

**Corte Interamericana de Direitos Humanos**

**Secretário da Corte**

**San Jose, Costa Rica**

Ass.: OPINIÃO CONSULTIVA APRESENTADA PELA REPÚBLICA DA COLÔMBIA  
EM 14 DE MARÇO DE 2016 (EXPEDIENTE MRE S-DVAM 16-024746).

Prezado Sr. Secretário,

Anexo à presente está o memorial com as observações à Opinião Consultiva sobre o caso em questão.

1. Este memorial é submetido em nome dos Professores e pesquisadores, na qualidade de pessoas físicas, vinculados Grupo de Pesquisa Pátrias, Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil, sob minha supervisão; Professores e pesquisadores do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional - NEADI (pessoas físicas), vinculado ao PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob responsabilidade do Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter; e Professores e pesquisadores da Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (pessoas físicas), coordenado pela Prof. Dra. Danielle Anne Pamplona. Os alunos indicados na sequência elaboraram os memoriais sob nossa supervisão.
2. Juntamente ao presente memorial, anexamos os documentos pessoais dos participantes (passaportes ou documentos nacionais de identificação).

Abaixo meus dados completos, eis que serei representante responsável por receber as comunicações e intimações da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Professor Eduardo Biacchi Gomes  
E-mail: [eduardobiacchigomes@gmail.com](mailto:eduardobiacchigomes@gmail.com)  
Telefone: 55-41-3271-1416

Rua Imaculada Conceição, 1155  
Bairro Prado Velho  
CEP: 80215-901  
Curitiba – Paraná – Brasil

Eduardo Biacchi Gomes

OBSERVAÇÕES ESCRITAS SOBRE ALGUNS DOS PONTOS SUBMETIDOS À  
CONSULTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM  
RELAÇÃO AOS DEVERES DOS ESTADOS-MEMBROS DE RESPEITAR E  
PROTEGER DIREITOS HUMANOS EM CASO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS DE  
GRANDE DIMENSÃO

**PARECER CONSULTIVO OC-\_\_\_/16**  
**DE 14 DE MARÇO DE 2016**

**SOLICITADO PELA REPÚBLICA DA COLOMBIA em relação a interpretação dos**  
**artigos 1º, 4º e 5º, todos do Parágrafo Primeiro da Convenção Americana de**  
**Direitos Humanos**

**Supervisão e Coordenação:**

- Professor Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Centro Universitário Autônomo do Brasil)
- Professora Doutora Danielle Anne Pamplona (Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná)



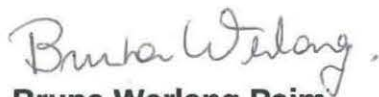
**Elaboração**

**Adrian Mohamed Nunes Amaral**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FB849212**

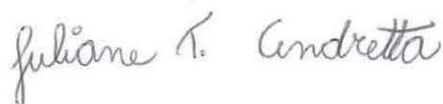
**Ane Elise Brandalise Gonçalves**  
**UniBrasil Centro Universitario**  
**CPF 064.249.019-81**

**Amanda Carolina Buttendorff**  
**Rodrigues Beckers**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**CPF 050.417.859-88**

**Aníbal Alejandro Rojas Hernandez**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº AO724584**



**Bruna Werlang Paim**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FO965049**



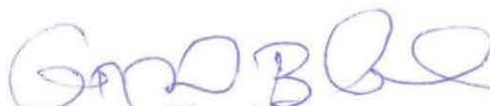
**Juliane Tedesco Andretta**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**CPF 108.401.979-50**



**Danielle Anne Pamplona**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FI215528**



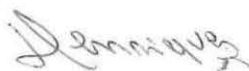
**Mariana Kaipper de Azevedo**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**CPF 100.827.639-17**



**Eduardo Biacchi Gomes**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FO407137**



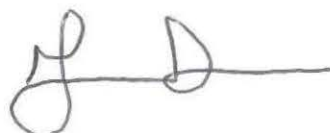
**Lincoln Machado Domingues**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FK017233**



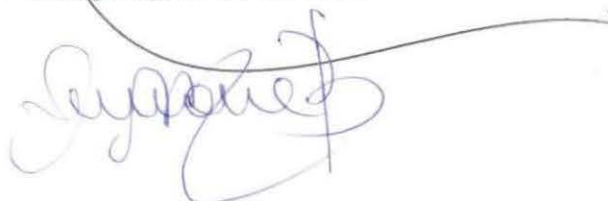
**Henrique Alef Burkinsky Pereira**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FL066041**



**Luís Alexandre Carta Winter**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FE539599**



**João Paulo Josbiak Dresch**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FP 303559**



**Simone dos Reis Bieleski Marques**  
**UniBrasil Centro Universitário**  
**CPF 848421219-04**

## I. APRESENTAÇÃO DA CONSULTA

Trata-se de Opinião Consultiva solicitada em 14 de março de 2016 pela República da Colômbia, doravante denominada como Colômbia, na sua qualidade de Estado-Membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), com fundamento no artigo 64, §1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

A Opinião Consultiva ora solicitada tem como objeto imediato o esclarecimento sobre a interpretação dos artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos), 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal), todos da Convenção Americana de Direitos Humanos e à luz do meio ambiente como direito humano.

Mais especificamente, de acordo com a consulta formulada, as perguntas realizadas para Corte foram as seguintes:

I- De acordo com o estipulado no art. 1º do Pacto de San José, deveria se considerar que uma pessoa, ainda que não se encontre em território de um Estado parte, está sujeita à jurisdição de tal Estado no caso específico de que se cumpram, cumulativamente, as quatro condições abaixo?

(1) que a pessoa resida ou se encontre em uma zona delimitada e protegida por um regime convencional de proteção do meio ambiente que tal Estado seja parte;

(2) que esse regime convencional preveja uma área de jurisdição funcional, como por exemplo a previsto no Convênio para Proteção e Desenvolvimento do Meio Marinho na Região do Grande Caribe

(3) que nessa área de jurisdição funcional os Estados-Parte tenham a obrigação de prevenir, reduzir e controlar a poluição por meio de uma série de obrigações gerais e/ou específicas e

(4) que, como consequência de um dano ao meio ambiente ou de um risco de dano ambiental na zona protegida pelo referido Convênio, e que seja atribuível a um Estado-Parte – do Convênio e do Pacto de San José da Costa Rica, os direitos da pessoa em questão seriam violados ou estariam ameaçados?

II- As medidas e os comportamentos, por ação ou omissão, de um dos Estados-Parte, cujos efeitos sejam suscetíveis de causar um dano grave ao meio ambiente

marinho – o qual constitui o marco de vida e uma fonte indispensável para o sustento da vida dos habitantes da costa e/ou de ilhas de outro Estado-Parte -, são compatíveis com as obrigações formuladas nos artigos 4º, §1 e 5º, §1, ambos relacionados com o art. 1, §1º, do Pacto de San José ou de qualquer outra disposição convencional permanente?

III – Devemos interpretar, e em que medida, as normas que estabelecem a obrigação de respeitar e garantir os direitos e liberdades enunciados nos artigos 4, §1º e 5, §1 do Pacto, no sentido de que tais normas impõem a obrigação dos Estados-membros do Pacto de respeitar as normas provenientes do Direito Internacional Ambiental e buscam impedir um dano ambiental suscetível de limitar ou mesmo de impossibilitar o gozo definitivo do direito à vida e à integridade pessoal, e que uma das maneiras de cumprir tal obrigação é por meio da realização de estudos de impacto ambiental em uma zona protegida pelo Direito Internacional e por meio da cooperação com os Estados que possam ser afetados? Se sim, quais parâmetros gerais se deveria levar em consideração quando da realização dos estudos de impacto ambiental na Região do Grande Caribe e qual deveria ser seu conteúdo mínimo?

Nessa toada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base no art. 73.3 do Regulamento da Corte, convidou a todos os interessados a apresentarem suas considerações sobre os pontos principais envolvendo a consulta.

Assim sendo, os presentes participantes, na missão de apresentar as suas razões, indicam pontos relevantes a serem considerados pela Corte Interamericana, abaixo explicitados.

## **II. AS QUESTÕES ENFRENTADAS NESTE MEMORIAL**

A Colômbia faz o pedido de Opinião Consultiva por estar envolvida em peculiar posição em relação ao seu território. A maior parte do território da Colômbia está no continente sul-americano. Todavia, na Região do Grande Caribe, o arquipélago de San Andres, Providencia e Santa Catalina também são território Colombiano. Não há dúvidas de que o Estado Colombiano tem o dever de proteção dos direitos humanos das pessoas em seu território. Entretanto, tratando-se de mar, ilhas e de territórios de outros Estados, há a possibilidade de que as atividades realizadas por um Estado tenham importantes reflexos na vida dos habitantes de

outro Estado. Em especial, diante da possibilidade do desenvolvimento de grandes obras, com impactos demonstráveis no meio ambiente marítimo do entorno destas ilhas, a Colômbia se viu impelida a requerer a presente Opinião Consultiva, para que se estabeleça quais são e qual a extensão dos deveres dos países-membros da Convenção Americana na proteção deste ambiente.

As presentes observações estarão limitadas, tão somente - e sem qualquer juízo de valor a respeito da importância de todas as questões levantadas pela Colômbia - ao abaixo:

1. Os Estados têm responsabilidade de respeitar os direitos humanos nas áreas cobertas pelo Convênio para Proteção e Desenvolvimento do Meio Marinho na Região do Caribe? Pelo artigo 1, par.2 do Convênio, estão excluídas de sua aplicação as águas interiores dos Estados contratantes, por outro lado, o artigo 2 esclarece que a aplicação do mesmo no meio marinho do Golfo do México, do Mar do Caribe e nas zonas adjacentes do Oceano Atlântico nas coordenadas que indica. Em outras palavras, trata-se da necessidade de definir se a responsabilidade dos Estados se dará tão somente sobre seus territórios ou se estará estendida à sua jurisdição.

2. As obrigações derivadas do direito internacional de meio ambiente podem ser consideradas obrigações de respeito aos direitos humanos (Questão I e par.121 do pedido de Opinião Consultiva);

3. É possível exigir a obediência aos dispositivos da Convenção 169 da OIT no tocante à consulta prévia?

3.1 Aos Estados que não ratificaram a Convenção 169 da OIT, a Corte pode aplicá-la como fonte costumeira? Em caso afirmativo, quais seriam os efeitos?

Com estas questões em mente, o presente texto faz breve recapitulação do quanto apresentado pela Colômbia antes de enfrentar as três questões propostas. As respostas aqui impressas visam, tão somente, auxiliar na busca do melhor caminho a seguir.

## **II.1 DA JURISDIÇÃO PARA APLICAÇÃO DO CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN Y EL DESARROLLO DEL MEDIO MARINO EN LA REGIÓN DEL GRAN CARIBE E DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO GERAL E DOS DANOS TRANSFRONTEIRIÇOS**

O *Convenio para la proteccion y El desarrollo Del medio marino en la región Del gran caribe* é um tratado internacional que, reconhecendo a importância do Mar do Caribe e da manutenção deste bem como suas características peculiares, impõe obrigações aos Estados envolvidos com a finalidade de preservar e assegurar que o desenvolvimento na região caribenha se dê de forma sustentável. Tudo isso com o escopo de incentivar o crescimento da região, mas sem prejudicar os aspectos naturais locais.

As obrigações impostas aos Estados dizem respeito à prevenção, redução e controle da contaminação do Mar do Caribe de diversas formas, que vão desde a contaminação causada por embarcações até aquela decorrente da emissão de poluentes à atmosfera que venham a, posteriormente, poluir o mar (art. 5º a art. 9º). Além disso, o acordo analisado prevê uma série de outras medidas, como a proteção especial de certas áreas e, inclusive, a responsabilização, pela via indenizatória, dos estados que venham a causar danos resultantes de contaminação na zona de aplicação do tratado (art. 14). Tal artigo merece ser aqui colacionado:

“Artículo 14 RESPONSABILIDAD E INDENINIZACIÓN

Las Partes Contratantes cooperarán con miras a la adopción de normas y procedimientos adecuados, que sean **conformes con el derecho internacional**, respecto de la responsabilidad y la indemnización por los daños resultantes por de la contaminación de la zona de aplicación del Convenio” (grifo nosso).

Da análise do enunciado normativo acima colacionado, abstrai-se que o *Convenio de Cartagena* reconhece, expressamente, que os Estados que contaminarem a zona de aplicação do tratado terão o dever de indenização. Todavia, não existem, até o presente momento, protocolos adicionais ao *convenio* que tenham instituído o meio de responsabilizar os estados que incidam na referida situação.

Para que um Estado possa ser responsabilizado, devem estar presentes três elementos, quais sejam, um *ato internacionalmente ilícito*, o *nexo de causalidade* e o *dano*.

Um *ato internacionalmente ilícito* diz respeito, basicamente, à inobservância de uma norma de Direito Internacional. Tal descaso pode se dar por uma conduta negativa (omissão) ou positiva (comissão) por parte do estado.

Contudo, em regra, não basta a existência de um *ato internacionalmente ilícito* para a caracterização da responsabilidade internacional. É necessária, também, a produção de um *dano* por conta de tal *ato internacionalmente ilícito*. O *dano*, por seu turno, pode ser definido como o prejuízo material ou imaterial (moral) suportado por um estado por conta da conduta ilícita doutro estado.

Por fim, deve estar presente o *nexo de causalidade*, tido como o liame jurídico existente entre dois estados que se origina a partir do momento que um *ato internacionalmente ilícito* que tenha gerado um *dano* seja atribuível ao estado causador do *dano*.

Na presença destes requisitos, necessário definir se o local de realização da atividade, ou da ocorrência do dano, podem influenciar o dever de indenização. Por isso, a primeira questão apresentada pela Colômbia.

O Convênio define com precisão sua área de aplicação em seus artigos 1.1 e 2. Assim, entende-se que em toda esta área os Estados-Parte serão responsáveis por danos causados por suas atividades. O direito internacional de direitos humanos tem debatido a questão e já algumas definições. Trata-se de definir o quanto as obrigações podem se estender para além do território do Estado já que os tratados de direitos humanos utilizam nomenclaturas diferentes para definir sua área de aplicação. Assim, por exemplo, o artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) abrange os indivíduos nos territórios dos Estados-Parte e sob sua jurisdição enquanto a Convenção Americana fala, tão somente, em jurisdição.

Esta Corte já admitiu que os Estados, a despeito dos limites de seu território, tem responsabilidade quando exercerem controle efetivo de uma área, ainda que fora de seu território e o Comitê de Direitos Humanos já admitia que o PIDCP se aplica a quem está sob os poderes ou controle de agentes de um Estado, mesmo que fora de seu território. No presente caso, se os Estados-Parte da Convenção de Cartagena admitem os deveres que dela decorrem sobre uma área determinada, está implícita em sua decisão a aquiescência à maior extensão da abrangência de

suas responsabilidades. Ora, os Estados-Parte concordaram que há uma área de proteção especial, conforme o preâmbulo do Convênio, que dita:

“Observando, no obstante, que, a pesar de los progresos ya realizados, esos acuerdos no abarcan todos los aspectos del deterioro del medio ambiente y no satisfacen cabalmente las necesidades especiales de la Región del Gran Caribe”.

Assim, todas as responsabilidades assumidas compreendem toda a área de aplicação do Convênio. Ainda que a atividade seja desenvolvida em seu território, a peculiaridade do dano ambiental é o não reconhecimento de qualquer fronteira. Some-se a isso o texto do Convênio e o reconhecimento, pelo direito internacional dos direitos humanos, de que há casos em que os Estados precisam se responsabilizar por seus atos, independentemente da jurisdição, a solução para a questão é claramente indicada: os Estados-Parte do Convênio de Cartagena devem ser responsabilizados pelos danos que causem em toda a área abrangida pelo Convênio.

## **II.2. DA RELAÇÃO ENTRE AS OBRIGAÇÕES DERIVADAS DO DIREITO INTERNACIONAL DE MEIO AMBIENTE E AS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS<sup>1</sup>**

Em que pese a Convenção Americana de Direitos Humanos não dispor em nenhum dos artigos sobre a proteção ao meio ambiente, sua interpretação por meio da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem amparado tais direitos, em especial os afetos as comunidades indígenas, num fenômeno conhecido pela doutrina como *greening* ou esverdeamento do direito internacional. Essa proteção por via reflexa (ricochete) ou seja, a defesa do meio ambiente a partir do entendimento de que esse é direito humano fundamental, não é fenômeno exclusivo do sistema interamericano. (TEIXEIRA, 2011). O caso Powell e

---

<sup>1</sup> É preciso esclarecer que este item é parte do texto “*Greening* do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: A proteção do meio ambiente por via reflexa no sistema interamericano de direitos humanos”, PAMPLONA, Danielle Anne; ANNONI, Danielle, inédito.

Rayner contra o Reino Unido, na década de 90, junto a Corte Europeia de Direitos Humanos demonstra que ambos os sistemas têm dado especial atenção as violações de direitos ambientais.

O primeiro caso da temática ambiental no sistema interamericano é o Caso Yanomami contra o Brasil (Caso 7615, Resolução 12 de 1985)<sup>2</sup>, no qual a Comissão recebeu denúncia contra o Estado brasileiro pela construção da Rodovia Transamazônica (a atual BR 210 – Perimetral Norte), em terras dos povos Yanomami<sup>3</sup>. O caso chegou a Comissão Interamericana em 15 de dezembro de 1980 com a alegação de violações de vários direitos humanos dos povos Yanomamis, como o direito a vida, o direito a igualdade perante a lei; o direito a preservação da saúde e do bem-estar, entre outros. O caso não chegou a Corte Interamericana de Direitos Humanos porque o Brasil ratificou a competência desta apenas no ano de 1992. Este caso ilustra bem como os Estados abordam o tema, privilegiando interesses econômicos e políticos a direitos e garantias de comunidades inteiras, especialmente de povos vulneráveis e com pouco acesso a defesa.

Outros casos, ainda que não tenham relação direta com a construção de grandes obras, demonstram que o sistema interamericano tem se esforçado para amparar a proteção do meio ambiente, uma vez que os impactos na vida, saúde, segurança e direitos das comunidades autóctones não podem ser desprezados. São eles o Caso Mayas de Toledo contra o Estado de Belice, pela concessão de exploração de petróleo e madeira em terras indígenas (caso 12.053 de 12 de outubro de 2004 – Informe 40 de 2004)<sup>4</sup>; o Caso San Mateo Huanchor contra o Estado do Peru, por ter autorizado uma mineradora a utilizar terras indígenas como

---

<sup>2</sup> The whole document is available at [http://www.cidh.oas.org/Indigenas/JURISPRUDENCIA/CASOS\\_CIDH/4.CASO.7615.BRASIL.doc](http://www.cidh.oas.org/Indigenas/JURISPRUDENCIA/CASOS_CIDH/4.CASO.7615.BRASIL.doc) - 09/09/2004

<sup>3</sup> The case is available at <Http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>.

<sup>4</sup> The whole document is available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm> - 06/11/2008

depósito de lixo tóxico (Petição 504 de 2003, Informe 69 de 2004)<sup>5</sup>, e ainda o Caso emblemático do Povo Inuit contra os Estados Unidos pela alegação de que o aquecimento global viola sua qualidade de vida e vários de seus direitos humanos (Petição 1413 de 2005)<sup>6</sup>.

O caso Belo Monte não é um caso isolado no sistema interamericano de direitos humanos. Trata-se de mais um caso de violações sistemáticas de direitos humanos pelos Estados em prol do “desenvolvimento econômico” e do “progresso”. E as comunidades indígenas são, em regra, o alvo mais fácil destas

A sentença de 28 de novembro de 2007 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso dos Povos Saramaka contra o Estado do Suriname, bem ilustra o fato de que as grandes obras trazem violações sistemáticas que não terminam com a sua construção, mas que perduram no tempo, ocasionando uma série de novas violações de direitos humanos (FLEURY, 2013). Neste caso tratou-se de denúncia perante o sistema interamericano de violações de direitos humanos aos membros da comunidade indígena Saramaka pela construção de uma hidrelétrica em terras indígenas na década de 60. Os efeitos da obra são sentidos pela comunidade até hoje, cujas terras perderam a demarcação durante a obra e ainda não a recuperaram, bem como não foram indenizados pela desapropriação, nem outras medidas foram tomadas pelo Estado do Suriname para minimizar os efeitos da construção da obra, hoje uma usina em pleno funcionamento.

Os últimos anos foram férteis no reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos do direito ao meio ambiente como direito humano. Os casos das grandes obras e grandes violações de direitos humanos, deflagrados na década de 90, agora chegam a Corte que, nos últimos anos emitiu quatro sentenças e uma medida provisional, duas delas no ano de 2014, sobre o tema. O primeiro caso sobre a temática ambiental na Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o Caso *Awas Tingni Mayagna (Sumo)* contra o Estado da Nicarágua, que chegou a Corte no final de década de 90 e teve sentença condenatória em 01 de fevereiro de 2000. O

---

<sup>5</sup> The whole document is available at <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/PEAD10949ES.doc> - 01/19/2012

<sup>6</sup> The whole document is available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005eng/toc.htm> - 09/08/2010

caso se refere a concessão pelo Estado da Nicarágua a empresa Sol del Caribe S. A da exploração de madeira em terras indígenas, sem qualquer consulta aos membros da comunidade. (29 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66)<sup>7</sup>.

O primeiro caso de Medidas Provisionais da Corte, a pedido da Comissão, em matéria ambiental relacionada a construção de grandes obras é o caso Quatro Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros (MC de 28 de maio de 2010). A Comissão recebeu denúncia em 2008 de que os Povos Indígenas do Valle do Rio Changuinola estariam sendo afetados pela construção de uma usina hidrelétrica no território indígena Ngöbe.

O governo do Panamá autorizou pelo período de 20 anos a concessão a empresa AES-Changuinola de construção de várias represas ao longo da curva do Rio Teribe-Changuinola, em terras dos povos Ngöbe. A Comissão Interamericana declarou a denuncia admissível e publicou sua decisão no Informe 75 de 2009, mas o Panamá não tomou medidas para cessar as violações, o que fez a Comissão recorrer a Corte com o pedido de Medidas Provisionais. O caso ainda está sendo monitorado pelo sistema interamericano de direitos humanos.

A segunda sentença da Corte Interamericana em matéria de ambiental relacionada a construção de grandes obras refere-se ao Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayacu e seus membros contra o Estado do Equador. O caso trata da concessão a empresas mineradoras e empresas petroleiras da exploração de terras indígenas sem consulta prévia e que tem como agravante a denúncia de poluição ambiental por resíduos tóxicos não tratados e despejados no solo e na água (Petição 503 de 2003 e Informe 69 de 2004)<sup>8</sup>. O caso foi levado a Corte e a sentença de 27 de junho de 2012 condena o Estado do Equador pelas violações.

O terceiro caso refere-se a Sentença de 29 de maio de 2014 para o caso Norín Catumán e outros, conhecido como Alto Bio Bio, que trata da construção da

---

<sup>7</sup> IACHR. Case la Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Excepciones Preliminary. Sentence 1 february 2000. Series C No. 66.

<sup>8</sup> The whole document is available at [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

Central Hidreletrica Ralco na Provincia de Bio Bio<sup>9</sup>, VIII Região, no Chile. O povos indígenas e a comunidade ribeirinha que sofreram com a construção da usina organizaram-se em uma forte e presente oposição ao governo e as concessionárias. Em represália, o Estado do Chile passou a adotar a Lei Antiterrorismo para reprimir e sufocar a oposição, ocasionando inúmeras prisões arbitrárias. A sentença da Corte Interamericana está pautada na violação, pelo Estado do Chile, do direito à liberdade de expressão, associação reunião, mas identifica, com pesar, os recursos ilegais utilizados pelos Estados na defesa de seus interesses.

A última sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria ambiental relacionada a grandes obras trata do Caso Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros, conhecido como caso Kuna contra o Panamá. A sentença publicada em 14 de outubro de 2014 é um resumo do que o sistema interamericano entende por violações de direitos humanos quando a construção de grandes obras ameaça a vida, integridade, família, saúde e propriedade de grupos vulneráveis. O Caso refere-se a construção da Represa Hidreletrica Bayano em terras indígenas demarcadas e o desrespeito total do Estado do Panamá pelas comunidades que ali habitam.

Assim, a preocupação da Colômbia (par.121) em estabelecer que as violações aos direito internacional do meio ambiente são também violações de direitos humanos é pertinente, pela total ausência de previsão neste sentido, seja na Convenção Americana, seja em outros instrumentos internacionais. Todavia, os presentes Peticionário têm confiança de que a Corte poderá, na resposta a este pedido de Opinião Consultiva, estabelecer claramente a relação do direito internacional do meio ambiente com o direito internacional dos direitos humanos.

## **II.3 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT**

### **II.3.1 Breve introdução ao tema**

---

<sup>9</sup> The whole document is available at [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf)

A Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1989, revisa Convenção anterior, de nº 107, e adota os princípios fundamentais relativos à participação dos indígenas na vida nacional, abandonando o enfoque integracionista e paternalista. Ambas as Convenções são de singular importância, já que constituem os únicos instrumentos internacionais vinculantes que protegem os povos indígenas e tribais. No caso de não o haver sido ratificada a Convenção 169, esta serve como um guia de ação para os governos e instituições internacionais.

A Convenção reconhece os povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos, e estabelece em seu favor, diversos direitos políticos (consulta, participação no Estado e autogestão), territoriais (direito de propriedade e posse sobre as terras, os territórios e os recursos naturais indígenas) e culturais (direito a saúde e educação adequadas). O objetivo primordial da Convenção é contribuir para o reconhecimento e proteção dos direitos dos povos interessados.

A consulta e a participação dos povos interessados norteiam a interpretação das disposições presentes na Convenção e enfatizam o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam. Assim, sua participação é relevante em relação a empreendimentos que possam causar impactos sobre sua vida e integridade, o que é consequência do reconhecimento de que são povos vulneráveis e suscetíveis a serem prejudicados, merecendo a devida proteção do Estado.

Os Estados têm a responsabilidade de desenvolver ações para proteger os direitos desses povos e de garantir o respeito à sua integridade. Os povos indígenas devem gozar plenamente dos direitos e liberdades fundamentais, sem nenhum obstáculo ou discriminação. Portanto devem ser adotadas medidas para proteger as pessoas, as instituições, seus bens, seu trabalho, sua cultura e meio ambiente.

### **II.3.2 O conceito de população tradicional Convenção 169 da OIT**

O Estado da Colômbia é signatário da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, além de ter ratificado a Convenção 169 da OIT. Esta Convenção

ão, por força de seu art. 1º., é aplicável aos povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais; e também a povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas. Dessa forma, traz a Convenção o critério mais fundamental para caracterização desses povos, a auto identificação, sendo ela como indígena ou tribal.

### **II.3.3 A necessidade de consulta prevista na Convenção 169 da OIT**

Considerado pela própria OIT como o núcleo da Convenção 169, o direito a consulta prévia irradia para todo o resto do tratado internacional e tem a potencialidade de transformar de maneira decisiva as relações entre o Estado e os povos indígenas. O dever de consultar surgiu para colocar um fim a modelos históricos de decisões que foram impostas a esses povos, hoje se reconhecem os princípios da consulta prévia e da participação crescente dos povos indígenas e tribais na tomada de decisões que afetem o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

A Convenção exige que se permita a livre participação dos povos indígenas em todos os níveis de formulação, implementação e avaliação das medidas e programas que os afetem diretamente.

Como previsto no artigo 6º da Convenção 169, os Estados devem consultar os povos interessados toda vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente, visto que determinadas medidas afetam de modo especial aos povos indígenas e tribais, e por isso devem ser objeto de consulta.

Esta consulta deve ser prévia, ou seja, deve realizar-se com a devida antecedência a adoção da medida administrativa ou legislativa que possa afetar diretamente os interesses desses povos, para que esses assim façam valer a sua opinião, já que o propósito da Convenção é que os povos consultados tenham a capacidade de modificar o plano inicial, o que requer que as autoridades estatais prestem a devida consideração aos resultados da consulta.<sup>10</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sustentado que é preciso que os povos consultados tenham “ conhecimento dos possíveis riscos, incluindo os riscos ambientais e de saúde, a fim de que aceitem o plano de desenvolvimento ou investimento proposto, com conhecimento e de forma voluntária”<sup>11</sup> . Desta maneira processos de consulta devem ser realizados de boa fé e mediante procedimentos adequados, que permitam aos povos indígenas manifestar seus pareceres.

Outro elemento fundamental para a implementação da consulta prévia é que é essa seja realizada através das instituições representativas, ou seja, levada adiante com grupos ou pessoas que realmente representem o parecer dos integrantes de um ou mais povos indígenas. É preciso que se assegure que as decisões que seus representantes adotem tenham a legitimidade necessária para valer como vontade destes povos.

O objetivo da consulta é chegar a um acordo ou obter o consentimento, sendo um importante meio de diálogo o Estado deve levar em consideração a opinião dos povos indígenas e tribais em sua decisão. É preciso um quadro de confiança mútua, respeito pelas opiniões, tradições e posições dos outros para procurar um acordo ou consentimento.

Conforme o artigo 7º da Convenção, os povos interessados têm o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, portanto assim como estabelece o artigo 15, se os recursos minerais são de propriedade do Estado, ou se esse mantém algum tipo de direitos

---

<sup>10</sup> CIDH, Direitos do Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais.Doc.OEA/ Ser.L/V/II, Doc.56, 30 dezembro 2009, par. 325.

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso do Povo Saramaka vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação es e Costas, Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C Nº.172, par.133.

sobre outros recursos, que se encontrem nos territórios indígenas, torna-se imprescindível que antes que o Estado empreenda ou autorize qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas terras desses povos, sejam estabelecidos ou mantidos procedimentos com vistas a consultar os povos interessados.

O direito de posse e de propriedade dos povos interessados é reconhecido pela Convenção, que preceitua medidas a serem tomadas para salvaguardar esses direitos, inclusive sobre terras que não sejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tenham, tradicionalmente, tido acesso para suas atividades de subsistência.

O artigo 7 nº3 e nº4 da Convenção sustenta que os governos, em colaboração com os povos indígenas, deverão velar para que se efetuem estudos que avaliem os impactos sobre o meio ambiente das atividades de desenvolvimento, e tomar as medidas necessárias para proteger e preservar o ambiente de seus territórios.

A Convenção também contempla o direito a consulta prévia em situações específicas, como nos casos em que se considere a capacidade dos indígenas de alienar suas terras (art.17), também relativamente à organização e funcionamento dos programas de formação profissional (art.22), assim como quanto a medidas orientadas a ensinar a ler e a escrever as crianças indígenas em seu próprio idioma nativo (art. 28).

Os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos, o direito a ser consultado é fundamental para a propriedade coletiva destes. A consulta é parte integrante do direito à autodeterminação dos povos indígenas e tribais,<sup>12</sup> direito que foi reconhecido pela Corte Interamericana no caso Povo Saramaka vs. Suriname.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> O Relator Especial assinalou que o direito a consulta “é um corolário de um grande número de direitos humanos aceitos universalmente, entre eles o direito a integridade cultural, o direito a igualdade e o direito à propriedade [...]. De maneira mais fundamental, esse dever deriva do direito primordial dos povos indígenas a livre determinação e dos princípios conexos da democracia e soberania popular. [...] Em consonância com esses princípios, o dever dos Estados celebrar consultas com os povos indígenas nos processos de decisões que os afetem tem por objeto por fim ao modelo histórico de exclusão do processo de adoção de decisões com o objeto de que no futuro as decisões importantes não se imponham aos povos indígenas e que estes possam prosperar como comunidades distintas nas terras que, por sua cultura, estão enraizadas” (ONU- Conselho de Direitos Humanos-

O Comitê de Peritos (CPACR) definiu que “(...) A consulta é o instrumento previsto pela Convenção para institucionalizar o diálogo, assegurar processos de desenvolvimento inclusivos e prevenir e resolver conflitos. A consulta, nos termos previstos na Convenção, pretende harmonizar interesses, às vezes contrapostos, mediante procedimentos adequados”. (CEARC, nº169). O Estado assim tem o dever de consultar, pois os povos indígenas têm o direito de participar em todos os níveis de tomada de decisão.

### **II.3.4 Da possibilidade de aplicação da Convenção 169 da OIT ao caso da Opinião Consultiva**

Discute-se sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT ao caso da Opinião Consultiva. A Convenção 169 da OIT tem como tema principal os povos indígenas e tribais, enquanto o Pedido de Parecer Consultivo da Colômbia busca consultar a Corte a respeito da interpretação de artigos cujo resultado será o impacto dos habitantes das costas e ilhas da região do grande Caribe. Os temas estão diretamente interligados. Ao ratificar ambos os tratados internacionais, a Colômbia se comprometeu a cumpri-los simultaneamente.

O próprio Pedido de Parecer Consultivo tem como título do Capítulo 1, Seção 1, “A RELEVÂNCIA DO MEIO AMBIENTE MARINHO PARA OS HABITANTES DAS COSTAS E DAS ILHAS DA REGIÃO DO GRANDE CARIBE”, seguindo com o parágrafo:

“Os habitantes das costas e, particularmente, das ilhas da Região do Grande Caribe, tais como os das ilhas colombianas, dependem fundamentalmente de seu ambiente marinho para viver e desenvolver-se como indivíduos e comunidade. Com efeito, as condições deste ambiente definem suas possibilidades de sobrevivência, seu modo e condições de vida, bem como suas oportunidades de alcançar um

---

Informe do Relatos Especial sobre a situação dos direitos humanos e as liberdades dos indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julho de 2009, par.41.

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso do Povo Saramaka vc. Suriname, op. cit., par.80.

desenvolvimento sustentável. O meio ambiente imediato dos habitantes das costas e ilhas da Região do Grande Caribe, seu hábitat, constitui, ao mesmo tempo, seu recurso ancestral, o patrimônio das futuras gerações e a fonte essencial de seu desenvolvimento econômico, social e cultural, o qual se fundamenta na pesca e no turismo. No caso particular das ilhas colombianas, a importância vital do meio ambiente para seus habitantes foi reconhecida nas diferentes políticas e leis adotadas com o fim de oferecer-lhes a proteção adequada”.

Segundo o documento, a Assembleia Geral das Nações Unidas, assim como os Estados da Região que são parte do Convênio para a Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente Marinho na Região do Grande Caribe, reconheceram em diversas oportunidades a dependência dos habitantes das costas e ilhas do Caribe de seu meio ambiente marinho. Esta dependência se dá tanto em forma de patrimônio ancestral social e cultural, quanto econômico, no sentido de que a população depende da pesca e do turismo local para a sua sobrevivência, atividades que poderão ser afetadas negativamente pelas obras de infraestrutura que o Estado da Colômbia tem pretensão de realizar.

Neste ponto se encaixa a Convenção 169 da Organização Internacional do trabalho. A Convenção procura reconhecer as aspirações dos povos indígenas de assumir o controle de suas próprias instituições, formas de vida, e seu desenvolvimento econômico. De forma que dispõe em seus artigos que deve haver proteção aos direitos e à integridade destes povos (art. 2º); medidas especiais deverão ser adotadas para salvaguardar suas pessoas, instituições, bens, trabalho, culturas e meio ambiente desses povos, não devendo contrariar sua vontade livremente expressa (art. 4º); deve haver consulta aos povos interessados sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente (art. 6º); os povos interessados participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente, os governos deverão tomar medidas, em regime de cooperação com os povos interessados, para proteger e preservar o meio ambiente nos territórios habitados por eles (art. 7º); os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para

outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação (art. 13); o direito dos povos interessados aos recursos naturais existentes em suas terras deverá gozar de salvaguardas especiais, esses direitos incluem o direito desses povos de participar da utilização, administração e conservação desses recursos (art.15); os trabalhadores gozam da proteção garantida pela legislação e práticas nacionais, devendo serem informados a respeito dos direitos previstos na legislação trabalhista e dos meios disponíveis para reparar direitos violados (art. 20); atividades artesanais, indústrias rurais e comunitárias e atividades tradicionais e de subsistência dos povos interessados, como a caça, a pesca, a caça com armadilhas e o extrativismo, deverão ser reconhecidas como fatores importantes para a manutenção de sua cultura e para a sua autossuficiência e desenvolvimento econômico, com a participação desses povos e sempre que possível, os governos tomarão as medidas necessárias para garantir que essas atividades sejam incentivadas e fortalecidas (art. 23).

Os artigos mencionados anteriormente versam sobre temas relacionados ao caso da Opinião Consultiva, de forma que devem ser observados pelo Estado da Colômbia e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao emitir o Parecer Consultivo ao Estado da Colômbia.

Por todo o exposto, levanta-se a possibilidade de aplicação da Convenção 169 ao presente caso, para o fim de exigir a consulta prévia aos povos afetados antes da realização de grandes obras. Para tanto, necessário definir se a Convenção pode ser utilizada como fonte costumeira principal ou doutrinaria subsidiária por esta Corte, em relação aos Estados que não a ratificaram.

### **III. CONCLUSÃO**

Com as observações acima, espera-se contribuir para o debate qualificado em torno das importantes questões apresentadas pela Colômbia, em especial em relação ao reconhecimento de que toda a área abrangida pelo Convênio de Cartagena deve ser considerada como jurisdição dos Estados-Parte para fim de responsabilização; ao reconhecimento de que as violações ao meio ambiente são violações de direitos humanos e ao reconhecimento de que é possível exigir obediência

ncia à Convenção 169 do OIT no presente caso, em especial no que diz respeito à consulta às populações afetadas no caso de realização de grandes obras.

Curitiba, 14 de Setembro de 2016

Corte Interamericana de Derechos Humanos  
Secretario de la Corte  
San José, Costa Rica.

Referencia: OPINIÓN CONSULTIVA PRESENTADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA  
EL 14 DE MARZO DEL 2016 (EXPEDIENTE MRE S-DVAM 16-024746)

Se anexa a la presente el memorial con las observaciones a la Opinión Consultiva sobre el caso en cuestión

1. Este memorial es sometido en nombre de los profesores e investigadores, en la cualidad de personas naturales, vinculado al Grupo de Investigación: *Pátrias*, del programa de Postgrado en Derecho del Centro Universitario Autónomo del Brasil, que se encuentra bajo mi supervisión. Profesores e investigadores del Grupo de Investigación *Neadí* (personas naturales), vinculado al Programa de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica do Paraná, bajo la supervisión del profesor Dr. Luís Alexandre Carta Winter y profesores e investigadores de la *Clínica de Derechos Humanos* del programa de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica do Paraná (personas naturales), coordinado por la profesora Dra. Danielle Anne Pamplona. Los alumnos a continuación indicados elaboraron los memoriales bajo nuestra supervisión.
2. Junto con el presente memorial se anexan los documentos personales de los participantes (pasaportes o documentos nacionales de identificación)

Al pie de mi nombre se estipulan mis datos completos ya que seré el representante responsable por recibir las comunicaciones y consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Professor Eduardo Biacchi Gomes  
Email: [eduardobiacchigomes@gmail.com](mailto:eduardobiacchigomes@gmail.com)  
Telephone: 55-41-33614315  
Endereço: Rua Konrad Adenauer, 442  
Programa de Mestrado em Direito – Bloco 6  
CEP: 82.820-540  
Curitiba – Paraná  
Brasil

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS DE LOS PUNTOS SOMETIDOS A LA CONSULTA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN A LOS DEBERES DE LOS ESTADOS-MIEMBROS DE RESPETAR Y PROTEGER DERECHOS HUMANOS EN CASO DE REALIZACIÓN DE OBRAS DE GRAN DIMENSIÓN.

**OPINIÓN CONSULTIVA OC-\_/16  
DE 14 DE MARZO DEL 2016**

**SOLICITADO POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**Artículos 1, 4 y 5, todos los del párrafo primero de la Convención Americana de Derechos Humanos.**

**Supervisión y coordinación:**

- Profesor Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Pontificia Universidad Católica do Paraná e Centro Universitário Autônomo do Brasil)
- Professora Doutora Danielle Anne Pamplona (Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná)

**Elaboración:**

**Nombre de los alumnos y profesores participantes (con institución).**

OBSERVAÇÕES ESCRITAS SOBRE ALGUNS DOS PONTOS SUBMETIDOS À  
CONSULTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM  
RELAÇÃO AOS DEVERES DOS ESTADOS-MEMBROS DE RESPEITAR E  
PROTEGER DIREITOS HUMANOS EM CASO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS DE  
GRANDE DIMENSÃO

**PARECER CONSULTIVO OC-\_\_\_/16**  
**DE 14 DE MARÇO DE 2016**

**SOLICITADO PELA REPÚBLICA DA COLOMBIA em relação a interpretação dos  
artigos 1º, 4º e 5º, todos do Parágrafo Primeiro da Convenção Americana de  
Direitos Humanos**

**Supervisão e Coordenação:**

- Professor Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Centro Universitário Autônomo do Brasil)
- Professora Doutora Danielle Anne Pamplona (Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná)



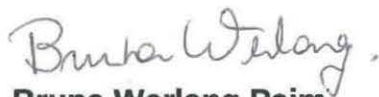
**Elaboração**

**Adrian Mohamed Nunes Amaral**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FB849212**

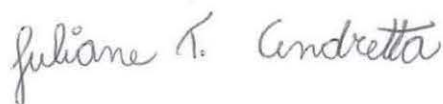
**Ane Elise Brandalise Gonçalves**  
**UniBrasil Centro Universitario**  
**CPF 064.249.019-81**

**Amanda Carolina Buttendorff**  
**Rodrigues Beckers**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**CPF 050.417.859-88**

**Aníbal Alejandro Rojas Hernandez**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº AO724584**



**Bruna Werlang Paim**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FO965049**



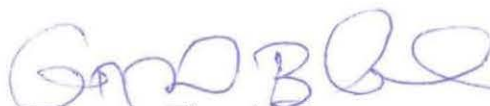
**Juliane Tedesco Andretta**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**CPF 108.401.979-50**



**Danielle Anne Pamplona**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FI215528**



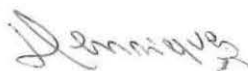
**Mariana Kaipper de Azevedo**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**CPF 100.827.639-17**



**Eduardo Biacchi Gomes**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FO407137**



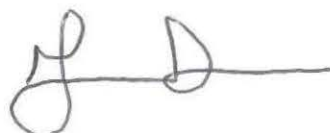
**Lincoln Machado Domingues**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FK017233**



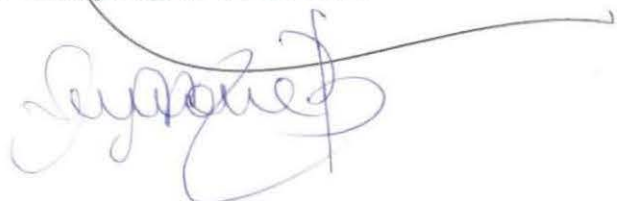
**Henrique Alef Burkinsky Pereira**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FL066041**



**Luís Alexandre Carta Winter**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FE539599**



**João Paulo Josbiak Dresch**  
**Pontifícia Universidade Católica do**  
**Paraná**  
**Passaporte nº FP 303559**



**Simone dos Reis Bieleski Marques**  
**UniBrasil Centro Universitário**  
**CPF 848421219-04**

## **I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA**

El objeto del presente se trata de la Opinión Consultiva del 14 de marzo del 2016 presentada por la República de Colombia, de ahora en adelante denominada como Colombia, en su cualidad de Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con fundamento en el artículo 64, §.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

La Opinión Consultiva solicitada tiene como objeto inmediato el esclarecimiento sobre la interpretación de los artículos 1§.1 (obligación de respetar los derechos), artículo 4 §.1 (derecho a la vida) y artículo 5 §.1 (derecho a la integridad personal), todos de la Convención Americana de Derechos Humanos y a la luz del medio ambiente como derecho humano.

Específicamente, de acuerdo con la consulta formulada, las preguntas realizadas para la Corte fueron las siguientes:

- I. De acuerdo con lo estipulado en el art. 1§.1 del Pacto de San José, ¿Debe considerarse que una persona, aun cuando no se encuentre en territorio de un Estado Parte, está sujeta a la jurisdicción de aquel Estado en el caso específico de que se cumplan, acumulativamente, las cuatro condiciones siguientes?:
  - (1) que la persona resida o se encuentre en una zona delimitada y protegida por un régimen convencional de protección del medio ambiente en el que aquel Estado sea parte;
  - (2) que ese régimen convencional prevea un área de jurisdicción funcional, como por ejemplo, la prevista en el Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe
  - (3) que en esa área de jurisdicción funcional los Estados-Parte tienen la obligación de prevenir, reducir e controlar la contaminación por medio de una serie de obligaciones generales y específicas;
  - (4) que como consecuencia de un daño al medio ambiente o de un riesgo de daño ambiental en la zona protegida por dicho Convenio, y que sea atribuible a un Estado-Parte del Convenio y del Pacto de San José de Costa Rica, los derechos de la persona en cuestión serían violados o estarían amenazados
- II. ¿Las medidas y los comportamientos, por acción u omisión, de uno de los Estado-Parte, cuyos efectos sean susceptibles de causar un daño grave al medio ambiente marítimo –lo cual constituye el marco de la vida y una fuente indispensable para el sustento de la vida de los habitantes costeros e isleños de otro Estado-Parte-, son compatibles con las obligaciones formuladas en los artículos 4, §.1 y §.5, numeral 1, ambos relacionados con el art. 1 §.1 del Pacto de San José o de cualquier otra disposición internacional permanente?

III. ¿En qué medida se deben interpretar las normas que establecen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades enunciados en los artículos 4 §.1 y §.5, numeral 1 del Pacto de San José de Costa Rica, en el sentido de que tales normas imponen la obligación a los Estados miembros del Pacto de respetar las normas provenientes de Derecho Internacional Ambiental y buscan impedir un daño ambiental susceptible de limitar o también, de imposibilitar el goce definitivo del derecho a la vida y a la integridad personal; teniendo presente que una de las formas de cumplir tal obligación es por medio de la realización de estudios de impacto ambiental en una zona protegida por el Derecho Internacional y por medio de la cooperación con los Estados que puedan ser afectados? En caso afirmativo, ¿cuáles parámetros generales deberían tenerse en consideración respecto a la realización de estudios de impacto ambiental en la Región del Gran Caribe y cuál debería ser su contenido mínimo?

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con base en art- 73.3 del reglamento de la Corte, invitó a todos los interesados a presentar sus consideraciones sobre los puntos principales envolviendo la consulta.

De esa forma, se indican los puntos más relevantes a ser considerados por la Corte Interamericana, con el fin de presentar los argumentos de los participantes en el presente texto.

## **II. LAS CUESTIONES ENFRENTADAS EN ESTE MEMORIAL**

Colombia hace el pedido de Opinión Consultiva por estar envuelta en una peculiar posición respecto a su territorio. La mayor parte del territorio de Colombia está en el Continente Suramericano. Sin embargo, en la región del Gran Caribe, el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, también hacen parte de su territorio. No hay dudas de que el Estado colombiano tiene el deber de protección de los derechos humanos de las personas en su territorio. No obstante, tratándose de mar, islas y de territorios de otros Estados, cabe la posibilidad de que las actividades realizadas por un Estado tengan importantes reflejos en la vida de los habitantes de otro Estado. En especial, delante de la posibilidad del desenvolvimiento de grandes obras, con impactos demostrables en el ambiente marítimo que rodea aquellas islas. Colombia, se vio instigada a requerir la presente Opinión consultiva para que se establezca cuáles son y cuál es la extensión de los deberes de los países miembro de la Convención Americana en la protección de dicho ambiente marítimo.

Las presentes observaciones estarán limitadas, tan solamente –y sin cualquier tipo de juicio de valor respecto a la importancia de todas las preguntas hechas por Colombia- a lo siguiente:

1. ¿Los Estados tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos en las áreas cubiertas por el Convenio para la Protección y Desarrollo del Medio Marítimo en la Región del Caribe? Por el artículo 1, párrafo 2 del Convenio, están excluidos de su aplicación las aguas interiores de los Estados contratantes, pero por otro lado, el artículo 2 establece que la aplicación de la Convención en el medio marino del Golfo de México, del Mar del Caribe y en las zonas adyacentes del Océano Atlántico en las coordenadas que indica. En otras palabras, se trata de definir si la responsabilidad de los Estados se dará solamente sobre sus territorios o se tratará de una jurisdicción extendida.

2. Las obligaciones derivadas del derecho internacional del medio ambiente pueden ser consideradas obligaciones de respeto a los derechos humanos (Cuestión I y párrafo. 121 del pedido de Opinión Consultiva)

3. ¿Es posible exigir la obediencia a los dispositivos de la Convención 169 de la OIT respecto a la Consulta Previa?

3.1. ¿A los Estados que no ratificaron la Convención 169 de la OIT, la Corte puede aplicarla como fuente consuetudinaria? En caso de ser así, ¿cuáles serían los efectos?

Con estas cuestiones presentes, el texto hará una breve recapitulación de lo que se ha presentado por parte de Colombia antes de enfrentar las tres cuestiones propuestas. Las respuestas aquí expuestas analizan, tan solamente, auxiliar en la búsqueda por encontrar el mejor camino a seguir.

## **II.2 DE LA JURISDICCIÓN PARA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN Y EL DESARROLLO DEL MEDIO MARINO EN LA REGIÓN DEL GRAN CARIBE Y DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO GENERAL Y DE LOS DAÑOS TRANSFRONTERIZOS.**

El Convenio para la protección y el desarrollo del medio marítimo en la región del Gran Caribe es un tratado internacional que reconoce la importancia del mar Caribe y de la conservación de dicho bien con sus características peculiares, lo que impone obligaciones a los Estados envueltos con la finalidad de preservar y salvaguardar que el desenvolvimiento en la región caribeña sea de

forma sustentable. Todo eso, con la idea de incentivar el crecimiento de la región, pero sin perjudicar los aspectos naturales locales.

Las obligaciones impuestas a los Estados dicen respecto a la prevención, reducción y control de la contaminación del Mar del Caribe de diversas formas, que van desde la contaminación causada por las embarcaciones, hasta la emisión de elementos que contaminan la atmósfera y posteriormente, contaminan el mar (Art. 5 y Art. 9). Además de eso, el acuerdo analizado prevé una serie de otras medidas, como la protección especial de algunas áreas e inclusive, la obligación de indemnizar en caso en el cual un Estado cause daños por la contaminación en la zona de aplicación del tratado (Art. 14). Artículo que merece ser relacionado:

#### Artículo 14 RESPONSABILIDAD E INDENIZACIÓN

Las Partes Contratantes cooperarán con miras a la adopción de normas y procedimientos adecuados, que sean **conformes con el derecho internacional**, respecto de la responsabilidad y la indemnización por los daños resultantes por de la contaminación de la zona de aplicación del Convenio”. (subrayado propio)

Del análisis del enunciado normativo se puede abstraer que el Convenio de Cartagena reconoce expresamente que los Estados que lleguen a contaminar en la zona de aplicación del tratado tendrá el deber de indemnización. Aún no existen hasta el momento protocolos adicionales al convenio instituyan el medio para responsabilizar los Estados que incidan en dicha situación.

Para que un Estado pueda ser responsabilizado, deben estar presentes tres elementos, que son: un *acto internacionalmente ilícito*, un *nexo de causalidad* y un *daño*.

*Un acto internacionalmente ilícito* establece básicamente, la inobservancia de una norma de Derecho Internacional. Situación que puede darse por una conducta negativa (omisión) o positiva (acción) por parte del Estado.

En ese orden de ideas, en regla, no solamente basta con la existencia de un *acto internacionalmente ilícito* para la caracterización de la responsabilidad internacional. Es necesario, también, la producción de un *daño* por cuenta de tal *acto internacionalmente ilícito*. El *daño*, en ese sentido, puede ser definido como un perjuicio material o inmaterial (moral) soportado por un Estado por causa de una conducta ilícita de otro Estado.

Por lo tanto, debe estar presente el *nexo de causalidad*, representado como la razón jurídica existente entre dos Estados que es originada a partir del momento en que un *acto internacionalmente ilícito* genera un *daño* que es atribuible al Estado que lo causó.

En la presencia de esos requisitos, se hace necesario definir si el lugar en el que se realizó la actividad, o el daño, pueden influenciar el deber de indemnización. Lo que explica la primera cuestión presentada por Colombia.

El Convenio define con precisión su área de aplicación en sus artículos 1.1 y 2. De esa forma, se entiende que en toda esa área los Estados-Parte serán responsables por los daños causados por sus actividades. El derecho internacional de derechos humanos ha debatido la cuestión y ya tiene algunas definiciones. Se trata de definir cuánto las obligaciones pueden extenderse más allá del territorio del Estado ya que los tratados de derechos humanos utilizan nomenclaturas diferentes para definir su área de aplicación. Así, por ejemplo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) abarca los individuos en los territorios de los Estados-Partes, mientras que, la Convención Americana habla tan solamente de jurisdicción.

La Corte ya admitió que los Estados, respecto a los límites de su territorio, tiene la responsabilidad cuando ejerce control efectivo de un área aun cuando sea fuera de su territorio, y el Comité de Derechos Humanos ya admitía que el PIDCP se aplica a quien está sobre el poder o control de los agentes de un Estado, así sea fuera de su propio territorio. En el presente caso, si los Estados-Parte de la Convención de Cartagena admiten los deberes que de ella subyacen sobre un área determinada, puede decirse que está implícita en su decisión la aquiescencia a una mayor extensión de sus responsabilidades. Los Estados-Parte concordaron que hay un área de protección especial, conforme el preámbulo del Convenio que establece:

Observando, no obstante, que, a pesar de los progresos ya realizados, esos acuerdos no abarcan todos los aspectos del deterioro del medio ambiente y no satisfacen cabalmente las necesidades especiales de la Región del Gran Caribe...

Así, todas las responsabilidades asumidas comprenden toda el área de aplicación del Convenio. Aunque la actividad sea desenvuelta en su territorio, la peculiaridad del daño ambiental es el no reconocimiento de fronteras. A ello debe sumarse el texto del Convenio y el reconocimiento, por el derecho internacional de los derechos humanos, de que hay casos en que los Estados necesitan responsabilizarse por sus actos, independientemente de la jurisdicción. La solución para dicha cuestión está claramente indicada: los Estados-Parte del Convenio de Cartagena deben ser responsables por los daños que causen en toda el área cubierta por el Convenio.

## **II.2. DE LA RELACIÓN ENTRE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE Y LAS OBLIGACIONES DE RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>**

Pese a que la Convención Americana de Derechos Humanos no dispone en ninguno de sus artículos una protección al medio ambiente, su protección ha sido por medio de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al amparar tales derechos, en especial, los que afectan a las comunidades indígenas, en un fenómeno conocido por la doctrina como el *greening* del derecho internacional. La protección por esa vía automática (rebote), o sea, la defensa del medio ambiente a partir del entendimiento de que ese es un derecho humano fundamental, no es un fenómeno exclusivo del sistema interamericano. (TEIXEIRA, 2011). El caso Powell y Rayner contra el Reino Unido en la década de los 90's junto con la Corte Europea de Derechos Humanos demuestra que ambos sistemas han dado especial atención a las violaciones de derechos ambientales.

El primer caso de la temática ambiental en el sistema interamericano es el caso Yanomami contra Brasil (Caso 7615, Resolução 12 de 1985)<sup>2</sup>, en el cual la Comisión recibió una denuncia contra el Estado brasileño por la construcción de la autopista Transamazônica (actual BR 210 – Perímetro Norte), en tierras de los pueblos Yanomami<sup>3</sup>. El caso llegó a la Comisión Interamericana el 15 de diciembre de 1980 con el alegato de haber violado varios derechos humanos de los pueblos Yanomamis como el derecho a la vida, el derecho a la igualdad delante de la ley; el derecho a la preservación de la salud y del bienestar, entre otros. El caso no llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque el Brasil ratificó la competencia de la Corte solamente hasta el año 1992. Ese caso ilustra bien como los Estados abordan el tema, privilegiando intereses económicos y políticos respecto a los derechos y garantías de comunidades enteras, especialmente de pueblos que son vulnerables y con poco acceso al derecho a la defensa,

Otros casos, aunque no tengan relación directa con la construcción de grandes obras, demuestran que el sistema interamericano se ha esforzado para amparar la protección del medio

<sup>1</sup> Es necesario aclarar que este ítem es parte del texto “Greening del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Brasil. La protección del medio ambiente vía refleja en el sistema interamericano de derechos humanos”, PAMPLONA, Danielle Anne; ANNONI, Danielle, inédito.

<sup>2</sup> The whole document is available at <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/JURISPRUDENCIA/CASOS/CIDH/4.CASO.7615.BRASIL.doc> - 09/09/2004

<sup>3</sup> The case is available at [Http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm).

ambiente, ya que los impactos en la vida, en la salud, en la seguridad y derechos de las comunidades autóctonas no pueden ser despreciados. El caso Mayas de Toledo contra el Estado de Belice por la concesión de explotación de petróleo y madera en tierras indígenas (caso 12.053 del 12 de octubre del 2004 – Informe 40 de 2004)<sup>4</sup>, o el caso San Mateo Huanchor contra el Estado de Perú, por haber autorizado a una empresa minera a utilizar tierras indígenas como depósito de residuos tóxicos (petición 504 de 2003, informe 69 de 2004)<sup>5</sup>, y también el caso emblemático del pueblo Inuit contra los Estados Unidos por la queja de que el calentamiento global viola la calidad de vida de varios de sus derechos humanos (petición 1413 de 2005)<sup>6</sup>.

El caso de Belo Monte no es un caso aislado en el sistema interamericano de derechos humanos. Se trata de un caso más de violaciones sistemáticas de derechos humanos por parte de los Estados en pro de un “desenvolvimiento económico” y de “progreso”. Y las comunidades indígenas son, con seguridad, el blanco más fácil de esas violaciones.

La sentencia del 28 de noviembre del 2007 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, ilustra bien el hecho de que las grandes obras traen violaciones sistemáticas que no terminan con su construcción, pues perduran en el tiempo, ocasionando una serie de nuevas violaciones de derechos humanos (FLEURY, 2013). Este caso se trató de una denuncia delante el sistema interamericano de derechos humanos por las violaciones a la comunidad indígena Saramaka por la construcción de una hidroeléctrica en tierras indígenas en la década de los 60's. Los efectos de la obra son aún hoy palpables por la comunidad, pues las tierras perdieron su demarcación durante la obra y aún no la recuperan, y no fueron indemnizados por la desapropiación, ni otras medidas fueron accionadas por parte del Estado de Surinam para minimizar los efectos de la construcción de la obra, hoy siendo una hidroeléctrica en pleno funcionamiento.

Los últimos años fueron fértiles en el reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del derecho a el medio ambiente como derecho humano. Los casos de las grandes obras y de las grandes violaciones de derechos humanos, que acontecieron en la década de los 90's, ahora están en la Corte que en hechos recientes ha emitido cuatro sentencias y una medida provisional, dos de ellas en el año 2014 sobre dicho tema. El primer caso sobre la temática

<sup>4</sup> The whole document is available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm> - 06/11/2008

<sup>5</sup> The whole document is available at <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/PEAD10949ES.doc> - 01/19/2012

<sup>6</sup> The whole document is available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005eng/toc.htm> - 09/08/2010

ambiental en la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua, que llegó a la corte en el final de la década de los 90's y tuvo sentencia condenatoria el 1 de febrero del 2000. El caso se refiere a la concesión por el Estado de Nicaragua a la empresa Sol del Caribe S.A. para la explotación de madera en tierras indígenas, sin cualquier tipo de consulta a los miembros de la comunidad. (Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua. Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66)<sup>7</sup>.

El primer caso de Medidas Provisionales de la Corte, a pedido de la comisión, en materia ambiental relacionada a la construcción de grandes obras, es el caso de cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros (MC de 28 de mayo del 2010). La comisión recibió denuncia en el 2008 de que los pueblos indígenas del Valle del río Changuinola estarían siendo afectados por la construcción de una central hidroeléctrica en el territorio de la comunidad Ngöbe.

El gobierno de Panamá autorizó por el periodo de 20 años la concesión a la empresa AES-Changuinola para la edificación de varias represas a lo largo de la curva del río Teribe-Changuinola, en tierra del pueblo Ngöbe. La Comisión Interamericana declaró la denuncia admisible y publicó su decisión en el informe 75 del 2009, pero Panamá no tomó las medidas para que cesaran las violaciones, lo que hizo que la Comisión recurriera a la Corte con un pedido de Medidas Provisionales. El caso aún está siendo objeto de monitoreo por parte del sistema interamericano de derechos humanos.

La segunda sentencia de la Corte Interamericana en materia ambiental relacionada a la construcción de grandes obras se refiere al caso del pueblo indígena Kichwa de Saracuyu y sus miembros contra el Estado del Ecuador. El caso versa sobre la concesión a empresas mineras y petroleras para la explotación de tierras indígenas sin la realización de la consulta previa y que tiene como agravante la denuncia de contaminación ambiental por residuos tóxicos no tratados y su posterior vertimiento en el suelo y el agua (petición 503 de 2003 e informe 69 del 2004)<sup>8</sup> El caso fue llevado a la Corte y tuvo sentencia el 27 de junio del 2012 condenando al Ecuador por las violaciones.

El tercer caso se refiere a la sentencia del 29 de mayo del 2014 en el caso Norín Catumán y otros, conocido como Alto Bío Bío, y que trata de la construcción de la central hidroeléctrica

<sup>7</sup> 29 IACHR. Case la Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Excepciones Preliminary. Sentence 1 february 2000. Series C No. 66.

<sup>8</sup> The whole document is available at [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

Ralco en la provincia del Bío Bío<sup>9</sup>, VIII región en Chile. El pueblo indígena y la comunidad ribereña que sufrieron con la construcción de la hidroeléctrica se organizaron e hicieron una fuerte oposición al gobierno y a las concesionarias. En represalia, el Estado de Chile adoptó la ley antiterrorismo para reprimir y sofocar a la oposición, ocasionando un alto número de prisiones arbitrarias. La sentencia de la Corte Interamericana está pautada en la violación, por el Estado de Chile, del derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión, pero identifica, con pesar, los recursos ilegales que son utilizados por los Estados para la defensa de sus intereses.

La última sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia ambiental relacionada con grandes obras tiene como objeto el caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, conocido como el caso Kuna contra Panamá. La sentencia publicada el 14 de octubre del 2014 es un resumen de lo que el Sistema Interamericano entiende por violaciones de derechos humanos cuando la construcción de grandes obras amenaza la vida, la integridad, la familia, la salud y la propiedad de grupos vulnerables. El caso se refiere a la construcción de la Hidroeléctrica Bayano en tierras indígenas demarcadas y el irrespeto total del Estado de Panamá por las comunidades que habían en su territorio.

Así, la preocupación de Colombia (párr. 121) en establecer que las violaciones al Derecho Internacional del Medio Ambiente son también violaciones de derechos humanos es pertinente, por la total ausencia de previsión en ese sentido, sea en la Convención Americana o sea en otros instrumentos internacionales. Entre tanto, los presentes peticionarios tienen confianza en que la Corte podrá, en la respuesta a este pedido de opinión consultiva, establecer claramente la relación del derecho internacional del medio ambiente con el derecho internacional de los derechos humanos.

## **II.3 POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN N° 169 DE LA OIT**

### **II.3.1 Una breve introducción al tema**

La Convención N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, hace una revisión de la Convención anterior, la N° 107 y adopta los principios fundamentales relativos a la participación de los indígenas en la vida nacional,

<sup>9</sup> The whole document is available at [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf)

abandonando el enfoque integracionista y paternalista. Ambas Convenciones son de una singular importancia, ya que constituyen los únicos instrumentos internacionales con carácter vinculante que llegan a proteger a los pueblos indígenas y tribales. En el caso de no haber sido ratificada la Convención 169, ésta sirve como guía de acción para los gobiernos e instituciones internacionales.

La Convención reconoce los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos y establece a su favor, diversos derechos como los políticos (consulta, participación en el Estado y la autogestión), territoriales (derecho a la propiedad y a la posesión sobre las tierras y territorios que versen sobre recursos naturales indígenas) y culturales (derecho a la salud y educación adecuada). El objetivo primordial de la Convención es contribuir para el reconocimiento y protección de derechos y de las comunidades interesadas.

La consulta y la participación de los pueblos interesados nortean la interpretación de las disposiciones presentes en la Convención y enfatizan el derecho de esos pueblos de definir sus propias prioridades respecto al desenvolvimiento en la medida en que solamente se afecte su vida, sus creencias, sus instituciones, valores espirituales y el propio espacio territorial que ocupan o utilizan. Así, su participación y opinión es totalmente relevante a proyectos que puedan causar impactos sobre su vida e integridad, lo que es consecuencia del reconocimiento de que son pueblos vulnerables y susceptibles a ser perjudicados, mereciendo la debida protección del Estado. +

Los Estados tienen la responsabilidad de desenvolver acciones para proteger los derechos de esos pueblos y de garantizar el respeto a su integridad. Los pueblos indígenas deben gozar plenamente de los derechos y libertades fundamentales sin ningún obstáculo o discriminación. Por lo tanto, deben ser adoptadas medidas para proteger las personas, las instituciones, sus bienes, su trabajo, su cultura y su medio ambiente.

### **II.3.2 El concepto de comunidad tradicional en la Convención**

El Estado de Colombia es signatario de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, además de haber ratificado la Convención 169 de la OIT. Esta convención, por fuerza del Art. 1., es aplicable a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros segmentos de la comunidad nacional y cuya situación sea regida, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación o regulaciones especiales. También, a los pueblos en países independientes

considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que vivían en el país o región geográfica en la cual estaba conviviendo al momento de su conquista o colonización o del establecimiento de sus fronteras actuales, y que independientemente de su condición jurídica, mantiene algunas de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o todas ellas. De esa forma, trae la Convención un criterio más fundamental, para la caracterización de esos pueblos, la auto-identificación, siendo ella como indígena o tribal.

### **II.3.3 La necesidad de consulta prevista en la Convención 169 de la OIT**

Considerado por la propia OIT como el núcleo de la Convención 169, el derecho a la consulta previa e informada irradia todo el texto internacional y tiene la potencialidad de transformar de manera decisiva las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. El deber de consultar surgió para ponerle fin a los modelos históricos de decisiones que fueron impuestos a esos pueblos. Hoy se reconocen los principios de la consulta previa y de la participación creciente de los pueblos indígenas y tribales en la toma de decisiones que afecten a su propio desenvolvimiento económico, social y cultural.

La Convención exige que se permita la sobre participación de los pueblos indígenas en todos los niveles de formulación, implementación y evaluación de las medidas y programas que los afecten directamente.

Como es previsto en el artículo 6 de la Convención 169, los Estados deben consultar los pueblos interesados siempre y cuando sean medidas legislativas o administrativas capaces de afectarlos directamente, puesto que las medidas los afectan de un modo característico a los pueblos indígenas y tribales, y por eso deben ser objeto de consulta.

La consulta debe ser previa, o sea, debe realizarse con una debida antecendencia a la adopción de la medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente los intereses de esos pueblos, para que ellos de esa forma, logren hacer vales su opinión. El propósito de la Convención es que los pueblos consultados tengan la capacidad de modificar el plan inicial, al que están requiriendo que las autoridades estatales presten la debida consideración a los resultados de la consulta.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> CIDH, Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales e Recursos Naturales. .Doc.OEA/Ser.L/V/II, Doc.56, 30 diciembre 2009, par. 325.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sustentado que es necesario que los pueblos consultados tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluyendo los riesgos ambientales y de la salud, con el fin de que acepten el plan de desenvolvimiento e inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria”<sup>11</sup>. De esa manera, los procesos de consulta deben ser realizados de buena fe y mediante procedimientos adecuados que permitan a los pueblos indígenas manifestar sus opiniones.

Otro elemento fundamental para la implementación de la consulta previa es que ella sea realizada a través de las instituciones representativas, es decir, llevada adelante con grupos o personas que realmente representen el parecer de los integrantes de uno o más pueblos indígenas. Es necesario que se asegure que las decisiones que sus representantes adopten tengan la legitimidad necesaria para caracterizarse como voluntad de esas comunidades.

El objetivo de la comunidad es llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento, siendo un importante medio el diálogo, el Estado debe tener en consideración la opinión de los pueblos indígenas y tribales en su decisión. Es necesario un escenario de confianza mutua, respeto por las opiniones, tradiciones y posiciones de los otros para buscar un acuerdo o consentimiento.

De acuerdo al artículo 7 de la Convención, los pueblos interesados tienen el derecho de escoger sus propias prioridades en lo que se refiere a su proceso de desenvolvimiento, en la medida en la que afecte únicamente sus vidas, sus creencias, instituciones y bienestar espiritual, por tanto, así como establece el artículo 15, si los recursos minerales son propiedad del Estado, o si el Estado mantiene algún tipo de derechos sobre otros recursos que se encuentren en los territorios indígenas, se hace imprescindible que antes que el Estado autorice cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de esos pueblos, sean establecidos o mantenidos procedimientos con vistas a consultar los pueblos interesados.

El derecho de posesión de propiedad de los pueblos interesados es reconocido por la Convención que preceptúa las medidas a ser tomadas para salvaguardar esos derechos, inclusive sobre tierras que no sean exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las cuales tienen tradicionalmente acceso para sus actividades de subsistencia.

El artículo 7.3 y 7.4 de la Convención sustenta que los gobiernos, en colaboración con los pueblos indígenas deberán velar para que se efectúen los estudios que avalúen los impactos

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Nº.172, par.133.

sobre el medio ambiente de las actividades en desenvolvimiento, para así tomar las medidas necesarias de proteger y preservar el ambiente de sus territorios.

La Convención también contempla el derecho a la consulta previa en situaciones específicas, como en los casos en los que se considere la capacidad de los indígenas de alienar sus tierras (art. 17), también en referencia a la organización y funcionamiento de los programas de formación profesional (art. 22), así como respecto a las medidas orientadas a enseñar, a leer y a escribir a la población infantil de la comunidad en temas como su lengua nativa.

Los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desenvolvimiento integral como comunidad, el derecho a ser consultado es fundamental para la propiedad colectiva de ellos. La consulta es parte integrante del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales<sup>12</sup>, derecho que fue reconocido por la Corte Interamericana en el caso del pueblo Saramaka vs Surinam<sup>13</sup>.

El Comité de Peritos (CPACR) definió que: “(...) La consulta es el instrumento previsto por la Convención para institucionalizar el dialogo, asegura procesos de desenvolvimiento inclusivos y prevenir y resolver conflictos. La consulta, en los términos previstos en la Convención, pretenden armonizar intereses, muchas veces contrarios, mediante procedimientos adecuados”. (CEARC, nº 169). El Estado en ese sentido tiene el deber de consultar, pues los pueblos indígenas tienen el derecho de participar en todos los niveles de la toma de decisiones en sus territorios.

<sup>12</sup> El Relator Especial señaló que el derecho a la consulta “es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad (...). De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de la democracia y soberanía popular. (...) En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene como objetivo poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que ellos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras que, por su cultura, están enraizados” (ONU-Consejo de Derechos Humanos- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, par.41.)

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, op. cit., par.80.

#### **II.3.4 La posibilidad de aplicación de la Convención 169 de la OIT al caso de la Opinión Consultiva**

Se discute sobre la aplicación de la Convención 169 de la OIT al caso de la Opinión Consultiva. La Convención 169 de la OIT tiene como tema principal los pueblos indígenas y tribales, mientras que el pedido de opinión consultiva de Colombia busca consultar a la Corte respecto de la interpretación de artículos cuyo resultado será el impacto de los habitantes de las costas e islas de la región del Gran Caribe. Los temas están directamente relacionados. Pues al ratificar ambos los tratados internacionales, Colombia se comprometió a cumplirlos simultáneamente.

El propio pedido de Opinión Consultiva tiene como título en el Capítulo 1, sección 1, “LA RELEVANCIA DEL MEDIO AMBIENTE MARINO PARA LOS HABITANTES DE LAS Y DE LAS ISLAS DE LA REGIÓN DEL GRAN CARIBE”, y el párrafo continúa:

Los habitantes de las costas y, particularmente, de las islas de la Región del Gran Caribe, tales como los de las islas colombianas, dependen fundamentalmente de su ambiente marino para vivir y desenvolverse como individuos y como comunidad. Efectivamente, las condiciones de ese ambiente definen sus posibilidades de sobrevivir, su modo y sus condiciones de vida, así como sus oportunidades de alcanzar un desenvolvimiento sustentable. El medio ambiente inmediato de los habitantes de las costas e islas de la Región del Gran Caribe, su hábitat, constituye al mismo tiempo, su recurso ancestral, el patrimonio de las futuras generaciones y la fuente esencial de su desenvolvimiento económico, social y cultural, lo cual se fundamenta en la pesca y el turismo. En el caso particular de las islas colombianas, la importancia vital del medio ambiente para sus habitantes fue reconocida en las diferentes políticas y leyes adoptadas con el fin de ofrecerles la protección adecuada.

Siguiendo el documento, la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como los Estado de la Región que son parte del Convenio para la Protección y Desenvolvimiento del Medio Ambiente Marino en la Región del Gran Caribe, reconoció en diversas oportunidades la dependencia de los habitantes de las costas e islas del Caribe de su medio ambiente marino. Esa dependencia se da tanto en forma de patrimonio ancestral, social y cultural, así como económico, en el sentido en que la población depende de la pesca y del turismo local para su sobrevivencia, actividades que podrán ser afectadas negativamente por obras de infraestructura que Colombia tenga la pretensión realizar.

En este punto se encaja la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo. La Convención busca reconocer las aspiraciones de los pueblos indígenas de asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y de su desenvolvimiento económico. De forma que dispone en sus artículos que debe haber protección a los derechos y a la integridad de esas comunidades (art. 2); medidas especiales deberán ser adoptadas para salvaguardar personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y el medio ambiente de esos pueblos, no debiendo contrariar la voluntad de libremente expresa de ellos (art. 4); debe haber consultas a los pueblos interesados siempre que sean previstas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente (art. 6); los pueblos interesados participarán de la formulación, implementación y evaluación de los planes y programas de desenvolvimiento nacional y regional que puedan afectarlos directamente, los gobiernos deberán tomar medidas, bajo un régimen de cooperación con las comunidades interesadas para proteger y preservar el medio ambiente en los territorios habitados por ellos (art. 7); los gobiernos respetarán, su relación con las tierras y territorios, o ambos, de acuerdo con el caso, que ocupan o usan para otros fines y, particularmente, los aspectos colectivos de esa relación (art. 13); el derecho de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán gozar de salvaguardas especiales, esos derechos incluyen el derechos de esos pueblos de participar de la utilización, administración y conservación de esos recursos (art. 15); los trabajadores gozan de una protección garantizada por la legislación y prácticas nacionales, debiendo ser informados al respecto de los derechos previstos en la legislación laboral y de los medios disponibles para compensar derechos violados (art. 20); actividades artesanales, industriales, rurales y comunitarias y actividades tradicionales y de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con artificios y el extractivismo, deberán ser reconocidas como factores importantes para la manutención de su cultura y para la auto-suficiencia y desenvolvimiento económico, con la participación de esos pueblos siempre que fuese posible, los gobiernos tomarán las medidas necesarias para garantizar que esas actividades sean incentivadas y fortalecidas. (art. 23)

Los artículos mencionados anteriormente versan sobre temas relacionados al caso de la Opinión Consultiva, de forma que deben ser observados por el Estado colombiano y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al emitir la Opinión Consultiva realizada por Colombia.

Por todo lo expuesto, se alza la posibilidad de la aplicación de la Convención 169 al presente caso, con el fin de exigir la consulta previa a los pueblos afectado antes de la realización

de las grandes obras. Por lo tanto, será necesario definir si la Convención puede ser utilizada como costumbre internacional principal o doctrina subsidiaria por la Corte, en relación a los Estados que no la ratificaron.

### **III. CONCLUSIÓN**

Con las observaciones encima, se espera contribuir en el debate cualificado en torno a las importantes cuestiones presentadas por Colombia en especial, en relación al reconocimiento de que toda área abarcada por el Convenio de Cartagena debe ser considerada como jurisdicción de los Estado-Parte con el fin de responsabilidades; al reconocimiento de que las violaciones al medio ambiente son violaciones de Derechos Humanos y al reconocimiento de que es posible exigir el cumplimiento de la Convención 169 de la OIT en el presente caso, en especial en lo que respecta a la consulta previa para las comunidades afectadas en el caso de realizar grandes obras.