en casos de litigación de los DESCA. El capí-

[58] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit.* Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi.

tulo de reparación en *Lhaka Honhat* es distinto de las anteriores sentencias interamericanas en cuestiones indígenas, ya que no se enfoca solamente en reparaciones desde una visión de la "tierra", sino que presupone el principio de la reparación integral, reconociendo aspectos diferenciados del "territorio" que fueron declarados autónomamente violados en la sentencia.[59]

Varios académicos han señalado que las reparaciones integrales son una herramienta central para las acciones transformadoras de la Corte.[60] La Corte es consciente de que "detrás de cada víctima que se acerca al sistema interamericano hay un sinnúmero de otras que sufren la misma suerte y para quienes no es posible el acceso",[61] por lo que asume una misión transformadora a través del sistema de reparación. En consecuencia, la Corte ha podido abordar las reparaciones para múltiples beneficiarios e iniciar cambios sistémicos a largo plazo, aunque solo conoce de violaciones contra una víctima individual.[62] De hecho, esta se ha convertido en la característica más innovadora del sistema de reparación de la Corte. Las reparaciones sobrepasan el ámbito individual de las víctimas y llegan a todo el sistema al que pertenecen.[63] El amplio alcance de las reparaciones de la Corte

---

59 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

60 Schonsteiner, Judith, "Dissuasive measures and the society as a whole: a working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights", *American University International Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2007; García Ramírez, Sergio, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en Corte Interamericana de Derechos Humanos (ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004,* 2005; Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado,* México, Tirant lo Blanch, 2014.

61 Soley, Ximena, "The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new* ius commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

62 *Idem*.

63 Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007),* 2a. ed., Chile, Andros, 2009.

también se justifica por la aplicación del artículo 63.1 en relación con el artículo 2, que ha dado lugar a la aplicación de resoluciones relacionadas con adaptaciones en los ordenamientos jurídicos internos. Adicionalmente, la Corte ha dictado continuamente medidas de no repetición como parte de una filosofía integral de reparación.

El impacto colectivo de las reparaciones[64] no excluye la posición de la víctima, sino que es complementario, ya que muchas de las víctimas identifican a las medidas de no repetición como fundamentales para superar el trauma psicológico causado por las violaciones. Por lo general, las víctimas quieren que su caso sea el último de ese tipo, para que su sufrimiento no haya sido totalmente en vano.[65] Además, las víctimas que presentan su caso ante el Sistema Interamericano, a menudo después de años de litigio estratégico, son solo algunas de las muchas que sufrieron la misma violación en su país. Por lo general, estas son consecuencias de patrones estructurales de violaciones. Al imponer órdenes de reparación de amplio alcance, la Corte puede reparar el sufrimiento de múltiples víctimas, incluso si no están litigando ante el Sistema Interamericano.

Específicamente en el caso *Lhaka Honhat*, la Corte declaró una violación a los derechos de las 132 comunidades indígenas, que la Comisión había identificado previamente. Esto pone de manifiesto una innovación relevante de la Corte, al considerar una personalidad colectiva titular de derechos, adaptando las medidas de reparación a la naturaleza colectiva de los pueblos indígenas.[66] Sin

64 Véase Schonsteiner, Judith, "Dissuasive measures and the society as a whole", *American University International Law Review,* vol. 23, núm. 1.

65 Beristain, Carlos Martín (ed.), *Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos,* San José, IIDH, 2009.

66 Russo, Anna y Wences, Isabel, "De los derechos de los miembros de las comunidades a los derechos de la comunidad y sus miembros: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Santolaya Machetti, Pablo y Wences, Isabel (eds.), *La América de los derechos,* Madrid, CEPC, 2016; Ruiz, Oswaldo y Donoso, Gina, "Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: fondo y reparaciones", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* Bogotá, SCJN-KAS, 2014.

embargo, a diferencia de casos anteriores,[67] solo las comunidades fueron consideradas víctimas y no los miembros individuales de una comunidad.

La orden de reparación más central en los casos territoriales es la restitución de las tierras, garantizando el pleno uso y goce de la propiedad y sus recursos naturales. En el caso *Lhaka Honhat*, la Corte ordenó al Estado delimitar, demarcar y titular las 400 000 hectáreas identificadas como tierras de las comunidades, así como no dañar el territorio ni tolerar tal acción por parte de terceros. La Corte ordenó al Estado coordinar el reasentamiento voluntario de las familias criollas y, en la medida de lo posible, evitar los desalojos coercitivos. En todo caso, la Corte demostró preocupación por los derechos de las comunidades criollas, ordenando al Estado respetar sus derechos y ofrecerles tierras productivas con infraestructura adecuada. Finalmente, la Corte también resolvió que el territorio debe ser rehabilitado mediante la remoción de cercos y ganado dentro de la propiedad.

En compensación, la Corte ordenó la creación de un fondo de desarrollo por un monto de 2 000 000 USD. Este dinero se destina a acciones encaminadas a revivir la cultura indígena y desarrollar programas de seguridad alimentaria, educación y documentación. Un comité compuesto por las comunidades y el Estado administrará el fondo. Similares fondos de desarrollo fueron ordenados en varios casos territoriales anteriores,[68] pero este paso ha sido fuertemente criticado por los académicos, quienes lo consideran paternalista y contrario a la autodeterminación de

---

67 Casos *Kuna de Magudandí y Emberá de Bayano* (2004), *Garífuna Triunfo de la Cruz* (2015), *Garífuna de Punta Piedra* (2015) y *Kaliña y Lokono* (2018).

68 Corte IDH. *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párrs. 213-215; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit.,* párrs. 199-206; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay..., cit.,* párrs. 219-225; *Caso Saramaka vs. Suriname..., cit.,* párrs. 200-202; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay..., cit.*, párrs. 319-324; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras..., cit.,* párrs. 322-336; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras..., cit.,* párrs. 295-299; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam..., cit.*, párrs. 295-299; *Caso Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil...*, *cit.,* párr. 212.

los pueblos indígenas.[69] Como medida de satisfacción, la Corte ordenó publicar la decisión en el sitio web oficial del Estado, en los boletines oficiales nacionales y provinciales y en un diario de circulación nacional, así como difundirla entre las comunidades tanto en español como en la respectiva lengua indígena. Además, el Estado se vio obligado a difundir el resumen de la decisión a través de la radio en la zona afectada, tanto en español como en lenguas indígenas. Finalmente, en cuanto a las medidas de no repetición, la Corte ordenó la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad jurídica del derecho a la propiedad comunal, estableciendo los procedimientos adecuados para tal fin.

En cuanto al derecho al agua, la Corte ordenó la prestación de servicios públicos como restitución para garantizar los derechos a un medioambiente sano, alimentación, agua e identidad cultural. La Corte ordenó al Estado elaborar un plan de acción inmediato para enfrentar la emergencia hídrica y alimentaria, así como un plan de acción a largo plazo con un cronograma de pasos futuros. El Estado también debe preparar un estudio con las medidas necesarias para proteger las fuentes de agua y controlar la deforestación, asegurando el acceso a fuentes de alimentación adecuadas. El estudio debe ser completado con el apoyo de especialistas de diferentes campos considerando el punto de vista indígena y debe ser aprobado por la Corte. La Corte demostró ser consciente de la interrelación entre protección ambiental, acceso al agua y fuentes de alimentos; al hacerlo, dictó medidas de reparación integral que podrían dar una respuesta sistemática a los problemas de los pueblos indígenas. Sin embargo, puede ser pre-

[69] Antkowiak, Thomas, "A dark side of virtue: the Inter-American Court and reparations for indigenous peoples", *Duke Journal Comparative & International Law*, vol. 25, 2014, pp. 77-79; Dulitzky, Ariel, "When afro-descendants became tribal people: the Inter-American Human Rights System and black rural communities", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 15, núm. 1, 2010, pp. 53 y 54; Robles Garza, Magda Yadira, "La compensación colectiva en la Corte IDH: a propósito de la sentencia Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras", en Mejia Rivera, Joaquín A. (ed.), *Obligaciones internacionales del estado de Honduras en materia de derechos humanos y bienes naturales*, ERIC-SJ, 2018, p. 340; Nash Rojas, Claudio, *op. cit*., p. 55.

ocupante que la Corte no haya previsto la participación indígena en la elaboración del estudio ni su consulta previa.

La Corte también había ordenado la prestación de servicios públicos en la trilogía paraguaya, en la que se reconoció el derecho a una vida digna. Sin embargo, existen distinciones en cuanto a la duración de los servicios y la especificidad de las medidas. En los casos paraguayos, los servicios deberían permanecer hasta la entrega final de las tierras a las comunidades,[70] mientras que en *Lhaka Honhat* el momento exacto de cumplimiento no está claro. La Corte afirmó que la supervisión se mantendría "hasta que evalúe que cuenta con información suficiente para considerar cumplida la medida ordenada".[71] Además, en los casos paraguayos la Corte ordenó un amplio conjunto de servicios públicos (provisión de agua, alimentos, atención médica regular, educación, saneamiento, programa de documentación y un sistema de comunicación de emergencia) con contornos muy específicos, por ejemplo, "agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad" e instalación de "letrinas o cualquier otro tipo de servicio sanitario adecuado" en el asentamiento de la Comunidad.[72] Un punto de similitud entre los casos *Lhaka Honhat* y *Xákmok Kásek* es que, en este último, la Corte ordenó al Estado elaborar un estudio dentro de seis meses detallando la implementación de todos los servicios ordenados.

El cumplimiento con los servicios públicos ha sido un desafío en los casos paraguayos. En todos ellos no se cumplió la orden de prestación de servicios públicos, y la falta de atención básica de salud y acceso a agua y alimentos provocó la muerte de miembros de la comunidad años después de la decisión internacional. De hecho, en 2017 la comunidad *Yakye Axa* vivió en las mismas

---

70 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit.*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay..., cit.*, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay..., cit*.

71 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párrs. 332 y 335.

72 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit., Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay..., cit., Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay..., cit*.

condiciones en que vivía antes del litigio, lo que fue atestiguado por la Corte durante una visita *in loco* para verificar la implementación de las medidas de reparación.

Una peculiaridad del caso es la intervención activa de la Corte por medio del análisis de los estudios preparados por el Estado. Considerando la complejidad de las medidas de reparación, la Corte IDH ha buscado asegurar que la prestación de servicios sea definida con precisión en determinaciones posteriores durante la supervisión de cumplimiento, involucrando a autoridades estatales, comunidades indígenas y sus representantes. Esto es un incremento de los casos paraguayos, ya que aun en *Xákmok Kásek* se ordenó la elaboración de un estudio, pero no se previó la interferencia de la Corte en su análisis de adecuación.[73]

IV. Perspectiva comparada

Una perspectiva comparada muestra cómo, por un lado, en el ámbito jurídico internacional y europeo se implementaron las decisiones sobre el derecho al agua y, por otro, cómo los tribunales nacionales latinoamericanos han tratado el reconocimiento del derecho al agua y han propuesto estándares mínimos para la emergencia del COVID-19 y la protección de las poblaciones indígenas.

En primer lugar, se puede hacer referencia al enfoque adoptado por el Comité de Derechos Humanos en septiembre de 2019 en el caso *Norma Portillo Cáceres y otros vs. Paraguay*. Los demandantes eran campesinos paraguayos que sufrieron la fumigación de agroquímicos en propiedades vecinas. Los pesticidas causaron una gran contaminación del aire y el agua y provocaron que varias personas contrajeran enfermedades graves o murieran. El CDH reconoció el derecho a una vida digna, libre de actos u omisiones que pudieran causar muertes prematuras, afirmando la existencia de un vínculo innegable entre la protección del medioambiente y la realización de los derechos humanos. El

[73] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*..., *cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 60-69.

CDH reconoció el derecho al acceso al agua potable, afirmando su relación con un ambiente sano, la vida familiar y el hogar. Un aspecto importante de la decisión es la relajación de la carga de la prueba, declarando que "[...] en los casos en que la aclaración dependa de información de que solo disponga el Estado parte tiene acceso, el Comité podrá considerar que las alegaciones son fundadas si el Estado parte no las refuta aportando pruebas y explicaciones satisfactorias". La decisión del CDH adopta el camino de la justiciabilidad indirecta, aunque promueve la protección a través de la aceptación de la inversión de la carga de la prueba, facilitando el litigio de los grupos vulnerables.[74] El CDH también menciona la decisión de *Yakye Axa*.

En segundo lugar, el TEDH adoptó un enfoque similar cuando se pronunció sobre un caso paradigmático sobre el derecho al agua de un grupo minoritario en marzo de 2020. El caso *Hudorovic y otros vs. Eslovenia* se refirió a la falta de agua y saneamiento en un asentamiento romaní irregular y fue la primera vez que el Tribunal analizó el reconocimiento del derecho al agua en el Convenio Europeo. El TEDH afirmó que "la falta de acceso persistente y prolongado" al agua potable podría violar el derecho a la vida familiar y al hogar, garantizado en el artículo 8 del Convenio. Sin embargo, en el caso específico se desestimó la violación, citando la discrecionalidad del Estado en la aplicación de medidas positivas, la falta de prueba sobre los efectos de la falta de agua y el hecho de que los solicitantes habían recibido beneficios sociales. Si bien el reconocimiento de la justiciabilidad indirecta del derecho al agua en virtud del artículo 8 es similar al enfoque de la Corte IDH en la trilogía paraguaya, la Corte de Estrasburgo otorga más margen al Estado y exige un mayor estándar de prueba de las víctimas.[75]

Como tribunal doméstico, la Corte Constitucional de Colombia (CCC) cuenta con una jurisprudencia consolidada sobre el derecho al agua, afirmando su indispensabilidad para el pleno

---

74 HRC, "Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2751/2016", 20 de septiembre de 2019, CCPR/C/126/D/2751/2016.

75 TEDH. *Caso Hudorovič y otros vs. Slovenia. Sentencia de* 10 de marzo de 2020, núms. 24816/14 y 25140/14.

goce de los derechos a la salud y la vida. Al igual que la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat*, la CCC considera criterios internacionales sobre el derecho al agua, mencionando los parámetros de la Observación general 15 del Comité DESC y múltiples convenciones de la ONU. La CCC también está en contacto regular con el Tribunal regional y menciona el derecho a una vida digna reconocido en *Yakye Axa* en su jurisprudencia. La CCC reconoce la importancia del suministro de agua para una vida digna de los grupos vulnerables.[76]

En el caso específico de la crisis del COVID-19, múltiples órganos de la ONU han emitido informes especiales recomendando la adopción de medidas especiales y afirmando la importancia del derecho al agua. Para la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, "es probable que la pandemia cree aún más amplias desigualdades, a la par que un sufrimiento más extenso". Se ha subrayado la importancia de un "enfoque de la crisis más cooperativo, global y basado en los derechos humanos", con especial atención a los grupos vulnerables y los derechos económicos, sociales y culturales.[77] La ONU también ha señalado que los grupos vulnerables sufren una doble amenaza, ya que simultáneamente tienen un mayor riesgo de contraer el virus y se verán severamente afectados por las medidas para controlarlo.[78] La creciente importancia de un enfoque de derechos humanos se ha designado como una herramienta para "ayudar a los estados a recalibrar sus medidas de respuesta para maximizar su efectividad en la lucha contra la enfermedad y minimizar las consecuencias negativas".[79] Mu-

[76] Restrepo, Elizabet y Zarate Yepes, Carlos Alberto, "El mínimo vital de agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Opinión Jurídica,* vol. 15, núm. 29, enero-junio de 2016, p. 123; Defensoría del Pueblo, *Avance del derecho humano al agua en la constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales 2005-2011,* Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2012.

[77] Bachelet, Michelle, "COVID is 'a colossal test of leadership' requiring coordinated action, High Commissioner tells Human Rights Council COVID-19 pandemic - informal briefing to the Human Rights Council", 9 de abril de 2020.

[78] ONU, "COVID-19 and human rights: we are all in this together", abril de 2020.

[79] *Idem*.

chos pueblos indígenas no solo carecen de acceso adecuado al agua, sino que también "En estas poblaciones suele haber porcentajes más elevados de personas con enfermedades crónicas y trastornos de salud subyacentes, lo que incrementa su riesgo de desarrollar complicaciones graves de salud a causa de la COVID-19", lo que demuestra la necesidad de garantizar el acceso al agua a los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, así como servicios adecuados para proteger la salud y los medios de vida de los necesitados.[80] Las amenazas se agravan para las personas ancianas y grupos indígenas en aislamiento voluntario.[81]

El Sistema Interamericano ha adoptado un enfoque de derechos humanos en el COVID-19, enfatizando los problemas y desafíos y el respeto a las obligaciones internacionales de los Estados. La Corte ha emitido una declaración (Declaración 01/20) en la que afirma que "[...] dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad", como las comunidades indígenas. La Corte también enfatiza la importancia de garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y la salud, sin discriminación, incluyendo a los miembros de las comunidades indígenas.[82] De manera similar, la Comisión ha presentado una declaración sobre la relación entre la pandemia y los derechos humanos, emitiendo 85 recomendaciones que instan a los Estados a adoptar "[...] perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo". Las recomendaciones incluyen el acceso al agua potable, tomar todas las medidas necesarias para proteger los derechos humanos de los pueblos indíge-

80 Comité DESC, "Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights", 6 de abril de 2020, E/VS.12/2020/1, párrs. 9 y 15.

81 ONU, "COVID-19 and human rights: we are all in this together", abril de 2020.

82 Corte IDH. Declaración 01/2020..., *cit*.

nas y detener toda explotación de recursos naturales dentro de los territorios tradicionales.[83]

Los tribunales nacionales también han entendido la importancia del acceso al agua para los grupos vulnerables. En Argentina, un juez de primera instancia ordenó al gobierno de la ciudad de Buenos Aires elaborar un plan de contingencia que contenga un cronograma detallado para el suministro de agua del grifo y la obligación de proveer tanques de agua en las comunidades sin acceso al agua del grifo. En su petición, los demandantes se refirieron a la protección del derecho al agua en múltiples tratados internacionales y regionales, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Sin embargo, el fallo del juez se basó en la normativa local y nacional sobre derecho urbano.[84] En una medida cautelar similar, un juez de primera instancia en São Paulo exigió al Estado que garantizara el acceso al agua potable a todos los barrios periféricos de la ciudad. La argumentación del juez se refirió a los derechos constitucionales a la salud, la vida digna y la vivienda.[85] En otro caso brasileño, un juez federal resolvió que durante la pandemia no se podían interrumpir los servicios de agua, telefonía, gas y energía eléctrica, ya que podrían agravar la emergencia sanitaria o comprometer las medidas de distanciamiento social.[86]

Tres decisiones nacionales recientes fallaron sobre el tema de la protección de los pueblos indígenas vulnerables y su alto riesgo de contraer el virus. En México, un juez federal ordenó detener la construcción de una vía férrea que atraviesa tierras

83 CIDH. Resolución 01/2020..., *cit*.

84 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario núm. 8, Secretaría núm. 15, Koutsovitis, María Eva y otros contra GCBA sobre amparo - urbanización villas número: exp. 3010/2020-0, 5 de mayo de 2020.

85 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de São Paulo, Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes, 13a. Vara de Fazenda Pública, Ação Civil Pública Cível 017519-11.2020.8.26.0053 - Ação Civil Pública Cível, 2 de abril de 2020.

86 12 Vara Cível Federal de São Paulo, Ação Civil Pública núm. 5004662-32.2020.4.03.6100, 2 de abril de 2020.

indígenas, afirmando la prevalencia del derecho a la salud de los pueblos indígenas y la interdependencia de un medioambiente sano, el abastecimiento de agua y el derecho a la salud.[87] La Corte Suprema de Brasil ha dictado una medida cautelar suspendiendo todos los juicios de embargo contra pueblos indígenas en el territorio nacional. La decisión menciona la recomendación de la OMS para el aislamiento social, así como la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas a las enfermedades y su genocidio histórico.[88] En Colombia, la Corte Constitucional declaró constitucional el Decreto Ley 441 de 2020. Esta ley garantiza el acceso al servicio de agua en el marco de la emergencia por el COVID-19. En ella, la Corte enfatizó que la garantía de acceso al agua a todas las personas sin discriminación constituye "un deber constitucional que no puede postergarse" y, por ello, "adoptó disposiciones relacionadas con el servicio público de agua y la garantía de acceso al agua".[89]

V. Discurso y dialogo a la luz del *ius constitutionale commune*

El caso *Lhaka Honhat* y los demás fallos presentados pueden contextualizarse dentro de un discurso más amplio sobre el impacto de los tribunales en la lucha contra las desigualdades sociales y económicas como parte de deficiencias estructurales profundamente arraigadas y las cuestiones más generales sobre el papel de los derechos humanos en la promoción del cambio social. Por un lado, los críticos señalan la ineficacia de los derechos humanos para comba-

87 Indignación, promoción y defensa de los derechos humanos A.C., Habitantes Ch'ol de los municipios de Ocosingo, Palenque y Salto de Agua "Juez federal otorga suspensión sobre las obras del Tren Maya en el tramo de Palenque para salvaguardar la salud del pueblo Maya Ch'ol", comunicado conjunto, 11 de mayo de 2020.

88 Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário 1-017.365 SC – Decisão em medida provisória, Rel. Min. Edson Fachin, 6 de mayo de 2020.

89 Corte Constitucional, Gobierno de Colombia, "Es constitucional el Decreto Ley que garantiza el acceso al servicio de acueducto en el marco de la emergencia por el COVID-19", 28 de mayo de 2020, *www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Es-constitucional-el-Decreto-Ley-que-garantiza-el-acceso-al-servicio-de-acueducto-en-el-marco-de-la-emergencia-por-el-COVID-19-8909*

tir la desigualdad o el mal funcionamiento de las instituciones de derechos humanos. La academia ha argumentado que los derechos humanos se limitan a un principio de "suficiencia"[90] y se orientan a proporcionar simplemente los servicios más básicos a los pobres, sin ejercer presión para lograr una reasignación más completa de la riqueza y el cambio estructural. Las voces latinoamericanas también han reflexionado críticamente sobre el control de convencionalidad de la Corte y su modificación del "paradigma teórico sobre el que descansa el sistema interamericano de derechos humanos"[91] o discutido "rechazando la Corte Interamericana".[92]

Por otro lado, tales voces críticas son contrarrestadas con posiciones más afirmativas con respecto a la pregunta: "¿Pueden los derechos combatir la desigualdad económica?".[93] Estas perspectivas destacan, entre otras cosas, que los tribunales nacionales son un actor relevante para interpretar las constituciones nacionales a favor de la promoción de la igualdad. Otro enfoque que ha sido propuesto por la academia es reconsiderar las conceptualizaciones de la igualdad. De ahí que en el Sistema Interamericano pueda existir una tendencia a que la comprensión de la igualdad como "antisubordinación"[94] ayude a enfrentar problemas estructurales profundamente arraigados.

---

90 Moyn, Samuel, *Not enough. Human rights in an unequal world,* Harvard University Press, 2018.

91 Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal,* vol. 50, núm. 1, 2015.

92 Huneeus, Alexandra, "Rejecting the Inter-American Court: judicialization, national courts, and regional human rights", en Couso, Javier; Huneeus, Alexandra y Sieder, Rachel (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America,* Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

93 Versteeg, Mila, "Can rights combat economic inequality?", *Harvard Law Review*, vol. 133, núm. 6, 2020.

94 La igualdad, conceptualizada como antisubordinación, ayuda a "comprender las causas profundamente arraigadas de la desigualdad en nuestros órdenes sociales" y "expone la íntima conexión entre derechos, democracia deliberativa e igualdad, las tres entendidas como la lucha por la inclusión y paridad participativa de los grupos desfavorecidos. Aldao, Martín; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, "A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition and Participatory Parity", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit*.

Yendo más allá, este artículo sostiene que el enfoque innovador de la Corte de reconocimiento de derechos es único al establecer reparaciones centradas en las víctimas y, por tanto, al combatir de manera efectiva las formas estructurales de discriminación. Decisiones pasadas de la Corte en áreas como desaparición forzada, tortura y leyes de amnistía cambiaron el panorama latinoamericano. Después de décadas de dictadura en la región, proporcionaron parámetros para la justicia transicional y estimularon los derechos a la verdad y la justicia.[95] De esta manera, la Corte también influyó ampliamente en el derecho internacional al aclarar términos legales. Más recientemente, los precedentes de la Corte en materia de derechos sociales han provocado un aumento considerable de la protección de los grupos vulnerables, como los indígenas, las mujeres y las personas privadas de libertad, promoviendo la igualdad social y combatiendo la discriminación. Este fenómeno jurídico de diálogo entre tribunales nacionales e internacionales con el objetivo de transformar una realidad de profunda desigualdad social en el contexto de la transición de la dictadura ha sido designado *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), concepto que promueve "el potencial transformador de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en América Latina".[96] Un pilar central para el ICCAL es que los tribunales pueden abordar la des-

[95] Sikkink, Kathryn y Kim, Hun Joon, "The justice cascade: the origins and effectiveness of prosecutions of human rights violations", *Annual Review of Law and Social Science 269,* vol. 9, 2013; Binder, Christina, "The prohibition of amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal (Beyond Dispute. International Judicial Institutions as Lawmakers),* vol. 12, núm. 5, mayo de 2011; Torelly, Marcelo, "Transnational legal process and fundamental rigths in Latin America", en Fortes, Pedro *et al.* (eds.), *Law and policy in Latin America: transforming courts, institutions, and rights,* St Antony's series, Palgrave Macmillan, 2017; Alessandri, Paulo S., "Algunas reflexiones en cuanto el impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio; Saiz Arnaiz, Alejandro y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La garantía jurisdiccional de los derechos humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano,* Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2015.

[96] Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *op. cit*.

igualdad económica y promover la transformación en escenarios de profunda discriminación y desigualdad.

Las diferentes decisiones presentadas ilustran, además, aquellos casos en que las cortes promueven derechos sociales a través del constitucionalismo transformador, reconociendo el derecho al agua y protegiendo a los grupos vulnerables de los efectos diferenciados de la pandemia. La influencia de la Corte IDH en Latinoamérica y en todo el mundo se evidencia a través de las referencias al derecho a una vida digna y el reconocimiento indirecto del derecho al agua. El caso *Lhaka Honhat* avanza con estas protecciones, ofreciendo un marco innovador para la protección de los derechos a un medioambiente sano y al agua. En el contexto de lucha contra el mayor desafío de los últimos 100 años, la decisión significa un gran logro para abordar la desigualdad social y garantizar el derecho a la salud. De manera general, el caso ejemplifica una mayor tendencia a dar visibilidad a deficiencias estructurales y a promover el cambio social a través de las esferas legales domésticas, supranacionales e internacionales.

VI. Consideraciones finales

En Brasil, en julio de 2020 se aprobó una ley que garantiza una respuesta de emergencia a los pueblos indígenas en medio de la pandemia del SARS-COV-2. Sin embargo, el presidente Bolsonaro vetó 14 artículos de la legislación, incluidos los que garantizaban el acceso a agua potable y productos de higiene y desinfección, así como el acceso de emergencia al sistema de salud y recursos financieros para equipos de salud.[97] Mientras que la oposición parlamentaria intenta revocar el veto, los argumentos centrales que se presentan son la vulnerabilidad de los pueblos indígenas, la discriminación social estructural y la relación entre pobreza y fragilidad de la salud de los pueblos indígenas. Este caso es un ejemplo preocupante de retroceso en el derecho indígena, que

[97] Pedroso, Rodrigo y Rahim, Zamira, "Brazilian president Jair Bolsonaro vetoes Covid-19 protections for indigenous people", *CNN*, 8 de julio de 2020, *https://edition.cnn.com/2020/07/08/americas/brazil-jair-bolsonaro-coronavirus-intl/index.html*

demuestra la importancia de un enfoque de derechos humanos basado en la discriminación interseccional para proteger a los grupos vulnerables de los efectos peligrosos de una pandemia.

La decisión *Lhaka Honhat* representa un avance clave en el derecho de los pueblos indígenas, ya que reconoce la justiciabilidad directa de los derechos sociales, económicos y culturales y refuerza la protección obligatoria de la propiedad comunitaria y los recursos naturales en su interior. En tiempos de emergencia pandémica, la decisión enfatiza que para asegurar la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas es necesario garantizar el título de propiedad y brindarles acceso a un ambiente saludable, suministro de alimentos y fuentes de agua. La decisión es relevante, ya que avanza en la suposición de que los derechos al agua, la alimentación y la identidad cultural deben protegerse separadamente del derecho a la propiedad, garantizando una autonomía y una especificidad diligente para este conjunto de derechos.

El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor argumenta en su opinión separada[98] que el caso *Lhaka Honhat* representa un hito en la jurisprudencia interamericana por tres razones principales. Primero, representa la primera vez que la Corte Interamericana se ha pronunciado de manera autónoma sobre los DESCA que involucran a pueblos y comunidades indígenas. En segundo lugar, esta es la primera sentencia que declara una violación de cuatro derechos DESCA que pueden derivarse y ampararse en el artículo 26 del Pacto de San José: el derecho a la identidad cultural, concerniente a la participación en la vida cultural, el derecho a un medioambiente sano, el derecho a la alimentación y el derecho al agua. En tercer lugar, las reparaciones ordenadas son de diversa índole y tienen como objetivo restaurar la violación de cada uno de los derechos sociales, culturales y ambientales declarados violados en la sentencia.

La sociedad civil de toda América Latina ha mostrado un gran interés en la resolución del caso *Lhaka Honhat*, como se despren-

98 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

de de los numerosos aportes recibidos de los *amici curiae*. El caso recibió ocho cartas de *amici curiae*, de cuatro países diferentes y organismos internacionales, elaboradas por asociaciones, instituciones y particulares. El diálogo con la sociedad civil es una parte muy importante del trabajo de la Corte Interamericana, ya que promueve el esclarecimiento de los hechos y avanza en la interpretación de los parámetros legales y en la comprensión de los elementos contextuales.[99] Además, los movimientos sociales pueden ser socios esenciales para presionar a los Estados para que cumplan con la decisión.[100]

Un punto interesante de la sentencia es el hecho de que el Estado también fue juzgado por tener una respuesta dilatoria injustificada a los requerimientos de las poblaciones indígenas. Los Estados latinoamericanos tienden a tener respuestas y reacciones tardías para satisfacer las necesidades de los grupos vulnerables. Este juicio podría ser un incentivo para que los Estados eviten respuestas tardías injustificadas.

Una de las razones por las que la COVID-19 puede afectar a América Latina más que a otras regiones del mundo es la falta de infraestructura. Los países latinoamericanos se caracterizan por la ausencia de instituciones estatales que garanticen el acceso a los servicios básicos en regiones alejadas de las capitales o ciudades más ricas. Así, hay escasas escuelas, universidades, hospitales, centros de salud u otras instituciones a las que los ciudadanos y ciudadanas puedan acudir durante las crisis. Las poblaciones vulnerables que viven en zonas remotas de los países quedan completamente aisladas, tal como los pueblos indígenas, quienes siempre han sido víctimas de múltiples formas de discriminación por parte del Estado. Muchos indígenas no hablan el idioma oficial, mientras que hay pocos médicos que hablan idiomas tradicionales, con el resultado de que los indígenas se ven privados de tratamiento médico. Además, el ejemplo brasileño

99 *Idem*.

100 Cavallaro, James y Brewer, Stephanie Erin, "Reevaluating Regional Human Rights litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law*, vol. 102, núm. 4, 2008.

de los vetos demuestra la falta de voluntad política para proteger a los pueblos indígenas.

El escaso acceso al agua en América Latina es uno de los mayores problemas debido a la deficiente infraestructura de la región. Este problema es de conocimiento público y los países latinoamericanos han estado violando el derecho al agua potable durante décadas. Sin embargo, esto es más que una cuestión de voluntad. También se cuestiona las capacidades de la región. ¿Pueden los países latinoamericanos construir la infraestructura necesaria de saneamiento y limpieza de aguas residuales para proporcionar agua limpia a toda su población? ¿Tienen los fondos necesarios? Si es así, ¿por qué las organizaciones internacionales no les han presionado más para que construyan la infraestructura necesaria?

El acceso al agua potable es siempre vital, no solo en tiempos de COVID-19. No tener acceso al agua potable da como resultado malas condiciones de salud y mayores tasas de infección y muerte en tiempos de pandemia. En la misma línea, la infraestructura de saneamiento en América Latina siempre ha sido deficiente y ha afectado a la población más vulnerable. El COVID-19 está revelando la escasa preparación de los países latinoamericanos para brindar a sus poblaciones servicios y derechos básicos, y la gravedad de los problemas de discriminación y pobreza. Hubiera sido deseable que no se hubiera necesitado de la pandemia para mostrar cuán relevantes son los servicios básicos como el agua y cuán olvidados están los pueblos indígenas.

Los tiempos de crisis acentúan el papel transformador de los tribunales de derechos humanos, principalmente en contextos de deficiencias estructurales y discriminación sistémica. El virus SARS-COV-2 es igualmente peligroso para todas las personas, pero, debido a la desigualdad social, sus consecuencias son discriminatorias. Por tanto, la agenda transformadora de la Corte IDH es crucial, ya que acabar con la discriminación y marginación de ciertos grupos vulnerables no es suficiente para superar las deficiencias o desigualdades estructurales. En este contexto, el papel de la Corte IDH en la construcción de un *ius constitucionale commune* sobre el derecho al agua puede ofrecer una herramienta esencial para promover la igualdad de derechos para los

grupos vulnerables. Además, la exigibilidad directa de los derechos consagrados en el artículo 26 y la consideración de los derechos humanos como interdependientes e indivisibles pueden ofrecer un nuevo impulso en el camino hacia una mayor igualdad en América Latina.

Bibliografía

Aldao, Martín; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, "A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition and Participatory Parity", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America the emergence of a new* ius commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Alencar, Ane *et al.*, "Amazônia em chamas 3: O fogo e o desmatamento em 2019 e o que vem em 2020", *IPAM*, nota técnica, 22 de abril de 2020.

Alessandri, Paulo S., "Algunas reflexiones en cuanto el impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio; Saiz Arnaiz, Alejandro y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La garantía jurisdiccional de los derechos humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano,* Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2015.

Antkowiak, Thomas, "A dark side of virtue: the Inter-American Court and reparations for indigenous peoples", *Duke Journal Comparative & International Law*, vol. 25, 2014.

Antkowiak, Thomas, "Rights, resources and rhetoric: indigenous peoples and the Inter-American court", *University of Pennsylvania Journal of International Law,* vol. 35, núm. 1, 2014.

Bachelet, Michelle, "COVID is 'a colossal test of leadership' requiring coordinated action, High Commissioner tells Human Rights Council COVID-19 pandemic - informal briefing to the Human Rights Council", 9 de abril de 2020.

Beristain, Carlos Martín (ed.), *Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos,* San José, IIDH, 2009.

Binder, Christina, "The prohibition of amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *German Law Journal (Beyond Dispute. International Judicial Institutions as Law-makers),* vol. 12, núm. 5, mayo de 2011.

Bogdandy, Armin von, "The transformative mandate of the Inter-American System – legality and legitimacy of an extraordinary jurisgenerative process", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), trabajo de investigación núm. 2019-16, 2 de octubre de 2019, *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3463059*

Cavallaro, James y Brewer, Stephanie Erin, "Reevaluating Regional Human Rights litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *American Journal of International Law*, vol. 102, núm. 4, 2008.

CEJIL, "Coronavirus y derechos humanos. Acciones y recursos para proteger los DD.HH durante la pandemia", *https://covid19yddhh.org/cejil/en/*

CEJIL, "COVID 19: la supervivencia de los pueblos indígenas está en riesgo", 21 de abril de 2020, *www.cejil.org/es/covid-19-supervivencia-pueblos-indigenas-riesgo*

CIDH, "CIDH urge al Estado de Nicaragua cesar las violaciones a los derechos de personas y comunidades indígenas", Comunicado de prensa 061/20, de 23 de marzo de 2020.

CIDH y REDESCA, "La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19", Comunicado de prensa de 20 de marzo de 2020, *www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2020/0 60.asp*

CITI, "COVID 19 and the rights of indigenous peoples", 15 de abril de 2020.

Cornejo Chávez, Leiry, "El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Cor-

te Interamericana de Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisrprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

CORTE IDH, MPIL e IECEQ, "COVID-19 y el derecho a la salud", *www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-covid.pdf*

Cultural Survival, "As COVID-19 Starts in Nicaragua, Settler Violence Continues", 17 de abril de 2020, *www.culturalsurvival.org/news/COVID-19-starts-nicaragua-settler-violence-continues*

Defensoría del Pueblo, *Avance del derecho humano al agua en la constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales 2005-2011,* Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2012.

Dominguez, Lara, "The Inter-American Court of Human Rights issues landmark judgment in indigenous rights case", *Minority Rights Group,* 16 de abril de 2020, *https://minorityrights.org/2020/04/16/nuestra-tierra-v-argentina/*

Dulitzky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal,* vol. 50, núm. 1, 2015.

Dulitzky, Ariel, "When afro-descendants became tribal people: the Inter-American Human Rights System and black rural communities", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 15, núm. 1, 2010.

García Ramírez, Sergio, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en Corte Interamericana de Derechos Humanos (ed.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004,* 2005.

Global Witness, *¿A qué precio?: Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente en 2017*, 2017.

Góngora Mera, Manuel Eduardo, "Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *Interamericanización de los DESCA: el caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH,* Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

Guterres, António, "We are all in this Together: Human Rights and COVID-19 Response and Recovery", 23 de abril de 2020, *www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-covid-19-response-and*

Huneeus, Alexandra, "Rejecting the Inter-American Court: judicialization, national courts, and regional human rights", en Couso, Javier; Huneeus, Alexandra y Sieder, Rachel (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America,* Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Kohte, Anna, "Vulnerability in times of corona guidelines from the Inter-American Court of Human Rights on the right to health", *Völkerrechtblog*, 28 de mayo de 2020, *https://voelkerrechtsblog.org/vulnerability-in-times-of-corona/*

Lavrysen, Laurens, "Strengthening the protection of human rights of persons living in poverty under the ECHR", 33 Neth. Q. Hum. Rts. 293 294, 2015.

Londoño Lázaro, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado,* México, Tirant lo Blanch, 2014.

Moerloose, Stéphanie y Casas, Ignácio de, "The Lhaka Honhat the Inter-American Court of Human Rights: the long-awaited granting of 400,000 hectares under communal property rights", *Ejil:Talk,* 16 de julio de 2020, *www.ejiltalk.org/the-lhaka-honhat-case-of-the-inter-american-court-of-human-rights-the-long-awaited-granting-of-400000-hectares-under-communal-propertyrights/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2*

Morales Antoniazzi, Mariela, "How a landmark decision from the Inter American Court on Argentina can help shape a res-

ponse to COVID-19 and the right to water – new momentum for the *ius commune*", CEJIL, 29 de mayo de 2020, *www.cejil.org/en/how-landmark-decision-inter-american-court-argentina-can-help-shape-response-covid-19-and-right*

Moyn, Samuel, *Not enough. Human rights in an unequal world,* Harvard University Press, 2018.

Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007),* 2a. ed., Chile, Andros, 2009.

Pasqualucci, Jo M., "International indigenous land rights: a critique of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, 2009.

Pasqualucci, Jo M., "The Right to a Dignified Life (vida digna): The integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 1, 2008.

Patarroyo, Paola, "Justiciability of 'implicit' rights: developments on the right to a healthy environment at the Inter-American Court of Human Rights", *Ejil:Talk*, 11 de mayo de 2020, *www.ejiltalk.org/justiciability-of-implicit-rights-developments-on-the-right-to-a-healthy-environment-at-the-inter-american-court-of-human-rights/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2*

Pedroso, Rodrigo y Rahim, Zamira, "Brazilian president Jair Bolsonaro vetoes Covid-19 protections for indigenous people", *CNN,* 8 de julio de 2020, *https://edition.cnn.com/2020/07/08/americas/brazil-jair-bolsonaro-coronavirus-intl/index.html*

Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela, "COVID-19 and the need for a holistic and integral approach to human rights protection. On Latin America and the inverted principle of interdependence and indivisibility of human rights", *Verfassungsblog,* 15 de abril de 2020, *https://verfassungs-*

blog.de/covid-19-and-the-need-for-a-holistic-and-integral-approach-to-human-rights-protection/

Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela y Cortez, Julia, "La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *Interamericanización de los DESCA: el caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH,* Querétaro, MPIL-IECEQ, 2020.

Restrepo, Elizabet y Zarate Yepes, Carlos Alberto, "El mínimo vital de agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Opinión Jurídica,* vol. 15, núm. 29, enero-junio de 2016.

Robles Garza, Magda Yadira, "La compensación colectiva en la Corte IDH: a propósito de la sentencia Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras", en Mejia Rivera, Joaquín A. (ed.), *Obligaciones internacionales del estado de Honduras en materia de derechos humanos y bienes naturales*, ERIC-SJ, 2018.

Ruiz, Oswaldo y Donoso, Gina, "Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: fondo y reparaciones", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* Bogotá, SCJN-KAS, 2014.

Russo, Anna y Wences, Isabel, "De los derechos de los miembros de las comunidades a los derechos de la comunidad y sus miembros: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Santolaya Machetti, Pablo y Wences, Isabel (eds.), *La América de los derechos,* Madrid, CEPC, 2016

Schonsteiner, Judith, "Dissuasive measures and the society as a whole: a working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights", *American University International Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2007.

Sierra Praeli, Yvete, "Pueblos indígenas: los más vulnerables frente el avance del coronavirus en América Latina", 16 de marzo de 2020, *https://es.mongabay.com/2020/03/pueblos-indigenas-coronavirus-america-latina/*

Sikkink, Kathryn y Kim, Hun Joon, "The justice cascade: the origins and effectiveness of prosecutions of human rights violations", *Annual Review of Law and Social Science 269,* vol. 9, 2013.

Soley, Ximena, "The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new* ius commune, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Tigre, Maria Antonia, "Inter-American Court of Human Rights recognizes the right to a healthy environment", *ASIL Insights*, vol. 24, núm. 14, 2 de junio de 2020.

Torelly, Marcelo, "Transnational legal process and fundamental rigths in Latin America", en Fortes, Pedro *et al.* (eds.), *Law and policy in Latin America: transforming courts, institutions, and rights,* St Antony's series, Palgrave Macmillan, 2017.

Versteeg, Mila, "Can rights combat economic inequality?", *Harvard Law Review*, vol. 133, núm. 6, 2020.

La alimentación adecuada, una mirada desde la sentencia caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*

*Adriana Carolina Torres**

I. Introducción

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la malnutrición como las deficiencias, excesos o desbalances en la ingesta energética y de nutrientes de una persona, la cual cubre dos condiciones: *i)* la desnutrición, reflejada en las deficiencias o insuficiencias micronutricionales (vitaminas y minerales), y *ii)* el sobrepeso y la obesidad, causantes de enfermedades no transmisibles (ENT) relacionadas con la mala alimentación (como los padecimientos del corazón, los accidentes cerebrovasculares, la diabetes o el cáncer).[1]

* Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela), con una maestría en la Universidad Friedrich Alexander (Erlangen-Núremberg, Alemania). Actualmente cursa una Maestría en Derecho Internacional en la Universidad de los Andes. En 2018 hizo una estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, y una estancia en la International Nuremberg Principles Academy. De agosto de 2019 a febrero de 2021 fue coordinadora de proyectos e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actualmente es investigadora en Dejusticia para la Línea de Justicia Económica.

1 OMS, "Malnutrición", *https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/malnutrition*

La obesidad, por su parte, es una enfermedad crónica, recurrente y multicausal que afecta el equilibrio neuroinmunometabólico y psicosocial, causado por una acumulación anormal o excesiva de grasa que compromete la salud.[2] Se diferencia del sobrepeso por implicar un mayor aumento de masa corporal y de grasa. Esta enfermedad tiene varios determinantes de carácter ambiental, sociocultural, y otros vinculados a la predisposición genética y hormonal, que contribuyen a su desarrollo.[3] Sin embargo, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) señala que los factores que promueven en mayor medida el aumento de peso y la obesidad son: *i)* el consumo habitual de alimentos de bajo valor nutricional y alto nivel de azúcar, grasas y sodio; *ii)* la ingesta elevada de bebidas azucaradas y, en tercer lugar, *iii)* la inactividad física.[4]

Esta enfermedad aumenta el riesgo de mortalidad de quien la padece, puesto que se asocia al desarrollo de otras enfermedades crónicas no transmisibles. La obesidad está vinculada a la resistencia a la insulina naturalmente producida por el cuerpo, lo que constituye un factor de riesgo de padecer diabetes tipo II. De igual manera, la obesidad, aunada a la ingesta de productos con alto contenido de sodio, propicia el desarrollo de enfermedades cardiovasculares, como es el caso de la hipertensión, al igual que daños en los riñones. Adicionalmente, la obesidad se registra como un factor de riesgo de varios tipos de cáncer, entre los cuales se destacan el cáncer de páncreas, de hígado, de mama, de esófago y de riñón.[5]

En Colombia, de acuerdo con el índice de masa corporal, uno de cada dos adultos entre 18 y 64 años sufre sobrepeso u obesidad. En concreto, 56 % de los colombianos en este rango de edad se ven afectados por estas condiciones crónicas. Sin embargo, a pesar de que esta condición aqueja de forma mayoritaria a los adultos, los niños, niñas y adolescentes (NNA) también se ven

2 Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo, "Recomendaciones de la Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo para el manejo de la obesidad", 2019.

3 *Idem*.

4 OPS, "Plan de acción para la prevención de la obesidad en la niñez y la adolescencia", 3 de octubre de 2014.

5 Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo, *op. cit*.

afectados por ella.[6] De hecho, el sobrepeso infantil es un factor de riesgo de obesidad en la edad adulta y está relacionado, además, con la aparición de trastornos mentales y enfermedades crónicas a temprana edad.[7] Esto tiene especial relevancia, pues las enfermedades crónicas no transmisibles son la principal causa de muerte en el país.

Así, aunque históricamente la preocupación en Colombia se centraba en la deficiencia de micronutrientes, este indicador ha estado en declive en los últimos años, al menos antes de la pandemia. Por el contrario, en la última década las tasas de sobrepeso y obesidad y las ENT han sufrido un aumento significativo, mostrando una nueva realidad nutricional y la necesidad de un redireccionamiento del problema.

La doble condición que enfrenta Colombia, donde persiste la desnutrición al tiempo que se presenta un rápido crecimiento del sobrepeso y la obesidad, especialmente en ambientes urbanos, se conoce como la "doble carga de la malnutrición". Estas dos condiciones pueden coexistir no solo en el mismo país y la misma región, sino, incluso, en el mismo grupo familiar y hasta en la misma persona. Ambas expresiones de los problemas alimentarios, tanto la desnutrición como el sobrepeso y la obesidad, son situaciones que afectan en mayor medida a los grupos más vulnerables, particularmente a los niños y niñas, así como a los grupos económicamente más desaventajados.

En este contexto, la adopción de un etiquetado de advertencia es producto de obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos a la alimentación y a la salud, establecidos en diferentes instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) o la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991), e interpretados por los respectivos comités de estos tratados. En el mismo sentido, los exre-

6 Instituto Nacional de Salud, "Encuesta Nacional de la Situación Nutricional ENSIN 2015. Indicadores Priorizados", *https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/tabla_de_indicadores_23012019_0.pdf*

7 Daniels, Setephen R.; Pratt, Charlotte A. y Hayman, Laura L. "Reduction of Risk for Cardiovascular Disease in Children and Adolescents", *https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3751579/*

latores del derecho a la salud, Anand Grover y Dainius Puras, y la ex-relatora del derecho a la alimentación, Hilal Elver, han planteado que la adopción de este tipo de políticas busca garantizar las obligaciones de respeto, protección y garantía de estos derechos, al advertir a las personas sobre el contenido de los productos que consumen, en el marco de la lucha contra las crecientes cifras de sobrepeso, obesidad y desarrollo de enfermedades crónicas no transmisibles, cuyo fenómeno ha sido reconocido por múltiples académicos como la "epidemia del siglo xxi".

II. El derecho a una alimentación adecuada como un determinante del derecho a la salud

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), recientemente en 2020, en el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*, reconoció, a la luz del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la vulneración del derecho a la alimentación adecuada, estableciendo por primera vez la justiciabilidad directa de este derecho. Así, en esta decisión se subrayan aspectos críticos del contenido y el alcance de las obligaciones de los Estados con relación a la garantía de una alimentación adecuada, haciendo especial énfasis en los deberes del Estado en esta materia cuando se trata de una población de especial protección, como lo son las comunidades indígenas. En el presente acápite exploraremos el marco jurídico del derecho, así como el desarrollo que otros organismos le han dado, esto a la luz de lo que menciona la Corte en la referida sentencia de la Asociación Lhaka Honhat, donde reafirma el marco analítico a través del cual se viene estudiando este derecho.

Diversos espacios y documentos reconocen a la alimentación adecuada como un derecho humano. A nivel internacional encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948), que en su artículo 25 establece que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"; asimismo, en el marco interamericano el derecho a la alimentación puede identificarse también en el artículo 11

de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana).[8]

Adicionalmente, varios instrumentos internacionales específicos como la CDN (art. 24.2.c y 27.3), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12.2), o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 25.f y 28.1), también han reconocido este derecho. Finalmente, el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador expresa que "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".

De forma paralela, se reconoce implícitamente el derecho a la alimentación por intermedio de otros derechos. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha interpretado que el derecho a la alimentación está protegido implícitamente en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) por intermedio de los derechos a la vida, a la salud y al desarrollo económico, social y cultural. Según el Comité de Derechos Humanos, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la protección del derecho a la vida requiere que los Estados adopten medidas positivas, por ejemplo, para eliminar la desnutrición. El Comité contra la Tortura, que supervisa el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), ha señalado que la falta adecuada de alimentación en las prisiones puede constituir un trato inhumano o degradante.[9]

Un instrumento no vinculante, pero que de igual manera establece lineamientos sobre el derecho a la alimentación adecuada, son las Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (Directrices del derecho a la alimentación). Estas fueron producto de un consenso en el seno del

---

8 Declaración Americana, art. 11, "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación", entre otros aspectos.

9 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del relator especial sobre la tortura*, 9 de febrero de 2010, Doc. ONU: A/HRC/13/39/Add.5, párr. 31.

Consejo de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés) en noviembre de 2004. Constituyen un instrumento práctico para ayudar a aplicar el derecho a la alimentación adecuada. Si bien no son jurídicamente vinculantes como tal, procuran reflejar las normas vigentes de derechos humanos y proporcionar orientación útil a los Estados acerca de la forma de dar cumplimiento a sus obligaciones.

Ahora bien, el derecho a la alimentación adecuada se desarrolla más detalladamente en el artículo 11 del PIDESC, donde se evidencian tres dimensiones del derecho a la alimentación. En primer lugar, en la dimensión del contenido se establece el derecho a un nivel de vida adecuado para la persona y su familia, el cual se integra por derechos básicos como alimentación, vestido y vivienda, además de la mejora permanente de las condiciones de existencia.

El artículo reconoce de forma expresa el deber que tiene el Estado de proteger a las personas en contra del hambre, por lo que la adopción de medidas que garanticen la mejora de los métodos de producción, conservación y distribución de los alimentos forma parte de las obligaciones de los Estados firmantes. Asimismo, se establece la obligación de asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades de la población.

En este marco, la Observación general núm. 12 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) nos permite delimitar de forma más precisa el contenido y el alcance del derecho a alimentación adecuada, pues allí se hace un análisis tanto de los contenidos del derecho como de las obligaciones a cargo del Estado.[10] Así, la alimentación adecuada impone tres niveles de obligaciones a los Estados parte: respetar, proteger y garantizar el derecho a la alimentación de la población que se encuentra bajo su jurisdicción.

La obligación de respetar fue definida como la abstención de adoptar medidas que tengan como consecuencia impedir el acceso al derecho a la alimentación adecuada. Por otro lado, la obligación de proteger llama a los Estados parte a adoptar medidas

[10] Comité DESC, Observación general núm.12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5.

que aseguren la no interferencia de empresas o particulares en el acceso a una alimentación adecuada. La obligación de garantía se concreta como la obligación de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y mecanismos que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Finalmente, es claro en establecer la obligación del Estado de garantizar este derecho a grupos en situación de vulnerabilidad.

En este orden de ideas, resulta importante mencionar que el Comité DESC define el término "necesidades alimentarias" como el régimen de alimentación que en su conjunto aporte una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación.[11] En otras palabras, para considerarse satisfecho el derecho, el Estado debe garantizar el acceso de todas las personas a alimentación de cierta calidad, apta para cubrir las necesidades fisiológicas humanas y sin sustancias nocivas. Esto va de la mano con la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas.

Así, la obligación de garantía no debe restringirse al derecho a no pasar hambre, sino que debe incluir el derecho a una dieta adecuada que proporcione todos los elementos nutritivos que una persona necesita para llevar una vida sana y activa, y los medios para tener acceso a ellos.

Por otra parte, el Comité DESC, en su Observación general núm. 14, señala que el derecho a la salud es fundamental e indispensable para el goce de los demás derechos humanos, y añade que el más alto nivel de salud es la garantía que tienen las personas para vivir dignamente. Así, indica que "el más alto nivel posible de salud física y mental", que refiere el artículo 12 del PIDESC, implica que el derecho a la salud no se limita a la garantía de acceso y de atención, sino que abarca otros factores socioeconómicos tales como la alimentación, la nutrición, una vivienda digna y el acceso al agua potable, todos los cuales permiten que

[11] *Idem.*

las personas puedan gozar de un estado de completo bienestar físico, mental y social.[12]

En su informe del 2014, Anand Grover, relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, manifestó su preocupación por los efectos que tiene el consumo de productos ultraprocesados en la salud, especialmente en la relación de estos con las ENT. En ese contexto, precisa lo siguiente:

> Los Estados tienen la obligación fundamental e irrenunciable de garantizar el acceso a una alimentación básica mínima que sea adecuada desde el punto de vista nutritivo para que toda persona esté protegida contra el hambre. El marco del derecho a la alimentación exige que los Estados *garanticen la disponibilidad y accesibilidad de alimentos en la cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades de alimentación de la persona, y que aporten una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental*, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital.[13] (Cursivas añadidas)

Seguidamente, la relatora especial sobre el derecho a la alimentación, en su informe de 2016,[14] hace mención a la existencia de una clara dimensión de la nutrición en el derecho a la alimentación que confirma la relación de este con el derecho a la salud, enfatizando que la nutrición es el vínculo más importante que existe entre los derechos a la salud y a la alimentación, velando por que el marco de los derechos humanos promueva ambos derechos.

En ese mismo documento la relatora enfatizó que la malnutrición engloba la desnutrición, la carencia de micronutrientes y

12 Comité DESC, Observación general núm. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4.

13 Grover, Anand, Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental - Los alimentos poco saludables, las enfermedades no transmisibles y el derecho a la salud, 1 de abril de 2014, A/HRC/26/31.

14 Elver, Hilal, Informe provisional de la relatora especial sobre el derecho a la alimentación - "Derecho a la alimentación", A/71/282, 3 de agosto de 2016.

las enfermedades relacionadas con la ingestión excesiva de alimentos y el desequilibrio nutricional; así, la desnutrición es consecuencia de consumir escasos nutrientes esenciales, bien por ingerir una cantidad insuficiente de alimentos, bien por padecer repetidas enfermedades infecciosas.[15]

En cuanto a las consecuencias de la malnutrición, la relatora hizo referencia en este informe a cómo la carencia de micronutrientes, también conocida como "hambre oculta", es una afección caracterizada por la falta o escasez de vitaminas y minerales que aumenta la vulnerabilidad a las infecciones, las anomalías congénitas y el retraso del desarrollo, y puede ocasionar la muerte prematura.[16] Asimismo, manifestó su preocupación por el alza de las tasas de malnutrición vinculadas al aumento en el consumo de productos ultraprocesados.

En el Sistema Interamericano, el primer órgano en comunicar su preocupación por los crecientes índices de obesidad en la región fue la Comisión Interamericana, mediante el informe temático "Empresas y derechos humanos".[17] Allí afirmó que, en algunos casos, el sector privado, mediante amenazas de denuncia judicial al Estado, *lobby* y presión sobre tomadores de decisión, busca impedir sanciones y la implementación de políticas efectivas que limiten la comercialización, la publicidad y el consumo de estos productos. Asimismo, aseveró en el informe que la creciente ola de sobrepeso y obesidad se debía, en parte, a la falta de cumplimiento del Estado en sus obligaciones de derechos humanos.

En ese contexto, recordó a los Estados el deber de establecer marcos jurídicos idóneos y políticas públicas efectivas, orientadas a abordar de manera preventiva y sancionatoria los impactos comerciales negativos en los NNA.

Recientemente, la Comisión Interamericana, en su periodo de sesiones 182, convocó tres audiencias regionales, siendo una de ellas sobre la situación del derecho a la alimentación de NNA en

15 *Idem.*

16 *Idem.*

17 CIDH, Informe "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA), 2019.

la región latinoamericana.[18] Al respecto, diversas organizaciones sociales hicieron énfasis en que, más allá de las decisiones individuales de los consumidores directos o de los padres y cuidadores, la fijación de hábitos alimentarios poco saludables y dañinos desde edad temprana trae como consecuencia una crisis de salud pública, la cual es evitable en la medida en que los Estados creen marcos jurídicos protectores del derechos a la alimentación adecuada y nutritiva.

Asimismo, las comisionadas expresaron su conformidad con la necesidad de establecer medidas orientadas a la garantía efectiva del derecho a la alimentación, a través de marcos normativos claros, que regulen la actuación de la industria de comestibles ultraprocesados, asegurando, además, que las empresas tienen el deber de tomar en consideración los impactos de sus prácticas y productos en los derechos de niños y niñas.

Por su parte, la Corte IDH había derivado las obligaciones de los Estados en materia alimentaria y del agua a través de la técnica de conexión e interdependencia; sin embargo, más recientemente, en el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat*, a la luz del artículo 26 de la CADH, condenó al Estado argentino por la violación del derecho a la alimentación adecuada. En el caso, la Corte no solo hace un reconocimiento del desarrollo internacional que ha tenido el derecho a una alimentación adecuada, sino que además afirma que el deber del Estado no es únicamente de respeto (obligación negativa), sino de garantía de este derecho (obligación positiva).[19]

Asimismo, la Corte es clara al establecer que no cualquier tipo de alimentación satisface el derecho, sino que hay factores adicionales que deben tomarse en cuenta, que hacen a la alimentación "adecuada".[20] Por otra parte, en esa misma sentencia menciona que el derecho se ve vulnerado por el Estado al "no contro-

18 CIDH, "Situación del derecho a la alimentación en niños, niñas y adolescentes", Periodo de sesiones 182.

19 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.* Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 400.

20 *Idem*.

lar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas".[21]

Lo anterior representa un gran avance en materia de reconocimiento del derecho a la alimentación, pues pone sobre la mesa que existen múltiples factores que tienen un impacto en la satisfacción de una alimentación adecuada. Es decir, no es indiferente la calidad nutricional de los alimentos que el Estado debe garantizar; esta debe realmente procurar satisfacer las necesidades físicas y cognitivas.

III. El etiquetado frontal de advertencia como un deber concreto que se desprende del derecho a una alimentación adecuada

La OMS y la OPS han recomendado enfáticamente a los Estados que adopten políticas públicas dirigidas a desincentivar el consumo de productos altos en azúcar, grasa saturada y sodio, y que promuevan hábitos de alimentación saludable en la población. Entre las medidas sugeridas para afectar positivamente los hábitos alimentarios de la población están las medidas tributarias, la regulación de entornos escolares libres de publicidad de productos ultraprocesados y el etiquetado de productos con excedente de ingredientes críticos.[22]

En relación con las etiquetas, la directora de la OPS, Carissa F. Etienne, se pronunció mencionando que "Las etiquetas de advertencia en el frente de los envases pueden servir de guía para tomar decisiones más saludables, salvar vidas, mejorar la calidad de vida en la Región y proteger nuestros derechos humanos y los de nuestros niños [...]. Esta es una situación urgente de salud pública y simplemente no podemos esperar".[23]

---

21 *Idem*.

22 OPS, "El etiquetado nutricional en el frente de los envases ayuda a los consumidores a elegir alimentos más saludables: nuevo estudio OPS", 9 de diciembre de 2020, *https://www.paho.org/es/noticias/9-12-2020-etiquetado-nutricional-frente-envases-ayuda-consumidores-elegir-alimentos-mas*

23 OPS, "Últimos 'Indicadores Básicos' de la OPS arrojan situación sobre la situación de salud en las Américas", 13 de febrero de 2019, *https://www3.*

En este orden de ideas, en 2020 el relator especial sobre el derecho a la salud hizo una declaración oficial sobre la adopción del etiquetado frontal de advertencia para combatir las ENT. Así, en esta declaración subrayó que, como parte de sus deberes en materia de derecho a la salud, los Estados debían enfrentar los factores de riesgo prevenibles de las ENT relacionadas con el régimen alimentario, promoviendo regulaciones a fin de que la industria de alimentos y bebidas proporcione información precisa, fácilmente comprensible, transparente e inteligible sobre sus productos, dejando claro que las normas de etiquetado frontal de advertencia son muy necesarias.[24]

La declaración es innovadora, ya que amplía el contenido del derecho a la salud, afirmando que la salud es un derecho inclusivo que se extiende no solo a la atención oportuna y apropiada, sino también a los determinantes subyacentes de esta, como un suministro adecuado de alimentos y nutrición seguros. Por consiguiente, establece que entre las obligaciones de los Estados figura la de garantizar a todos el acceso, en condiciones de igualdad, a alimentos inocuos desde el punto de vista nutricional, pues ello es un factor determinante de la salud.

Adicionalmente, amplía lo dicho en la Observación general núm. 12 del Comité DESC, en donde se establece que, en lo concerniente al derecho a alimentación, los Estados tienen la obligación de procurar tomar medidas que protejan a los ciudadanos bajo su jurisdicción del hambre, asegurando que los alimentos sean nutricionalmente adecuados e inocuos; es decir, suficientes no solo en cantidad y calidad, sino capaces de satisfacer las necesidades alimenticias de las personas, con una combinación de nutrientes para el crecimiento, el desarrollo y el mantenimiento físico y mental.

---

paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14960:ultimos-indicadores-basicos-de-la-ops-arrojan-luz-sobre-la-situacion-de-salud-en-las-americas&Itemid=1926&lang=es

[24] ONU, Special Rapporteur on the right to health, "Statement by the UN Special Rapporteur on the right to health on the adoption of front-of-package warning labelling to tackle NCDs", *https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26130&LangID=E*

El relator es claro al mencionar que la interferencia de la industria es uno de los obstáculos más fuertes a los que se enfrenta el etiquetado frontal de advertencia, pues, en sus palabras, la industria de alimentos y bebidas sigue oponiéndose enérgica y ampliamente a las normas de etiquetado frontal de advertencia. Sobre este particular, en la declaración se menciona que como parte de la obligación de proteger el derecho a la salud se encuentra la debida reglamentación de las actividades de los actores no estatales, como las industrias de alimentos y bebidas, para garantizar que transmitan información exacta, fácilmente comprensible, transparente e inteligible sobre sus productos. En particular, se hace especial hincapié en el deber estatal de desarrollar reglamentaciones e intervenir, por ejemplo, para restringir la comercialización de productos con cantidades excesivas de nutrientes críticos para proteger la salud pública.

Asimismo, la declaración define las acciones que deben llevar a cabo los Estados para cumplir con el contenido de derecho en relación con el deber de garantía; así, se les solicita adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho a la salud, mediante la difusión de información apropiada relativa a formas de vida y nutrición saludables, alentando y apoyando a las personas para que tomen decisiones informadas sobre su salud. El etiquetado frontal de advertencia es un componente esencial de este conjunto de políticas, ya que previene que los alimentos saludables se vean desplazados de los regímenes y sistemas alimentarios por los productos alimenticios de poco o nulo valor nutricional.

Por lo que se refiere a la interferencia directa de la industria, el relator reconoce que esta suele tener interés en obstaculizar la adopción de reglamentaciones sobre el etiquetado frontal de advertencia, tratando de interferir o influir directamente en los procesos gubernamentales de adopción de decisiones. Se hace mención a los casos en los que algunas empresas han recurrido o amenazado con recurrir a litigios y otras tácticas para retrasar y/o bloquear la implementación de estas medidas reglamentarias, para anularlas o disminuir su efecto.

Resulta relevante que el documento no titubea en definir a estas actividades como una influencia indebida de las empresas en la toma de decisiones que los Estados deben abordar para ga-

rantizar que las reglamentaciones destinadas a prevenir los daños a la salud de las personas, derivados del consumo de alimentos y bebidas malsanos, se basen en los derechos humanos y en evidencia científica libre de conflictos de intereses.

En este contexto, el Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" (Cajar), en Colombia, y la organización no gubernamental "El Poder del Consumidor", en México, realizaron un estudio que deja en evidencia las estrategias que las industrias de alimentos y bebidas utilizan para frenar las medidas recomendadas por la OMS, las cuales buscan contener las preocupantes cifras de obesidad y sobrepeso en el continente, según afirman.

En concreto, según la investigación, estas organizaciones demostraron que los productores de comestibles ultraprocesados y bebidas azucaradas "han interferido sistemáticamente en el proceso de adopción del etiquetado frontal de advertencia en América Latina".[25] Entre las estrategias de las grandes industrias para interferir en la implementación de políticas de etiquetado frontal reseñadas en el estudio están "[...] el cabildeo y negociación con los legisladores, la financiación de las campañas electorales, el pago de expertos con conflictos de intereses, la difusión de argumentos falaces que generan miedo económico, la captación de líderes sociales y voceros, el lavado de marcas a través de acciones de responsabilidad social empresarial, la captura de espacios de decisión política y la consolidación de puertas giratorias".

También se cuentan las demandas judiciales contra las normas promovidas y la intimidación a organizaciones de derechos humanos que las promueven, según revela el informe de las dos organizaciones.

En este contexto, una de las intervenciones más recordadas relacionadas con el etiquetado frontal de advertencia en Colombia se evidenció el 6 de junio de 2018 ante la Cámara de Representantes, cuando Bruce Mac Master, en representación de

[25] *El Tiempo*, "Estudio expone las interferencias de la industria en leyes saludables", 23 de septiembre de 2020, *https://www.eltiempo.com/salud/estudio-revela-como-la-industria-interfiere-en-la-aprobacion-de-leyes-saludables-539564*

la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), Guillermo Botero, en representación de la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO), y Jorge Enrique Bedoya, en representación de la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC), se pronunciaron en rechazo del etiquetado frontal de advertencia, solicitado al Congreso que fuera el Ministerio de Salud quien regulara la materia. La consecuencia de estas declaraciones fue que la Plenaria de la Cámara de Representantes modificara el proyecto que se estaba discutiendo, que incluía etiquetado frontal de advertencia, al punto de eliminarlo de la propuesta. Posteriormente, el 9 de mayo de 2019, delegados de estas mismas agremiaciones solicitaron a la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes que se abstuviera de aprobar el etiquetado frontal de advertencia y que, en su lugar, permitiera que lo regulara el Ministerio de Salud. Esto trajo como consecuencia que el propio Ministerio de Salud rindiera concepto favorable sobre esta iniciativa. No obstante, los integrantes de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes desatendieron el concepto y no aprobaron el proyecto, lo que condujo a su archivo.

Finalmente, el relator se refiere a cómo debe estar sustentado el sistema de etiquetado frontal. Así, establece tres características: *i)* estar supeditado a su efectividad para alcanzar los objetivos de salud pública; *ii)* en consonancia con la evidencia científica disponible en ese momento, y *iii)* sin conflictos de interés. Sobre este último punto, destaca la promoción que hacen las normas internacionales de derechos humanos en cuanto a la elaboración de políticas racionales y rigurosas basadas en datos fiables, explicando que la conveniencia de las medidas para abordar los factores de riesgo de las ENT relacionadas con el régimen alimentario, como el etiquetado frontal de advertencia, debería surgir de la mejor evidencia disponible en materia de salud pública. A tal efecto, lo que se requiere normativamente debe evolucionar con los cambios en la comprensión de la ciencia. Por ello, resalta la importancia del deber de los Estados de poner a disposición de todas las personas las mejores aplicaciones disponibles de la evidencia científica que sean necesarias para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

IV. Marco constitucional y legal en relación con el deber de diseñar un etiquetado frontal de en Colombia

4.1. Jurisprudencial

El bien jurídico que se busca proteger con el etiquetado frontal de advertencia *es el derecho a recibir una información clara, veraz y suficiente como garantía para la realización del derecho a la salud en el marco de los derechos de los consumidores*. Ello se concreta con la intersección de varios derechos, entre estos el derecho a "recibir información veraz e imparcial" (art. 20 de la Constitución Política de Colombia —CP—), y el deber del Estado de garantizar el derecho a la salud de la población (art. 49 CP). Por otra parte, el derecho fundamental a la salud, de acuerdo con la Ley Estatutaria de la Salud (1751 de 2015), "es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo". En el caso de los NNA, el artículo 44 de la CP establece los derechos a la salud y a la alimentación equilibrada, donde, además, menciona que sus derechos son prevalentes sobre los demás

Asimismo, el artículo 78 de la CP es claro al declarar como relevante la disponibilidad de información para los consumidores, al igual que la responsabilidad del Estado de garantizar su acceso. Así, en Colombia, los dos actores que tienen a su cargo la interpretación del contenido del derecho de los consumidores a recibir información (Corte Constitucional y Consejo de Estado) han destacado cómo el derecho a la información de los consumidores es vital para la garantía del derecho a la salud, especialmente cuando se encuentran frente a un producto que puede tener efectos negativos en el organismo.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-665 de 2007, determinó que el Estado está obligado a garantizar la divulgación de información clara y veraz sobre el contenido de los productos que puedan afectar potencialmente la salud de los consumidores, haciendo énfasis en la importancia de no utilizar frases o dar información cuya lectura pueda prestarse a confusión e inducir al

consumidor al error.[26] Entonces, en este contexto, teniendo en cuenta que diversos estudios demuestran los efectos perjudiciales que tienen los productos ultraprocesados en la salud, los fabricantes deben colocar etiquetas que adviertan a los consumidores cuando contengan exceso de alguno de los ingredientes críticos que se relacionan con la aparición de enfermedades crónicas no transmisibles, pues la comunicación de esta información garantiza lo dispuesto en el artículo 78 de la CP.

Adicionalmente, en la sentencia C-1141 de 2000, reiterada por la C-432 de 2010, la Corte Constitucional subraya que el contenido del derecho de los consumidores incluye el acceso a información sobre los productos por adquirir, y que estos reúnan unos requisitos mínimos de calidad y aptitud. En términos del contenido esencial del derecho a la información, la Corte ha dicho que esta debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan, y que quien omita dichos criterios será responsable de todo daño que se produzca como consecuencia de la inadecuada o insuficiente información.[27]

De igual forma, resulta relevante mencionar la sentencia T-543 de 2017 de la Corte Constitucional. En ella se determinan los elementos que contiene la relación entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho de los consumidores a recibir información:

> [...] (i) en primer lugar, garantiza el derecho de los consumidores a la información relevante sobre los productos alimenticios que consumen, dándole sentido al núcleo esencial de su derecho a la información. (ii) En segundo lugar, se habilita a los consumidores a elegir de una manera libre los productos alimenticios que deseen consumir, conforme a su propia orientación de vida, respetando así el núcleo esencial del derecho a elegir, que compete al consumidor y que está ligado claramente a la expresión de su libre desarrollo de la personalidad. En tercer lugar, (iii) garantiza la protección y prevención en materia de salud, al admitir los riesgos presuntos o

[26] Corte Constitucional, Sentencia C-665 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[27] *Ibidem,* párr. 19. Art. 23.

> eventuales ligados con aspectos del desarrollo de estos productos que son desconocidos hasta el momento por la sociedad, sobre la base del principio de precaución [y] (iv) cumple una función instrumental, al facilitar el seguimiento a estos productos por parte de las autoridades correspondientes.[28]

Esta sentencia tiene un carácter icónico para Colombia, pues es la primera vez que la Corte emite un pronunciamiento a favor del derecho de los consumidores a recibir información sobre los efectos que tienen las bebidas azucaradas en su salud, reconociendo el carácter de sujeto asimétrico que tiene el ciudadano en la relación de consumo.

Así las cosas, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, el Estado debe garantizar el acceso de los consumidores a la información sobre los productos que adquieren. La información relativa a los componentes y efectos de los bienes y servicios constituye una medida de protección del derecho a la salud de los consumidores. Igualmente, el conocimiento sobre los contenidos y efectos de los productos les permite tomar decisiones informadas de consumo en consonancia con los modelos de vida que deseen llevar, lo que se traduce en el pleno ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

4.2. Desarrollo normativo

El desarrollo normativo de la regulación del etiquetado frontal de advertencia ha sido una dura batalla para la sociedad civil en Colombia, quien desde el 2017 venía intentando movilizar iniciativas legislativas que incluyeran una propuesta de etiquetado en el Congreso de la República. La primera iniciativa fue el proyecto de ley 019/17, que se hundió en el tercer debate por vencimiento de términos. La segunda iniciativa fue el proyecto de ley 214/18, que después de un año no llegó siquiera a su primer debate, por lo cual también se hundió por vencimiento de términos.

Finalmente, aunque la tercera iniciativa del proyecto de Ley Comida Chatarra 167/19 tuvo que librar una ardua batalla desde

[28] Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 2017. M.P. Diana Fajardo.

su primer debate, e incluso corrió el peligro de hundirse por vencimiento de términos, consiguió pasar el 17 de junio su último debate en Plenaria del Senado, logrando finalmente ser promulgada como la ley 2120 de 2021, el pasado 30 de junio, "por medio de la cual se adoptan medidas para fomentar entornos alimentarios saludables y prevenir enfermedades no transmisibles y se adoptan otras disposiciones". En su artículo 5 se señala que

> El Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, reglamentará los parámetros técnicos de este etiquetado definiendo, la forma, contenido, figura, proporción, símbolos, textos, valores máximos, colores, tamaño y ubicación en los empaques de los productos que deban contenerlo, basándose en la mayor evidencia científica disponible y libre de conflicto de intereses [...].

Esta legislación busca garantizar el derecho a la alimentación adecuada en Colombia, mediante la regulación de un etiquetado frontal de advertencia. Anteriormente, era la Ley 1355 de 2009. Esta normativa describe a la obesidad como una problemática de salud pública, sobre la cual se deben tomar medidas de prevención, atención y control. Así, en su artículo 10, establece el deber de los productores de alimentos de entregar información acerca de los contenidos nutricionales y calóricos de sus productos, de conformidad con la reglamentación expedida por el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social).[29] Por otra parte, la Resolución 5109 de 2005 establecía el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que debían cumplir los alimentos envasados y materias primas de alimentos para consumo humano, y en la Resolución 333 de 2011 se establecía el reglamento técnico sobre requisitos de rotulado o etiquetado nutricional que debían cumplir los alimentos envasados para consumo humano.

No obstante, el marco normativo de dichas resoluciones presentaba varias inconsistencias que hacían necesaria una reglamentación que realmente garantizara un etiquetado claro y de

[29] Congreso de la República de Colombia, Ley 1355 de 2009, "Por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención", art. 10.

fácil entendimiento. En primer lugar, no existía una norma que obligara al productor a etiquetar la mercancía.[30] Esto se refleja en el artículo 2 de la Resolución 333 de 2011, que señala: "[...] las disposiciones contenidas en el reglamento técnico que se establece mediante la presente resolución aplican a los alimentos para consumo humano envasados o empacados, en cuyos rótulos o etiquetas se declare información nutricional, propiedades nutricionales, propiedades de salud, o cuando su descripción produzca el mismo efecto de las declaraciones de propiedades nutricionales o de salud".

De esta manera, los productores de aquellos alimentos para el consumo humano cuyas etiquetas no precisaban información nutricional, propiedades nutricionales o declaraciones de salud, no estaban obligados a presentar declaración de nutrientes (tabla nutricional). Por otro lado, aunque existían normas técnicas obligatorias que regulaban el etiquetado de alimentos de fórmula para lactantes y complementos de la leche materna (Decreto 1397 de 1992), de frutas (Resolución 3929 de 2013) y grasas trans (Resolución 2508 de 2012), no existía una norma técnica que obligara a los productores a informar sobre el contenido de los alimentos altos en azúcares libres, edulcorantes o sodio.

Entonces, la normatividad anterior estaba diseñada únicamente como un instrumento de información nutricional extremadamente compleja, cuya interpretación no solo era de difícil lectura por parte de un ciudadano promedio, sin conocimientos en nutrición y dietética, sino que además podría prestarse para confusión, ya que las etiquetas que se presentaban mostraban la cantidad contenida de kilocalorías y de ciertos nutrientes en gramos o mililitros, o como porcentaje del valor diario (%VD) en la tabla nutricional. Ninguno de estos enfoques resultaba útil para entender adecuadamente la etiqueta, ya que el consumidor debe realizar una conversión matemática que le permita entender la cantidad de nutrientes aportados por el producto.[31]

---

30 Guarnizo, Diana y Narváez, Ana María, *Etiquetas sin derechos. Etiquetado de productos comestibles: un análisis desde los derechos humanos*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2019, col. Documentos DeJusticia, núm. 47.

31 *Idem*.

En este contexto, la reciente promulgación de la Ley de Comida Chatarra representa un avance normativo significativo en la garantía del derecho a la alimentación adecuada, a través del etiquetado frontal de alimentos; específicamente en su artículo 5, donde establece la obligación de que todos los productos comestibles o bebibles con cantidad excesiva de nutrientes críticos estén clasificados según su nivel de procesamiento. En este punto, la ley se pone a la vanguardia de otras leyes de etiquetado en América Latina, como la de Chile o México, que obligan la presentación de sellos frontales en productos de alto contenido en nutrientes críticos.

Respecto a las características del etiquetado, se estableció que este "deberá ser de alto impacto preventivo, claro, visible, legible, de fácil identificación y comprensión para los consumidores, con mensajes inequívocos que adviertan al consumidor de los contenidos excesivos de nutrientes críticos". El hecho de que la norma incluya que el etiquetado debe ser "de alto impacto preventivo" es relevante, pues obliga a incorporar el sello que en mayor medida prevenga el consumo de estos productos.

La ley también estableció que los sellos deben ir ubicados en la parte frontal del producto cuando los nutrientes críticos se encuentren por encima de los valores máximos, esto teniendo en cuenta experiencias comparadas donde se buscaron mecanismos para debilitar la correcta aplicación del etiquetado, colocando dobles carátulas o ubicando los sellos en la parte posterior del producto.

Por cuanto ve a los ambientes escolares saludables, en su artículo 9 se hace mención a la promoción de entornos saludables en espacios educativos públicos y privados. Esto reconoce la importancia de promover entornos escolares saludables, considerando el fomento y promoción del consumo de frutas y verduras, así como campañas pedagógicas dirigidas a la comunidad escolar sobre la alimentación balanceada y saludable.

Finalmente, la ley aclara que los productos comestibles o bebibles típicos y/o artesanales, y mínimamente procesados de acuerdo con la clasificación dada por el nivel de procesamiento, serán exceptuados de la aplicación del etiquetado frontal de advertencia, teniendo en cuenta la reglamentación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que deja claro que solo aquellos productos con alto nivel de procesamiento cuyo consu-

mo sea considerado dañino para la salud serán etiquetados. Así, es necesario aclarar que el procesamiento en sentido estricto no es un problema, pues en algunos casos estos métodos son utilizados de manera saludable y sustentable, por ejemplo, mediante la fermentación natural de alimentos como la leche se crean alimentos procesados como el yogurt y el queso. El problema es la naturaleza, el alcance y el propósito del procesamiento y, en particular, la proporción de productos comestibles ultraprocesados.

4.2.1 Retos de implementación. Resolución 810 del Ministerio de Salud

De acuerdo con lo desarrollado anteriormente, el Estado tiene una serie de obligaciones que debe cumplir en el momento de reglamentar las acciones de la industria que afecten los derechos a la salud, alimentación e información de niños, niñas y adolescentes. Entre ellas está la obligación de desarrollar políticas públicas basadas en la mejor evidencia científica, libre de conflicto de intereses. En el presente acápite exploraremos las razones por las cuales, en el caso colombiano, la interferencia de la industria ha jugado un rol en la implementación del Etiquetado Frontal de Advertencia. Desde el 26 de febrero de 2020, en una comunicación realizada por el presidente de la República, Iván Duque, se presentó un borrador de resolución para un etiquetado frontal de advertencia que buscaba el incremento del tamaño de la tabla nutricional y la implementación de un etiquetado de advertencia circular. En el lanzamiento se informó que este nuevo modelo había sido concertado con la industria, con la academia y con la sociedad civil; no obstante, ni la sociedad civil ni la academia participaron de la negociación del Pacto por el crecimiento del sector de alimentos procesados y, además, ninguna de sus observaciones fue tomada en cuenta por el Ministerio de Salud.

Posteriormente, durante el periodo dispuesto por el Ministerio de Salud se formularon 2 244 observaciones al borrador de resolución. No obstante, el Ministerio de Salud no dio respuesta a estas observaciones, a pesar de que en septiembre de 2020 in-

dicó que resolvería a las inquietudes formuladas en la consulta nacional y en la consulta internacional. Las críticas enunciadas por las asociaciones de sociedad civil y academia, las más destacadas eran: *i)* el etiquetado circular que allí se proponía no cumplía con el propósito de informar de forma veraz y sencilla a los consumidores; *ii)* no se encontraba sustentado por la mejor evidencia científica, y *iii)* no se justificaban las demoras en el tiempo de implementación, contemplado en 18 meses, lo que extendía los plazos más allá de lo razonable para la protección de los derechos a la información y a la salud de los consumidores.

Luego, en febrero de 2021, el Ministerio de Salud inició el trámite de la consulta internacional en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Para este trámite presentó una nueva versión de la Resolución que incorporaba varias observaciones del sector alimentario, obviando de manera categórica las realizadas por la sociedad civil. Finalmente, el 16 de junio de este año, mientras se discutía en el Congreso de la República la Ley de Comida Chatarra, el Ministerio de Salud expidió la Resolución 810 del Ministerio de Salud, desconociendo no solo las preocupaciones de diversos actores de la sociedad civil y la academia —manteniendo todos los parámetros que fueron objeto de crítica—, sino además el proceso legislativo que se estaba llevando a cabo.

La Resolución 810 de 2021 "establece el reglamento técnico sobre los requisitos de etiquetado nutricional que deben cumplir los alimentos envasados o empacados para consumo humano", regulando la forma del etiquetado frontal de advertencia que debe estar presente en alimentos envasados a los que se les haya adicionado sal/sodio, azúcares o grasas que superen los valores previstos por la propia resolución, establecidos en su artículo 32, que señala lo siguiente:

> Artículo 32. Etiquetado frontal de advertencia. Cuando a un alimento envasado se le haya adicionado sal/sodio, azúcares o grasas, y su contenido supere el valor establecido en la Tabla No. 17, deberá rotular la o las características nutricionales relativas al nutriente adicionado [...].
>
> [...] 32.1. Forma del sello de advertencia: La forma de destacar las características nutricionales indicadas en el inciso primero de este

artículo será incluyendo sellos en la etiqueta, los cuales consistirán en un símbolo circular de fondo color negro y borde blanco, y en su interior el texto "ALTO EN", seguido de: "GRASA SATURADAS" o "SAL/SODIO" y/o "AZÚCARES AÑADIDOS" de manera individual o con 2 o 3 sellos (según corresponda). Las letras del texto de los sellos deberán ser mayúsculas y de color blanco, tipo de letra ARIAL BOLD. Además, en el mismo símbolo, deberá inscribirse en letras negras, la palabra "Minsalud", según la figura 6 del presente artículo.

Figura 6. *Forma del sello frontal de advertencia*



Ahora bien, las razones por las cuales la Resolución 810 resulta problemática son varias; no obstante, únicamente nos enfocaremos en la forma del etiquetado que esta propone, por no cumplir con el fin de la medida, que es advertir el contenido de nutrientes críticos, de manera que el consumidor reduzca el consumo de estos productos. Así, diversos actores internacionales que han interpretado la función del etiquetado han sido claros al señalar que el cometido de este debe ser advertir a los consumidores de los efectos que tiene el consumo recurrente de estos alimentos.[32] Por ello, la forma de los símbolos no puede ser tomada a la ligera, pues tiene un efecto en la eficacia de la

[32] De acuerdo con la Declaración del relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, en 2020 se instó a los Estados a abordar el impacto mundial de las enfermedades no transmisibles, adoptando políticas de etiquetado frontal como *advertencia de los alimentos y bebidas que contienen cantidades excesivas de nutrientes críticos, reconociéndola como una medida regulatoria adecuada, que contribuye a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y que permita a los consumidores a tomar decisiones informadas sobre sus dietas, sin realizar esfuerzos adicionales ni requerir conocimientos cualificados.*

medida. En Colombia resulta particularmente innegable que, tradicionalmente, los símbolos circulares se han identificado con aspectos positivos de un producto, servicio o conducta; en cambio, los símbolos octagonales han sido identificados con aspectos negativos y advertencias de un producto, servicio o conducta.[33]

El contexto anterior debe ser utilizado como marco para la definición de la política pública, pues, reconociendo que el Ministerio de Salud tiene competencias reglamentarias en relación con el etiquetado, este no puede actuar con total discrecionalidad, sino que debe circunscribirse a la mejor evidencia científica sin conflicto de interés disponible. Es decir, la atribución reglamentaria no es absoluta, ya que está restringida por derechos fundamentales, y otros principios superiores, entre ellos la razonabilidad, al igual que la proporcionalidad, como sucede con cualquier potestad discrecional.

Adicionalmente, sobre la base de la normativa internacional descrita, es claro que el Estado colombiano tiene la obligación internacional de garantizar los derechos a la alimentación y nutrición adecuada, a la salud y a la información. Estos derechos, analizados a la luz de la interdependencia, deben ser protegidos con medidas eficaces como el etiquetado frontal de advertencia; pero no cualquier etiquetado refleja los derechos humanos mencionados, sino aquel que cumpla con las condiciones de: *i)* ser claro; *ii)* ser veraz; *iii)* ser comprensible; *iv)* ser suficiente, y *v)* obedecer a la mayor evidencia científica disponible libre de conflicto de intereses, ya que, como afirma el exrelator Grover, en la realización del derecho a la salud, los Estados deben regular las directrices que aseguren una alimentación sana que brinde la nutrición necesaria a los distintos grupos poblacionales.

El exrelator Pūras ha dicho claramente que "la decisión de qué sistema de etiquetado frontal debe adoptarse debe estar supeditada a su efectividad para alcanzar los objetivos de salud pública y *estar en consonancia con la evidencia científica disponible en*

[33] Smith Taillie, Lindsey *et al.,* "Designing an Effective Front-of-Package Warning Label for Food and Drinks High in Added Sugar, Sodium, or Saturated Fat in Colombia: An Online Experiment", *Nutrients,* vol. 12, núm. 10, 13 de octubre de 2020, DOI: 10.3390/nu12103124.

ese momento sin conflictos de interés" (cursivas añadidas).[34] Esto es importante, porque en este proceso debe tenerse en cuenta la mejor evidencia científica, sin conflicto de interés, sobre evaluaciones de implementación y sus impactos en la garantía de derechos, estudios comparativos con otros modelos de etiquetado, etcétera.

Finalmente, el símbolo circular carece de evidencia científica libre de conflicto de interés que respalde su efectividad y, por el contrario, existe evidencia de que parámetros técnicos como el establecimiento de sellos circulares pueden inducir a los consumidores al error, vulnerando de esta manera los derechos a la información, a la alimentación adecuada y a la salud.

V. Conclusiones

En Colombia, la obesidad ha sido definida por salubristas y científicos como "el cambio climático de la salud pública". Así, teniendo en cuenta la relación que tiene el consumo de productos ultraprocesados con la obesidad y la aparición de enfermedades crónicas no transmisibles, existe un deber constitucional, internacional y legal de garantizar la alimentación saludable, equilibrada y balanceada al interior de los entornos escolares, con el fin de prevenir el sobrepeso y la obesidad infantil, condiciones médicas declaradas como epidemia por la OMS.

La sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat* abre un entendimiento más amplio del derecho a la alimentación en la región, reconociendo no solo lo ampliamente desarrollado en diversos foros y por organismos internacionales de derechos humanos, sino también la justiciabilidad directa de este derecho y la necesidad de diseñar políticas que de manera eficiente garanticen una alimentación adecuada.

[34] ONU, Special Rapporteur on the right health, "Statement by the UN Special Rapporteur on the right to health on the adoption of front-of-package warning labelling to tackle NCDs", *https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26130&LangID=E*

Ahora bien, el etiquetado frontal de advertencia podría parecer una política alejada de la sentencia mencionada; sin embargo, a nuestro criterio, su relación es directa, pues esta medida, en conjunto con otras intervenciones en favor de la salud pública, justamente tienen como objetivo la garantía de una alimentación contentiva de todos los nutrientes necesarios para un desarrollo físico y cognitivo óptimo. Entendiendo el derecho a la alimentación desde un punto de vista holístico, que busca la satisfacción de requerimientos calóricos mínimos, así como potenciar al máximo las posibilidades de un individuo, se deriva que la obligación del Estado no se reduce a asegurar cualquier tipo de alimentación.

Finalmente, en la sentencia se hace mención a la interferencia de actores privados en la satisfacción del derecho a la alimentación y agua potable, estableciendo un marco de obligación para la implementación de políticas públicas que deben ser reglamentadas sin interferencia de la industria y con evidencia libre de conflicto de interés.

Bibliografía

Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo, "Recomendaciones de la Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo para el Manejo de la Obesidad", 2019.

Daniels, Setephen R.; Pratt, Charlotte A. y Hayman, Laura L., "Reduction of Risk for Cardiovascular Disease in Children and Adolescents", *https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3751579/*

Guarnizo, Diana y Narváez, Ana María, *Etiquetas sin derechos. Etiquetado de productos comestibles: un análisis desde los derechos humanos*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2019, col. Documentos DeJusticia, núm. 47.

Instituto Nacional de Salud, "Encuesta Nacional de la Situación Nutricional ENSIN 2015. Indicadores Priorizados", *https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/tabla_de_indicadores_23012019_0.pdf*

OPS, "El etiquetado nutricional en el frente de los envases ayuda a los consumidores a elegir alimentos más saludables: nuevo estudio OPS", 9 de diciembre de 2020, *https://www.paho.org/es/noticias/9-12-2020-etiquetado-nutricional-frente-envases-ayuda-consumidores-elegir-alimentos-mas*

OPS, "Últimos 'Indicadores Básicos' de la OPS arrojan situación sobre la situación de salud en las Américas", 13 de febrero de 2019, *https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14960:ultimos-indicadores-basicos-de-la-ops-arrojan-luz-sobre-la-situacion-de-salud-en-las-americas&Itemid=1926&lang=es*

OPS, "Plan de acción para la prevención de la obesidad en la niñez y la adolescencia", 3 de octubre de 2014.

Smith Taillie, Lindsey *et al.,* "Designing an Effective Front-of-Package Warning Label for Food and Drinks High in Added Sugar, Sodium, or Saturated Fat in Colombia: An Online Experiment", *Nutrients,* vol. 12, núm. 10, 13 de octubre de 2020, DOI: 10.3390/nu12103124.

PARTE II
ESTUDIO DEL CASO
LHAKA HONHAT VS. ARGENTINA

La protección de los derechos sociales indígenas. Un caso paradigmático*

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor***

I. Introducción

Han pasado casi 20 años desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal interamericano) decidió el primer caso en el que abordó la propiedad colectiva indígena e hizo alusión a la relación especial que los pueblos y comunidades indígenas tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales.[1]

A partir de entonces, y en casos subsecuentes,[2] la Corte IDH ha tenido una visión comprensiva de lo que la "tierra" y el "te-

---

* El presente trabajo constituye, esencialmente, el voto razonado emitido en el *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400.

** Juez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

1 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 71. Previamente se decidieron las Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000.

2 La Corte IDH tiene una amplia jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales, con respecto a sus territorios.

rritorio" significan para las comunidades originarias que habitan en los Estados que conforman el Sistema Interamericano. Si bien la Corte IDH no fue el primer órgano internacional en abordar la territorialidad como parte de la vida de los pueblos indígenas y tribales,[3] lo cierto es que en cada uno de los casos en los que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la temática, ha realizado un esfuerzo constante y considerable por conceptualizar

El Tribunal interamericano ha abordado esta cuestión con posterioridad al *leading case*, el referido *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua..., cit.; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 270; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C, núm. 346. Es importante puntualizar que la jurisprudencia indígena o tribal no se agota en estos casos que han versado sobre el territorio, por lo que el listado solo es ilustrativo en la materia, por ej., no se hace referencia a aquellos casos referidos a violencia sexual, participación política, desplazamiento forzado, privación de la libertad, ejecuciones extrajudiciales o masacres.

[3] Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al menos desde el caso *Lubicon Lake Band vs. Canadá,* de 1990, ya se había pronunciado de alguna manera sobre los derechos de los pueblos indígenas respecto de los recursos naturales.

de manera exhaustiva las obligaciones que los Estados tienen que observar para respetar y garantizar los derechos de estos pueblos y comunidades.

El caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (la sentencia o el caso *Lhaka Honhat*)[4] se suma a los precedentes que han abordado la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA o derechos sociales);[5] y reafirma que, frente a los derechos civiles y políticos, los primeros tienen un contenido y alcances propios que pueden ser protegidos de manera autónoma pero interdependiente e indivisible, postulado que sostuve desde el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador.*[6]

---

4 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.*

5 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340; OC-23/17. Medioambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medioambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344; *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349; *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359; *Caso Muelle Flores vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375; *Caso de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 394, y *Caso Hernández vs. Argentina.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 395.

6 En aquella oportunidad, en el voto concurrente al caso *Suárez Peralta*, sostuve que: "15. La posibilidad de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre [la justiciabilidad de los DESCA] deriva, en primer término, de la 'interdependencia e indivisibilidad' existente entre los derechos civiles y políticos con respecto de los económicos, sociales y culturales. En

El caso *Lhaka Honhat* representa un hito en la jurisprudencia interamericana fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, constituye la primera ocasión en que el Tribunal interamericano se pronuncia de manera autónoma sobre los DESCA que atañen a pueblos y comunidades indígenas. En segundo término, a diferencia de los precedentes que había tenido la oportunidad de conocer, la sentencia declara la vulneración de cuatro DESCA que pueden ser derivados y protegidos por el artículo 26 del Pacto de San José —derecho a la identidad cultural, en lo atinente a participar en la vida cultural, derecho al medioambiente sano, derecho a la alimentación y derecho al agua—.[7] En tercer lugar, las reparaciones ordenadas están centradas de manera diferenciada, tratando de restituir la violación de cada uno de los DESCA declarados violados en la sentencia.

No debe pasar inadvertido que *los representantes de las víctimas* solicitaron de manera destacada en el "escrito de solicitudes, argumentos y pruebas" que se "declare la violación del artículo 26 de la Convención Americana por la vulneración de los derechos al medioambiente, a la identidad cultura y a alimentación, *como derechos autónomos*, todos ellos derechos que —afirman— se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos" (Carta de la OEA).[8]

efecto [en el *caso Suárez Peralta*] expresamente se reconoce ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello".

7 En este sentido, esta cuestión resulta de especial relevancia debido a que la sentencia demuestra que varios derechos pueden ser derivados de la Carta de la OEA de manera simultánea en un caso concreto.

8 Tal y como se expresa en la nota 173 de la sentencia: "Además del artículo 26 [de la Convención Americana], los representantes adujeron, en relación con esa norma y dada la remisión que la misma hace a disposiciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos: a) como base normativa del derecho a un medioambiente sano los artículos 30, 31, 33 y 34 de dicha Carta; b) como base normativa del derecho a la 'identidad cultural', los artículos 2, 3, 17, 19, 30, 45, 48 y 52 de la misma Carta y el artículo XIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, y c) como base normativa del derecho a la alimentación, también la Carta y la Declaración mencionadas, en sus artículos 34.j y XI, respectivamente".

Ante esta pretensión, en su escrito de contestación, el Estado no opone como excepción preliminar la falta de competencia de la Corte IDH para conocer sobre las alegadas violaciones a los DESCA contenidos en el artículo 26 del Pacto de San José. Por el contrario, expresa las razones por las cuales los mismos no fueron violados en el caso particular, lo que demuestra que no existía controversia sobre la justiciabilidad de los mismos desde dicho precepto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Asimismo, cabe destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su escrito de "observaciones finales" escritas señaló que,[9]

> Si bien la Comisión no determinó violación del artículo 26 de la Convención en su Informe de Fondo 2/12, considera importante que, dado el reciente desarrollo de la jurisprudencia de esa Honorable Corte, pueda desarrollar, por primera vez, la violación al artículo 26, respecto a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en particular en lo relativo al derecho a la alimentación y otros que resulten pertinentes.

Debe destacarse que no ha sido la primera ocasión en que se le ha solicitado a la Corte IDH —ya sea por parte de la CIDH o por los representantes de las víctimas— que se pronuncie sobre el contenido del artículo 26 frente a los derechos de las comunidades indígenas más allá de la protección que se pueda otorgar sobre las tierras mediante el artículo 21 de la CADH. En este sentido, ya el Tribunal Interamericano en los casos *Yakye Axa* (2005)[10] y *Sarayaku* (2012)[11] había conocido el alegato respecto de la violación al artículo 26 del Pacto de San José, sin que la Corte IDH hubiese considerado vulnerada dicha disposición. Y de ahí la relevancia de este caso en la jurisprudencia interamericana

[9] Escrito de "Observaciones Finales" presentado por la CIDH en el presente caso, p. 10, párr. 41. Es explicable que la Comisión no determinara la violación del artículo 26 del Pacto de San José en el Informe de Fondo, ya que dicho informe se produjo en 2012, años antes del cambio jurisprudencial en 2017, en el *Caso Lagos del Campo*, sobre la justiciabilidad directa de los DESCA.

[10] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit*.

[11] Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador..., cit*.

e internacional, al abonar a una deuda pendiente para los pueblos y comunidades indígenas y tribales de nuestra región.

Asimismo, resulta importante resaltar el especial interés que despertó en la sociedad civil el caso *Lhaka Honhat*, como se aprecia de los numerosos y valiosos escritos presentados por asociaciones, instituciones y personas en calidad de *amicus curiae,*[12] los cuales resultaron de mucha utilidad y fueron particularmente citados a lo largo de la sentencia como se destaca más adelante;[13] varios de ellos referidos a la competencia para conocer de la violación autónoma de los DESCA protegidos por el artículo 26 de la CADH, a la luz de la metodología adoptada por la Corte IDH en sus precedentes sobre la materia, desde el cambio jurisprudencial en 2017.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como lo ya razonado en otras ocasiones sobre el particular,[14] el objetivo es reflexionar

[12] Los escritos de *amicus curiae* presentados fueron: *1)* Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho Indígena (AADDI) y el Servicio Paz y Justicia (SERPAJ); *2)* Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; *3)* Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN); *4)* Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Núcleo de Estudios en Sistemas Internacionales de Derechos Humanos de la Universidad Federal de Paraná, Clínica Internacional de Derechos Humanos de la Universidad de Guadalajara, *O'Neill Institute for National and Global Health Law* de *Georgetown University Law Center*; *5)* Organizaciones coordinadas por la Secretaría de la Red Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Res-DESC); *6)* Tierraviva a los Pueblos Indígenas del Chaco; *7)* Clínica Jurídica del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de la Universidad de Buenos Aires (CDH-UBA), y *8)* Oliver de Schutter, Profesor de la Universidad Católica de Lovaina y ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación (2008-2014).

[13] Véase *infra,* apartado relativo a "Los *amici curiae* como medio de diálogo de la sociedad civil con la Corte Interamericana".

[14] Véanse los votos que sobre la materia he formulado en las siguientes sentencias: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261; *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Pre-

en torno a algunos aspectos relevantes para el orden público interamericano que surgen de esta sentencia.

II. La tierra y el territorio: su protección diferenciada desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los DESCA

La Corte IDH, en su evolución jurisprudencial, ha sustentado derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales relacionados con su tierra y territorio a través del derecho de propiedad privada contenido en el artículo 21 de la CADH. Esto no debe hacer pensar que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se ciñen o asimilan a un aspecto meramente económico o patrimonial.

El Tribunal interamericano lo señaló desde su primera sentencia en la que abordó la cuestión de un modo central. Así, en 2001, al resolver el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, expresó que "entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad". Asimismo, se precisó que "[p]ara las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultu-

liminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298; *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312; *Caso I.V. vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329; *Caso Yarce y otras vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325; *Caso Lagos del Campo vs. Perú..., cit.*; *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 341; *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela..., cit.*; *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala..., cit.*; *Caso Muelle Flores vs. Perú..., cit.,* y *Caso Hernández vs. Argentina..., cit.*

ral y transmitirlo a las generaciones futuras".[15] En la misma oportunidad la Corte IDH indicó el derecho de los pueblos indígenas a "vivir libremente en sus propios *territorios*";[16] más adelante destacó los "lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral".[17]

Desde mi perspectiva, este importante —y trascendental— precedente tiene diversos componentes que pueden ser protegidos de forma diferenciada dependiendo del contenido del derecho que se encuentre vulnerado. En este entendido, "la tierra" puede comprender algunos aspectos que se encontrarían protegidos por el artículo 21 desde la concepción de propiedad colectiva. Por otro lado, se encuentra un concepto más general como lo es "el territorio" (que, si bien comprende a la tierra como uno de los elementos, el mismo no se agota en aquella). Así, el territorio comprendería otros elementos más específicos que pueden ser tutelados —como ocurrió en el caso *Lhaka Honhat*— mediante los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH en lo atinente a los DESCA. Estos elementos incluyen el agua, la protección al ambiente, los recursos que forman base de la alimentación de los pueblos indígenas, así como el vínculo que tienen con el territorio como manifestación de su identidad cultural.

En este sentido, resulta particularmente importante el contenido del artículo 13 del Convenio 169 de la Organización

---

15 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua..., cit.,* párr. 149. En ese sentido, el Tribunal interamericano, en esa decisión y con posterioridad "ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras" (*Caso Masacre Plan de Sánchez*. Reparaciones (art. 63.1 CADH). Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C, núm. 116, párr. 85, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit*., párr. 131.

16 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua..., cit.,* párr. 149.

17 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párr. 131.

Internacional del Trabajo (OIT),[18] suscrito y ratificado por Argentina:[19]

> Parte II. Tierras
>
> Artículo 13
>
> 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste *su relación con las tierras o territorios, o con ambos*, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
>
> 2. *La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios*, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (cursivas añadidas).

Como se advierte del artículo transcrito del Convenio núm. 169, en su primer apartado, alude a "tierras o territorios" y luego agrega "o a ambos", mientras que el segundo apartado del mismo precepto aclara que el término "tierras", en los artículos 15 y 16 de ese instrumento —referidos a derechos sobre recursos naturales y pautas relativas al traslado de pueblos indígenas de las tierras que ocupan—, "deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera". La OIT ha señalado al explicar el citado artículo 13, que "[e]l territorio es la

[18] Este importante tratado internacional fue adoptado hace más de tres décadas, el 27 de junio de 1989, en Ginebra, Suiza, entrando en vigor el 5 de septiembre de 1991. Hasta la fecha, de acuerdo a información publicada por la OIT, ha sido suscrito y ratificado por 23 países, 14 latinoamericanos: Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, Luxemburgo, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, República Centroafricana y República Bolivariana de Venezuela.

[19] Argentina aprobó el Convenio núm. 169 por medio de la ley nacional 24.071, sancionada el 4 de marzo de 1992 y promulgada el 7 de abril del mismo año. El Estado ratificó el tratado el 3 de julio de 2000. De conformidad con el artículo 38.3 del instrumento, el mismo entró en vigor para Argentina el 3 de julio de 2001.

base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas".[20]

De manera muy clara, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en 2007, prevé la protección brindada tanto para la tierra como para el territorio, de manera diferenciada y sin subsumir "el territorio" en el concepto de "tierra". El artículo 25 señala:

> Artículo 25
>
> Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con *las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos* que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras. (Cursivas añadidas)

Asimismo, el artículo 26 de la misma Declaración precisa:

> Artículo 26
>
> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho *a las tierras, territorios y recursos* que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
>
> 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar *las tierras, territorios y recursos* que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
>
> 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídico de *esas tierras, territorios y recursos*. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. (Cursivas añadidas)

Lo indicado y expresado por la Declaración de Naciones Unidas fue reafirmado —con ciertos matices— por la Declaración

[20] OIT, "Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT", Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 19.

Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) de 2016. Particularmente, la Declaración agrega como un aspecto diferenciado de la tierra y el territorio al medioambiente. Así, el artículo XIX prescribe:

> Artículo XIX. Derecho a la protección del medioambiente sano
>
> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.
>
> 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger *el medioambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.*
>
> 3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas.
>
> 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la *conservación y protección del medioambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos.* Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación. (Cursivas añadidas)

Adicionalmente, y mostrando como aspectos de contenido diferente a la tierra, el territorio y los recursos, así como su relación con los DESCA, la misma Declaración Americana estipula en su sección quinta a "los derechos sociales, económicos y de propiedad", en donde el artículo XXV indica que:

> Artículo XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho *a tierras, territorios y recursos*
>
> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a *mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos,* y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.
>
> 2. Los pueblos indígenas *tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.*

> 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a *poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos* que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
>
> 4. Los Estados asegurarán el *reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos*. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.
>
> 5. Los pueblos indígenas tienen *el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes.* Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación. (Cursivas añadidas)

Como podemos observar del desarrollo normativo internacional, se pone de manifiesto que la tierra y el territorio son dos aspectos que atañen a los pueblos indígenas que pueden ser protegidos de manera diferenciada, aunque en muchos casos de manera interrelacionada. Lo anterior se advierte con especial claridad en la reciente DADPI, pues distingue en diferentes preceptos "la tierra" y "el territorio", pero, además, agrega la protección al "medioambiente" (art. XIX).

De todo lo expresado surge que ambos conceptos ("tierra" y "territorio") se encuentras fuertemente interrelacionados, pero que no son estrictamente equivalentes.

En efecto, los instrumentos internacionales citados, cuando se refieren en forma conjunta a "tierra" y "territorio" (como también a "recursos"), adoptan una técnica que permite una protección que abarque de la forma más completa el vínculo de los pueblos indígenas con su hábitat. Al mismo tiempo, de la misma normativa se infiere que los términos presentan matices, siendo más abarcador el concepto de "territorio", que denota el ejercicio de autonomía o jurisdicción, mientras que el de "tierra" queda más vinculado a la noción de un bien material, susceptible de ocupación, tenencia o propiedad. El territorio abarca una dimensión cultural y una vinculación espiritual. El derecho de los pueblos indígenas y tribales a determinar libremente su propio desa-

rrollo social, cultural y económico incluye el derecho a "gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente".[21]

Parecen insertarse en este entendimiento precisiones efectuadas por la Corte IDH en 2007, al pronunciarse sobre el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. El Tribunal interamericano notó que los integrantes de dicho pueblo "mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio", y aclaró que "[a]l hacer referencia al término 'territorio' la Corte se refiere a la totalidad de tierra y recursos que los Saramaka han utilizado tradicionalmente. En este sentido, el territorio Saramaka pertenece de manera colectiva a los miembros del pueblo Saramaka, mientras que las tierras dentro de ese territorio están divididas entre los doce clanes Saramaka".[22]

Se ha referido el Tribunal interamericano, en otra sentencia de 2012, a "elementos incorporales" ligados al territorio, entendiendo "pertinente destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio, para comprender más integralmente las afectaciones ocasionadas en el [...] caso".[23]

De igual modo, en 2014, respecto al caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá,* la Corte IDH advirtió cómo la "conexión" entre "territorio" y "recursos naturales" de uso tradicional tiene implicancias para la "supervivencia física y cultural, así como [para] el desarrollo

---

21 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam..., cit.*, párr. 124.

22 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam..., cit.*, párr. 82, n. 63. El sentido expuesto parece observarse en la sentencia de la Corte emitida en 2010 sobre el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. La misma alude a "tierras" en sus párrafos 108 a 111, para hacer consideraciones sobre "posesión" o "propiedad", o aspectos conexos, pero luego indica que "la Corte observ[ó]" (en el párr. 114) "que la relación de los miembros de la Comunidad con su territorio tradicional se manifiesta, *inter alia,* en el desarrollo de sus actividades tradicionales dentro de [las] tierras" (*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay..., cit.,* párrs. 108-111 y 114).

23 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador..., cit.,* párrs. 145 y 149.

y continuidad de su cosmovisión, [...] su modo de vida tradicional[,] su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones".[24] En la misma línea, recordando sus propios precedentes,[25] en 2018 la Corte IDH expresó que "[a]l desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros".[26]

Es posible, entonces, con base en las pautas referidas, sustentadas en el derecho internacional, diferenciar las nociones de "territorio" y "tierra". Este último concepto implicaría un espacio físico, mientras que por "territorio" debería entenderse la vida cultural, en un amplio sentido, relacionada con ese espacio físico. Por ello, hay un enlace entre "territorio" e "identidad cultural" indígena. En palabras de la Corte IDH:

> La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo 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.[27]

Ahora bien, la Corte IDH ha señalado en 2005, al decidir el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, que "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",

---

24 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá..., cit.,* párr. 112.

25 *Ibidem,* párr. 18, y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit*., párr. 147.

26 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil..., cit.,* párr. 115.

27 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit.,* párr. 135.

referido al derecho de propiedad.[28] Eso fue reiterado, con matices, posteriormente.[29]

La salvaguarda de aspectos territoriales a partir del derecho de propiedad privada tiene por base la vinculación, ya expuesta, entre "territorio" y "tierra", de modo tal que el derecho de propiedad sobre la tierra permitió, en un entendimiento amplio de la propiedad colectiva, la protección del territorio. Ello se encuentra justificado y ha sido efectivo, en el marco de los pronunciamientos de la Corte IDH, para tutelar derechos de pueblos indígenas y tribales, especialmente en la etapa jurisprudencial de la protección indirecta o por conexidad de los DESCA.

Sin embargo, lo anterior no obsta a advertir que hay diversos aspectos que pueden tener relación con el "territorio", y que son múltiples los derechos que, según los diversos casos, pueden verse afectados. Si bien la Corte IDH había, en general, examinado afectaciones ligadas al "territorio" con base en el artículo 21 de la CADH, no hay motivo para excluir *a priori* la posibilidad de analizar otros derechos. Esto puede ser incluso, según el caso, más adecuado, considerando la amplitud de la noción de "territorio" y los distintos bienes que abarca. Lo anterior tiene especial relevancia a partir del caso *Lagos del Campo vs. Perú,*[30] en el que la Corte IDH ha venido analizando en forma autónoma los

---

28 *Ibidem,* párr. 137.

29 Por ejemplo, respecto al caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay,* en el que la Corte IDH reiteró lo indicado, aunque aludiendo a "tierras", en lugar de "territorio" (*Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay..., cit.,* párr. 118). Debe tenerse en cuenta lo señalado antes sobre el artículo 13 del Convenio núm. 169 de la OIT, que alude a ambos conceptos. Más adelante, la Corte IDH ha indicado la protección que el "territorio" indígena (o tribal) recibe a partir del artículo 21 de la CADH. Pueden verse, respecto a la protección del territorio a partir del derecho de propiedad, entre otras, las siguientes decisiones: *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá..., cit.,* párr. 112; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras..., cit.,* párr. 167; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras..., cit.,* párr. 101; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam..., cit.,* párr. 124, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil..., cit.,* párr. 116.

30 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú..., cit.*

DESCA a través del artículo 26 de la CADH, y los mismos pueden dar cuenta de problemáticas territoriales, como ha sucedido en el caso *Lhaka Honhat*.

Desde mi entender, lo que clarifica la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat* es que, por un lado, "la tierra" como propiedad colectiva ancestral indígena tiene un contenido que puede ser protegido por el artículo 21 del Pacto de San José. Por otro lado, al analizar en un capítulo por separado los DESCA, se distingue recursos como el agua, los productos que forman parte de la dieta tradicional y el entorno natural, como forma de expresión cultural y de su identidad, como elementos que si bien están conectados con la "tierra" son, en realidad, parte del concepto de "territorio", elemento que es mucho más amplio y comprensivo desde el punto de vista de la cosmovisión de las comunidades indígenas dada la estrecha relación que mantienen con su territorio.

Por ello estimo apropiada la manera en que la sentencia aborda en un capítulo diferente, las violaciones relativas al derecho al medioambiente, al agua y a la alimentación y su particular impacto en el derecho a la identidad cultural como proyección especifica del derecho a participar en la vida cultural.[31] Particularmente, este ejercicio realizado en el "Capítulo VII.2" de la sentencia,[32] enmarca un análisis autónomo de cada uno de los derechos que resultan de vital importancia en este caso pues los pueblos indígenas tienen un especial vínculo con sus territorios, pero en específico con los elementos que se encuentren inmersos en el mismo.

En este abordaje realizado en la sentencia debe destacarse la decisión del Tribunal interamericano en determinar una violación al derecho al agua, que no fue directamente alegado por las partes o la CIDH. Es cierto que este derecho, como resalta la sentencia, tiene una estrecha vinculación con otros, tales como el derecho a un medioambiente sano y a la alimentación. No obstante, tiene una especificidad propia y presenta una importancia particular para los pueblos y comunidades indígenas, en tanto el

[31] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párrs. 202-242.

[32] *Ibidem,* párrs. 186-289.

acceso y la utilización del agua, y el modo en que se desarrolla, resulta central, no solo por las obvias implicaciones para la supervivencia física de los individuos, sino también por la relevancia para el desarrollo de la vida cultural, de los propios modos de vida indígena.[33]

La sentencia destaca, en ese sentido, cómo la presencia en el territorio de población no indígena y de actividades ajenas a las prácticas tradicionales de las comunidades, como la ganadería, afectaron el acceso al agua, generando desertificación y contaminación, así como las posibilidades de "supervivencia de las culturas aborígenes que [...] dependen del río [Pilcomayo]", como indicó un peritaje. Lo anterior, pese a que la zona había sido con-

[33] En ese sentido, la sentencia menciona, en sus párrs. 227, 228 y 230, señalamientos del Comité DESC respecto a la importancia de considerar al agua un "bien cultural", y sus implicancias respecto a pueblos indígenas, que conllevan el deber estatal de proteger los recursos de agua que existan en tierras ancestrales. También en el ámbito de las Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que "El agua desempeña un papel importante en la existencia cotidiana de los pueblos indígenas, ya que es un componente central de sus tradiciones, su cultura y sus instituciones. También es un elemento clave de sus estrategias de sustento". Asimismo, ha expresado que "[L]as fuentes naturales de agua utilizadas tradicionalmente por los pueblos indígenas, como los lagos o ríos, pueden no ser ya accesibles debido a la expropiación o la apropiación gradual de las tierras por otros. El acceso puede verse amenazado también por la contaminación ilegal o la sobreexplotación" (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Folleto Informativo Núm. 35, "El derecho al agua", p. 30). En particular respecto de Argentina, en 2012 el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas dio cuenta de múltiples situaciones existentes en el país, inclusive en Salta, de dificultades de comunidades indígenas para un acceso adecuado al agua, y recomendó al "Gobierno nacional y los gobiernos provinciales [...] realizar mayores esfuerzos para responder a las solicitudes de los pueblos indígenas en relación con el acceso a servicios básicos en las áreas rurales, especialmente los servicios del agua". Señaló que "[e]n este sentido, el Estado debe adoptar una visión a largo plazo para el desarrollo social de estas áreas, tomando en cuenta la importancia que revisten las tierras tradicionales para las vidas y culturas de los pueblos indígenas" (Consejo de Derechos Humanos. 21o periodo de sesiones. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina. 4 de julio de 2012. Doc. A/HRC/21/47/Add.2, párr. 111).

siderada de preservación y recuperación ambiental por el propio Estado. En este marco, la prueba presentada en el caso indicó que la mayoría de comunidades indígenas no obtiene agua apta para el consumo, ni alimentación suficiente, alterándose por ello, además, el modo de vida indígena. De ahí que, en un caso con las características del caso *Lhaka Honhat*, resulta apropiado un examen, como el que se hizo, que considere la interrelación del agua, el ambiente y la alimentación con la vida cultural. Este análisis, al relacionar los diversos derechos entre sí y considerar las características particulares de los pueblos indígenas, evitó una visión restrictiva o sesgada, que podría haber llevado a no comprender en su cabal dimensión la problemática del caso y las violaciones a derechos humanos que se cometieron.[34]

Adicionalmente, considero que la forma en la que fue decidido este caso (es decir, analizar en un capítulo los temas relativos a la propiedad comunal indígena de manera separada del capítulo relativo al análisis de las cuestiones relativas a los DESCA) fue acertada, ya que de lo contrario se hubiera corrido el riesgo de considerar que solo en la medida en que la propiedad comunal indígena protegida por el artículo 21 sea declarada violada, se podría analizar posibles violaciones a DESCA relacionadas con el territorio indígena.

Debo destacar que el análisis separado entre el artículo 21 y 26 de la CADH no desconoce la jurisprudencia previa de la Corte IDH relacionada con en el territorio, mismo que abarca la tierra y los recursos naturales; por el contrario, se refuerza la tesis de que en el caso de los pueblos indígenas, al tener una relación especial con sus territorios ancestrales, es necesario hacer un análisis pormenorizado entre todos y cada uno de los elementos que forman parte de sus derechos, es decir, tanto "su derecho a la propiedad colectiva indígena" como su "derecho al territorio".

En este entendido, lo que hace el Tribunal interamericano al momento de decidir sobre algunos elementos que se encuentran

[34] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párrs. 261, 269, 277, 278 y 280-284.

dentro del concepto de "territorio" mediante el artículo 26 de la CADH, es decir, sobre los derechos al medioambiente sano, al agua, a la alimentación y a participar en la vida cultural, no lo hace en el entendido de desconocer la amplia jurisprudencia en la materia. Por el contrario, la Corte IDH perfecciona la forma en la que debe ser entendido este concepto que va más allá del entendimiento tradicional sobre la propiedad privada protegido por el artículo 21 de la CADH.

En consonancia con lo anterior, la Corte Africana de Derechos Humanos, al resolver el caso del pueblo *Ogiek vs. Kenia* en 2017, analizó por separado lo relativo a la tierra (propiedad) del contenido de otros derechos, como lo fueron el derecho a la cultura y el derecho a disponer los recursos naturales. Sobre el primer derecho indicó que "en su concepción clásica, el derecho a la propiedad generalmente se refiere a tres elementos, a saber: el derecho a usar lo que es el sujeto del derecho[35] (*usus*), el derecho a disfrutar el fruto del mismo (*fructus*) y el derecho a deshacerse de la cosa, es decir, el derecho a transferirla (abuso)"; por tanto "se desprende del [a]rtículo 26 (2) de la Declaración [de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas] que los derechos que pueden reconocerse para los pueblos/comunidades indígenas en sus tierras ancestrales son variables y no implican necesariamente el derecho de propiedad en su significado clásico, incluido el derecho a disponer del mismo (abuso). Sin excluir el derecho a la propiedad en el sentido tradicional, esta disposición pone mayor énfasis en los derechos de posesión, ocupación, uso/utilización de la tierra".[36]

Por otro lado, en cuanto al derecho de los pueblos a disfrutar de sus riquezas y recursos naturales, que tiene un reconocimiento autónomo en el artículo 21 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Africana indicó que "[e]n la medida en que [el Estado] haya violado [la propiedad], el

[35] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ACoHPR, por sus siglas en inglés) *Caso Ogiek vs. Kenya*. Sentencia de 26 de mayo de 2017, núm. 006/2012, párr. 124.

[36] *Ibidem,* párr. 127.

Tribunal sostiene que este último también ha violado el [a]rtículo 21 de la Carta, ya que los Ogiek han sido privados del derecho a disfrutar y disponer libremente de la abundancia de alimentos producidos por sus tierras ancestrales". En este entendido, la Corte Africana en lugar de subsumir el contenido del derecho a "disfrutar de los recursos naturales" dentro del contenido del derecho a la propiedad, analiza en su sentencia, entendiendo que tienen un contenido propio, cada uno de los derechos. Ello no niega, tal como enmarca la sentencia, el vínculo existente entre las violaciones.

En la misma sentencia del caso *Ogiek*, siguiendo esta postura sobre entender de manera autónoma el contenido de cada uno de los derechos, el Tribunal africano hizo una distinción entre "el derecho a la religión" y el "derecho a la cultura". Al respecto, dicha Corte Africana indicó que "[e]l derecho a la libertad de culto [o en otras palabras, el derecho a la religión] ofrece protección a todas las formas de creencias, independientemente de las denominaciones: creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia"; sin embargo, precisó que "[l]a Corte nota que, en el contexto de las sociedades tradicionales, donde a menudo no existen instituciones religiosas formales, la práctica y la profesión de la religión generalmente están inextricablemente vinculadas con la tierra y el medioambiente". Indicó, además, que "[e]n las sociedades indígenas en particular, la libertad de adorar y participar en ceremonias religiosas depende del acceso a la tierra y al medioambiente natural. Cualquier impedimento o interferencia para acceder al medioambiente natural, incluida la tierra, restringe severamente su capacidad para realizar o participar en rituales religiosos con una considerable repercusión en el disfrute de su libertad de culto". De lo anterior la Corte Africana concluyó que en el caso se violaba el artículo 8 de la Carta Africana, sobre el derecho a la libertad de culto.[37]

Por otro lado, la Corte Africana hizo la distinción de la violación del artículo 8 con el contenido de la violación del derecho a la cultura, contemplado en los artículos 17.2 y 17.3 de

[37] *Ibidem*, párr. 165.

la Carta de Banjul.[38] Al respecto, dicha Corte indicó que "[e]l derecho a la cultura consagrado en [la] Carta [Africana] debe considerarse en una doble dimensión, tanto en su naturaleza individual como colectiva. [P]or un lado [asegura] la participación de los individuos en la vida cultural de su comunidad y, por otro, obliga al Estado a promover y proteger los valores tradicionales de la comunidad".[39] Además, en su sentencia agregó que:

> La protección del derecho a la cultura va más allá del deber, no de destruir o debilitar deliberadamente a los grupos minoritarios, sino que requiere el respeto y la protección de su patrimonio cultural esencial para la identidad del grupo. A este respecto, la cultura debe interpretarse en su sentido más amplio que abarque la forma de vida total de un grupo en particular, incluidos los idiomas del grupo, símbolos como los códigos de vestimenta y la forma en que el grupo construye refugios; participa en ciertas actividades económicas, produce artículos para la supervivencia; rituales como la forma particular del grupo de tratar problemas y practicando ceremonias espirituales; identificación y veneración de sus propios héroes o modelos y valores compartidos de sus miembros que reflejan su carácter y personalidad distintivos.[40]
>
> En el presente caso, el Tribunal observa de los registros disponibles ante ella que la población Ogiek tiene una forma de vida distinta centrada y dependiente del Complejo Forestal de Mau. Como comunidad de cazadores-recolectores, obtienen sus medios de supervivencia a través de la caza de animales y la recolección de miel y frutas, tienen su propia ropa tradicional, su propio idioma, una forma distinta de sepultar a los muertos, practicar rituales y medicina tradicional, y su propia espiritualidad y valores tradicionales, que los distinguen de otras comunidades que viven alrededor y fuera del Complejo Forestal de Mau, lo que demuestra que los Ogieks tienen su propia cultura.[41]

Como lo muestra el precedente de la Corte Africana en el caso *Ogiek*, y ahora la Corte IDH con el caso *Lhaka Honhat,* se

38 *Ibidem*, párr. 170.

39 *Ibidem*, párr. 177.

40 *Ibidem*, párr. 179.

41 *Ibidem*, párr. 182.

posicionan como dos precedentes que demuestran que cada uno de los derechos que pueden ser analizados en un caso (en estos fallos sobre temática indígena y tribal), tienen connotaciones específicas que deben de ser observadas y valoradas de manera autónoma para poder entender y comprender de forma integral la manera en que los pueblos indígenas se relacionan con su entorno. Justamente la posibilidad de la justiciabilidad autónoma de los DESCA mediante el artículo 26 del Pacto de San José, permite a la Corte IDH hacer este ejercicio sin negar la jurisprudencia existente previamente.

La diferencia entre "tierra" y "territorio", evidentemente, no puede entenderse en forma tajante respecto a pueblos indígenas o tribales, como la jurisprudencia de la Corte IDH da cuenta de ello. No obstante, el uso de ambos conceptos permite, entre otras cosas, distinguir y comprender distintas características que pueden presentar lesiones a los derechos de pueblos indígenas. Así, muchas vulneraciones a esa vida cultural y bienes asociados podrán presentar vínculos con el libre disfrute del territorio, pero no en todos los casos necesariamente presentará relación con el derecho de propiedad. Puede haber lesiones a derechos de pueblos indígenas o tribales que, estando vinculadas al territorio, puedan ser analizadas de mejor modo con base en derechos distintos del de propiedad.

La evolución de la jurisprudencia interamericana, que ha derivado en un entendimiento autónomo de los DESCA, ayuda a resaltar las diferencias y matices mencionados, y a efectuar un examen más preciso: no siempre será necesario o pertinente reconducir al derecho de propiedad lesiones a derechos asociadas al territorio. La sentencia sobre el caso *Lhaka Honhat* es muestra de esto. El examen de derechos a través del artículo 26 no ha pretendido negar la relación entre los derechos al medioambiente sano, la alimentación adecuada, el agua y la identidad cultural con el territorio. Por el contrario, es innegable esa relación en el caso, existiendo una interdependencia entre ellos. Pero la misma ha generado impactos propios y diferenciados en los derechos referidos, que permitieron su examen autónomo, con respecto a la vulneración del derecho a la propiedad.

III. Autonomía e interdependencia de los derechos humanos

La autonomía de los derechos (tanto DESCA como civiles y políticos) en modo alguno se opone a la interdependencia de los mismos. De hecho, el concepto de interdependencia solo puede entenderse a partir de la autonomía. La interdependencia se predica respecto de entidades autónomas, de lo contrario carecería de sentido. La significación de estos conceptos, entonces, debe vedar un entendimiento que, por vía de enfatizar la conexidad entre los derechos, lleve a que la exigibilidad de uno de ellos sea condición necesaria para la exigibilidad de otros.

La "autonomía" hace alusión a que cada derecho tiene un contenido jurídico propio, distinto del de otros. Los diversos derechos se refieren a diferentes bienes (salud, libertad, educación, vida, etc.), para cuya tutela o protección existe un conjunto de obligaciones que deben cumplirse. El contenido de cada derecho presenta particularidades, que dan sentido a su reconocimiento jurídico diferenciado.

Así, solo por poner un ejemplo, teniendo como base señalamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), el derecho a la seguridad social, conforme está plasmado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, implica, entre otras cuestiones, el establecimiento por parte de los Estados de planes de seguridad social, que concedan prestaciones a las personas a partir de una edad determinada por la legislación; y que prevean "ayuda" para todas las personas que cumplan la edad prescrita aun cuando "no tengan cubiertos los periodos mínimos de cotización exigidos, o por cualquier otra causa no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otro tipo de prestación o ayuda de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos".

Parece que esta obligación estatal de prever prestaciones relacionadas con la vejez, no relacionada necesariamente con una actividad laboral, excede el contenido obligacional que podría desprenderse de otros derechos, pues no deriva *a priori* de ellos. Ello no obsta a que, en diversas circunstancias, la eventual vul-

neración del derecho a la seguridad social pueda tener impacto en el goce de otros derechos. El mismo Comité aclara que el derecho a la seguridad social distingue su contenido del de otros derechos: "[e]l derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos enunciados en el Pacto, [...s]in embargo, la adopción de medidas para el disfrute de otros derechos enunciados en el Pacto no constituirá en sí misma un sustituto de la creación de sistemas de seguridad social".[42]

Lo último señalado, que un derecho puede "reforzar el ejercicio" de otros, se relaciona con la interdependencia de los derechos. En 1993, la Declaración y Programa de Acción de Viena, que marcó la agenda internacional sobre derechos humanos a nivel global, estableció que "[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global [...]". En 2012 esto fue reafirmado en el ámbito americano, en la Carta Social de las Américas, que señala "la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y su papel esencial para el desarrollo social y la realización del potencial humano".[43] Ningún derecho puede disfrutarse de forma aislada, sino que ese disfrute depende del disfrute de todos los demás derechos.

El concepto de "interdependencia" alude al vínculo entre los derechos, que hace que la concreción o satisfacción de unos dependa de la de otros. Así, por ejemplo, no podría pensarse que puede realmente realizarse la libertad de conciencia y religión si, a su vez, no se garantiza la libertad de pensamiento y expresión.

La autonomía de los DESCA a partir del artículo 26 no niega (no podría hacerlo) su carácter interdependiente, entre sí y con otros derechos civiles y políticos. La Corte IDH, al examinar casos que involucraron derechos protegidos por esa disposición,

[42] Comité DESC, Observación general núm. 19, El derecho a la seguridad social (art. 9 del Pacto), párrs. 15 y 28.

[43] OEA, Asamblea General, *Carta Social de las Américas*. Aprobada en la segunda sesión plenaria, 4 de junio de 2012, Doc. OEA/Ser.P AG/doc.5242/12 rev. 1.

con frecuencia ha decidido de conformidad con tal carácter. Pueden mencionarse, al respecto, algunos ejemplos.

En el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la Corte IDH advirtió que la falta de obtención de consentimiento informado para un tratamiento médico afectó no solo el ejercicio del derecho a la salud, sino también el derecho a acceder a información y a tomar decisiones libres sobre el propio cuerpo, lo que incidió en la autonomía personal y la vida privada y familiar. Por otra parte, dado que se concluyó que hubo una relación entre omisiones en prestaciones de salud y padecimientos y la muerte de la víctima, se declararon violados los derechos a la vida y a la integridad personal "en relación" con el derecho a la salud.[44]

En su decisión sobre el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, el Tribunal interamericano constató que los hechos del caso mostraban que la terminación arbitraria de una relación laboral se había utilizado como forma de represalia y "discriminación política" por el ejercicio de derechos de participación política y libertad de expresión y que, al respecto, no se garantizó a las víctimas el acceso a la justicia. Por ello determinó una vulneración al derecho al trabajo (art. 26) "en relación" con "los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación".[45]

En el caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú,* la Corte IDH señaló, además, que uno "de los elementos fundamentales de la seguridad social lo constituye su relación con la garantía de otros derechos" y que ese derecho se "interrelaciona" con el derecho a la vida digna, que se vio incidido en el caso. Asimismo, concluyó que la falta de percepción de montos pecuniarios a los que las víctimas tenían derecho dado su derecho a la pensión, afectó también el derecho de propiedad. En el caso, todo lo anterior se vinculó al incumplimiento y demora respecto de sentencias relativas a pensiones. La

---

44 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile..., cit.,* párrs. 136-143, 156, 161-173 y 198.

45 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela..., cit*., párrs. 221 y 222.

Corte IDH determinó que se violaron los derechos a la seguridad social, a una vida digna y a la propiedad "en relación" con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.[46]

En el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* se determinó una vulneración al derecho a la salud y el incumplimiento, respecto de ese derecho, de la prohibición de discriminación y del principio de progresividad; pero además que la falta de tratamiento médico adecuado tuvo un nexo causal con los padecimientos y la muerte de determinadas personas, por lo que declaró violado los derechos a la integridad personal y a la vida "en relación" con el artículo 26, que protege el derecho a la salud.[47]

En el caso *Hernández vs. Argentina* el Tribunal advirtió que hubo una falta de atención médica a una persona privada de la libertad, y que "el sufrimiento y el deterioro a la integridad personal causado por la falta de atención médica adecuada —y el consecuente daño a su salud— de una persona privada de libertad pueden constituir por sí mismos tratos crueles, inhumanos y degradantes". Entendió entonces que hubo una lesión tanto a la integridad personal (que configuró un trato degradante) como al derecho a la salud.[48]

Ahora bien, los ejemplos citados (a los que podrían adicionarse otros) se diferencian de un entendimiento que, so pretexto de advertir una conexidad entre los derechos, niegue de plano su autonomía.

En el marco específico de la aplicación del artículo 26 de la CADH, si se colige, como lo ha hecho la Corte IDH, que esa disposición protege a los DESCA, y que el Tribunal interamericano tiene competencia para decidir sobre presuntas violaciones a los mismos, no se advierte motivo para luego hacer depender su examen de su vinculación con alguno de los demás derechos

46 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú..., cit.*, párrs. 149, 150 y 184-196.

47 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala..., cit.,* párrs. 127, 139, 148, 158, 159, 163 y 164, y puntos resolutivos 5 y 6.

48 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Hernández vs. Argentina..., cit.,* párrs. 54-61 y 96.

establecidos en la CADH o, eventualmente, en otros tratados que asignen competencia a la Corte IDH.

Una intelección como la señalada derivaría en una injustificada jerarquización de los derechos plasmados en los artículos 3 a 25 de la CADH, sobre aquellos incluidos en su artículo 26. Esto sería contrario a la igual jerarquía que, *a priori*, tienen ambos grupos de derechos, y que puede desprenderse de expresiones del propio Preámbulo de la CADH, que dice que "[...] solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar *de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*".

De ahí que en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, en el que se declararon por primera vez violaciones directas a los DESCA vía el artículo 26 del Pacto de San José, se consideró que la Corte IDH "ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, *sin jerarquía entre sí y exigibles* en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello".[49]

Por otra parte, una forma de examen que, aun considerando el artículo 26 del Pacto de San José haga depender la aplicación de dicha norma de la conexidad de un derecho recogido en la misma a otro que no lo esté, llevaría a una comprensión de los DESCA parcial y limitada. Ello debido a que el contenido de los derechos incluidos en el artículo 26 que serían justiciable ante el Tribunal interamericano, se limitaría a aquel que pudiera relacionarse con el contenido de otro derecho civil o político incorporado en otras disposiciones de la CADH.

El resultado de una interpretación de estas características, que considero no resulta justificado, sería, en términos prácticos, volver al estado de cosas anterior al cambio jurisprudencial generado a partir del caso *Lagos del Campo* en 2017. De tal manera que dicho entendimiento llevaría a que la eventual determina-

[49] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú..., cit.*, párr. 141.

ción de una violación al artículo 26 del Pacto de San José solo se efectuaría si algún aspecto de un DESCA incluido en la norma puede desprenderse de otro derecho previamente declarada su violación. Es decir, la mención del artículo 26 resultaría meramente accesoria, no sustancial, jerarquizando y estableciendo categorías entre derechos humanos.

IV. Las reparaciones con enfoque de DESCA

Un aspecto central desde la perspectiva DESCA es el capítulo de reparaciones denominado *Medidas para la restitución de los derechos al medioambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad cultural.* Lo anterior es único en la jurisprudencia interamericana en materia indígena, ya que no centra las reparaciones desde una visión de la "tierra" como aspecto de posesión comunal, sino que se fundamenta en la reparación integral de aspectos diferenciados del "territorio" y que fueron declarados violados de manera autónoma en la sentencia.

En efecto, la determinación en forma autónoma a los derechos al medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la participación en la vida cultural, tuvo consecuencias concretas en las medidas de reparación ordenadas en la sentencia. Al evidenciarse las afectaciones a tales derechos, resultó apropiado determinar reparaciones que tuvieran por objeto atender a tales lesiones en forma específica. Un eventual entendimiento contrario, que hubiera subsumido la problemática en el derecho de propiedad, podría haber derivado en reparaciones más acotadas dirigidas solo a restituir este derecho.

De ese modo, aunadas a medidas para la delimitación, demarcación y titulación de la propiedad, así como para el traslado de la población no indígena fuera de la misma, se han ordenado otras medidas de restitución, específicamente dirigidas a los derechos a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural: *a)* la elaboración por parte del Estado de un estudio en el que identifique situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación y la formulación e implementación de un plan de acción al respecto; *b)* la elaboración y presentación de otro estudio que establezca acciones a instru-

mentar para lograr en forma permanente la conservación de aguas existentes en el territorio indígena, el acceso a agua potable y alimentación, y evitar la continuidad de pérdida de forestación y lograr su paulatina recuperación, y *c)* la constitución de un fondo de desarrollo comunitario destinado a financiar acciones para la recuperación de la cultura indígena.[50]

Debe resaltarse que la Corte IDH, advirtiendo la complejidad propia del caso y de las acciones ordenadas, ha procurado que la definición precisa de las acciones puntuales a implementar surja de determinaciones posteriores, con intervención de autoridades estatales y las comunidades indígenas víctimas y sus representantes. En este proceso, la sentencia prevé una intervención activa del Tribunal interamericano, a partir de la evaluación de los estudios referidos.

En cuanto al fondo de desarrollo comunitario, también las definiciones puntuales para su utilización —sin perjuicio de las pautas básicas establecidas por la Corte IDH— serán determinadas a partir de la intervención tanto del Estado como de las comunidades indígenas. Así, la sentencia prevé: *a)* que los objetivos a que debe destinarse en el fondo sean definidos por las comunidades indígenas; *b)* que sobre la base de lo anterior, el diseño y ejecución de programas sea definido a partir de la "participación activa" de las comunidades indígenas y sus representantes, y *c)* que la administración del fondo, para cumplir lo anterior, esté a cargo de un Comité que, en su integración, contará con representación de las comunidades indígenas y del Estado.

Este modo de establecer las medidas de reparación correlativas a afectaciones a DESCA busca cumplir distintos fines. Por una parte, posibilitar la debida participación de las comunidades indígenas víctimas, por sí mismas, y también con la intervención de sus representantes, en la determinación de acciones que incidirán en el modo en que recuperarán el goce de sus derechos. Por otra parte, permitir una mayor efectividad de las medidas, dada las definiciones más precisas que se posibilitan a partir de la interacción participativa, informes técnicos y planes de trabajo detallados,

[50] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros del a Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párrs. 331-342.

conforme lo mandado en la sentencia. A su vez, esta mayor precisión y efectividad se persigue, además, —por lo que podría denominarse un "control dinámico" de la observancia de las medidas—, en que algunas definiciones de las mismas podrían realizarse en el curso del proceso de supervisión de su cumplimiento, con intervención de los diversos actores del proceso, inclusive la CIDH. En ese sentido, la sentencia indica que la Corte IDH, previas observaciones de los representantes de las víctimas y la CIDH, evaluará los planes de acción que presente el Estado, pudiendo requerir, según el caso, su ampliación o que sean completados.

La sentencia contempla también un papel activo de la CIDH, exhortándola siempre "en el marco de sus posibilidades y funciones", a "facilita[r]" la interacción entre las partes, a fin de "coadyuvar" al cumplimiento de las medidas. Por último, también se ha procurado tener el debido respeto a las funciones y deberes estatales en la determinación de las acciones. Debe destacarse, en ese sentido, no solo que es el Estado quien debe, bajo las pautas ya referidas, desarrollar estudios y planificar las acciones a realizar, sino también se aclara que las medidas que se adopten deben ser adecuadas, guardando "armonía con políticas públicas estatales, planes de gobierno y la normativa nacional o provincial pertinente". [51]

Resulta frecuente que se objete la intervención de tribunales en litigios que involucren DESCA, considerando aspectos prestacionales de estos derechos —que no son ajenos a los derechos civiles y políticos—, con base en razones que, de diversos modos, aluden a la falta de legitimidad o capacidad de los órganos jurisdiccionales respecto a la definición de políticas públicas. Así, por ejemplo, se alude a la falta de información técnica o presupuestaria de los tribunales, a su incapacidad para evaluar adecuadamente dicha información, o a la ilegitimidad de tal ejercicio (atribuido, en general, a órganos ejecutivos o legislativos). Aspectos como los señalados presentan ciertamente, y de acuerdo a cada caso, desafíos importantes para la actividad jurisdiccional. No obstante, no pueden llevar a negar o mermar la justiciabilidad o eficacia de derechos plenamente vigentes y autónomos. La sen-

[51] *Cfr. Ibidem*, párr. 333, n. 325.

tencia, al respecto, ha procurado asumir tal desafío, buscando un modo de implementación de las medidas de reparación que, a la vez, sea eficaz para restituir los derechos lesionados y atienda a las dificultades y complejidad que presentan las acciones necesarias para tal fin.

Del modo referido, la Corte IDH ha procurado lograr, a la vez de un examen autónomo de los DESCA, establecer medidas de reparación acordes a la lesión de los mismos, y que estas resulten realmente idóneas en la materia. Ello, a partir de posibilitar definiciones posteriores más precisas para su implementación, siempre supervisada por la Corte IDH y en los tiempos que se estiman suficientes para su ejecución.

De este modo, las reparaciones como las indicadas en ese capítulo tienen un verdadero trasfondo de derechos sociales y buscan restaurar el goce del contenido de cada uno de los derechos indicados y declarados violados en la sentencia. Considero que esta especificación en cuanto a las medidas de reparación constituye una muestra de la posibilidad que tiene el Tribunal interamericano para ir estableciendo reparaciones acordes con las violaciones a DESCA y conforme a las particularidades de cada caso.

V. Los *amici curiae* como medio de diálogo de la sociedad civil con la Corte IDH

Los primeros cinco reglamentos del Tribunal interamericano no contemplaban la figura del *amicus curiae;* sin embargo, ello no fue impedimento para que desde el primer caso contencioso en el que la Corte IDH se pronunció sobre el fondo, se recibieran diversos *amici curiae* por organizaciones no gubernamentales,[52] lo que abrió el camino procedimental para que siguiera como una práctica habitual ante la Corte IDH. Fue hasta 2009 cuando, a través de una reforma al entonces reglamento, se introduce la

[52] En el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, las siguientes organizaciones no gubernamentales presentaron escritos en calidad de *amicus curiae*: Amnesty International, Association of the Bar of the City of New York, Lawyers Committee for Human Rights y Minnesota Lawyers International Human Rights Committee.

definición de dicha institución, así como la primera regulación específica para su presentación.[53]

Así, la figura del *amicus curiae* hace referencia a "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".[54]

El actual Reglamento de la Corte IDH, vigente desde enero de 2010, establece la posibilidad de presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en los casos contenciosos del Tribunal interamericano, así como también en los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencia y de medidas provisionales;[55] en lo que respecta a su función consultiva, el Reglamento prevé que "cualquier persona" puede presentar "su opinión escrita sobre los puntos sometidos a la consulta".[56]

Esta institución, ha tenido una gran presencia en la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto se ve reflejado por el hecho de que se han presentado escritos de *amicus curiae* en 143 casos contenciosos y se han emitido opiniones escritas en 23 opiniones consultivas. También se han presentado en procedimientos de medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento de sentencias, aunque en menor cantidad.[57] En palabras de la propia Corte IDH sobre su utilidad:[58]

---

53 Reglamento de la Corte IDH, aprobado por la Corte en su XLIX Periodo Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

54 Reglamento vigente de la Corte IDH, art. 2, numeral 3.

55 *Ibidem*, art. 44.

56 *Ibidem*, art. 73.3.

57 Por ejemplo, Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Medidas Provisionales. Resolución de 8 de febrero de 2018, párr. 10; *Caso Barrios Altos vs. Perú.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de septiembre de 2012, párr. 9, y *Caso La Cantuta vs. Perú.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr. 15.

58 *Cfr.* Corte IDH. OC-20/09. Artículo 55 de la CADH. Opinión consultiva de 29 de septiembre de 2009. Serie A, núm. 20, párr. 60. Adicionalmente, en

> 60. Especial mención tienen para esta Corte la presentación de *amicus curiae*, de los cuales reconoce el gran aporte que han hecho al Sistema Interamericano a través de la exposición de razonamientos en torno a hechos de casos concretos, consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso y otras temáticas específicas. Como el Tribunal lo ha señalado en diversas oportunidades, aportan argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante el mismo.

En lo que respecta a la temática indígena o tribal, la Corte IDH ha recibido en su función contenciosa escritos de *amicus curiae* en diez casos que han versado esencialmente sobre aspectos de la tierra y el territorio,[59] desplazamiento forzado,[60] parti-

---

los casos *Kimel vs. Argentina,* y *Castañeda Gutman vs. México*, la Corte IDH indicó que dichos escritos "[...] 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". *Cfr. Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177, párr. 14, y *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párr. 16.

59 *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua..., cit.,* párrs. 38, 41, 42, 52 y 61; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., cit*., párr. 19; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador..., cit.,* párr. 13; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras..., cit.,* párr. 11; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam..., cit.,* párr. 9, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil..., cit.,* párr. 11.

60 *Cfr.* Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam..., cit.,* párr. 16, y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia..., cit.,* párr. 10.

cipación política[61] y masacres.[62] El caso *Lhaka Honhat* se suma a los anteriores. Su utilidad en la sentencia resulta evidente, ya que en diversas secciones se incorpora el valioso contenido de los *amici curiae* remitidos por organizaciones, instituciones y personas.[63]

Así, en el caso *Lhaka Honhat* fueron presentados un total de ocho escritos en esta calidad ante la Corte IDH, por parte de 20 diferentes organizaciones, instituciones y personas de la sociedad civil, quienes sometieron diversas observaciones y expresaron ricos argumentos, que comparten ciertas líneas temáticas. En los escritos fue común el abordaje del derecho al territorio ancestral de los pueblos indígenas, con especial énfasis en el derecho a la consulta,[64] así como aspectos relativos a la ocupación parcial por parte de colonos y la necesidad de que los territorios de pueblos indígenas y tribales sean de suficiente extensión y calidad.[65]

---

61 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, párrs. 17, 34, 38 y 42.

62 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 328, párr. 9.

63 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párr. 50, nota 33; párr. 54, nota 42; párr. 144, nota 141; párr. 146, nota 142; párr. 161, nota 150; párr. 165, nota 153; párr. 165, nota 154; párr. 174, nota 161; párr. 174, nota 162; párr. 203, nota 193; párr. 216, nota 210; párr. 246, nota 247; párr. 250, nota 251; párr. 254, nota 260; párr. 258, nota 263; párr. 261, nota 270; párr. 275, nota 288; párr. 279, nota 289; párr. 353, nota 331; párr. 355, nota 334, y párr. 356, nota 335.

64 Al respecto, véase el *Amicus Curiae* presentado por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, pp. 6-13.

65 Véase *Amicus Curiae* del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en su totalidad; asimismo, *Amicus Curiae* elaborado de manera conjunta por la Fundación para el Debido Proceso, la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), el Núcleo de Estudios en Sistemas Internacionales de Derechos Humanos (NESIDH) de la Universidad Federal de Paraná (UFPR), la Clínica Internacional de Derechos Humanos CUCSH – Universidad de Guadalajara, y el O'Neill Institute for National and Global Health

Otra vertiente de los referidos escritos se refiere a la justiciabilidad directa y la protección autónoma de los DESCA. Sobre esta línea se presentaron argumentos para declarar que los derechos humanos a la alimentación, a la identidad cultural, al medioambiente sano e incluso al derecho al agua —este último no alegado por los representantes de las víctimas ni por la CIDH, pero que fue incorporado vía *iura novit curia* en la sentencia, eran derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH de acuerdo a la metodología previa de la jurisprudencia de la Corte IDH y que, de acuerdo a esos escritos, fueron vulnerados en este caso por el Estado argentino.[66]

Además, se propusieron criterios mediante las cuales el Tribunal interamericano, a partir de su metodología fijada desde el caso *Lagos del Campo* de 2017, debería interpretar tanto el contenido como el régimen de obligaciones de los derechos antes mencionados. De esta forma, los referidos escritos afianzaron el camino jurisprudencial emprendido por la Corte IDH, pero ahora con una visión y bajo un enfoque sobre la relación existente de los DESCA y los territorios ancestrales indígenas, con lo que se

---

Law, Georgetown University Law Center, pp. 9-23; y finalmente, ver *Amicus Curiae* presentado por la organización "Tierra Viva a los pueblos indígenas del Chaco", pp. 10-16.

66 Véase *Amicus Curiae* de Olivier De Schutter, en colaboración con Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami y la Clínica de Derecho Ambiental de la Universidad de Saint-Louis, en su totalidad; asimismo, véase *Amicus Curiae* elaborado de manera conjunta por la Fundación para el Debido Proceso, la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), el Núcleo de Estudios en Sistemas Internacionales de Derechos Humanos (NESIDH) de la Universidad Federal de Paraná (UFPR), la Clínica Internacional de Derechos Humanos CUCSH – Universidad de Guadalajara, y el O'Neill Institute for National and Global Health Law, Georgetown University Law Center, pp. 23-51; también, ver escrito de *Amici Curiae* presentado conjuntamente por Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Amnesty International, Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, Comisión Colombiana de Juristas, Dejusticia, FIAN International, International Women's Rights Action Watch Asia Pacific y Minority Rights Group International, coordinado por la secretaría de la Red Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC), en su totalidad.

demuestra la necesidad e importancia de seguir abordando estas problemáticas de manera autónoma, directa e integral.

También los *amici curiae* presentados aportaron elementos muy importantes que quedaron reflejados en la sentencia, relacionados con los procesos de "fisión-fusión",[67] problemáticas del régimen legal interno respecto a la propiedad comunitaria indígena,[68] la importancia de los estudios de impacto ambiental realizada por entidades independientes y técnicamente capaces o sobre el derecho al medioambiente sano,[69] a la alimentación, al agua y a la identidad cultural de los pueblos indígenas,[70] o la importancia que tiene el derecho al medioambiente sano como un componente prioritario de las políticas de desarrollo y con el fin de combatir el cambio climático, así como su vínculo con los pueblos indígenas en la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.[71]

Con todo lo anterior, es posible señalar que la Corte IDH tiene como pilar fundamental en su labor, la comunicación permanente con organizaciones, instituciones y la sociedad en general, lo cual se realiza en ambas direcciones; es decir, la Corte IDH mediante el establecimiento de estándares regionales en materia de derechos humanos, y las organizaciones, instituciones y personas mediante su activa participación en los procesos y procedimientos a través de la figura del *amicus curiae*, lo que fortalece el diálogo multidimensional a favor del orden público interamericano en la región.

El *amicus curiae* se erige ante el Tribunal interamericano como una importante herramienta que enriquece el trabajo jurisprudencial de esta Corte IDH y la efectiva protección de los derechos humanos, y cada vez tiene una mayor atención por parte de las organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y personas de la sociedad civil, que tienen un interés legítimo en los temas que se discuten ante los órganos del Siste-

67 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* n. 33.

68 *Cfr. Ibidem,* n. 154.

69 *Cfr. Ibidem,* nn. 162, 193 y 288.

70 *Cfr. Ibidem,* nn. 210, 247, 260, 263 y 270.

71 *Cfr. Ibidem,* nota 193.

ma Interamericano. Pese a que no son vinculantes y que carecen de valor probatorio,[72] le permiten al Tribunal interamericano favorecerse con mayores elementos conforme al derecho nacional e internacional, y de esta manera tener una panorámica de las implicaciones de la decisión, nutriéndose de valiosas consideraciones desde la sociedad civil.

En el Sistema Interamericano se ha incentivado no solo el acercamiento a los estándares emitidos por el Tribunal interamericano, sino también su apertura para recibir observaciones y opiniones en el ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva, con lo que se garantiza que exista un diálogo de emisión y recepción de ideas recíproco, y no solo unidireccional.

Es necesario seguir impulsando el diálogo constructivo y virtuoso que se genera con la participación de las organizaciones, instituciones y personas mediante la figura del *amicus curiae* ante la Corte IDH y así procurar un ámbito de ideas incluyente para la mayor y mejor protección de los derechos humanos en la región, lo que permite un derecho americano en permanente evolución.

VI. Conclusiones

El caso *Lhaka Honhat* constituye el primer caso contencioso en el cual la Corte IDH se pronuncia de manera directa y autónoma sobre los derechos al medioambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad cultural, este último como proyección del derecho a disfrutar de la vida cultural.[73]

Al respecto, por cada uno de los derechos analizados se realiza un ejercicio de identificación de las disposiciones tanto de derecho internacional[74] como las pertinentes en relación con el

[72] Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282, párr. 15.

[73] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párr. 201.

[74] *Cfr. Ibidem,* párrs. 202, 210, 222-224 y 231.

derecho constitucional comparado,[75] pero en lo particular la forma en la que dichos derechos han sido reconocidos e integrados por el derecho constitucional argentino.[76] Además, es pertinente destacar que Argentina no presentó excepción preliminar cuestionando la competencia de la Corte IDH sobre la posibilidad de conocer sobre la vulneración autónoma de estos derechos; por el contrario, el Estado se limitó a emitir argumentos por los cuales consideró que dichos derechos no fueron vulnerados en el presente caso, lo que demuestra que no existía controversia sobre la justiciabilidad de los mismos.

También es la primera ocasión en el que se declara violado el artículo 26 de la CADH en un caso de pueblos y comunidades indígenas y tribales, conforme a la metodología seguida en los precedentes sobre la justiciabilidad directa de los DESCA. En el caso se ha puesto de relieve la estrecha vinculación entre los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a su identidad cultural, al medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, que son analizados desde una visión de garantía para las comunidades que fueron víctimas. Particularmente, la sentencia enfoca el contenido de estos derechos atendiendo al sujeto del cual se trata, es decir, pueblos y comunidades indígenas; la sentencia comprende que estos tienen, y manifiestan, una particular forma de ver y comprender el entorno que los rodea, a la luz de su propia cosmovisión, por lo que requieren una forma integral de evaluar las posibles violaciones que se derivan del Pacto de San José.

La sentencia se erige como respuesta a una de las grandes deudas que tiene la jurisprudencia interamericana en la materia indígena, en lo particular porque desarrolla y pone como eje central al "territorio" como concepto que comprende no solo la "tierra", sino también otros elementos que fueron tutelados de manera autónoma, en esta oportunidad a través del artículo 26 de la CADH. Este razonamiento permite que las comunidades y pueblos indígenas y tribales de la región encuentren en este precedente un mayor acceso a la justicia y una visión holística en la

[75] *Cfr. Ibidem,* párrs. 206, 215 y 236.

[76] *Cfr. Ibidem,* párrs. 204, 214, 225 y 235.

protección a sus derechos, lo que también debe verse en sintonía con la Agenda 2030 de la ONU[77] y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).[78]

En suma, el caso *Lhaka Honhat* es un elemento más en la consolidación de la línea jurisprudencial en materia de DESCA en el Sistema Interamericano y, en general, contribuye a una mayor claridad en el contenido de los derechos y en las obligaciones estatales para la protección de los derechos sociales en nuestra región. Se trata de una aproximación que ha adoptado la Corte IDH para lograr que todos los derechos —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales— sean vistos como tales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad de los mismos, sin

---

77 Como se expresa en un documento reciente de la OIT, "la Agenda 2030 reconoce que para eliminar la pobreza, las políticas de desarrollo también deben combatir las desigualdades, inclusive las originadas por cuestiones de género u origen étnico (Naciones Unidas, ODS 10), a través de la búsqueda simultánea del desarrollo económico y el respeto de los derechos. Para aprovechar esta oportunidad, es fundamental que se preste especial atención a la situación de los pueblos indígenas y tribales, a su participación y a sus contribuciones, y que se traduzca en acciones orientadas al logro de los ODS: Los próximos diez años que quedan hasta 2030 serán decisivos si se quieren invertir de manera duradera los patrones existentes de desigualdad y exclusión". OIT, *Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo,* febrero de 2020.

78 Por ejemplo, se ha indicado que los siguientes ODS de la Agenda 2030, se relacionan especialmente con las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas: Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo; Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades; Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos; Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas; Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad. Véase ONU, Consejo Económico y Social, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, *Informe de la Reunión de Expertos sobre los Pueblos Indígenas y la Agenda 2030,* 18 de febrero de 2016, párr. 16, E/C.19/2016/2.

jerarquía entre sí, y para que los Estados cumplan y materialicen de mejor forma sus obligaciones de respeto y garantía a los derechos humanos. Lo anterior resulta especialmente importante para ciertos grupos en situación de vulnerabilidad en la región, como las comunidades y pueblos indígenas y tribales (que siguen siendo "los más pobres entre los pobres"),[79] sufriendo "injusticias históricas",[80] que no solo dependen físicamente de los recursos que se encuentran en su territorio, sino que también tienen una simbiosis espiritual con los mismos.

[79] *Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo,* Ginebra, 2019, p. 20. En dicho estudio se advierte la desigualdad e inequidad sociales que afrontan estos pueblos, a la luz de los desafíos sociales y ambientales actuales. La ONU ha señalado haciendo referencia a este estudio, que "América Latina es la región del mundo con la mayor proporción de indígenas en la pobreza extrema", en el que los "grupos indígenas y tribales del mundo tienen tres veces más probabilidades de padecer pobreza extrema que otras comunidades y las mujeres se encuentran al fondo de todos los indicadores sociales y económicos. Un análisis por regiones señala a América Latina como el área donde esos pueblos sufren más el flagelo en relación con el total de la población". Véase ONU, 3 de febrero de 2020, *https://news.un.org/es/story/2020/02/1468982*

[80] Como se reconoce en el *Preámbulo* de la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, motivo de negociaciones por casi dos décadas, los Estados del continente expresan su preocupación "por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido *injusticias históricas* como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos *de sus tierras, territorios y recursos*, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses"; y por ello reconocen la "urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, *especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos*". OEA, Asamblea General. *Preámbulo de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 14 de junio de 2016.

La consolidación de los DESCA en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina**

*Liliana Ronconi***
*María Barraco****

I. Introducción

La región latinoamericana se caracteriza por ser una de las más desiguales del mundo.[1] Estas desigualdades provienen de distintas causas: por la condición de migrante, por la orientación sexual o autopercepción de la identidad sexual, por el sexo, por el género, por la edad, entre otras. Todas ellas, además, se encuentran atravesadas por la situación de pobreza (en muchos casos extrema) que se evidencia en diversas partes del continente.[2]

---

* Este trabajo ha sido publicado recientemente en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay*, núm. 50, enero-junio de 2021. DOI: 10.22187/rfd2021n50a5.

** Abogada y doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

*** Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Auxiliar docente en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Facultad de Derecho, UBA). *Visiting Researcher* del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, en Heidelberg, Alemania.

1 CEPAL, Panorama Social de América Latina, diciembre de 2019, p. 21.

2 CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, 7 de septiembre de 2017.

Sin embargo, en la región existe un amplio reconocimiento de derechos, en especial de derechos sociales, ya sea en los textos constitucionales o con la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos.[3] De todas formas, estas situaciones de pobreza implican que grandes sectores de la población vean vulnerados sus derechos sociales básicos, tal como el derecho a la alimentación, al agua potable, a la vivienda, a la educación, a la salud, entre otros.

Las violaciones a estos derechos han sido reclamadas en el ámbito local[4] y también ante el Sistema Interamericano; sin embargo, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como verdaderos derechos plenamente justiciables se ha encontrado con diversos obstáculos, siendo uno de ellos la no identificación de violaciones directas a los DESCA sino por su vínculo con determinados derechos civiles y políticos.

En este sentido, hasta hace muy poco tiempo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no había reconocido las vulneraciones de DESCA en forma directa (por aplicación del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—) sino que lo hacía por su conexión con otros derechos civiles y políticos.[5] Esta forma de reconocimiento (por

[3] En Argentina, por ejemplo, luego de la reforma constitucional de 1994, el catálogo de derechos se ha ampliado considerablemente, no solo en el texto constitucional, sino mediante la incorporación con jerarquía constitucional de diversos instrumentos de derechos humanos (art. 75, inc. 22), entre ellos: la CADH; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), muchos de los cuales contienen normas en materia de igualdad y DESC. Situaciones similares se produjeron en países como Colombia (art. 93) o Guatemala (art. 46), entre otras.

[4] Al respecto véase Nash Rojas, Claudio, "Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales", *Estudios Constitucionales,* año IX, núm. 1, 2011; en materia de derecho a la salud, véase Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013 y Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

[5] Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*.

conexidad) parece haber cambiado de manera firme en la jurisprudencia de la Corte IDH, siendo la sentencia recaída en el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*[6] una muestra clara de ello.

El objetivo de este trabajo es reconstruir los pasos argumentativos de la Corte IDH en materia de DESCA, con la finalidad de establecer los avances claros que se han dado en el caso bajo estudio. Principalmente, entendemos que estos avances, y la sentencia de *Lhaka Honhat* en particular, implican la consolidación de la justiciabilidad directa de los DESCA por aplicación de los principios del artículo 26 de la CADH. Esta situación no es una cuestión que corresponde solo al debate teórico, sino a la posibilidad real que las personas tienen para hacer efectivos esos derechos. Esto toma especial importancia en el actual contexto de pandemia, la cual ha tenido un impacto diferenciado en la realización de los DESCA de los grupos en situación de vulnerabilidad.[7] En este sentido, es crucial poder contar con un sistema regional de protección de los derechos humanos que, por un lado, establece obligaciones concretas a los Estados y, por el otro, reconoce la justiciabilidad directa de los mismos en caso de que existan violaciones.

En primer lugar (I) nos referiremos brevemente a aquellas sentencias que abrieron camino en materia de justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH para dar cuenta que la sentencia que aquí comentamos no se trata de un caso aislado, sino de un

---

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261; entre otros. Sobre este punto véase Courtis, Christian, "Comentario al artículo 26", en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Querétaro, IECEQ-KAS, 2019; Rossi, Julieta y Filippini, Leonardo, "El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* 2008, *http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf*

6 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400.

7 CIDH, Resolución 01/20, Pandemia y derechos humanos en las Américas, 10 de abril de 2020, *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf*

eslabón de la cadena argumentativa. Luego (II) realizaremos un breve repaso de los hechos del caso y de los pasos argumentativos de la Corte IDH para llegar así (III) a establecer dos cuestiones que resultan de vital importancia en la sentencia para la exigibilidad de los DESCA: *1) la interdependencia, autonomía e indivisibilidad de los DESCA,* y *2) las acciones de los privados y la obligación de garantía (art. 2 CADH) que surge de los DESCA (art. 26* CADH). Por último (IV), haremos algunas conclusiones.

II. Los primeros pasos: la necesidad de la justiciabilidad directa de los DESCA en el contexto latinoamericano

Como se ha sostenido, en la jurisprudencia de la Corte IDH se encontraba desarrollado —y fuertemente arraigado— el reconocimiento de los DESCA, pero solo de manera indirecta. Sin embargo, ha sido la propia Corte la que ha sostenido (y ha avanzado en ese sentido) que la determinación de una violación directa de un derecho social constituye un caso de incumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de DESCA. Reconocer que los DESCA son plena y directamente justiciables en el contexto latinoamericano permite conocer y delimitar en forma clara las obligaciones de los Estados al momento de garantizar esos derechos.

Así es como comienza el camino, a pasos firmes, hacia el reconocimiento de violaciones directas del artículo 26; esto es, hacia los estándares de contenido mínimo, progresividad, no regresividad y no discriminación.[8] En este sentido, se puede leer el caso pionero *Gonzales Lluy*[9] y los más recientes, *Poblete Vilches*[10] y *Cuscul Pivaral*.[11]

8 Courtis, Christian, "Comentario al artículo 26", *cit*.

9 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

10 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

11 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

2.1. Golpear la puerta y entrar: el caso *Gonzales Lluy*

En el caso *Gonzales Lluy*, la Corte debió analizar las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la educación. Es por ello que se pronunció sobre el alcance del artículo 13 del Protocolo de San Salvador (PSS) en relación con los artículos 24 y 1.1 de la CADH por la alegada discriminación sufrida por una niña contagiada con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) en el disfrute del derecho a la educación. En ese entonces, la Corte no reconoció la violación directa del artículo 26 de la CADH ni entró en el análisis de cuestiones sobre obligaciones de cumplimiento inmediato, obligaciones de desarrollo progresivo y obligaciones de no regresión o retroceso. Sin embargo, reconoció la violación del derecho a la educación de una niña con VIH, por entender que se trataba de una violación directa del artículo 13 del PSS, que consagra ese derecho y su exigibilidad judicial interamericana.[12] Sin embargo, en su voto, el juez Ferrer Mac-Gregor sostuvo que

> [...] hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del corpus juris sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal [...]. Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud (párr. 15).

La justiciabilidad directa "implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública" (párr. 102). Así, resalta la importancia de la justiciabilidad directa de los DESCA.

---

[12] Para más detalles del caso, debates y dificultades, véase Góngora Maas, Juan J., "Aportes del caso *Gonzales Lluy:* sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en Capdevielle, Pauline *et al.* (coords.), *Bioética y decisiones judiciales,* México, IIJ-UNAM, 2018; Ronconi, Liliana, "Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos,* núm. 12, 2016, pp. 119-131.

Entendemos entonces que este es el primer caso donde la Corte *abre las puertas,* al: *a)* reconocer la violación de un derecho social por aplicación del PSS, y *b)* delinear, aunque en un voto separado, la necesidad de la justiciabilidad directa de los DESCA por aplicación del artículo 26 de la CADH.

2.2. Golpear la puerta, entrar y buscar un lugar para estar cómodo/a: el caso *Poblete Vilches*

Será, sin embargo, la sentencia recaída en el caso *Poblete Vilches* la que marque un punto claro de quiebre en la argumentación de la Corte IDH, ya que se declaró la violación del artículo 26 de la CADH en lo que se refiere a la prestación de medidas de carácter básico (contenido mínimo),[13] sin negar la exigibilidad de los contenidos del derecho a la salud superadores, en los casos en los que se juega la emergencia y la urgencia en la atención de la salud de una persona adulta mayor.

Previamente, en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), la Corte IDH también determinó la violación directa del artículo 26 de la CADH, recordando su competencia para atender y resolver en controversias relativas a este artículo. En referencia a los hechos del caso, es importante recordar que el señor Lagos del Campo había sido despedido como consecuencia de las manifes-

[13] Varios trabajos reconstruyen la sentencia en ese sentido, aunque la Corte IDH no lo haya expresado en forma literal. Véase Ronconi, Liliana, "Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron ¿para quedarse?", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019; Aldao, Martín y Clérico, Laura, "El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso *Poblete Vilches* y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *op. cit.;* y Courtis, Christian, "Prólogo", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *op. cit*. Para que quede claro, estos trabajos no sostienen que lo único exigible sea el contenido mínimo, reconocen que hay otros contenidos de los derechos sociales que son exigibles judicialmente más allá del mínimo. Ronconi, Liliana, "Mucho ruido y pocos... DESC...", *cit*.

taciones realizadas siendo presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de una empresa. En las instancias internas este despido se entendió como justificado. Por su parte, la Corte IDH reconoció que la estabilidad laboral queda amparada por el artículo 26 de la CADH (desarrollo progresivo).[14] Sobre este punto, si bien es la primera sentencia donde la Corte IDH reconoció la justiciabilidad directa de los DESCA, el desarrollo fue escueto en comparación con la expectativa de que existiera un desarrollo más robusto.[15] De todas maneras, es menester aclarar que dejamos fuera del análisis los casos donde lo que se encontraba en juego eran los derechos laborales, sindicales o de la seguridad social, ya que entendemos una diferencia sustancial entre los derechos sociales vinculados al trabajo registrado (como en este caso) y el resto de los derechos sociales que le corresponden a toda la población independientemente de la condición de trabajador/a.[16]

En el caso *Poblete Vilches,* la Corte IDH entendió que del artículo 26 de la CADH se desprenden dos tipos de obligaciones: por un lado, la adopción de medidas generales de manera *progresiva* y, por el otro, la adopción de medidas de carácter *inmediato* (párr. 104). La realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más

[14] En el mismo sentido, en el caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (2017), la Corte encontró responsable al Estado por la ausencia de una respuesta judicial frente al cese de 164 contratos con organismos nacionales, violando así el derecho al trabajo protegido por el art. 26 de la CADH, entre otros. En el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (2018), la Corte IDH también determinó violado el derecho al trabajo protegido por el art. 26, debido a la terminación arbitraria de los contratos laborales de tres mujeres.

[15] Rossi, Julieta, "Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de 'Lagos del Campo' a 'Asociación Lhaka Honhat'", *Revista Pensar en Derecho,* Departamento de Publicaciones-Facultad de Derecho-UBA, 2020, *http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/16/punto-de-inflexion-en-la-jurisprudencia-de-la-cidh-sobre-desca.pdf*

[16] En este sentido, respecto de los primeros, los avances (y retrocesos) de la Corte IDH han sido mucho más iniciales. Véase Courtis, Christian, "Comentario al artículo 26", *cit.,* pp. 813-816.

expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA, lo que no debe interpretarse en el sentido de que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico. Esto tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano (párr. 104). Asimismo, se impone la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados, que no siempre deberá ser entendida como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.[17]

Respecto de las obligaciones de carácter *inmediato*, estas consisten en adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.[18] Así, la Corte IDH concluyó que el Estado chileno violó el artículo 26 en relación con el 1.1 de la CADH, por no haber garantizado que los servicios de salud ofrecidos al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares de derecho a la salud (incumpliendo la obligación de otorgar medidas básicas), así como por haber existido discriminación en el acceso a los servicios de salud por razón de la edad.[19]

Aparece así entonces un reconocimiento directo a la violación del derecho a la salud por aplicación del artículo 26 (contenido mínimo). Entendemos que este caso implica para la Corte

[17] Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

[18] Para mayor amplitud véase Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *op. cit*.

[19] Vinculado al derecho a la salud, es importante hacer mención al caso de 2019, *Hernández vs. Argentina,* donde la Corte enfatizó la obligación del estado de respetar y garantizar dicho derecho de las personas privadas de libertad. Así, la Corte IDH remarcó que "en relación con la atención a la salud, el cumplimiento del requisito de calidad requiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud, además de ser aceptables desde un punto de vista cultural, deben ser apropiados desde el punto de vista científico y ser de buena calidad", entre otras obligaciones. *Cfr.* Corte IDH. Caso *Hernández vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C, núm. 395, párr. 87.

empezar a posicionarse en su argumentación respecto de la justiciabilidad directa de los DESCA, busca así un *lugar para estar cómoda* en su desarrollo argumentativo.

2.3. ¿Buscar comodidad para muchos? El caso *Cuscul Pivaral*

En la misma línea, en el caso *Cuscul Pivaral,* la Corte IDH insistió en sostener que ciertos contenidos de los derechos requieren que el Estado cumpla con sus obligaciones de forma inmediata (contenido mínimo). Sin embargo, agregó que el desarrollo progresivo de los DESCA no podrá lograrse en un breve periodo y que, en esa medida, "requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad" (párr. 80). Asimismo, y citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), la Corte IDH entendió que las medidas regresivas deberán ser tomadas realizando consideraciones cuidadosas, y justificadas con referencia a todos los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), teniendo en cuenta el contexto de aprovechamiento máximo de los recursos del Estado. En definitiva, "se deberá determinar si se encuentra justificada [la medida de carácter deliberadamente regresivo] por razones de suficiente peso" (párr. 143).

A diferencia del caso anterior, quien resultó afectado no era un individuo en particular, sino un grupo de personas (personas con VIH, algunas incluso mujeres embarazadas). La Corte IDH reconoció a todo este grupo afectado, determinando que se trataba de un grupo de personas en situación de vulnerabilidad.[20] Así, la Corte IDH identifica esta cuestión generalizada y resuelve reconocer el derecho a la salud y establecer obligaciones concretas para los Estados en ese sentido, con un alcance más allá de las personas que iniciaron el caso en particular. En consecuencia, la sentencia implicó una oportunidad para dictar medidas de repa-

[20] Sobre las implicancias, avances y desafíos de este caso véase Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *op. cit*.

ración estructurales, tales como "diseñar un mecanismo para garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de los antirretrovirales, los exámenes diagnósticos y las prestaciones en salud para la población con el VIH" (párr. 226).

Así, la Corte refuerza su argumentación en lo que respecta a la afectación del derecho a la salud de un grupo de personas, no solo de una en particular. Esto resulta relevante, si se tiene en cuenta que en la región latinoamericana existen desafíos estructurales vinculados a los grupos en situación de vulnerabilidad, que exigen la mejora en la protección de los DESCA.[21]

III. El caso *Lhaka Honhat* y los DESCA

Con este recorrido argumentativo, en lo que respecta a la justiciabilidad directa de los DESCA, la Corte IDH emite la sentencia en el caso *Lhaka Honhat*. Esta, además de ser la primera sentencia contra el Estado argentino vinculado a derechos de los pueblos indígenas, puso fin al reclamo de 36 años impulsado por distintas comunidades indígenas en la provincia de Salta, cuyo objetivo era obtener el título único de su propiedad territorial. Las comunidades indígenas —quienes conformaron en 1992 la "Asociación Lhaka Honhat"— comenzaron su reclamo por los territorios ancestrales en 1984. Posteriormente, en 1998, denunciaron al Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La CIDH dictó el Informe de Fondo núm. 2/12[22] en 2012, en donde emitió una serie de recomendaciones al Estado argentino. Frente al incumplimiento, la CIDH sometió el caso a la Corte IDH en febrero de 2018.

Al analizar el fondo del caso, la Corte advierte que no está en discusión el derecho de propiedad en sí, sino si la conducta del Estado brindó seguridad jurídica a dicho derecho y permitió su pleno ejercicio. Hasta aquí el caso no es complejo, ya que nadie

[21] Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela y Cortez Da Cunha Cruz, Julia, "La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *op. cit*.

[22] Disponible en *https://summa.cejil.org/es/document/l6s6coy4xeq?page=1*

desconoce la existencia del derecho: tanto las comunidades indígenas como el mismo Estado reconocen un derecho definitivo. Sin embargo, el caso se vuelve complejo en la descripción de los hechos. La Corte IDH resalta como hecho a analizar las acciones llevadas a cabo por los "criollos",[23] quienes habitan los territorios reclamados. Los criollos realizaron distintas acciones a lo largo de los años, crías de ganado que contribuyeron a contaminar el agua, talas ilegales y el despliegue de alambrados. Los criollos no fueron "parte" en el proceso, pero en su argumentación la Corte IDH los considera terceros en situación de vulnerabilidad, al estimar que su situación particular es similar a la de los campesinos, quienes —según la Declaración sobre Campesinos de Naciones Unidas— "sufren de manera desproporcionada pobreza, hambre y malnutrición" (párr. 136).

De esta manera, la Corte IDH divide su análisis en tres puntos: *a)* el derecho de propiedad comunitaria indígena y el reconocimiento y determinación de dicho derecho; *b)* los derechos al medioambiente sano, a la alimentación, a la identidad cultural y al agua, y *c)* los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. Por último, se detiene en las reparaciones. Nos referiremos a continuación a cada uno de estos puntos.

3.1. El derecho de propiedad comunitaria indígena

La Corte IDH analizó el derecho de propiedad comunitaria indígena en diversos casos anteriores,[24] en los cuales interpretó que

[23] La Corte IDH considera "criollos" a los pobladores no indígenas (*cfr.* párr. 36) y los equipara con la población campesina —definida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales— respecto de su situación particular de vulnerabilidad (*cfr.* párr. 136).

[24] Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, entre otros. Al respecto véase Ramírez, Silvina, "Estándares mínimos para la re-

el mismo se encuentra protegido por el artículo 21 de la CADH (derecho a la propiedad privada). En el caso *Lhaka Honhat*, la Corte reitera dichos estándares, concluyendo que el Estado tiene la obligación de otorgar un título colectivo de las tierras, respetar dicho derecho, y garantizar el mismo a los fines de que terceros no interfieran en el goce de las comunidades de su propio territorio (párr. 98).

Al adentrarse a analizar la alegada violación a este derecho, la Corte reitera que lo que debe determinarse en este caso en concreto es si la conducta estatal *brindó la seguridad jurídica adecuada al derecho de propiedad comunitaria*, permitiendo el libre ejercicio y goce del derecho. Vinculado a dicha obligación, la Corte remarca que los Estados deben contar con un mecanismo efectivo que materialice los derechos territoriales de los pueblos indígenas, por lo que deben adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias, y los mecanismos deben cumplir las reglas del debido proceso legal.

Al analizar las acciones llevadas a cabo por Argentina, la Corte tiene en cuenta la situación compleja que atraviesa al caso. Para garantizar el goce efectivo del derecho a la propiedad sobre la tierra de las comunidades, derecho —insistimos— que no estaba en disputa, era necesario desplazar a las familias criollas allí instaladas, junto con sus ganados y sus unidades económicas de subsistencia. Sin embargo, la Corte determina que "no puede dejar de advertir que el derecho a la propiedad comunitaria indígena no se encuentra plenamente concretado o garantizado, pese a que han transcurrido más de 28 años desde los primeros reclamos [...]" (párr. 148). Esto es así ya que no se dotó de seguridad jurídica al reconocimiento de la propiedad territorial, por lo que las comunidades no pudieron hacer oponible ese derecho frente a terceros, en este caso, las familias criollas. Ello

gulación de la ley de propiedad comunitaria indígena", en Kosovsky, Fernando (comp.), *Propiedad comunitaria indígena,* Comodoro Rivadavia, Editorial Universitaria de la Patagonia-EDUPA, 2015, y Zimerman, Silvina, "El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas. La jurisprudencia y la doctrina argentinas a casi veinte años de la Reforma Doctrina", *Revista Derechos Humanos,* año III, núm. 5, abril de 2014.

evidencia que los medios utilizados por el Estado no fueron suficientes. Por tanto, existió una omisión por parte del Estado de concretar el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, derivando en la falta de garantía de ese derecho.

Luego, la Corte analiza si existen deficiencias en la normativa argentina que hubieren implicado una barrera adicional para el goce del derecho a la propiedad de las comunidades. Al hacer dicho análisis, enfatiza "*la insuficiencia de la normativa argentina existente en cuanto a procedimientos de reclamación de la propiedad indígena*" (párr. 162), por lo que no es apta para respetar y garantizar el derecho de propiedad protegido por la CADH.

Así, la Corte determina las violaciones del artículo 21 (derecho de propiedad) en relación con los artículos 8.1 (derecho de acceso a la justicia), 25.1 (remedios efectivos), 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) por no contar con procedimientos adecuados, por no haber garantizado estos derechos y por no haber adoptado las disposiciones necesarias en el derecho interno.[25]

3.2. Los derechos a un medioambiente sano, a una alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural

La Corte analiza la violación de estos derechos en virtud del artículo 26 de la CADH, advirtiendo que es el primer caso en el

[25] Respecto de este apartado, también vale la pena mencionar que la Corte analizó las obligaciones contenidas en el art. 23, relativas a la participación de las comunidades indígenas de las cuestiones vinculadas con sus tierras. Respecto del enripiado de la Ruta Provincial 54, que implicó la tala de árboles, la Corte consideró que, dado que se trató del mantenimiento o mejora de obras, no tenía elementos para concluir que se violó el derecho de participación. Sin embargo, respecto de la construcción del puente internacional en dicha zona, no existió un proceso de consulta previa, por lo que se violaron los arts. 21 y 23.1 en relación con el 1.1. Además, la Corte descarta una posible violación al derecho de circulación y residencia —art. 22 CADH—, entendiendo que la circulación de una persona sobre su propio territorio queda comprendida dentro del derecho de propiedad privada —art. 21 CADH—, analizado previamente.

cual analizará presuntas violaciones al derecho a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua[26] y a participar en la vida cultural.

Respecto del derecho a un medioambiente sano,[27] contemplado en la Carta de la OEA,[28] la Corte reitera que es un derecho fundamental con el cual se vinculan otros derechos humanos. Asimismo, destaca la obligación de respeto y garantía que rige para con este derecho.[29] Específicamente, menciona la obligación de prevenir con debida diligencia los daños ambientales y destaca que las problemáticas ambientales pueden afectar otros

[26] Esta cuestión fue incorporada por la propia Corte en virtud del principio *iura novit curia*. Este principio del ámbito procesal penal postula que "el tribunal llamado a juzgar no se encuentra vinculado a la calificación jurídica propuesta en la acusación, o, en otros términos, que el tribunal puede calificar estos hechos de una manera distinta". Véase Alfonso, César, "El principio de coherencia y el principio *iura novit curia* en la jurisprudencia interamericana", en Steiner, Christian (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional,* México, Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2011.

[27] Respecto de los avances del caso *Lhaka Honhat* en materia del derecho a un medioambiente sano, véase Patarroyo, Paola, "Justiciability of 'implicit' rights: Developments on the right to a healthy environment at the Inter-American Court of Human Rights", *EJIL:Talk!,* 11 de mayo de 2020, *https://www.ejiltalk.org/justiciability-of-implicit-rights-developments-on-the-right-to-a-healthy-environment-at-the-inter-american-court-of-human-rights/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2*

[28] Al respecto, se ha argumentado en otro comentario al caso que "la Corte IDH venía expandiendo el catálogo de DESCA remitiéndose directamente a las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA, tal como establece el art. 26 de la CADH. En el referido caso, la Corte establece, de forma adicional, que podrá seguir ampliando el catálogo de nuevos DESCA autónomos, deslindándolos de otros derechos creados por vía interpretativa, sin que se exija una conexión propia con normas y principios económicos y sociales explícitamente contenidos en la Carta de la OEA". *Cfr.* Cabrera, Ángel; Cerqueira, Daniel y Herencia, Salvador, "Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina", *Justicia en las Américas,* 30 de abril de 2020, *https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/*

[29] Véase apdo. 3.2.

derechos, impactando principalmente en los grupos en situación de vulnerabilidad.

En cuanto al derecho a la alimentación, la Corte entiende que protege "el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud" (párr. 126). Para determinar el contenido de dicho derecho, se remite al Comité DESCA. En este sentido, es importante destacar que es el mismo camino argumentativo que adoptó en los casos *Poblete Vilches vs. Chile* y *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, donde se remitió a dicho Comité para determinar el contenido del derecho a la salud.[30] Así, en el caso *Lhaka Honhat*, entiende que el contenido básico del derecho a la alimentación comprende la disponibilidad en cantidades y calidades suficientes, así como la accesibilidad a los alimentos de manera sostenible.

Luego, la Corte procede a analizar el derecho al agua reafirmando su carácter de derecho humano, remitiéndose nuevamente a lo pronunciado por el Comité DESC. Así, entiende que "es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico" y que comprende "'el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica', así como para algunos individuos y grupos también [...] 'recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo'" (párr. 226). Asimismo destaca el estándar del Comité referido a la necesidad de garantizar la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad de este derecho.

Finalmente, la Corte se refiere al derecho a participar de la vida cultural. Al respecto, y tras analizar la regulación y contenido en otros instrumentos, concluye que este derecho protege "la libertad de las personas [...] a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a partici-

[30] Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile..., cit.*, párrs. 120 y 121. Véase Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *op. cit*. y Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *op. cit*.

par en el desarrollo de la misma" por lo que "el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura" (párr. 240). Luego, citando al Comité DESC, refiere la obligación de garantizar su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad.

Antes de determinar las violaciones, la Corte dedica un apartado al desarrollo de la *interdependencia entre estos derechos* y su implicancia para las comunidades indígenas (párrs. 243 a 254). Específicamente, remarca que poseen una estrecha vinculación, ya que la observancia de unos influye en la observancia de los otros. Así, entiende que hay amenazas ambientales que inciden en el derecho a la alimentación, a participar en la vida cultural y al agua; que el derecho de disfrutar de la propia cultura tiene estrecha relación con modos de vida asociados al territorio y al uso de los recursos —tal como sucede con las comunidades indígenas—; y que el derecho a la alimentación puede tener, también, una dimensión cultural.

Al adentrarse en las violaciones por parte del Estado argentino en materia de DESCA tiene en cuenta que hay familias criollas viviendo en parte de los territorios reclamados, desarrollando actividad ganadera, instalando alambrados y produciendo talas ilegales, y los impactos negativos que estas actividades tuvieron en el goce de los DESCA, produciendo degradación ambiental, afectando el derecho al agua, obstaculizando el acceso a la alimentación de las comunidades e impidiendo que desarrollen aspectos de su vida cultural.

La Corte advierte que existieron cambios en la forma de vida de las comunidades, relacionados con la interferencia —por parte de los criollos—, no consentida por las comunidades, lo cual afectó el goce de los DESCA nombrados. Así, refiere que Argentina tuvo conocimiento de estas actividades, y que si bien adoptó acciones al respecto, las mismas no fueron efectivas para detener las actividades lesivas. La Corte concluye que se violó el artículo 26 (derecho a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua) en relación con la obligación de garantizar dichos derechos prevista en el artículo 1.1.

3.3. El derecho a las garantías y protección judiciales

Por último, la Corte analiza si existieron recursos judiciales efectivos que permitieran obtener respuesta a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales. Al respecto, analiza en primer lugar la acción de amparo interpuesta respecto a la construcción del puente internacional, concluyendo que no existen argumentos necesarios para determinar que el amparo implicó una violación a las garantías y protección judiciales. Ello debido a que no se presentaron argumentos vinculados a la inexistencia de otras vías judiciales o su inefectividad, por lo que no pudo concluirse que el rechazo del amparo implicara una negación de estos derechos. A la misma conclusión arriba respecto de la acción judicial ejercida contra la ley de referéndum de 2005 que había convocado a los electores/as del departamento Rivadavia (Salta) a emitir su voluntad sobre la entrega de las tierras correspondientes a los lotes 55 y 14 a los ocupantes de ese momento. Ello porque —entiende la Corte IDH— el rechazo de la acción declarativa de certeza por parte de la Corte Suprema no es prueba suficiente para probar la violación a los artículos 8 y 25 de la CADH.

Posteriormente, la Corte refiere las acciones ejercidas contra el Decreto 461/99 y la Resolución 423/99, vinculadas a la adjudicación de parcelas. Allí determina que el proceso judicial demoró alrededor de siete años. Específicamente, resalta el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había ordenado a la justicia provincial dictar una sentencia para dejar sin efecto el Decreto y su Resolución, lo que transcurrió luego de tres años, sin existir justificación respecto de dicha demora. En consecuencia, entiende que dicho plazo fue excesivo e injustificado, implicando una violación al artículo 8.1 en relación con el 1.1.

IV. Algunas cuestiones para resaltar de la sentencia. ¿Podemos estar cómodos/as?

Si bien los aportes de la sentencia son relevantes en diferentes aspectos, aquí nos interesa referirnos a dos cuestiones vinculadas

a los DESCA en general, pues consideramos que ambos aportes tienen una incidencia directa en la justiciabilidad y exigibilidad de los DESCA en la región.

4.1. Primer aporte: la afirmación de la interdependencia, autonomía e indivisibilidad de los DESCA y las reparaciones autónomas

La Corte ha afirmado en diversos casos previos la interdependencia, autonomía e indivisibilidad de los derechos humanos; ejemplo de ello es la sentencia *Lagos del Campo*, en donde la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos tuvo una importancia representativa.[31] Esta afirmación ha tenido una incidencia particular en el caso *Lhaka Honhat*, no solo en el mérito de la sentencia, sino también y de manera directa en la determinación de reparaciones.

En primer lugar, la Corte IDH destaca la interdependencia entre el derecho a un medioambiente sano —incluido en el artículo 26 de la CADH— y los demás derechos humanos (párr. 244). Esto ya había sido sostenido por la Corte IDH en la "Opinión Consultiva sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos".[32] De todas maneras, la reiteración tiene sentido, dado que es el primer caso donde aborda de manera contenciosa este derecho. La Corte también hace mención de la interdependencia entre los DESCA analizados, es decir, entre el medioambiente y el derecho al agua, a la alimentación y a la vida cultural (párr. 274), como desarrollamos previamente.

---

31 Ibáñez Rivas, Juana, "La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *op. cit.*, p. 90.

32 Corte IDH. OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, párr. 57.

En su voto particular, el juez Ferrer Mac-Gregor dedica un apartado específico para desarrollar la temática de la autonomía e interdependencia de los derechos humanos. Allí remarca que "La significación de estos conceptos, entonces, debe vedar un entendimiento que, por vía de enfatizar la conexidad entre los derechos, lleve que la exigibilidad de uno de ellos sea condición necesaria para la exigibilidad de otros" (párr. 42 del voto del juez Ferrer Mac-Gregor). Así, enfatiza que el hecho de que los DESCA se encuentren protegidos en el artículo 26 de la CADH implica que no hay motivos para hacer depender el examen de la violación de los DESCA de otro derecho de la CADH o de otros tratados sobre los cuales la Corte IDH tenga competencia (párr. 45). De esta manera, subraya que los DESCA son interdependientes (la violación de uno puede llevar a la violación o vulneración de otro/s) y a su vez autónomos (esto es, su violación no puede depender de la violación de otro).[33]

En este sentido, esta autonomía de los DESCA implicó —en el caso *Lhaka Honhat*— la determinación de reparaciones específicas y novedosas.[34] La Corte IDH ordenó al Estado argentino

[33] Al respecto, debemos hacer referencia a la posición intermedia desarrollada por el juez Ricardo C. Pérez Manrique en su voto parcialmente disidente. En dicho voto, el juez desarrolla lo que llama "la tesis de la simultaneidad", la cual implica que la Corte solo podría declarar la violación autónoma del art. 26 de la CADH respecto del derecho a la libertad sindical y a la educación (párr. 9), y que el pronunciamiento sobre los demás DESCA se debería hacer de manera conjunta a la violación a uno de los derechos reconocidos en los arts. 3 a 25 de la CADH, resaltando así la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos (párr. 10). De conformidad con esta postura, lo correcto en el caso *Lhaka Honhat* hubiera sido declarar la violación del *artículo 21 en relación con el artículo 26* y 1.1 de la Convención, ya que en este caso era improcedente e innecesario invocar la autonomía de los DESCA.

[34] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.*, párrs. 332, 333 y 339. Ferrer Mac-Gregor ya había remarcado la importancia de fijar medidas de reparación en materia de DESCA en su opinión separada del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Allí entendió que: "Este será el camino a seguir en el futuro, y aunque implique retos normativos y metodológicos, la Corte no puede quedarse de lado ante el grave problema de la desigualdad, la inequidad y la exclusión social que prevalecen en la región y en la desprotección en materia de DESCA sobre todo para los grupos más vulnerables".

reparaciones vinculadas al derecho al agua, a la alimentación y a los recursos naturales en forma autónoma, pero que a su vez implican interrelación. Entre ellas ordenó: *i)* que en el plazo de seis meses Argentina presente un estudio identificando las situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, y que formule un plan de acción determinando las acciones a realizar, las cuales deben ser aptas para hacer frente a las situaciones críticas, señalando el tiempo en que se las ejecutará; *ii)* que en el plazo de un año se elabore un estudio para preservar las aguas o eliminar su contaminación, garantizar el acceso permanente a agua potable de las comunidades indígenas, evitar la pérdida de los recursos forestales, y posibilitar el acceso a la alimentación nutricional y culturalmente adecuada a las comunidades indígenas víctimas del caso, y *iii)* que el fondo de desarrollo comunitario sea utilizado, entre otros propósitos, para desarrollar programas vinculados a la seguridad alimentaria y a la enseñanza de las tradiciones de las comunidades indígenas víctimas.

En su opinión separada, Ferrer Mac-Gregor resalta como central la determinación de dichas medidas de reparación, las cuales fueron consecuencia concreta de la determinación autónoma de las violaciones a los derechos al medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la participación en la vida cultural. Asimismo, nota que las reparaciones establecen un modo de implementación eficaz e idóneo, lo que "constituye una muestra de la posibilidad que tiene el Tribunal Interamericano para ir estableciendo reparaciones acordes con las violaciones a DESCA y conforme a las particularidades de cada caso".[35]

De esta manera, a lo largo de sus sentencias, la Corte IDH ha contribuido a la mejora de las condiciones sociales, económicas y culturales de las víctimas a través de las medidas de reparación integral.[36] Sin embargo, el impacto de dictar reparaciones vincu-

[35] Párrafo 69.

[36] Ventura Robles, Manuel E., "Impact of the Reparations ordered by the Inter-American Court of Human Rights and Contributions to the Justiciable Nature of Economic, Social and Cultural Rights", en Haeck, Yves; Burbano-Herrera, Clara y Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and practice, present and future,* Cambridge, Intersentia, 2015, p. 302.

ladas de manera directa a los DESCA es de suma importancia y cobra una dimensión mucho mayor. Ello en razón de que las mismas permitirán continuar con el avance de los DESCA en la región, aumentando el impacto del Sistema Interamericano en garantizar estos derechos, principalmente para los grupos en situación de vulnerabilidad, quienes suelen ser los grupos excluidos del goce de estos derechos.

4.2. Segundo aporte: los DESCA y las acciones de los privados. La obligación de garantía de los DESCA

Como hemos destacado, en el caso *Lhaka Honhat* la Corte analiza la obligación de garantía respecto de los DESCA.[37] Si bien en el caso *Cuscul Pivaral* la Corte ya había remarcado que el artículo 26 se encuentra sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención,[38] analizó las obligaciones de exigibilidad inmediata —garantizar el acceso sin discriminación— y de progresividad y no regresividad.[39] Si se entiende

[37] Al respecto, debemos resaltar que el Comité DESC ha desarrollado la obligación de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en distintas observaciones generales. En 2017, el Comité dictó la Observación general núm. 24, sobre "Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales", dedicando un apartado a la obligación de dar efectividad a los DESCA (párrs. 23 y 24). En dicha Observación general también remarca la obligación de proteger a los DESCA, lo que implica respecto de las actividades empresariales que los Estados deban prevenir de manera eficaz toda violación a los DESCA (párr. 14). Asimismo, en la Observación general núm. 12, sobre "El derecho a una alimentación adecuada", el Comité destaca la obligación de adoptar "medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada" (párr. 15). Algo similar determinó respecto del derecho a la salud en la Observación general núm. 14, sobre "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Allí, remarcó que la obligación de proteger "requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12 —derecho a la salud—" (párr. 33).

[38] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala..., cit*., párr. 85.

[39] *Ibidem,* párr. 98.

que dicho caso representó un "punto de maduración" respecto de la línea jurisprudencial que aborda la necesidad de que los Estados cumplan con sus obligaciones de respeto y garantía de los DESCA,[40] el caso *Lhaka Honhat* viene a consolidar dichos avances.

En este caso, la Corte IDH remarca de manera explícita que existe una obligación de garantía respecto de los DESCA que implica prevenir violaciones para evitar que terceros vulneren este derecho, así como "la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas".[41] Subrayar esta obligación de garantía respecto de los DESCA fue un elemento clave para determinar la responsabilidad del Estado, ya que lo que la Corte determinó fue, justamente, la falta de medidas eficaces por parte de Argentina para impedir que los criollos interfirieran en el disfrute de los DESCA por parte de las comunidades indígenas.[42]

Esto implica, indudablemente, un avance concreto para los DESCA en el contexto latinoamericano. Ello debido a que la Corte IDH no solo afirma su justiciabilidad, así como las obligaciones de progresividad, no regresividad y no discriminación en el acceso —obligaciones similares a las que surgen del PIDESC—, sino que también afirma y desarrolla la obligación de garantía respecto de los DESCA. Los Estados no solo deben adoptar políticas para dar debido cumplimiento a tales derechos, sino también garantizar su no vulneración por parte de terceros. Esto puede tener un impacto muy grande en la región en lo que se refiere al derecho a la salud, a la educación y a la vivienda, donde muchas veces los particulares tienen un rol central en su gestión.

---

40 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *op. cit*.

41 Corte IDH. *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párr. 207.

42 *Ibidem,* párrs. 287-289.

V. Reflexiones finales

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat* significa, sin lugar a dudas, un avance respecto de los derechos de las comunidades indígenas en Argentina; pero además tiene un impacto concreto en toda la región, debido a que constituye un paso más en el avance de la justiciabilidad directa de los DESCA: se determina por primera vez la violación de los derechos al medioambiente sano, alimentación, agua e identidad cultural, todos ellos protegidos por el artículo 26 de la CADH; se afirma la interdependencia, autonomía e indivisibilidad, y se ordenan reparaciones acordes para hacer frente a las violaciones de los DESCA; además, se enfatiza y desarrolla la obligación de tomar medidas positivas para garantizar los DESCA frente a las acciones de terceros, lo que puede tener un impacto incalculable en la región.

Este avance es clave en la situación actual de pandemia (COVID-19), que se enmarca en un contexto estructural previo de fuertes desigualdades en la región, evidenciando y profundizando la importancia de la plena vigencia de los DESCA, principalmente respecto de los grupos vulnerados. Esta coyuntura puso en evidencia la importancia de contar con un derecho a la salud autónomo y claro en cuanto a su contenido, y la necesidad de que dicho derecho sea justiciable e implique obligaciones claras para exigirle acciones a los Estados. El caso *Lhaka Honhat* viene a reforzar y clarificar esas obligaciones (de respeto y garantía), aunque es cierto que la Corte deberá continuar avanzando, por ejemplo, en definir más específicamente cuáles son las obligaciones de contenido mínimo de los DESCA.[43]

En definitiva, el caso *Lhaka Honhat* es un hito en el largo camino de la justiciabilidad directa de los DESCA en el Sistema Interamericano, pero sobre todo en el contexto actual de pandemia, en el cual es necesario contar con políticas públicas que den cuenta de la indivisibilidad y autonomía de los DESCA y por medio de las cuales los Estados cumplan con sus obligaciones de respeto y garantía. El caso analizado brinda las herramientas para asegurar que también ante situaciones de crisis los Estados cumplan con sus obligaciones en materia de DESCA.

[43] Rossi, Julieta, *op. cit.*, p. 231.

Bibliografía

Aldao, Martín y Clérico, Laura, "El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso *Poblete Vilches* y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Alfonso, César, "El principio de coherencia y el principio *iura novit curia* en la jurisprudencia interamericana", en Steiner, Christian (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y derecho penal internacional,* México, KAS, 2011.

Cabrera, Ángel; Cerqueira, Daniel y Herencia, Salvador, "Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*", *Justicia en las Américas,* 30 de abril de 2020, *https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/*

Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Courtis, Christian, "Comentario al artículo 26", en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* 2a. ed., Querétaro, IECEQ-KAS, 2019.

Courtis, Christian, "Prólogo", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad", en Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Lau-

ra y Ronconi, Liliana (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

Góngora Maas, Juan J., "Aportes del caso *Gonzales Lluy:* sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en Capdevielle, Pauline *et al.* (coords.), *Bioética y decisiones judiciales,* México, IIJ-UNAM, 2018.

Ibáñez Rivas, Juana, "La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana", en Morales Antoniazzi, Mariela; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Morales Antoniazzi, Mariela; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

Nash Rojas, Claudio, "Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales", *Estudios Constitucionales,* año IX, núm. 1, 2011.

Patarroyo, Paola, "Justiciability of 'implicit' rights: Developments on the right to a healthy environment at the Inter-American Court of Human Rights", *EJIL:Talk!,* 11 de mayo de 2020, *https://www.ejiltalk.org/justiciability-of-implicit-rights-developments-on-the-right-to-a-healthy-environment-at-the-inter-american-court-of-human-rights/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejiltalk-newsletter-post-title_2*

Piovesan, Flávia; Morales Antoniazzi, Mariela y Cortez Da Cunha Cruz, Julia, "La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Morales Antoniazzi, Mariela; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

Ramírez, Silvina, "Estándares mínimos para la regulación de la ley de propiedad comunitaria indígena", en Kosovsky, Fernando (comp.), *Propiedad comunitaria indígena,* Comodoro Rivadavia, Editorial Universitaria de la Patagonia-EDUPA, 2015.

Ramírez, Silvina, "*Lhaka Honhat vs. Argentina* - Comentario sobre la primera sentencia de la Corte Interamericana que protege derechos indígenas", *Diálogo Derechos Humanos,* 17 de abril de 2020, *https://dialogoderechoshumanos.com/blog/634-comentario-sobre-la-primera-sentencia-de-la-corte-interamericana-que-protege-derechos-indigenas*

Ronconi, Liliana, "Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos,* núm. 12, 2016.

Ronconi, Liliana, "Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron ¿para quedarse?", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Rossi, Julieta, "Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de 'Lagos del Campo' a 'Asociación Lhaka Honhat'", *Revista Pensar en Derecho,* Departamento de Publicaciones-Facultad de Derecho-UBA, 2020, *http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/16/punto-de-inflexion-en-la-jurisprudencia-de-la-cidh-sobre-desca.pdf*

Rossi, Julieta y Filippini, Leonardo, "El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* 2008, *http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf*

Ventura Robles, Manuel E., "Impact of the Reparations ordered by the Inter-American Court of Human Rights and Contributions to the Justiciable Nature of Economic, Social and Cultural Rights", en Haeck, Yves; Burbano-Herrera, Clara y Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and practice, present and future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

Zimerman, Silvina, "El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas. La jurisprudencia y la doctrina argentinas a casi veinte años de la Reforma Doctrina", *Revista Derechos Humanos,* año III, núm. 5, abril de 2014.

El caso *Lhaka Honhat:* la extensión de la justiciabilidad directa de los DESCA y la esperanza incumplida de la concreción del derecho a un medioambiente sano*

*Eleanor Benz***
*Verena Kahl****

I. Introducción

En tiempos del cambio climático avanzando y de la creciente degradación del medioambiente, ya se puede observar que los tribunales y los comités de tratados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se enfrentan cada vez más con casos relativos a la conexión entre los derechos humanos y la protección del medioambiente.[1] Aunque el derecho humano a un medioam-

---

* Este texto se publicó por primera vez en alemán con el título "Das Urteil im Fall Lhaka Honhat: Die Ausweitung der direkten Justiziabilität von DESCA und die unerfüllte Hoffnung der Konkretisierung des Rechts auf eine gesunde Umwelt", *2 Archiv des Völkerrechts*, 2021, pp. 199-226.

** Asistente académica en la Universidad de Potsdam; escribe su PhD sobre la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*** Asistente académica en la Universidad de Hamburgo. Ha trabajado como abogada *junior* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2015 a 2018.

1 Véase Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés), *Norma Portillo Cáceres et al. vs. Paraguay*. Dictamen núm. 2751/2016, decisión de 25 de julio de 2019, UN/DOC CCPR/C/126/D/2751/2016; CCPR, *Ioane Teitiota vs. New Zealand*. Dictamen núm. 2728/2016, decisión de 24

biente sano no se menciona explícitamente en los catálogos de derechos fundamentales y textos de derechos humanos más antiguos, desde hace muchos años es cada vez más explícitamente reconocido en las constituciones más recientes y en los documentos jurídicos internacionales.[2] En 2018, el relator especial

de octubre de 2019, UN/DOC CCPR/C/127/D/2728/2016; Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés), *Chiara Sacchi et al. vs. Argentina*, dictamen de 23 de septiembre 2019, *https://childrenvsclimatecrisis.org/wp-content/uploads/2019/09/2019.09.23-CRC-communication-Sacchi-et-al-v.-Argentina-et-al.pdf*; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigeria*, 155/96, decisión de 27 de octubre de 2001; Corte Suprema de Justicia de Colombia, *Andrea Lozano Barragán et al. vs. la Presidencia de la República et al.*, STC4360-2018, sentencia de 5 de abril de 2018, *https://www.escr-net.org/sites/default/files/caselaw/fallo-corte-suprema-de-justicia-litigio-cambio-climatico.pdf*; Tribunal Constitucional de Alemania. Decisión del Primer Senado de 24 de marzo de 2021, 1BvR 2656/18, párrs. 1-270, disponible solo en alemán, *http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html*. Hay comunicados de prensa en inglés y francés, *https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-032.html;jsessionid=9B5EF794DDA55DA2CEA5EA8D9F803468.1_cid386*; Corte Suprema de los Paises Bajos. *The State of the Netherlands vs. Urgenda Foundation*, núm. 19/00135, *https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf*; District Court for the Distrcit of Oregon. *Kelsey Cascada Rose Juliana et al. vs. United States of America*. Caso núm 6:15-cv-01517-TC, *https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/5824e85e6a49638292ddd1c9/1478813795912/Order+MTD.Aiken.pdf*. Para más información véase Pedersen, Ole W., "The European Convention on Human Rights and Climate Change. Finally!", *EJIL:Talk!*, 22 de septiembre de 2020; Duffy, Helen y Maxwell, Lucy, "People v. Arctic Oil before Supreme Court of Norway. What's at stake for human rights protection in the climate crisis?", *EJIL:Talk!*, 13 de noviembre de 2020.

[2] Véase Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de junio de 1981, que entró en vigor el 21 de octubre de 1986, 1520 UNTS 217, art. 24; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado el 17 de noviembre de 1988, vigente desde el 16 de noviembre de 1999, 28 ILM 161, art. 11; Carta Árabe de Derechos Humanos, adoptada el 22 mayo de 2004, vigente a partir del 15 de marzo de 2008, 12 IHRR 893 (2005), art. 38; Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente,

de la ONU sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente declaró que las Naciones Unidas también deberían reconocer explícitamente este derecho humano.[3]

En este contexto, la sentencia de 6 de febrero de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Lhaka Honhat* es de especial interés.[4] En el fondo, el caso no trataba de los típicos temas medioambientales o del cambio climático, sino de los derechos a la tierra de las comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte utilizó el reclamo de las 132 comunidades indígenas de la Asociación Lhaka Honhat para establecer, por primera vez en un caso contencioso, la violación del derecho a un medioambiente sano, siguiendo su jurisprudencia establecida en la opinión consultiva (OC) 23/2017.[5]

---

adoptado el 25 de junio de 1998, en vigor desde el 21 de octubre de 2001, 2161 UNTS 447, art. 1; Constitución del Reino de Noruega, art. 112; Constitución de la República de Sudáfrica, art. 24; Constitución de la República del Ecuador, art. 14. Para más información véase Asamblea General de la ONU, Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, 19 de julio de 2018, UN/DOC A/73/188, párr. 28 y ss. Véase también Boyd, David R., "Catalyst for change: evaluating fourty years of experience in implementing the right to a healthy environment", en Knox, John H. y Pejan, Ramin (eds.), *The human right to a healthy environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; Boyd, David R., *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, UBCPress, 2012; May, James R. y Daly, Erin, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

3 Asamblea General de la ONU, Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment..., *cit*., párr. 37. Véase también Asamblea General de la ONU, Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, 15 de julio de 2019, UN/DOC A/74/161.

4 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C, núm. 400.

5 Corte IDH. OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación

Además de la violación del derecho a un medioambiente sano, la Corte determinó la violación de varios otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) sobre la base del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ampliando así su jurisprudencia sobre la justiciabilidad directa de estos derechos, iniciada en el caso *Lagos del Campo*, de una manera hasta ahora desconocida.[6]

La primera constatación de una infracción autónoma de diferentes DESCA únicamente sobre la base del artículo 26 de la CADH en el caso *Lhaka Honhat* demuestra el gran alcance de las consecuencias del cambio en la jurisprudencia de la Corte IDH, desde su decisión en el caso *Lagos del Campo*.

En *Lagos del Campo*, la Corte estableció por primera vez una violación autónoma del artículo 26 de la CADH en relación con el derecho a la estabilidad laboral, abriendo así el camino a la justiciabilidad directa de los DESCA, sobre la base de ese mismo artículo de la Convención. Desde entonces, la Corte no solo ha confirmado su posición respecto del derecho a la estabilidad laboral,[7] sino que también lo ha ampliado en varios casos respecto del derecho a la salud, basándose también en el artículo 26 de la CADH.[8]

En este contexto, la decisión en el caso *Lhaka Honhat* no es del todo sorprendente, sino más bien debe considerarse como una continuación del camino emprendido. Sin embargo, es una

y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

6 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

7 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344, párr. 193.

8 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párrs. 100-156; *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 75-148.

decisión histórica, ya que ejemplifica el posible alcance de la posición de la Corte con respecto al artículo 26 referido.

En las sentencias que siguieron a *Lagos del Campo*, la Corte únicamente examinó la posible violación del artículo 26 de la CADH en relación con un solo DESCA. En cambio, *Lhaka Honhat* brindó la oportunidad de examinar por primera vez la violación de varios DESCA, basándose únicamente en tal artículo. En resumen, en dicho caso, la Corte declaró, sobre la base del artículo 26 de la CADH, en relación con el artículo 1 de la misma Convención, la violación de los derechos a participar en la vida cultural, a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a una alimentación adecuada y al agua. De esta manera, el artículo 26 de la CADH parece albergar una multitud de muy diferentes derechos, sin que se sepa qué derechos más reconocerá la Corte a la luz del artículo 26 en casos futuros, y cuál será su contenido exacto.[9]

Aunque este desarrollo progresivo de la justiciabilidad directa de varios DESCA ha sido ampliamente aceptado por jueces y académicos,[10] también hay ecos críticos desde el seno de la

---

9 En este contexto, Abramovich y Rossi han hablado del art. 26 de la CADH como una varita mágica: Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, año/vol. 9 (núm. especial), 2007, p. 37.

10 Véase, entre otros, Parra Vera, Oscar, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 181-234; Calderón Gamboa, Jorge, "La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la *sentencia Lagos del Campo*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *op. cit.*, pp. 333-379; Cabrera, Ángel; Cerqueira, Daniel y Herencia, Salvador, "Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina", *Justicia en las Américas*, 30 de abril de 2020, *https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/*; Downsend, Tina y Ti-

propia Corte[11] que no pueden ser ignorados. El juez Sierra Porto expresa claramente su preocupación por la manera en la cual la Corte ha reiterado y ampliado el criterio jurisprudencial desarrollado en el fallo de *Lagos del Campo*: "La decisión que ha emitido la Corte IDH en el presente caso [Lhaka Honhat], demuestra que el temor que en su momento sentí [se refiere a su voto parcialmente disidente en el caso *Lagos del Campo*] se ha materializado y lo que es peor, pareciera no tener límite".[12]

El objetivo de la presente contribución es, por tanto, examinar críticamente ciertas novedades jurisprudenciales que han quedado en evidencia en *Lhaka Honhat*. En particular, este trabajo se centra en el camino emprendido desde *Lagos del Campo* hacia la justiciabilidad directa de los DESCA y el examen judicial del derecho a un medioambiente sano. En primer lugar, la contribución analiza la derivación de dos DESCA examinados por la Corte sobre la base del artículo 26. Así, plantea una vez más la cuestión de la base normativa jurisdiccional de la Corte para la justiciabilidad directa de los DESCA e identifica otros efectos secundarios cuestionables del cambio de jurisprudencia con respecto al artículo 26 de la CADH (II). A continuación, el

gre, Maria Antonia, "Lhaka Honhat Association vs. Argentina: the human right to environment in the Inter-American Court", *The Global Network for Human Rights and the Environment*, 10 de abril de 2020, *https://gnhre.org/2020/04/10/lhaka-honhat-association-vs-argentina-the-human-right-to-environment-in-the-inter-american-court/*; Dominguez, Lara, "The Inter-American Court of Human Rights Issues Landmark Judgment in Indigenous Rights Case", *Minority Rights Group International*, 16 de abril de 2020, *https://minorityrights.org/2020/04/16/nuestra-tierra-v-argentina/*; ya en 2006, argumentando por la justiciabilidad directa de derechos económicos, sociales y culturales bajo el art. 26: Melish, Tala, "Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social, and Cultural Rights in the Americas", *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006, p. 220.

11 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto y voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi.

12 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 5.

análisis se dedica al examen del derecho a un medioambiente sano y analiza en qué medida este derecho ganó contornos más fijos a los esbozados por primera vez en la OC-23/17. El análisis también se ocupa en particular de la cuestión de si los hechos del caso eran en absoluto adecuados para llevar a cabo tal concreción y qué valor añadido general tiene un examen autónomo de los DESCA (III). Por último, se ofrecerá una valoración sobre el significado de la sentencia y una reflexión sobre el desarrollo futuro de la jurisprudencia en relación con el artículo 26 de la CADH (IV). La crítica expresada en este capítulo respecto a la labor metodológica de la Corte no pretende fortalecer a quienes reclaman una mayor moderación por parte de la Corte en general o que incluso pretenden debilitar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).[13] Más bien, se debe a la preocupación de que la nueva jurisprudencia en torno al artículo 26 de la CADH provoque a la larga más resistencia, y que la aceptación de las sentencias de la Corte disminuya aún más, cuando lo que se pretende es que la nueva jurisprudencia contribuya realmente a una protección más eficaz de los derechos humanos.[14]

---

13 Véase, por ejemplo, la declaración de los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, en la cual demandaron una aplicación más estricta de las fuentes del derecho internacional de derechos humanos: Declaración sobre el sistema interamericano de derechos humanos, publicada el 11 de abril de 2019, dirigida al secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos?fbclid=IwAR24ZiaqFhGvQniznEnL3SX2MMu71itqud8-p2CBo98cnMNleC_6OdHg&ccm_paging_p=164*

14 Véase también el trabajo de Juana María Ibáñez Rivas, que hace énfasis en una buena justificación del nuevo enfoque jurisprudencial, ya que la legitimidad de la Corte frente a los estados es decisiva, particularmente para la efectividad del "control de convencionalidad": Ibáñez Rivas, Juana María, "La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana", en Morales Antoniazzi, Mariela; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH,* Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020, pp. 67 y 92.

II. Derivación de la base jurisdiccional

Al igual que en el caso *Lagos del Campo*, la Corte se basó en el artículo 26 de la CADH para deducir la justiciabilidad directa de los derechos mencionados. Sin embargo, el significado e interpretación de este artículo han sido objeto de discusión durante mucho tiempo.[15] En la decisión *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* se puso de manifiesto que la Corte estaba, en contraste con su práctica anterior, dispuesta a considerar la disposición como una base jurisdiccional independiente. No obstante, en ese momento fue más reservada y derivó del artículo 26 de la CADH solo la obligación de adoptar medidas progresivas, y no la existencia de obligaciones directamente exigibles.[16] Si bien varios jueces se

[15] Véanse, por todos, Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay; *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 mayo de 2013. Serie C, núm. 261. Voto razonado del juez Alberto Pérez Pérez; *ibidem*, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 57-72; *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296. Voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez, y voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298. Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto; voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez, y voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 18-23; *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y voto razonado del juez Roberto F. Caldas.

[16] Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009, párrs. 92-107. La importancia de la sentencia es discutida. Los defensores de la justiciabilidad directa de los DESCA sobre la base del art. 26 de la CADH se refieren a este caso como el primer paso importante hacia su pretendido cambio de la posición de la Corte. El juez Humberto Sierra Porto, por otra parte, señala que no solo no se había establecido ninguna violación del art. 26 en el caso, sino que solo se trataba de la cuestión del desarrollo progresivo y de un deber de no regresividad, pero que aún no se hablaba de una aplicabilidad directa de DESCA especí-

habían expresado repetidamente en votos individuales a favor de la justiciabilidad directa de los DESCA con base en el artículo 26 en el pasado,[17] en el caso *Lagos del Campo* se encontró, por primera vez, una mayoría de jueces dispuesta a declararla.

Al igual que las sentencias que siguieron a *Lagos del Campo*, en el caso *Lhaka Honhat* la Corte argumentó que los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH estaban garantizados por la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y que su alcance de protección debía determinarse a la luz de otras normas jurídicas internacionales.[18]

Esta interpretación, que en última instancia incorpora todo un catálogo de derechos humanos al artículo 26 de la CADH, parece cuestionable, al menos desde un punto de vista dogmático, incluso antes de la decisión en el caso *Lhaka Honhat*.[19] Sin embargo, el uso de dicho artículo en decisiones anteriores para derivar progresivamente la justiciabilidad directa de los DESCA era comprensible, en el sentido de que la Carta de la OEA (a la que se refiere el art. 26 CADH) contiene, al menos, referencias al derecho a la estabilidad laboral y a la salud.[20] Como muestra el análisis que se ofrece a continuación, faltan tales referencias, al menos en lo que respecta a los derechos a un medioambiente sano y al agua, cuya violación constató la Corte en *Lhaka Honhat*.

---

ficos. *Cfr*. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*..., *cit*. Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 10.

17 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*..., *cit*. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay; *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*..., *cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 57-72; *Caso Canales Huapaya y otros vs..., cit*. Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*..., *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 18-23; *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*..., *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor y voto razonado del juez Roberto F. Caldas.

18 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*..., *cit*., párrs. 195-198.

19 En cuanto a los problemas y las críticas de esta interpretación véase la sección 2.3., *infra*.

20 En cuanto al derecho al trabajo estable, la Corte se refirió a los arts. 45 b, c; 46, 34 g de la Carta de la OEA; en cuanto al derecho a la salud, la Corte citó los arts. 34 i, 34 l y 45 h del mismo instrumento.

2.1. La derivación de la base jurisdiccional del derecho a un medioambiente sano

La historia de la derivación del derecho a un medioambiente sano a partir del artículo 26 comenzó con la OC-23/2017, porque allí ya era evidente el cambio de dirección en cuanto a la justiciabilidad de este derecho. Un párrafo corto, pero de gran alcance en sus efectos, desempeñó el papel principal. El párrafo 57 de la opinión no llama la atención por la forma incidental y su posición discreta. Casi se podría haber pasado por alto, si no hubiera sido por el cambio radical de postura de los jueces en *Lagos del Campo*. Este párrafo permitió, nada más y nada menos, la incorporación del derecho a un medioambiente sano en los DESCA a que se refiere el artículo 26 de la CADH y, por tanto, aseguró el establecimiento de la justiciabilidad directa de ese derecho. El uso del artículo 26 para establecer esa justiciabilidad directa parece cuestionable por el solo hecho de que el derecho a un medioambiente sano fue consagrado explícitamente por los Estados miembros en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, que, de conformidad con el artículo 19.6, no está sujeto a la jurisdicción de la Corte. Pero más allá de eso, una comparación con el caso *Lagos del Campo* muestra hasta dónde se aventuró la Corte en su opinión consultiva respecto de la derivación de la base jurisdiccional. Si la referencia al artículo 26 de la CADH en el caso *Lagos del Campo* era comprensible, al menos en la medida en que la Carta de la OEA, a la que se refiere el artículo 26, contenía referencias a derechos laborales, esto no tiene ningún fundamento en cuanto al derecho a un medioambiente sano cuando se hace una inspección más detallada.

Esto se debe, por un lado, al texto o a la manera en la cual fue redactado el artículo 26 de la CADH. Aunque este se refiere a "las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura", no hay rastro alguno de "derechos ambientales". Si bien los derechos económicos, sociales y culturales ya eran parte del discurso de los derechos humanos en el momento de la elaboración de la Convención y también se discutió su inclusión explí-

cita en la Convención,[21] esto no era el caso de los derechos ambientales. Es decir, incluso si se considerara deseable reafirmar la nueva jurisprudencia de la Corte con respecto al artículo 26 de la CADH, el esfuerzo necesario para justificar la inclusión de los derechos ambientales en tal precepto es aún mayor que el que ya es necesario para la justificación de la inclusión de los conocidos derechos económicos, sociales y culturales.

Asimismo, siguiendo la línea de razonamiento de la Corte, la Carta de la OEA, la cual se utiliza para interpretar el artículo 26 de la CADH, ofrece escasos puntos de referencia respecto del derecho a un medioambiente sano. La Corte invoca los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta, ya que considera que el derecho a un medioambiente sano está cubierto por la obligación de los Estados de lograr el desarrollo integral. Pero, al examinar más de cerca estos artículos, ninguno de ellos se refiere al objetivo de preservar un medioambiente sano. En cambio, el artículo 30 de la Carta de la OEA define el "desarrollo integral" de la siguiente manera: "El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo". Aquí falta por completo una referencia a los aspectos ecológicos.

Los demás objetivos (como los contenidos en el art. 34 d): "Modernización de la vida rural", "mayor productividad agrícola", "expansión del uso de la tierra", "diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas", o en el art. 34 e): "industrialización acelerada y diversificada") se leen más como la expresión de la creencia en el crecimiento y el progreso de las sociedades industriales occidentales. Por muy importante y digno de protección que sea el derecho de los pueblos indígenas a preservar sus bases naturales de vida, parece difícil derivar este derecho de los obje-

[21] Véase, por ejemplo, art. 58 del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, el capítulo II (arts. 23-38) del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno de Chile, y el capítulo II (arts. 23-36) del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno del Uruguay, todos contenidos en el Anuario Interamericano de Derechos Humanos de 1968.

tivos de la Carta que abogan por un mayor crecimiento y una agricultura más intensiva.

El único posible punto de referencia que hace la Carta de la OEA es el concepto de desarrollo integral, el cual funciona como acápite de los objetivos mencionados, cuya definición ya se mencionaba en la OC-23/17, pero solo en una nota a pie de página.[22] El desarrollo integral es definido por la Secretaría de la OEA como "el nombre general dado a una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible en los países en desarrollo y subdesarrollados".[23] Esta definición se refiere al principio del desarrollo sostenible y, por tanto, también a sus tres pilares, que incluyen un componente ecológico, además de los componentes económicos y sociales. Sin embargo, parece aventurado derivar de un solo componente del desarrollo sostenible —el cual, a su vez, únicamente se menciona en la definición del concepto de desarrollo integral de la Carta de la OEA— el reconocimiento de un derecho humano a un medioambiente sano.

Considerar el derecho a un medioambiente sano protegido por el artículo 26 de la CADH como un derecho subjetivo de aplicación autónoma sobre la base de esta argumentación rebuscada es, de hecho, difícil de conciliar con los principios de interpretación del derecho internacional definidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ello porque, aunque estamos de acuerdo con la opinión de la Corte en el sentido de que los tratados de derechos humanos deben interpretarse de manera dinámica y contemporánea y de conformidad con el principio *pro homine*, no se debe olvidar que la propia Corte subrayó en una de sus primeras opiniones consultivas que el método de interpretación consagrado en la Convención de Viena "se acoge al principio de la *primacía del texto*, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación"[24] (cursivas añadidas).

---

22 *Cfr.* Corte IDH. OC-23/17..., *cit.*, párr. 57, n. 85.

23 OEA, Tema desarrollo integral, *http://www.oas.org/es/temas/desarrollo_integral.asp*

24 Corte IDH. OC-3/83. Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párr. 50.

2.2. La derivación de la base jurisdiccional del derecho al agua

Casi más vaga que la derivación de la competencia jurisdiccional del derecho a un medioambiente sano es la del derecho al agua. Cabe mencionar que los demandantes ni siquiera habían alegado la violación de este derecho. El recurso de la Corte al principio de *iura novit curia* para determinar las violaciones de la Convención es, en principio, inobjetable. Sin embargo, la invocación de este principio se vuelve cuestionable, al menos cuando la Corte constata una violación de derechos que, aunque estén reconocidos por el derecho internacional, no están explícitamente contenidos en la Convención o implícitamente en la Carta de la OEA, y para el examen de los cuales, por tanto, no tiene competencia.

Si bien la Corte había considerado en casos anteriores que el derecho al agua potable estaba cubierto por el derecho a una vida digna, en el sentido del artículo 4.1 de la Convención,[25] ahora también lo está examinando de manera autónoma, sobre la base del artículo 26 de la CADH. La Corte justifica su competencia para hacer eso basándose únicamente en que el derecho al agua se deriva de otros derechos, como a un medioambiente sano y a la alimentación, cuya violación había examinado anteriormente.[26] Además, señala que en casos anteriores también ha derivado derechos de otros ya consagrados en la CADH. Por ejemplo, señala que en *Gelman vs. Uruguay* derivó el derecho a la verdad de los artículos 1.1, 8.1, 25 y 13 de la CADH.[27] Sin embargo, hay una diferencia sustancial entre que la Corte derive un derecho —como el derecho a conocer la verdad sobre el paradero de los familiares desaparecidos forzadamente— de una sinopsis de varios derechos explícitamente garantizados en la CADH, o que derive la existencia autónoma y la competencia asociada para examinar nuevos derechos a partir de otros que, en sí mismos,

[25] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrs. 175 y 176.

[26] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.,* párr. 222.

[27] *Ibidem*, párr. 218.

no están claramente contenidos en la Convención, y cuya propia derivación parece, en parte, cuestionable desde el punto de vista de la dogmática jurídica.

Si la Corte ya supone que los derechos a un medioambiente sano y a la alimentación incluyen también el derecho al agua, se plantea la cuestión de por qué no abordó e incluyó este último como un aspecto al examinar el alcance de la protección de, precisamente, esos derechos. En lugar de ello, realiza un examen independiente de este aspecto también, derivando así del artículo 26 otro derecho que no está indicado como un derecho autónomo ni en ese documento ni en la Carta de la OEA.

El juez Sierra Porto señaló acertadamente que el examen de muchos derechos "autónomos" individuales no conduce automáticamente a una protección más eficaz de los derechos humanos que si estos se hubieran establecido y definido indirectamente —como antes de *Lagos del Campo*— en conjunción con otros derechos indiscutiblemente consagrados en la Convención.[28] Así pues, la Corte no se hubiera expuesto tanto si hubiera interpretado el deber estatal de garantizar el acceso suficiente al agua potable en el ámbito de la protección del derecho a la vida (art. 4 CADH), en lugar de afirmar, sin un vínculo textual explícito, que la Convención también contiene un derecho autónomo al agua.

Sin embargo, si la Corte buscaba establecer de forma autónoma el derecho al agua, habría sido más convincente argumentar más fuertemente con la Carta Social de las Américas, ya que su artículo 20 reconoce explícitamente la importancia del agua.[29]

---

28 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 22.

29 El art. 20 de la Carta Social de las Américas señala: "Los Estados Miembros reconocen que el agua es fundamental para la vida y básica para el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad ambiental y que el acceso no discriminatorio de la población al agua potable y a los servicios de saneamiento, en el marco de las legislaciones y políticas nacionales, contribuye al objetivo de combatir la pobreza. / Los Estados Miembros, con base en sus realidades nacionales, se comprometen a continuar trabajando para garantizar el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento para las presentes y futuras generaciones". Véanse OEA, Asamblea General, Carta Social de las Américas, aprobada el 4 de junio de 2012, OEA/Ser.P, AG/doc.5242/12 rev. 2.

Es cierto que la Carta Social es también solo una resolución no vinculante de la Asamblea General de la OEA; sin embargo, habría sido más fácil entender la utilización de la Carta Social como expresión de una interpretación contemporánea de la Carta de la OEA para derivar el derecho al agua que su derivación a partir de los derechos a un medioambiente sano y a la alimentación, los cuales están igualmente poco definidos en la Carta y en la Convención. El hecho de que la sentencia únicamente haga referencia a la Carta Social en un párrafo, en el cual además se nombran muchos otros instrumentos jurídicos regionales e internacionales (en gran medida no vinculantes), muestra, una vez más, el uso arbitrario de las fuentes del derecho internacional por parte de la Corte. La misma no suele hacer mayor distinción entre instrumentos vinculantes y no vinculantes, aquellos que forman parte del SIDH o de otro sistema de derechos humanos, e incluso, a veces, independientemente de si el Estado acusado se haya sometido o no a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana, establecida en la Convención o en otro tratado.[30]

2.3. Dudas persistentes sobre el nuevo enfoque jurisdiccional con respecto al artículo 26 CADH

Que la Corte haya asumido la competencia para examinar los derechos a un medioambiente sano y al agua muestra hasta dónde está dispuesta a llegar en términos de interpretación, para lograr la justiciabilidad directa de los DESCA. Las vagas alusiones en los objetivos de la Carta de la OEA son suficientes para que la Corte considere no solo los derechos económicos, sociales o culturales tradicionales, sino también los ambientales, como parte del artículo 26 de la CADH, calificándose, de este modo, competente para examinar estos derechos de forma aislada sobre una base textual más precisa, y determinar la responsabilidad de un Estado por la violación de estos derechos.

[30] *Cfr*. También la crítica del juez Humberto Antonio Sierra Porto en los párrs. 22 y 23 de su voto parcialmente disidente en el *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*..., *cit*.

Las objeciones y preocupaciones fundamentales que se han planteado repetidamente, antes y después de *Lagos del Campo,*[31] sobre el cambio en la jurisprudencia con respecto al artículo 26 de la CADH, siguen existiendo y hasta se están agravando, en vista del posible alcance del nuevo criterio de la Corte en *Lhaka Honhat*.

Es particularmente preocupante el hecho de que la Corte parece colocar el principio *pro homine* por encima de todos los demás métodos de interpretación, aparentemente sin tener en cuenta el principio de consenso en el derecho internacional (2.3.1), y que el nuevo enfoque, eventualmente, atenta en contra de la seguridad jurídica (2.3.2). Por último, la nueva interpretación del artículo 26 también tiene el efecto de difuminar aún más la distinción entre la competencia consultiva de la Corte, por una parte, y su competencia contenciosa, por la otra (2.3.3).

2.3.1. Incumplimiento del principio de consenso en el derecho internacional

El incumplimiento del principio de consenso queda ejemplificado una vez más por la forma en que se maneja el Protocolo de San Salvador. En lo que respecta al derecho a un medioambiente sano, la Corte declaró que Argentina había ratificado el Protocolo

[31] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*..., *cit*. Voto razonado del juez Alberto Pérez Pérez; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*..., *cit*. Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto y voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*..., *cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párrs. 11ff; *Caso Lagos del Campo vs. Perú*..., *cit*. Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi. Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R., "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, junio de 2013, pp. 159-186; Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily J., "Less as More: Rethinking Supernational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", *Hastings Law Journal*, vol. 56, 2004, pp. 267 y ss.; Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily J., "Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter-American Litigation and Social Change", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, 2006, p. 365.

de San Salvador, cuyo artículo 11 lo establece. Sin embargo, la Corte vuelve a eludir el problema fundamental de que ese mismo Protocolo Adicional, de conformidad con el artículo 19.6, limita la competencia de la Corte para examinar las denuncias individuales a las violaciones de los artículos 8 (derechos sindicales) y 13 (derecho a la educación). De esta manera, la Corte ignora el hecho de que la ratificación del Protocolo Adicional por parte de Argentina no significa que haya aceptado la jurisdicción de la Corte para considerar las violaciones del derecho a un medioambiente sano en el contexto de las denuncias individuales.

Hasta la fecha, la Corte ha realizado una interpretación sistemática más detallada solo en el caso *Cuscul Pivaral*, en el cual trató de superar el problema de la limitación de la jurisdicción en virtud del Protocolo de San Salvador, argumentando que el Protocolo Adicional, como tal, no puede limitar la Convención y, por tanto, la jurisdicción de la Corte para examinar una violación de los derechos contenidos en él.[32]

La conclusión de la Corte en el sentido que el Protocolo de San Salvador no puede restringir la Convención debe aceptarse en principio. Pero la adopción del Protocolo Adicional simplemente revela que los Estados asumieron que los derechos contenidos en el Protocolo todavía no estaban consagrados en la Convención, al menos no en forma autónoma y directamente justiciable. De otro modo, no habría tenido sentido codificar los mismos derechos de nuevo. En consecuencia, la interpretación sistemática de la Corte es poco convincente y conduce a un resultado contradictorio: se deriva un derecho a un medioambiente sano de los objetivos vagos de la Carta de la OEA y se procede a incorporarlo en el artículo 26 de la CADH, aunque fue consagrado explícitamente en el Protocolo de San Salvador, en su artículo 11. Al hacerlo, la Corte también pasa por alto el hecho de que en el Protocolo Adicional se estableció explícitamente un mecanismo diferente de supervisión de cumplimiento, con la presentación de informes y que, por tanto, los Estados han rechazado una vez más la justiciabilidad directa de los DESCA por parte de la Corte, salvo respecto de los derechos sindicales y el derecho a la educación. Además,

[32] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala...*, *cit.*, párrs. 87-89.

la interpretación histórica hecha por la Corte en el caso *Cuscul Pivaral* tampoco es convincente, ya que solo se citaron aquellos extractos de los *travaux préparatoires* que apoyan el resultado deseado, lo cual no refleja de manera objetiva la opinión de la mayoría de los Estados que se estaban consultando en el momento.[33] Los argumentos esgrimidos por la opinión contraria,[34] a favor de la justiciabilidad directa de los DESCA sobre la base del artículo 26, hasta ahora, no han podido refutar de manera convincente la objeción de que tanto la historia de la redacción de la Convención como la creación del Protocolo Adicional de San Salvador muestran que una mayoría de los Estados miembros ha rechazado la justiciabilidad directa de los DESCA por parte de la Corte.

Al lado de esta elusión del Protocolo de San Salvador, también la constatación de que "el derecho al agua puede vincularse con otros derechos"[35] muestra de manera ejemplar la voluntad de la mayoría de la Corte de hacer realidad la interdependencia de los derechos humanos en la práctica, a pesar de todos los obstáculos dogmáticos. En principio, no hay nada que contradiga la afirmación de una relación del derecho al agua con otros derechos; empero, esta frase podría aplicarse a cualquier derecho humano, ya que el supuesto es simplemente una expresión de la interde-

---

33 Para una crítica similar y referencias a las fuentes históricas véase *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*..., *cit*. Voto concurrente del juez Alberto Pérez Pérez, párrs. 17 y ss.

34 La opinión que ha prevalecido en la Corte desde *Lagos del Campo*, y que también es ampliamente sostenida en la academia, se basa sobre todo en una interpretación evolutiva del art. 26 de la CADH, que se orienta hacia el principio *pro homine*. También se incluyen en la interpretación documentos jurídicos nacionales e internacionales, en parte no vinculantes. Además, las defensoras y los defensores de este punto de vista argumentan, entre otras cosas, que la posición sistemática del art. 26 de la CADH, en la primera parte de la Convención, al que son aplicables los arts. generales 1 y 2 de la CADH, habla a favor de una justiciabilidad directa de los DESCA. Véase, entre otros, Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*..., *cit*. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay; *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*..., *cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Parra Vera, Oscar, *op. cit.,* pp. 191 y ss., 233. Véase también Calderón Gamboa, Jorge, *op. cit.,* pp. 343-349.

35 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*..., *cit.,* párr. 222.

pendencia de los derechos humanos.[36] Por ende, la conclusión de la Corte de que, debido a esta interdependencia, también es competente para examinar de manera autónoma cualquier derecho que esté de alguna manera relacionado con otros derechos no tiene en cuenta el principio de consenso reconocido en el derecho internacional.

Por supuesto, sería deseable que la Convención también contuviera un catálogo explícito de DESCA o que el Protocolo de San Salvador no limitara la competencia de la Corte a los artículos 8 y 13. Del mismo modo, sería perfectamente lógico que todos los nuevos tratados de derechos humanos adoptados en el marco del SIDH, en lugar de establecer nuevos comités y mecanismos de presentación de informes, ampliaran automáticamente la jurisdicción de la Corte a todas las partes del respectivo tratado. No obstante, el hecho de que estos deseos e ideas no se hayan realizado todavía no puede dejarse de lado con una simple referencia a la interdependencia de todos los derechos humanos. Por último, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* o *compétence de la compétence* únicamente otorga a la Corte la facultad de interpretar su propia competencia, pero no la de hacer caso omiso de las limitaciones del tratado del que deriva su legitimidad y, de esta forma, ampliar arbitrariamente sus competencias.[37]

2.3.2. La falta de seguridad jurídica

Además de la derivación impugnable de las bases jurisdiccionales, la nueva interpretación del artículo 26 de la CADH también conduce a un menoscabo de la seguridad jurídica, que es de importancia esencial no solo para los Estados obligados, sino tam-

[36] Véase también aquí la crítica del juez Sierra Porto. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit.* Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párrs. 10 y 11.

[37] De forma muy similar lo ha expresado el juez Alberto Pérez Pérez en su voto concurrente en el *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador..., cit.,* párr. 23 del voto.

bién para las personas que desean hacer valer sus derechos.[38] Es simplemente incierto cuáles y cuántos derechos incorporará la Corte al artículo 26 de la CADH en el futuro y, además, qué contenido les dará. La abundancia de derechos que la Corte examinó por primera vez en el caso *Lhaka Honhat* sobre la única base del artículo recién referido, y las numerosas ambigüedades que siguen existiendo en vista de su alcance de protección, lo ponen de manifiesto.

2.3.3. La mayor aproximación de la competencia consultiva y la competencia contenciosa

Además, la nueva interpretación del artículo 26 de la CADH también ha dado lugar, en cierta medida, a que se desdibujen aún más las diferencias entre la competencia consultiva y la competencia contenciosa de la Corte.

En el discurso académico ya se ha indicado que la inclusión de las opiniones consultivas en el control de convencionalidad —lo cual algunos también asocian a una mayor fuerza obligatoria de las opiniones consultivas— implica que es cada vez más difícil distinguir entre los efectos de las sentencias y las opiniones consultivas.[39] La evolución actual no solo suaviza la distinción entre la función consultiva y la función contenciosa en lo que respecta a los efectos jurídicos, sino también respecto a la base jurisdiccional. Si bien el ejercicio de la función contenciosa de la Corte *ratione materiae* —salvo excepciones como los artículos 8 y 13 del Protocolo de San Salvador— se limita a los derechos protegidos por la Convención, la jurisdicción *ratione materiae* es considerablemente más amplia en el ámbito de su función consultiva. Así, el artículo 64 de la CADH permite a la Corte interpretar otros

[38] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina..., cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 10 y voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 96.

[39] *Cfr*. Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 140.

tratados, además de la CADH, que se refieran a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Pero, si la Corte ahora decide casos contenciosos sobre la base de normas que —según una interpretación tradicional— solo puede interpretar en el ámbito de su competencia consultiva, se pierde una parte de la naturaleza especial de la amplia competencia consultiva. Al mismo tiempo, esta extensión de su competencia contenciosa conduce a una creciente dilución de las diferencias originales entre las dos competencias de la Corte.

Así, la relación entre la competencia consultiva, por una parte, y la competencia contenciosa, por la otra, es otro punto en el que se puede ver cómo las interpretaciones de la Corte modifican la estructura de la Convención y se alejan de la construcción original de la misma.

Aunque en principio es deseable que la Corte no solo tenga una competencia consultiva muy amplia, sino también una competencia contenciosa más extensa y que incluya a los DESCA, sigue siendo cuestionable si esto debería ser llevado a cabo por la propia Corte mediante una nueva lectura del artículo 26 CADH, o si más bien requeriría un cambio en la base textual.

III. El examen del derecho a un medioambiente sano

Como se ha descrito, la Corte ya había establecido la justiciabilidad directa del derecho a un medioambiente sano sobre la base del artículo 26 de la CADH en su OC-23.[40] En aquel momento esto se hizo sobre una base interpretativa muy frágil, es decir, el decisivo párrafo 57 de la opinión consultiva parecía en realidad más un *obiter dictum* que un análisis del derecho aplicable.

En cualquier caso, no era sorprendente que un día la Corte utilizara el mencionado párrafo 57 de la OC-23 para poner en marcha el tren de la justiciabilidad directa del derecho a un medioambiente sano en un caso contencioso.

[40] Corte IDH. OC-23/17..., *cit.*, párr. 57.

En *Lhaka Honhat*, la Corte por fin puso en marcha este tren de la justiciabilidad directa del derecho a un medioambiente sano, emprendiendo así un camino que —aparte de su cuestionable derivación dogmática— representa un hito para la protección de los derechos humanos y ofrece la posibilidad de reforzarla considerablemente en temas ambientales.

Sin embargo, no estaba claro en su momento si la Corte haría uso de esta posibilidad, que se estableció en la OC-23, en posibles casos contenciosos, ni cómo la llevaría a cabo. En particular, quedó la pregunta si la Corte sería capaz de cerrar la brecha entre las crecientes demandas de reconocimiento del derecho a un medioambiente sano y su falta de concreción, al adoptar decisiones ponderadas a favor o en contra del derecho en casos concretos, determinando así los estándares del derecho internacional.

Por tanto, es decisivo analizar si la Corte ha aprovechado el paso del examen autónomo del derecho a un medioambiente sano también para seguir concretando su contenido. Sin esa concreción del contenido y el establecimiento de normas claras, poco se gana por el solo paso de la justiciabilidad directa del derecho a un medioambiente sano, logrado bajo rupturas dogmáticas.

3.1. Esperanza incumplida de una concreción del derecho a un medioambiente sano

En vista de la posibilidad de que se concretara el contenido y alcance del derecho a un medioambiente sano y del potencial que tal concreción tendría en comparación con los vagos estándares formulados en la OC-23, las expectativas con respecto a la decisión tomada en *Lhaka Honhat* eran correspondientemente altas, tal vez demasiado; pues, desafortunadamente, una mirada más cercana a las elaboraciones de la Corte sobre el derecho a un medioambiente sano revela pocas innovaciones.

Los párrafos 202 a 209, dedicados al derecho a un medioambiente sano, repiten esencialmente lo que ya se había dicho en la OC-23. Entre otras cosas, señalan que el derecho a un medioambiente sano “constituye un interés universal” y “es un derecho

fundamental para la existencia de la humanidad".[41] Además, la Corte se refirió a su declaración en la OC-23 en el sentido de que el derecho a un medioambiente sano, en cuanto derecho autónomo, protege los diversos componentes del medioambiente como los "bosques, mares, ríos, y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales".[42] La protección de la naturaleza y el medioambiente no se basa únicamente en su beneficio para las personas o en las posibles consecuencias de la destrucción del medioambiente para los derechos del individuo, sino también en la importancia del medioambiente para todos los "organismos vivos con quienes se comparte el planeta" y que, como tales, requieren una protección especial.[43]

Del mismo modo, en el caso *Lhaka Honhat*, la Corte reiteró que el derecho a un medioambiente sano impone al Estado no solo obligaciones negativas o de respeto, sino también positivas o de garantía, incluyendo la obligación de prevenir, la cual exige a los Estados utilizar todos los medios a su alcance para evitar que las actividades bajo su jurisdicción causen daños al medioambiente.[44] El énfasis en la importancia fundamental y la orientación ecológica del derecho a un medioambiente sano en contraposición a una visión puramente antroposófica del derecho ya se hizo notar positivamente en la OC-23.

Por último, tanto en la mencionada opinión consultiva como en el contexto de *Lhaka Honhat*, la Corte atribuyó al medioambiente, incluidos sus diversos elementos y seres vivos, una necesidad de protección independiente de los seres humanos. Este enfoque ecocéntrico se vio reforzado en el contexto de la OC-23 por el hecho de que la Corte señaló una tendencia en los sistemas jurídicos nacionales a dar a los bienes naturales su propia personalidad jurídica y, consecuentemente, sus propios derechos.[45]

---

41 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit.,* párr. 203.

42 *Idem.*

43 *Idem.*

44 *Ibidem*, párrs. 207 y 208.

45 *Cet seq.* Corte IDH. OC-23/17..., *cit.,* párr. 62.

Este énfasis en el valor y el rol del medioambiente y de los bienes naturales individuales, lo cual resulta sorprendente para un tribunal de derechos humanos con un claro enfoque *pro homine*, podría adquirir una importancia particular, especialmente para las comunidades indígenas como la Asociación Lhaka Honhat. Después de todo, la Corte ha enfatizado con suficiente frecuencia el vínculo especial de las comunidades indígenas con el medioambiente que las rodea.[46] Su relación espiritual con la naturaleza y los bienes que contiene difieren sustancialmente de la comprensión convencional de la naturaleza en las sociedades industrializadas, y prácticamente exige una protección ambiental de orientación más ecocéntrica.

Al mismo tiempo, la existencia y la supervivencia de las propias comunidades indígenas se basan, a su vez, en un medioambiente intacto, por lo que el concepto antropocéntrico de protección del medioambiente no pierde importancia en el caso de las comunidades indígenas. Precisamente porque el caso *Lhaka Honhat* trata de los derechos de las comunidades indígenas, habría habido una oportunidad de elucidar esta interacción de ideas ecocéntricas y antropocéntricas de protección aún más visiblemente, y de aclarar cuál es el valor añadido de examinar el caso en el marco del derecho a un medioambiente sano y no —como en casos anteriores— sobre la base de los artículos 21 y 4 de la CADH.

En su OC-23, la Corte también señaló que el contenido de un derecho a un medioambiente sano difiere del contenido del derecho ambiental que resulta de la protección de otros derechos, como el derecho a la vida.[47] Sin embargo, ya entonces se planteó la cuestión de cuál es exactamente esta diferencia y qué es exactamente lo que protege el derecho a un medioambiente sano, especialmente en comparación con los derechos garantizados por los artículos 4 y 5 de la CADH y, por último, qué obligaciones adicionales para el Estado se derivan de ello. Al limitarse ahora a repetir las vagas conclusiones de la OC-23, la Corte lamentable-

46 *Ibidem*, párr. 48; Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit.*, párr. 93.

47 Corte IDH. OC-23/17..., *cit.*, párr. 63.

mente no esclarece el contenido del derecho a un medioambiente sano. Mientras que las observaciones generales eran apropiadas para una opinión consultiva abstracta como la OC-23, en un caso contencioso que incluye la determinación de una violación de derechos y de responsabilidad estatal se hubiera esperado una concreción más precisa del contenido y alcance del derecho a un medioambiente sano. Sin embargo, la Corte no profundiza el enfoque ecocéntrico adoptado en la OC-23 ni especifica el umbral que debe superarse para que se produzca una violación del derecho en análisis. Aunque de la sentencia resulta claro que en este caso específico el ganado, la tala ilegal y los alambrados puestos por los criollos bastaron para determinar una violación del derecho a un medioambiente sano, la sentencia no contiene ninguna definición general de sus elementos que proporcione información sobre los criterios del examen de este derecho. ¿Qué cabe esperar en otros casos?

Por último, al aplicar un conglomerado de derechos, la Corte evitó definir los elementos del derecho a un medioambiente sano y subsumir los hechos del caso a ellos. Así, la Corte vuelve a dejar sin responder la cuestión esencial de la diferencia entre los elementos del derecho a un medioambiente sano y las del contenido de derecho ambiental de los artículos 4 y 5 de la Convención, que se habían indicado en el contexto de la OC-23. No obstante, tal concreción es indispensable para determinar las obligaciones del Estado y una posible violación del derecho a un medioambiente sano.

Cabe señalar también que la Corte, en el contexto de la OC-23, había deducido las obligaciones que debían derivarse del principio de prevención a partir de una interpretación de los artículos 4 y 5 de la Convención.[48] No se deduce automáticamente que estas obligaciones se apliquen también al derecho autónomo a un medioambiente, contenido en el artículo 26 de la CADH. Como mínimo hubiera sido necesario que la Corte, en un paso adicional, explicara por qué los principios desarrollados en el curso de su jurisprudencia sobre los artículos 4 y 5 deberían aplicarse también al derecho autónomo a un medioambiente sano,

[48] *Ibidem*, párrs. 69, 140 y 174.

en el sentido del artículo 26 de la CADH. Al menos en el marco de la OC-23, la Corte insistió en la distinción sustantiva entre el contenido ambiental de los derechos a la vida y a la integridad personal, por una parte, y el derecho a un medioambiente sano, por la otra. Al aplicar estándares que la Corte había elaborado en el contexto de la interpretación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a un medioambiente sano, sin ofrecer ninguna explicación o formular algún argumento al respecto, la Corte no ha dilucidado los contornos entre las distintas garantías individuales que se derivan del último derecho, sino que, en realidad, los ha difuminado aún más y el concepto del derecho a un medioambiente sano queda vago.

Por esta razón, lamentablemente hay que decir que la Corte ha desaprovechado la oportunidad de concretar todavía más el derecho a un medioambiente sano. Dado que la OC-23 había sido la primera ocasión en que la Corte se refirió a ese derecho, era claro y correspondiente a su jurisprudencia contenciosa que se remitiera a lo establecido en la OC-23 para demostrar la continuidad de su propia jurisprudencia. Sin embargo, es decepcionante que en el caso *Lhaka Honhat* no hubiera ido más allá de lo que dijo en la OC-23, y que se haya limitado, esencialmente a una repetición. Debido a la ponderación entre derechos e intereses en conflicto, la cual usualmente es necesaria en el contexto de un caso contencioso, se hubiera esperado una mayor concreción de los estándares de protección y de los estándares de justificación de posibles intervenciones.

3.2. La falta de subsunción bajo los supuestos de la norma

En vista de estas observaciones muy generales sobre el derecho a un medioambiente sano se plantea la cuestión de si y, en caso afirmativo, cómo una declaración de responsabilidad de Argentina puede basarse únicamente en conclusiones generales sobre la importancia del derecho a un medioambiente sano y sobre la obligación de prevenir, sin ninguna referencia concreta al objeto de la protección de este derecho. Al final, la Corte declaró la responsabilidad internacional de Argentina por la violación del

derecho a un medioambiente sano. Esto es particularmente sorprendente, ya que la Corte ni hizo referencia ni utilizó sus observaciones anteriores con respecto a ese derecho. De todos modos, esas observaciones no habrían sido adecuadas para su aplicación en casos individuales, debido a la falta de concreción de los estándares correspondientes.

Sin embargo, es asombroso que la Corte considerara que se había violado tal derecho sin haber subsumido los hechos bajo los elementos de la norma aplicable. Según una descripción general, los hechos pertinentes, es decir, la ganadería, la tala ilegal y la construcción de alambrados, se consideraron simultáneamente como violaciones del derecho a un medioambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad cultural, sin que la Corte haya entrado en detalles sobre el alcance de la protección y los elementos constitutivos de cada uno de estos derechos individuales.

Es cierto que la Corte ha señalado en varias ocasiones la interdependencia de los derechos mencionados y la particular importancia de la protección del medioambiente para las comunidades indígenas. También ha subrayado que las amenazas ambientales tienen un impacto negativo en la alimentación, el agua y la vida cultural de dichas comunidades. Además, citó a los peritos pertinentes, quienes destacaron el impacto negativo de la tala ilegal, el ganado y los alambrados en el medioambiente y los ecosistemas del territorio indígena y, por consiguiente, en la vida indígena en su conjunto.[49] Una perita incluso calificó al medioambiente como "tercera víctima" del caso, refiriéndose a la desertificación causada por las medidas de explotación y la pérdida de biodiversidad y recursos naturales.[50] Sin embargo, en ningún momento la Corte vinculó estas declaraciones a los elementos correspondientes —aunque generales— del derecho a un medioambiente sano para formular sus propios argumentos. Más bien, dejó las citas directas de los peritos pertinentes sin comentarios, sin hacer su propia clasificación o evaluación de estas declaraciones y sin medir el resultado de su propia evaluación de los hechos contra los elementos —aunque muy vagos— del derecho a un medioam-

[49] *Ibidem*, párrs. 280 y 281.

[50] *Ibidem*, párr. 285.

biente sano. Por consiguiente, no hay ninguna subsunción de los hechos establecidos en virtud de los correspondientes elementos normativos necesarios para la determinación de una violación de este derecho en el caso concreto.

Una referencia general a la interdependencia de los diversos derechos no puede sustituir a esa subsunción en virtud de los elementos del derecho respectivo.[51] Más bien, el examen conjunto de los derechos conduce a la pérdida del contenido autónomo del derecho respectivo y diluye aún más los contornos de los derechos examinados conjuntamente.

3.3. Idoneidad del caso para desarrollar el derecho a un medioambiente sano - o también: ¿cuál es el valor añadido de un examen autónomo de los DESCA?

La falta de un mayor desarrollo y aclaración del contenido y alcance del derecho a un medioambiente sano en comparación con la OC-23 probablemente se deba también a los hechos del presente caso, así como al hecho de que la jurisprudencia de la Corte acerca de las comunidades indígenas ya era muy progresiva y contaba con un alto grado de desarrollo desde antes. Así, en los asuntos anteriores relacionados con comunidades indígenas, la Corte ya había interpretado el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH, de tal manera que proteja el territorio de los pueblos indígenas en su conjunto, es decir, no solo en lo que respecta a la tierra, sino como todo un ecosistema

[51] Véase también el comentario de Silvia Serrano Guzmán, quien, en relación con el nexo entre DESCA y los derechos civiles y políticos, se refiere a la necesidad, incluso bajo la nueva jurisprudencia sobre el art. 26 de la CADH, de seguir criterios claros en la determinación de las violaciones, y de realizar el análisis de manera consistente y en diferentes constelaciones, resolviendo los conflictos de superposición y subsunción. *Cfr*. Serrano Guzmán, Silvia, "Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019", en Morales Antoniazzi, Mariela; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura (coords.), *op. cit*., p. 112.

compuesto de bosques, plantas, animales, aire y agua.[52] En otras oportunidades ya había señalado que, en el caso de los pueblos indígenas, la protección del territorio es esencial para la protección de muchos otros derechos.[53]

En este contexto, las verdaderas innovaciones en el caso *Lhaka Honhat* no son necesariamente las conclusiones sustantivas, sino de hecho solo el traslado de su jurisprudencia sobre las comunidades indígenas al periodo posterior a *Lagos del Campo*.

Sin embargo, si por medio de esta transferencia y el examen autónomo de los DESCA no se logra ni una concreción del contenido de protección de los derechos individuales que promueve el discurso internacional ni un aumento de la protección efectiva de los derechos humanos en comparación con la jurisdicción anterior en virtud de los artículos 21 y 4 de la CADH, se plantea, con mayor razón, la cuestión de si el nuevo enfoque de la Corte respecto del artículo 26 de la CADH conlleva alguna mejoría en la protección de los derechos.

Antes de 2017, la Corte probablemente habría resuelto el presente caso únicamente sobre la base de los artículos 21 y 4 de la CADH, señalando que la protección del territorio indígena incluye el derecho al acceso al agua potable y es un requisito previo para que las comunidades puedan continuar su forma de vida tradicional, incluida su vida cultural y alimentación.

El hecho de que la Corte ahora encuentre que además del artículo 21, y en lugar de una combinación de los artículos 21 y 4 de la CADH, también han sido violados varios DESCA puede ser con-

---

52 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*..., *cit.*, párr. 118; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párr. 122; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*..., *cit.*, párrs. 85-87.

53 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 149; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 116, párr. 85; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*..., *cit.*, párrs. 131-137; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*..., *cit.*, párrs. 177 y 215.

siderado un logro histórico. En efecto, la justiciabilidad directa del derecho a un medioambiente sano ofrece un potencial considerable para la protección medioambiental y de los derechos humanos.

Sin embargo, este logro tiene un alto precio, dada la cuestionable derivación dogmática de la justiciabilidad de los DESCA y la controvertida interpretación del artículo 26 de la CADH. Si, como en este caso, aparte del examen individual de los derechos no se hace una especificación más precisa de sus alcances de protección, es cuestionable si el cálculo de costo-beneficio al final resulte útil, y si el examen de los DESCA conducirá realmente a una mayor protección para los afectados.

El juez Sierra Porto también ha señalado un punto válido aquí, cuando se pregunta si el mismo resultado no podría haber sido alcanzado, como en el pasado, con un examen de los artículos 21 y 4 de la CADH, posiblemente en relación con el artículo 26 del mismo instrumento.[54] Este enfoque, además, hubiera podido contribuir a la creación de un consenso en el seno de la Corte y, en consecuencia, posiblemente hubiera permitido una decisión unánime de los jueces. Además, esta solución hubiera sido menos criticable por parte de los Estados. Por último, la sentencia hubiera sido más clara, un aspecto relevante si se tiene en cuenta que la claridad de la argumentación jurídica es también un factor que contribuye a una mayor persuasión y aceptación de las decisiones jurídicas.

El valor añadido sustancial que el reconocimiento y la justiciabilidad directa del derecho a un medioambiente sano traen consigo probablemente solo se pondrá de manifiesto en otros casos contenciosos cuando se intente efectivamente realizar una ponderación de intereses en conflicto. En su jurisprudencia anterior, la Corte había determinado que la protección del medioambiente tiene prioridad en el caso de las comunidades indígenas, dado que es sinónimo de protección de sus vidas. Por tanto, no es de extrañar que en este caso la Corte prácticamente haya optado por la protección absoluta del medioambiente a favor de las comunidades indígenas, y que la sola construcción de alambrados y el ganado

[54] *Cfr. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit.* Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 22.

constituyan una violación del derecho a un medioambiente sano. Todas las medidas tomadas por el Estado no podían protegerlo de una declaración de responsabilidad internacional, ya que no eran suficientemente efectivas a los ojos de la Corte. Correctamente, la Corte constató que el hecho de que el Estado emprenda acciones de protección no es suficiente; lo que cuenta es el resultado.

No obstante, queda por ver cómo se logrará el equilibrio de intereses en otros casos y qué hay realmente detrás del concepto de "ambiente sano". El ejemplo de los criollos en el presente caso ya ha demostrado que, por ejemplo, la ganadería puede constituir una intervención en el medioambiente sano de una comunidad, mientras que, al mismo tiempo, para otra comunidad puede significar el sustento y la base de sus vidas. Así, ¿lo que entendemos por un medioambiente sano depende de quién esté siendo afectado?

Imaginemos una situación en una gran ciudad en la que se talan árboles en beneficio de un proyecto de infraestructura o se levantan vallas sobre un terreno. Es probable que otros intereses superen la preservación del medioambiente circundante. En tales casos, se aclararía qué es lo que realmente entra en el ámbito de la protección del derecho a un medioambiente sano y se aportaría así un valor añadido en comparación con la jurisprudencia sobre la protección de la vida, según el artículo 4 de la Convención. De lo contrario, la justiciabilidad directa del derecho a un medioambiente sano, que es promovida activamente por la Corte, resultaría ser no más que una promesa vacía.

IV. Conclusión y perspectivas

El análisis de la sentencia dictada arroja resultados encontrados. El primer examen autónomo del derecho a un medioambiente sano después de su primera insinuación en la OC-23 había suscitado esperanzas de que se concretara el contenido protector del derecho, cuyo reconocimiento se exige cada vez más en todo el mundo.[55] La constelación del caso también ha-

[55] Véase, por todos y para más información, Asamblea General de la ONU, Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obliga-

bría ofrecido la oportunidad de elaborar más sobre el enfoque ecocéntrico expuesto en la OC-23 y el supuesto valor añadido de una protección autónoma del derecho a un medioambiente sano, en comparación con la mera protección de los derechos a la vida y a la propiedad respecto de los pueblos indígenas. Esta esperanza no se cumplió. En general, la Corte solo ha repetido las líneas generales del derecho a un medioambiente sano que había esbozado en la OC-23 y, además, ha trasladado al periodo posterior a *Lagos del Campo* su jurisprudencia sobre los pueblos indígenas, que antes se había basado principalmente en el artículo 21 de la CADH.

Por último, en lugar de dar respuestas a preguntas existentes, la sentencia hace surgir nuevos interrogantes. Puede ser que los hechos del caso no fueran, después de todo, adecuados para desarrollar y concretar la sustancia del derecho a un medioambiente sano, y que la Corte tenga razón al no centrar su sentencia en este aspecto. A pesar de todo, dado que la Corte ha adoptado este nuevo enfoque jurisprudencial en un caso relativo a los derechos de los pueblos indígenas, debe preguntarse qué valor añadido tiene este enfoque nuevo, en comparación con su anterior jurisprudencia consolidada referente al artículo 21 y a veces también al artículo 4 de la CADH.

Además de la derivación dogmáticamente cuestionable de la base jurisdiccional, existe ahora confusión en cuanto a lo que constituye la naturaleza especial del derecho a un medioambiente sano en el caso de los pueblos indígenas. Se supone que la Corte en un futuro considerará que el artículo 26 también protege este derecho en otras constelaciones de casos que no estén relacionados con pueblos indígenas, pero no ha aclarado a partir de qué grado de intervención habrá una violación del derecho en los casos que conciernan tanto a pueblos indígenas como a otros grupos, y de qué dependerá si existe una violación del derecho en cada caso concreto.

Si la Corte trata todos los derechos que considera protegidos por el artículo 26 en un examen conjunto, sin subsumir los he-

tions Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment..., *cit.*, sobre todo párrs. 28 y ss.

chos individuales por separado bajo los distintos derechos, sigue sin quedar claro cuál es la ventaja de la justiciabilidad directa de esos derechos que amerite la aplicación de la nueva interpretación del artículo 26, a pesar de todos los obstáculos dogmáticos. Si la Corte ahora examina conjuntamente unos DESCA tan dispares como el derecho a un medioambiente sano y a una identidad cultural, pudiese haber mantenido la justiciabilidad *indirecta* de los DESCA en el contexto del examen de los derechos explícitamente reconocidos en la Convención. Esta solución se presta a mucho menos crítica.

Además del riesgo de un *backlash* por parte de los Estados, una división permanente de los jueces en vista del nuevo enfoque jurisprudencial también plantea riesgos para la autoridad de la Corte y la aceptación de sus fallos.

Aunque en el presente caso Argentina no ha planteado ninguna objeción a la jurisdicción directa de los DESCA sobre la base del artículo 26, no es probable que todos los Estados de la región se entusiasmen con el cambio jurisprudencial de la Corte.[56] No obstante, dado que en la actualidad parece poco probable que se produzca un rápido retorno de la Corte a su enfoque anterior, una de las cuestiones cruciales es si los Estados del sistema aceptarán y participarán en el cambio jurisprudencial. Si, como Argentina en el presente caso, lo aceptan más o menos sin protesta, esto podría, a largo plazo, conducir a una práctica posterior al tratado en el sentido del artículo 31, párrafo 3, letra b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Pero este curso de acontecimientos aún no es seguro.

---

[56] Véase, entre otros, las objeciones de Perú en Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas..., *cit.*, párr. 45. Las consecuencias de la crítica estatal también son recogidas por Engstrom, Par y Hillebrecht, Courtney: "Trenchant criticisms in recent years from the governments in Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, and Venezuela, may suggest that the IAHRS is on the verge of overstretching its institutional mandate"; "Institutional change and the Inter-American Human Rights System", *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, núm. 9, 2018, pp. 1112, 1117 y ss. Esta observación se ve reforzada por la Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos..., *cit*.

La mejor y más deseable forma de salir de la insatisfactoria situación actual sería una reforma de la Convención en su conjunto o, al menos, del Protocolo de San Salvador. La jurisdicción directa de los DESCA es importante, lo que no es menos evidente en tiempos de pandemia y en vista del avance del cambio climático. Pero esta justiciabilidad directa necesita una base jurisdiccional más estable a largo plazo; de lo contrario, la legitimidad y la credibilidad de la Corte se verán afectadas.

Para los próximos casos, es de esperar, al menos, que la Corte vuelva a justificar sus decisiones de manera más apegada a las reglas de la dogmática jurídica y, principalmente, sobre la base de la Convención, y que subsuma los hechos del caso a los tipos legales de los respectivos derechos y así contribuya a establecer normas y estándares más claros.[57]

Aparte de las rupturas metodológicas y de la falta de concreción del derecho a un medioambiente sano, la decisión en el caso *Lhaka Honhat* podría tener un impacto más allá de la CADH. Es cierto que no se puede suponer que otras instituciones de derechos humanos vayan a imitar el enfoque metodológico de la Corte, orientado a las particularidades del SIDH.[58] Sin embargo, el derecho analizado se ve reforzado por *Lhaka Honhat* en la protección regional e internacional de los derechos humanos. Así, la decisión puede contribuir a que las preocupaciones medioambientales se tengan cada vez más en cuenta en el contexto de los derechos humanos.

---

57 Véase también el trabajo de Juana María Ibáñez Rivas, que habla de un camino de perfeccionamiento de la jurisprudencia con vistas a establecer la justiciabilidad directa de los DESCA. *Cfr.* Ibáñez Rivas, Juana María, *op. cit.*, p. 92.

58 Para examinar los DESCA de forma autónoma, la redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ofrece aún menos factores de conexión que el art. 26 CADH. Por ejemplo, el CEDH no reconoce un derecho a un medioambiente sano, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha pasado a "ecologizar" las normas existentes, como el art. 2 (derecho a la vida) o el art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Véase TEDH. *Fadeyeva vs. Rusia*. Sentencia de 9 de junio de 2005, núm. 55723/00, párr. 68. Recientemente, el TEDH también aclaró que "access to safe drinking water is not, as such, a right protected by Article 8 of the Convention". TEDH. *Hudorovič y otros vs. Eslovenia*. Sentencia de 10 de marzo de 2020, núm. 24816/14 y 25140/14, párr. 116.

Bibliografía

Boyd, David R., "Catalyst for change: evaluating fourty years of experience in implementing the right to a healthy environment", en Knox, John H. y Pejan, Ramin (eds.), *The human right to a healthy environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

Boyd, David R., *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, UBCPress, 2012.

Cabrera, Ángel; Cerqueira, Daniel y Herencia, Salvador, "Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina", *Justicia en las Américas*, 30 de abril de 2020, *https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/*

Calderón Gamboa, Jorge, "La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia *Lagos del Campo*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana*. *El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily J., "Less as More: Rethinking Supernational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", *Hastings Law Journal*, vol. 56, 2004.

Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily J., "Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter-american Litigation and Social Change", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, 2006.

Dominguez, Lara, "The Inter-American Court of Human Rights Issues Landmark Judgment in Indigenous Rights Case", *Minority Rights Group International*, 16 de Abril de 2020, *https://minorityrights.org/2020/04/16/nuestra-tierra-v-argentina/*

Downsend, Tina y Tigre, Maria Antonia, "Lhaka Honhat Association vs. Argentina: the human right to environment in the Inter-American Court", *The Global Network for Human Rights and the Environment*, 10 de abril de 2020, *https://gnhre.org/2020/04/10/lhaka-honhat-association-vs-argentina-the-human-right-to-environment-in-the-inter-american-court/*

Duffy, Helen y Maxwell, Lucy, "People v. Arctic Oil before Supreme Court of Norway. What's at stake for human rights protection in the climate crisis?", *EJIL:Talk!*, 13 de noviembre de 2020.

Engstrom, Par y Hillebrecht, Courtney, "Institutional Change and the Inter-American Human Rights System", *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, núm. 9, 2018.

Ibáñez Rivas, Juana María, "La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana", en Morales Antoniazzi, Mariela; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

May, James R. y Daly, Erin, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Melish, Tala, "Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social, and Cultural Rights in the Americas", *New York University Journal of International Law and Politics,* núm. 39, 2006.

Parra Vera, Oscar, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*", en Ferrer MacGregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Pedersen, Ole W., "The European Convention on Human Rights and Climate Change. Finally!", *EJIL:Talk!*, 22 de septiembre de 2020.

Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, año/vol. 9 (núm. especial), 2007.

Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R., "The American Convention and the Protocol of San Salvador: two intertwined treaties. Non-enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American system", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, junio de 2013.

Serrano Guzmán, Silvia, "Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019", en Morales Antoniazzi, Mariela; Ronconi, Liliana y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso* Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ-MPIL-IIJ-UNAM, 2020.

PARTE III
HACIENDO VISIBLE EL CASO: RESÚMENES EN VARIOS IDIOMAS

INTERAMERIKANISCHER GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE[1]

RECHTSSACHE INDIGENE GEMEINSCHAFTEN MITGLIEDER DER VEREINIGUNG LHAKA HONHAT (UNSERE ERDE) GEGEN ARGENTINIEN

URTEIL VOM 6. FEBRUAR 2020

(Entscheidungsgründe, Wiedergutmachungen und Kosten)

OFFIZIELLE ZUSAMMENFASSUNG DES GERICHTSHOFS[2]

Am 6. Februar 2020 erließ der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden „Gerichtshof" oder „Tribunal") ein Urteil, in dem er die internationale Verantwortlichkeit der Argentinischen Republik für die Verletzung verschiedener Rechte von 132 indigenen Gemeinschaften erklärte, die in den Flurstücken, die mit den Katasternummern 175 und 5557 des Departements Rivadavia in der Provinz Salta gekennzeichnet

---

1 Der Gerichtshof setzt sich wie folgt zusammen: Elizabeth Odio Benito, Präsidentin; L. Patricio Pazmiño Freire, Vizepräsident; Eduardo Vio Grossi; Humberto Antonio Sierra Porto; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, und Ricardo Manrique. Der Richter Eugenio Raúl Zaffaroni, argentinischer Staatsangehöriger, hat gemäß
Art. 19 Abs. 1 und 19 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs weder an der Bearbeitung der Rechtssache noch an der Beratung und Unterzeichnung dieses Urteils teilgenommen.

2 Aus dem Spanischen von Verena Kahl und Eleanor Benz.

sind, leben, welche früher als „fiskalische Flurstücke 14 und 55“ bekannt waren.

Der Gerichtshof stellte fest, dass der Staat das Recht auf Gemeinschaftseigentum verletzt hat. Außerdem stellte er fest, dass der Staat die Rechte auf kulturelle Identität, eine gesunde Umwelt, angemessene Ernährung und Wasser verletzt hat, weil es an wirksamen staatlichen Maßnahmen zur Unterbindung der für diese Rechte schädlichen Aktivitäten fehlte.

In Anbetracht dessen kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass Argentinien in Bezug auf seine Verpflichtung, die in Art. 1 Abs. 1 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (im Folgenden „Konvention“ oder „Amerikanische Konvention“) festgelegten Rechte zu achten und zu garantieren, die folgenden Bestimmungen desselben Vertrags verletzt hat: (i) Art. 21, der das Recht auf Eigentum anerkennt, in Verbindung mit den Rechten auf ein faires Verfahren und effektiven Rechtsschutz, welche in Art. 8 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1 gewährt werden und die in Art. 2 vorgeschriebene Verpflichtung, Vorschriften im innerstaatlichen Recht zu erlassen; (ii) den zuvor genannten Art. 21 und die in Art. 23 Abs. 1 festgeschriebenen politischen Rechte; (iii) Art. 26, der wirtschaftliche, soziale, kulturelle und ökologische Rechte einschließt, sowie (iv) Art. 8 Abs. 1 aufgrund der Verzögerung bei der Entscheidung eines Gerichtsverfahrens.

Andererseits vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass der Staat weder für die Verletzung des Rechts auf Anerkennung der Rechtspersönlichkeit noch für die Verletzung der Gedanken- und Meinungsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit, des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts, wie sie in den Art. 3, 13, 16 und 22 Abs. 1 der Konvention verankert sind, verantwortlich ist.

Das Tribunal wies den Staat an, verschiedene Maßnahmen zur Wiedergutmachung zu ergreifen.

I. Vorbemerkungen

Vor der Prüfung der Begründetheit des Falls stellte der Gerichtshof fest, dass der Fall indigene Gemeinschaften betraf, deren An-

zahl im Laufe der Zeit variiert hatte. Dies ist auf den als „Spalt-Fusion“ bezeichneten Prozess zurückzuführen, der für ihre angestammte Sozialstruktur typisch ist. Daher war der Gerichtshof der Ansicht, dass er den Fall in Bezug auf die 132 indigenen Gemeinschaften, die in den Flurstücken 14 und 55 leben, prüfen sollte, auch wenn die Interamerikanische Menschenrechtskommission in ihrem Hintergrundbericht vom 26. Januar 2012 eine geringere Anzahl angegeben hatte.

Das Tribunal stellte fest, dass die angegebenen Parzellen auch von Kreolen bewohnt werden. Es machte deutlich, dass die nicht-indigenen Personen oder Familien keine Beteiligten im internationalen Prozess sind und dass es nicht direkt über ihre Rechte entscheiden kann. Es stellte jedoch fest, dass sie in materieller Hinsicht in den substanziellen Landkonflikt verwickelt sind. Daher hielt es es für angebracht, ihre Situation im Rahmen der Verfahrensrichtlinien, die das Vorgehen des Gerichtshofs regeln, zu prüfen.

Andererseits hat das Tribunal ein Argument des Staates zurückgewiesen und entschieden, dass es angemessen sei, bestimmte fortwirkende Tatsachen zu untersuchen, die zwar erst nach dem 26. Januar 2012 eingetreten sind, jedoch mit dem im Hintergrundbericht dargelegten faktischen Rahmen zusammenhängen.

II. Der Sachverhalt

Der Sachverhalt des Falles bezieht sich auf einen von den indigenen Gemeinschaften, die den Völkern der Wichí (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) und Tapy‘y (Tapiete) angehören, erhobenen Anspruch auf das Eigentum an den fiskalischen Flurstücken 14 und 55, die aneinander angrenzen und zusammen eine Fläche von etwa 643.000 Hektar (ha) umfassen. In dem genannten Gebiet, das innerhalb der Provinz Salta liegt und an Paraguay und Bolivien grenzt, gibt es eine kontinuierliche Präsenz indigener Gemeinschaften, zumindest seit der Zeit vor 1629. Darüber hinaus wurde das Land seit Anfang des 20. Jahrhunderts von Kreolen besetzt.

Der Anspruch der Eingeborenen wurde 1991 formalisiert. In den mehr als 28 Jahren, die seither vergangen sind, hat sich die staatliche Politik bezüglich des indigenen Eigentums verändert und der Staat hat verschiedene Maßnahmen bezüglich des beanspruchten Eigentums durchgeführt.

Am 15. Dezember 1991 wurde das Dekret Nr. 2609/91 erlassen, das Salta dazu verpflichtete, die Parzellen 14 und 55 zu vereinigen und den indigenen Gemeinschaften ein Gebiet ohne Unterteilung in Form eines einzigen Eigentumstitels zuzuweisen.

Ein Jahr später, im Dezember 1992, wurde die „Vereinigung der Indigenen Gemeinschaften Lhaka Honhat" (im Folgenden „Lhaka Honhat"), der Menschen aus verschiedenen indigenen Gemeinschaften angehören, formell gegründet, unter anderem mit dem Ziel, den Eigentumstitel an dem Land zu erhalten.

1993 setzte der Staat eine „Beratende Kommission" ein, die 1995 empfahl, zwei Drittel der Fläche der Flurstücke 14 und 55 indigenen Gemeinschaften zuzuweisen, was von diesen Gemeinschaften akzeptiert wurde.

1995 wurde mit dem Bau einer internationalen Brücke begonnen. Im September desselben Jahres wurde die Brücke friedlich von indigenen Gemeinschaften besetzt. Der damalige Gouverneur von Salta verpflichtete sich, ein Dekret zu erlassen, um die endgültige Zuteilung des Landes sicherzustellen. Die Brücke wurde 1996 fertiggestellt, ohne dass zuvor ein Konsultationsprozess mit den indigenen Gemeinschaften stattgefunden hatte.

Trotz der Verpflichtung des Gouverneurs hat der Staat 1999 durch den Erlass des Dekrets 461 Bruchteile des Flurstücks 55 zugeteilt, indem er manchen dort ansässigen Gemeinschaften und Einzelpersonen Parzellen zuwies. Im Dezember 2000 legte die Provinz dann einen Vorschlag für die Zuteilung von Flurstück 55 vor, der die Vergabe von Bruchteilen an jede Gemeinschaft vorsah. Dies wurde von Lhaka Honhat abgelehnt, weil das Angebot weder das Flurstück 14 noch die Einheit des Territoriums berücksichtigte. In den folgenden Jahren führten Staatsbedienstete einige Aufgaben, wie z.B. Vermessungen und Grenzmarkierungen, auf dem Gebiet durch, aber es gab keine Fortschritte bei der Definition des Eigentums am Land. Im Jahr 2007 beschloss

der Gerichtshof von Salta auf der Grundlage einer von Lhaka Honhat im März 2000 eingereichten Verfassungsbeschwerde (acción de amparo), das Dekret 461 für nichtig zu erklären.

Am 23. Oktober 2005 fand in Salta eine Volksabstimmung statt, bei der die Wähler*innen des Departements Rivadavia gefragt wurden, ob sie dafür seien, „dass die Ländereien, die den Parzellen 55 und 14 entsprechen, an ihre derzeitigen Bewohner übergeben werden". Der Anteil der Ja-Stimmen betrug 98%.

Bei einem Treffen am 14. März 2006 zwischen Lhaka Honhat und Vertretern der Provinz Salta wurde vereinbart, dass 400.000 Hektar innerhalb der Flurstücke 14 und 55 den indigenen Gemeinschaften in einem einzigen Titel zuerkannt werden sollten. In diesem Zusammenhang reduzierten die indigenen Gemeinschaften ihren Anspruch, der zuvor 530.000 ha betragen hatte. Die gleiche Vereinbarung wurde im Oktober 2007 zwischen Lhaka Honhat und der Organisation Kreolischer Familien getroffen. In diesem Monat verabschiedete Salta auch den Erlass 2786/07, mit dem die oben genannten Punkte bestätigt wurden. Im Oktober 2008 richtete Salta ein „technisches Team" ein, bestehend aus der „Unidad Ejecutora Provincial" (UEP), die 2005 geschaffen worden war, um die Aufgaben im Zusammenhang mit der Verteilung der Grundstücke in den oben genannten Parzellen auszuführen. In den folgenden Jahren gab es Aktionen und Treffen, die darauf abzielten, Vereinbarungen zwischen indigenen Gemeinschaften und kreolischen Familien über die Vergabe des Landes zu treffen.

Am 25. Juli 2012 erließ Salta das Dekret 2398/12, welches die „Zuweisung mit dem Ziel der späteren Vergabe" von 243.000 Hektar der Flurstücke 14 und 55 an kreolische Familien und 400.000 Hektar an die indigenen Gemeinschaften als „Gemeinschaftseigentum und unter der von ihnen selbst festzulegenden Titelart" vorsah.

Am 29. Mai 2014 erließ Salta das Dekret 1498/14, mit dem das „Gemeinschaftseigentum" von etwa 400.000 Hektar der Flurstücke 14 und 55 anerkannt und an 71 indigene Gemeinschaften übertragen wurde, sowie das „Kondominium-Eigentum" an denselben Flurstücken zu Gunsten mehrerer kreolischer Familien. Dasselbe Dekret sah vor, dass durch die UEP die Handlungen

und Verfahren durchgeführt werden sollten, die für die „spezifische Bestimmung“ des Territoriums und der Flurstücke, welche den indigenen Gemeinschaften und den kreolischen Familien gehören, notwendig seien.

Nichtsdestotrotz ist die Umsetzung der mit dem indigenen Territorium verbundenen Maßnahmen nicht abgeschlossen und nur wenige kreolische Familien wurden umgesiedelt.

In dem beanspruchten Gebiet haben hingegen illegale Abholzungen stattgefunden und kreolische Familien betreiben Viehzucht und errichten Zäune. Dies hat zu einem Rückgang der Waldressourcen und der Artenvielfalt geführt. Dies hat sich wiederum auf die Art und Weise ausgewirkt, in der die indigenen Gemeinschaften traditionell ihren Zugang zu Wasser und Nahrung suchten.

III. Begründetheit

Das Gericht analysierte die Begründetheit des Falles in drei Abschnitten des Urteils, in denen es Verstöße feststellte gegen 1) das Recht auf Gemeinschaftseigentum sowie andere damit verbundene Rechte; 2) das Recht auf eine gesunde Umwelt, auf angemessene Nahrung, auf Wasser und auf die Teilnahme am kulturellen Leben, insbesondere im Hinblick auf die kulturelle Identität, und 3) das Recht auf ein faires Verfahren und auf effektiven Rechtsschutz in Bezug auf eine in dem Fall eingeleitete Klage.

a. Recht auf indigenes Gemeinschaftseigentum

Der Gerichtshof wies darauf hin, dass in diesem Fall nicht das Eigentumsrecht der indigenen Gemeinschaften über ihr angestammtes Territorium zur Diskussion stand, sondern dass es darum ging, ob das Verhalten des Staates ihnen die angemessene Rechtssicherheit geboten und die freie Ausübung und Inanspruchnahme dieses Rechts ermöglicht hatte.

In diesem Zusammenhang erinnerte der Gerichtshof daran, dass das in Art. 21 verbürgte Recht auf Eigentum in Bezug auf die in-

digenen Völker das gemeinschaftliche Eigentum an ihrem Land einschließt. Er stellte fest, dass der traditionelle Besitz des Landes durch die indigenen Gemeinschaften für die offizielle Anerkennung des Eigentums ausreichen sollte. Er machte deutlich, dass der Staat für Rechtssicherheit sorgen muss, indem er einen Rechtstitel verleiht, der es möglich macht, das Recht gegenüber den eigenen Behörden oder gegenüber Dritten durchzusetzen, und die friedliche Nutzung des Eigentums ohne Einmischung Dritter von außen gewährleistet. Ferner stellte der Gerichtshof fest, dass das Recht auf Gemeinschaftseigentum impliziert, dass die Gemeinschaften auf der Grundlage geeigneter Konsultationsprozesse, die bestimmten Richtlinien folgen, effektiv an der Durchführung von Aktivitäten des Staates oder Dritter, die die Integrität ihres Landes und ihrer natürlichen Ressourcen beeinträchtigen können, beteiligt werden müssen.

Der Gerichtshof nahm an, dass die Dekrete 2786/07 und 1498/14 Akte der Anerkennung des Gemeinschaftseigentums an dem beanspruchten Land darstellten. Genauso bewertete er auch den auf das Eigentum bezogenen Vereinbarungsprozess, der im vorliegenden Fall seit 2007 zwischen den indigenen Gemeinschaften, den kreolischen Organisationen und dem Staat verfolgt worden war. Insofern hatte dieser das Potenzial, den Staat in die Lage zu versetzen, seinen Verpflichtungen nachzukommen und die betroffenen Rechte zu erfüllen. In diesem Zusammenhang betonte der Gerichtshof, dass der Staat seine Verpflichtungen gegenüber den indigenen Gemeinschaften erfüllen, aber dabei auch die Rechte der kreolischen Bevölkerung beachten müsse.

Ungeachtet dessen stellte das Tribunal fest, dass der Prozess zur Konkretisierung des Gemeinschaftseigentums noch nicht abgeschlossen ist. Nach mehr als 28 Jahren, in denen die Anerkennung des Eigentums beansprucht wird, ist sie nicht vollständig gewährleistet worden. Das Gebiet wurde nicht ordnungsgemäß betitelt, um Rechtssicherheit zu schaffen, es wurde nicht demarkiert und die Anwesenheit von Dritten besteht fort.

Der Gerichtshof befand auch, dass Argentinien nicht über angemessene Regelungen verfügt, um das Recht auf Gemeinschaftseigentum ausreichend zu gewährleisten. Dadurch habe kein wirksamer Rechtsschutz für das Eigentumsrecht der indigenen

Gemeinschaften vorgelegen. Der Gerichtshof kam daher zu dem Schluss, dass der Staat das Recht auf Gemeinschaftseigentum in Verbindung mit dem Recht auf ein angemessenes Verfahren verletzt und gegen die Pflicht, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, einschließlich der Pflicht, Vorkehrungen im innerstaatlichen Recht zu treffen, und damit gegen Art. 21 der Konvention in Verbindung mit den Art. 8, 25, 1 Abs. 1 und 2 verstoßen hat.

Andererseits stellte der Gerichtshof die Relevanz der gebauten internationalen Brücke fest, die den Grenzverkehr und die staatliche Grenzpolitik des Landes betrifft. Die Brücke wurde jedoch ohne angemessene vorherige Konsultationsverfahren gebaut. Daher hat Argentinien die Eigentums- und Mitwirkungsrechte der Gemeinschaften im Sinne der Art. 21 und 23 der Konvention in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 derselben verletzt.

b. Rechte auf eine gesunde Umwelt, eine angemessene Ernährung, Wasser und die Teilnahme am kulturellen Leben

Zum ersten Mal analysierte der Gerichtshof im Rahmen eines streitigen Falls die Rechte auf eine gesunde Umwelt, angemessene Ernährung, Wasser und kulturelle Identität in autonomer Form auf der Grundlage von Art. 26 der Amerikanischen Konvention.

Das Tribunal hielt es für angebracht, diese vier Rechte in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und in Übereinstimmung mit ihren Besonderheiten in Bezug auf die indigenen Völker zu untersuchen. Es befand, dass illegaler Holzeinschlag, sowie die von der kreolischen Bevölkerung auf dem Gebiet entwickelten Aktivitäten, insbesondere die Viehzucht und die Errichtung von Stacheldrahtzäunen, sich auf Umweltgüter auswirken und damit die traditionelle Art und Weise der Ernährung der indigenen Gemeinschaften und ihren Zugang zu Wasser beeinträchtigen. All dies veränderte die indigene Lebensweise und schadete ihrer kulturellen Identität, denn obwohl diese einen evolutionären und dynamischen Charakter hat, beruhten die Veränderungen der indigenen Lebensweise in diesem Fall nicht auf einer ein-

vernehmlichen Einmischung. Der Staat war sich der schädlichen Aktivitäten bewusst und hat verschiedene Maßnahmen ergriffen, die jedoch nicht wirksam waren, um die Aktivitäten zu stoppen. Dieser Mangel an Effektivität ist auch dadurch bedingt, dass Argentinien den indigenen Gemeinschaften nicht die Möglichkeit gewährleistet hat, über die Handlungen auf ihrem Territorium zu bestimmen. Daher hat der Staat gegen Art. 26 der Amerikanischen Konvention in Verbindung mit deren Art. 1 Abs. 1 verstoßen.

c. Rechtsschutz

Schließlich stellte der Gerichtshof fest, dass der Oberste Gerichtshof der Nation schon am 15. Juni im Rahmen der von Lhaka Honhat gegen das Dekret 461/99 (und gegen eine Resolution) eingereichten Verfassungsbeschwerde (amparo) entschieden hatte, dass das Justizwesen von Salta eine Entscheidung erlassen müsse, und dass der Gerichtshof von Salta dennoch erst drei Jahre später, am 8. Mai 2007, das Dekret und die Resolution für nichtig erklärte. Für eine solche Verzögerung lag keine Begründung vor. Daher hat der Staat die justizielle Gewährleistung einer angemessenen Verfahrensdauer verletzt. Folglich hat der Staat gegen Art. 8 Abs. 1 der Konvention in Verbindung mit deren Art. 1 Abs. 1 verstoßen.

IV. Wiedergutmachung

Das Gericht ordnete an, dass der Staat als Maßnahmen der Wiedergutmachung so schnell wie möglich und innerhalb eines Zeitraums von maximal sechs Jahren:

a) die notwendigen Maßnahmen der Abgrenzung, Demarkation und Erteilung eines Titels, der das Eigentum der 132 indigenen Gemeinschaften an ihrem Territorium anerkennt, vollenden muss. Der Titel sollte ein einziger sein, d.h. einer für alle Gemeinschaften in ihrer Gesamtheit und mit Bezug auf das gesamte Gebiet, unbeschadet der Vereinbarungen der Gemeinschaften über die Nutzung des gemeinsamen Territoriums.

b) die Stacheldrahtzäune und das Vieh der kreolischen Bevölkerung aus dem indigenen Gebiet entfernen und dafür Sorge tragen muss, dass die kreolische Bevölkerung aus diesem Gebiet umgesiedelt wird, sowie fördern muss, dass dies auf freiwilliger Basis geschieht, wobei Zwangsräumungen während der ersten drei Jahre zu vermeiden sind und auf jeden Fall sicherzustellen ist, dass die Rechte der kreolischen Bevölkerung wirksam gewahrt werden, was bedeutet, dass die Umsiedlung oder der Zugang zu produktivem Land mit angemessener Immobilien-Infrastruktur ermöglicht werden muss.

Darüber hinaus entschied der Gerichtshof, dass sein Urteil an sich eine Form der Wiedergutmachung darstellt und wies Argentinien an: i) von der Durchführung von Handlungen, Arbeiten oder Unternehmungen auf dem indigenen Territorium oder solchen, die seine Existenz, seinen Wert, seine Nutzung oder seinen Genuss beeinträchtigen können, ohne vorhergehende Information der betroffenen indigenen Gemeinschaften abzusehen, sowie vorherige, angemessene, freie und informierte Konsultationen gemäß den im Urteil dargelegten Leitlinien durchzuführen; ii) dem Gericht eine Studie vorzulegen, in der kritische Situationen des fehlenden Zugangs zu Trinkwasser oder Nahrung ermittelt werden, einen Aktionsplan zur Bewältigung dieser Situationen zu formulieren und mit dessen Umsetzung zu beginnen; iii) innerhalb eines Zeitraums von höchstens einem Jahr eine Studie zu erstellen, in der Maßnahmen zur Erhaltung des Wassers und zur Verhinderung und Beseitigung seiner Verunreinigung festgelegt werden; den ständigen Zugang zu Trinkwasser zu gewährleisten; den weiteren Verlust oder die Verringerung der Waldressourcen zu verhindern und sich um ihre Wiederherstellung zu bemühen und den Zugang zu nährstoffreicher und kulturell angemessener Nahrung zu ermöglichen; iv) einen Fonds für die Entwicklung des Gemeinwesens einzurichten und diesen innerhalb eines Zeitraums von höchstens vier Jahren zu implementieren; v) innerhalb eines Zeitraums von höchstens sechs Monaten das Urteil und seine offizielle Zusammenfassung zu veröffentlichen sowie das letztgenannte Dokument, einschließlich durch Radiosendungen, in indigenen Sprachen und auf Spanisch zu verbreiten, (vi) innerhalb eines angemessenen Zeitraums die

gesetzgeberischen und/oder anderen Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um für Rechtssicherheit für das Eigentumsrecht der indigenen Gemeinschaften zu sorgen und zu diesem Zweck besondere Verfahren vorzusehen; vii) innerhalb einer Frist von sechs Monaten einen im Urteil festgesetzten Geldbetrag zur Erstattung der Auslagen und Kosten zu zahlen; viii) dem Gerichtshof halbjährliche Berichte über die zur Restitution des Eigentumsrechts getroffenen Maßnahmen vorzulegen; und ix) den Gerichtshof innerhalb eines Jahres über die Maßnahmen zu unterrichten, die ergriffen wurden, um allen im Urteil angeordneten Maßnahmen nachzukommen.

Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte wird die vollständige Einhaltung des Urteils in Ausübung seiner Befugnisse und in Erfüllung seiner Pflichten gemäß der Amerikanischen Menschenrechtskonvention überwachen und den Fall abschließen, sobald der Staat den Bestimmungen des Urteils vollständig nachgekommen ist.

Der vollständige Text des Urteils kann unter folgendem Link abgerufen werden [auf Spanisch]: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS[11]

CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) *VS.* ARGENTINA

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2020 *(Fondo, Reparaciones y Costas)*

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

El 6 de febrero de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte" o "Tribunal") dictó una Sentencia, mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la violación de distintos derechos de 132 comunidades indígenas que habitan los lotes identificados con las matrículas catastrales 175 y 5557 del Departamento Rivadavia, de la Provincia de Salta, antes conocidos como "lotes fiscales 14 y 55".

La Corte determinó que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria. Además, determinó que el Estado violó los de-

[1] Integrada por los siguientes jueces: Elizabeth Odio Benito, Presidenta; L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente; Eduardo Vio Grossi; Humberto Antonio Sierra Porto; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, y Ricardo Pérez Manrique. El Juez Eugenio Raúl Zaffaroni, de nacionalidad argentina, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento de la Corte.

rechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, a causa de la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas de los mismos.

Dado lo anterior, el Tribunal concluyó que Argentina violó, en relación con su obligación de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "Convención" o "Convención Americana"), las siguientes disposiciones del mismo tratado: (i) el artículo 21, que reconoce el derecho de propiedad, en relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, receptados en los artículos 8.1 y 25.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno mandada en el artículo 2; (ii) el citado artículo 21 y los derechos políticos, establecidos en el artículo 23.1; (iii) el artículo 26, que recoge derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y (iv) el artículos 8.1, por la demora en la resolución de una causa judicial.

Por otro lado, la Corte consideró que el Estado no es responsable por la violación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ni de las libertades de pensamiento y de expresión, de asociación, y de circulación y de residencia, conforme establecen los artículos 3, 13, 16 y 22.1 de la Convención.

El Tribunal ordenó al Estado la adopción de diversas medidas de reparación.

I. Consideraciones previas

Previo al examen de fondo sobre el caso, la Corte advirtió que el mismo involucraba comunidades indígenas cuyo número había ido variando con el tiempo. Esto, a partir del proceso denominado "fisión-fusión", propio de su estructura social ancestral. Por eso, aunque el Informe de Fondo, emitido el 26 de enero de 2012 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indicó un número menor, consideró que debía examinar el caso respecto a las 132 comunidades indígenas que habitan los lotes 14 y 55.

1 Integrada por los siguientes jueces: Elizabeth Odio Benito, Presidenta; L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente; Eduardo Vio

Grossi; Humberto Antonio Sierra Porto; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, y Ricardo Pérez Manrique. El Juez Eugenio Raúl Zaffaroni, de nacionalidad argentina, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento de la Corte.

El Tribunal observó que los lotes indicados están habitados también por pobladores criollos. Dejó sentado que las personas o familias no indígenas no son parte en el proceso internacional y que no puede pronunciarse directamente sobre sus derechos. No obstante, notó que en un sentido material están involucrados en el conflicto sustantivo por la tierra. Por ello, entendió pertinente considerar su situación, en el marco de las pautas procesales que rigen la actuación de la Corte.

Por otra parte, rechazando un argumento estatal, el Tribunal determinó que era procedente examinar ciertos hechos supervinientes ocurridos después del 26 de enero de 2012 pero que guardaban que guardaban relación con el marco fáctico presentado en el Informe de Fondo.

II. Hechos

Los hechos del caso se refieren a un reclamo de comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete), de la propiedad de los lotes fiscales 14 y 55, colindantes y en conjunto abarcan un área aproximada de 643.000 hectáreas (ha). En la zona referida, que está dentro de la Provincia de Salta y limita con Paraguay y Bolivia, ha habido presencia de comunidades indígenas de modo constante, al menos desde antes de 1629. Además, la tierra fue ocupada, por personas criollas a partir de inicios del siglo xx.

El reclamo indígena fue formalizado en 1991. Durante los más de 28 años que han transcurrido desde entonces, la política estatal respecto a la propiedad indígena ha ido cambiando, y el Estado ha llevado a cabo distintas actuaciones en relación con la propiedad reclamada.

El 15 de diciembre de 1991, fue dictado el Decreto No. 2609/91 que estableció la obligación de Salta de unificar los lotes 14 y 55 y adjudicar una superficie sin subdivisiones, mediante título único de propiedad, a las comunidades indígenas.

Un año después, en diciembre de 1992, se conformó formalmente la "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat" (en adelante "Lhaka Honhat"), integrada por personas de distintas comunidades indígenas, con la finalidad, entre otras, de obtener el título de propiedad de la tierra.

En 1993 el Estado creó una "Comisión Asesora", que en 1995 recomendó asignar dos terceras partes de la superficie de los lotes 14 y 55 a comunidades indígenas, lo que fue aceptado por tales comunidades.

En 1995 comenzó la construcción de un puente internacional. En septiembre de ese año el puente fue ocupado pacíficamente por comunidades indígenas. El entonces Gobernador de Salta se comprometió a emitir un Decreto que asegurara la adjudicación definitiva de la tierra. El puente fue finalizado en 1996, sin que previamente se desarrollara un proceso de consulta con las comunidades indígenas.

Pese a lo comprometido por el Gobernador, en 1999, por medio del Decreto 461, el Estado realizó adjudicaciones de fracciones del lote 55, otorgando parcelas a algunas comunidades e individuos allí asentados. Luego, en diciembre de 2000, la Provincia presentó una propuesta de adjudicación del lote 55, previendo la entrega de fracciones a cada comunidad. Esto fue rechazado por Lhaka Honhat porque el ofrecimiento no contemplaba el lote 14 ni la unidad del territorio, entre otros motivos. Durante los años siguientes, agentes estatales realizaron algunas tareas en el terreno, como mensuras y amojonamiento, pero no hubo avances en definiciones sobre la propiedad de la tierra. En 2007 la Corte de Justicia de Salta, a partir de una acción de amparo presentada por Lhaka Honhat en marzo de 2000, resolvió dejar sin efecto el Decreto 461.

El 23 de octubre de 2005 Salta realizó un referéndum, en que los electores del Departamento Rivadavia fueron preguntados sobre si era su voluntad "que se entreguen las tierras correspondientes a los lotes 55 y 14 a sus actuales ocupantes". El "Sí" obtuvo el 98% de votos.

En una reunión de 14 de marzo de 2006 entre Lhaka Honhat y representantes de Salta, se acordó que correspondía reconocer a los pueblos indígenas 400.000 ha dentro de los lotes 14 y 55, en un título único. Al respecto, las comunidades indígenas redujeron su reclamo, que antes era de 530.000 ha. El mismo acuerdo fue alcanzado en octubre de 2007 entre Lahka Honhat y la Organización de Familias Criollas. En el último mes indicado Salta adoptó el Decreto 2786/07, refrendando lo anterior. En octubre de 2008 Salta creó un "equipo técnico", integrado por la Unidad Ejecutora Provincial (UEP), que había sido creada en 2005 para ejecutar tareas relacionadas con la distribución de la tierra de los lotes señalados. En los años siguientes, hubo acciones y reuniones tendientes a lograr acuerdos entre comunidades indígenas y familias criollas sobre la adjudicación territorial.

El 25 de julio de 2012 Salta emitió el Decreto 2398/12, el cual dispuso "asignar, con destino a su posterior adjudicación", 243.000 ha de los lotes 14 y 55 para las familias criollas y 400.000 ha para las comunidades indígenas, "en propiedad comunitaria y bajo la modalidad de título que cada una de ellas determine".

El 29 de mayo de 2014 Salta emitió el Decreto 1498/14, mediante el cual reconocía y transfería la "propiedad comunitaria", a favor de 71 comunidades indígenas, de aproximadamente 400.000 ha de los lotes 14 y 55, y la "propiedad en condominio" de los mismos lotes a favor de múltiples familias criollas. El mismo decreto prevé que, a través de la UEP, se concreten los actos y trámites necesarios para la "determinación específica" del territorio y lotes que correspondan a comunidades indígenas y familias criollas.

Pese a lo anterior, la implementación de acciones relacionadas con el territorio indígena no ha concluido y solo pocas familias criollas fueron trasladadas.

En el territorio reclamado, por otra parte, se han desarrollado actividades ilegales de tala, y las familias criollas desarrollan la ganadería e instalan alambrados. Esto ha generado una merma de recursos forestales y de biodiversidad. Lo anterior afectó la forma en que tradicionalmente las comunidades indígenas procuraban su acceso a agua y alimentos.

III. Fondo

Los aspectos de fondo del caso fueron analizados por la Corte en tres apartados de la Sentencia, en los cuales se determinaron violaciones a: 1) el derecho a la propiedad comunitaria, así como a otros derechos que presentaron relación con el mismo; 2) los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, en particular en lo atinente a la identidad cultural, y 3) el derecho a las garantías judiciales, en relación con una acción judicial iniciada en el caso.

a. Derecho de propiedad comunitaria indígena

La Corte advirtió que en el caso no se hallaba en discusión el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre el territorio ancestral, sino si la conducta estatal seguida le había brindado seguridad jurídica adecuada y si había permitido el libre ejercicio y goce de ese derecho.

Al respecto, el Tribunal recordó que el derecho de propiedad, plasmado en el artículo 21 de la Convención, comprende, en relación con pueblos indígenas, la propiedad comunal de sus tierras. Señaló que la posesión tradicional de las mismas por parte de las comunidades indígenas debería bastar para el reconocimiento oficial de la propiedad. Dejó sentado que el Estado debe dar seguridad jurídica al derecho, dando un título jurídico que lo haga oponible ante las propias autoridades o a terceros y asegurando el goce pacífico de la propiedad, sin interferencia de externa de terceros. Asimismo, señaló que el derecho de propiedad comunitaria implica que las comunidades tengan participación efectiva, con base en procesos adecuados de consulta que sigan pautas determinadas, en la realización, por parte del Estado o de terceros, de actividades que puedan afectar la integridad de sus tierras y recursos naturales.

La Corte entendió que los Decretos 2786/07 y 1498/14 constituyeron actos de reconocimiento de la propiedad comunitaria sobre la tierra reclamada. Asimismo, valoró el proceso de acuerdos, relacionado con la propiedad, seguido en el caso a partir de

2007 entre las comunidades indígenas, organizaciones criollas y el Estado. Ello, por cuanto tiene potencialidad para permitir al Estado cumplir sus obligaciones y satisfacer los derechos implicados. Sobre el particular, resaltó que el Estado debe cumplir sus obligaciones respecto a las comunidades indígenas, pero al hacerlo debe observar también los derechos de la población criolla.

Pese a lo dicho, el Tribunal observó que no ha concluido el proceso para concretar la propiedad comunitaria. Luego de más de 28 años desde que se reclamara el reconocimiento de la propiedad, el mismo no ha sido garantizado plenamente. El territorio no ha sido titulado de forma adecuada, de modo de brindar seguridad jurídica, no se ha demarcado y subsiste la permanencia de terceros.

La Corte evaluó también que Argentina no cuenta con normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria. Eso hizo que las comunidades indígenas no contaran con una tutela efectiva de su derecho de propiedad. El Tribunal concluyó, entonces, que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria, en relación con el derecho a contar con procedimientos adecuados y con las obligaciones de garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno, incumpliendo el artículo 21 de la Convención, en relación con sus artículos 8, 25, 1.1 y 2.

Por otro lado, la Corte notó la relevancia del puente internacional construido, que involucra el tránsito fronterizo y la política estatal respecto a las fronteras del país. El puente, pese a ello, se construyó sin procesos previos de consulta adecuados. Por eso, Argentina violó los derechos de propiedad y participación de las comunidades, incumpliendo los artículos 21 y 23 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del tratado.

b. Derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural

Por primera vez en un caso contencioso, la Corte analizó los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del

artículo 26 de la Convención Americana.

El Tribunal consideró procedente examinar estos cuatro derechos en su interdependencia y de conformidad a sus especificidades respecto a pueblos indígenas. Entendió que la tala ilegal, así como las actividades desarrolladas en el territorio por población criolla, puntualmente la ganadería e instalación de alambrados, afectaron bienes ambientales, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua. Lo anterior alteró la forma de vida indígena, lesionando su identidad cultural pues si bien esta tiene carácter evolutivo y dinámico, las alteraciones a la forma de vida indígena en el caso no se basaron en una interferencia consentida. El Estado tuvo conocimiento de las actividades lesivas y adoptó distintas acciones, las cuales no han sido efectivas para detenerlas. Esta falta de efectividad se enmarca, además, en una situación en que Argentina no ha garantizado a las comunidades indígenas la posibilidad de determinar las actividades sobre su territorio. Por ello, el Estado violó el artículo 26 de la Convención Americana en relación con su artículo 1.1.

c. Garantías Judiciales

Por último, la Corte observó que, a partir del amparo presentado por Lhaka Honhat contra el Decreto 461/99 (y contra una Resolución), el 15 de junio de 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que el Poder Judicial de Salta debía emitir una decisión y que, a pesar de eso, fue recién tres años después, el 8 de mayo de 2007, que la Corte de Justicia de Salta dejo sin efecto el Decreto y la Resolución. No se advirtió justificación para tal demora. Por ello el Estado violó la garantía judicial del plazo razonable. Por consiguiente incumplió el artículo 8.1 de la Convención, en relación con su artículo 1.1.

IV. Reparaciones

La Corte ordenó al Estado, como medidas de reparación, que con la mayor celeridad posible y en un plazo máximo de seis años:

a) Concluya las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las 132 comunidades indígenas sobre su territorio. El titulo debe ser único, es decir, uno para el conjunto de todas las comunidades y relativo a todo el territorio, sin perjuicio de los acuerdos de las comunidades sobre el uso del territorio común.
b) Remueva del territorio indígena los alambrados y el ganado de pobladores criollos y concrete el traslado de la población criolla fuera de ese territorio, debiendo promover que ello sea voluntario, evitando desalojos compulsivos durante los primeros tres años y, en cualquier caso, procurando el efectivo resguardo de los derechos de la población criolla, lo que implica posibilitar el reasentamiento o acceso a tierras productivas con adecuada infraestructura predial.

Además, la Corte dispuso que su Sentencia constituye por sí misma una forma de reparación y ordenó también a Argentina: i) abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a pautas señaladas en la Sentencia; ii) presentar a la Corte un estudio que identifique situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, formule un plan de acción para atender esas situaciones y comience su implementación; iii) elaborar, en un plazo máximo de un año, un estudio en el que establezca acciones que deben instrumentarse para la conservación de aguas y para evitar y remediar su contaminación; garantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada; iv) crear un fondo de desarrollo comunitario e implementar su ejecución en un plazo no mayor a cuatro años; v) realizar, en un plazo máximo de seis meses, publicaciones de la Sentencia y su resumen oficial, así como actos de difusión de este último documento, inclusive por emisiones de radio, en lenguas indígenas y en español; vi) adoptar, en un plazo razonable, las medidas legis-

lativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos para tal fin; vii) pagar, en el plazo de seis meses, una suma de dinero, fijada en la Sentencia, por concepto de reintegro de gastos y costas; viii) rendir al Tribunal informes semestrales sobre las medidas de restitución del derecho de propiedad, y ix) informar a la Corte en el plazo de un año sobre las medidas adoptadas para cumplir con todas las medidas ordenadas en la misma.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.

El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*

COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME[1]

AFFAIRE DES COMMUNAUTÉS INDIGÈNES MEMBRES DE L'ASSOCIATION LHAKA HONHAT (NOTRE TERRE) c. ARGENTINE

ARRÊT DU 6 FÉVRIER 2020

(Fond, réparations, frais et dépens)

RÉSUMÉ [OFFICIEL] ÉMIS PAR LA COUR INTERAMÉRICAINE[2]

Le 6 février 2020, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») a rendu un arrêt dans lequel elle a déclaré la responsabilité internationale de la République argentine pour violation de divers droits de 132 communautés indigènes habitant des lots identifiés aux inscriptions cadastrales 175 et 5557 du département de Rivadavia, dans la Province de Salta, anciennement appelés « lots fiscaux 14 et 55 ».

La Cour a déterminé que l'État avait violé le droit de propriété collective. En outre, elle a déterminé que l'État avait violé les

---

1 Composée des juges suivants : Elizabeth Odio Benito, Présidente ; L. Patricio Pazmiño Freire, Vice-Président ; Eduardo Vio Grossi ; Humberto Antonio Sierra Porto ; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, et Ricardo Pérez Manrique. Le Juge Eugenio Raúl Zaffaroni, de nationalité argentine, n'a pas participé à la conduite de la présente affaire ni au délibéré et à la signature de cet arrêt, conformément aux articles 19.1 et 19.2 du Règlement de la Cour.

2 Traduit de l'espagnol par Niall Coghlan et Melina Garcin.

droits à l'identité culturelle, à un environnement sain, à une alimentation adéquate et à l'eau, en raison du manque d'efficacité des mesures prises par l'État pour mettre fin aux activités qui leur étaient nuisibles.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour a conclu que l'Argentine avait violé, en ce qui concerne son obligation de respecter et de garantir les droits énoncés à l'article 1.1 de la Convention américaine des droits de l'homme (ci-après « Convention » ou « Convention américaine »), les dispositions suivantes de ce traité : (i) l'article 21, qui reconnaît le droit de propriété, en relation avec les droits aux garanties judiciaires et à la protection judiciaire, prévus par les articles 8.1 et 25.1, et l'obligation d'adopter des mesures de droit internes prévue par l'article 2 ; (ii) l'article 21 susmentionné et les droits politiques énoncés dans l'article 23.1 ; (iii) l'article 26, qui comprend les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux, et (iv) l'article 8.1 concernant le délai raisonnable pour le règlement d'une affaire judiciaire.

En revanche, la Cour a considéré que l'État n'était pas responsable de la violation du droit à la reconnaissance de la personnalité juridique ou des libertés de pensée et d'expression, d'association, de libre circulation et de séjour, tels que prévus par les articles 3, 13, 16 et 22.1 de la Convention.

La Cour a ordonné à l'État d'adopter diverses mesures de réparation.

I. Considérations préalables

Préalablement à l'examen sur le fond, la Cour a noté que l'affaire concernait des communautés indigènes dont le nombre avait varié au fil du temps. Cela est dû au processus connu sous le nom de « fission-fusion » qui est typique de leur structure ancestrale. Par conséquent, bien que le rapport sur le fond, publié le 26 janvier 2012 par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, ait indiqué un nombre inférieur, la Cour a estimé qu'elle devait examiner l'affaire en ce qui concerne les 132 communautés indigènes vivant dans les lots 14 et 55.

La Cour a noté que les lots mentionnés étaient également habités par des peuples créoles. Elle a clairement indiqué que les personnes et les familles non-indigènes ne sont pas parties au processus international et qu'elle ne peut pas statuer directement sur leurs droits. Cependant, elle a noté que, d'un point de vue matériel, ces peuples sont impliqués dans le conflit de fond sur la terre. C'est pourquoi elle a jugé pertinent d'examiner leur situation, dans le cadre des lignes directrices procédurales qui régissent les actions de la Cour.

D'autre part, rejetant un argument étatique, la Cour a estimé qu'il convenait d'examiner certains événements survenus après le 26 janvier 2012 mais toutefois liés au cadre factuel présenté dans le rapport sur le fond.

II. Faits

Les faits de l'affaire traitent d'une revendication de communautés indigènes ; appartenant aux peuples Wichí (Mataco), Iyjwaja (Cohorte), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete), concernant la propriété des lots fiscaux 14 et 55, qui sont adjacents et qui couvrent ensembles une superficie d'environ 643 000 hectares (ha). Dans la zone en question, qui se trouve dans la province de Salta et qui a des frontières avec le Paraguay et la Bolivie, les communautés indigènes ont eu une présence constante, au moins depuis avant 1629. En outre, la terre était occupée par des créoles dès le début du XXème siècle.

La revendication des peuples indigènes a été formalisée en 1991. Au cours des 28 années qui se sont écoulées depuis, la politique de l'État en matière de propriété indigène a évolué et l'État a mené diverses actions en rapport avec la propriété revendiquée.

Le 15 décembre 1991, le décret n° 2609/91 a été adopté, établissant l'obligation pour Salta d'unifier les lots 14 et 55 et d'attribuer une zone sans subdivisions aux communautés indigènes, moyennant un titre de propriété unique.

Un an plus tard, en décembre 1992, l'association des communautés aborigènes « Lhaka Honhat » (ci-après « Lhaka Honhat »),

composée de personnes de différentes communautés indigènes, a été officiellement créée dans le but, entre autres, d'obtenir le titre de propriété sur leurs terres.

En 1993, l'État a créé une commission consultative (« Comisión Asesora ») qui, en 1995, a recommandé l'attribution des deux-tiers de la superficie des lots 14 et 55 aux communautés indigènes, ce que ces dernières ont accepté.

En 1995, la construction d'un pont international a débuté. En septembre de la même année, des communautés indigènes ont occupé le pont de manière pacifique. Le gouverneur de Salta de l'époque s'est engagé à publier un décret pour assurer l'attribution définitive des terres. Le pont fut achevé en 1996, sans consultation préalable des communautés indigènes.

Malgré l'engagement du gouverneur et par le biais du décret 461, l'État a procédé en 1999 à des attributions de fractions du lot 55, octroyant des parcelles à certaines communautés et individus qui s'y sont installés. Puis, en décembre 2000, la province a présenté une proposition pour l'attribution du lot 55, prévoyant la remise de fractions à chaque communauté. Cette proposition a été rejetée par Lhaka Honhat car l'offre ne prenait pas en compte le lot 14 ni l'unité du territoire, entre autres. Au cours des années suivantes, des agents étatiques ont effectué certaines tâches sur les terres, telles que mesures et marquages, sans avancées sur la définition de la propriété foncière. En 2007, la Cour de justice de Salta, sur la base d'une action en amparo déposée par Lhaka Honhat en mars 2000, a décidé d'annuler le décret 461.

Le 23 d'octobre 2005, Salta a organisé un référendum où il était demandé aux électeurs du département de Rivadavia s'il en était de leur volonté « que les terres correspondant aux lots 55 et 14 soient remises à leurs occupants actuels ». Le « oui » a obtenu 98% des voix.

Lors d'une réunion du 14 mars 2006 entre Lhaka Honhat et des représentants de Salta, il a été décidé qu'il convenait de reconnaître 400 000 ha des lots 14 et 55 aux peuples indigènes dans un titre unique. En ce sens, les communautés indigènes ont réduit leur revendication, qui était auparavant de 530 000 ha. Le même accord a été conclu en octobre 2007 entre Lhaka Honhat et l'or-

ganisation des familles créoles (« Organización de Familias Criollas »). Dans le même mois, Salta a adopté le décret n° 2786/07, entérinant ce qui précède. En octobre 2008, Salta a créé une « équipe technique », composée de l'Unité provinciale d'exécution (UEP), qui avait été créée en 2005 pour effectuer des tâches liées à la distribution des terres dans les lots susmentionnés. Au cours des années suivantes, des actions et des réunions ont été organisées pour parvenir à des accords entre les communautés indigènes et les familles créoles sur l'attribution des terres.

Le 25 juillet 2012, Salta a adopté le décret n° 2398/12, qui prévoit « l'attribution, en vue de leur adjudication ultérieure », de 243 000 ha des lots 14 et 55 pour les familles créoles et de 400 000 hectares pour les communautés indigènes, « en propriété collective et sous la forme d'un titre déterminé par chacune d'entre elles ».

Le 29 mai 2014, Salta a adopté le décret n° 1498/14, par lequel elle a reconnu et transféré la « propriété collective » d'environ 400 000 ha des lots 14 et 55 à 71 communautés indigènes et la « propriété en copropriété » des mêmes lots à de multiples familles créoles. Le même décret prévoit que les actes et procédures nécessaires à la « détermination spécifique » du territoire et des lots correspondant aux communautés indigènes et aux familles créoles soient réalisés par le biais de l'UEP.

Malgré ce qui a été évoqué précédemment, la mise en œuvre des actions relatives au territoire indigène n'a pas été achevée et seules quelques familles créoles ont été relogées.

Des activités illégales d'exploitation forestière ont été menées sur le territoire revendiqué, et des familles créoles se livrent à l'élevage de bétail et à l'installation de clôtures en fil de fer barbelé. Cela a entraîné une diminution des ressources forestières et de la biodiversité et a affecté la manière dont les communautés indigènes se procuraient traditionnellement leur accès à l'eau et à l'alimentation.

III. Fond

La Cour a analysé le fond de l'affaire dans trois sections de l'arrêt, dans lesquelles elle a constaté la violation des droits suivants : 1)

le droit à la propriété collective, ainsi que d'autres droits qui y sont rattachés ; 2) les droits à un environnement sain, à une alimentation adéquate, à l'eau et à la participation à la vie culturelle, notamment en ce qui concerne l'identité culturelle, et 3) le droit aux garanties judiciaires, en l'espèce, dans le cadre d'une action judiciaire engagée.

a. Droit de propriété des communautés indigènes

La Cour a noté qu'en l'espèce, n'était pas en discussion le droit de propriété des communautés indigènes sur leur territoire ancestral, mais le fait de savoir si la ligne de conduite suivie par l'État leur avait apporté une sécurité juridique adéquate et leur avait permis le libre exercice et la jouissance de ce droit.

À cet égard, la Cour a rappelé que le droit de propriété, consacré par l'article 21 de la Convention, comprend, en ce qui concerne les peuples indigènes, la propriété collective de leurs terres. Elle a indiqué que la possession traditionnelle de ces terres par les communautés indigènes était suffisante pour la reconnaissance officielle de la propriété. Elle a précisé que l'État devait assurer une sécurité juridique au droit, en émettant un titre juridique opposable aux autorités elles-mêmes ou à un tiers et en garantissant la jouissance pacifique de la propriété, sans ingérence extérieure de tiers. De même, elle a souligné que le droit de propriété collective implique que les communautés participent effectivement, sur la base de processus de consultation adéquats qui suivent certaines lignes directrices, à la conduite des activités, de l'État ou de tiers, susceptibles d'affecter l'intégrité de leurs terres et ressources naturelles.

La Cour a noté que les décrets n° 2786/07 et n° 1498/14 constituaient des actes de reconnaissance de propriété collective sur la terre revendiquée. De même, elle a valorisé le processus d'accords, lié à la propriété, ayant eu lieu à partir de 2007 entre les communautés indigènes, les organisations créoles et l'État. Cela pouvait avoir le potentiel de permettre à l'État de s'acquitter de ses obligations et de satisfaire aux droits en question. En l'espèce, la Cour a souligné que l'État devait remplir ses obligations

concernant les communautés indigènes, mais ce faisant, il devait également respecter les droits de la population créole.

Nonobstant ce qui précède, la Cour a noté que l'État n'avait pas achevé le processus d'établissement de la propriété collective. Plus de 28 ans après la revendication de la reconnaissance de la propriété, celle-ci n'est pas pleinement garantie. Le territoire n'a pas été titré de manière satisfaisante, de manière à assurer la sécurité juridique ; il n'a pas été délimité et la présence de tiers se maintient.

La Cour a également estimé que l'Argentine ne disposait pas d'une règlementation adéquate pour garantir de manière suffisante le droit de propriété collective. Cela signifie que les communautés indigènes n'ont pas bénéficié d'une protection efficace de leur droit de propriété. La Cour en a donc conclu que l'État avait violé le droit de propriété collective, en relation avec le droit à disposer de procédures adéquates et l'obligation de garantir les droits et d'adopter des mesures de droit interne, manquant ainsi aux obligations de l'article 21 de la Convention, en relation avec les articles 8, 25, 1.1 et 2.

D'autre part, la Cour a noté la pertinence du pont international construit, en ce qui concerne le trafic frontalier et la politique d'État concernant les frontières du pays. Le pont a cependant été construit sans processus de consultations préalables adéquat. Par conséquent, l'Argentine a violé les droits de propriété et de participation des communautés, manquant ainsi aux obligations prévues par les articles 21 et 23 de la Convention en relation avec l'article 1.1 du traité.

b. Droits à un environnement sain, à une alimentation adéquate, à l'eau et de participation à la vie culturelle

Pour la première fois dans une affaire contentieuse, la Cour a analysé les droits à un environnement sain, à une alimentation adéquate, a l'eau et a l'identité culturelle de manière autonome en se référant à l'article 26 de la Convention américaine.

La Cour a jugé opportun d'examiner ces quatre droits dans leur interdépendance et en fonction de leur spécificité par rapport

aux peuples indigènes. Elle a considéré que l'exploitation forestière illégale, ainsi que les activités menées sur le territoire par la population créole, notamment l'élevage de bétail et l'installation de fils barbelés, affectaient les biens environnementaux, ayant ainsi une incidence sur le mode d'alimentation traditionnel des communautés indigènes et leur accès à l'eau. Cela a modifié le mode de vie des indigènes, portant atteinte à leur identité culturelle, car bien que celle-ci ait un caractère évolutif et dynamique, les altérations du mode de vie des indigènes n'étaient, en l'espèce, pas fondées sur une interférence consensuelle. L'État était conscient des activités nuisibles et a adopté diverses mesures ne permettant pas d'y mettre fin. Ce manque d'efficacité se traduit en outre par une situation dans laquelle l'Argentine n'a pas garanti aux communautés indigènes la possibilité de déterminer les activités sur leur territoire. Par conséquent, l'État a violé l'article 26 de la Convention américaine en relation avec son article 1.1.

c. Garanties judiciaires

Enfin, la Cour a noté que, à partir de l'amparo déposé par Lhaka Honhat contre le décret n° 461/99 (et contre une résolution), la Cour suprême de justice de la nation avait décidé le 15 juin 2004 que le pouvoir judiciaire de Salta devait rendre une décision. Malgré cela, ce n'est que trois ans plus tard, le 8 mai 2007, que la Cour de justice de Salta a annulé le décret et la résolution. Aucune justification n'a été fournie pour un tel retard. C'est ainsi que l'État a porté atteinte à la garantie judiciaire du délai raisonnable. Par conséquent, celui-ci a manqué à l'obligation prévue à l'article 8.1 de la Convention, en relation avec son article 1.1.

IV. Réparations

La Cour a ordonné à l'État, comme moyens de réparation, aussi rapidement que possible et dans un délai maximum de six ans, de :

a) Mener à bien les actions nécessaires afin de délimiter, de démarquer et d'octroyer un titre qui reconnaisse la pro-

priété collective des 132 communautés indigènes sur leur territoire. Le titre doit être unique, c'est-à-dire concerner toutes les communautés dans leur ensemble et porter sur l'ensemble du territoire, sans préjudice des accords des communautés sur l'utilisation du territoire commun.

b) Retirer les clôtures de barbelés et le bétail de la population créole du territoire indigène et veiller à ce que la population créole soit déplacée hors de ce territoire ; encourager cette démarche sur une base volontaire, en évitant les expulsions forcées au cours des trois premières années et, en tout état de cause, en veillant à ce que les droits de la population créole soient effectivement sauvegardés, ce qui implique de permettre la réinstallation ou l'accès à des terres productives dotées d'infrastructures foncières adéquates.

En outre, la Cour a jugé que son arrêt constitue en soi une forme de réparation et a ordonné à l'Argentine : i) de s'abstenir de réaliser des actes, des travaux ou des entreprises sur le territoire indigène ou susceptibles d'affecter son existence, sa valeur, son utilisation ou sa jouissance, sans avoir préalablement fourni des informations aux communautés indigènes victimes, ainsi que de procéder à des consultations préalables adéquates, libres et informées, conformément aux lignes directrices énoncées dans l'arrêt ; ii) de soumettre à la Cour une étude qui identifie les situations critiques de manque d'accès à l'eau potable ou à la nourriture, qui formule un plan d'action pour s'occuper de ces situations et qui prévoit sa mise-en-œuvre ; iii) de préparer, dans un délai maximum d'un an, une étude établissant les actions à mettre en œuvre pour conserver l'eau et pour prévenir et remédier à sa contamination ; de garantir un accès permanent à l'eau potable ; de prévenir la perte ou la réduction continue des ressources forestières et de favoriser leur rétablissement, et de permettre l'accès à une alimentation adéquate sur le plan nutritionnel et culturel ; iv) de créer un fond de développement communautaire et en assurer l'exécution dans un délai maximum de quatre ans ; v) de publier, dans un délai maximum de six mois, l'arrêt et son résumé officiel, ainsi que les actes de diffusion de ce dernier, y compris par émissions de radio, dans les langues indigènes et en espagnol ; vi) d'adopter, dans un délai raison-

nable, les mesures législatives et/ou autres qui sont nécessaires afin d'assurer la sécurité juridique du droit de propriété des communautés indigènes, en prévoyant des procédures spécifiques à cette fin ; vii) de verser, dans un délai de six mois, une somme d'argent fixée dans l'arrêt, pour le remboursement des frais et dépens ; viii) de soumettre à la Cour des rapports semestriels sur les mesures prises pour la restitution du droit de propriété, et ix) d'informer la Cour, dans un délai d'un an, des mesures adoptées pour l'exécution des moyens ordonnés dans l'arrêt.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme supervisera la pleine exécution de l'arrêt, dans l'exercice de ses pouvoirs et dans le respect des obligations qui lui incombent en vertu de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, et conclura l'affaire une fois que l'État se sera pleinement conformé aux dispositions de l'arrêt.

Le texte intégral de l'arrêt est disponible sur le lien suivant : [en espagnol] *https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

CASE OF INDIGENOUS COMMUNITIES MEMBERS OF THE LHAKA HONHAT (OUR LAND) ASSOCIATION *VS.* ARGENTINA

JUDGMENT OF 6 FEBRUARY 2020

(Merits, Reparations and Costs)

NON-OFFICIAL SUMMARY[1]

On February 6, 2020, the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter "Court") issued a judgment by which it declared the international responsibility of the Argentine Republic for the violation of several rights of 132 indigenous communities living in the lots identified with cadastral plates 175 and 5557 of the Rivadavia Department, in the Province of Salta, formerly known as "fiscal lots 14 and 55".

The Court found that the State infringed the right to communal property. In addition, it determined the State violated the rights to cultural identity, to a healthy environment, to adequate food and to water, due to the lack of effectiveness of State measures aiming at putting an end to activities that were harmful to these rights.

In view of the above, the Court concluded that Argentina breached, in relation to its obligation to respect and guarantee the rights, established in Article 1(1) of the American Conven-

[1] Translated from Spanish by Lucas Sanchez and Julia Liebermann.

tion on Human Rights (hereinafter "Convention" or "American Convention"), the following provisions of that treaty: (i) article 21, which establishes the right to property, in relation to the rights to judicial guarantees and judicial protection contained in articles 8(1) and 25(1) and the obligation to adopt provisions of domestic law mandated in article 2; (ii) the aforementioned article 21 and the political rights established in Article 23(1); (iii) article 26, which covers economic, social, cultural and environmental rights, and (iv) article 8(1), for the delay in the resolution of a judicial case.

On the other hand, the Court considered that the State is not responsible for the violation of the right to recognition as a person before the law, nor of the freedoms of thought and expression, association, movement and residence, as established in Articles 3, 13, 16 and 22(1) of the Convention.

The Court ordered the State to adopt several measures of reparation.

I. Preliminary considerations

Before examining the merits of the case, the Court noted that the case involved indigenous communities whose number had been changing over time. This was due to the process known as "fission-fusion", which is typical of their ancestral social structure. Therefore, even if the Report on the Merits issued on 26 January 2012 by the Inter-American Commission on Human Rights indicated a lower number, the Court considered that it should examine the case with respect to the 132 indigenous communities inhabiting lots 14 and 55.

The Court observed that creole settlers are also living in the indicated lots. It made clear that non-indigenous individuals or families are not a party to the international procedure and that it cannot rule directly on their rights. However, it noted that in a material sense they are involved in the substantive conflict over the lands. For this reason, it found it appropriate to consider their situation, within the framework of the procedural guidelines that govern the Court's actions.

On the other hand, rejecting an argument of the State, the Court determined that it was pertinent to examine certain supervening facts that occurred after 26 January 2012 but were related to the factual framework presented in the Report on the Merits.

II. Facts

The facts of the case refer to a claim by indigenous communities belonging to the Wichí (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) and Tapy'y (Tapiete) peoples, for the property of fiscal lots 14 and 55, which are adjacent to one another and together cover an area of approximately 643,000 hectares (ha). In this area, which is located within the Province of Salta and borders with Paraguay and Bolivia, there has been a constant presence of indigenous communities, at least since before 1629. In addition, the land was occupied by creole people since the beginning of the 20th century.

The indigenous claim was formalized in 1991. During the more than 28 years that have elapsed since then, the State policy with respect to indigenous property has been changing, and the State has carried out various actions in relation to the property claimed.

On 15 December 1991, Decree No. 2609/91 was issued, establishing Salta's obligation to unify lots 14 and 55 and allocate to the indigenous communities an area without subdivisions, by means of a single property title.

One year later, in December 1992, the "Lhaka Honhat Aboriginal Communities Association" (hereinafter "Lhaka Honhat"), composed of persons from different indigenous communities, was formally established for the purpose, among others, of obtaining the property title to the land.

In 1993, the State established an "Advisory Commission", that in 1995 recommended to assign two-thirds of the area of lots 14 and 55 to indigenous communities, which was accepted by these communities.

In 1995, the construction of an international bridge began. In September of that year the bridge was peacefully occupied by

indigenous communities. The then Governor of Salta promised to adopt a decree ensuring the final allocation of the land. The bridge was completed in 1996, without a prior consultation process with the indigenous communities.

In spite of the Governor's commitment, in 1999, by means of Decree 461, the State allocated fractions of lot 55, granting plots to some communities and individuals settled there. Then, in December 2000, the Province presented a proposal for the allocation of lot 55, providing for the delivery of fractions to each community. This was rejected by Lhaka Honhat because the offer did not contemplate lot 14 or the unity of the territory, among other reasons. During the following years, state agents carried out some tasks on the land, such as measurements and marking of boundaries, but there was no progress on the definitions about land ownership. In 2007, the Court of Justice of Salta, based on an application for amparo filed by Lhaka Honhat in March 2000, decided to suspend Decree 461.

On 23 October 2005, Salta held a referendum, in which the voters from Rivadavia Department were asked whether they wanted "the lands corresponding to lots 55 and 14 to be handed over to their current occupants". The "Yes" obtained 98% of the votes.

At a meeting on 14 March 2006 between Lhaka Honhat and representatives from Salta, it was agreed that 400,000 ha within lots 14 and 55 should be allocated to the indigenous peoples, in a single title. In this regard, the indigenous communities reduced their claim, which was previously 530,000 ha. The same agreement was reached in October 2007 between Lahka Honhat and the Organization of Creole Families. In the latter month Salta adopted Decree 2786/07, endorsing the above. In October 2008, Salta created a "technical team" composed of the Provincial Executing Unit (UEP), which had been created in 2005 to carry out tasks related to land distribution in the aforementioned lots. In the following years, actions and meetings took place that aimed at reaching agreements between indigenous communities and creole families on the allocation of land.

On 25 July 2012, Salta issued Decree No. 2398/12, which provided for the "assignment, with a view to their subsequent al-

location", of 243,000 ha of lots 14 and 55 for creole families and 400,000 ha for indigenous communities, "in communal property and under the title form determined by each of them".

On 29 May 2014, Salta issued Decree 1498/14, by means of which it recognized and transferred to 71 indigenous communities the "communal property" of approximately 400,000 ha of lots 14 and 55, and to several creole families the "condominium property" of the same lots. This decree provides that the acts and procedures necessary for the "specific determination" of the territory and lots corresponding to indigenous communities and creole families should be carried out through the UEP.

In spite of the above, the implementation of actions related to the indigenous territory has not concluded and only a few creole families were relocated.

On the other hand, illegal logging activities have been carried out in the claimed territory, and creole families are engaged in livestock farming and installing barbed wire fences. This generated a decrease in forest resources and biodiversity, which in turn affected the way in which indigenous communities traditionally sought access to water and food.

III. Merits

The merits of the case were analyzed by the Court in three sections of the judgment, finding violations of: 1) the right to communal property, as well as other rights in relation to it; 2) the rights to a healthy environment, to adequate food, to water and to participate in cultural life, especially in relation to cultural identity, and 3) the right to judicial guarantees in relation to a judicial action initiated in the case.

a. Right to indigenous communal property

The Court noted that in this case the right to property of the indigenous communities over their ancestral territories was not in question, but rather if the State's conduct had offered adequate

legal certainty and if it had allowed a free and exercise and enjoyment of this right.

In this regard, the Court recalled that the right to property, as laid down in Article 21 of the Convention, includes, in relation to indigenous peoples, the communal property of their lands. It stressed that traditional possession of the land by the indigenous communities should be sufficient for the official recognition of property. It made clear that the State has to provide legal certainty to the right, offering a legal title that makes it enforceable against the authorities themselves or third parties and ensuring the peaceful enjoyment of property, without interference from third parties. Furthermore, it stated that the right to communal property implies that communities have effective participation, based on adequate consultation processes that follow previously determined procedures, when the State or third parties conduct activities that could affect the integrity of their lands and natural resources.

The Court found that Decrees 2786/07 and 1498/14 constituted acts of recognition of communal property of the claimed lands. Furthermore, it assessed the process of agreements related to property that was followed in the case since 2007 between indigenous communities, creole organizations and the State. These agreements have the potential to allow the State to comply with its obligations and satisfy the concerned rights. In this regard, the Court highlighted that the State must comply with its obligations towards the indigenous communities, but while doing so it must also observe the rights of the creole population.

Notwithstanding the above, the Court noted that the process to determine the communal property has not concluded. After more than 28 years claiming the recognition of property, it has not been fully guaranteed. The territory has not been properly titled, in a way which offers legal certainty, it has not been demarcated, and the presence of third parties continues.

The Court also established that Argentina does not have adequate regulations in place to sufficiently guarantee the right to communal property. This left the indigenous communities with no effective protection of their right to property. Thus, the Court

concluded that the State violated the right to communal property, in relation to the right to have adequate procedures and to the obligation to guarantee rights and adopt provisions of internal law, failing to comply with Article 21 of the Convention, in relation to Articles 8, 25, 1.1 and 2.

On the other hand, the Court noted the relevance of the international bridge built, which involves border traffic and national border policy. The bridge, however, was built without adequate prior consultation procedures. Therefore, Argentina violated the rights to property and participation of the communities, in breach of Articles 21 and 23 of the Convention in relation to Article 1.1 of the treaty.

b. Rights to a healthy environment, to adequate food, to water and to participate in cultural life

For the first time in a contentious case, the Court analyzed the rights to a healthy environment, to adequate food, to water and to cultural identity autonomously on the basis of with Article 26 of the Convention. The Court considered it appropriate to examine these four rights in their interdependence and in accordance with their particularities regarding indigenous peoples. It found that the illegal logging and the activities carried out on the territory by the creole population, on occasion livestock farming and the installation of fences, affected environmental goods, impacting on the traditional feeding habits of the indigenous communities and on their access to water. This altered the indigenous way of life, damaging their cultural identity, because although it has an evolutionary and dynamic character, the alterations to the indigenous way of life in this case were not based on a consensual interference. The State had knowledge of the harmful activities and adopted various actions, which have not been effective in stopping them. This lack of effectiveness is part of a situation in which Argentina has not guaranteed the indigenous communities the possibility to determine the activities on their territory. Therefore, the State violated Article 26 of the American Convention in relation to its Article 1.1.

c. Judicial Guarantees

Finally, the Court observed that after the Lhaka Honhat filed an amparo proceeding against Decree 461/99 (as well as against a Resolution), on 15 July 2004 the Supreme Court of the Nation ordered the Judiciary of Salta to issue a decision and that, despite this, it took three years, until 8 May 2007, for the Court of Justice of Salta to suspend the Decree and the Resolution. No justification was given for this delay. Therefore, the State violated the judicial guarantee of a proceeding in reasonable time. Thus, it failed to comply Article 8.1 of the Convention in relation with Article 1.1.

IV. Reparations

The Court ordered the State, as measures of reparation to be fulfilled promptly and within a maximum period of six years:

a) Complete the necessary actions in order to define, to demarcate, and to issue a title that recognizes the property of the 132 indigenous communities over their territory. The land title should be a single one, meaning, one for all the communities as a whole and relating to the entire territory, without limiting the communities' agreements concerning the use of the common land.
b) Remove from the indigenous territory the barbed wire fences and livestock of the creole settlers and ensure the relocation of the creole population out of that territory, promoting that this is done on a voluntary basis, avoiding forced evictions during the first three years and, under any circumstances, effectively safeguarding the rights of the creole population, which implies the possibility of resettlement or the access to fertile land with adequate property infrastructure.

Furthermore, the Court established that the judgment constitutes per se a form of reparation and ordered Argentina to; i) abstain from realizing acts, works or ventures on indigenous territory or which could affect its existence, value, use or enjoyment,

without providing prior information to the affected indigenous communities as well as carrying out adequate, free and informed prior consultation, in accordance with the guidelines outlined in the judgement; ii) submit to the Court a study that identifies critical situations concerning the lack of access to drinking water or food, formulate a plan of action to cope with these situations and start implementing it;iii) elaborate, within a maximum period of one year, a study establishing actions to be implemented for the conservation of water and to prevent or remedy its contamination; guarantee permanent access to drinking water; prevent the continued loss or reduction of forest resources and seek its recovery, and enable the access to nutritionally and culturally appropriate food; iv) create a community development fund and implement its execution within a period not exceeding four years; v) Within a maximum period of six months, publish this judgement and its official summary, as well as to disseminate the latter document, including through radio broadcast, in indigenous languages and in Spanish; vi) adopt, within a reasonable period of time, the legislative and/or other measures that are necessary for provide legal certainty to the right to indigenous communal property, foreseeing special procedures for that purpose; vii) pay, within a period of six months, an amount of money, established in the judgement, for the reimbursement of expenses and costs; viii) submit to the Court semi-annual reports about the measures taken to restore the right to property, and to, y ix) inform the Court, within a period of one year, about the measures adopted to comply with all the measures dictated in the judgement.

The Inter-American Court of Human Rights will supervise full compliance with the judgment, in accordance with its mandate and complying with its duties under the American Convention on Human Rights, and will close the case when the State has fully implemented the measures ordered in the judgement.

The full text of the judgement is available at the following link (only in Spanish): *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*

CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI

CASO COMUNITÀ INDIGENE MEMBRI DELL'ASSOCIAZIONE LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) *VS.* ARGENTINA

SENTENZA DEL 6 FEBBRAIO 2020

(Merito, Rimedi e Spese)

RIASSUNTO UFFICIALE EMESSO DALLA CORTE INTERAMERICANA[1]

Il 6 febbraio 2020 la Corte Interamericana dei Diritti Umani (a seguire "Corte" o "Tribunale") ha dettato una Sentenza nella quale ha dichiarato la responsabilità internazionale della Repubblica Argentina per la violazione di diversi diritti in capo a 132 comunità indigene che abitano i lotti identificati con le matricole catastali 175 e 5557 del Dipartimento Rivadavia, nella Provincia di Salta, prima conosciuti come "lotti fiscali 14 e 55".

La Corte ha determinato che lo Stato ha violato il diritto alla proprietà collettiva. Inoltre ha sostenuto che lo Stato ha violato i diritti all'identità culturale, a un ambiente salubre, all'alimentazione adeguata e all'acqua a causa della mancanza di misure statali efficaci per fermare attività che sono risultate essere lesive degli stessi.

[1] Traduzione dallo spagnolo di Demetrio Romeo e Federica Bianchi.

In base a quanto precede, il Tribunale ha concluso che l'Argentina ha violato, in inottemperanza al suo obbligo di rispettare e garantire i diritti umani stabilito all'articolo 1.1 della Convenzione Americana sui Diritti Umani (a seguire "Convenzione" o "Convenzione Americana") le seguenti disposizioni dello stesso trattato: (i) l'articolo 21, che riconosce il diritto di proprietà, in correlazione al diritto a un equo processo e al diritto a un ricorso effettivo, recepiti in base agli articoli 8.1 e 25.1, e l'obbligo di adottare disposizioni di diritto interno ai sensi dell'articolo 2; (ii) il citato articolo 21 e i diritti politici, sanciti dall'articolo 23.1; (iii) l'articolo 26, che raccoglie i diritti economici, sociali, culturali e ambientali, e (iv) l'articolo 8.1 per l'irragionevole durata del processo.

D'altra parte, la Corte ha considerato che lo Stato non è responsabile per la violazione del diritto alla personalità giuridica, né delle libertà di pensiero e di espressione, di associazione, di circolazione e di residenza, ai sensi degli articoli 3, 13, 16 e 22.1 della Convenzione.

Il Tribunale ha ordinato allo Stato l'adozione di diverse misure di rimedio.

I. Considerazioni preliminari

Prima dell'esame di merito, la Corte ha avvertito che il caso coinvolgeva comunità indigene il cui numero era variato nel tempo. Ciò è dipeso dal cosiddetto processo "fusión-fusión", proprio della loro struttura sociale ancestrale. Per questo, anche se il Rapporto sul Merito, emesso il 26 gennaio 2012 dalla Commissione Interamericana dei Diritti Umani, ha indicato un numero inferiore, ha ritenuto che dovesse esaminare il caso con riferimento alle 132 comunità indigene che abitano i lotti 14 e 55.

Il Tribunale ha osservato che nei lotti indicati vive anche una popolazione creola. Ha inoltre messo in chiaro che le persone o famiglie indigene non sono parte del processo internazionale e che non può pronunciarsi direttamente sui loro diritti. Ciononostante, la Corte ha evidenziato che i membri delle comunità indigene sono materialmente coinvolti nel conflitto per la terra. Perciò ha

ritenuto opportuno considerare la loro situazione nell'ambito dei modelli processuali che disciplinano l'attività della Corte.

D'altra parte, rigettando un argomento dello Stato, il Tribunale ha determinato che era ammissibile l'esame di certi fatti sopraggiunti avvenuti dopo il 26 gennaio 2012 poiché correlati al quadro fattuale presentato nel Rapporto sul Merito.

II. Fatti

I fatti del caso si riferiscono a una richiesta delle comunità indigene appartenenti ai popoli Wichì (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupì) e Tapy'y (Tapiete) sulla proprietà degli adiacenti lotti fiscali 14 e 55, che comprendono in tutto un'area approssimativa di 643.000 ettari. Nella zona di riferimento, che si trova nella Provincia di Salta al confine con il Paraguay e la Bolivia, c'è stata una presenza costante di comunità indigene fin da prima del 1629. Inoltre la terra è stata occupata da persone creole all'inizio del XX secolo.

La richiesta indigena è stata formalizzata nel 1991. Da allora, per oltre 28 anni, la politica statale sulla proprietà indigena è stata cambiata e lo Stato ha compiuto diverse azioni riguardo alla proprietà reclamata.

Il 15 dicembre 1991 è stato emesso il Decreto N. 2609/91, che ha stabilito l'obbligo di Salta di unificare i lotti 14 e 55 e assegnare una superficie senza suddivisioni, mediante un titolo unico di proprietà, alle comunità indigene.

L'anno seguente, nel dicembre 1992, è stata costituita l'"Associazione delle Comunità Aborigene Lhaka Honhat" (a seguire "Lhaka Honhat"), formata da persone di differenti comunità indigene con lo scopo, tra l'altro, di ottenere il titolo di proprietà della terra.

Nel 1993 lo Stato ha creato una "Commissione Consultiva", che nel 1995 ha consigliato di assegnare i due terzi della superficie dei lotti 14 e 55 alle comunità indigene, il che è stato accettato dalle comunità suddette.

Nel 1995 è iniziata la costruzione di un ponte internazionale. Nel settembre dello stesso anno, il ponte fu occupato pacificamente dalle comunità indigene. L'allora governatore di Salta promise di emanare un decreto che avrebbe assicurato l'aggiudicazione definitiva del terreno. Il ponte è stato completato nel 1996, senza che fosse stato in precedenza avviato un processo di consultazione con le comunità indigene.

Nonostante l'impegno del Governatore, nel 1999, con il Decreto 461, lo Stato ha fatto assegnazioni di frazioni del lotto 55, concedendo parcelle ad alcune comunità e individui lì stabiliti. In seguito, nel dicembre 2000, la Provincia ha presentato una proposta di aggiudicazione del lotto 55, prevedendo la consegna di frazioni a ciascuna comunità. L'offerta è stata respinta da Lhaka Honhat, tra le altre motivazioni, perché non riguardava il lotto 14 o l'unità del territorio. Negli anni seguenti, funzionari statali hanno eseguito alcune attività sul terreno, come la misurazione e la marcatura, ma non sono stati registrati progressi nella definizione della proprietà terriera. Nel 2007 la Corte di giustizia di Salta, sulla base di un ricorso presentato da Lhaka Honhat nel marzo 2000, ha annullato il Decreto 461.

Il 23 ottobre 2005 Salta ha tenuto un referendum, in cui è stato chiesto agli elettori del Dipartimento Rivadavia se fossero d'accordo "che le terre corrispondenti ai lotti 55 e 14 fossero consegnate ai loro attuali occupanti". Il "Sì" ha ottenuto il 98% di voti.

Il 14 marzo 2006, nel corso di una riunione tra Lhaka Honhat e i rappresentanti di Salta, è stato raggiunto l'accordo di riconoscere alle comunità indigene 400.000 ettari nei lotti 14 e 55, con un unico titolo. A questo proposito, le comunità indigene hanno ridotto le loro richieste, che in precedenza erano di 530.000 ettari. Lo stesso accordo è stato raggiunto nell'ottobre 2007 tra Lahka Honhat e l'Organizzazione delle Famiglie Creole. Nello stesso mese, Salta ha adottato il decreto 2786/07, approvando quanto sopra. Nell'ottobre 2008, Salta ha creato un "team tecnico", costituito dall'Unità di Esecuzione Provinciale (UEP), che era stata creata nel 2005 per svolgere compiti relativi alla distribuzione dei terreni dei lotti indicati. Negli anni seguenti, sono state in-

traprese azioni e hanno avuto luogo incontri volti a raggiungere accordi tra le comunità indigene e le famiglie creole in materia di aggiudicazione territoriale.

Il 25 luglio 2012, Salta ha emesso il decreto 2398/12, che ha ordinato "di allocare, in attesa di successiva aggiudicazione", 243.000 ettari dei lotti 14 e 55 alle famiglie creole e 400.000 ettari alle comunità indigene, "in proprietà della comunità e secondo la modalità del titolo che ogni comunità determina".

Il 29 maggio 2014 Salta ha emesso il Decreto 1498/14, attraverso il quale ha riconosciuto e trasferito la "proprietà collettiva", a favore di 71 comunità indigene, di circa 400.000 ettari dei lotti 14 e 55, e la "proprietà in condominio" degli stessi lotti a favore di più famiglie creole. Lo stesso decreto prevede che, attraverso la PEU, vengano specificati gli atti e le procedure necessari per la "determinazione specifica" del territorio e dei lotti corrispondenti alle comunità indigene e alle famiglie creole. Nonostante quanto sopra, l'attuazione di azioni relative al territorio indigeno non è stata completata e solo poche famiglie creole sono state trasferite.

Nel territorio contestato, sono state invece condotte attività illegali di disboscamento e le famiglie creole allevano bestiame e installano recinzioni. Ciò ha generato una diminuzione delle risorse forestali e della biodiversità. Ha inoltre influenzato il modo in cui le comunità indigene tradizionalmente si procuravano accesso ad acqua e cibo.

III. Merito

Gli aspetti sostanziali del caso sono stati analizzati dalla Corte in tre distinte sezioni della Sentenza, in cui sono state determinate le violazioni: 1) del diritto alla proprietà della comunità, nonché degli altri diritti ad essa correlati; 2) del diritto a un ambiente sano, cibo adeguato, acqua e partecipazione alla vita culturale, in particolare per quanto riguarda l'identità culturale, e 3) del diritto a garanzie giudiziarie, in relazione all'azione legale avviata nel caso.

a. Diritto di proprietà della comunità indigena

La Corte ha rilevato che nel caso non era in discussione il diritto di proprietà delle comunità indigene sul territorio ancestrale, ma piuttosto se la condotta dello Stato gli avesse dato adeguata sicurezza legale e se avesse permesso il libero esercizio e godimento di quel diritto.

A questo proposito, la Corte ha ricordato che il diritto di proprietà, sancito dall'articolo 21 della Convenzione, include, in relazione alle popolazioni indigene, la proprietà comune delle loro terre. Ha inoltre rilevato che il possesso tradizionale delle stesse da parte delle comunità indigene dovrebbe essere sufficiente per il riconoscimento ufficiale della proprietà. La Corte ha dunque dichiarato che lo Stato deve dare certezza giuridica al diritto, conferendo un titolo legale che lo rende esecutivo dinanzi alle autorità o ai terzi e garantendo il godimento pacifico della proprietà, senza interferenze da parte di terzi esterni. Allo stesso modo, ha segnalato che il diritto di proprietà collettiva implica che le comunità abbiano una partecipazione effettiva, basata su adeguati processi di consultazione che seguono determinate linee guida, nello svolgimento, da parte dello Stato o di terzi, di attività che possono influenzare l'integrità della loro terra e risorse naturali.

La Corte ha interpretato i decreti 2786/07 e 1498/14 come costituenti atti di riconoscimento della proprietà comunitaria della terra rivendicata. Allo stesso modo, ha apprezzato il processo di accordi sulla proprietà intrapreso nel 2007 tra le comunità indigene, le organizzazioni creole e lo Stato. Questo perché ha il potenziale di consentire allo Stato di adempiere i propri obblighi e soddisfare i diritti coinvolti. A questo proposito, la Corte ha posto l'accento sul fatto che lo Stato deve adempiere i propri obblighi nei confronti delle comunità indigene, ma nel farlo deve anche rispettare i diritti della popolazione creola.

Nonostante quanto sopra, la Corte ha rilevato che il processo di costituzione della proprietà della comunità non è stato completato. Dopo più di 28 anni dalla rivendicazione del riconoscimento della proprietà, essa non è stata pienamente garantita. Il territorio non è stato adeguatamente tutelato, in modo da garantire la

certezza del diritto, non è stato delimitato e continua a sussistere la presenza di terzi.

La Corte ha inoltre valutato che l'Argentina non dispone di una legislazione adeguata per garantire in misura sufficiente il diritto alla proprietà collettiva. Ciò ha comportato la mancanza di protezione effettiva dei diritti di proprietà delle comunità indigene. La Corte ha quindi concluso che lo Stato ha violato il diritto alla proprietà collettiva, in relazione al diritto di accedere a delle procedure adeguate e agli obblighi di garantire i diritti e di adottare disposizioni di diritto interno, in violazione dell'articolo 21 della Convenzione, in combinato disposto con gli articoli 8, 25, 1.1 e 2 della stessa.

D'altro canto, la Corte ha evidenziato la rilevanza della costruzione del ponte internazionale, che coinvolge il passaggio frontaliero e la politica statale per quanto riguarda i confini del Paese. Il ponte, tuttavia, è stato realizzato senza esperire adeguati processi di consultazione preventiva. Pertanto, l'Argentina ha violato i diritti di proprietà e di partecipazione delle comunità, non rispettando gli articoli 21 e 23 della Convenzione in relazione all'articolo 1.1 della Convezione stessa.

b. Diritti ad un ambiente salubre, ad un'alimentazione adeguata, all'accesso all'acqua e alla partecipazione alla vita culturale

Per la prima volta in una controversia giudiziaria, la Corte ha analizzato i diritti a un ambiente salubre, ad un'alimentazione adeguata, all'accesso all'acqua e all'identità culturale in modo autonomo riferendosi all'articolo 26 della Convenzione americana.

La Corte ha ritenuto opportuno esaminare tali quattro diritti nella loro interdipendenza e in conformità con le loro specificità rispetto alle popolazioni indigene. Ha riconosciuto che il disboscamento illegale, così come le attività sviluppate sul territorio dalla popolazione creola, in particolare l'allevamento del bestiame e l'installazione del filo spinato, hanno inciso sui beni ambientali, condizionando il tradizionale modo di nutrirsi delle comunità indigene e il loro accesso all'acqua. Ciò ha alterato lo stile di

vita indigeno, danneggiando la loro identità culturale, perché, pur avendo un carattere evolutivo e dinamico, le alterazioni di tale stile di vitanel caso di specie non sono state determinate da intromissioni accettare dalle comunità indigena stessa. Lo Stato era consapevole delle attività dannose e non ha adottato azioni efficaci per porre fine alle attività stesse. Questa mancanza di efficacia si inserisce anche in una situazione in cui l'Argentina non ha garantito alle comunità indigene la possibilità di determinare le loro attività sul territorio. Pertanto, lo Stato ha violato l'articolo 26 della Convenzione americana in relazione al suo articolo 1, paragrafo 1.

c. Garanzie giurisdizionali

Infine, la Corte ha rilevato che, circa il ricorso promosso dal Sig. Lhaka Honhat avverso il Decreto 461/99 (e anche contro una Risoluzione), la Corte Suprema di Giustizia della Nazione aveva stabilito in data 15 giugno 2004 che il Giudice di Salta avrebbe dovuto emettere una decisione, ma che, nonostante ciò, solo tre anni dopo, l'8 maggio 2007, la Corte di Giustizia di Salta ha annullato il Decreto e la Risoluzione. Non è stata fornita alcuna giustificazione per un tale ritardo. Pertanto, lo Stato ha violato la garanzia giudiziaria del termine ragionevole. Di conseguenza, non è stato rispettato l'art. 8, n. 1, della Convenzione, in relazione all'art. 1, n. 1.

IV. Rimedi

La Corte ha ordinato allo Stato, a titolo di misure di compensazione, da emettere nel più breve tempo possibile ed entro un termine massimo di sei anni:

a) Portare a termine le azioni necessarie per delimitare, tracciare i confini e concedere un titolo che riconosca la proprietà delle 132 comunità indigene sul territorio. Il titolo deve essere unico, ovvero unico per tutte le comunità nel loro insieme e relativo all'intero territorio, fatti salvi gli accordi delle comunità sull'uso del territorio comune.

b) Rimuovere dal territorio indigeno le recinzioni di filo spinato e il bestiame appartenente agli abitanti creoli e garantire che la popolazione creola sia trasferita fuori da tale territorio di forma volontaria, evitando sfratti coatti durante i primi tre anni e, in ogni caso, assicurando la salvaguardia effettiva dei diritti della popolazione creola, attraverso la possibilità di reinsediarsi o di accedere a terreni produttivi con adeguate infrastrutture.

Inoltre, la Corte ha stabilito che tale sentenza costituisce di per sé una forma di compensazione e ha anche ordinato all'Argentina di: i) astenersi dal compiere atti, opere o lavori sul territorio indigeno che possano pregiudicarne l'esistenza, il valore, l'uso o il godimento, senza prima fornire informazioni alle comunità indigene, nonché effettuare consultazioni preventive adeguate, gratuite e con informazioni adeguate, secondo le linee guida stabilite dalla sentenza; ii) sottoporre alla Corte uno studio che identifichi le situazioni critiche di mancanza di accesso all'acqua potabile o al cibo, con la formulazione di un piano d'azione per affrontare tali situazioni e con effettiva realizzazione dello stesso; iii) preparare, entro un periodo massimo di un anno, uno studio che stabilisca le azioni da attuare per la conservazione dell'acqua e per prevenire e porre rimedio alla sua contaminazione; garantire l'accesso permanente all'acqua potabile; prevenire la continua perdita o riduzione delle risorse forestali e cercare di recuperarle, e consentire l'accesso a cibo adeguato dal punto di vista nutrizionale e culturale; iv) creare un fondo di sviluppo comunitario e attuarne l'esecuzione entro un periodo non superiore a quattro anni; v) pubblicare, entro un periodo massimo di sei mesi, la sentenza e il suo riassunto ufficiale, nonché gli atti per la diffusione di quest'ultimo documento, anche mediante trasmissioni radiofoniche, nelle lingue indigene e in spagnolo; vi) adottare, entro un periodo di tempo ragionevole, le misure legislative e/o altre misure che possono essere necessarie per garantire la certezza giuridica dei diritti di proprietà delle comunità indigene, prevedendo procedure specifiche a tal fine; vii) pagare, entro il termine di sei mesi, una somma di denaro, fissata nella sentenza, per il rimborso delle spese e degli onorari; viii) trasmettere alla Corte relazioni semestrali sulle misure adottate per ripristinare il diritto di proprietà; e ix) informare la Corte, entro il termine

di un anno, delle misure adottate per adempiere a tutti i rimedi disposti dalla sentenza.

La Corte Interamericana dei Diritti Umani vigilerà sul rigoroso rispetto della Sentenza, nell'esercizio dei suoi poteri e nel rispetto dei suoi doveri ai sensi della Convenzione Americana sui Diritti Umani, e considererà definita la controversia solo quando lo Stato si sarà pienamente conformato alle disposizioni della Sentenza stessa.

Per il testo integrale della sentenza cliccare il seguente link [in spagnolo]: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT ('NOSSA TERRA') *VS.* ARGENTINA

SENTENÇA DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 *(Fundo, Reparações e Custas)*

TRADUÇÃO DO RESUMO OFICIAL EMITIDO PELA CORTE INTERAMERICANA[1]

Em 6 de fevereiro de 2020 a Corte Interamericana de Direitos Humanos (daqui em diante "Corte" ou "Tribunal") ditou uma Sentença, mediante a qual declarou a responsabilidade internacional da República Argentina pela violação de diversos direitos de 132 comunidades indígenas que habitam os lotes identificados com as matrículas cadastrais 175 e 5557 do Departamento Rivadavia, da Província de Salta, antes conhecidos como "lotes fiscais 14 e 55".

A Corte determinou que o Estado violou o direito de propriedade comunal. Ademais, determinou que o Estado violou os direitos à identidade cultural, a um meio ambiente são, à alimentação adequada e à água, em razão da falta de efetividade de medidas estatais para deter atividades que resultaram lesivas aos mesmos.

[1] Tradução realizada por Gabriela Cristina Braga Navarro.

Dado o anterior, o Tribunal concluiu que Argentina violou, em relação com sua obrigação de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (daqui em diante, "Convenção" ou "Convenção Americana"), as seguintes disposições do mesmo tratado: (i) artigo 21, que reconhece o direito de propriedade, em relação com os direitos a garantias judiciais e à proteção judicial, prescritos nos artigos 8.1 e 25.1 e a obrigação de adotar disposições de direito interno prevista no artigo 2; (ii) o citado artigo 21 e os direitos políticos, estabelecidos no artigo 23.1; (iii) o artigo 26, que reconhece direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, e (iv) o artigo 8.1, pela demora na resolução de uma ação judicial.

Por outro lado, a Corte considerou que o Estado não é responsável pela violação do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica nem das libertardes de pensamento e de expressão, de associação, e de circulação e de residência, conforme estabelecem os artigos 3, 13, 16 e 22.1 da Convenção.

O Tribunal ordenou ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação.

I. Considerações prévias

Antes de examinar o mérito do caso, a Corte advertiu que o mesmo envolvia comunidades indígenas cujo número havia variado ao longo do tempo. Isso, a partir do processo chamado "fissão-fusão", típico de sua estrutura social ancestral. Portanto, embora o Relatório de Mérito emitido em 26 de janeiro de 2012 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos tenha indicado um número menor, a Corte considerou que deveria examinar o caso em relação às 132 comunidades indígenas que habitam os lotes 14 e 55.

O Tribunal observou que os lotes indicados estão habitados também por residentes "criollos".[2] Deixou claro que as pessoas ou

[2] Nota da tradutora. Optou-se por manter a expressão em espanhol "criollo" ao longo do texto. A expressão refere-se a famílias campesinas não-indígenas, que se dedicam a pecuária e agricultura.

famílias não indígenas não são parte do processo internacional e que não podem pronunciar-se diretamente sobre seus direitos. Não obstante, notou que em um sentido material estão envolvidos em um conflito substantivo pela terra. Por esse motivo, entendeu pertinente considerar sua situação, no marco das pautas processuais que regem a atuação da Corte.

Por outro lado, rejeitando um argumento estatal, o Tribunal determinou procedente examinar certos fatos supervenientes ocorridos depois de 26 de janeiro de 2012 mas que guardavam relação com o marco fático apresentado no Informe de Fundo.

II Fatos

Os fatos do caso referem-se a uma reivindicação das comunidades indígenas pertencentes aos povos Wichí (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) e Tapy'y (Tapiete), de propriedade dos lotes fiscais 14 e 55, adjacentes e juntos, que cobrem uma área aproximada de 643.000 hectares (ha). Na área acima mencionada, que fica dentro da província de Salta e faz fronteira com o Paraguai e a Bolívia, houve presença constante de comunidades indígenas, pelo menos desde antes de 1629. Além disso, a terra foi ocupada por mestiços desde o início do século XX.

A reivindicação indígena foi formalizada em 1991. Durante os mais de 28 anos que se passou desde então, a política estatal em relação à propriedade indígena foi mudando e o Estado realizou ações diferentes em relação à propriedade reivindicada.

Em 15 de dezembro de 1991, foi emitido o Decreto nº 2609/91, que estabeleceu a obrigação de Salta de unificar os lotes 14 e 55 e de alocar uma área sem subdivisões, por meio de um título de propriedade exclusivo, às comunidades indígenas.

Um ano depois, em dezembro de 1992, formou-se formalmente a "Associação de Comunidades Aborígines Lhaka Honhat" (doravante denominada "Lhaka Honhat"), formada por pessoas de diferentes comunidades indígenas, com o objetivo, entre outros, de obter o título de propriedade da terra.

Em 1993, o Estado criou uma "Comissão Consultiva", que em 1995 recomendou alocar dois terços da superfície dos lotes 14 e 55 às comunidades indígenas, o que foi aceito por essas comunidades.

Em 1995, teve início a construção de uma ponte internacional. Em setembro daquele ano, a ponte foi ocupada pacificamente pelas comunidades indígenas. O então governador de Salta prometeu emitir um decreto que garantiria a adjudicação definitiva da terra. A ponte foi concluída em 1996, sem antes desenvolver um processo de consulta às comunidades indígenas.

Apesar do compromisso do Governador, em 1999, através do Decreto 461, o Estado fez adjudicações de frações do lote 55, concedendo parcelas a algumas comunidades e indivíduos ali assentados. Então, em dezembro de 2000, a Província apresentou uma proposta para a concessão do lote 55, prevendo a entrega de frações a cada comunidade. Isso foi rejeitado por Lhaka Honhat porque a oferta não contemplava o lote 14 ou a unidade do território, entre outros motivos. Durante os anos seguintes, os agentes estatais realizaram algumas tarefas no terreno, como medir e marcar, mas não houve progresso nas definições de propriedade da terra. Em 2007, o Tribunal de Justiça de Salta, a partir de uma ação de amparo apresentado por Lhaka Honhat em março de 2000 resolveu revogar o Decreto 461.

Em 23 de outubro de 2005, Salta realizou um referendo, no qual os eleitores do Departamento de Rivadavia foram questionados sobre se era sua vontade "que as terras fossem entregues correspondentes aos lotes 55 e 14 aos seus ocupantes atuais". O "Sim" obteve 98% dos votos.

Em uma reunião de 14 de março de 2006 entre Lhaka Honhat e representantes de Salta, foi acordado que 400.000 ha dos lotes 14 e 55 deveriam ser reconhecidos aos povos indígenas, em um título único. Nesse sentido, as comunidades indígenas reduziram sua reivindicação, que anteriormente era de 530.000 ha. O mesmo acordo foi alcançado em outubro de 2007 entre Lhaka Honhat e a "Organização de Familias Criollas". No último mês indicado, Salta adotou o Decreto 2786/07, endossando o exposto acima. Em outubro de 2008, Salta criou uma "equipe técnica", compos-

ta pela Unidade Provincial de Execução (UEP), criada em 2005 para executar tarefas relacionadas à distribuição de terras para os lotes indicados. Nos anos seguintes, houve ações e reuniões destinadas a alcançar acordos entre comunidades indígenas e famílias "criollas" sobre adjudicação territorial.

Em 25 de julho de 2012, Salta emitiu o Decreto 2398/12, que previa "atribuir, com destino à sua subsequente adjudicação", 243.000 ha dos lotes 14 e 55 para famílias "criollas" e 400.000 ha para comunidades indígenas, "em propriedades comunitárias e sob a modalidade de título que cada um deles determina".

Em 29 de maio de 2014, Salta emitiu o Decreto 1498/14, através do qual reconheceu e transferiu a "propriedade da comunidade", em favor de 71 comunidades indígenas, de aproximadamente 400.000 ha dos lotes 14 e 55, e a "propriedade em condomínio" dos mesmos lotes em favor de várias famílias "criollas". O mesmo decreto previu que, por meio da UEP, seriam especificados os atos e procedimentos necessários para a "determinação específica" do território e lotes correspondentes às comunidades indígenas e famílias "criollas".

Apesar do exposto, a implementação de ações relacionadas ao território indígena ainda não foi concluída e apenas poucas famílias "criollas" foram transferidas.

Por outro lado, no território reivindicado, foram desenvolvidas atividades de extração ilegal de madeira e as famílias "criollas" desenvolveram gado e instalaram cercas. Isso gerou uma diminuição nos recursos florestais e na biodiversidade. Isso afetou a maneira pela qual as comunidades indígenas tradicionalmente buscavam seu acesso à água e alimentos.

III Mérito

O mérito do caso foi analisado pelo Tribunal em três seções da Sentença, nas quais foram determinadas as seguintes violações: 1) ao direito de propriedade comunal, bem como de outros direitos relacionados a ele; 2) ao direito a um ambiente saudável, alimentação adequada, água e participação na vida cultural, prin-

cipalmente no que se refere à identidade cultural; e 3) ao direito às garantias judiciais, em relação a uma ação judicial iniciada no caso.

a. Direito de propriedade comunal indígena

A Corte alertou que, no caso, o direito de propriedade das comunidades indígenas sobre o território ancestral não estava em disputa, mas sim se a conduta do Estado seguida lhe dera segurança jurídica adequada e se havia permitia o livre exercício e gozo desse direito.

Nesse sentido, a Corte lembrou que o direito de propriedade, incorporado no artigo 21 da Convenção, inclui, em relação aos povos indígenas, a propriedade comunitária de suas terras. Destacou que a posse tradicional das terras pelas comunidades indígenas deveria ser suficiente para o reconhecimento oficial da propriedade.

A Corte afirmou que o Estado deve dar segurança jurídica ao direito, dando um título legal que a torne oponível perante as próprias autoridades estatais ou terceiros e garantindo o uso pacífico da propriedade, sem interferência de terceiros externos. Também destacou que o direito de propriedade comunal implica que as comunidades tenham participação efetiva, com base em processos de consulta adequados que sigam determinadas diretrizes, no desempenho, pelo Estado ou por terceiros, de atividades que possam afetar a integridade de suas terras e recursos naturais.

A Corte entendeu que os Decretos 2786/07 e 1498/14 constituiram atos de reconhecimento da propriedade da comunidade sobre a terra reclamada. Da mesma forma, valorizou o processo de acordos relacionados à propriedade, ocorrido em 2007 entre comunidades indígenas, organizações "criollas" e o Estado, já que teve potencialidade de permitir que o Estado cumpra suas obrigações e satisfaça os direitos envolvidos. Nesse sentido, destacou que o Estado deve cumprir suas obrigações com relação às comunidades indígenas, mas, ao fazê-lo, também deve observar os direitos da população "criolla".

Apesar disso, o Tribunal observou que o processo para finalizar a propriedade da comunidade ainda não foi concluído. Depois de mais de 28 anos desde que o reconhecimento da propriedade foi reivindicado, ela não foi totalmente garantida. O território não foi adequadamente titulado, a fim de proporcionar segurança jurídica, não foi demarcado e a permanência de terceiros subsiste.

O Tribunal também avaliou que a Argentina não possui regulamentos adequados para garantir suficientemente o direito à propriedade comunal. Isso implicou que as comunidades indígenas não tiveram proteção efetiva de suas propriedades. A Corte concluiu, então, que o Estado violou o direito de propriedade da comunidade, em relação ao direito para ter procedimentos adequados e com as obrigações de garantir as diretrizes e adotar disposições no direito interno, em violação ao artigo 21 da Convenção, em relação aos artigos 8, 25, 1.1 e 2.

Por outro lado, a Corte observou a relevância da ponte internacional construída, que envolve o tráfego fronteiriço e a política do estado em relação às fronteiras do país. A ponte, apesar disso, foi construída sem processos adequados de consulta prévia. Por esse motivo, a Argentina violou a propriedade e a participação das comunidades, violando os artigos 21 e 23 da Convenção em relação ao artigo 1.1 do tratado.

b.Direitos a um ambiente saudável, comida, água e participação adequadas na vida cultural

Pela primeira vez em um caso contencioso, a Corte analisou o direito a um ambiente saudável, alimentação adequada, água e identidade cultural de forma autônoma a partir do artigo 26 da Convenção Americana.

O Tribunal considerou adequado examinar esses quatro direitos em sua interdependência e de acordo com suas especificidades em relação aos povos indígenas. Entendeu que a extração ilegal de madeira, bem como as atividades realizadas no território pela população "crioula", especificamente gado e cercas de arame, afetaram os ativos ambientais, afetando a maneira tradicional de alimentar as comunidades indígenas e seu acesso à água. O

mencionado alterou o modo de vida indígena, prejudicando sua identidade cultural, pois, embora tenha caráter evolutivo e dinâmico, as alterações no modo de vida indígena no caso não se basearam em interferências consensuais. O Estado tomou conhecimento das atividades prejudiciais e tomou várias ações, que não foram eficazes para detê-las. Essa falta de efetividade também se enquadra em uma situação em que a Argentina não garantiu às comunidades indígenas a possibilidade de determinar atividades em seu território. Por esse motivo, o Estado violou o artigo 26 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1.

c. Garantias judiciais

Por último, a Corte observou que, com base no amparo apresentado por Lhaka Honhat contra o Decreto 461/99 (e contra uma resolução), em 15 de junho de 2004, o Supremo Tribunal de Justiça da Nação ordenou que o Poder Judiciário de Salta emitisse uma decisão e que, apesar disso, apenas três anos depois, em 8 de maio de 2007, o Tribunal de Justiça de Salta anulou o decreto e a resolução. Nenhuma justificativa foi apresentada para esse atraso. Portanto, o Estado violou a garantia judicial do prazo razoável. Consequentemente, violou o artigo 8.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1.

IV Reparação

A Corte ordenou ao Estado, como medidas de reparação, que o mais rápido possível e dentro de um período máximo de seis anos:

a) Conclua as ações necessárias para delimitar, demarcar e conceder um título que reconheça a propriedade das 132 comunidades indígenas sobre o seu território. O título deve ser único, ou seja, um para o conjunto de todas as comunidades e relativo a todo o território, sem prejuízo dos acordos das comunidades sobre o uso do território comum.
b) Remova as cercas e o gado dos colonos "criollos" do território indígena e realize a transferência da população

> "criolla" para fora deste território, devendo privilegiar que esta seja voluntária, evitando despejos obrigatórios durante os primeiros três anos e, em qualquer caso, buscando proteção efetiva dos direitos da população "criolla", o que implica possibilitar reassentamento ou acesso a terras produtivas com infra-estrutura predial adequada.

Além disso, a Corte ordenou que seu julgamento constituísse uma forma de reparação e também ordenou à Argentina: i) abster-se de realizar atos, obras ou empreendimentos em território indígena ou que possam afetar sua existência, valor, uso ou gozo, sem o fornecimento prévio de informações às comunidades indígenas vítimas, bem como a realização de consulta prévia, livre e informada de acordo com as diretrizes indicadas na Sentença; ii) apresentar à Corte um estudo que identifique situações críticas de falta de acesso a água potável ou alimentos, formular um plano de ação para lidar com essas situações e iniciar sua implementação; iii) elaborar, no prazo máximo de um ano, um estudo que estabeleça ações que devem ser implementadas para a conservação da água e para evitar e remediar sua contaminação; garantir acesso permanente à água potável; impedir a continuação da perda ou diminuição dos recursos florestais e buscar sua recuperação e permitir o acesso a alimentos adequados nutricional e culturalmente; iv) criar um fundo de desenvolvimento comunitário e implementar sua execução dentro de um período não superior a quatro anos; v) realizar, em período máximo de seis meses, publicações da Sentença e seu resumo oficial, bem como atos de divulgação deste último documento, inclusive por radiodifusão, em línguas indígenas e em espanhol; vi) adotar, dentro de um prazo razoável, as medidas legislativas e/ou outras necessárias para proporcionar segurança jurídica ao direito de propriedade comunal indígena, prevendo procedimentos específicos para esse fim; vii) pagar, no prazo de seis meses, a quantia em dinheiro fixada na Sentença, como forma de reembolso de despesas e custos; viii) submeter ao Tribunal relatórios semestrais sobre as medidas de restituição do direito de propriedade; e ix) informar à Corte no prazo de um ano as medidas adotadas para dar cumprimento a todas as medidas ordenadas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos monitorará o cumprimento integral da Sentença, no exercício de seus poderes e no cumprimento de suas obrigações previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, e considerará o caso encerrado uma vez que o Estado cumpra plenamente as disposições da Sentença.

O texto completo da Sentença pode ser consultado no seguinte link [em espanhol]: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf*

El caso Lhaka Honhat vs. Argentina
y las tendencias de su interamericanización
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Rogelio Flores Pantoja
se terminó de imprimir en marzo de 2022,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

La tutela dei diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali: profili teorici, sostanziali e processuali. Scritti scelti a partire dal CAF 2021
Giuseppe Campanelli
Hugo A. Frazão
Cristina Luzzi (a cura di)
(En coedición con la Universidad de Pisa)

Derecho procesal constitucional y derecho convencional
Rubén Hernández Valle

La Constitución y el combate a la corrupción
Diego Valadés
Antonio María Hernández (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia
Nuria González Martín (ed.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Luis Fernando Rentería Barragán (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM)

EL CASO LHAKA HONHAT VS. ARGENTINA Y LAS TENDENCIAS DE SU INTERAMERICANIZACIÓN

La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Lhaka Honhat*, de cara al pasado, significa un nuevo estadio en los procesos de empoderamiento y visibilidad en los espacios internacional, regional, nacional y comparado en la protección de los pueblos indígenas.

Esta sentencia ha sentado un precedente mediante el cual "se expande la interpretación de los derechos al medioambiente sano desde una perspectiva intercultural, en relación con los derechos culturales y a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas".

Esta obra hace honor a dicha contribución, resaltando el hilo conductor desde el discurso global sobre la premisa de que los derechos, especialmente los derechos humanos, "son un instrumento jurídico necesario y de hecho indispensable para proteger a los miembros más débiles y vulnerables de una sociedad", rastreando el camino recorrido en la línea jurisprudencial dedicada a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales y, asimismo, poniendo de relieve los aspectos novedosos y las críticas de la sentencia *Lhaka Honhat.*

Dejamos en las manos de los lectores y las lectoras algunas pistas para continuar la investigación sobre la reivindicación de todos y cada uno de los derechos invocados en dicho caso, "atendiendo a la propia cosmovisión y a la simbiosis espiritual que los pueblos y comunidades mantienen con su territorio".

ISBN 978-607-7822-84-4

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO