



AMICUS CURIAE

Caso: Comunidades Indígenas Miembros de la
Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka
Honhat

vs.

Argentina

Presentado ante la
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fecha: 2019

SUMA: PRESENTA AMICUS CURIAE

Excelentísima Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), representada en este acto por su Director Ejecutivo, Andrés M. Nápoli, D.U N° 16.392.779, conforme copia de acta y poder adjuntos, ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, respetuosamente se presenta y, como mejor proceda, dice:

OBJETO

La Fundación Ambiente y Recursos Naturales (F.A.R.N.), institución que tiene por objeto la defensa del ambiente y la promoción de los derechos relacionados a su goce y conservación, con acento en el acceso a la información pública, la participación ciudadana y la justicia ambiental, se presenta como *AMICUS CURIAE* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte”, “Corte Interamericana”, o “Corte IDH”, indistintamente)

Esta Fundación, creada en 1985, es una reconocida organización no gubernamental, sin fines de lucro, apartidaria, cuyo objetivo principal es promocionar el desarrollo sustentable a través de la política, el derecho y la organización institucional de la sociedad. Trabaja impulsada por la visión de una sociedad más participativa, justa y pacífica, con una estrategia sustentable en sus políticas públicas.

Las propuestas de FARN surgen desde la Política Ambiental, para que se logren modos eficientes en la definición de los ambientes deseados y posibles, desde el Derecho y la Legislación Ambiental, para que la conservación y protección del ambiente se concrete en derechos y obligaciones de todos, y desde la Organización Institucional, para que los distintos sectores asuman a través de sus entidades las tareas y responsabilidades que les corresponden en la protección ambiental. Cabe destacar que la participación de los ciudadanos es uno de los ejes principales del trabajo de FARN, difundiendo y promoviendo nuevas herramientas y mecanismos que tiendan a abrir y transparentar los procesos e instituciones públicas a la participación, información y monitoreo de la ciudadanía.

FINALIDAD E INTERÉS DEL AMICUS CURIAE

La finalidad de este *amicus curiae* es presentar argumentos que sirvan a la Corte en su examen del caso presentado por Asociación de Comunidades Aborígenes “Lhaka Honhat” ampliando algunos aspectos relacionados con cuestiones de consulta, consentimiento, y evaluaciones de impacto ambiental en relación a la garantía del derecho al ambiente sano.

No pretendemos enseñar ni ilustrar a ese Excmo. Tribunal sobre el derecho aplicable, sino acercarle una visión y un entendimiento propios de esta Fundación dedicada a la protección del ambiente, respecto de los derechos en juego, su interrelación y el rol de las comunidades originarias en cuidado del ambiente. Para ello, este *amicus* se ha centrado en las normativas internacionales establecidas en acuerdos universales y regionales, en el derecho internacional consuetudinario, en la jurisprudencia de los órganos de vigilancia de los tratados de la ONU y en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, como así también del estándar del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (en adelante “SIDH”).

Este caso presenta cuestiones de relevancia que hacen a los derechos humanos de los pueblos indígenas y la función que cumple su cosmovisión para la defensa del ambiente. Por ello, se debe señalar la importancia de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado (en adelante “CLPI”) de los pueblos indígenas en el contexto de los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales que se encuentran en los territorios ancestrales.

El reconocimiento del estándar de esa Corte ha demostrado el rol activo que tienen los pueblos y comunidades indígenas en el marco de la protección ambiental y de los derechos humanos; la protección de estos grupos promueve y acentúa la materialización de un desarrollo económico responsable y sostenible. Por ello, los Estados partícipes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos están obligados, no sólo a respetar el derecho de los pueblos indígenas en términos generales, sino también a desarrollarse de manera sostenible y en armonía con el ambiente.

ANTECEDENTES

Acorde con lo relatado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante ese tribunal, la Asociación de Comunidades Aborígenes “Lhaka Honhat” presentó su petición

alegando la violación de numerosos derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) por parte del Estado Argentino.¹

Los peticionarios afirman que el Gobierno de la Provincia de Salta y el Estado Argentino emprendieron un plan de obras públicas y otorgaron una concesión para la explotación de hidrocarburos sin evaluar el efecto que tendría la alteración de las tierras tradicionalmente ocupadas sobre la cultura de las comunidades que allí habitan y que ello configura una violación dado que la transformación y degradación de los campos de caza y recolección en el territorio ancestral de las comunidades impiden el efectivo uso y goce de sus tierras de uso tradicional, afectando claramente la posibilidad de los pueblos denunciados de continuar habitando en el lugar en que han fijado, desde tiempos remotos, su residencia.

Las obras públicas que se realizaron en su territorio incluyen: la construcción del Puente Internacional sobre el río Pilcomayo, Misión la Paz (Argentina) – Pozo Hondo (Paraguay), así como otros caminos y edificios diversos; la realización de obras de ampliación de la Ruta Provincial No. 54; la proyección de tramos en la Ruta Nacional N° 86; la exploración de hidrocarburos; el proyecto de construcción del gasoducto del Noroeste Argentino; y la posible urbanización en Rancho El Ñato.

Sumado a esto los peticionarios consideran que, además de las obras públicas emprendidas en su territorio, las intrusiones, deforestación y degradación ambiental que han tenido lugar sin control estatal, conllevan un riesgo grave para la disponibilidad de alimentos y las actividades de subsistencia de las comunidades, teniendo en cuenta los daños a los recursos naturales de los cuales dependen, así como la invasión de sus campos de caza y áreas de recolección. Alegan que ello constituirá una amenaza a la salud, integridad física y eventualmente, la vida de la población indígena.²

Por su parte, las actividades que afectan los recursos naturales ubicados en el territorio donde habitan las comunidades demandantes, que iniciaron hace más de 20 años y continúan produciéndose, incluyen: el pastoreo libre del ganado de familias criollas; la instalación de

¹ Cfr. CIDH, Informe No. 2/12, Caso 12.094, Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), 26 de enero de 2012, párr. 1.

² Cfr. CIDH, Informe No. 2/12, Caso 12.094, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*, Fondo Argentina, 26 de enero de 2012, párr. 24.

alambrados y cercos a lo largo del territorio; la tala y extracción de madera y la introducción de desechos y residuos de obras, sin realizar el transporte y disposición final de los mismos.

Tomando en consideración estos hechos, ut supra se formulan las consideraciones jurídicas sobre el tema decidendum que sustentarán esta presentación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En las próximas páginas se expondrán ante ese Honorable Tribunal argumentos y antecedentes que pueden ser relevantes a la hora de observar la situación global, tanto de los derechos relacionados a los peticionantes, como las obligaciones del Estado demandado y la protección del ambiente. Se mencionan también en este escrito doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, de modo tal que pueda presentarse una amplia mirada sobre los mecanismos internos y el estado de derecho de la parte demandada.

OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE REALIZAR LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA

La situación actual de vulnerabilidad e históricas injusticias de los pueblos y comunidades indígenas han provocado una afectación continua de sus derechos humanos, tal que motivó al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a establecer el principio de responsabilidad del Estado cuando ésta deriva de la falta de protección de sus tierras y recursos traduciéndose como una violación de los derechos a la vida, propiedad y cultura.³

El derecho a la propiedad de los territorios indígenas garantizado en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) protege la vinculación intrínseca de la comunidad con sus tierras y los recursos naturales que se encuentran en ellas.⁴ Esa Corte ha establecido que dicha normativa busca proteger las costumbres, creencias, desarrollo y formas de vida y la supervivencia del pueblo indígena.⁵ Este derecho está relacionado con el de uso y goce de los recursos naturales que en el

³ Cfr. Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *Caso Ominayak & Lake Lubicon Band vs. Canadá*, Comunicación No. 167/1984, 45 UN GAOR Supp. (No.43) 1, UN Doc. A/45/40 (vol. 2, 1990)

⁴ Cfr. CIDH, *Informe temático sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales –Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/VII, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 179 a 180.

⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 172, párr. 122.

territorio indígena se encuentran⁶, y es uno de los motivos por los cuales las comunidades reclaman la titularidad sobre sus tierras ya que sus recursos naturales son necesarios para su supervivencia física, cultural, espiritual y moral.⁷ Tal como lo ha desarrollado anteriormente la Corte

Tal como lo ha desarrollado la doctrina del SIDH todo Estado tiene el deber de consultar activamente y de manera informada con la comunidad o pueblo interesado las políticas o proyectos que puedan llegar a afectarlos, según sus costumbres, tradiciones y en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o comunidad, en una etapa previa del plan de desarrollo o inversión, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener su aprobación.⁸ Sumado a esto, el Estado debe asegurar que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Es necesario aclarar que es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.

Dentro del sistema jurídico del Estado Argentino, el artículo 75 inciso 17 de la Constitución, incorporó entre las atribuciones del Congreso: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna

⁶ Cfr. John Alan Cohan, *Environmental Rights of Indigenous Peoples Under the Alien Tort Claims Act, the Public Trust Doctrine and Corporate Ethics, and Environmental Dispute Resolution*, UCLA Journal of Environmental Law and Policy, 20(2), 2002, pp. 133 a 185.

⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214., párr. 174, 215 y 275; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 135; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C No., párr. 118; véase también en Valencia Vargas, Ana María, *Los derechos ambientales y territoriales de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, 2012, p. 103.

⁸ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos: IIDH, San José, 2016, párr. 177.

de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Con motivo del cumplimiento de esta disposición, la Ley N° 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes declaraba de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, prevé la implementación de planes que permitan el acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de nuestra producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud. En esa misma línea la Ley 26.160, sancionada en el año 2006, declara, en todo el territorio nacional y por el término de cuatro años, la emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras que ocupan las comunidades indígenas, cuya personería jurídica estuviese registrada ante el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente, y aquellas preexistentes; y suspende, por el término de duración de la emergencia declarada, el trámite de ejecución de sentencias de desalojos dictadas en los procesos judiciales que tengan por objeto principal o accesorio la desocupación o desalojo de las tierras comprendidas. La norma fue prorrogada en tres oportunidades. El cumplimiento efectivo de estas normas está aún hoy ausente o incompleto.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (en adelante “CSJN”) ha protegido este derecho⁹ en un caso donde se adjudicó en venta a un particular una porción de terreno ubicada en un cementerio de una Comunidad Indígena, omitiendo toda actuación estatal destinada a consultar a los afectados sobre la afectación de su territorio y sus recursos naturales. El tribunal provincial, al dictar sentencia, omitió el tratamiento del derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas, por lo que la CSJN dejó sin efecto lo resuelto y ordenó al tribunal de origen el dictado de un nuevo pronunciamiento.

En adelante se analizarán los elementos esenciales del derecho a la consulta, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana en relación con el derecho a vivir en

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pilquiman, Crecencio C/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo”, 07/10/2014.

un ambiente sano. Observando el siguiente orden: a) carácter *previo* de la consulta; b) *buena fe* y finalidad de *llegar a un acuerdo*; c) consulta *adecuada y accesible*; y d) consulta *informada*¹⁰.

A - CARÁCTER PREVIO DE LA CONSULTA

En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “OIT”) señala que “*los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*”. En efecto, cuando se trate de la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas¹¹.

A nivel regional, el carácter previo de la consulta ha sido regulado e incorporado por los ordenamientos internos de los Estados de Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Nicaragua y Colombia¹². En particular, Argentina cuenta con una disposición específica sobre el carácter

¹⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, ob. cit., párr. 134.

¹¹ Cfr. Informe del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párr. 20.

¹² Cfr. Perú: Ley del derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio No. 169 de la OIT, artículo 4.f: “Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno”; Artículo 4.7: “Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación”. Bolivia: Decreto Supremo No. 29033, 16 de febrero de 2007: “El proceso de consulta y participación deberá enmarcarse en este principio de veracidad en concordancia con las normas legales vigentes, especialmente en las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, que establecen que la consulta debe realizarse de buena fe y por tanto, toda la información que sean parte y resultado del proceso de consulta y participación deberán ajustarse a la verdad”. Ecuador: Ley Gestión Ambiental, Registro oficial suplemento 418 10 de septiembre de 2004, artículo 29: “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales”. En ese mismo sentido, en Venezuela, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 8 de diciembre de 2005 dispone en su artículo 14 que “los proyectos serán presentados con no menos de noventa días de anticipación a su consideración por parte de los pueblos y comunidades indígenas respectivos, reunidos en asamblea. Éstos deberán contener toda la información necesaria sobre la naturaleza, objetivos y alcance de los mismos, así como los beneficios que percibirán los pueblos y comunidades indígenas involucrados y los posibles daños ambientales, sociales, culturales o de cualquier índole y sus condiciones de reparación, a los fines de que puedan ser evaluados y analizados previamente por el pueblo o la comunidad

previo de realización de las consultas, al ratificar por medio de la Ley N° 24.071 el Convenio 169¹³ de la OIT. A pesar de esto, el ex Relator Especial James Anaya, en el informe realizado ante el Consejo de Derecho Humanos de las Naciones Unidas sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina, en el año 2012, dio cuenta de que “*el Estado debe elaborar un mecanismo o procedimiento de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales, para aumentar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan, lo que podría ser desarrollado con el apoyo del sistema de las Naciones Unidas en Argentina*”.

¹⁴ Aún así al día de la fecha se siguen presenciando en el país dificultades en la operatividad de los derechos indígenas.

B - BUENA FE Y LA FINALIDAD DE LLEGAR A UN ACUERDO

De acuerdo con las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, las consultas deberán ser “*llevadas a cabo [...] de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”¹⁵.

La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado, agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, son incompatibles los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.¹⁶

Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber delegable a empresas privadas, terceros o a la misma empresa interesada en la explotación de los recursos

respectiva [...]”. Asimismo, véase el artículo 3 de la ley 445 de 23 de enero de 2003 de Nicaragua. Véase del mismo modo, Colombia, Decreto 1397 de 1996, artículos 8 y 16.

¹³ Cfr. Ley No. 24.071, Implementación del Convenio 169 “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (1989), 20 de abril de 1992, Argentina.

¹⁴ Cfr. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, La situación de los pueblos indígenas en Argentina, A/HRC/21/47/Add.2, 4 de julio de 2012, párr. 85, disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/09/Informe-del-Relator-sobre-derechos-de-pueblos-ind%C3%ADge-nas-misi%C3%B3n-a-Argentina-2012.pdf>

¹⁵ Cfr. Convenio Nro. 169 de la OIT, ob. cit., Artículo 6.2.

¹⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 186.

en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.¹⁷ Sin embargo, la Comisión expresó que ello no es aplicable cuando es el propio Estado el que implementa un proyecto determinado, por ejemplo, cuando las empresas extractivas tienen participación estatal. En estos supuestos, los Estados tienen obligaciones directas de respetar y garantizar los derechos humanos involucrados con la debida diligencia¹⁸. De este modo, en todo proyecto que afecte a comunidades indígenas, el Estado se encuentra obligado a cumplir de modo estricto y de forma plena la obligación de respeto a los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos, tales como el derecho a la propiedad, la vida, integridad personal, entre otros, según los estándares y obligaciones internacionales y nacionales.

C - PROCEDIMIENTO ADECUADO Y ACCESIBLE DE LA CONSULTA

La OIT estableció que las consultas a pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones, en particular a través de sus instituciones representativas.¹⁹ También determinó que se deben tomar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos tengan información previa, suficiente y adecuada con el fin de tener un conocimiento pleno sobre los proyectos o planes que se proponen a realizar, y que puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitando intérpretes u otros medios eficaces, teniendo en cuenta su diversidad lingüística.²⁰

¹⁷ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ob. cit., párrs. 53 a 55; Declaración del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ante la Corte IDH en la audiencia del caso Sarayaku vs. Ecuador, 7 de julio de 2011.

¹⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, ob. cit.; Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17*, 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Medio ambiente y derechos humanos, párr. 180.

¹⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, ob. cit., párr. 133-134. Véase también en CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 246; CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 26; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v. Belice*, 12 de octubre de 2004, párrs. 153, 194 y 197. 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 No. 79, párr. 153-2.

²⁰ Cfr. Convenio No. 169 de la OIT, ob. cit., Art. 12. Por su lado, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en su artículo 36.2 que los Estados, “en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho”, Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, 13 de septiembre de 2007.

La expresión "procedimientos apropiados" debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta, por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, pues tales procesos dependen de las circunstancias precisas de las medidas propuestas y, por ende, deben incluir lo siguiente: distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; efectuar negociaciones genuinas y constructivas; evitar demoras injustificadas; cumplir con los acuerdos pactados y ponerlos en práctica de buena fe; generar diálogos interculturales; llevarse a cabo por medio de procesos tradicionales de adopción de decisiones de los pueblos indígena para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de los proyectos.²¹

En este contexto, el Informe de Fondo No. 2/12 del caso de la Asociación de la Comunidad Lhaka Honhat, la CIDH refirió respecto del referéndum llevado a cabo por el gobierno (en los términos del Convenio 169 de la OIT), que *“la realización de este referéndum constituyó un uso indebido de un mecanismo democrático, en la medida en que mediante él se sujetó la decisión sobre un asunto que afectaba directamente a la población indígena (...). Esta modalidad de consulta popular no equivale a un proceso de consulta previa sobre esta decisión de adjudicación territorial. La consulta previa es un procedimiento específico y claramente regulado por el derecho internacional de los derechos humanos.”*²²

De acuerdo a esto debería analizarse si en el caso se ejecutó un mecanismo de participación adecuado culturalmente al pueblo afectado, y un procedimiento de consulta previa específica para pueblos originarios. Creemos que se pudo haber tratado de una instancia de participación ciudadana, en la que la ciudadanía emitió su opinión respecto al proyecto en cuestión, pero de ninguna manera puede con ello entenderse cumplida la obligación del Estado frente a las comunidades originarias cuyos territorios se afectan.

²¹ Cfr. OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169): Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, 2013, p. 16; OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989, (núm. 169), (2006), párr. 42.

²² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 2/12, Caso 12.094, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*, Fondo Argentina, 26 de enero de 2012, p. 189.

Por ello, es dable remarcar que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación²³, con el fin de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos con miras a alcanzar un consenso.²⁴ En ese sentido, es importante el establecimiento de “un clima de confianza mutua”.²⁵

D - CONSULTA INFORMADA

Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad.²⁶ Ello supone suministrar información en poder del Estado de forma oportuna, suficiente, accesible y completa, guiándose por los principios de máxima divulgación y de buena fe y, en general, por los estándares establecidos por el sistema interamericano en esta materia.²⁷

El Relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, James Anaya, ha manifestado que la información suministrada por el Estado debe ser clara y accesible: supone que la información entregada sea realmente comprensible, lo cual incluye, entre otros, que su divulgación se realice en lenguaje claro y que, en aquellos casos que fuere necesario, se difunda con ayuda de traductor o en un idioma o dialecto que permita a los miembros de las comunidades indígenas involucradas entenderla de manera plena.²⁸

²³ Cfr. OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, ob. cit., párr. 42.

²⁴ Cfr. OIT, *CEACR: Observación Individual sobre el Convenio No. 169, Pueblos indígenas y tribales*, 1989 Bolivia, 2005. Véase asimismo en Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, ob. cit., párrs. 21 y 23.

²⁵ Cfr. OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), (2007), párr. 53. Véase asimismo, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, ob. cit., párrs. 23-25, 49-50.

²⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso No. 12.503, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

²⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párr. 86.

²⁸ “[A] la luz de estos criterios mínimos de representatividad, podría señalarse que éstos: i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género”. Cfr. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, ob. cit., párrs. 28 a 31.

La información proporcionada debe ser también suficiente, es decir, apropiada y completa para la formación de un consentimiento no manipulado en torno al proyecto o actividad propuesta. La condición de oportunidad implica que la información debe ser presentada con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de los procesos de negociación, tomando en cuenta el proceso de consulta y los plazos requeridos para la adopción de decisiones de la respectiva comunidad indígena.²⁹

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas estableció que la consulta informada “*debería implicar que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. la razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c. la duración de lo que antecede; d. los lugares de las zonas que se verán afectados; e. una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. el personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y, g. procedimientos que puede entrañar el proyecto*”.³⁰

E - CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

La Corte ha considerado que “*cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones*”³¹.

En primer lugar, se debe aclarar que *consentimiento* se refiere a la necesidad de que la consulta se realice sin coerción, intimidación ni manipulación.³² Respecto al alcance de la

²⁹ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 1/09. 30 de diciembre de 2009. párr. 72.

³⁰ Cfr. Naciones Unidas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005, párr. 46.

³¹ Cfr. Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 172, párrafo 133 a 137.

³² Cfr. OIT, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (1 A) Informe general y observaciones referidas a ciertos países (en línea), 100a reunión, 2011,

expresión “*planes de desarrollo o de inversión a gran escala*”, la CIDH estableció que el concepto³³ no se encuentra restringido o limitado a un rubro específico, sino que puede ser “*un abanico de actividades*”.

El estándar de consentimiento fue también ratificado y aplicado por los órganos de vigilancia de los tratados de las Naciones Unidas, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial³⁴ y el Comité de Derechos Humanos.³⁵

En este sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispuso que la falta de observancia de las obligaciones de consultar y de lograr el consentimiento, o de compensar, suponen, en última instancia, una violación del derecho a la propiedad.³⁶

No obstante, la obligación de obtener el consentimiento de la comunidad indígena depende de la información sobre el impacto que conlleva la actividad de exploración y explotación de los recursos naturales de sus tierras, para ello, es necesario tener los estudios de impacto socioambientales al momento de realizar la consulta. En el caso de que se requiera un desplazamiento de una comunidad indígena, por las características del proyecto que se desea realizar, es indispensable que en dichos estudios se informe sobre esta situación, de conformidad con el artículo 16 del Convenio de la OIT N° 169 y al artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.³⁷ Del

Doc.ILC.100/III/1A,2011, disponible en http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_nom/---relconf/documents/meeingdocument/wcms_103488.pdf.

³³ Cfr. CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15, 31 diciembre 2015, párrs. 186-193. Por otro lado, el ex Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, lo define como “Proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares”. Cfr. ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución No. 2002/65 de la Comisión, 21 de enero de 2003, párr. 6.

³⁴ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, 18 de agosto de 1997, A/52/18, anexo V, párrs. 4-5.

³⁵ Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*, Comunicación N° 1457/2006, Decisión del 27 de marzo de 2009, párr. 7.6.

³⁶ Cfr. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Ogoni vs. Nigeria*, Comunicación N° 155/96, Decisión del 27 de mayo de 2002, párr. 226.

³⁷ Cfr. CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, párr. 334.

mismo modo se pronunció el Banco Interamericano de Desarrollo³⁸ y el ex Relator de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya.³⁹

ESTUDIOS PREVIOS DE IMPACTO AMBIENTAL Y SOCIAL

La obligación del Estado Argentino de realizar Evaluaciones de Impacto Ambiental (en adelante, “EIA”) surge, en el ámbito internacional, del Convenio 169 de la OIT, el cual establece que *“los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”*.⁴⁰

La EIA ha tenido reconocimiento en documentos de la ONU, tales como la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por la ONU en 1982 *“Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que pueden tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza en caso de llevarse a cabo; tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posible efectos perjudiciales”* (11, c]) y la Declaración de Río, aprobada por la ONU en 1992 *“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeto a la decisión de una autoridad nacional competente”* [Principio 17].⁴¹⁴² La necesidad de esta evaluación se ampara también en el deber de respetar el proceso de consulta junto con etapa informativa, y el deber de preservar en la máxima medida posible el ambiente como medio esencial para un pleno derecho a la salud.

³⁸ Cfr. Banco Interamericano de Desarrollo, *Política Operativa 710 sobre Reasentamiento Involuntario*, 1998, Sección IV, párrafo 4.

³⁹ Cfr. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Informe del ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, ob. cit., párr. 47.

⁴⁰ Cfr. Convenio Nro. 169 OIT, ob. cit., artículo 7.3.

⁴¹ Cfr. Convenio sobre la Diversidad Biológica, 05/06/1992, Río de Janeiro (Brasil), (e.v.: 29/12/1993), art. 14.

⁴² Cfr. *“La tutela del medio ambiente en la constitución nacional argentina”* Horacio Rosatti, *Tratado de Derecho Municipal*, T. I, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 263 a 298.

Esta obligación también emana de la interpretación que realizó la Corte IDH al considerar que el Artículo 21 de la CADH resulta violado cuando el Estado no realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social (en adelante “EISAs”).⁴³

En el ámbito interno, la evaluación de impacto ambiental está prevista en los términos de los artículos 11, 12, 13 y concordantes de la Ley General del Ambiente, N° 25.675. En particular, los artículos 11 y 13 disponen: “*Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución*” (art. 11). “*Los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos*” (art. 13).

Además, el principio de precaución en materia ambiental plantea que la incertidumbre científica no debe ser una excusa para evitar la adopción de medidas que tiendan a evitar la posibilidad cierta de la ocurrencia de un daño ambiental grave, aunque su costo sea elevado, ni para convalidar la acción u omisión humanas potencialmente dañosas. El principio de precaución ha tenido reconocimiento internacional en diferentes documentos aprobados por la ONU, tales como la Carta de la Naturaleza de 1982 “*Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales*” [11,b] y La Declaración de Río de Janeiro de 1992 “*Con el fin de proteger al medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*” [Principio 15]). En la Argentina el principio de precaución tiene reconocimiento legislativo en los términos del artículo 40 de la ley 25.675: “*Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas*

⁴³ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, ob. cit., párr 158.

eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. El principio de precaución supone la inversión de la carga de la prueba, debiendo el proponente y no el opositor a la iniciativa concernida) demostrar la inocuidad de su propuesta.

De igual manera, la Provincia de Salta regula este instituto en la Ley Provincial N° 7.070, donde expresa que “*Los proponentes públicos o privados, deberán preparar y presentar al organismo provincial a cargo de la correspondiente autorización, un Estudio de Impacto Ambiental y Social de su iniciativa.*”⁴⁴

La jurisprudencia argentina ya se ha pronunciado de conformidad con la obligación de realizar un EIA previo a la construcción de una obra o proyecto.⁴⁵ La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires declaró la nulidad de los actos administrativos vinculados con la ejecución de la obra de construcción de un puente sobre un arroyo, ya que no se llevó a cabo una EIA que garantice la efectiva participación ciudadana y no se emitió una Declaración de Impacto Ambiental. Por ello, esta Corte ordenó a la municipalidad con jurisdicción en el caso que con carácter previo a la adopción de cualquier medida vinculada a la ejecución, lleve a cabo la EIA de conformidad con las exigencias legales.

Resulta necesario aclarar la diferencia que realiza la legislación y jurisprudencia argentina entre Evaluación de Impacto Ambiental, la cual consiste en un procedimiento, y Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EsIA). La primera puede ser definida como un procedimiento jurídico administrativo cuyo objeto es identificar, predecir e interpretar los impactos ambientales de un proyecto o actividad sobre el medio ambiente, a los efectos de su aceptación, modificación o rechazo por parte de la autoridad de aplicación.⁴⁶ El procedimiento de EIA está a cargo de una autoridad competente, que será la responsable de impulsar el proceso en sus distintas etapas, asegurar y controlar que cada paso cumpla con sus requisitos, no pudiendo llevarse a cabo en distinto orden o sin respeto a los plazos legales o necesarios para que cada etapa cumpla sus fines.

Por otro lado, el EsIA es un informe escrito, un elemento parcial de la EIA, el cual consiste en un análisis técnico interdisciplinario destinado a predecir, identificar, ponderar y

⁴⁴ Cfr. Ley Provincial N° 7.070, 21/12/1999, Salta, Argentina, artículo 43.

⁴⁵ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, *Rodoni, Juan Pablo y otros contra Municipalidad de Bahía Blanca. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 03/03/2010.

⁴⁶ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, *Rodoni...*, ob. cit.

corregir las consecuencias o efectos ambientales que un proyecto o actividad tiene sobre la calidad de vida del hombre y su entorno.⁴⁷ Debe contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.⁴⁸

La EIA concluye cuando se emite una resolución administrativa donde se acepta o rechaza la realización y/o autorización de ciertas obras o actividades. Previo a esto, la autoridad ambiental provincial o municipal competente -según el caso-, emite una Declaración de Impacto Ambiental,⁴⁹ un acto administrativo que -sobre la base de los dictámenes, observaciones realizadas por los interesados, y de la Evaluación de Impacto Ambiental- podrá contener la aprobación de la realización de la obra, su condicionamiento al cumplimiento de instrucciones modificatorias, o bien la oposición a su realización.⁵⁰

La obligación de realizar la EIA constituye una garantía que tiene como fin evitar una denegación de la subsistencia como pueblo o comunidad indígena cuando el derecho a la propiedad podría encontrarse restringido por la emisión de concesiones dentro de su territorio.⁵¹ El objetivo es tener una dimensión objetiva del posible impacto sobre la tierra y recursos naturales, pero no solo eso, sino también asegurar que la comunidad indígena involucrada tenga el suficiente conocimiento de los posibles riesgos ambientales, de condición de vida y salubridad, para que puedan tomar una adecuada decisión sobre si aceptan o no las obras a realizar en sus territorios, con conocimiento y de forma voluntaria.⁵²

La Unión Europea ha regulado la materia en este sentido, al establecer que *“la autorización de los proyectos públicos y privados que puedan tener repercusiones considerables sobre el medio ambiente sólo debe concederse después de una evaluación de los efectos importantes que dichos proyectos puedan tener sobre el medio ambiente. Esta evaluación debe efectuarse tomando como base la información apropiada proporcionada por*

⁴⁷ Cfr. *Ibid.*

⁴⁸ Cfr. Ley No. 25.675, ob. cit., art. 13.

⁴⁹ Cfr. Ley No. 25.675, ob. cit., art. 12.

⁵⁰ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires *Rodoni...*, ob. cit.

⁵¹ Cfr. Convenio Nro. 169 OIT, ob. cit., artículo 7.3.

⁵² Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, ob. cit., Interpretación de la Sentencia, párr. 40.

el promotor y eventualmente completada por las autoridades y por el público al que pueda interesar el proyecto.”⁵³

A continuación, se indicarán los requisitos que deben cumplirse para que los estudios y evaluaciones de impacto ambiental y social sean llevados a cabo de conformidad con las obligaciones que le competen al Estado Argentino y buenas prácticas al respecto.⁵⁴

REQUISITOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La Corte IDH ha señalado que los estudios de impacto ambiental y social deben cumplir con ciertos requisitos,⁵⁵ a saber:

a. Realizarse en forma previa a la realización de la actividad

La Corte IDH estableció el carácter previo al expresar que “[...] *los estudios de impacto ambiental deben comenzar antes que la ubicación y diseño de los proyectos estén decididas, para evitar pérdidas económicas en caso que sea necesaria una modificación. En casos en que la autorización para realizar la actividad, concesión o licencia ya ha sido otorgada, sin haberse realizado un estudio de impacto ambiental, este debe concluirse antes de la ejecución del proyecto.*”⁵⁶

El carácter previo del estudio ambiental consiste en que el Estado debe garantizar que no se emprenda ninguna actividad relacionada con la ejecución de algún proyecto u obra hasta que el estudio de impacto ambiental sea aprobado por la autoridad estatal competente.⁵⁷ La realización del estudio ambiental en las etapas iniciales de discusión de la actividad a realizar permite que realmente se exploren alternativas a la propuesta y que estas puedan ser

⁵³ Cfr. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, 13/12/2011.

⁵⁴ En nota al pie la CIDH afirma que “uno de los más completos y utilizados estándares para EISAs en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como Akwé:Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities”. Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. ob. cit., Interpretación de la Sentencia, párr. 41, nota al pie No. 23.

⁵⁵ Cfr. Corte IDH, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17*, 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, Medio ambiente y derechos humanos, párr. 161 a 170.

⁵⁶ Cfr. Corte IDH, *OC-23/17*, ob. cit., párr. 162; Véase también en PNUMA, *Evaluación del impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica: hacia un enfoque integrado*, 2004, pág. 41, disponible en: <http://unep.ch/etu/publications/textonubr.pdf>; Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Fondo Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2015, párrs. 207 y 215.

⁵⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, ob. cit., párr. 129; Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, ob. cit., párr. 201.

tomadas en cuenta a la hora de decidir la aprobación o no del proyecto.⁵⁸ Los procedimientos tempranos de evaluación ambientales son cruciales para la búsqueda de alternativas menos nocivas y para la determinación de medidas de mitigación.⁵⁹

De igual modo, la CIDH considera que la obligación de evaluar previamente el impacto en los derechos humanos puede proporcionar a las autoridades y funcionarios competentes elementos sobre posibles afectaciones y pueden guiar el cumplimiento efectivo del deber de supervisión y fiscalización.⁶⁰ Si bien muchos Estados, en particular, el Estado Argentino, cuentan con un ordenamiento interno que exige el cumplimiento y la obligación de contar con ciertos parámetros ambientales para la autorización de actividades que puedan afectar el ambiente, pocos de ellos contienen mecanismos de implementación adecuados y efectivos para supervisar estas actividades con posterioridad y de modo continuo durante la ejecución del proyecto, especialmente cuando resultan afectadas comunidades indígenas.

La realización de una evaluación ambiental y social previa a toda actividad que genere algún impacto en las comunidades indígenas responde a los principios de precaución y prevención, los cuales establecen que los Estados deben actuar con debida diligencia a efectos de proteger el derecho a la vida y la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica.

Además, el principio de precaución en materia ambiental plantea que la incertidumbre científica no debe ser una excusa para evitar la adopción de medidas que tiendan a evitar la posibilidad cierta de la ocurrencia de un daño ambiental grave, aunque su costo sea elevado, ni para convalidar la acción u omisión humanas potencialmente dañosas. El principio de precaución ha tenido reconocimiento internacional en diferentes documentos aprobados por la ONU, tales como la Carta de la Naturaleza de 1982 “*Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que*

⁵⁸ Cfr. PNUMA, *Evaluación del impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica: hacia un enfoque integrado*, ob. cit., pág. 40.

⁵⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, ob. cit., párr. 134.

⁶⁰ Cfr. CIDH, *Informe temático sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales –Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ob. cit., párr. 103.

los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales” [11,b] y La Declaración de Río de Janeiro de 1992 “Con el fin de proteger al medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente” [Principio 15]. En la Argentina el principio de precaución tiene reconocimiento legislativo en los términos de la ley 25.675: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. El principio de precaución supone la inversión de la carga de la prueba, debiendo el proponente y no el opositor a la iniciativa concernida demostrar la inocuidad de su propuesta

El Estado tiene un deber general de prevención consistente en *“la adopción de medidas para contar con un marco normativo e institucional orientado a la prevención, persecución y sanción de delitos en determinada área, de los que tiene conocimiento, y un deber específico de prevención, exigible desde que el Estado toma conocimiento de un riesgo real e inmediato para una persona o grupo de personas en una situación concreta.”*⁶¹ La CIDH enfatiza que esta obligación de prevención es exigible tanto antes de la autorización de la actividad u otorgamiento de los permisos correspondientes, como durante la implementación y posterior a la finalización del proyecto mediante medidas de supervisión y fiscalización.⁶²

En caso de que un proyecto concreto suponga un riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, el Estado, para dar cumplimiento a su deber de prevención,⁶³ debe adoptar las medidas que sean “eficaces”⁶⁴ para prevenir impactos

⁶¹ Cfr. Corte IDH, OC 23/17, ob. cit., párr. 117; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 281-284.

⁶² Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, ob. cit., párr. 129; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 205; Véase también en CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, párr. 87.

⁶³ Cfr. CSJN, *Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y Otros*, 17/04/2007; CSJN, *Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial – Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso*, 05/09/2017; CSJN, *Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/ Acción ambiental meramente declarativa*, 20/09/2016; Cámara Federal de San Martín, *Causa 4565*, 14/06/2005.

ambientales y sociales negativos en las comunidades indígenas y con el fin de evitar la materialización del riesgo en la afectación de los derechos humanos.⁶⁵

*b. Elaborarse por entidades independientes bajo la supervisión del Estado*⁶⁶

Este requisito exige que la entidad que realice el estudio, para ser competente, debe ser independiente, imparcial y técnicamente capaz.

En primer lugar, resulta necesario resaltar que el Estado Argentino reconoce que las revisiones de los estudios de impacto ambiental deben ser realizadas por entidades idóneas con diversas especialidades.⁶⁷

Esta exigencia se debe a que, en varias oportunidades, los órganos del SIDH han mencionado que con mayor frecuencia los estudios y evaluaciones se realizan financiadas o promovidas por la misma entidad privada o terceros contratados por ésta, la cual llevará a cabo la actividad y/o las EIA, en algunas ocasiones, lo que claramente compromete sus resultados y tiende a soslayar los riesgos. Para evitar esto, la CIDH considera que es indispensable la labor de los Estados para establecer sistemas de evaluación que aseguren un “control externo” con el fin de garantizar un mecanismo transparente e íntegro.⁶⁸

c. Abarcar el impacto acumulado

⁶⁴ Cfr. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 09/05/1992, (e.v.: 21/03/1994), Nueva York, artículo 3.3.

⁶⁵ Cfr. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Doc. ONU NCONP.I51/26/Rev.1 (Vol. 1), 3-14 de junio de 1992, Río de Janeiro, principio 15; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, ob. cit., artículo 3.3; Corte IDH, *OC 23/17*, ob. cit., párr. 180-120; Ley General del Ambiente Nro. 25.675, ob. cit., artículo 4; también se encuentra establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 25 de marzo de 1957, artículo 191; TEDH, *Caso Di Sarno y otros Vs. Italia*, No. 30765/08, Sentencia de 10 de enero de 2012, párr. 107; Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus), entrada en vigor el 30 de octubre de 2001, art. 5; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Caso Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos y Centro de Derechos Económicos y Sociales Vs. Nigeria*, Comunicación 155/96, Decisión de 27 de octubre de 2001, párr. 53.

⁶⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, ob. cit., párr. 129; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 205.

⁶⁷ Cfr. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, *Evaluación de Impacto Ambiental*, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/evaluacion-ambiental/evaluacion-de-impacto-ambiental>.

⁶⁸ Cfr. CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, ob. cit., párr. 104; Red Internacional de Derechos Humanos (RIDH), *Empresas y derechos humanos: consideraciones de cara al III Foro Mundial*, noviembre 2014.

Las EIA deben abordar también el impacto acumulativo de los proyectos existentes. La Corte ha expresado que *“uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales.”*

Una evaluación de impacto acumulativa se debe realizar cuando los impactos resultan de los efectos sucesivos o sinérgicos de un mismo proyecto o similar, y cuando a éste se suman los efectos de otros emprendimientos existentes, planificados o razonablemente predecibles. Además, en los casos en los que la autoridad determine que en un mismo ecosistema existen distintos proyectos que están generando una presión excesiva a ese ecosistema, se podrá ordenar una evaluación de impacto acumulativa.⁶⁹

Este criterio ya ha sido utilizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en un caso sobre desmontes en la provincia de Salta. En el mismo, se demostró que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de las actividades pero no se había efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las actividades, ya que la tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendría un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar y que seguramente fue negativo.⁷⁰

Por su parte, la CIDH considera que en caso de que diversos planes o proyectos, no significativos por sí solos, coinciden en su afectación sobre un mismo pueblo o comunidad indígena, se debe realizar un estudio de impacto acumulativo. Esto se debe a que estos proyectos acumulados, aunque no sean a “gran escala”, pueden en su conjunto causar un

⁶⁹ Este tipo de evaluación debe seguir determinados criterios mínimos, a saber: 1. Cuando se trate de proyectos emplazados en una misma zona o área de influencia; 2. Proyectos de extracción de hidrocarburos o metales en proximidad unos de otros; 3. Proyectos de tendido eléctrico en la misma ruta migratoria de aves; 4. Proyectos sobre un mismo recurso, tala de bosques, desarrollo minero, explotación y extracción de petróleo y gas; 5. Instalación de plantas termoeléctricas cercanas unas de otras; 6. Construcción de autovías, autopistas, líneas ferroviarias; 7. Aeropuertos y helipuertos; 8. Las plantas siderúrgicas, elaboradoras y/o fraccionadoras de productos químicos; 9. Empresas que realicen tratamiento y disposición final de residuos peligrosos. Cfr. FARN, *Requisitos mínimos para una ley de presupuestos mínimos sobre evaluación de impacto ambiental*, disponible en <https://farn.org.ar/archives/25397>.

⁷⁰ Cfr. CSJN, *Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo*, 29 de marzo de 2009.

impacto mayor en territorio indígena, por lo que resultaría necesario obtener el consentimiento de las comunidades afectadas.⁷¹

Actualmente, existe en el país una corriente doctrinaria orientada a analizar las políticas públicas del gobierno en una “*Evaluación Ambiental Estratégica*” (en adelante EAE). La EAE implica un procedimiento que tiene por objetivo valorar las consecuencias o impactos ambientales en la formulación de las decisiones estratégicas por parte del sector gubernamental, de modo de prevenir o mitigar los efectos ambientales que pudieran generar las decisiones en el marco del desarrollo sustentable. Esto es, en todas aquellas decisiones que se tomen previamente a la instancia de los proyectos específicos, tales como las iniciativas, políticas, planes y programas.⁷²

El primer antecedente de EAE se remonta a 1969 cuando los Estados Unidos dictó el Acta Nacional de Política Ambiental. El segundo surgió en 1985, esta vez en Europa, cuando se sancionó la Directiva Europea 85/337/CEE (14), relativa a las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Sin embargo, no se implementó completamente hasta la publicación de la Directiva 2001/42/CE (15), cuando se añadió el análisis de impactos ambientales derivados de los planes y programas -no políticas-, estableciendo el marco para la autorización en el futuro del proyecto enumerado en la Directiva EIA. Asimismo, en el año 2003 se adoptó en Kiev el «Protocolo de Evaluación Ambiental Estratégica» instaurando procedimientos taxativos de acción para los Estados.⁷³

Las prevenciones para hacer frente a lo que -pudiendo o no suceder- finalmente sucede requieren un nivel de anticipación propio del análisis político que se sitúa más allá de las contingencias. En términos instrumentales, tales requerimientos suelen preverse -en parte- en los presupuestos anuales, pero -fundamentalmente- hallan cauce en los planes estratégicos (PE), diseñados para diagramar, a partir de una convicción ideológico-política y del análisis

⁷¹ Cfr. CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, ob. cit., párr. 91.

⁷² Cfr. Comunidades Indígenas de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc & FARN, *Kachi Yupi - huellas de la sal / procedimiento de consulta y consentimiento previo, libre e informado para las comunidades indígenas de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc*, fue consensuado por las comunidades de la nación y pueblos Kolla y Atakama de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc, mediante un proceso de trabajo comunitario, respetando nuestra cosmovisión, derecho consuetudinario e identidad y aprobado por Asamblea General el día 22 de Agosto de 2015 en la Comunidad de Quera y Aguas Calientes, p. 20.

⁷³ Cfr: RINALDI, Gustavo: “Doctrina del día: La Evaluación Ambiental Estratégica”, (Buenos Aires, 2012), editorial Thomson Reuters, publicado en Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot, página 2.

de las variables “*internas*” y “*externas*” a la organización estatal (que marcará sus fortalezas y debilidades relativas, como así también sus potencialidades, oportunidades, riesgos y limitaciones): - La dirección determinante de la política estatal en un horizonte temporal plurianual (vgr.: cinco, diez, veinte años); - las políticas públicas destinadas a concretarla, y - un programa de acciones futuras que -conociendo el sentido de la marcha y conjugando el esfuerzo de los sectores público y privado- permita maximizar sus rendimientos en orden a objetivos específicos predeterminados, debidamente acotados (cuantificados y temporalizados). La programación estratégica no sólo debe ser “*conocida*” por la sociedad sino que debe ser “*realizada*” con ella, pues -aunque asumida desde el Estado- expresa una orientación del desarrollo futuro de la comunidad, que podrá enancarse en la dirección decidida. Por ello se comprende -volviendo a nuestro tema- que, en el contexto de la programación estratégica, los acontecimientos prevenibles (los que pueden o no pueden suceder) encuentren acogimiento y prevención estatal y social. En este punto, el Planeamiento estratégico, en tanto objetivo y cometido del Estado y de la Sociedad, se engarza con la elaboración de los presupuestos participativos, en los que “*al permitir que los ciudadanos definan las prioridades, las obras e inversiones que necesitan, se deja de lado la actitud tradicional de pasividad o de mero destinatario de las decisiones públicas, para convertirse en un sector activo y crítico*”⁷⁴

Este procedimiento ya se encuentra regulado en Argentina, en la Ley de Glaciares,⁷⁵ pero a pesar de que el Estado no está obligado en el caso que nos atañe, su aplicación puede proveer soluciones en la materia en cuestión. Una efectiva implementación de la EAE puede solucionar las insuficiencias que presenta la EIA, la cual por sí sola no es suficiente como mecanismo de gestión ambiental para evaluar ámbitos más amplios o generales. En particular, la EIA no logra integrar aspectos como los impactos indirectos, acumulativos y sinérgicos; la delimitación del ámbito espacial y los plazos temporales en que se pone en práctica un proyecto; así como la falta de consideración de los impactos globales, entre otros aspectos.⁷⁶

⁷⁴ “*La tutela del medio ambiente en la constitución nacional argentina*” Horacio Rosatti, Tratado de Derecho Municipal, T. I, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 263 a 298.

⁷⁵ Cfr. Ley de Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, N° 26.639, Argentina, 28/10/2010, art. 7.

⁷⁶ Cfr. FARN, *Requisitos mínimos para una ley de presupuestos mínimos sobre evaluación de impacto ambiental*, disponible en <https://farn.org.ar/archives/25397>.

d. *Participación de las personas interesadas y respeto a las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas*

Resulta necesaria la participación de la comunidad o pueblos indígenas interesados en el proceso de EIA para darles la posibilidad de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el ambiente que las actividades previstas puedan tener sobre estos pueblos.⁷⁷ Esta participación debe darse desde una fase temprana en los procedimientos de toma de decisiones ambientales-sociales, ya que les permiten formular observaciones y opiniones, así las autoridades tendrán en cuenta sus preocupaciones.⁷⁸ También les permite contribuir activamente al determinar si sus derechos humanos e intereses sustantivos pueden verse afectados y, en tal CASO, en qué medida.⁷⁹ Sin embargo este tipo de participación no puede considerarse igual a la consulta previa libre e informada correspondiente al convenio. 169 de la OIT, esta etapa brinda la oportunidad de expresar su opinión a las posibles personas afectadas por el proyecto en cuestión, mientras que la consulta previa requiere de procedimientos y consensos que, aunque puedan contener una EIA, exceden esta etapa.

Por otro lado, la Corte IDH tomó nota que el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente adoptó los Objetivos y Principios de los Estudios de Impacto Ambiental, en los cuales se establece que los Estados deberían permitir que expertos y grupos interesados puedan hacer comentarios a los estudios de impacto ambiental⁸⁰.

Es dable destacar que el Sistema Africano de Derechos Humanos se ha expresado en el mismo sentido que la Corte IDH respecto de los estudios de impacto ambiental y la

⁷⁷ Cfr. Convenio Nro. 169 OIT, ob. cit., artículo 7.3. Del mismo modo, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Minorías entiende que el derecho a la consulta previa está intrínsecamente ligado a la igualdad y no discriminación, y al derecho a tomar decisión sobre situaciones que puedan afectar sus derechos. ONU, Grupo de Trabajo sobre las Minorías, *Comentario del Grupo de Trabajo sobre las Minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 11° periodo de sesiones, 30 de mayo al 3 junio de 2005, párr. 36, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/133/84/PDF/G0513384.pdf?OpenElement>; Véase también, ONU, Comité de Derecho Económico, Sociales y Culturales (DESC), Observaciones general No. 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas.

⁷⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, ob. cit., párr. 215.

⁷⁹ Cfr. CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, ob. cit., párr. 142; CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 1/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 69.

⁸⁰ Cfr. PNUMA, *Resolución 14/25*, 17 de junio de 1987, Objetivos y Principios de las Evaluaciones de Impacto Ambiental (Goals and Principles of Environmental Impact Assessment), Doc. ONU UNEP/WG.152/4 Annex, principios 7 y 8.

participación de las comunidades indígenas. En el caso *Ogoni vs. Nigeria*, la Comisión Africana consideró que el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente sano -regulados en los artículos 16 y 24 de la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos, respectivamente- reconocen la importancia de un entorno limpio y seguro, estrechamente ligado a los derechos económicos y sociales en la medida en que el entorno afecta la calidad de vida y la seguridad de una persona.⁸¹ Por esto, consideró que el Estado debe dar a conocer los estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial importante, y debe darles un seguimiento adecuado e informar a las comunidades expuestas a materiales y actividades peligrosas, todo esto para cumplir con esas obligaciones. Sumado a esto, debe otorgar oportunidades significativas a las personas para que sean escuchadas y puedan participar en las decisiones de desarrollo que afecten a sus comunidades.⁸²

Respecto a la participación del público afectado en las obras o proyectos que puedan afectar al ambiente, la Unión Europea lo regula expresamente al establecer que la participación real del público en la adopción de esas decisiones le permite expresar opiniones e inquietudes que pueden ser pertinentes y que las autoridades decisorias pueden tener en cuenta, favoreciendo de esta manera la responsabilidad y la transparencia del proceso decisorio, y contribuyendo a la toma de conciencia por parte de los ciudadanos sobre los problemas medioambientales y al respaldo público de las decisiones adoptadas.⁸³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) también se ha referido al acceso a la información en este tipo de casos.⁸⁴ Determinó que cuando el Estado no brinda a los peticionarios información esencial y oportuna sobre el impacto de una fábrica, está incumpliendo el derecho a la vida privada y familiar.⁸⁵ En la misma línea, afirmó que,

⁸¹ Cfr. ACHPR, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, Communications No. 155/96, párr. 51.

⁸² Cfr. *Ibid*, párr. 53.

⁸³ Cfr. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2011/92/UE*, ob. cit., preámbulo, considerando 16.

⁸⁴ Cfr. TEDH, *Caso Grimkovskaya Vs. Ucrania*, No. 38182/03. Sentencia de 21 de julio de 2011, párr. 69; TEDH, *Caso Dubetska y otros Vs. Ucrania*, No. 30499/03. Sentencia de 10 de febrero de 2011, párr. 143; TEDH, *Caso Kolyadenko y Otros vs. Rusia*, Applications nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 y 35673/05. 9 Julio 2012, párrafo 158; TEDH, *Caso Eckenbrecht Vs. Alemania*, No. 25330/10. Decisión de 10 de junio de 2014, párr. 42; TEDH, *Caso Tătar Vs. Rumania*, No. 67021/01. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 107; TEDH, *Caso Hatton y otros Vs. Reino Unido [GS]*, No. 36022/97. Sentencia de 8 de julio de 2003, párrs. 121 a 123, 126 y 129, y TEDH, *Caso López Ostra Vs. España*, No. 16798/90. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, párr. 58.

⁸⁵ TEDH, *Guerra y Otros v. Italia*, Application No. 116/1996/735/932, 19 febrero 1998, párrafo 60.

frente cuestiones complejas de política ambiental y económica, el proceso de toma de decisiones debe implicar en primer lugar las investigaciones y estudios pertinentes a fin de que puedan predecir y evaluar de antemano las consecuencias de aquellas actividades, y que es incuestionable la importancia del acceso público a las conclusiones de estos estudios y a la información que permita a los miembros de la sociedad evaluar el peligro al que están expuestos.⁸⁶

En el asunto *Grimkovskaya c. Ucrania*, el TEDH afirmó la vulneración del derecho al respeto a la vida y a la vida privada porque, entre otras cosas, no se había realizado una evaluación de impacto ambiental antes de construir una obra, no se respetaron las obligaciones de acceso a la información y participación ciudadana en la toma de decisiones de la Administración en relación con la construcción de esa obra, ni se pudieron someter dichas decisiones al escrutinio de un tercero imparcial.⁸⁷ El objetivo debe ser respetar las garantías procedimentales que aseguren una transparencia y participación de los afectados, especialmente en decisiones con impacto ambiental.⁸⁸

e. Contenido de los Estudios de Impacto Ambiental y Social

La Corte IDH ha especificado que los estudios deben ser de carácter “social y ambiental”.⁸⁹ La inclusión de estos dos elementos en su caracterización revela que el tipo de estudios exigidos por la Corte debe ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente, con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural, haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios, de los recursos existentes en ellos para su subsistencia, sus identidades y culturas, y sus formas de espiritualidad.

De acuerdo con la definición de evaluación ambiental incorporada en la Política Operacional OP 4.01 del Banco Mundial, el EIA debe “*identificar y evaluar las posibles*

⁸⁶ TEDH, *Caso Taşkin y otros Vs. Turquía*, Application no. 46117/99, 10 noviembre 2004, párrafo 119.

⁸⁷ Cfr. Fernández Egea, Rosa M., *La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales*, p. 190.

⁸⁸ Cfr. Fernández Egea, Rosa M., *La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales*, p. 189.

⁸⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, ob. cit., Interpretación de la Sentencia párr. 41; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 205-206.

repercusiones ambientales de un proyecto propuesto, evaluar alternativas y establecer medidas apropiadas de mitigación, gestión y seguimiento.” En tal sentido deberán incluirse los siguientes ítems:

1 Resumen ejecutivo, discute con precisión los hallazgos significativos y las acciones recomendadas.

2 Marco normativo, jurídico y administrativo, desarrolla la política, legal y administrativa marco en el que se lleva a cabo la EA, explica los requisitos ambientales de cualquier cofinanciador, identifica los acuerdos ambientales internacionales pertinentes en los que el país es parte.

3 Descripción del proyecto, describe con precisión el proyecto propuesto y su contexto geográfico, ecológico y social, y el contexto temporal, incluyendo cualquier inversión fuera del sitio que pueda ser requerida, indica la necesidad de un plan de reasentamiento o de un plan de desarrollo de los pueblos indígenas. Normalmente incluye un mapa que muestra el sitio del proyecto y el área del proyecto de influencia.

4 Línea de base, evalúa las dimensiones del área de estudio y describe las características físicas relevantes, las condiciones biológicas y socioeconómicas, incluidos los cambios previstos antes de que el proyecto comience. También tiene en cuenta las actividades de desarrollo actuales y propuestas dentro del proyecto, pero no directamente conectadas. Los datos deben ser relevantes para la toma de decisiones sobre el proyecto, ubicación, diseño, operación o medidas de mitigación. La sección indica la precisión, fiabilidad y fuentes de los datos.

5 Impactos ambientales, predice y evalúa los probables impactos positivos y negativos del proyecto en términos cuantitativos en la medida de lo posible. Identifica las medidas de mitigación y cualquier residuo negativo e impactos que no pueden ser mitigados. Explora oportunidades para la mejora del medio ambiente. Identifica y estima el alcance y la calidad de los datos disponibles, las principales lagunas en los datos e las incertidumbres relacionadas con predicciones, y especifica temas que no requieren mayor atención.

6 Análisis de alternativas, compara sistemáticamente las alternativas viables al proyecto propuesto, sitio, tecnología, diseño y operación -incluyendo la situación de "sin

proyecto"- en términos de su impactos ambientales potenciales; la factibilidad de mitigar estos impactos; su capital y sus impactos recurrentes, los costos; su idoneidad en las condiciones locales y su capacidad institucional, de capacitación y requisitos de monitoreo. Para cada una de las alternativas, cuantifica los impactos ambientales en la medida de lo posible, y atribuye valores económicos cuando es factible. Establece la base para la selección del proyecto en particular propuesto y justifica los niveles de emisión recomendados y los enfoques para la prevención de la contaminación, y reducción de emisiones.

7) Plan de gestión ambiental, cubre las medidas de mitigación, el monitoreo y las medidas institucionales.⁹⁰

En 2004, la Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica adoptó las Directrices Voluntarias Akwé: Kon, que reflejan el contenido amplio de los estudios de impacto en relación con los proyectos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, y el cual establece una serie de elementos que los EIA deben evaluar y comprender. Estos elementos incluyen: *“los probables impactos en el medio ambiente, y (...) proponer medidas adecuadas de mitigación de un desarrollo propuesto, teniéndose en cuenta los impactos entre sí relacionados, tanto beneficiosos como adversos, de índole socioeconómica, cultural y para la salud humana; los probables impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto que puedan afectar a los derechos, que tengan una dimensión económica, social, cultural, cívica y política, así como afectar al bienestar, vitalidad y viabilidad de una comunidad afectada - que es la calidad de vida de una comunidad medida en términos de varios indicadores socioeconómicos, tales como distribución de los ingresos, integridad física y social y protección de las personas y comunidades, niveles y oportunidades de empleo, salud y bienestar, educación y disponibilidad y calidad de la vivienda y alojamiento, infraestructura, servicios; los probables impactos de un proyecto o desarrollo propuestos acerca del modo de vida de un grupo particular o comunidad, con la plena intervención de ese grupo o comunidad y posiblemente emprendido por ese grupo o comunidad; los impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto, que pudiera afectar, por ejemplo, a los valores, creencias, leyes consuetudinarias, idiomas, costumbres, economía, relaciones con el entorno local y especies particulares, organización social y tradiciones de la comunidad afectada;*

⁹⁰ Cfr. Banco Mundial, *Política Operacional 4.01*, enero 1999, Anexo A: Definiciones, párr. 2.

los impactos al patrimonio cultural de la comunidad, incluidos los lugares, edificios, y restos de valor o importancia arqueológicos, arquitectónicos, históricos, religiosos, espirituales, culturales, ecológicos o estéticos.”⁹¹

Por su parte, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas ha indicado que el estudio debe incluir, como mínimo, los siguientes puntos: a.) La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b.) Las razones o el objeto del proyecto o actividad; c.) La duración del proyecto y/o actividad; d.) Los lugares de las zonas que se verán afectados; e.) Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; f.) El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y g.) Procedimientos que puede entrañar el proyecto.⁹²

En el ámbito de la Unión Europea, respecto al contenido del EIA, se establece que *“los efectos de un proyecto sobre el medio ambiente deben evaluarse para proteger la salud humana, contribuir mediante un mejor entorno a la calidad de vida, velar por el mantenimiento de la diversidad de especies y conservar la capacidad de reproducción del ecosistema como recurso fundamental de la vida”⁹³*, y agrega información específica que las evaluaciones de impacto ambiental deben contener.⁹⁴

La CSJN argentina ha reconocido que la autorización de actividades requiere una evaluación previa de impacto ambiental y social.⁹⁵ La Ley General de Ambiente establece un piso mínimo del contenido de ésta, al expresar que: *“Los estudios de impacto ambiental deberán contener, como mínimo, una descripción detallada del proyecto de la obra o*

⁹¹ Cfr. Directrices Akwé: Kon, COP-7 (Kuala Lumpur, 9-20 de febrero de 2004), Decisión VII/16, Anexo [“Directrices Akwé: Kon”], Párr. 6.

⁹² Cfr. CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, ob. cit., párr. 199.

⁹³ Cfr. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2011/92/UE*, ob. cit., preámbulo, considerando 14.

⁹⁴ Cfr. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2011/92/UE*, ob. cit., artículo 3.

⁹⁵ Cfr. CSJN, *Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable*, 11/07/2002.

actividad a realizar, la identificación de las consecuencias sobre el ambiente, y las acciones destinadas a mitigar los efectos negativos.”

Además, las provincias de la República Argentina están obligadas a respetar este piso mínimo, pero también están facultadas a ampliar los niveles de protección establecidos por la Ley General del Ambiente. Sin embargo, la Provincia de Salta no ha regulado el Estudio de Impacto Ambiental. La Ley Provincial N° 7.070 solo se refiere a una Audiencia Pública dirigida a cualquier persona física o jurídica, que se debe realizar con posterioridad a la emisión del Certificado de Aptitud Ambiental,⁹⁶ sin establecer procedimientos de consulta y participación de las comunidades indígenas de acuerdo con los requisitos ya vistos, a pesar de que el 6,5% de la población de la provincia de Salta se reconoce indígena.⁹⁷

OBLIGACIÓN DE PROTEGER EL AMBIENTE

Aunque ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incluyen referencias expresas a la protección del medio ambiente, varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales. Así lo interpretó esta Corte IDH al reconocer en su Opinión Consultiva OC 23/17 “*la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos*”.⁹⁸

La Comisión ha considerado el vínculo entre la subsistencia del ser humano y la preservación de un medio ambiente sano, ya que existe una relación directa entre el ambiente físico en el que viven las personas, y los derechos a la vida, a la seguridad y a la integridad física. La CIDH ha reconocido el vínculo entre la protección del medio ambiente y el derecho a la salud.⁹⁹ También ha observado que la degradación del medio ambiente puede afectar negativamente el acceso al agua y el disfrute de varios derechos humanos, entre ellos, los

⁹⁶ Cfr. Ley Provincial de Salta N° 7.070, ob. cit., artículo 49.

⁹⁷ Se trata de 79.204 personas sobre un total de 1.214.441 habitantes. Ese porcentaje es casi el triple de la media nacional de 2,4%. Cfr. Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Pueblos originarios: región Noroeste Argentino*, - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 69.

⁹⁸ Cfr. Corte IDH, OC-23/17, ob. cit., párr. 47.

⁹⁹ Cfr. CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, ob. cit., p. 37.

derechos a la vida, a la salud y a la alimentación,¹⁰⁰ y afirma que “*Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano*”.

Esta interpretación evolutiva de los instrumentos de derechos humanos ha sido aplicada por la Corte Interamericana en reiterada jurisprudencia cuando estableció que los tratados sobre derechos humanos “*son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales*”

101

Asimismo interpreta el doctrinario argentino José Esain respecto de la OC 23/17 y sus repercusiones “*El resultado específico de la adopción del enfoque basado en los derechos humanos es que todo plan, política y programa debe derivar de los instrumentos universales de derechos humanos y demás normas acordadas internacionalmente, y ser el fruto de procesos participativos. La transparencia y la rendición de cuentas ayudan a determinar los derechos que es menester abordar y las capacidades necesarias para la consecución de este cometido. De igual forma, este tipo de enfoque se fundamenta en la vigilancia y proporciona apoyo al cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados. Finalmente, debe apuntar a alcanzar resultados sostenidos, mediante el fortalecimiento de las capacidades, la mejora de la cohesión social y la institucionalización de los procesos democráticos*”¹⁰²

Es de destacar que el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe sobre Principio 10, ha sido adoptado recientemente en Costa Rica, congregando al conjunto de los países de América Latina y el Caribe, con la Secretaría Técnica de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (también denominado

¹⁰⁰ Cfr. CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, pp. 38-39.

¹⁰¹ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, ob. cit., párr. 146; Corte IDH, *Opinión Consultiva OC- 16/99*, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 114.

¹⁰² Cfr. José Esain, *La opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el nacimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Suplemento La Ley Derecho Ambiental Buenos Aires 23 de noviembre de 2018.

acuerdo de Escazú). En palabras de María Eugenia¹⁰³ Di Paola *En la opinión consultiva, la Corte realiza una referencia expresa al proceso de construcción del Acuerdo de Escazú y asimismo explicita la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental. Señala con especial énfasis el derecho de los pueblos indígenas al territorio, y su conexión con su identidad cultural, derecho humano fundamental de naturaleza colectiva que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, como así también la consulta y participación, de acuerdo con lo señalado por la Convención Americana y en total consonancia con el Convenio 169 de la OIT.*

El Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador ha indicado que el derecho al medio ambiente sano, tal como está previsto en el referido instrumento, conlleva las siguientes cinco obligaciones para los Estados: “a) *garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; b) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos; c) promover la protección del medio ambiente; d) promover la preservación del medio ambiente y, e) promover el mejoramiento del medio ambiente. Asimismo, ha establecido que el ejercicio del derecho al medio ambiente sano debe guiarse por los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, común a otros derechos económicos, sociales y culturales*”.¹⁰⁴

A efectos de analizar los informes de los Estados bajo el Protocolo de San Salvador, en 2014 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”) aprobó ciertos indicadores de progreso para evaluar el estado del medio ambiente en función de: “a) *las condiciones atmosféricas; b) la calidad y suficiencia de las fuentes hídricas; c) la calidad del aire; d) la calidad del suelo; e) la biodiversidad; f) la producción de residuos*

¹⁰³ Cfr: María Eugenia Di Paola, “*El derecho humano al ambiente y la Agenda 2030*”, Suplemento La Ley Derecho Ambiental Buenos Aires 23 de noviembre de 2018.

¹⁰⁴ Cfr. GTPSS, *Indicadores de Progreso: Segundo Agrupamiento de Derechos*, 5 de noviembre de 2013, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, párr. 29. Véase, en el mismo sentido, pero respecto de otros derechos, CIDH, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, párr. 235; Corte IDH, *Caso I.V. Vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329, párr. 164.

contaminantes y manejo de estos; g) los recursos energéticos, y h) el estado de los recursos forestales”.¹⁰⁵

A modo de ejemplo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha destacado que el derecho a un medio ambiente sano impone a los Estados la obligación de adoptar medidas razonables para prevenir la contaminación y degradación ecológica, promover la conservación y asegurar un desarrollo y uso de los recursos naturales ecológicamente sostenibles, así como supervisar y fiscalizar proyectos que pudieran afectar el medio ambiente.

La falta de un derecho específico a un medio seguro y saludable¹⁰⁶ en los tratados universales de derechos humanos no ha sido un impedimento para que todos los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas reconozcan el vínculo intrínseco entre el medio ambiente y la realización de una serie de derechos humanos, como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua y a la vivienda.¹⁰⁷

En el ámbito interno, se reconoce en Argentina expresamente en la Constitución Nacional el derecho a un ambiente sano, al disponer en el Artículo 41 que: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales (...)”*.

¹⁰⁵ Cfr. GTPSS, *Indicadores de Progreso: Segundo Agrupamiento de Derechos*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.9/13, 5 noviembre 2013, párr. 38. La Asamblea General de la OEA indicó que estos indicadores de progreso “se trata de pautas y criterios para los Estados parte, los cuales estarán en condiciones de adecuarlos a las fuentes de información a su disposición para cumplir con lo dispuesto en el Protocolo [de San Salvador]”, cfr. Asamblea de la OEA, Resolución AG/RES. 2823 (XLIV-O/14), *Adopción del Mecanismo de Seguimiento para la implementación del Protocolo de San Salvador*, 4 de junio de 2014.

¹⁰⁶ “En el sistema europeo, la ausencia de un derecho al medio ambiente no ha sido óbice para que el medio ambiente se haya beneficiado de cierto nivel de protección de forma indirecta.”, cfr. Rosa María Fernández Egea, *La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n° 31, 2015-1, pp. 163-204.

¹⁰⁷ Cfr. Consejo de Derechos Humanos, Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e Informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, A/HRC/10/61, 15/01/2009, párr. 18.

En la misma línea, se dictó la Ley General del Ambiente, Ley No. 25.675, para garantizar la aplicación del Artículo 41 de la Constitución Nacional. Esta Ley establece los presupuestos mínimos de las políticas públicas con el fin de garantizar el derecho al ambiente sano.

La relevancia de la protección del ambiente en el sistema de protección de derechos humanos puede resumirse en palabras de Goldenberg y Cafferatta quienes indicaron que “toda agresión ambiental importa una disvaliosa modificación material del patrimonio, un menoscabo en la potencialidades humanas, un estrechamiento o pérdida de chances o expectativas vitales, una disminución de la aptitud vital genérica... un perjuicio que pone en jaque derechos personalísimos, inherentes a la persona, o atributos de la personalidad... importa un menoscabo al ambiente como bien patrimonial de las personas”¹⁰⁸

RECURSOS NATURALES DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

La falta de consulta previa, seguida al avasallamiento del ambiente denunciado por la ejecución de las obras, podría suponer en el caso la violación del derecho de propiedad y del derecho a la vida de las comunidades peticionarias. El SIDH reconoce la relación intrínseca del derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de la CADH con los recursos naturales que se encuentran en el territorio de las comunidades indígenas, como se ha establecido *ut supra*. Del mismo modo, Argentina ha contemplado en su ordenamiento interno el derecho a la propiedad de la comunidad indígena salvaguardando la relación de la cosmovisión de los pueblos indígenas con sus recursos naturales.¹⁰⁹

Respecto de esto, la Corte reconoció que la subsistencia física y psicológica de las comunidades está ligada a las actividades de caza, pesca, agricultura y recolección que realizan dentro de sus territorios tradicionales.¹¹⁰ Por lo cual, cuando el Estado desconoce los derechos del territorio ancestral y no permite el acceso a estos y sus recursos naturales, la

¹⁰⁸ Cfr.: GOLDENBERG, Isidoro - CAFFERATTA, Néstor, “Daño ambiental: problemática de su determinación causal”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 11.

¹⁰⁹ Cfr. Constitución Nacional de Argentina, 15/12/1994, art. 75 inc 17; Ley N° 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes, 30/09/1985, art. 7; Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, 1/10/2014, art. 18; Constitución de la provincia de Salta, ob. cit., art 15.

¹¹⁰ Cfr. CIDH, *Alegatos ante la Corte IDH en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua*, en Corte IDH *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*, ob. cit., párr. 140(f).

Corte IDH ha considerado que se está en presencia de la violación con el derecho a la vida del artículo 4 de la Convención Americana.¹¹¹

En la Conferencia mundial sobre los Pueblos Indígenas, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe señaló que la expansión de las actividades primario-exportadoras en la región ha implicado graves impactos ambientales, reclasificación espacial y afectación de derechos, intereses, territorios y recursos de Pueblos Indígenas. Las disputas relacionadas con el control de los territorios y los recursos naturales se prestan fácilmente al conflicto violento, aunque estos pueden verse agravados en contextos de Exclusión Política, Discriminación y Marginalización Económica.¹¹²

La CIDH ha establecido que se debe dar prioridad a los derechos a la vida e integridad de los pueblos indígenas y tribales en los casos en que la ejecución de los planes o proyectos de desarrollo, explotación o extracción de recursos naturales afecten esos derechos. En consecuencia, *“estos proyectos, planes o concesiones se tornan ilegales y los Estados tienen el deber de suspenderlos, reparar los daños ambientales, e investigar y sancionar a los culpables de los daños”*¹¹³.

Por su lado, la Comisión Europea reconoce que *“a menudo son víctimas de graves violaciones y abusos de sus derechos humanos y se enfrentan a amenazas como la expropiación de sus tierras y recursos debido a la expansión de la agricultura, la producción maderera y la industria extractiva, o a migraciones forzosas en situaciones de conflicto. También pueden surgir amenazas en el marco de las iniciativas de protección del medio ambiente, el clima, la biodiversidad y el patrimonio cultural, así como de las actividades empresariales, comerciales y de promoción del desarrollo. El riesgo de vulneración de los derechos humanos alcanza un nivel especialmente elevado cuando no se tienen debidamente en cuenta los derechos de los pueblos indígenas y las necesidades de sus comunidades locales”*.¹¹⁴ Incluso, la UE en las negociaciones del Programa de la FAO sobre Aplicación de

¹¹¹ Cfr. CIDH, *Informe temático sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales –Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ob. cit., párrs. 154.

¹¹² Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/69/2, 22 de septiembre de 2014, Nueva York.

¹¹³ Cfr. CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ob. cit., párr. 229.

¹¹⁴ Cfr. Comisión Europea Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, *Documento de trabajo conjunto de los servicios: aplicación de la política exterior de la UE en materia de pueblos indígenas*, Bruselas, SWD, 17.10.2016, p. 4.

las leyes, gobernanza y comercio forestales (FLEGT), alentó a los gobiernos a respetar los derechos de los pueblos indígenas a participar y ser consultados.¹¹⁵

Asimismo, la República Democrática del Congo, Camerún como en Liberia promueve una política estatal de fortalecimiento de los derechos de la comunidad sobre los bosques y a modificar los derechos de propiedad de la tierra siguiendo las directrices del Banco Mundial, asumiendo, a su vez, las iniciativas del Programa Nacional de Desarrollo Participativo y el Programa Sectorial de Bosques y Medio Ambiente.¹¹⁶

En referencia a lo mencionado anteriormente se analizará, en primer lugar, los problemas ambientales relacionados con la deforestación y los efectos que esta genera y, posteriormente, el derecho al acceso al agua.

DEFORESTACIÓN

Los bosques cubren casi el 31% de la superficie de la Tierra, y concentran más de la mitad de la biodiversidad terrestre del planeta. Cumplen un rol fundamental en la regulación climática, el mantenimiento de las fuentes y caudales de agua, y la conservación de los suelos. Son hogar y sustento de comunidades locales e indígenas; constituyen elementos fundamentales de la seguridad alimentaria y de la mejora de los medios de subsistencia. Gestionados sosteniblemente, los bosques incrementan la resiliencia de los ecosistemas y de las sociedades, particularmente ante los problemas derivados del cambio climático global.¹¹⁷

¹¹⁵ Cfr. *Ibid*, p.17.

¹¹⁶ Cfr. Ndobe, Samuel Nnah, *Experiencias de los pueblos indígenas de África con las políticas de salvaguardia - Ejemplos de Camerún y la cuenca del Congo*, 2013, disponible en <https://www.forestpeoples.org/es/topics/african-development-bank-afdb/news/2013/04/experiencias-de-los-pueblos-indigenas-de-africa-co>; Indigenous Peoples of Africa Co-ordinating Committee (IPACC), African Indigenous Peoples' Workshop on effective use of Information Communication Technology (ICTs) in environmental advocacy, Windhoek, Namibia, 2008, disponible en http://www.ipacc.org.za/images/reports/climate_and_environment/Windhoek_Report_English_2008.pdf.

¹¹⁷ Cfr. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Ficha informativa: Reducción de las emisiones derivadas de la deforestación en países en desarrollo: planteamientos para estimular la adopción de medidas, disponible en https://unfccc.int/files/portal_espanol/press/application/pdf/fact_sheet_sp_deforestation.pdf; Véase también FARN, *10 Años de la Ley de Bosques: un hito ambiental, y aún mucho por hacer*, noviembre 2017, disponible en <https://farn.org.ar/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=25859>.

El servicio ecosistémico que brinda el bosque nativo es la capacidad de absorción de gases de efectos invernaderos (CO₂) al mismo tiempo que aporta oxígeno a la atmósfera. De allí que suelen denominarse estas áreas forestales pulmón del planeta.¹¹⁸

La relevancia de los bosques fue reconocida en la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible aprobada en 2015 por la Organización de las Naciones Unidas.¹¹⁹ En particular, el objetivo 15 plantea “*proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de modo sostenible los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad*”.

Las causas de la deforestación, fragmentación y degradación de bosques son variadas; pero los factores más importantes son de origen humano. La conversión de bosques a tierras agrícolas, el pastoreo excesivo, la rotación intensa de cultivos,¹²⁰ el manejo no sostenible de los bosques, la introducción de especies vegetales y animales exóticas invasoras, la infraestructura a gran escala, la explotación minera y de petróleo, los incendios, las plantaciones forestales, la contaminación y el cambio climático impactan negativamente sobre los bosques, sus ecosistemas y especies.

Una de las consecuencias de la deforestación es la degradación de las tierras, lo que en última instancia genera desertificación.¹²¹ La degradación de las tierras consiste en la reducción o la pérdida de la productividad biológica o económica por los sistemas de utilización de la tierra o por un proceso o una combinación de procesos, incluidos los resultantes de actividades humanas y pautas de poblamiento, tales como: la erosión del suelo

¹¹⁸ Cfr. Banco Mundial, Los bosques contrarrestan el cambio climático, 16 de marzo de 2016, disponible en <http://www.bancomundial.org/es/topic/forests/brief/forests-combat-climate-change>; Ginzo, Héctor Daniel, Emisiones de gases de efecto invernadero y mitigación en el sector de uso del suelo, cambio en el uso del suelo y silvicultura: Economía del cambio climático en la Argentina, Cepal, Publicación de las Naciones Unidas, ISSN 1564-4189, octubre de 2015

¹¹⁹ Cfr. Naciones Unidas, *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, septiembre de 2015.

¹²⁰ Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en los países tropicales y subtropicales, la agricultura comercial a gran escala y la agricultura de subsistencia originaron el 73% de la deforestación, con variaciones significativas según la región. En el caso de América Latina, la agricultura comercial originó casi el 70% de la deforestación. Cfr. FAO, *El Estado de los bosques del mundo 2016, Los bosques y la agricultura: desafíos y oportunidades en relación con el uso de la tierra*, Roma, 2016, disponible en <http://www.fao.org/3/a-i5588s.pdf>

¹²¹ “Por ‘desertificación’ se entiende la degradación de las tierras de zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas resultante de diversos factores, tales como las variaciones climáticas y las actividades humanas”. Cfr. Asamblea General de Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación*, 14/06/1994, (e.v.: 26/12/1996), París, art. 1.

¹²² causada por el viento o el agua, el deterioro de las propiedades físicas, químicas y biológicas o de las propiedades económicas del suelo y la pérdida duradera de vegetación natural. Argentina ha convenido luchar contra esta desertificación, por lo que debe realizar, en las tierras afectadas que inciden en la vida de la Comunidad, actividades que tengan por objeto la prevención o la reducción de la degradación de las tierras, la rehabilitación de tierras parcialmente degradadas y la recuperación de tierras desertificadas.¹²³

Por esta razón, los Estados están en la obligación de controlar y prevenir las actividades extractivas ilegales en territorios ancestrales indígenas o tribales, y de investigar y sancionar a los responsables.¹²⁴ La CIDH se ha referido en distintas oportunidades a situaciones de realización de actividades de extracción ilegal de los recursos naturales en territorios indígenas, explicando que dichas actividades constituyen amenazas y usurpaciones de la propiedad y posesión efectivas de los territorios indígenas,¹²⁵ y que ponen en peligro la supervivencia de dichos pueblos, especialmente por su impacto sobre los ríos, los suelos y demás recursos que constituyen sus fuentes principales de subsistencia.¹²⁶

En esta línea, la CIDH señaló que *“la mayoría de las comunidades indígenas obtenían de los bosques los animales y los frutos necesarios para su alimentación; sin embargo, el proceso de colonización agraria significó el despojo de sus territorios y el deterioro ecológico de sus tierras”*.¹²⁷

En el año 2007, Argentina sancionó la Ley No. 26.331 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos el cual tiene por fin establecer estándares mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos y de los servicios ambientales que éstos brindan a la sociedad. Esta ley ordena realizar un ordenamiento territorial de los bosques nativos (OTBN) mediante un proceso participativo y de acuerdo a los criterios de

¹²² La erosión se refiere a las pérdidas absolutas de suelo de la capa superficial y nutrientes del suelo. Cfr. FAO, *Portal de Suelos de la FAO*, disponible en <http://www.fao.org/soils-portal/soil-degradation-restoration/es/>.

¹²³ Cfr. Asamblea General de Naciones Unidas, *Convención de la Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación*, ob. cit., art. 1.

¹²⁴ Cfr. CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ob. cit., párr. 268.

¹²⁵ Cfr. CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párr. 33.

¹²⁶ Cfr. CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.

¹²⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, ob. cit., párr. 43.

sustentabilidad establecidos en su anexo. Dispuso una moratoria de un año a los desmontes y la suspensión de la posibilidad de autorizar desmontes hasta tanto se realizarán los OTB.¹²⁸ Asimismo, obliga a realizar evaluación de impacto ambiental (EIA) y audiencias públicas para la autorización de desmontes.¹²⁹

A pesar de que esta disposición establece el piso mínimo de protección de los bosques y supuso un freno a la pérdida de especies nativas, Argentina enfrenta una verdadera emergencia forestal, acentuada en los últimos años por la expansión incontrolada de la frontera agropecuaria y de industrias madereras. Salta ha sido de las provincias con más altos índices de deforestación, afectando ello a la biodiversidad que albergan sus bosques, como a las comunidades campesinas e indígenas que los habitan y dependen de ellos para su subsistencia.¹³⁰ La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) ubicó recientemente a la Argentina entre los diez países que más desmontaron en los últimos años.¹³¹ Según los informes oficiales de la autoridad ambiental nacional, el 80% de la deforestación se concentra en cuatro provincias del norte: Santiago del Estero, Salta, Formosa y Chaco.

En la Cumbre de Cambio Climático en Bonn del año 2018, el entonces Ministro de Ambiente y Desarrollo Sustentable de Argentina, manifestó que tanto la Ley de Bosques como los proyectos de leyes de ordenamiento territorial “*requieren revisión porque son grandes ideas irreales que no tienen mecanismos de implementación, fiscalización y de ejecución eficientes para su fin.*” La razón por la falta de acatamiento de la Ley de Bosques es la deficiencia en su implementación ya que aún no se elaboraron guías metodológicas para valorizar los servicios ambientales definidos por la norma ni se ha medido el desempeño de los instrumentos de gestión de la misma. Además, faltan ordenamientos territoriales correctos, llevando a cabo el estándar de la consulta y consentimiento libre, previo e

¹²⁸ Cfr. Ley No. 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, 28 de Noviembre de 2007, arts. 6-9.

¹²⁹ Cfr. *Ibid*, arts. 22-26.

¹³⁰ Cfr. FARN, *Informe los bosques nativos en salta no están en orden*, junio 2014, disponible en <http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/07/POLICY-Bosques-Salta-ESP.pdf>.

¹³¹ FAO (2015) *Evaluación de los recursos forestales mundiales 2015 ¿Cómo están cambiando los bosques del mundo?* Roma. <http://www.fao.org/3/a-i4793s.pdf>

informado a que tienen derecho los pueblos indígenas, así como del debido control de los procedimientos y la aplicación de sanciones ejemplares en caso de incumplimiento.¹³²

Es dable destacar que dicha norma cuenta con claros mecanismos para su implementación y fiscalización, y lo que debe revisarse, entonces, es el accionar de las autoridades de aplicación, quienes por años han eludido el cumplimiento de las responsabilidades a su cargo.¹³³

CAMBIO CLIMÁTICO Y EL ROL DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

La pérdida arbórea causada por tala de árboles es una de las actividades antrópicas que emiten Gases de Efecto Invernadero¹³⁴ (en adelante “GEI”). Esto se debe a que el carbono almacenado en la biosfera terrestre puede incorporarse a la atmósfera como resultado de la deforestación.¹³⁵ Por esto, mediante la reducción de la deforestación, se reducirían las emisiones de CO₂, principal Gas de Efecto Invernadero.¹³⁶

El efecto invernadero, uno de los fenómenos que produce el cambio climático, comprende la acción física del ingreso de los rayos solares impidiendo su egreso, debido a la composición gaseosa y de partículas suspendidas en la atmósfera que absorben y remiten radiación infrarroja, produciendo una acumulación de calor progresiva en el tiempo. Está relacionado científicamente a la concentración de Gases de Efecto Invernadero en la atmósfera terrestre y el GEI más abundante resultado de, entre otras causas, la deforestación.

¹³⁷

Se denomina cambio climático como *“un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo*

¹³² Cfr. FARN, *10 Años de la Ley de Bosques: un hito ambiental, y aún mucho por hacer*, noviembre 2017, disponible en <https://farn.org.ar/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=25859>

¹³³ Cfr. FARN, *10 Años de la Ley de Bosques: un hito ambiental, y aún mucho por hacer*, ob. cit.

¹³⁴ Los GEI son gases que dejan entrar la mayoría de la radiación solar que ingresa y calienta la superficie terrestre, y previenen que parte de la radiación térmica escape al espacio, así retienen cierta energía calorífica superficial. Cfr. Qiancheng Ma, *Greenhouse Gases: Refining the Role of Carbon Dioxide*, marzo 1998, disponible en https://www.giss.nasa.gov/research/briefs/ma_01/. Traducción propia.

¹³⁵ Cfr. Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Quinto Informe de Evaluación*, p. 72.

¹³⁶ Cfr. Pablo Preliasco y Fernando O. Miñarro, *La Ganadería en el Bosque Chaqueño, ¿Amenaza y Parte de la Solución*, p. 132, disponible en <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2016/07/09Preliasco-Min%CC%83arro.pdf>.

¹³⁷ Cfr. Silvia Nonna (coord.), *Manual de Recursos Naturales y Derecho Ambiental*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2019, p. 611.

comparable”.¹³⁸ Existe un “claro consenso científico de que el calentamiento del planeta ‘es inequívoco’ y de que, con una certeza superior al 90%, la mayor parte del calentamiento observado durante los últimos 50 años se debe a emisiones de gases de efecto invernadero causadas por el hombre.”¹³⁹

A causa del cambio climático, se generan modificaciones globales en el clima que tienen consecuencias negativas para la biodiversidad, deteriorando los servicios ecosistémicos y el bienestar humano.¹⁴⁰ Asimismo, los cambios en el clima amenazan con privar a los pueblos indígenas de sus territorios tradicionales y sus fuentes de sustento. Cada uno de esos dos efectos tendría consecuencias para el derecho a la libre determinación.¹⁴¹

Frente a los problemas que plantea el panorama del cambio climático, el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado debe ser atendido con primacía, pues siendo estos los principales afectados, se ven amenazados como también la integridad de los ecosistemas que intentan proteger, manejar y preservar. Partiendo de esta idea, ha tenido lugar el Acuerdo de Cancún reconociendo explícitamente la obligación de las partes de la CMNUCC de respetar los derechos de los pueblos indígenas garantizando su participación plena y efectiva en todas las decisiones relativas al cambio climático.¹⁴²

El rol que cumplen los Pueblos Indígenas en las estrategias integrales de mitigación y adaptación al cambio climático es su cosmovisión, su forma de vida, la cual contribuye al sistema de subsistencia sostenible y a la conservación de la biodiversidad, conformando una herramienta necesaria para refrenar los efectos catastróficos del cambio climático.

¹³⁸ Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, A/HRC/10/61, 15/01/2009, párr. 5.

¹³⁹ Cfr. *Ibid*, párr. 6.

¹⁴⁰ Cfr. Pablo Preliasco y Fernando O. Miñarro, *La Ganadería en el Bosque Chaqueño, ¿Amenaza y Parte de la Solución*, ob. cit., p. 132.

¹⁴¹ Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, ob. cit., párr. 40.

¹⁴² Cfr. Rovelli, Nadia, “Comunidades originarias y cambio climático. Un problema que nos afecta a todos”, en *Revista de Derecho del Cambio Climático*, Año II, Número I, pp. 156-163, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/extension/cambio-climatico/revistas/A002-N00002-Revista-de-Derecho-del-Cambio-Climatico.pdf>

Por ello, se presentaron las “**Propuestas de los Pueblos Indígenas hacia las COP20**”¹⁴³ introduciendo 10 propuestas en las cuales se resalta la necesidad de poner un freno a los impulsores de la deforestación y causan impactos que nos dirigen a puntos de no retorno en cuanto a la protección del bosque. Estas propuestas hacen referencia a la REDD+ (Reducción de las Emisiones Debidas a la Deforestación) como uno de los mecanismos de implementación de estrategias orientadas a incrementar y conservar las reservas forestales así como disminuir las emisiones, a fin de lograr reducir de manera eficiente emisiones de GEI contribuyendo a la adaptación.¹⁴⁴ Asimismo resaltan la necesaria titulación de tierras y territorios indígenas como un beneficio que contribuye a la mitigación y evita el desplazamiento de la deforestación. Asegurar la tenencia de la tierra y territorios indígenas implica, según aseguran los pueblos un mecanismo permanente de conservación y manejo de los bosques y todos sus beneficios ecosistémicos y culturales.¹⁴⁵

Por otro lado, la propuesta considera conveniente el otorgamiento de un lugar para el ejercicio del rol activo a las mujeres indígenas, cuyo conocimiento ecológico tradicional y especializado debe ser considerado una de las soluciones más adecuadas al cambio climático.¹⁴⁶ Las mujeres indígenas cumplen un rol fundamental en el manejo estratégico en los saberes y prácticas sostenible de los recursos, la salud indígena y la seguridad alimentaria.¹⁴⁷

Como se estableció anteriormente, los bosques desempeñan un papel crucial en la mitigación del cambio climático y la adaptación al mismo. En virtud del Protocolo de Kyoto, los bosques pueden contribuir a la reducción de las emisiones de los países desarrollados y de

¹⁴³ Cfr. Pabellón Indígena CMNUCC, *Propuestas de los Pueblos Indígenas hacia las COP20: los Pueblos del Abya Yala en la COP20 y desafíos climáticos*, Lima, Perú, 12 de Diciembre de 2014, disponible en <http://cdn.inventarte.net.s3.amazonaws.com/cop20/wp-content/uploads/2015/01/abya-yalaPropuestas-de-los-Pueblos-indigenas-CUENCAS.pdf>

¹⁴⁴ Para mayor información ver “Le Comité de coordination des peuples autochtones d’Afrique (IPACC), Les peuples autochtones africains et le REDD+ les Droits de l’homme, l’équité et la capture de carbone des forêts dans l’atténuation climatique, ISBN: 978-0-9814477-4-2, novembre 2011,” disponible en http://www.ipacc.org.za/images/reports/climate_and_environment/climate/REDD_Report.pdf

¹⁴⁵ Cfr. Rovelli, Nadia, “Comunidades originarias y cambio climático. Un problema que nos afecta a todos”, ob. cit.

¹⁴⁶ Cfr. Tramutola, Maria Julia, “Género, ambiente y cambio climático: co-beneficios de una nueva perspectiva”, en FARN, *Informe Anual*, 2018, disponible en <https://www.iafonline2018.com/copia-de-copia-de-capitulo-5>

¹⁴⁷ *Ibid.* Véase también en Rovelli, Nadia, “Comunidades originarias y cambio climático. Un problema que nos afecta a todos”, ob. cit.

la participación de los países en desarrollo con arreglo al Mecanismo para un desarrollo limpio (MDL) del Protocolo de Kyoto para compensar las emisiones globales.¹⁴⁸

En el Acuerdo de París, el gobierno argentino adquirió compromisos internacionales¹⁴⁹ para lograr la reducción de la emisión de los GEI con el objeto de reducir los efectos del cambio climático. Estos compromisos incluyen adoptar medidas para conservar y aumentar los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, incluidos los bosques.¹⁵⁰ Además, acordó aumentar la capacidad de adaptación, fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con miras a contribuir al desarrollo sostenible y lograr una respuesta de adaptación adecuada en el contexto del objetivo referente a la temperatura.¹⁵¹ Sobre la base de esto, el Estado argentino no sólo debe frenar la deforestación, sino que debe ayudar a las comunidades indígenas a enfrentar los efectos del cambio climático. Esto surge también del **Objetivo de Desarrollo Sustentable 13**, al establecer en su primer meta “Fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los país.”¹⁵²

Si bien no existe un precedente al que atenerse, está claro que, en la medida en que el cambio climático representa una amenaza para el derecho de los pueblos a la libre determinación, los Estados tienen el deber de adoptar medidas positivas, tanto por separado como conjuntamente, para hacerle frente. Asimismo, los Estados tienen la obligación de tomar medidas para evitar los efectos del cambio climático que amenazan a la identidad cultural y social de los pueblos indígenas.¹⁵³ Los efectos del cambio climático se harán sentir con más fuerza en los segmentos de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables debido a factores como la pobreza, el género, la edad, la condición de minoría y

¹⁴⁸ El Protocolo de Kyoto es un tratado internacional que forma parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) establecida en 1992. Allí se fijaron límites para las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de los países industrializados. Cfr. Protocolo de Kyoto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 11/12/1997, (e.v.: 16/02/2005), Kyoto.

¹⁴⁹ Cfr. Ley N° 27.270, Aprobación del Acuerdo de París, 01/09/2016, fecha de publicación: 19/09/2016.

¹⁵⁰ Cfr. Acuerdo de París, 12/12/2015, (e.v.: 4/11/2016), art. 5.

¹⁵¹ Acuerdo de París, ob. cit., art. 7.

¹⁵² Cfr. Naciones Unidas, *Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos*, disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>

¹⁵³ Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, ob. cit. párr. 41.

la discapacidad.¹⁵⁴ En virtud de la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación.¹⁵⁵

De conformidad con estas reflexiones, la Corte Suprema de Justicia de Colombia exigió proteger la Amazonia de la deforestación, al ser la principal causante de cambio climático en el país.¹⁵⁶ Los promotores del caso alegaron que los gobiernos no adoptan las medidas pertinentes para hacer frente a la tala y ello tiene implicaciones nefastas para los lugares de su residencia, alterando sus condiciones de vida, cercenándoles la posibilidad de gozar de un ambiente sano. La Corte Colombiana admitió que *“pese a existir numerosos compromisos internacionales, normatividad y jurisprudencia sobre la materia, el Estado colombiano no ha enfrentado eficientemente la problemática de la deforestación en la Amazonía”*¹⁵⁷ y que *“las autoridades ambientales no están cumpliendo sus funciones de evaluar, controlar y monitorear los recursos naturales y de imponer y ejecutar las sanciones en caso de que se presente una violación de normas de protección ambiental en su competencia.”*¹⁵⁸

Por esto, la Corte Colombiana ordenó formular un pacto intergeneracional con participación activa de los tutelantes, las comunidades afectadas, organizaciones científicas o grupos de investigación ambientales, y la población interesada en general, en donde se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la deforestación y las emisiones de gases de efecto invernadero, el cual deberá contar con estrategias de ejecución nacional, regional y local, de tipo preventivo, obligatorio, correctivo, y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático. También ordenó a los municipios contar con un plan de acción de reducción cero de la deforestación en su territorio, el cual debe abarcar estrategias medibles

¹⁵⁴ Cfr. Ken Conca, Geoffrey D. Dabelko, *Green Planet Blues: Critical Perspectives on Global Environmental Politics*, 2015; Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Working Group II Report "Impacts, Adaptation and Vulnerability", Fourth Assessment Report, p. 374.

¹⁵⁵ Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, ob. cit. párr. 42.

¹⁵⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 05/04/18, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia STC4360-2018.

¹⁵⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, ob. cit., p. 41.

¹⁵⁸ Cfr. *Ibid*, p. 42.

de tipo preventivo, obligatorio, correctivo, y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático.¹⁵⁹

DERECHO HUMANO AL AGUA

Las comunidades demandantes se encuentran ubicadas en la zona del Río Pilcomayo, el cual abastece, la flora y fauna que, a su vez, necesita para su subsistencia. La actividad antrópica en la zona se realiza sin ningún tipo de supervisión o previsión, siendo preocupante los impactos que genera en el río y en su relación con la comunidad. Las obras o proyectos en la zona, sumado las continuas actividades de impacto en el río, se podría afectar su derecho humano al agua.

En el plano del derecho internacional ha comenzado a consagrarse el Derecho Humano al agua potable, con mayor frecuencia en tratados, declaraciones y demás instrumentos de *hard law* y *soft law*, observándose una tendencia hacia una consagración cada vez más explícita.

El Derecho Humano al Agua y Saneamiento está reglado por: el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; complementado en el plano regional por la CADH y el Protocolo de San Salvador, instrumentos todos vinculantes para los Estados ratificantes; los principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: “*proteger, respetar y remediar*”, que establecen las obligaciones del sector público y privado en relación con la satisfacción de los derechos humanos; la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (1979), artículo 14, párr. 2; y la "Convención sobre los Derechos del Niño", artículo 24, 2º párr. (1989), la cual exige a los Estados Partes que luchan contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre.

También es dable destacar la Observación Nro. 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, considerado como uno de los antecedentes más importantes en la materia, que establece que en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que emanan del “*derecho a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados*”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra "incluso" indica que esta enumeración de derechos no

¹⁵⁹ Cfr. *Ibid*, p. 49.

pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Además, el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 de la Observación general N° 6 1995. El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11) . Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar, el derecho a la vida y a la dignidad humana.”¹⁶⁰

De igual manera el 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos.¹⁶¹

El Comité DESC ha señalado, en relación con el vínculo entre el acceso al agua apta para el consumo humano y el medio ambiente, que a fin de asegurar el derecho a la salud los Estados deben adoptar medidas para combatir los riesgos para la salud relacionados con el medio ambiente, entre otros, formulando y aplicando políticas “*con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados [...]*”.¹⁶²

La Corte IDH indicó que el acceso al agua de calidad adecuada y cantidades suficientes, es una obligación estatal que debe garantizarse para llevar a cabo una vida digna.

¹⁶⁰ Cfr. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General 15; Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29° período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002), párr 3.

¹⁶¹ Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/64/292, 28/07/2010, párr. 1-2.

¹⁶² Cfr. ONU, *Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John H. Knox, párr. 49; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 14*, párr. 36.

¹⁶³ Además, se refirió respecto de la contaminación de las reservas de aguas de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, y estableció que *“es un problema de salud pública, sin que hasta la fecha el Estado haya realizado los estudios pertinentes para la evaluación de los daños y para posibles medidas de mitigación”*.¹⁶⁴

La Asamblea General de la OEA dispuso en la Carta Social de las Américas que: *“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.”*¹⁶⁵

En este contexto, la Asamblea General de la OEA adoptó la Resolución AG/RES.2349 (XXXVII-O/07) “El agua, la salud, y los derechos humanos” y la Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) “El derecho humano al agua potable y al saneamiento”, las cuales manifiestan el compromiso de los Estados por el deber de garantizar el acceso al agua como un derecho humano. La primera de estas tuvo presente la relación entre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos y el acceso al agua, asimismo, reconoce el respeto al uso ancestral del agua para las comunidades urbanas, rurales, y pueblos indígenas, en el marco de sus usos y costumbres.¹⁶⁶

En nuestro país la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia de autos: *“Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S.A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo”*, otorgó similar relevancia al derecho al agua, mencionando los instrumentos internacionales antes citados y concluyendo *“corresponde calificar en los términos de la causa “Halabi” (publicada en Fallos: 332:111)*

¹⁶³ Cfr. Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, ob. cit., párrs. 194-217; Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, ob. cit., párr. 163-168.

¹⁶⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, ob. cit., párr. 43.

¹⁶⁵ Cfr. Carta Social de las Américas, ob. cit., art. 20.

¹⁶⁶ Cfr. CIDH, Informe Anual 2015, “Acceso al agua en las Américas: una aproximación al derecho humano al agua en el Sistema Interamericano”, ob. cit., párr. 25. Véase también en OAS, Asamblea General, *El agua, la salud, y los derechos humanos*, Resolución AG/RES.2349 (XXXVII-O/07), 5 de junio de 2007, pp. 357-360.

a la acción promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. Tal como lo resolvió el tribunal a qua y no se encuentra controvertido en esta instancia, el objeto de la pretensión, por su carácter, resulta insusceptible de apropiación individual.” (...) En el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho.” (...) El acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces.” (...) En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”

Por último, hay que remarcar la estrecha relación de las consecuencias del cambio climático sobre los ecosistemas con la calidad de vida de los pueblos indígenas, donde los recursos hídricos no son una excepción de los efectos devastadores de este fenómeno, pues una de las más preocupantes problemáticas sobre el acceso al agua es la intensificación de estrés hídrico debido, por un lado, a la disminución de la disponibilidad de agua dulce y, por otro, al incremento en la frecuencia e intensidad de las precipitaciones, lo que supone la necesidad de adaptar la infraestructura física y monitorear la calidad del agua.¹⁶⁷

CONCLUSIÓN

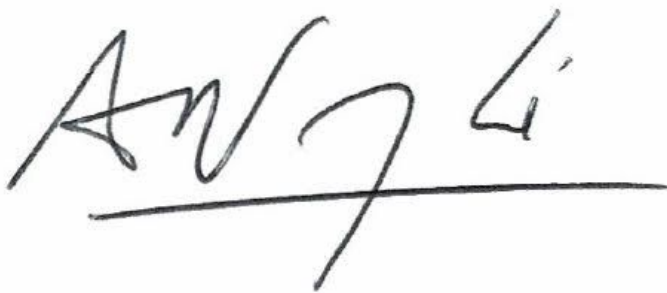
Creemos que los comentarios explayados en este escrito pueden servir para apreciar sobre la correcta aplicación de mecanismos de coordinación para asegurar el cumplimiento de un piso mínimo de los derechos territoriales indígenas, de manera equitativa, en todo el territorio nacional. Así como la participación de los Pueblos indígenas en leyes, procedimientos y reglamentaciones especiales que reconozcan y hagan efectiva la superior protección que la posesión indígena tiene sobre los títulos estatales o privados, de manera de evitar los múltiples conflictos que se producen con la tenencia indígena; y asegurando recursos materiales y técnicos para que los pueblos y comunidades puedan expresar su opinión en pie de igualdad con otros actores, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT.

¹⁶⁷ Cfr. Cerami, Andrea & Castillo, Mariana, *El cambio climático: amenaza latente para los derechos humanos fundamentales*, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28956.pdf>.

La existencia de leyes, procedimientos y reglamentaciones que protejan el ambiente y su cumplimiento por el estado argentino así como la protección del daño social y cultural que podrían sufrir las comunidades indígenas de verse afectado este. Así como el cumplimiento de medidas efectivas para prevenir y reducir la deforestación, las emisiones de gases efecto invernadero y definir estrategias de adaptación y mitigación del cambio climático.

Espero sean de utilidad las observaciones hechas para el estudio de este caso

Atentamente



Andrés Nápoli

Director Ejecutivo

Fundación Ambiente y Recursos Naturales