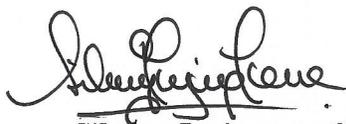


**AMICUS CURIAE A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA PRESENTADA
POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA A LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

PRESENTADO POR:



Silvana Insignares Cera, PhD.
Investigadora del GIDCEP, categoría Asociada por
COLCIENCIAS.
Profesora de Derecho Internacional de la
Universidad Del Norte y Directora del Departamento
de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de
esta misma Universidad.

Redactado por:



Meylin Ortiz Torres, MSc. (c)
Asistente de la Coordinación de Investigaciones de
la División de Derecho, Ciencia Política y
Relaciones Internacionales.
Abogada y Maestranda en Derecho de la
Universidad del Norte-Asistente Editorial de la
Revista de Derecho esta misma Universidad.



Juan Miguel Cortés
Pasante del GIDCEP modalidad Joven Investigador
COLCIENCIAS.
Abogado de la Universidad del Norte e Investigador
Asistente en la línea de Derecho Internacional de
esta misma Universidad.



Orlando De la Hoz Orozco
Estudiante de IX Semestre del Programa de Derecho
de la Universidad del Norte. Miembro del Semillero
de Investigación del GIDCEP.

Barranquilla, Colombia-Sur América, septiembre de 2016

[Redacted signature area]

ESTUDIO DE ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

REQUISITOS PARA PRESENTAR SOLICITUD DE OPINIONES CONSULTIVAS A LA COIDH (ART. 64 DEL PACTO DE SAN JOSÉ).

El artículo 64 del Pacto de San José establece que cualquier Estado parte de la Organización de Estados Americano (en adelante OEA) podrá consultar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo la Corte o CoIDH indistintamente) respecto la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (para lo siguiente CADH) o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, estableciéndose dos requisitos de fondo para que la Corte pueda desarrollar su función consultiva: (i) que la solicitud sea presentada por un Estado miembro de la OEA o cualquiera de los organismos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA; y (ii) que la solicitud verse sobre la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos¹.

Así mismo, el artículo 70 del Reglamento de la CoIDH establece los requisitos de forma que debe cumplir la Opinión Consultiva elevada por el consultante, a saberse: (i) formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte; y (ii) indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados².

De esta forma se encuentra que la República de Colombia es miembros de la OEA desde el 30 de abril de 1948 al haber suscrito la Carta de la OEA, posteriormente ratificada el siete de diciembre de 1951. De igual forma este Estado suscribió y ratificó el Pacto de San José, el 22 de noviembre de 1969 y 28 de mayo de 1973, respectivamente.

Conforme lo anterior, el 14 de marzo de 2016 la República de Colombia como Estado miembro de la OEA elevó a la CoIDH solicitud de opinión consultiva por intermedio del embajador de este Estado en la República de Costa Rica, Su Excl. JESÚS IGNACIO GARCÍA VALENCIA.

¹ Cfr. Roa, J. (2015). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Primera Ed. Universidad Externado de Colombia: Bogotá D.C., p. 18.

² Cfr. CoIDH Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1; Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983 Serie A No. 3.

En el texto de la citada solicitud, la República de Colombia establece que la misma se realiza respecto al sentido y alcance que debe entregársele a los artículos 1.1, 4.1, y 5.1 de la CADH, lo cual está especificado en el Capítulo 1 del citado documento. Así mismo, el Capítulo 4 presenta las preguntas concretas respecto a las cuales el Estado desea que la CoIDH se pronuncie.

Lo anterior evidencia que la República de Colombia cumplió con los requisitos de fondo y forma establecidos por el Pacto de San José y por el Reglamento de la CoIDH para la presentación de solicitudes de opiniones consultivas, por lo cual la CoIDH puede proceder a realizar un estudio de la misma, siendo competente para ello, al ser una interpretación de la CADH misma, y estar dentro de su facultad consultiva regulada por el artículo 64 del Pacto de San José³.

ADMISIÓN DE LA OPINIÓN CONSULTIVA POR NO INTERFERIR EN UN CASO CONTENCIOSO PENDIENTE DE RESOLUCIÓN

La función consultiva que la CoIDH ostenta en virtud del artículo 64 del Pacto de San José se encuentra limitada, entre otras⁴, por el debilitamiento o alteración de su función jurisdiccional, especialmente cuando la función consultiva puede llegar a entorpecer la contenciosa. Este debilitamiento o alteración se configura cuando un caso se encuentra pendiente de resolución por parte de la Corte o de la CIDH, estableciendo como regla de derecho la CoIDH en la opinión consultiva OC-3/83 que cuando la respuesta a las preguntas que el Estado formule constituyan una solución encubierta a un asunto litigioso, que aún no sea sometido al conocimiento de la Corte, no procederá la Corte a dar respuesta a la misma, toda vez que ello desconocería los derechos de las víctimas de los casos que se tramitan ante la CIDH y desvirtúan el procedimiento contencioso⁵. Criterio reiterado en la opinión consultiva OC-5/85 en la cual ratificó la Corte que el hecho de que existan asuntos pendientes de decisión ante la CIDH no impide *per se* que la misma se pronuncie mediante

³ Cfr. CoIDH Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 51.

⁴ Son cinco los límites a la función consultiva de la Corte IDH: (i) definición de los compromisos internacionales suscritos únicamente por estados que son parte del SIDH; (ii) prohibición de interpretación de disposiciones relativas al funcionamiento de órganos o instituciones ajenas al sistema interamericano; (iii) prohibición de debilitamiento o alteración de la función jurisdiccional; (iv) prohibición de alteración de funciones en perjuicio de las víctimas del SIDH establecido por la CADH; y (v) discrecionalidad para la inadmisión de una solicitud de opinión consultiva. Cfr. Roa, J. (2015). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Primera Ed. Universidad Externado de Colombia: Bogotá D.C., p. 48.

⁵ CoIDH Opinión Consultiva OC-3/1983 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 03, párr. 51.

una opinión consultiva relativa a la materia que allí se discute, siempre que se compruebe que no se desvirtúa o afecta el procedimiento⁶.

En este sentido, encontramos que la solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Colombia se da en el contexto del desarrollo de mega obras de ingeniería en el Gran Caribe, encontrándose que en Nicaragua hay un proyecto de construcción de una vía fluvial que conectará el mar Caribe con el océano Atlántico o el océano Pacífico atravesando el país en América Central, lo cual se puede entender como una mega obra en el Gran Caribe. De esta forma, en el 154° Período de Sesiones ordinarias de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (en adelante CIDH), y por iniciativa del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) en conjunto con otras diez (10) organizaciones civiles de Nicaragua llevó a cabo una audiencia temática relativa a la “*Construcción del canal transoceánico y su impacto sobre los derechos humanos en Nicaragua*” cuyas conclusiones constan en el Informe respectivo⁷. De lo anterior se puede concluir que no obstante la audiencia temática llevada a cabo en la CIDH, no hay ninguna petición individual presentada ante la CIDH relativa a los efectos de la construcción de una mega obra en el Gran Caribe. Conforme a ello, se observa que no hay ningún caso ante la CoIDH pendiente por resolución, por lo cual la solicitud presentada por Colombia es procedente.

ESTUDIO DEL FONDO DEL ASUNTO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

HACIA UN CONCEPTO DE “COMUNIDAD ÉTNICA” EN LA LABOR DE INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL PACTO DE SAN JOSÉ

Al ser la CADH un tratado internacional, el sentido y alcance que se le otorga al mismo debe estar sujeto a: (i) las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales⁸; (ii) los criterios específicos que fija la Convención misma; y (iii) las consideraciones especiales sobre su objeto y fin, en las que se determina que sus disposiciones siempre han de interpretarse en forma extensiva a favor de los seres humanos,

⁶ Cfr. CoIDH Opinión Consultiva OC-5/1985 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 05, párr. 23.

⁷ Cfr. CIDH. Informe sobre el 154 Período de Sesiones de la CIDH.

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. Ius et Praxis, vol. 9, no. 1, 2003.

de manera evolutiva y buscando la efectividad de sus normas (art. 29 convencional)⁹. De esta manera, la CoIDH ha determinado que al interpretar instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos se debe realizar una interpretación *dinámica*, es decir, en evolución, tendiente a extender el estándar internacional para la protección de derechos en situaciones nuevas, siempre que estas puedan estar amparadas en la base de los derechos preexistentes consagrados en los instrumentos que la CoIDH está habilitada para conocer¹⁰. Verbigracia, conforme lo previsto en el ordinal (d) del artículo 29 de la CADH, la CoIDH en el caso “*Masacre de Mapiripán*” contra Colombia realizó una interpretación evolutiva del artículo 22.1 de la Convención, considerando que ésta disposición convencional reconoce el derecho a toda persona a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte de la misma¹¹.

Es así como se encuentra que a partir de la labor interpretativa que la CoIDH ha realizado de la CADH, en especial del artículo 21 convencional, y el Convenio 169 de la OIT, definido por la CoIDH como principio general del Derecho Internacional en los términos del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹², se ha establecido un régimen especial de protección para los pueblos indígenas y tribales caracterizado principalmente

⁹ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. En sus Votos Razonados en los Casos de la Masacre de Pueblo Bello (Sentencia de 31 de enero de 2006) y de López Álvarez (Sentencia de 1 de febrero de 2006), Antônio Augusto Cançado Trindade expresó que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han desarrollado una interpretación teleológica como la más apropiada para asegurar una protección eficaz de dichos derechos, enfatizando el fin y objeto de la Convención, sin separarse de las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena; y que subyacente a la regla general de interpretación expresada en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, está el principio del efecto útil (effect utile), según el cual deben asegurarse los efectos propios de las disposiciones convencionales (ut res magis valeat quam pereat). Para el juez Cançado Trindade, esa interpretación es la que refleja más fielmente la naturaleza especial de los tratados sobre derechos humanos, las obligaciones objetivas que consagra y el sentido autónomo de sus conceptos; y los postulados clásicos de interpretación de los tratados se ajustan a la nueva realidad sobre el fin y el objeto de los derechos humanos, distintos de los tratados internacionales clásicos.

¹⁰ A saberse: (i) CADH; (ii) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador (respecto los derechos justiciables); (iii) Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; (iv) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; (v) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y (vi) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Convención de Belém do Pará. Cfr. Juana Inés Acosta-López, *Alcance de la competencia contenciosa de la CIDH a la luz del artículo 23 de su reglamento*, 14 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 107-131 (2009).

¹¹ Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C 134, párr. 188.

¹² Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 164.

por establecer una especial garantía a su derecho a la propiedad sobre tierras ancestrales y recursos naturales¹³.

De modo que, la CoIDH en concordancia con el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT establece que el mismo se le aplicará a los pueblos indígenas y tribales lo cual *contrario sensu* podría llegar a entenderse como restricción de la aplicabilidad de dicho estándar a cualquier otros pueblo que pueda autodeterminarse, y que no pueda ser encasillado como pueblo indígena o tribal, pues su identidad étnica lo diferencia de los mismos. Es así como desde la antropología se ha gestado desde los años setenta el concepto de “comunidades étnicas”, definido como “(...) *una organización social local caracterizada a partir de normas de auto-inclusión y de atribución por otros, orientada por un sistema de valores. Este sistema de valores se dinamiza por prácticas de producción y reproducción de la vida material y social, las cuales ordenan las relaciones internas y externas, definiendo sus límites étnicos*”¹⁴.

De manera que una comunidad que se pretenda denominar como étnica tiene los siguientes rasgos esenciales y *sine qua non* que la identifican: (i) se auto perpetúa biológicamente; (ii) comparten valores fundamentales realizados con unidad manifiesta en formas culturales; (iii) integra un campo de comunicación e interacción; y (iv) cuenta con miembros que se identifican a sí mismos y son identificados por otros y que constituyen una categoría distinguible de otras categorías del mismo orden¹⁵.

En este sentido, si la CoIDH ha reconocido que los pueblos indígenas y tribales constituyen una categoría de protección especial dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante SIDH), desde una interpretación dinámica de la CADH con el propósito de lograr la protección de derechos en situaciones nuevas, y toda vez que se encuentran amparados en la base de los derechos preexistentes consagrados en la

¹³ En relación con el derecho a la propiedad: Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 96; 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. 140(c). respecto a la protección de los recursos naturales: Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 101; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120.

¹⁴ Cfr. Barth, F. (1976). Compilador. *Los grupos étnicos y sus fronteras*. Primera Ed. Fondo de Cultura Económica: México D.F, p. 11.

¹⁵ Cfr. Bari, M. C. (2002). “La cuestión étnica: Aproximación a los conceptos de grupo étnico, identidad étnica, etnicidad y relaciones interétnicas”. *Cuadernos de Antropología Social*, no. 16, pp. 149-163.

Convención, este estándar debe aplicársele al género al cual pertenecen estos pueblos, es decir a las “comunidades étnicas”, teniendo en cuenta que:

- (i) de una interpretación amplia del art. 11 del Convenio 169 de la OIT al prever pueblos indígenas y tribales no se estaría excluyendo a ningún grupo étnico, lo cual se comprende a partir que todos los Estados Latinoamericanos son signatarios del mismo;
- (ii) los pueblos raizales son comunidades étnicas que se caracterizan por: (a) autoperpetuarse biológicamente entre ellos; (b) tener una estructura de valores fundamentales que manifiestan en sus formas culturales, como lo son sus creencias, bailes y festividades; (c) integran un campo de comunicación e interacción, el cual gira en torno el mar; y (d) se reconocen a sí mismo como tribales, y son identificados por otros como tales. Por ejemplo, en la República de Colombia un turista o nacional de este país, reconoce como raizal a una persona habitante de San Andrés Islas o Santa Catalina, con tez de piel oscura, quienes subsisten de las actividades económicas de pesca y turismo, y quienes a su vez se autodenominan “el pueblo indígena Raizal¹⁶”, con una lengua propia, y festividades ancestrales.

Así las cosas, se considera que la CoIDH en una labor de interpretación evolutiva de la CADH debe avanzar hacia la conformación de una categoría en el SIDH en la cual incluya dentro de la misma a: (i) los pueblos indígenas; (ii) las comunidades raizales; (iii) las comunidades tribales; (iv) las comunidades afrodescendientes; y (v) las comunidades gitanas o ROM, y el espectro de protección que el SIDH le otorga a los pueblos indígenas y tribales *mutatis mutandis* se le pueda extender a las comunidades étnicas, realizando una interpretación evolutiva no del artículo 21 convencional, sino de la garantía otorgada en el art. 1.1 del Pacto de San José, es decir, que se entienda incluido en el deber de no discriminación de los Estados la toma de acciones afirmativas para promover la protección de los derechos humanos consagrados por la CADH a todas las comunidades étnicas, bajo el mismo espectro de protección del estándar fijado por el tribunal interamericano para los pueblos indígenas, y en específico respecto la interpretación que del artículo 21 el mismo

¹⁶ Declaración de autodeterminación. San Andres, Islas, Abril 28 de 2002.

tribunal ha realizado, respetando en todo caso las diferencias que entre los pueblos que conforman las comunidades étnicas subsisten.

Considérese las comunidades gitanas o ROM las cuales son una comunidad étnica que no tiene un vínculo especial con su territorio, pues su naturaleza es ser nómadas. No obstante ello, el estándar de protección definido para los pueblos indígenas no concierne a la protección del derecho a la propiedad debe hacerse extensible a éstos pueblos, en cuanto el desarrollo de acciones afirmativas por parte del Estado para su reconocimiento y protección, teniendo en cuenta que ambos pertenecen al concepto de comunidades étnicas¹⁷. Igualmente ocurre con los pueblos raizales, quienes no tiene un vínculo con la tierra directamente, pero sí con el mar, el cual conforme el Derecho Internacional se entiende es territorio físico del Estado¹⁸, y por lo tanto el estándar de protección establecido por la Honorable CoIDH para la protección del derecho a la propiedad sobre territorios ancestrales y los recursos naturales de los pueblos indígenas debe aplicársele a los pueblos raizales, por ser éstos una comunidad étnica.

JURISDICCIÓN FUNCIONAL DE LOS ESTADOS EN EL MARCO DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN Y EL DESARROLLO DEL MEDIO AMBIENTE EN LA REGIÓN DEL GRAN CARIBE

El derecho internacional público, en razón de la delimitación de lo que se entiende como territorio de un Estado, le impone a los Estados miembros de la Comunidad Internacional unos límites a su jurisdicción, pero a su vez otorga una función de jurisdicción cuando establece áreas geográficas de aplicación de instrumentos internacionales conforme las cuales se les imponen a los Estados obligaciones específicas¹⁹.

¹⁷ Por ejemplo: (i) la garantía del derecho a la consulta y a la participación (Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 16; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(c)); (ii) el derecho a la protección estatal, el acceso a la justicia y la reparación (Cfr. 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. 115); los cuales el sistema le garantiza a los pueblos indígenas y raizales en virtud del Convenio 169 de la OIT.

¹⁸ Cfr. Anderson, D. (2008). *Modern Law of the Sea*. First Publication. Martinus Nijhoff Publishers: Boston, p. 40. Tanaka, Y. (2012). *The International Law of the Sea*. First Publication. Cambridge University Press: London.

¹⁹ Salinas, A., et. al. (2016). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Primera Edición. Editorial Tecnos: Madrid.

Así, si un instrumento internacional posee un área geográfica de aplicación del mismo, y si el mismo instrumento le impone obligaciones a los Estados suscribientes *per se* configura un área de jurisdicción funcional del Estado, toda vez que ante la imposición de obligaciones a los Estados suscribientes del instrumento éste posee obligaciones internacionales que cumplir, y por consiguiente jurisdicción en función, sí y sólo sí, de las obligaciones establecidas en el instrumento internacional y en la zona geográfica delimitada.

En este sentido, encontramos que el artículo 2° del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Ambiente en la Región del Gran Caribe establece:

“Zona de aplicación del Convenio.

- 1. El presente Convenio se aplicará a la Región del Gran Caribe (en adelante denominada “zona de aplicación del Convenio”), definida en el párrafo 1 del artículo 2. (...).”*

Estableciendo el párrafo 1 de artículo 2:

“Definiciones.

- 1. Por “zona de aplicación del Convenio” se entiende el medio marino del Golfo de México, el Mar Caribe, y las zonas adyacentes al Océano Atlántico al sur de los 30° de latitud norte y dentro de las 200 millas marinas de las costas atlánticas de los Estados a los que hace referencia el artículo 25 del Convenio”.*

De manera que dentro de la zona descrita, los Estados que suscribieron el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Ambiente en la Región del Gran Caribe poseen jurisdicción funcional respecto las obligaciones que el mismo Convenio les impone, única y exclusivamente para el cumplimiento de las mismas, y limitadas al ejercicio de lo dispuesto en las disposiciones del instrumento internacional.

DERECHO AMBIENTAL Y SU CONEXIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

El medio ambiente, como bien jurídico protegido, es de reciente aceptación debido a la misma naturaleza humana que se ha valido de su destrucción o detrimento para avanzar

hacia procesos como la industrialización²⁰. Sin embargo, su reivindicación no tardaría a partir del momento en que se tiene conciencia de la relación existente entre la persona, los derechos humanos y el planeta mismo, situación que ha sido objeto de estudio por parte de distintas ciencias y disciplinas, al determinar que existe un elemento que permite conectar al individuo con su entorno local e internacional es el medio ambiente²¹.

A nivel internacional, se crea el marco jurídico de protección ambiental a partir de la inserción del medio ambiente dentro de las preocupaciones del entorno internacional, en este sentido, se han expedido una serie de instrumentos internacionales en los que se han planteado como objetivo principal abordar la cuestión ambiental y la responsabilidad de los Estados en su conservación²². Conforme a ello, el desarrollo legislativo liderado por la Organización de las Naciones Unidas (en lo sucesivo ONU), debe analizarse de conformidad con otros instrumentos internacionales que consagran disposiciones ambientales como son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Carta Democrática Interamericana (art.15).

En este sentido, debido a las dimensiones globales de las que somos conscientes los seres humanos en la actualidad, se ha podido comprender como la afectación al medio ambiente causa problemas transfronterizos y sus consecuencias no se reflejan únicamente en el Estado que realizó la respectiva afectación. Así las cosas, tal y como lo sostiene Juste Ruíz “*la contaminación no conoce fronteras*”, por ello la contaminación transfronteriza constituye el primer dato que evidencia la inevitable dimensión internacional que a menudo presenta problemas ambientales”²³.

Esto a su vez genera, otro tipo de cuestiones como la denominada “*exportación de la contaminación*”, la cual es entendida como aquella que no genera el “*efecto transfronterizo*”

²⁰ Cfr. Kaplan, M. (1995). *Aspectos sociopolíticos del medio ambiente*, PEMEX: ambiente y energía, los retos del futuro, pp. 259-289.

²¹ Cfr. Cuadrado, M. (2012). *Protección jurídica del medio ambiente internacional, europea, constitucional y penal*. En: Pérez, E., et. al. “Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente”. Tirant Lo Blanch: Valencia, pp. 619-642.

²² Dentro de la protección al medio ambiente encontramos: la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano; Cumbre de la tierra 1992; Convención Marco sobre Cambio Climático; Convenio sobre la Diversidad Biológica; Protocolo de Kyoto 1997; Cumbre de Johannesburgo 2002; Plan de acción de Montreal 2007, entre otros.

²³ Juste Ruíz, J. (2012). “El Derecho Internacional frente a los desafíos ambientales globales”. En: E. Pérez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco, & J. Serrano Moreno. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* pp. 119-142. Valencia: Tirant Lo Blanch.

de una contaminación local, sino la exportación a otro país, o a zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional, de las propias fuentes o riesgos de contaminación”²⁴.

Esta conciencia global, ha impulsado a los estados a que comprendan la dimensión de la afectación de un derecho colectivo como es el medio ambiente, el cual se encuentra en conexidad con otros derechos como el de la vida, salud, vivienda digna, entre otros²⁵. En el ámbito internacional, *“el deterioro de los factores ambientales fundamentales para la vida ha generado problemas de alimentación, pandemias, catástrofes naturales, emigraciones masivas, y un creciente clima de inseguridad por el control y el reparto de unos recursos vitales cada vez más escasos. Además, esta crisis ambiental se produce en unas circunstancias de desigualdad económica y social internacional cada vez más agudizada. La crisis es, por tanto, ecológica, pero también política, económica, cultural y social. La crisis ambiental es una crisis moral de instituciones políticas, de aparatos jurídicos, de relaciones sociales injustas y de una racionalidad instrumental en conflicto con la trama de la vida”²⁶.*

Desde un enfoque jurídico, se ha logrado su protección en la mayoría de las constituciones de los estados, trascendiendo a la protección internacional del mismo, a través de los distintos instrumentos jurídicos de carácter internacional, tal y como lo manifiesta Carmona Lara, el ambiente ha logrado su protección constitucional y colectiva²⁷. El derecho al medio ambiente se entiende y opera a partir del deber de la esperanza de las aspiraciones sociales, se construye de manera distinta a los demás derechos humanos, desde los esquemas de responsabilidad ambiental.

²⁴ *Ibídem.*

²⁵ En el ámbito jurídico, el reconocimiento de los derechos humanos tuvo una marcada evolución que permitió la creación de generaciones de Derechos, las cuales están marcadas a partir de los momentos históricos en los que se materializó su reconocimiento. Así las cosas, surgen los derechos de primera generación relacionados con las libertades individuales, derechos civiles y políticos; los de segunda generación comprenden los derechos económicos, sociales y culturales; lo de tercera generación los cuales surgen en virtud de la cooperación entre las naciones y que busca proteger básicamente tres pilares relacionados con la paz, desarrollo y medio ambiente. Esto faculta al ejercicio de su protección no solo al Estado sino también a los demás miembros de la Comunidad Internacional.

²⁶ Juste Ruíz, J. (2012). “El Derecho Internacional frente a los desafíos ambientales globales”. En: E. Pérez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco, & J. Serrano Moreno. *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* pp. 119-142. Valencia: Tirant Lo Blanch.

²⁷ Carmona Lara, M. (2010). Derechos humanos y medio ambiente: los nuevos desafíos. En J. U. Carmona Tinoco, *Derechos humanos y medio ambiente* (págs. 33-62). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO EN EL SIDH

- **Interconexión entre el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos**

Desde la Declaración de Estocolmo en 1972²⁸, la agenda global fijó las bases de la interconexión entre “derechos humanos y ambiente”, relación que permite una mayor atención de los conflictos sociales y un avance en el aporte del derecho internacional hacia la búsqueda de sus soluciones.

Unir las categorías de derechos humanos y ambiente o ver al derecho al ambiente sano como un derecho humano permite tener un desarrollo integral del estándar de protección de las poblaciones más vulnerables, donde se requiere la salvaguarda de las dimensiones económica, política, social, cultural, ambiental de los individuos y del colectivo para un mayor reconocimiento y efectividad de sus derechos.

Este binomio ha sido trabajado por el SIDH en su complejidad desde diferentes posibilidades²⁹, así en los Informes³⁰ de la CIDH se han trabajado en su labor de interpretación instrumentos del derecho ambiental internacional tales como la Declaración de Estocolmo, el Tratado de Cooperación Amazónica, la Declaración del Amazonas, la Carta Mundial de la Naturaleza, la Convención para la protección de la flora, de la fauna y

²⁸ El Preámbulo de la Declaración de Estocolmo establece “1. *El hombre es criatura y creador de su entorno, lo que garantiza la existencia de física y ofrece la posibilidad de un intelectual, moral, social y espiritual. En la evolución a largo y laborioso de la raza humana en la tierra, ha llegado el momento en que, a través del rápido desarrollo de la ciencia y la tecnología el hombre ha adquirido la capacidad de transformar su entorno de innumerables maneras y en una escala sin precedentes. Los dos elementos de su entorno, lo natural y lo que él mismo creó, son esenciales para su bienestar y el pleno goce de sus derechos fundamentales, incluido el derecho a la vida (...)*” (resaltado es propio); Así también, la ONU recordó el compromiso de Estocolmo, en la Resolución 45 de 1994.

²⁹ Esto lo confirma el reconocido profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Edimburgo Alan Boyle al plantear tres concepciones de protección por vía refleja: • Utilizar los mecanismos de protección de los derechos civiles y políticos como apoyo a las causas ambientales. • Vincular el derecho a un ambiente “saludable”, “equilibrado” y “decente” a los derechos económicos, sociales y culturales.

³⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 124. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Informe OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Pueblos indígenas, Comunidades afro descendientes, Industrias Extractivas*. Informe OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15 del 31 de diciembre 2015.

de las bellezas escénicas naturales de los países de América, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El SIDH contempló el derecho al ambiente sano en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador³¹ dándole categoría de DESC, el cual se ha hecho judicializable por vía de interpretación en la jurisprudencia de la CoIDH estableciendo su conexidad con otros derechos tales como la vida y la integridad personal.

Precisamente, la comprensión del derecho al medio ambiente sano en una interrelación con la integridad cultural de las poblaciones se concibe en los diferentes pilares de responsabilidad de los Estados tales como la prevención, precaución, mitigación del daño, cooperación entre los Estados.

- **El derecho al medio ambiente marino en conexidad con el artículo 4 derecho a la vida, artículo 5 integridad personal y artículo 21 propiedad**

La CoIDH tiene un amplio desarrollo en el estándar de protección de las comunidades indígenas, el cual se ha hecho extensivo a la realidad de las comunidades en situación similar tales como los pueblos tribales, la CoIDH realizó la labor de interpretación y extensión en el Caso del pueblo *Saramaka*. En este caso, la Corte reconoció a los Saramaka³² como pueblo tribal y a quienes atribuyó como población a la que debía garantizarse los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT para pueblos indígenas y tribales.

De esta forma, la CoIDH sigue el ejercicio de interpretación que realizan los comités PIDCP y PDESC, del artículo 1° acerca de autodeterminación de los pueblos y goce de sus recursos naturales, trasladándolos a la realidad de los pueblos indígenas, que incluso los extiende más allá, haciendo una consideración con los pueblos tribales³³.

Así las cosas, y en consonancia con que las comunidades indígenas y tribales que habitan el Gran Caribe conforman un género más amplio bajo la categoría de “comunidades étnicas”, y que por consiguiente la CoIDH *mutatis mutandis* y en una labor de

³¹ Artículo 1°: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”. Artículo 2°: “Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

³² Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007 párr. 93

³³ Cfr. Rosmerlin Estupiñan-Silva, *Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos*, 14, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 581-616 (2014).

interpretación evolutiva del Pacto de San José debe extender el estándar de protección desarrollado para pueblos indígenas y tribales, debe aplicarse lo desarrollado por el SIDH, en cuanto al derecho a la propiedad de estos pueblos que no solo implica territorios, se trata de la “*Unidad Económica, El Lugar De Protección De La Colectividad*”, sobre este derecho, la CoIDH ha centrado su discurso en el artículo 21 de la CADH partiendo de la prohibición de la interpretación restrictiva de los derechos bajo lo dispuesto en el artículo 29b de la misma convención.

Así las cosas, en el Caso *Yaxy Axa*³⁴, el SIDH abre la puerta a la posibilidad de extender esta discusión hacia el derecho a la vida digna, teniendo en cuenta los impactos negativos que ocasionan las irregulares concesiones de los Estados en los proyectos de desarrollo e inversión, pues las comunidades se ven sometidas a consecuencias como desplazamiento forzoso, miseria y abandono ocasionando graves situaciones de salud que incluso pueden llevar a su desaparición, tal es el caso de los pueblos raizales en San Andrés frente a las mega obras que pretenden realizarse en el Mar Caribe, espacio donde han permanecido y piedra angular de sus formas de vida.

En esta medida, se encuentra que las comunidades raizales que habitan el Gran Caribe tienen una estrecha relación con el Mar Caribe, pues para esta población tiene un valor cultural, espiritual y recreacional, su espacio significa su supervivencia económica, social, cultural. En la medida que de protegerse su propiedad y su consecuente consentimiento y condiciones para la implantación de **medidas de desarrollo e inversión** en su territorio se estaría garantizando la protección de sus principales modos de vida como pueblo tribal.

Así pues, los jueces Cançado Trindade y Ventura Robles en el Caso *Yakye-Axa* afirmó que el derecho indígena a la propiedad “*está directamente relacionada con el pleno disfrute del derecho a la vida, incluyendo las condiciones para una vida digna*”³⁵. En este mismo orden de ideas, en el Caso *Sawhoyamaya*, el Juez Cançado Trindade postuló que “*la identidad*

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.

³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, voto disidente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade Y M.E. Ventura Robles

*cultural es un componente de, o una adición a, el derecho fundamental a la vida en su sentido más amplio*³⁶.

Así pues, dentro del concepto de la identidad cultural, los usos y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, como elementos constitutivos del derecho a la vida (artículo 4 de la CADH). De forma que un concepto amplio de derecho a la vida podría servir como principio configurativo de la CoIDH, una base estructural para los derechos indígenas a la propiedad, la identidad cultural, y muchos otros. En consonancia con los casos mencionados anteriormente, el derecho a la vida en su sentido más amplio es representado por vida digna³⁷.

La CIDH encuentra 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 la integridad física, es decir cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen amenaza para la vida del pueblo, se comprometen estos derechos, así las cosas, la principal motivación para tratar el derecho a la vida a partir de la integridad cultural de los pueblos reposa a partir de la preocupación por detener con urgencia, la desaparición de la cultura, de la forma de vida y de la vida misma de los pueblos tribales e indígenas³⁸.

Inicialmente, esto no sería algo novedoso para en el SIDH, ya que la CIDH y CoIDH ya se han pronunciado tangencialmente frente al tema, la CIDH³⁹ tratando el tema de propiedad colectiva expresó que:

“Ello implica no solo al impacto sobre el hábitat natural de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, sino también a la relación especial que vincula a estos pueblos con sus territorios, incluyendo sus formas propias de subsistencia económica, sus identidades y culturas, y sus formas de espiritualidad”.

³⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade.

³⁷ Cfr. Thomas. M. Antkowiak. (2013). *Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court*, 35, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 113-187.

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes, Industrias Extractivas*. Informe OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15 del 31 de diciembre 2015.

³⁹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Informe OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Pueblos indígenas, Comunidades afro descendientes, Industrias Extractivas*. Informe OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15 del 31 de diciembre 2015.

- **Estudio de impacto ambiental ¿parámetros? ¿Contenido mínimo?**

La CoIDH, en los Casos *Pueblo Saramaka*⁴⁰ y *Sarayaku*⁴¹ en su labor de interpretación explicó con detalle lo relativo a la garantía de los estudios de impacto social y ambiental estableciendo que debían analizarse los resultados de acuerdo al caso en concreto, donde el único criterio definitivo sería que el nivel de impacto no niegue la capacidad de los miembros a sobrevivir como pueblo tribal.

Como lo afirmó el mismo Tribunal, “*los estudios de impacto socio ambiental sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión, no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas*” sino también, “*asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria*”⁴².

En cuanto a su realización, se deben hacer conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas respetando las tradiciones y cultura del pueblo, los estudios deben ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Los estudios socio ambientales deben ser asumidos por entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado.

Adicionalmente, para el presente caso se deberían tener en cuenta principios del derecho ambiental para las medidas que se deban tomar, como por ejemplo “*el principio de precaución*” y “*el principio de prevención*”, consagrados en la Declaración de Río de 1992. Así las cosas, de existir un daño transfronterizo, la obligación de derecho internacional de no causar daños a la jurisdicción de otros Estados sería pertinente para la interpretación de las obligaciones de los derechos humanos en relación con dicho daño ambiental⁴³.

⁴⁰. Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

⁴¹ Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245

⁴² Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, parr. 205.

⁴³ Cfr. Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, AIDA. *Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la Estrategia para el Litigio de Casos ante el Sistema Interamericano*, (2008).

- **El Gran Caribe y su gran fragilidad humana y ambiental**

La Región del Gran Caribe ha sido delimitada geográficamente por el Convenio para La Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe, conocido también como el Convenio de Cartagena, el cual en el numeral primero del artículo segundo define su el ámbito de aplicación espacial, delimitando lo que puede ser considerado como los territorios que hacen parte del Gran Caribe⁴⁴. Conforme esta delimitación, puede establecerse geográficamente que la Región del Gran Caribe comprende los territorios reseñados a continuación⁴⁵:



Tomado de: <http://www.caribbean-atlas.com/es/temas/que-es-el-caribe/que-es-el-caribe-hacia-una-definicion-geografica-de-la-region-de-el-caribe.html>

Así las cosas, puede observarse que la Región del Gran Caribe, por su ubicación geográfica, se constituye en una área que eventualmente puede verse afectada por la puesta en marcha de megaproyectos de construcción en la misma, lo cual lleva consigo implicaciones negativas desde dos perspectivas:, (i) en primer lugar, desde un punto de

⁴⁴ Artículo Segundo. 1º Por "zona de aplicación del Convenio" se entiende el medio marino del Golfo de México, el Mar Caribe y las zonas adyacentes del Océano Atlántico al sur de los 30' de latitud norte y dentro de las 200 millas marinas de las costas atlánticas de los Estados a que se hace referencia en el artículo 25 del Convenio".

⁴⁵ Mateo Rodríguez J. (2013). "¿ Que es el Caribe ? Hacia una definición geográfica de la Región del Caribe" in Cruse & Rhiney (Eds.), Caribbean Atlas, <http://www.caribbean-atlas.com/es/temas/que-es-el-caribe/que-es-el-caribe-hacia-una-definicion-geografica-de-la-region-de-el-caribe.html>.

vista ecológico (lo cual se manifiesta en daños a los ecosistemas propios de esta Región); y (ii) en segundo lugar desde una visión histórico-cultural⁴⁶.

Lo que se busca denotar con lo anterior, es que cualquier estudio preliminar respecto las obras que se desarrollen en la Región del Gran Caribe debe de considerar tanto la afectación ecológica del ecosistema de la misma, como la histórico-cultural.⁴⁷

En este sentido, en este primer punto se estudiará, desde la perspectiva científica, la afectación ecológica al ecosistema de la Región del Caribe por la construcción de megaobras, y en el siguiente punto se analizará el costo social, desde una perspectiva histórico-social, de la construcción de las megas obras en aquella Región, para establecer así los requisitos que debe reunir el estudio de impacto ambiental de las megaobras construidas en la Región del Gran Caribe.

Conforme a ello, desde el punto de vista ecológico es pertinente entonces advertir los graves daños que podría conllevar para la Región del Gran Caribe la construcción de megaproyectos, especialmente los nefastos daños que podrían causarse a la reserva Seaflower, una de las más extensas del planeta que cuenta a su vez con el nivel máximo de protección por parte de la UNESCO, cuya composición ecosistémica⁴⁸ (arrecifes de coral, manglares y los lechos de algas marinas) podría verse irreversiblemente dañada con ocasión de estas iniciativas⁴⁹.

A continuación se toma la población de San Andrés como ejemplo, dado que ella es parte integrante importante de la región del Gran Caribe, además posee dentro de sus

⁴⁶ Javier Rodríguez Mir, J. (2008). *Los movimientos indígenas en América Latina. Resistencias y alteridades en un mundo globalizado*. Ugr.es. Retrieved 3 September 2016, from http://www.ugr.es/~pwlac/G24_37Javier_Rodriguez_Mir.html.

⁴⁷ Siguiendo el concepto rendido por el profesor del departamento de Economía de la Universidad del Norte, Andrés Vargas, a quien agradecemos su valioso aporte.

⁴⁸ Taylor, E. (2000). *Colombia Seaflower*. <http://www.unesco.org.uy>. Retrieved 3 September 2016, from http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/ciencias%20naturales/mab/articulos_RB/Fichas_RB/Colombia/Seaflower.pdf.

⁴⁹ *Summary Statement of Nicaragua Canal Environmental Impact Assessment Review Panel*. (2016). www.circleofblue.org. Retrieved 5 August 2016, from <http://www.circleofblue.org/wp-content/uploads/2015/06/Nicaragau-FIU-Panel-Summary.13-April-2015-Final.pdf>.

inmediaciones una importante fracción de la reserva Seaflower⁵⁰. De las mismas se ha dicho que “(...) *las causas de deterioro ambiental en la zona costera, observadas especialmente en la isla de San Andrés, por lo general son atribuidas a actividades humanas, tales como: a) intenso tráfico de embarcaciones menores; b) dragados para mantenimiento canales de navegación; c) limpieza de costas para turistas; d) daños físicos con propelas y anclaje de lanchas con motores fuera de borda; e) descarga de sedimentos arrastrados por las lluvias y generación de plumas de turbidez en la columna de agua y descargas de nutrientes (eutrofización) y f) vertimiento de aguas residuales o hidrocarburos*”⁵¹.

De esta forma se ha determinado que “las causas de deterioro ambiental en la zona costera, observadas especialmente en la isla de San Andrés, por lo general son atribuidas a actividades humanas, tales como: (a) intenso tráfico de embarcaciones menores; (b) dragados para mantenimiento canales de navegación; (c) limpieza de costas para turistas; (d) daños físicos con propelas y anclaje de lanchas con motores fuera de borda; (e) descarga de sedimentos arrastrados por las lluvias y generación de plumas de turbidez en la columna de agua y descargas de nutrientes (eutrofización) y (f) vertimiento de aguas residuales o hidrocarburos”⁵².

Conforme se observa de los estudios científicos, la construcción de megaproyectos en la Región del Gran Caribe afectará la reserva, además de ocasionar un aumento de actividad, respecto de las causas anteriormente enumeradas, las cuales afectarían la integridad de los ecosistemas protegidos⁵³. En este sentido, la fragilidad de estos ecosistemas frente situaciones contaminantes, ha sido expuesta por el “Programa Ambiental del Caribe”, el

⁵⁰ Taylor, E. (2000). *Colombia Seaflower*. <http://www.unesco.org.uy>. Retrieved 3 September 2016, from http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/ciencias%20naturales/mab/articulos_RB/Fichas_RB/Colombia/Seaflower.pdf.

⁵¹ Coralina-Invemar. 2012. Gómez- López, D. I., C. Segura-Quintero, P. C. Sierra-Correa y J. Garay-Tinoco (Eds). Atlas de la Reserva de Biósfera Seaflower. Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives De Andrés” -INVEMAR- y Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina -CORALINA-. Serie de Publicaciones Especiales de INVEMAR # 28. Santa Marta, Colombia p. 142.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Summary Statement of Nicaragua Canal Environmental Impact Assessment Review Panel*. (2016). www.circleofblue.org. Retrieved 5 August 2016, from <http://www.circleofblue.org/wp-content/uploads/2015/06/Nicaragau-FIU-Panel-Summary.13-April-2015-Final.pdf>.

cual al referirse a los daños ambientales con ocasión de derramamiento de hidrocarburos, relaciona la siguiente serie de efectos perjudiciales⁵⁴:

“Los derrames de petróleo pueden tener impactos ambientales y socioeconómicos negativos graves. Los hábitats marinos y costeros, las especies de fauna, actividades recreativas y la pesca, son algunos de los recursos y sectores que pueden verse afectados negativamente por los derrames de petróleo. El aceite perjudica a la fauna silvestre en dos formas principales; a través de la contaminación tóxica (inhalación o ingestión) o por contacto físico.

Las aves marinas pasan gran parte de su tiempo en o cerca de cuerpos de agua. Esto los hace vulnerables a los derrames de petróleo y pueden sufrir de hipotermia debido a que el aceite destruye la estructura de su capa protectora de plumas; ahogamiento debido a su mayor peso cuando el petróleo cubre sus cuerpos; envenenamiento por ingestión o inhalación; y la pérdida de vuelo, lo que podría afectar su capacidad reproductiva.

Los mamíferos marinos, incluyendo manatíes, delfines, marsopas y ballenas también son muy vulnerables a los derrames de petróleo debido a sus hábitos anfibios y su dependencia al aire. Las consecuencias de la exposición a hidrocarburos pueden acarrear; hipotermia, intoxicación por la ingestión de aceite, congestión y daño a los pulmones y las vías respiratorias; y ulceración gastrointestinal y hemorragia.

Los peces pueden absorber el aceite que se disuelve en agua, aunque sus branquias, acumulando dentro del hígado, el estómago, y la vesícula biliar. A pesar de que son capaces de limpiarse de contaminantes en cuestión de semanas de exposición, puede haber un período en el que son aptos para el consumo humano.

Las tortugas marinas pueden verse afectados cuando el petróleo entra en sus ojos y daña de las vías respiratorias y / o los pulmones; de envenenamiento por absorción a través de la piel; a través de la ingestión de alimentos contaminados; y de la contaminación de los lugares de anidamiento, los huevos y las crías recién nacidas.

⁵⁴ *Oils (hydrocarbons) — Caribbean Environment Programme. (2016). Cep.unep.org. Retrieved 5 August 2016, from <http://www.cep.unep.org/publications-and-resources/marine-and-coastal-issues-links/oils-hydrocarbons>*

Los derrames de petróleo también afectan el medio ambiente y los hábitats costeros. Los arrecifes de coral y los organismos marinos, en particular los organismos de menores que viven dentro y alrededor de los arrecifes están en riesgo de exposición a las sustancias tóxicas dentro del petróleo, así a morir por asfixia. En las playas, el petróleo puede empapar en la arena y la grava. El recubrimiento de las raíces de los mangles puede matar a los árboles y las hierbas del pantano, y los pastos marinos también se ven afectados.

Impactos socioeconómicos negativos incluyen el turismo disminuido y el cierre de recreaciones, pesca y áreas de cría de moluscos. Los barcos y los aparejos de pesca se pueden sufrir daños, así como la salud humana y también pueden verse afectada por el contacto directo o la inhalación del petróleo o por el consumo de mariscos contaminados.

Puede tomar varios años o incluso décadas, antes de que un área o ecosistema se haya recuperado totalmente de un derrame de petróleo”.

En este sentido, conforme reseña del Ingeniero Germán Daniel Rivillas de la Universidad del Norte, con el establecimiento de las megaobras, las cuales comúnmente son perpendiculares a la línea de costa, viene un cambio asociado en los procesos costeros. Estas obras cambian la dinámica del transporte de sedimento de manera local, generando procesos de erosión costera al romper el equilibrio de la playa en planta y en perfil. Ahora, afirma el Ingeniero que si la megaobra corresponde a un canal, el cual se da en acceso en dirección continental, la experiencia ha demostrado que por el hecho de ser tan profundo, la respuesta física ante esta nueva condición se manifiesta con el ingreso de ondas más grandes que dan origen a un problema adicional de erosión conocido en la ingeniería como “senos de erosión”, localizados en el interior de cualquier canal mareal que comunica al mar con un cuerpo de agua interior, debido a la presencia de obras de infraestructura costera.

Adicional a ello manifiesta el ingeniero que un aspecto preocupante en la construcción de megaobras, y en específico canales, del cual tuvo una experiencia nefasta la República de Colombia, es el problema de blanqueamiento de coral. Esto se debe a que una gran cantidad de agua dulce ingresará al ambiente marino, cargada de sedimento en suspensión y como

carga de fondo, con alta cantidad de contenido orgánico. Este impacto ambiental se da en latitudes medias donde la carrea de marea no es muy importante, por lo que se produce un desbalance entre el flujo salino y de agua dulce, con mayor proporción del último. Esto reduce la salinidad en la zona de influencia de la descarga, generando variaciones en las condiciones del agua y que en consecuencia son sentidas por los corales.

Conforme ello, se hace preciso evaluar la evolución espacio temporal de la mega obra y su influencia en la zona, pues cambiará la composición del sedimento marino y playas de arena blanca, de composición coralina, son reemplazadas por cuarzo, feldespato y materia orgánica, modificando el color del mar. Esto pasó en Cartagena, donde el mar tenía una apariencia similar al de San Andrés o a las Islas del Rosario, Bolívar. Con la construcción del canal del dique se modificó la condición del sedimento y en la actualidad se tiene playas de color marrón. Ahora, con respecto a los corales, año con año, la muerte de las comunidades coralinas de estas islas localizadas al sur de Cartagena avanza, debido al efecto del cambio en la salinidad que generan las descargas del canal del Dique.

De esta manera, en la Región del Gran Caribe, en la parte alta de la cuenca y en particular en el lago de Cocibolca, los principales impactos por la construcción de megaobras, específicamente de un canal, se darán por los cambios en la calidad de agua. Esto debido al paso de embarcaciones petroleras y de fluidos, que presentan algún tipo de derrame muchas veces de manera accidental, pero que generan impactos negativos importantes en el sistema ambiental. Especial atención debe darse de igual manera al tratamiento que se dé al agua de lastre de las embarcaciones, pues son elementos muy contaminantes.

Desde la parte física, otro posible aspecto a considerar es que con la construcción de las esclusas y los cambios permanentes en los niveles del canal, se generan problemas de erosión de orillas en el cauce. Esto aumenta la tasa de transporte de sedimentos y cambios morfológicos en el fondo que con el paso del tiempo generan sedimentación del canal navegable, obligando a realizar dragados periódicos para mantener la profundidad del canal navegable. Ante esta situación se debe tener especial cuidado de las zonas donde será dispuesto el material producto de dragado, que con el tiempo constituye sedimento no solo con contenido orgánico sino elementos contaminantes, los cuales entran en re-suspensión con esta actividad y pueden generar afecciones al medio ambiente.

Así pues, una vez expuesta la fragilidad ecológica que caracteriza a la reserva del Seaflower, y en general, a todos los ecosistemas que recubre al Gran Caribe, se observa cómo estos no solo representan riqueza y valor por sí mismos, sino también como conlleva implícito un valor superior para las poblaciones que lo habitan, significando, más allá de un hábitat proveedor de recursos, un ente con valor identitario fundamental. Así mismo puede evidenciarse que los territorios de la Región del Gran Caribe territorios por sí mismos constituyen varios de los focos de biodiversidad más importantes del mundo, hasta el punto contar con la máxima protección de la UNESCO, calificándola como “nueva Reserva Mundial de Biósfera”. Por las razones expuestas, salta a la vista la necesidad de proteger acuciosamente esta región, tendiendo a la especial salvaguarda tanto de sus habitantes, cuyas vidas se han moldeado en torno al aprovechamiento de estos recursos, como de sus riquezas ambientales.

COSTOS SOCIALES DE LAS MEGAS OBRAS EN EL GRAN CARIBE: ¿DESPLAZAMIENTO EN RAZÓN DE DESASTRES AMBIENTALES?

- **Conceptualización de desplazado a la luz del SIDH**

En cuanto la conceptualización de desplazados, la CoIDH coincide con lo dispuesto por la Corte Constitucional Colombiana: “Sin embargo, en el sentido de que “no es el registro formal ante los entes gubernamentales lo que le da el carácter de desplazado a un individuo, sino el mero hecho de haberse visto compelido a abandonar el lugar de residencia habitual”⁵⁵

- **Conceptualización de desplazado por daño ambiental conforme el derecho internacional**

⁵⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Las comunidades étnicas afectadas por proyectos de desarrollo, estarían conforme a la descripción sugerida por los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, específicamente en lo relacionado con el Principio 6 no. 2⁵⁶ y Principio 9⁵⁷.

Ahora bien, con lo relacionado a su desplazamiento por factores ambientales y atendiendo a las circunstancias de afectación de sus derechos, valdría considerar a la población en cuestión, en calidad de potenciales “desplazados ambientales” “migrantes ambientales”, “migrantes climáticos”, “refugiados ambientales”. Para este caso, se acogerá la categoría de migrantes por causas ambientales se entienden las personas o grupos de personas que, por motivo de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente, que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus lugares de residencia habituales, o deciden hacerlo, bien sea con carácter temporal o permanente, y que se desplazan dentro de sus propios países o al extranjero”⁵⁸

Sin embargo, resulta pertinente precisar que aún se discute la categoría de desplazado por daño o desastre ambiental, ya que solo hasta 2007, la Asamblea General de la ONU aprobó una Resolución que reforzaba esa estrategia al admitir que los desplazados por desastres naturales son desplazados internos con necesidades de protección y de derechos humanos. En los últimos veinte años casi 20 millones de personas han migrado por esta causa y sólo en 2011 la cifra fue de 155 millones⁵⁹

Cierto es, que los desastres relacionados con cambios en el ambiente producen considerables pérdidas materiales y humanas, degradación ambiental y vulneraciones a los derechos humanos sobre todo a aquellos grupos más vulnerables, ocasionando las migraciones forzadas de estas comunidades lejos de su hogar habitual, que adicionalmente se trata de su unidad económica y el espacio donde desarrollan su cultura.

⁵⁶ Principio 6 no. 2: “ *La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: basados en políticas de apartheid , «limpieza étnica» o prácticas similares cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada; en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas; en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial (...)*”.

⁵⁷ Principio 9 “*Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma*”.

⁵⁸ Cfr. International Organization for Migration, *Nota para las deliberaciones: la migración y el medio ambiente* MC/INF/288 (2007).

⁵⁹ Cfr. Internal Displacement Monitoring Centre. *Los desplazados internos en situación de desplazamiento prolongado: ¿Es la integración local una solución?* Informe del Segundo Seminario de Expertos sobre Desplazamiento Interno Prolongado.

Resulta pertinente señalar que muchas veces el desplazamiento ocurre antes de la ocurrencia de los desastres en forma de reasentamiento preventivo –aunque forzoso-. Sobre estos casos, el ser humano puede ser responsable no sólo de la vulnerabilidad y de la carencia de medios para atender los desastres, sino también de las amenazas que los producen, en situaciones tales como el cambio climático, la degradación ambiental y la inadecuada planificación y ocupación del territorio, por ejemplo, son amenazas de origen antrópico que suelen devenir en desastres, así podríamos aseverar que los desastres relacionados con cambios anormales en el ambiente poco o nada tienen de *naturales* sino que tienen origen en el actuar de los humanos⁶⁰

- **Aportes de la jurisprudencia de la Co IDH para la conceptualización de desplazamiento por daño ambiental**

La CoIDH ha tratado el desplazamiento forzado siempre en contextos de conflicto armado⁶¹. Sin embargo, existen muchas diferencias entre los desplazados por conflictos y los desplazados por desastres naturales, pero una de las consecuencias de separar ambos tipos consiste en que, a menudo, se considera que estos últimos no tienen problemas de derechos humanos y de protección. Aun así, la experiencia demuestra que no sólo precisan asistencia humanitaria, sino también que se defiendan sus derechos humanos⁶²

Sobre el desplazamiento de las comunidades: marco general

La CoIDH en temas de desplazamiento se ha referido sobre la importancia del territorio para aquellas comunidades diferenciadas, donde la tierra significa su territorio, es decir, el eje de la vida de su comunidad como en el caso *Yaxy Axa vs Paraguay* en el que se

⁶⁰ Cfr. Rubiano Galvis, S. (2014). *La protección del desplazamiento forzado por desastres medioambientales en Colombia: hacia un enfoque de derechos humanos. Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*. España: Editorial Universitat Pompeu Fabra.

Carmona Lara, M. (2010). Derechos humanos y medio ambiente: los nuevos desafíos. En J. U. Carmona Tinoco, *Derechos humanos y medio ambiente* (págs. 33-62). México: Universidad Nacional Autónoma de México

⁶¹ Cfr. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012; Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005; Cfr. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006; Cfr. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006

⁶² Cfr. Roberto Cohen, El vacío institucional para los desplazados internos por desastres naturales, 32, *Migraciones Forzadas*, 58-59, (2009).

consideró que los miembros de la comunidad hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales, situación en la que se afectaron derechos tales como la vida digna, la integridad personal y el derecho a la salud. En el caso de las comunidades étnicas, el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.

En los casos *Chitay Nech vs Guatemala*, *Mapiripan vs Colombia*, caso de las *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica* (operación génesis) vs. *Colombia*, la CoIDH estableció que en razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o se ponen en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición de facto de desprotección. Así confirmó que esta situación, conforme a la Convención Americana, obliga a los Estados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* las actuaciones y prácticas de terceros particulares.

Así mismo, en *Chitay Nech*, la CoIDH evidenció la complejidad del desplazamiento forzado en materia de pueblos indígenas que se encuentren por fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, ya que sus miembros se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, que “[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”.

Desplazamiento forzado y su conexidad con los artículos 5, 17, 21 del Pacto de San José

Según la CoIDH, el desplazamiento forzado implica una vulneración al derecho a la integridad personal en distintas formas. La afectación al derecho a la integridad personal se produce tanto por las circunstancias que conducen al desplazamiento forzado (miedo,

angustia, agresiones) como por las condiciones en que vive la población desplazada (por ejemplo, falta de acceso a servicios básicos). El desplazamiento forzado conlleva a la fragmentación del núcleo familiar (art. 17 CADH)⁶³, así también, se constata que hay una afectación particularmente grave del derecho de propiedad (art. 21 CADH)⁶⁴

La CoIDH en su línea jurisprudencial ha tratado la situación de las comunidades étnicas, sean indígenas o afro descendientes en su condición de víctimas de desplazamiento forzado, así:

a) Medidas Provisionales. Asunto Pueblo Indígena Kankuamo respecto de Colombia. Resolución de 5 de julio de 2004⁶⁵:

En el presente caso, se estimó que atendiendo a lo descrito por la Comisión, los indígenas se les afectó la libre circulación de sus miembros y los ha obligado a desplazarse a otras regiones, por lo que es necesario que el Estado asegure que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual y brinde las condiciones necesarias para que las personas desplazadas de dicha comunidad regresen a sus hogares. Así se resolvió que el Estado debe garantizar las condiciones de seguridad necesarias para que se respete el derecho a la libre circulación de las personas del pueblo indígena Kankuamo, así como que quienes se hayan visto forzadas a desplazarse a otras regiones, puedan regresar a sus hogares si lo desean⁶⁶.

b) Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005⁶⁷

⁶³ Aportes de ECHR: “The Court reiterates that severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely” European Court of Human Rights Guerra and Ors. v. Italy Application No. 14967/89; (1998) 26 EHRR 357; [1998] ECHR

⁶⁴ Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia No. 3, Desplazados*, (2015).

⁶⁵ Corte IDH. Asunto Pueblo Indígena Kankuamo respecto Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 05 de julio de 2004.

⁶⁶ Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia No. 3, Desplazados*, (2015).

⁶⁷ *Ibidem*. Los hechos del caso: “La comunidad N’djuka está conformada por personas originarias del África que habitan en la zona oriental de Suriname desde el siglo XVII. Esta comunidad tiene su propio idioma e historia, así como tradiciones culturales y religiosas que la distinguen de otras comunidades indígenas que habitan en el mismo territorio. - La aldea de Moiwana fue fundada por clanes N’djuka a fines del siglo XIX. En 1986, el régimen militar de Desire Bouterse se enfrentó al grupo armado opositor conocido como el Jungle Commando. Cientos de indígenas fallecieron producto de las hostilidades entre ambos grupos. - El 29 de noviembre de 1986 se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana. Agentes militares y sus

En el presente caso la CoIDH, estimó la violación del artículo 5 de la CADH por “*la falta de cumplimiento de esta obligación ha impedido a los miembros de la comunidad Moiwana honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos y ha implicado la separación forzosa de éstos de sus tierras tradicionales*”. Además, “*por el sufrimiento que les ha causado la obstaculización, a pesar de sus esfuerzos persistentes, para obtener justicia por el ataque a su aldea, particularmente a la luz del énfasis de los N’djuka en sancionar apropiadamente las violaciones cometidas*”.

Así mismo, el desplazamiento como una forma de violación del artículo 22 de la CADH bajo hipótesis de afectación directa (desplazamiento) y de facto (no generar condiciones para retorno), la CoIDH ha señalado que una interpretación evolutiva del artículo 22 de la CADH permite sostener que esta disposición protege el derecho a no ser desplazado forzosamente.

La CoIDH hizo alusión a que los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos. El desplazamiento no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados. Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma.

En el presente caso, la CoIDH estableció medidas de reparación dictadas en contextos de población desplazada⁶⁸, tales como:

colaboradores mataron al menos a 39 miembros de la comunidad, entre los cuales había niños, mujeres y ancianos, e hirieron a otros. Asimismo, la operación quemó y destruyó la propiedad de la comunidad y forzó a los sobrevivientes a huir. Desde su huida de la aldea de Moiwana, los pobladores han sufrido condiciones de pobreza y no han podido practicar sus medios tradicionales de subsistencia. - La aldea de Moiwana y sus tierras tradicionales circundantes quedaron abandonadas desde el ataque de 1986. A los miembros de la comunidad les ha sido imposible recuperar los restos de sus familiares que murieron durante el ataque. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables de los hechos” cfr. Corte IDH, Ficha Técnica: Comunidad Moiwana Vs. Surinam.

⁶⁸ *Ibíd.* “Los hechos probados indican que los miembros de la comunidad fueron forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente, y se han encontrado en situación de desplazamiento continuo, en la Guyana Francesa o en otras partes de Suriname [...]. Asimismo, han sufrido pobreza y privaciones desde su huida de la aldea de Moiwana, dado que la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de

“1) El territorio sea “purificado” de acuerdo con los rituales culturales; y 2) ya no tengan temor de que se presenten nuevas hostilidades en contra de la comunidad. Ninguna de estas dos condiciones se presentará sin que haya una investigación y proceso judicial efectivos, que tengan como resultado el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. Mientras se realizan estos procesos, hasta su culminación, sólo los miembros de la comunidad pueden decidir cuándo sería apropiado el regreso a la aldea de Moiwana. Cuando los miembros de la comunidad estén satisfechos de que se ha hecho lo necesario para que puedan regresar, el Estado deberá garantizar la seguridad de aquéllos. A tales efectos, cuando los miembros de la comunidad regresen a dicha aldea, el Estado deberá enviar representantes oficiales cada mes a la aldea de Moiwana durante el primer año, para realizar consultas con los residentes de Moiwana. Si durante esas reuniones mensuales los miembros de la comunidad expresan preocupación en relación con su seguridad, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizarla, las cuales serán diseñadas en consulta estricta con los destinatarios de las medidas⁶⁹.”

c) Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010⁷⁰

En el presente caso, la CoIDH “*reafirma que la obligación de garantía para los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también realizar una investigación efectiva de la supuesta violación de estos derechos y proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del*

subsistencia se ha visto limitada drásticamente [...]. 187. La Corte, tomando en cuenta, inter alia, las circunstancias del caso y la existencia de base suficiente para presumir daño material”

⁶⁹ Corte IDH, Cuadernillo de jurisprudencia No. 3, Desplazados, (2015).

⁷⁰ *Ibíd.* Los hechos del caso: “*se refieren a Florencio Chitay Nech quien era un indígena maya. En el año 1973 el señor Chitay Nech se unió a movimientos campesinos de la región e inició su participación política afiliándose al partido Democracia Cristiana. En el año 1977 el partido Democracia Cristiana presentó al señor Chitay Nech como candidato a Concejal en la contienda electoral municipal de San Martín Jilotepeque y resultó electo. Como consecuencia de la desaparición forzada del entonces Alcalde del Municipio, el señor Chitay Nech asumió la responsabilidad de la Alcaldía. - Desde junio de 1980 recibió diversas amenazas y hostigamientos. El 1 de abril de 1981 Florencio Chitay Nech salió de su vivienda en la ciudad de Guatemala acompañado de su hijo Estermerio Chitay. Frente a una tienda, un grupo de hombres armados se bajaron de un vehículo, golpearon al señor Chitay Nech en la cabeza y lo introdujeron en el automóvil. Desde entonces Florencio Chitay Nech se encuentra desaparecido. A pesar de haberse interpuesto una serie de recursos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables”.*

*país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración”*⁷¹.

En cuanto a la violación del artículo 17⁷², la Corte se fijó en que la desaparición forzada tenía como propósito castigar no sólo a la víctima sino también a su familia y a su comunidad. Así, el tribunal considera que la desaparición de Florencio Chitay agravó la situación de desplazamiento y desarraigo cultural que sufrió su familia. Así, el desarraigo de su territorio afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas.

La Corte se refirió a la situación de vulnerabilidad acentuada de mujeres, niños, niñas y personas de la tercera edad, la Corte constata que el desplazamiento forzado, la fragmentación familiar y el desarraigo cultural que sufrieron Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, de apellidos Chitay Rodríguez constituyen vulneraciones a los derechos de circulación y de residencia y la protección a la familia, así como a la protección de los niños respecto de los tres últimos. Por lo tanto, el Tribunal considera que el Estado es responsable de la violación de los artículos 22 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Encarnación y Pedro, ambos de apellidos Chitay Rodríguez.

Existe también la otra categoría que es la situación de vulnerabilidad agravada cuando los desplazados son pueblos indígenas, en el presente caso,

“la violencia del conflicto armado tuvo un grave impacto en las familias indígenas mayas, debido a que no sólo ocasionó, en muchos casos, la desaparición de uno de los padres y/o la separación de los hijos, sino que también significó el abandono de sus comunidades y tradiciones. El Tribunal observa que la mayor parte de la población indígena maya, específicamente en las zonas rurales, vive en comunidades, las cuales representan la mínima unidad de organización social con

⁷¹ Corte IDH, Cuadernillo de jurisprudencia No. 3, Desplazados, (2015).

⁷² *Ibíd.* El hecho generador de la violación radica en “los hermanos Chitay Rodríguez se vieron imposibilitados de gozar de la convivencia familiar ante el temor fundado que tenían de regresar a su lugar de origen por lo sucedido, inclusive por la desaparición de otros familiares, y debido a la necesidad de alimentarse y educarse. Por lo tanto, tuvieron que crecer separados dado que mientras la madre regresó a San Martín Jilotepeque con Estermerio y María Rosaura, Encarnación tuvo que quedarse trabajando en la capital, su hermano Pedro fue internado en un seminario y Eliseo se fue a ayudar a una tía en la capital. Este Tribunal nota que esta situación de ruptura de la estructura familiar se refleja hasta el día de hoy, ya que en la actualidad los tres hermanos menores viven en el extranjero y sólo los dos mayores en su país de origen [...]”

un sistema de autoridades propio. Las comunidades son espacios territoriales, por lo general aldeas o cantones, que cuentan con una estructura jurídico-política afirmada en torno a una alcaldía auxiliar, las cuales constituyen un entramado de relaciones sociales, económicas, culturales y religiosas. Adicionalmente, este Tribunal estima que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas. Tal como lo reconoció la perito Rosalina Tuyuc, “la conexión energética con la tierra tiene una importancia fundamental en la cosmovisión maya”, por lo que el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual. Así, refirió que: Muchos de los hijos de campesinos, o de mayas su principal conexión es la Madre Tierra. [...] Para la cosmovisión de los pueblos mayas, principalmente está esa conexión con la tierra, con el aire, con el agua, con los bosques, y cuando uno está fuera de la comunidad prácticamente no tiene esa conexión energética, y por ello es que actualmente muchos de los miles y cientos de hijos huérfanos ya no saben por qué el movimiento de estas energías, por haber sido negado, inducido a estar fuera de su comunidad [...] y fuera de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas.”

Las consecuencias de esa pérdida cultural es incuantificable, *“ya que en muchas familias significó autoprohibirse [...] no hablar el idioma, no utilizar su traje, no decir de dónde es, no decir quién es papá, quién es mamá, ocultar hasta la identidad y ocultar el apellido, porque hablar del apellido indígena significaba la muerte inmediata. Es decir, de acuerdo a la jurisprudencia en temas indígenas, mediante la cual ha reconocido que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material, el tribunal considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “[por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”²¹, por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de*

los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación”⁷³.

En el presente caso, la Corte además reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar⁷⁴ sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte. 160. Además, señaló que la desaparición del padre o de la madre no sólo significó un cambio de roles en el sentido de que el padre sobreviviente tuvo que asumir ese rol de ser mamá y de ser papá a la vez, sino que sobre todo impidió que los padres transmitieran sus conocimientos de forma oral, conforme a las tradiciones de la familia maya.⁷⁵

d) Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013⁷⁶

⁷³ Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia No. 3, Desplazados*, (2015).

⁷⁴ Al respecto, la perito Rosalina Tuyuc indicó las graves afectaciones que sufrieron las familias mayas como consecuencia de las desapariciones forzadas y el desplazamiento, y manifestó que: [e]l conflicto armado lamentablemente quitó el derecho a muchas familias a estar ahí en familia [...], para nosotros el significado de tener familia significa estar con abuelo, con abuela, con papá, con mamá, con todos los hermanos, con los tíos y tías[, esto] fue uno de los impactos muy grandes porque entonces muchos de los hijos e hijas tuvieron que separarse, algunos por completo y otros tal vez aunque con situaciones de pobreza, de miseria, de desplazamiento, [...] se quedaron dos o tres hijos junto a mamá. Sin embargo, [en muchos casos] esto no fue posible y por ello es que el impacto fue la pérdida de convivencia familiar [y] de estar bajo el núcleo de la tierra que los vio nacer.

⁷⁵ Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia No. 3, Desplazados*, (2015).

⁷⁶ Hechos: “Durante la segunda mitad de los años 1990, en el Urabá Chocoano y se enmarcan en un contexto en el cual la presencia de los grupos armados ilegales y la situación de violencia en la región por parte de “bloques” o “grupos” paramilitares y guerrilleros se había ido extendiendo y agudizando. Conforme a lo expuesto, la población afrocolombiana de la región tuvo que soportar en su territorio la presencia de diversos grupos armados al margen de la ley, acompañada de amenazas, asesinatos y desapariciones, que originaron su desplazamiento forzados a gran escala, en particular durante la segunda mitad de los años 1990. - En lo que se refiere a los hechos del caso, los mismos tuvieron lugar en el marco de una operación militar llamada “Génesis” que se llevó a cabo entre el 24 y el 27 de febrero de 1997 en el área general del Río Salaquí y Río Truandó para capturar y/o destruir integrantes del grupo guerrillero de las FARC. Asimismo, simultáneamente a la operación “Génesis”, grupos paramilitares de las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (ACCU), en el desarrollo de la llamada “operación Cacarica”, emprendieron un avance de norte a sur desde el Parque Nacional de los Katios a lo largo del río Cacarica, pasando por Bijao y otras comunidades ubicadas en la ribera de ese río, para finalmente llegar a las riberas de los ríos Salaquí y Truandó, donde desarrollaron operaciones conjuntas con el Ejército. En el marco de la “Operación Cacarica”, los paramilitares ejecutaron a Marino López en Bijao y desmembraron su cuerpo. - Posteriormente a esos hechos, varios centenares de pobladores de la cuenca del río Cacarica se vieron forzados a desplazarse a Turbo, Bocas de Atrato y Panamá, donde permanecieron en diferentes asentamientos por varios períodos

En cuanto al presente caso, se encontró que en lo concerniente al desplazamiento forzado, la violación del artículo 5:

“Se encuentra demostrado que entre 150 y 320 familias desplazadas a finales de febrero de 1997 fueron albergadas en el Coliseo de Turbo y en dos albergues construidos con ayuda de agencias internacionales y recursos del gobierno a través de la entonces Red de Solidaridad Social [...]. La mayoría de estas familias permanecieron en Turbo y en la hacienda El Cacique - Bahía Cupica (Chocó), por más de dos años. Numerosas familias se vieron fragmentadas o separadas como consecuencia del desplazamiento. Se ha podido constatar también que en Turbo las condiciones de vida de los desplazados se caracterizaron por el hacinamiento, falta de privacidad, carencia de servicios básicos de salud, alimentación desequilibrada e insuficiente, insuficiencia y mala calidad del agua.. Las medidas de asistencia básicas proporcionadas por el Estado durante el período del desplazamiento fueron insuficientes, toda vez que las condiciones físicas y psíquicas que debieron enfrentar durante casi cuatro años no son acordes con estándares mínimos exigibles en este tipo de casos. El hacinamiento, la alimentación, el suministro y manejo del agua, así como la falta de adopción de medidas en materia de salud evidencian incumplimiento de las obligaciones estatales de protección con posterioridad al desplazamiento, con la consecuencia directa de la vulneración del derecho a la integridad personal de quienes sufrieron el desplazamiento forzado”⁷⁷

En cuanto a la violación del artículo 17, la Corte ha señalado en otros casos que *“el derecho a la protección de la familia conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar. En el presente caso, la Corte constata que hay elementos de información sobre las condiciones de hacinamiento,*

durante los cuatro años posteriores. En Turbo las condiciones de vida de los desplazados se caracterizaron por falta de atención por parte del gobierno, hacinamiento, malas condiciones y falta de privacidad. Posteriormente, muchas de las personas desplazadas retornaron a otras comunidades de paz en territorios del Cacarica. Además, con posterioridad a los hechos de febrero de 1997, los desplazados siguieron siendo objeto de actos de hostigamiento, amenazas y violencia por parte de grupos paramilitares. - Asimismo, como consecuencia de los desplazamientos forzados se produjeron afectaciones tanto a los bienes individuales como a los bienes colectivos de las comunidades del Cacarica por las destrucciones y saqueos que se produjeron en el transcurso de la operación “Cacarica”, así como por los daños que se habrían producido por el desuso de los mismos, en particular a sus territorios comunitarios. Del mismo modo, esas mismas comunidades fueron desposeídas de sus territorios ancestrales, los cuales fueron objeto de explotación ilegal por parte de empresas madereras con permiso o tolerancia del Estado”.

⁷⁷ Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia No. 3, Desplazados*, (2015).

*la falta de privacidad de las personas, y la afectación de las estructuras familiares. De lo anterior surge que, durante el período en que duró la situación de desplazamiento de las comunidades del Cacarica, el Estado no tomó las medidas positivas necesarias para la debida protección e integridad de las familias desplazadas, las cuales se vieron fragmentadas o separados sus miembros”.*⁷⁸

Por su parte, el artículo 21, la CoIDH retoma que “*en el contexto del derecho de propiedad de miembros de los pueblos indígenas, el artículo 21 de la Convención protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas y otras comunidades o pueblos tribales, como pueden ser las afrodescendientes, guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Debido precisamente a esa conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesario para garantizar su supervivencia*”⁷⁹.

La Corte consideró que “*por las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos y en especial por la condición socio-económica y de vulnerabilidad de las presuntas víctimas, los daños ocasionados a su propiedad pueden tener un efecto y magnitud mayores que los que hubiesen tenido para otras personas o grupos en otras condiciones*”⁸⁰.

Situación de vulnerabilidad acentuada de mujeres, niños, niñas y personas de la tercera edad

La Corte constata que la falta de atención resulta “*especialmente grave*” cuando los afectados se trata de personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como son las niñas y niños. Que el Estado incumple con su deber de protección especial de las niñas y niños afectados por las incursiones y posteriores desplazamientos forzados, toda vez que no da cuenta de su obligación especial de protegerles en el marco de un conflicto armado no internacional.⁸¹

Medidas de reparación

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia No. 3, Desplazados*, (2015).

⁸¹ *Ibíd.*

Los daños ocasionados no solo se refieren a la afectación de la identidad individual, sino también a la pérdida de sus raíces y vínculos comunitarios, por lo que se dispone de una medida de reparación que pretende la reducción de padecimientos psicosociales. Así se podrá contribuir con la reparación. La Corte considera que “el Estado debe brindar un servicio gratuito, el tratamiento adecuado y prioritario que requieran dichas personas, previa manifestación de voluntad, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión de medicamentos”. “Las víctimas deberán tener acceso inmediato y prioritario a las prestaciones de salud, independientemente de los plazos que la legislación interna haya contemplado para ello, evitando obstáculos de cualquier índole”.

Restitución de tierras a comunidades indígenas desplazadas: “La Corte señala que, producto del incumplimiento del deber estatal de garantizar el derecho a la propiedad colectiva [...], las comunidades... han sufrido un daño que va más allá del mero detrimento patrimonial. Del acervo probatorio se evidencia que éstas tienen una relación especial con los territorios que habitaban y que, por ende, se vieron profundamente afectadas no solo al ser despojadas de los mismos, sino también al haberse permitido la realización de acciones de explotación ilegal de recursos naturales por parte de terceros”⁸².

CONCLUSIONES

1. La CoIDH en una labor de interpretación evolutiva del Pacto de San José debe integrar al SIDH el concepto de “comunidades étnicas” como una categoría de especial protección y la cual está conformada por (i) los pueblos indígenas; (ii) las comunidades raizales; (iii) las comunidades tribales; (iv) las comunidades afrodescendientes; y (v) las comunidades gitanas o ROM, bajo el entendido que estas: (a) se auto perpetúan biológicamente; (b) comparten valores fundamentales realizados con unidad manifiesta en formas culturales; (c) integran un campo de comunicación e interacción; y (d) cuentan con miembros que se identifican a sí mismos y son identificados por otros y que constituyen una categoría distinguible de otras categorías del mismo orden; por consiguiente debe hacerle extensible el

⁸² *Ibídem.*

mismo estándar de protección *mutatis mutandis* otorgado por el SIDH a los pueblos indígenas y tribales, en especial la relación de éstos con sus territorios.

2. El SIDH debe realizar un reconocimiento respecto que los Estados que suscribieron el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Ambiente en la Región del Gran Caribe, poseen jurisdicción funcional relacionada con las obligaciones que el mismo Convenio les impone, única y exclusivamente para el cumplimiento de las mismas, y limitadas al ejercicio de lo dispuesto en las disposiciones del instrumento internacional.
3. La CoIDH debe ampliar el estándar de protección de derechos (participación, propiedad colectiva, integridad personal, vida digna) que tiene hacia aquellas comunidades de especial status jurídico en el derecho internacional; pues si bien es cierto se ha mantenido hasta ahora, en calidad de abanderada en el desarrollo progresivo de la materialización de las luchas indígenas en el contexto latinoamericano, también podría considerar que este tribunal sigue en deuda con las “otras comunidades étnicas” como la población raizal. Lo anterior, teniendo en cuenta que el estándar de protección que ha venido utilizando el SIDH se refiere al Convenio 169 de la OIT, que permite ver que existe un espacio que avala la profundización en la interpretación de estos derechos y además la presente problemática invita a ver otras realidades culturales con la misma línea de demandas sociales, que se evidencia como la oportunidad de abrir el espacio a la conceptualización de la integridad cultural de las comunidades vulnerables que hacen presencia en el hemisferio, haciendo un llamado exhortativo a la inclusión.
4. Existe una estrecha relación entre los Derechos Humanos y el medio ambiente, a tal punto que se ha dejado en evidencia la conexidad con otros derechos como la vida, salud, vivienda digna, integridad cultural de los pueblos entre otros. La Corte IDH se ha referido a la importancia de la tierra, como eje de la vida de la comunidad, como en el caso *Yaxy Axa Vs. Paraguay*, en el que la comunidad no estuvo en posesión de sus tierras tradicionales, afectándose derechos tales como la vida digna, la integridad personal y el derecho a la salud.
5. Los desastres relacionados con cambios en el ambiente producen considerables pérdidas materiales y humanas, degradación ambiental y vulneraciones a los

derechos humanos sobre todo a aquellos grupos más vulnerables, ocasionando migraciones forzadas de estas comunidades lejos de su hogar habitual, que adicionalmente se trata de su unidad económica y el espacio donde desarrollan su cultura. Tan es así que evitar el daño transfronterizo, es una obligación de los Estados de no causar daños a la jurisdicción de otros Estados. Así las cosas, los factores ambientales causan desplazamiento, a tal punto, que existe la categoría de “migrantes ambientales”, entendiéndose por aquellas personas o grupos de personas que, por motivo de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente, se afecta sus condiciones de vida y se ven obligados a abandonar sus lugares de residencia habitual.

6. La Corte ha reiterado en sus Sentencias la obligación que tienen los Estados de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma. Por lo que encuentra, la Comisión 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 la integridad física, es decir cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen amenaza para la vida del pueblo, se comprometen estos derechos. La principal motivación para tratar el derecho a la vida a partir de la integridad cultural de los pueblos reposa a partir de la preocupación por detener con urgencia, la desaparición de la cultura, de la forma de vida y de la vida misma de los pueblos tribales e indígenas
7. La CoIH debe tener en cuenta al momento de decidir sobre las cuestiones planteadas, las particularidades ambientales presentes dentro del área de impacto, en la cual sus decisiones tienen vocación de afectación. En este sentido, debe atender la gran fragilidad que caracteriza a la Región del Gran Caribe al momento de formar criterios o estándares de protección en el marco de la construcción de megaproyectos. Por tanto, se busca que los estándares de protección tengan una alta exigencia y especificidad en sus contenidos, de manera tal que puedan cumplir con la función de protección y salvaguarda ambiental, que de estos se espera. También es importante mencionar que, además del valor intrínseco de los hábitats protegidos, deben considerar, el valor histórico-cultural que el área tiene para las comunidades

étnicas que lo habitan. Ignorar este aspecto en la formación de estándares de protección desembocaría en un desconocimiento absoluto de los derechos de comunidades étnicas sujetas a protección. En este sentido, proponemos que cualquier eventual estudio previo que deba hacerse, que se diga respetuoso de los derechos establecidos en la Convención y en otros instrumentos internacionales, debe poseer la infraestructura interdisciplinar suficiente que permita abordar la protección de estos dos aspectos de manera óptima.