

2023

La Limitacion De Los Derechos Humanos En La Lucha Contra El Cambio Climatico: El Caso De Los Derechos Culturales De Las Porlaciones Indigenas Y La Energia Hidroelectrica De Embalse En America Latina

Sebastian Sauter Odio

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#), [Environmental Law Commons](#), [International Humanitarian Law Commons](#), and the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Sebastian Sauter Odio (2023) "La Limitacion De Los Derechos Humanos En La Lucha Contra El Cambio Climatico: El Caso De Los Derechos Culturales De Las Porlaciones Indigenas Y La Energia Hidroelectrica De Embalse En America Latina," *American University International Law Review*: Vol. 38: Iss. 2, Article 5. Available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol38/iss2/5>

This Academy on Human Rights and Humanitarian Human Rights Award is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in American University International Law Review by an authorized editor of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact kclay@wcl.american.edu.

**LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO
CLIMÁTICO: EL CASO DE LOS DERECHOS
CULTURALES DE LAS POBLACIONES
INDÍGENAS Y LA ENERGÍA HIDROELÉCTRICA
DE EMBALSE EN AMÉRICA LATINA**

SEBASTIAN SAUTER ODIO*

I. INTRODUCCIÓN.....	460
II. DERECHOS CULTURALES Y CAMBIO CLIMÁTICO	466
III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE IDH.	478
IV. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS CULTURALES FRENTE A LA ENERGÍA HIDROELÉCTRICA DE EMBALSE.....	481
IV. CONCLUSIONES.....	495

* Sebastian Sauter Odio es abogado incorporado al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. En el año 2022 obtuvo su licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica con honores, la máxima distinción que otorga dicha universidad a la excelencia académica. Tiene especial interés en el Derecho Internacional Público y Privado, los Derechos Humanos, la política y los temas ambientales.

I. INTRODUCCIÓN

El cambio climático es el resultado de la emisión de gases de efecto invernadero (GEI) producto de actividades antropogénicas.¹ Al ser el sector energético el mayor contribuyente de GEI a nivel mundial, los esfuerzos para mitigar el cambio climático deben comprender la transformación de la matriz energética, hoy basada prioritariamente en la combustión de hidrocarburos, a una que involucre una mayor participación de las energías renovables.²

La fuente de energía renovable con mayor impacto en la reducción de GEI es la energía hidroeléctrica³ y ha sido promocionada como una fuente atractiva de energía limpia en el marco de los objetivos siete y

1. Ver, e.g., *Informe especial sobre fuentes de energía renovables y mitigación del cambio climático. Resumen para responsables de políticas: informe del grupo de trabajo III del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático y resumen técnico: informe aceptado por el grupo de trabajo III del IPCC pero no aprobado en detalle*, GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO 7 (2011), https://archive.ipcc.ch/pdf/special-reports/srren/srren_report_es.pdf (reportando que las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) que genera la prestación de servicios energéticos han contribuido considerablemente a el cambio climático, pero las energías renovables proporcionan un gran potencial para mitigar el cambio climático); *Cambio climático 2007: informe de síntesis. Contribución de los grupos de trabajo I, II y III al cuarto informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO 5-6 (2007), https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar4_syr_sp.pdf (explicando que la variación de las concentraciones de gases de efecto invernadero (GEI) y aerosoles en la atmósfera, y las variaciones de la cubierta terrestre y de la radiación solar, alteran el equilibrio energético del sistema climático).

2. Ver e.g., *Climate Change: Implications for the Energy Sector – Key Findings from the Intergovernmental Panel on Climate Change Fifth Assessment Report [Implicaciones para el sector energético – Resultados clave del quinto informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático]*, WORLD ENERGY COUNCIL 5 (2014) (resumiendo que para reducir las emisiones a niveles acordes con lo acordado internacionalmente, la proporción de generación de electricidad baja en carbono para 2050 deberá triplicarse o cuadruplicarse).

3. Ver *Hydropower Tracking Report—November 2021 [Informe de seguimiento de energía hidroeléctrica—Noviembre 2021]*, INT'L ENERGY AGENCY, <https://www.iea.org/reports/hydropower> (última visita el 9 de jul. de 2022) (indicando que en el 2020, la energía hidroeléctrica aumentó en 124 TWh (+3%) y alcanzó 4 418 TWh, por lo que se mantuvo como la más importante fuente de energía renovable, generando más energía que todas las demás tecnologías de energías renovables combinadas).

trece de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.^{4,5} En América Latina, los Estados han impulsado proyectos de hidroelectricidad como una forma de atraer inversión extranjera, al ser una región con alto potencial para desarrollar este tipo de energías.⁶ Costa Rica, por ejemplo, produce aproximadamente el 69,52% de su matriz energética a base de energía hidráulica.⁷ Además, las hidroeléctricas son vistas

4. Ver *Objetivos de desarrollo sostenible: energía*, O.N.U., www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy (última visita el 18 de oct. de 2021) (explicando que el objetivo siete busca garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna; mientras el objetivo trece procura adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos); *Objetivos de desarrollo sostenible: cambio climático*, O.N.U., www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy (última visita el 18 de oct. de 2021) (reportando que el mundo está avanzando hacia la consecución del objetivo siete con indicios alentadores de que la energía se está volviendo más sostenible y ampliamente disponible).

5. Ver IHA to COP26: *Sustainable Hydropower is Essential for Net Zero Emissions [IHA al COP26: Energía hidroeléctrica sostenible es esencial para emisiones netas cero]*, INT'L HYDROPOWER ASS'N (13 de dic. de 2021), www.hydropower.org/news/press-release-ih-a-to-cop26-sustainable-hydropower-is-essential-for-net-zero-emissions (discutiendo que la Asociación Internacional de la Energía Hidroeléctrica ("IHA" por sus siglas en inglés), ha jugado un papel importante en la promoción de la hidroelectricidad como fuente de energía renovable; por ejemplo, su rol en la organización del Congreso Mundial de la Energía Hidroeléctrica de 2021, el cual tuvo lugar en San José, Costa Rica. IHA incluso tuvo una delegación que participó en la COP26 en Glasgow, la cual luchó para que la hidroelectricidad sostenible sea considerada esencial para alcanzar la carbono neutralidad).

6. Ver Carlos Uribe, *Por qué es importante la hidroenergía y cuál es su potencial en América Latina*, BANCO DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA (19 de ene. de 2017) www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2017/01/por-que-es-importante-la-hidroenergia-y-cual-es-su-potencial-en-america-latina (reportando que Latinoamérica cuenta con el 33% de los recursos hídricos renovables del mundo); Edgardo Sandoval Ramsey, *Integración Energética del SICA*, SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (2018), www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Events/2018/May/SICA-presentation---Energy-Integration-in-SICA---22-May.pdf?la=en&hash=FE3E6AD93E23217DD17FC5AF57B167AF06F0B17F (explicando que en este sentido, los estados miembros del Sistema para la Integración Centro Americana ("SICA") se han comprometido voluntariamente a contribuir con los esfuerzos mundiales de mitigación y adaptación al cambio climático y, como parte de sus políticas de mitigación, han adoptado una política regional de "Integración energética del SICA," la cual dispone como una de las metas de la estrategia energética sustentable de 2020 "aumentar en 11% de energía la participación en el mercado eléctrico regional de fuentes renovables en la producción de electricidad, principalmente mediante la construcción de centrales hidroeléctricas.").

7. Ver Centro Nacional de Control de Energía (CENCE), *Generación y*

como un símbolo de gran poder económico.⁸

Dentro de las distintas formas de producir energía hidráulica, la hidroelectricidad de embalse resulta no sólo la más común, sino también de las más destructivas para el medioambiente ecológico y social.⁹ A pesar de los esfuerzos desplegados por la industria de la energía hidroeléctrica por minimizar los daños generados a los derechos de las comunidades cercanas a un embalse,¹⁰ los efectos nocivos aún se mantienen, particularmente con respecto a las

demanda: informe anual 2020, INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD 2 (2020) (presentando hallazgos sobre el sector energético en el 2020).

8. Ver, e.g., Emily Benton Hite, *Inside the Climate Frontier: Intersecting Indigenous Rights and Hydropower Development in Costa Rica* [Dentro de la frontera climática: Intersección de los derechos indígenas y el desarrollo hidroeléctrico en Costa Rica] 19 (2021) (tesis de doctorado, Universidad de Colorado) (en el archivo del autor) (explorando la intersección de los derechos indígenas y el desarrollo hidroeléctrico en Costa Rica).

9. Ver International Rivers, *Rivers for Climate Coalition Press Conference, 10–11am EST/7am–8am PST* [Conferencia de prensa de ríos para la coalición climática, 10–11am EST/7am–8am PST], Facebook Live (21 de sep. de 2021), <https://fb.watch/ayUPW4wDxW> (reportando que especies amenazadas, destruyen comunidades indígenas y pesquerías locales y producen escasez de agua. Asimismo, se ha constatado que la hidroelectricidad de embalse pone en riesgo la vida de millones de personas que dependen de los ríos para su seguridad alimentaria y subsistencia); Benton Hite, *supra* nota 8, en 23 (describiendo que la implementación de la energía hidroeléctrica tiene efectos perjudiciales de tipo ecológico, económico y social. A nivel hidrológico, causa fragmentación del hábitat, deteriora la calidad del agua y del ciclo de nutrientes, disminuye la biodiversidad acuática y produce consecuencias nocivas para la sostenibilidad de los peces y del ecosistema).

10. Ver, e.g., *How-to Guide: Hydropower and Indigenous Peoples* [Guía práctica: energía hidroeléctrica y pueblos indígenas], INT'L HYDROPOWER ASS'N 8-9 (2021), https://assets-global.website-files.com/5f749e4b9399c80b5e421384/61c08ddeb547fd00d9879d31_How-to%20Guide%20-%20Hydropower%20and%20Indigenous%20Peoples.pdf (describiendo que con la intención de que los promotores de las hidroeléctricas de embalse respeten los derechos humanos, la Asociación Internacional de la Energía Hidroeléctrica ha publicado manuales de buenas prácticas en materia de derechos culturales y de poblaciones indígenas); *Hydropower Sustainable Guidelines on Good International Industry Practice (HGIIIP)* [Directrices sostenibles de energía hidroeléctrica sobre buenas prácticas industriales internacionales], INT'L HYDROPOWER ASS'N 29 (2020), <https://static1.squarespace.com/static/5c1978d3ee1759dc44fbd8ba/t/61078a709fa31818f6d0b4f2/1627884197361/Hydropower+Sustainability+Guidelines+-+May+2020.pdf> (explicando que durante la preparación del proyecto, la evaluación de impactos potenciales ambientales y sociales y la planificación de medidas para hacer frente a estos impactos, son tan fundamentales como la ingeniería de estudios de viabilidad).

poblaciones indígenas.¹¹

Aunado a lo anterior, el hecho de que el sustrato sobre el cual se construye la identidad cultural y cosmovisión indígenas sea el medioambiente y los ecosistemas, las hace ser especialmente vulnerables a los efectos del cambio climático.¹² En este sentido, los efectos previstos del cambio climático, entre ellos, la pérdida de tierras y hogares por causa de inundaciones, el aumento en el nivel de los mares¹³ y el consecuente desplazamiento forzado de poblaciones producto de dichos efectos, amenazan destruir la base de la cultura indígena, así como el ejercicio y goce de los derechos culturales, tanto individuales como colectivos, de dichas poblaciones, lo que supone un riesgo de etnocidio, especialmente de aquellos que viven en islas pequeñas.¹⁴ Esto es una violación grave a los derechos humanos de

11. Ver *Declaración de International Rivers et al., a Alok Sharma, Presidenta de 2021 de la Conferencia de las Partes de la CMNUCC, et al.* (9 de nov. de 2021) <https://www.internationalrivers.org/wp-content/uploads/sites/86/2021/11/Rivers-For-Climate-Declaration.pdf> (declarando que la hidroelectricidad de embalse ha violentado sistemáticamente los derechos humanos a los territorios ancestrales, a la autodeterminación, a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a la alimentación, a la vivienda y a la participación (derecho a la consulta previa). Asimismo, la industria de la energía hidroeléctrica ha causado el desplazamiento de más de 80 millones de personas, restringido el acceso al recurso hídrico y puesto en peligro la seguridad alimentaria y el saneamiento de las comunidades aledañas a un embalse); Pedro Arroyo Agudo et al., *Joint Statement on the Human Rights of People Affected by Dams and other Water Infrastructure [Declaración conjunta sobre los derechos humanos de las personas afectadas por represas y otras infraestructuras hídricas]*, O.N.U. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LOS DERECHOS HUMANOS (1 de nov. de 2021), <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27741&LangID=E> (comunicando que los pueblos indígenas sufren desproporcionadamente los impactos de la energía hidráulica, sobre todo la pérdida de sus territorios e integridad cultural).

12. Ver Karima Bennoune, *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights [Informe de la relatora especial en materia de derechos culturales]*, ¶ 18 Doc. O.N.U. A/75/298 (10 de ago. de 2020) (notando el nexo que existe entre el cambio climático y los derechos culturales).

13. Ver Kevin Grecksch et al., *Call for Inputs for a Report: Cultural Rights and Climate Change [Convocatoria de aportes para un informe: derechos culturales y cambio climático]*, O.N.U. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LOS DERECHOS HUMANOS (1 de mayo de 2020), <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/Call> (argumentando que las inundaciones, sequías, escasez del recurso hídrico y el aumento en los niveles de los mares se encuentran entre los efectos más notables del cambio climático).

14. Ver *Our Creative Diversity, Report of the World Commission on Culture and*

dichas poblaciones.¹⁵ De esta manera, las poblaciones indígenas no sólo se ven desproporcionalmente perjudicadas por el cambio climático,¹⁶ sino también por la adopción de la energía hidroeléctrica como medida de mitigación al cambio climático.¹⁷

Development [Nuestra diversidad creativa, informe de la comisión mundial sobre cultura y desarrollo], UNESCO 69–70 (1995) (explicando que el genocidio cultural es el proceso mediante el cual una población culturalmente diferenciada pierde su identidad, en el tanto se erosionan sus tierras y recursos básicos, así como se restringe el uso de su idioma, instituciones sociales y políticas, tradiciones, expresiones artísticas, prácticas religiosas y valores culturales. El genocidio cultural puede ser causado por la implementación sistemática de políticas gubernamentales o incluso cuando las fuerzas del desarrollo económico generan efectos etnocidas”); Grupo de Trabajo sobre Cambio Climático y Patrimonio, *The Future of Our Pasts: Engaging Cultural Heritage in Climate Action [El futuro de nuestro pasado: participación del patrimonio cultural en la acción climática]*, CONSEJO INTERNACIONAL DE MONUMENTOS Y SITIOS 74 (2019) (describiendo que tanto la cultura como el medioambiente están determinados por las condiciones del lugar donde se ubican, por lo que la destrucción de las expresiones culturales tangibles e intangibles son difícilmente reproducibles en otro sitio); Bennoune, *supra* nota 12, ¶ 34 (explicando que las poblaciones indígenas, así como otros pueblos que viven en hábitats vulnerables, como islas pequeñas, zonas altas, desiertos y el círculo polar ártico, son perjudicados de forma desproporcionada por los efectos del cambio climático).

15. Ver Grecksch, *supra* nota 13 (enfaticando que un aspecto vital del enfoque de derechos humanos es el énfasis en la participación y consulta de las personas afectadas, especialmente las más afectadas, con respecto a las políticas y respuestas); ver *id.*, (argumentando que los efectos previstos del cambio climático sobre los cuerpos de agua implicarán sequías más frecuentes y erosión de las costas, lo que hace más probable que las prácticas culturales que dependen del recurso hídrico desaparezcan).

16. Ver *An Introduction to Climate Change and Human Rights Course Syllabus: Module 1 [Programa de introducción al cambio climático y los derechos humanos: módulo 1]* UN CC: E-LEARN (2021), <https://uncclearn.org/course/view.php?id=136&page=overview> (explicando que el cambio climático tiene efectos desproporcionados, ya que las poblaciones más dependientes de los recursos naturales son las más vulnerables a sus efectos y entre ellas están las poblaciones indígenas); Summary for Policymakers, *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability [Cambio climático 2014: impactos, adaptación y vulnerabilidad]*, GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO 6 (2014), https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar5_wgII_spm_en.pdf (reportando que según el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, “las personas que son marginadas social, económica, política o institucionalmente, son especialmente vulnerables al cambio climático y también a las respuestas de adaptación y mitigación que se implementen.”).

17. Ver e.g., *Quick guide to the Aichi Biodiversity Targets Ecosystems and Essential Services Safeguarded [Guía rápida de la metas de Aichi para la*

En virtud de lo anterior, surge un conflicto real entre las medidas de mitigación al cambio climático y la cultura indígena.¹⁸ Desde un punto de vista jurídico, el conflicto normativo ocurre entre el derecho humano al medioambiente limpio, sano y sostenible,¹⁹ representado por el promotor de la construcción de la energía hidroeléctrica de embalse (sea esta una persona de naturaleza pública o privada), por un lado; y los derechos culturales de las poblaciones indígenas, por el otro.²⁰

No obstante, las afectaciones de la instalación de la energía hidroeléctrica de embalse en los derechos humanos culturales de las poblaciones indígenas en América Latina han sido poco tratadas en la literatura académica, la cual se ha enfocado en la violación a sus derechos civiles y políticos, sobre todo el derecho a la información, participación y consulta en asuntos que les afecten²¹—derechos hoy

biodiversidad ecosistemas y servicios esenciales salvaguardados], CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA 17–18 (2013), <https://www.cbd.int/doc/strategic-plan/targets/compilation-quick-guide-en.pdf> (abordando los temas clave relacionados con el cumplimiento de los objetivos de biodiversidad).

18. *Id.* en 12.

19. Ver Human Rights Council, *The Human Right to a Clean, Healthy, and Sustainable Environment* [*El derecho humano a un medio ambiente limpio, sano y sostenible*], Doc. O.N.U. A/HRC/RES/48/13 (8 de oct. de 2021) (reconociendo el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano).

20. *Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, Inter-Am. Ct. H.R., 11–12 (17 de jun. de 2005).

21. Ver, e.g., Olia Acuña Maldonado, *El derecho a la consulta previa del pueblo indígena Wixárika en la construcción de la presa hidroeléctrica “Las Cruces” de la comunidad Naáyeri (Cora) Presidio de los Reyes, municipio de Ruiz, Nayarit, México*, 15 REVISTA PALIMPSESTO 135, 139 (2019) (explicando la importancia de considerar los impactos de la presa hidroeléctrica “Las Cruces” de la comunidad Naáyeri, en los sitios sagrados de los pueblos indígenas); Ximena Cuadra Montoya, *Multiculturalismo neoliberal extractivo en la cuestión hidroeléctrica en territorio mapuche. Un análisis a la implementación de la consulta indígena en Chile*, 80 REVISTA DE GEOGRAFÍA NORTE GRANDE 35, 41 (2021) (resumiendo que los conflictos por la instalación de centrales hidroeléctricas en territorio mapuche se han incrementado durante los últimos veinte años); Johanna Höhl, *Pueblos indígenas, recursos y gobernanza. Un análisis de la consulta indígena como parte de la evaluación de impacto ambiental del proyecto hidroeléctrico Añihuerraquí, región de la Araucanía en Chile*, 59 INVESTIGACIONES GEOGRÁFICAS 28, 29–30 (2020) (preguntando cómo se valida y legitima la consulta indígena frente a los pueblos indígenas y cuál es su contribución a la redefinición de su rol en los procesos de negociación en torno a proyectos extractivos en sus territorio); Josué Ospina Chung, *La consulta previa en Panamá, los casos de las hidroeléctricas Barrio Blanco, Chan*

protegidos por el Acuerdo de Escazú.²²

En virtud de lo anterior, este ensayo académico tiene como objetivo analizar, con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”), la legitimidad de la restricción de los derechos culturales de las poblaciones indígenas en América Latina frente a la instalación de la energía hidroeléctrica de embalse como medida de mitigación al cambio climático.

II. DERECHOS CULTURALES Y CAMBIO CLIMÁTICO

Si bien los principios de interdependencia y de indivisibilidad propugnan que los derechos humanos están íntimamente vinculados entre sí y que no pueden fragmentarse unos de otros,²³ lo cierto es que la delimitación conceptual de los derechos tiene implicaciones prácticas.²⁴ En materia de derechos culturales, la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales de las Naciones Unidas ha indicado que no hay una definición oficial de dichos derechos, pero se podrían

I y Chan II, FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER I, 5–6 (2015) https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=2621fb0e-ca8e-bb23-90e2-231e19ebe902&groupId=252038 (discutiendo que en los últimos diez años, nada ha ejemplarizado los daños de instalación de la energía hidroeléctrica de embalse sobre los derechos humanos culturales de las poblaciones indígenas, mejor manera que los casos de las hidroeléctricas conocidas como Barro Blanco, Chan I y Chan II).

22. *Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe* art. 7, 4 de mar. de 2018, LC/PUB.2018/8/Rev.1.

23. Ver Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos* 10 (2da ed. 2018), <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf> (declarando que “los derechos humanos son interdependientes, es decir están vinculados entre ellos y son indivisibles, que no pueden separarse o fragmentarse unos de otros.”).

24. Ver, e.g., *Delimitación conceptual de los derechos humanos*, CÁTEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNAM 18–24 (última visita 28 de feb. de 2023), https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/1_d_h/30.pdf (indicando que tener un concepto claro sobre el contenido de los derechos presuntamente violentados es una herramienta útil y necesaria para su reclamación, ya que la presunta víctima deberá individualizar el derecho reclamado ante el órgano jurisdiccional competente. En este sentido, se parte de que el derecho a la información es un presupuesto indispensable para reclamar la violación de derechos humanos).

definir como “derechos en el ámbito de la cultura.”²⁵ Ello invita a analizar la definición de cultura, con la intención de determinar el ámbito de aplicación material de los derechos culturales.²⁶

La cultura se constituye, en esencia, de formas simbólicas, mediante las cuales el ser humano otorga significado a su realidad.²⁷ De esta manera, la cultura tiene tanto un aspecto material o tangible (relativo a las formas simbólicas), como inmaterial o intangible (relativo al significado que se transmite por medio de dichas formas). Los derechos culturales, entonces, se centran tanto en el fomento y la protección de elementos simbólicos—por ejemplo, el patrimonio cultural tangible—²⁸ como del significado que a dichas formas se les atribuye.²⁹ En este sentido, la cultura se entiende como “un producto,

25. Farida Shaheed, *Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Ms. Farida Shaheed, Submitted Pursuant to Resolution 10/23 of the Human Rights Council [Informe de la Experta Independiente en el campo de los derechos culturales, Sra. Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del consejo de derechos humanos]*, ¶ 5 Doc. O.N.U. A/HRC/14/36 (22 de mar. de 2010).

26. *Id.* ¶ 4–5.

27. Ver Ann Swidler, *Culture in Action: Symbols and Strategies [Cultura en acción: símbolos y estrategias]*, 51 AM. SOCIO. REV. 273 (1986) (declarando que la cultura comprende “las formas simbólicas accesibles al público mediante las cuales las personas viven, expresan y dan sentido a su realidad.”).

28. Ver Farida Shaheed, *Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed [Informe de la experta independiente en el campo de los derechos culturales, Farida Shaheed]*, ¶ 5 Doc. O.N.U. A/HRC/17/38 (21 de mar. de 2011) (argumentando que el patrimonio cultural refleja el carácter dinámico de bienes que han sido desarrollados, construidos o creados, interpretados y reinterpretados a lo largo de la historia, así como transmitidos de una generación a otra. De esta manera, el patrimonio cultural vincula el pasado, presente y futuro, y abarca los bienes heredados del pasado que se consideran mantengan valor hoy día, y que las personas y las comunidades quieren transmitir a las futuras generaciones); ver también Karima Bennouna, *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights [Informe del relator especial en materia de derechos culturales]*, ¶ 34 Doc. O.N.U. A/71/317 (9 de ago. de 2016) (relatando que se ha establecido que la destrucción del patrimonio cultural menoscaba el derecho a participar en la vida cultural).

29. Ver *id.* ¶ 5 (declarando que es importante señalar que “dado que las dimensiones materiales e inmateriales del patrimonio cultural están estrechamente relacionadas, la destrucción de lo material trae consigo la destrucción de lo inmaterial, como las prácticas religiosas y culturales vinculadas a lugares y objetos culturales.”).

un proceso y una forma de vida.”³⁰

A pesar de su particular abstracción, los derechos culturales mantienen un estrecho vínculo con el principio de universalidad de los derechos humanos, y no dejan de ser una parte fundamental de los mismos.³¹ Los derechos culturales se relacionan con la dignidad humana en el tanto protegen el desarrollo y la expresión de distintas formas de entender el mundo (cosmovisiones), tanto individuales como colectivas.³²

Desde un punto de vista individual, los derechos culturales responden a la experiencia de cada persona, la cual es interpretada con base en su propia inculturación.³³ Además, la dimensión individual de los derechos culturales se vincula al concepto del relativismo cultural, el cual ha sido utilizado por algunos Estados como justificación para evadir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos,³⁴ y ha hecho surgir grandes debates jurídicos en

30. Ver Rodolpho Stavenhagen, *Cultural Rights: A Social Science Perspective on Economic, Social, and Cultural Rights: A Textbook* [*Derechos culturales: una perspectiva de las ciencias sociales sobre derechos económicos, sociales y culturales: un libro de texto*] 89 (Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas eds., 2001) (argumentando que mientras algunos derechos culturales pueden ser tratados exclusivamente dentro del marco de los derechos humanos individuales universales, la relación entre cultura y derechos es tal que se justifica un enfoque más amplio).

31. Ver Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *La universalidad de los derechos culturales*, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/CulturalRights/Pages/Universality.aspx> (última visita 15 de ene. de 2022) (reportando que la ONU ha establecido que los derechos culturales y el principio de universalidad de los derechos humanos se auxilian mutuamente: por un lado, los derechos culturales son un componente vital del principio de universalidad; por otro, el principio de universalidad es un fundamento básico para el desarrollo de la diversidad y mezcla de culturas).

32. Shaheed, *supra* nota 28, ¶ 3.

33. Melville J. Herskovits, *Cultural Relativism: Perspectives in Cultural Pluralism* [*Relativismo cultural: perspectivas en el pluralismo cultural*] 15 (Frances Herskovits eds., 1972) (argumentando que ninguna cultura es un sistema cerrado de moldes rígidos a los que debe ajustarse el comportamiento de todos los miembros de una sociedad).

34. Ver Karima Bennouna, *Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights* [*Informe del relator especial en materia de derechos culturales*], ¶ 6 Doc. O.N.U. A/72/155 (17 de jul. de 2017) (indicando que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es la convención en materia de derechos humanos con mayores reservas, las cuales se basan en excusas relativistas que buscan no implementar la igualdad de la mujer); *ver también*

torno a la prohibición de prácticas culturales consideradas violatorias de derechos humanos.³⁵ En su dimensión colectiva, las particularidades culturales no son analizadas sectorialmente, sino como parte integrante de una gran cultura de la humanidad.³⁶ A través de los derechos culturales, tanto en su aspecto individual como colectivo, el ser humano construye su identidad y encuentra soluciones a sus problemas existenciales.³⁷

Karima Bennoune, *Universality, Cultural Diversity and Cultural Rights. Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights [Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales. Informe del relator especial en materia de derechos culturales]*, ¶ 51 Doc. O.N.U. A/73/227 (25 de jul. de 2018) (determinando que “el resurgimiento del relativismo cultural representa una amenaza a los derechos humanos, incluyendo los derechos de las mujeres y de las minorías,” y que “los argumentos basados en el relativismo cultural también buscan poner a los individuos y grupos de comunidades marginadas fuera de la esfera de protección internacional y nacional de los mecanismos de protección a los derechos humanos.”).

35. Ver, e.g., Kenneth Deer, *The Complexities in Practical Terms: Cultural Practices Contrary to Human Rights, Possible Limitations to Cultural Rights, and Tensions Around Who Defines Culture and Rights [Las complejidades en términos prácticos: prácticas culturales contrarias a los derechos humanos, posibles limitaciones a los derechos culturales y tensiones en torno a quién define la cultura y los derechos]* OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LA O.N.U PARA LOS DERECHOS HUMANOS 2, (2010) (explicando que en general, el criterio que ha sido utilizado para determinar si una práctica cultural es contraria a los derechos humanos es que no cause daño psicológico, mental o emocional a tanto a las poblaciones indígenas como a las no indígenas); Abdulmumini Adebayo Oba, *Female Circumcision as Female Genital Mutilation: Human Rights or Cultural Imperialism? [La circuncisión femenina como mutilación genital femenina: ¿Derechos humanos o imperialismo cultural?]*, 8 GLOBAL JURIST 1, 1–2, 12 (2008) (declarando que este sentido, la mutilación genital femenina es una práctica altamente cuestionada por la comunidad internacional, por ser violatoria a otros derechos humanos, por ejemplo, a la salud); ver, e.g., Ian Charles Jarvie, *Cultural Relativism [Relativismo cultural]* 5 (1995) (artículo inédito) (Italian Encyclopedia delle Scienze Sociali) (escribiendo que desde un punto de vista ético, Herskovits afirma que “está fuera de duda que las culturas apoyan ciertos estándares morales y que dichos estándares varían en función de la ubicación y el tiempo. La pregunta es si hay o puede haber estándares morales con base en los cuales se puedan juzgar los estándares morales locales de una cultura determinada”).

36. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 43º período de sesiones, *General Comment No. 21. Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art. 15, ¶ 1(A), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) [Observación general núm. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, ¶ 1(A), del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales)]*, ¶ 12 Doc. O.N.U. E/C.12/GC/21 (2009).

37. Ver, e.g., *Declaración Universal de la UNESCO Sobre la Diversidad*

En virtud de lo anterior, se hace inevitable la pregunta “¿cómo diferenciar un derecho cultural de otros derechos humanos?”³⁸ A partir de un análisis de los principales instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, se elabora la siguiente lista enunciativa de derechos culturales: (i) derecho a participar en la vida cultural;³⁹ (ii) derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;⁴⁰ (iii) derecho a la protección de los intereses

Cultural, preámbulo, 2 de nov. de 2001, 41 I.L.M. 57; *Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, preámbulo, 20 de oct. de 2005, 2440 U.N.T.S 311; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2020: La próxima frontera del desarrollo humano y el Antropoceno* 42, No. de venta O.N.U. S.21.III.B.1 (2020) (declarando que los derechos culturales son fundamentales para el desarrollo, la paz y la seguridad internacional, así como la eliminación de la pobreza); ver, e.g., William N. Adger et al., *Cultural Dimensions of Climate Change Impacts and Adaptation* [*Dimensiones culturales de los impactos del cambio climático y la adaptación*], 3 NATURE CLIMATE CHANGE 112, 114 (2011) (discutiendo cómo la cultura media los cambios en el medio ambiente y los cambios en las sociedades).

38. Ver Patrick Thornberry, *Cultural Rights and Universality of Human Rights* [*Derechos culturales y la universalidad de los derechos humanos*] en 6, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales decimocuarta sesión, Doc. O.N.U. E/C.12/40/15, <https://digitallibrary.un.org/record/627394> (describiendo que la ambigüedad e imprecisión del lenguaje de los derechos humanos propicia que los instrumentos internacionales sean interpretados de forma evolutiva, de modo que permite enfrentar nuevos desafíos y situaciones en relación con la violación a derechos humanos). Es importante mencionar que, en virtud del principio de interdependencia y de indivisibilidad, resulta complicado establecer una línea divisoria entre los derechos culturales y otros derechos humanos.

39. Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 27, 10 de diciembre de 1948), U.N.G.A. Res. 217 A (III), Doc. O.N.U. A/810, art. 27 (1948); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 15, inc. (a), ¶ 1, 16 de dic. de 1966, 993 U.N.T.S. 3. El derecho a participar o a tomar parte en la vida cultural tiene tres componentes principales: (i) la participación en la vida cultural, (ii) el acceso a la vida cultural y (iii) la contribución a la vida cultural. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 43º período de sesiones, General Comment No. 21. Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) [Observación general núm. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)], Doc. O.N.U. E/C.12/GC/21 ¶ 15 (2009).

40. Declaración Universal de los Derechos Humanos, *supra* nota 47, art. 27; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *supra* nota 47, art. 15(b)(1). La Declaración de Venecia sobre el Derecho a Gozar de los Beneficios del Progreso Científico y sus Aplicaciones de 17 de julio de 2009, estableció un vínculo entre el derecho a la ciencia y el derecho a participar en la vida cultural, ya

morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor;⁴¹ (iv) derecho a la libertad indispensable para la investigación científica y la

que el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico permite participar de manera significativa en la vida de las comunidades locales, nacionales e internacionales. *Ver* Shaheed, *supra* nota 28, ¶ 19 (explicando que la Declaración de Venecia sobre el Derecho a Gozar de los Beneficios del Progreso Científico y sus Aplicaciones de 17 de julio de 2009, estableció un vínculo entre el derecho a la ciencia y el derecho a participar en la vida cultural, ya que el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico permite participar de manera significativa en la vida de las comunidades locales, nacionales e internacionales). En este mismo sentido, Appadurai establece que el poder de aspirar a algo (“*aspire*”) como una habilidad cultural también es una forma de concretar el vínculo entre el derecho a la ciencia y el derecho a participar en la vida cultural. La habilidad cultural de aspirar a algo consiste en desear tener una vida mejor que pueda en un futuro materializarse, un futuro factible. Appadurai propone que dicha habilidad debe desarrollarse y fortalecerse sobre todo en las poblaciones más pobres y marginalizadas como una forma para reducir la pobreza. *Ver* ARJUN APPADURAI, THE CAPACITY TO ASPIRE: CULTURE AND THE TERMS OF RECOGNITION, en CULTURE AND PUBLIC ACTION [LA CAPACIDAD DE ASPIRAR: LA CULTURA Y LOS TÉRMINOS DEL RECONOCIMIENTO, EN CULTURA Y ACCIÓN PÚBLICA] 59, 59 (Vijayendra Rao y Micheal Walton eds., 2004).

41. Declaración Universal de los Derechos Humanos, *supra* nota 47, art. 27; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *supra* nota 47, art. 15(c)(1). En la Observación general No. 17, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona la estrecha relación que existe entre el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor, y el derecho a la libertad para la investigación científica y la actividad creadora. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35º período de sesiones, General Comment No. 17. The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from Any Scientific, Literary or Artistic Production of which He or She Is the Author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant) [Observación general No. 17. El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (artículo 15, párrafo 1 c), del Pacto)], Doc. O.N.U. E/C.12/GC/17 ¶4 (2005); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *supra* nota 47, art. 15(c)(3); así como a la libertad de expresión, Declaración Universal de los Derechos Humanos, *supra* nota 47, art. 19; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *supra* nota 47, art. 19, ¶ 2; Consejo de Europa, Convention européenne des droits de l’homme [Convenio europeo de derechos humanos] art. 5, 4 de noviembre de 1950, 312 E.T.S. 5; Convención Americana de Derechos Humanos art.13, Nov. 22, 1969, S. Treaty Doc. No. 95-21, 1144 U.N.T.S.123; Organización para la Unidad Africana, Charte Africaine des Droits de l’homme et des Peuples [Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos] art. 9, 1520 U.N.T.S. 217.

actividad creadora;⁴² (v) derecho a gozar de las artes;⁴³ y (vi) derecho a la educación.⁴⁴

Ahora bien, los efectos del cambio climático sobre los derechos culturales se han subestimado y las respuestas dadas han sido insuficientes para hacer frente a la amenaza que el cambio climático supone a la cultura.⁴⁵ Los derechos culturales son particularmente

42. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *supra* nota 47, art. 15, ¶3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 19, ¶ 2, 16 de dic. de 1966, 999 U.N.T.S. 171 y 1057 U.N.T.S. 407.

43. Declaración Universal de los Derechos Humanos, *supra* nota 47, art. 27.

44. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *supra* nota 47, arts. 13-14; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 28-29, 20 de nov. de 1989, 1577 U.N.T.S. 3, 28 I.L.M. 1448 (1989). La educación como vehículo para acceder a la cultura y promover la diversidad cultural se consagra en varios documentos: Constitución de la UNESCO. Constitución de la Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas art. 1(2)(b), 16 de nov. de 1945, 4 U.N.T.S. 275; Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, *supra* nota 43, en preámbulo; Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, *supra* nota 43, art. 5. Los derechos culturales también han sido incorporados a iniciativas de la sociedad civil, por ejemplo, la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales de 2007 recopiló y consolidó en una única declaración los derechos de contenido cultural de todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Además, incorporó el principio de no discriminación en el ámbito de los derechos culturales. Jonathan Vickery, *Cultural Rights and Cultural Policy: identifying the cultural policy implications of culture as a human right* [*Derechos culturales y política cultural: identificación de las implicaciones de política cultural de la cultura como derecho humano*], 22 J. L., SOC. JUST. & GLOB. DEV. (SPECIAL ISSUE) 1, 7, 13 (2018), <http://www.lgdjournal.org/wp-content/uploads/2019/04/10VICKERYLDGCRSI2018-1.pdf>.

45. En materia de derechos culturales, las respuestas al cambio climático se han concentrado en la documentación y registro de los perjuicios causados al patrimonio cultural, tanto tangible como intangible. Por ejemplo, el Centro del Patrimonio Cultural de la UNESCO ha desarrollado un proyecto de estadística sobre los efectos del cambio climático en el patrimonio cultural, la mayoría de ellos están amenazados por tormentas, inundaciones y sequías. *Ver, e.g., State of Conservation* [*Estado de la conservación*], UNESCO, https://whc.unesco.org/en/soc/?action=list&id_threats=130%2C129%2C128%2C127%2C24-4%2C126%2C131&index=1&max_rows=20 (última visita el 16 de enero de 2021). “Aunque el cambio climático afecta a la mayoría de los derechos humanos, repercute de manera especial en los derechos culturales, que en muchos casos corren el riesgo de desaparecer de un plumazo. Las iniciativas actuales contra el cambio climático no han reconocido como es debido esta realidad, que ha de considerarse un asunto prioritario y sujeto a obligaciones legales internacionales.” Bennoune, *supra* nota 32, ¶ 2. Es importante señalar que el preámbulo del Acuerdo de París hace referencia expresa al deber de los Estados

vulnerables a los efectos del cambio climático, en comparación con otros derechos humanos, tanto por su naturaleza como por el papel secundario que se les ha asignado en las políticas ambientales.⁴⁶ En general, las políticas ambientales se han centrado en la protección de aspectos algo tangibles como los económicos y políticos.⁴⁷ Los derechos culturales, al tener un componente inmaterial importante, han sido rezagados en las políticas de mitigación y adaptación al cambio climático, en especial desventaja con respecto a aquellos de carácter económico.⁴⁸ En este sentido, los derechos culturales han sido una categoría de derechos subdesarrollada, lo que les ha merecido el nombre de “los derechos olvidados.”⁴⁹

Aún más, el cambio climático violenta los derechos de las generaciones futuras en materia de derechos culturales, ya que la destrucción de los bienes culturales tangibles causada por el cambio climático imposibilita transmitir el patrimonio cultural a las generaciones futuras.⁵⁰ En la región latinoamericana, los gobiernos

Parte de cumplir con sus obligaciones para con las poblaciones indígenas en la adopción de medidas para hacerle frente al cambio climático. Acuerdo de París [Paris Agreement] pmbl., 4 de nov. de 2016, 3156 U.N.T.S.

46. Grecksch, *supra* nota.

47. *Id.*

48. *Ver* Bennoune, *supra* nota 32, ¶¶ 2, 16, 22.

49. M. BASSAND ET AL., LES DROITS CULTURELS: UNE CATÉGORIE SOUS-DÉVELOPPÉE DE DROITS DE L’HOMME [LOS DERECHOS CULTURALES: UNA CATEGORÍA SUBDESARROLLADA DE LOS DERECHOS HUMANO] 11 (Patrice Meyer-Bisch ed., 1993), <https://www.unifr.ch/ethique/fr/assets/public/Files/dccomplet.pdf>.

50. Sobre el derecho de las generaciones futuras, el Tribunal Federal Constitucional de Alemania falló en el caso Neubauer y otros contra Alemania que el inciso 1, párrafo 2, artículo 3 y el inciso 1, párrafo 3, artículo 4 del Bundes-Klimaschutzgesetz [KSG] [Ley Federal sobre el Cambio Climático] (DEU.) eran inconstitucionales por ser contrarios al derecho de las generaciones futuras, consagrado en el artículo 20a del Grundgesetz [GG] [Constitución Federal] (DEU.). Según el Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Tribunal Constitucional Federal], el objetivo consagrado en los artículos impugnados de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 55% para el 2030 era insuficiente para mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de los dos grados Celsius con respecto a los niveles preindustriales, según las obligaciones que había adquirido el Estado Federal alemán con la ratificación del Acuerdo de París de 2015. *Ver, e.g.*, Bundesverfassungsgericht (BVerfG) [Tribunal Constitucional Federal], 1 BvR 2656/18, párrs. 266, 24 de mar. de 2020, http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html; *ver también* HR 20 de dic. de 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007, m.nt (De Staat der Nederlanden/Stichting Urgenda), <https://uitspraken.rechtspraak>

han tratado los derechos culturales de las generaciones futuras en el marco de los derechos humanos de los niños.⁵¹

En relación a las poblaciones indígenas, los elementos tangibles sobre los que se basa su cultura son los ecosistemas. Las poblaciones indígenas tienen una visión holística de la cultura, cuyo núcleo es la naturaleza en toda su complejidad.⁵² De este modo, la cosmovisión indígena comprende todos los aspectos de la vida, por lo que, bajo esta perspectiva, cada uno de los derechos humanos tiene una dimensión cultural.⁵³ A partir de su visión holística, las poblaciones han construido sociedades predominantemente comunitarias,⁵⁴ donde los

.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2019:2006; RBDHA La Haya, 26 de mayo de 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, m.nt. (Vereniging Milieudefensie/Royal Dutch Shell PLC), <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>; En este mismo sentido, se ha indicado que “a nivel profundo, los aspectos culturales influyen en nuestra comprensión del medio ambiente y en nuestra relación con el mismo. La consideración del bienestar de las generaciones futuras ha integrado ya una reflexión explícita sobre el medio ambiente y debe integrar una reflexión explícita sobre la cultura.” CIUDADES Y GOBIERNOS LOCALES UNIDOS (CGLU), CULTURA 21: ACCIONES 24 (2015).

51. En el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte IDH determinó que “la pérdida de prácticas tradicionales . . . y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos.” Además, estableció que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo 19 del Pacto de San José. *Ver, e.g., Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 214, ¶¶ 262-63 (24 de ago. de 2010).

52. Dalee Sambo Dorough, O.N.U. DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES, *Human Rights* [Los derechos humanos], en STATE OF THE WORLD'S INDIGENOUS PEOPLES [El estado de los pueblos indígenas mundial] 193, Doc. O.N.U. ST/ESA/328, Venta O.N.U. No. 09.VI.13 (2009).

53. Deer, *supra* nota 40, en 2; Fribourg Declaration on Cultural Rights [La declaración de Friburgo sobre los derechos culturales] art. 9(d), 7 de mayo de 2007; Las sociedades indígenas entienden que los seres humanos son parte del ecosistema en el que habitan, contrario al imaginario moderno que concibe al ser humano como un integrante de un sistema social y económico separado de la naturaleza. Informe sobre Desarrollo Humano 2020, *supra* nota 43, en 139.

54. Según Dorough, “la visión estrecha de que los derechos atañen únicamente a los individuos se queda corta en el contexto cultural de las poblaciones indígenas.” Dorough, *supra* nota 68, en 190.

derechos colectivos juegan un papel central y los derechos individuales son secundarios. La titularidad de la tierra, por ejemplo, es un derecho perteneciente a la colectividad que reviste un marcado carácter espiritual y no es sujeto de apropiación individual.⁵⁵

Además, las particularidades culturales de las poblaciones indígenas les han merecido una tutela jurídica diferenciada de sus

55. Los derechos individuales no pueden capturar la relación profundamente espiritual entre las poblaciones indígenas y sus tierras, ya que, para dichas poblaciones, la propiedad no es vista meramente como un medio de producción sujeto de apropiación privada, o bien como una mercancía. Además, la relación entre las poblaciones indígenas y sus tierras, así como con los cuerpos de agua, tienen un aspecto intergeneracional fundamental para la identidad, supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas. José R. Martínez Cobo (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas), *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, ¶¶ 196-97, O.N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, Venta O.N.U. No. S.86.XIV.3 (1987); Ver también Erica-Irene A. Daes (Relatora Especial), *Human Rights of Indigenous Peoples: Indigenous Peoples and Their Relationship to Land [Los derechos humanos de los pueblos indígenas: los pueblos indígenas y su relación con la tierra]*, ¶ 13, O.N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/25 (Consejo Económico y Social de O.N.U., documento de trabajo final, 30 de jun. de 2000); Grecksch, *supra* nota 13. Ver Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 26, 19 de jun. de 2006 [en adelante Derechos de los Pueblos Indígenas] (explicando más sobre la protección del derecho a las tierras). Ver La Corte IDH ha resaltado que la relación especial de las poblaciones indígenas con sus territorios ancestrales constituye “un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas.” Ver Masacres de Río Negro v. Guatemala, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 250, ¶ 160 (4 de sep. de 2012); ver también Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 125, ¶ 158(i) (17 de jun. de 2005); Chitay Nech y otros v. Guatemala, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 212, ¶ 147 (25 de mayo de 2010). Ver El derecho colectivo de las poblaciones indígenas a sus territorios es protegido, entre otros, por la Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo, Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales arts. 13, 25, 27 de jun. de 1989 (2014 edición conmemorativa) [en adelante Convenio Núm. 169]. Ver La Corte IDH ha determinado que “los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.” *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, (ser C.) No. 125, ¶ 146.

derechos culturales, cuyos principales instrumentos internacionales son el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (“Convenio No. 169 de la OIT”), y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (“Declaración de la ONU”)⁵⁶—esta última protege, ante todo, los derechos culturales de carácter colectivo.⁵⁷

56. Es importante señalar que, como minorías, a las poblaciones indígenas también le son aplicables las disposiciones de la “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas” de 1992. Dicha declaración impone el deber a los Estados de proteger la existencia y la identidad cultural de las minorías, así como de crear y fomentar las condiciones para la promoción de esa identidad, de modo que las minorías puedan expresar y desarrollar su cultura, siempre y cuando sus prácticas no violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales. Asimismo, consagra los derechos de las minorías de participar y disfrutar efectivamente en la vida cultural y en las decisiones que se adopten a nivel nacional y regional respecto de la minoría a la que pertenezcan; lo anterior en respeto al principio de no discriminación. *Ver* Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas arts. 1, 2.1, 2.2, 4.2, 4.4, G.A. Res. 47/135, Doc. O.N.U. A/RES/47/135, 18 de dic. de 1992 [en adelante Los Derechos de las Minorías].

57. Es importante señalar que los derechos culturales pueden ser ejercidos de forma individual, en asociación con otros o en comunidad. General Comment No. 17, *supra* nota 52, ¶¶ 7–8; Meyer-Bisch defiende que la persona es siempre el sujeto de los derechos culturales, cuyo ejercicio se desarrolla junto con otros sujetos. De esta manera, el sujeto de los derechos culturales es incondicionalmente el ser humano de forma individual, y, condicionalmente una colectividad o comunidad en el tanto proporcione un espacio favorable al ejercicio de los derechos individuales. En este sentido, la legitimación de los derechos culturales colectivos está condicionada al respeto de los derechos individuales. Así las cosas, el hecho de aseverar que “los derechos culturales pueden ser ejercidos individual o colectivamente” es una doble afirmación, pues las personas y las comunidades se desarrollan mutuamente. Patrice Meyer-Bisch, Définir les droits culturels [Definición de los derechos culturales] § 22, Doc. O.N.U. E/C.12/40/15 (Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, Organización Internacional de la Francofonía & UNESCO, documento de trabajo presentado, 1-2 de feb. de 2010); En este sentido, es importante mencionar que una minoría no se define únicamente por el número de personas que se identifican con una población determinada (minoría demográfica), sino también por criterios étnicos, sociales, lingüísticos y económicos. De esta manera, aún cuando en Bolivia o Guatemala un alto porcentaje de la población se identifica como indígena (41% y 43.75%, respectivamente), las poblaciones indígenas son consideradas minorías por ser sistemáticamente discriminadas. *Ver* Diego Iturralde G., *Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales, y discriminación*, 38 REVISTA IIDH 233, 236, 251 (2003); *Ver*

Por otro lado, gracias a su cosmovisión holística y ancestral, la cultura indígena proporciona conocimientos valiosos para idear medidas de mitigación y adaptación al cambio climático.⁵⁸ Los conocimientos tradicionales de las poblaciones indígenas informan sobre cómo interactuar y cuidar de los ecosistemas como ninguna otra fuente disponible,⁵⁹ y proporciona una base sólida para entender, interpretar y transformar nuestra realidad.⁶⁰ No hay momento más oportuno para transformar la relación del ser humano con el mundo natural de hoy; ello permitiría modificar los hábitos de consumo y modos de vida desde un punto de vista tanto local como global.⁶¹

también Silvel Elías, *El Mundo Indígena 2020: Guatemala*, IWGIA (última visita 16 de enero de 2022), <https://www.iwgia.org/es/guatemala/3742-mi-2020-guatemala.html>; Leonardo Tamburini, *El Mundo Indígena 2020: Bolivia*, IWGIA (última visita 16 de ene. de 2022), <https://www.iwgia.org/es/bolivia/3736-mi-2020-bolivia.html>.

58. “La eficacia de la toma de decisiones y de la gestión pública se ve mejorada por la participación de actores locales (particularmente aquellos más vulnerables al cambio climático, incluyendo las poblaciones indígenas) en la elección, evaluación, implementación y monitoreo de las políticas destinadas a la adaptación y mitigación de los suelos.” IPCC, *Summary for Policymakers* [Resumen para los legisladores], en CLIMATE CHANGE AND LAND: AN IPCC SPECIAL REPORT ON CLIMATE CHANGE, DESERTIFICATION, LAND DEGRADATION, SUSTAINABLE LAND MANAGEMENT, FOOD SECURITY, AND GREENHOUSE GAS FLUXES IN TERRESTRIAL ECOSYSTEMS [EL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA TIERRA: UN INFORME ESPECIAL DEL IPCC SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, LA DESERTIFICACIÓN, LA DEGRADACIÓN DE LA TIERRA, LA GESTIÓN SOSTENIBLE DE LA TIERRA, LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y LOS FLUJOS DE GASES DE EFECTO INVERNADERO EN LOS ECOSISTEMAS TERRESTRES] 30 (Priyadarshi.R. Shukla et al. eds., 2020) https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2020/02/SPM_Updated-Jan20.pdf.

59. “El conocimiento indígena será, en particular, decisivo para estabilizar el clima.” DOUGLAS NAKASHIMA ET AL., WEATHERING UNCERTAINTY: TRADITIONAL KNOWLEDGE FOR CLIMATE CHANGE ASSESSMENT AND ADAPTATION [Soportando incertidumbre: conocimiento tradicional para la evaluación y adaptación al cambio climático] 66 (Stéphanie Ledauphin, Ameyali Ramos Castillo & Katya Villarreal Rodríguez trads., David McDonald eds., UNESCO & Universidad de O.N.U. 2012), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000216613>; ver también Bennoune, *supra* nota 32, ¶ 16.

60. “La cultura moldea el cambio climático, y el cambio climático, a su vez, transforma la cultura.” *Id.* ¶ 17.

61. Sobre la economía del bienestar, Kate Raworth diseñó la “economía de la dona,” la cual consiste en una visualización de las condiciones sociales y ecológicas que sustentan el bienestar colectivo de la humanidad, y propone un área entre ambas condiciones donde el ser humano puede prosperar respetando los límites sociales del ser humano y los ecológicos del planeta. KATE RAWOTH, DOUGHNUT ECONOMICS:

Ahora bien, el cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la disponibilidad cambiante de plantas y animales causan la destrucción de los conocimientos tradicionales indígenas necesarios para enfrentar el cambio climático, así como de la posibilidad de transmitirlos a generaciones futuras.⁶²

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE IDH

La Corte IDH ha conocido casos de violación a los derechos culturales de las poblaciones indígenas por medio de la protección de otros derechos consagrados en el Pacto de San José; por ejemplo, los derechos a la titulación y demarcación de los territorios indígenas,⁶³ a la personalidad jurídica,⁶⁴ a la consulta y participación en asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social,⁶⁵ así como el

SEVEN WAYS TO THINK LIKE A 21ST-CENTURY ECONOMIST [LE ECONOMÍA DE LA DONA: SIETE MANERAS DE PENSAR COMO UN ECONOMISTA DEL SIGLO XXI] 254 (2017).

62. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL CAMBIO CLIMÁTICO: DE VÍCTIMAS A AGENTES DEL CAMBIO POR MEDIO DEL TRABAJO 17 (2018), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_632113.pdf.

63. La Corte IDH ha considerado que “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad,” y proclamado la naturaleza inalienable e imprescriptible de los territorios indígenas. *Ver* Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros v. Panamá, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) N. 284, ¶ 135 (14 de oct. de 2014); *ver también* Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 125, ¶ 140 (17 de jun. de 2005); Pueblo Saramaka v. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 172, ¶ 172 (28 de nov. de 2007).

64. La Corte IDH ha determinado que la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del Pueblo Saramaka era un impedimento para poder recibir un título de propiedad comunal de sus tierras en calidad de comunidad tribal y para tener acceso equitativo a la protección judicial de sus derechos de propiedad, de conformidad con sus tradiciones ancestrales. *Saramaka*, (ser. C) No. 172, ¶¶ 173–74.

65. La Corte IDH ha consagrado el derecho de consulta sobre asuntos que inciden o pueden incidir en la vida cultural y social de los pueblos indígenas, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, como una forma de respetar el derecho a la identidad cultural y la naturaleza colectiva de las comunidades indígenas. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Fondo

derecho a honrar a los muertos, comprendido en el derecho a la libertad de conciencia y religión.⁶⁶

En relación al derecho a la propiedad, por ejemplo, la Corte IDH determinó en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.”⁶⁷

Si bien la Corte IDH no ha establecido todavía un nexo de causalidad entre el cambio climático y las violaciones a los derechos culturales de las poblaciones indígenas, sí ha determinado la afectación de derechos culturales producto de la adopción de una medida de mitigación al cambio climático, específicamente la construcción de una planta de generación de hidroelectricidad de embalse.⁶⁸

En el caso *Masacre Río Negro vs. Guatemala*, la inundación de los territorios indígenas y el consecuente desplazamiento forzado producto de la construcción del embalse de la hidroeléctrica Chixoy

y Reparaciones, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 245, ¶¶ 159–160 (27 de jun. de 2012).

66. *Ver* Comunidad Moiwana vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 124, ¶ 93 (15 de jun. de 2005); *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 91, en 12 (22 de feb. de 2002).

67. *Comunidad Indígena Yakye Axa*, No. 125, ¶ 137. En el mismo sentido, en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte IDH consideró que los bienes culturales estaban protegidos por el artículo 21 del Pacto de San José, en el tanto “el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.” *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 79, ¶ 144 (31 de ago. de 2001); *ver también* *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 346, ¶ 125 (5 de feb. de 2018).

68. *Ver* *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 284, ¶¶ 63-65, 246 (14 de oct. de 2014).

implicó que la población indígena maya achí sobreviviente de la masacre, no pudiese realizar rituales, especialmente de tipo funerario, al perder el contacto con sus sitios sagrados.⁶⁹ Además, la población indígena Río Negro se vio imposibilitada, de forma permanente, de regresar a sus tierras ancestrales, lo que supuso “la destrucción de su estructura social, la desintegración familiar y la pérdida de sus prácticas culturales y tradicionales, además del idioma maya achí.”⁷⁰

Asimismo, en el caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH señaló la afectación del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, debido a la inundación y desplazamiento de dichas poblaciones producto de la construcción de la represa hidroeléctrica del Lago Bayano.⁷¹ Sin embargo, en este caso, la Corte IDH se concentró en el incumplimiento al derecho de delimitación, demarcación y titulación de territorios indígenas por parte del Estado panameño, según se deriva del artículo 21 del Pacto de San José.⁷²

Por otro lado, el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* arroja luces sobre la postura proteccionista de los derechos culturales de las poblaciones indígenas, que podría tomar la Corte IDH ante la violación de sus derechos culturales como consecuencia directa del cambio climático.⁷³ Un ejemplo de ello sería un caso de desplazamiento forzado de poblaciones indígenas causado por la desaparición de sus territorios ancestrales producto del aumento en el nivel de los mares y la omisión por parte de un Estado de tomar medidas oportunas para enfrentar el cambio climático.⁷⁴ En el caso

69. *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 250, ¶¶ 159-60 (4 de sep. de 2012).

70. *Id.* ¶ 162.

71. *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros*, No. 284, ¶ 120.

72. *Id.* ¶ 137.

73. *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 212, ¶ 149 (25 de mayo de 2010).

74. A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos determinó en el caso Teitiota (ciudadano del Estado insular de Kiribati) que el rechazo de la condición de desplazado ambiental por parte del Estado neozelandés no implicaba una violación

Chitay Nech, la Corte IDH consideró “que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad . . .” conlleva “secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural . . . , genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas,’ 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.”⁷⁵

Mediante los casos *Masacre Río Negro vs. Guatemala y Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH trajo a la mesa el tema medular de este ensayo: la afectación de los derechos culturales de las poblaciones indígenas producto de la adopción de una medida de mitigación al cambio climático, específicamente la energía hidroeléctrica de embalse.⁷⁶

IV. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS CULTURALES FRENTE A LA ENERGÍA HIDROELÉCTRICA DE EMBALSE

Con la intención de determinar si la restricción a los derechos culturales de las poblaciones indígenas es legítima en el marco de la adopción de la energía hidroeléctrica como una medida de mitigación

al derecho a la vida, ya que, si bien el Estado de Kiribati está amenazado de ser consumido por el aumento en los niveles del mar producto del cambio climático, dicho Estado aún tiene plazo suficiente para implementar medidas de adaptación al cambio climático antes de que el mar los consuma. No obstante haber declarado sin lugar las peticiones de Teitiota, el Comité de Derechos Humanos estableció una relación entre el derecho humano a la vida (protegido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 6, párr. 1, 16 de diciembre de 1966) y el derecho ambiental. Comité de Derechos Humanos, Views Adopted by the Committee Under Article 5(4) of the Optional Protocol, Concerning Communication No. 2728/2016 [Opiniones adoptadas por el comité en virtud de artículo 5(4) del protocolo opcional, en relación con la comunicación Núm. 2728/2016], ¶¶ 9.4–9.5, 9.12, 9.12, 9.14, O.N.U. Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016 (23 de sep. de 2020).

75. *Chitay Nech y otros*, No. 212, ¶ 147.

76. *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 250, ¶¶ 66, 181 (4 de sep. de 2012); *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros*, No. 284, ¶ 63-65

al cambio climático, es necesario delimitar cuáles son los criterios normativos y jurisprudenciales requeridos para restringir los derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷⁷

El Pacto de San José autoriza a cada uno de los derechos y libertades convencionales en él protegidos restricciones singulares.⁷⁸ El artículo 21, por ejemplo, autoriza limitar el derecho a la propiedad privada por razones de utilidad pública o de interés social,⁷⁹ según las formas establecidas por la ley, y mediante el pago de una indemnización justa.⁸⁰ Como bien fue analizado anteriormente, la Corte IDH ha interpretado que los bienes culturales materiales e inmateriales se encuentran amparados por el artículo 21 y que, en el caso de las poblaciones indígenas, deberán interpretarse respetando sus particularidades culturales.⁸¹

Asimismo, el artículo 30 del Pacto de San José establece cuáles son los requisitos adicionales que deben cumplir las restricciones a los derechos y libertades convencionales singularmente autorizadas para que sean legítimas; es decir, para que dichas restricciones no impliquen una violación a los derechos humanos.⁸² Con base en los

77. *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros*, No. 284, ¶ 20 (Mac-Gregor Poisot, J., voto parcialmente disidente).

78. Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre derechos humanos: “Pacto de San José” arts. 27(1), 29(a), 30, 22 de nov. de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 143 [en adelante Pacto de San José] (explicando que durante una guerra, un peligro público, o una emergencia que amanece la seguridad de un país parte del pacto, ese país puede suspender sus obligaciones bajo el pacto, sujeto a ciertas condiciones

79. El interés social al que esté subordinado el uso y goce del derecho de propiedad debe ser “imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno.” *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 125, ¶ 145 (17 de jun. de 2005).

80. *Id.* ¶ 152.

81. *Id.* ¶ 137; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 79, ¶ 144 (31 de ago. de 2001); *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 346, ¶ 125 (5 de feb. de 2018).

82. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. A.) No. 6, ¶ 7 (9 de mayo de 1986).

artículos 29 y 30 del Pacto de San José,⁸³ la Corte IDH ha determinado que los requisitos para imponer limitaciones a los derechos convencionales son los siguientes:⁸⁴

(i) Que la restricción esté expresamente autorizada por la Convención, en las condiciones particulares en que se ha permitido.

(ii) Que las restricciones estén contenidas en leyes y que se apliquen de conformidad con ellas. La Corte IDH ha establecido que el concepto de leyes al que se refiere el artículo 30 lo es en sentido formal—entendidas como normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgadas por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución y el derecho interno de cada Estado (ley en sentido estricto)—no así en sentido material—concebidas como sinónimo de ordenamiento jurídico (ley en sentido amplio).⁸⁵ De esta manera, las restricciones a los derechos

83. El artículo 29 establece normas relativas a la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José y determina que ninguna disposición del Pacto de San José puede ser interpretada en el sentido de que permita suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Por su parte, el artículo 30 establece que las restricciones a los derechos humanos reconocidos por el Pacto de San José es un permiso positivo, en el tanto permiten la realización de una conducta, en este caso restrictiva, que por regla está prohibida. Desde una interpretación literal, el artículo 30 dispone que las restricciones a los derechos reconocidos por el Pacto de San José están sujetas al principio de reserva de ley, y que las leyes que los restrinjan deberán ser dictadas por razones de interés general. Pacto de San José, *supra* nota 104, arts. 29, 30 (explicando que durante una guerra, un peligro público, o una emergencia que amanece la seguridad de un país parte del pacto, ese país puede suspender sus obligaciones bajo el pacto, sujeto a ciertas condiciones).

84. Opinión consultiva OC-6/86, *supra* nota 108, ¶ 7; López y otros vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 396 ¶ 95 (25 de nov. de 2019); Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 172 ¶ 127 (28 de nov. de 2007).

85. Opinión consultiva OC-6/86, *supra* nota 108, ¶ 38; La Corte IDH ha dicho que “las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante

y libertades convencionales están sujetas al principio de legalidad y su consecuente principio de reserva de ley.⁸⁶

(iii) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos en una sociedad democrática,⁸⁷ es decir, que estén “enderezados al bien común,”⁸⁸ “que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas.”⁸⁹ Los objetivos colectivos deben preponderar “sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.”⁹⁰ De esta manera,

para el ejercicio arbitrario del poder.” *Id.* ¶ 22.

86. *Ver* Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City [La consistencia de ciertos decretos legislativos de Danzig con la Constitución de la Ciudad Libre], Opinión Consultiva, 1935 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 65, en 55, 56 (4 de dic. de 1935); La Corte IDH agrega en su Opinión Consultiva OC-6/86 que “para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.” Opinión consultiva OC-6/86, *supra* nota 108, ¶ 24.

87. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 125, ¶ 217 (17 de jun. de 2005).

88. Opinión consultiva OC-6/86, *supra* nota 108, ¶ 35; El concepto de bien común es definido por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el párrafo 1 de los Considerandos, según el cual su finalidad es “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.” Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos párr. 1, 30 de abril de 1948 [en adelante Declaración Americana].

89. Opinión consultiva OC-6/86, *supra* nota 108, ¶ 18(b); Es interesante señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que el interés personal en el ejercicio del derecho a la libertad de religión y de manifestar su religión no puede ser absorbido por el interés público. De manera analógica, la religión como manifestación cultural de las poblaciones indígenas no podría ser limitada si quiera por un supuesto interés público. *Leyla Şahin vs. Turkey*, App. No. 44774/98, 47 ¶ 10 (10 de nov. de 2005) (F. Tulkens, J., voto disidente), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956>; Raúl Fernando Núñez Marín y Sebastián Canal Flórez, *Las masacres de Río Negro: reflexiones sobre el genocidio de las comunidades indígenas y la obligación de investigar, juzgar y castigar*, 12 CRITERIO JURÍDICO 121, 143 (2012), <https://www.womenslinkworldwide.org/files/1253/las-masacres-de-rio-negro-reflexiones-sobre-el-genocidio-de-las-comunidades-indigenas-y-la-obligacion-de-investigar-juzgar-y-castigar.pdf> (explicando que el derecho a libertad de religión y a manifestar ese derecho no puede ser absorbido por el interés público).

90. *Comunidad Indígena Yakye Axa*, (ser. C) No. 125, ¶ 145.

el Pacto de San José impone no sólo límites formales a la restricción de los derechos convencionales—recogidos en el principio de legalidad—sino también requisitos materiales, relativos al contenido y la finalidad legítima de las leyes.⁹¹

(iv) Que las restricciones cumplan con un examen de proporcionalidad, en función de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁹²

Este examen de convencionalidad es, en el fondo, una forma de limitar el ejercicio del poder público e impedir restricciones arbitrarias a las esferas individuales e inviolables de las personas.⁹³ Así las cosas, se considera que, cuando se cumplen los presupuestos supra citados, no se estaría violentando el núcleo esencial de los derechos convencionales, por lo que su restricción sería legítima.⁹⁴

Adicional a los requisitos supra citados, la Corte IDH ha señalado que, en materia de restricciones al derecho a las tierras y recursos

91. Opinión consultiva OC-6/86, *supra* nota 108, ¶ 32.

92. Sobre la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte IDH ha indicado que “radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido.” *Comunidad Indígena Yakye Axa*, (ser. C) No. 125, ¶ 145; *López y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 396 ¶ 121 (25 de nov. de 2019); En el caso *Jenkins vs. Argentina*, la Corte IDH amplió sobre los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la siguiente manera: “(i) idóneas para cumplir con el fin perseguido, (ii) necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y (iii) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.” Si bien dicho caso se refiere al examen de proporcionalidad en la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad, se considera que su contenido conceptual es igualmente aplicable a las restricciones a otros derechos convencionales. *Jenkins vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 397, ¶ 76 (26 de nov. de 2019); *ver* *Romero Feris vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 391, ¶ 98 (15 de oct. de 2019); *Hernández vs. Argentina*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 395, ~ III ¶ 2 (22 de nov. de 2019).

93. Opinión consultiva OC-6/86, *supra* nota 108, ¶ 21–22.

94. *Jenkins*, (ser. C) No. 397, ¶ 76.

naturales ancestrales, el Estado deberá cerciorarse que la limitación “no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.”⁹⁵ Lo que la Corte IDH ha querido decir con esto es que, aun cuando se cumplan con el examen de convencionalidad, la limitación del derecho a los territorios ancestrales no puede violentar los derechos culturales, sobre todo el derecho a la identidad cultural (“subsistencia como pueblo”). Esta aseveración es medular para responder al objetivo de este ensayo, en el tanto el territorio es una parte esencial de la identidad cultural indígena, según fue analizado anteriormente.⁹⁶

Con la intención de asegurar que las restricciones impuestas al derecho a las propiedades ancestrales no impliquen una denegación a los derechos culturales de la población indígena afectada, ni ponga en riesgo su subsistencia como pueblo tribal, la Corte IDH ha establecido que el Estado debe: (i) asegurar la participación efectiva de los miembros de la población indígena, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio;⁹⁷ (ii) garantizar que los miembros de la población indígena se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y (iii) garantizar que entidades independientes y técnicamente capaces realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.⁹⁸

95. Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 172 ¶ 128 (28 de nov. de 2007); Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 305, ¶ 155 (8 de oct. de 2015).

96. En el caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte IDH estableció que “la propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural,” por lo que “al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.” Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 125 ¶¶ 136–37 (17 de jun. de 2005).

97. *Ver también* Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 309, ¶ 286 (25 de nov. de 2015).

98. *Pueblo Saramaka*, (ser. C) No. 397, ¶ 129; *ver también* Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD.

En un sentido similar, en el Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos ha determinado que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sí permite restringir los derechos culturales de una población indígena frente a un proyecto de desarrollo o inversión dentro de sus territorios tradicionales, cuando los miembros de la minoría “han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional.”⁹⁹ Lo anterior en concordancia con el artículo 32 de la Declaración de la ONU.¹⁰⁰

Lo anterior es ciertamente riesgoso, en el tanto hace depender el respeto de los derechos culturales del derecho a la consulta—derecho humano de carácter político—cuando este ha sido cuestionado en la práctica. Ocurre que los mecanismos de consulta son trastocados por los intereses económicos de los promotores de los proyectos (generalmente extranjeros), de modo que es difícil garantizar que el consentimiento manifestado por las poblaciones indígenas sea acorde a su voluntad real.¹⁰¹ Además, los miembros de dichas comunidades no siempre obtienen los beneficios prometidos por los promotores de

HH. (ser. C) No. 309, ¶ 201 (25 de nov. de 2015).

99. “La aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional.” Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 547/1993, en su septuagésima sesión, ¶ 9.5, Doc. O.N.U. CCPR/C/70/D/547/1993 (16 de nov. de 2000).

100. Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, G.A. Res. 61/295, O.N.U. Doc. A/RES/61/295 (13 sept. 2007) (estableciendo que los estados cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas que desean participar en proyectos que afectan sus tierras, territorios y otros recursos).

101. En Costa Rica, por ejemplo, donde los proyectos son impulsados por el Estado, específicamente por medio del Instituto Costarricense de Electricidad (I.C.E.), las comunidades indígenas “se expresan jurídicamente a través de la figura de las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (creada por una disposición administrativa), . . . una estructura impuesta por el sistema . . .,” y que no reflejan sus estructuras comunitarias tradicionales. No obstante, “solo las asociaciones de desarrollo indígena son representativas de la comunidad indígena y titulares del derecho de consulta.” *Ver e.g.*, Rubén Chacón Castro, *El sistema jurídico indígena en Costa Rica: una aproximación inicial*, 41 REVISTA IIDH 119, 123 (2005); Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 07999–2016, Costa Rica, 10 de jun. de 2016, Resultando ¶ 5.

los proyectos de energía hidroeléctrica de embalse.¹⁰²

Aunado a lo anterior, se considera que, aún cuando las poblaciones indígenas accedan a que el derecho a sus territorios se vea gravemente afectado, el consentimiento no debe tenerse como jurídicamente válido, ya que implica disponer sobre derechos que afectan gravemente el bien común de los Estados de la OEA, en el tanto son Estados democráticos que se fundan en el pluralismo cultural.¹⁰³

Una vez establecidos los requisitos para limitar los derechos humanos convencionales, conviene analizar, desde un punto de vista jurídico, los conflictos de normas que surgen en el caso de la instalación de una planta hidroeléctrica de embalse en territorios ancestrales indígenas.¹⁰⁴ *A priori*, el conflicto normativo esencial que surge es el siguiente: la protección del derecho al medioambiente limpio, sano y sostenible, representado por el promotor de la obra, y la protección de los derechos culturales de las poblaciones indígenas afectadas.¹⁰⁵

102. En el marco de la construcción de la planta hidroeléctrica de embalse “Diquís” en Costa Rica, los miembros de las comunidades de Terraba sabían que sólo los miembros de las poblaciones no indígenas resultarían beneficiados económicamente del proyecto. *Ver* Emily Benton Hite, *Inside the Climate Frontier: Intersecting Indigenous Rights and Hydropower Development in Costa Rica* [Dentro de la frontera climática: intersección de los derechos indígenas y el desarrollo hidroeléctrico en Costa Rica] 161 (2021) (tesis de doctorado, Universidad de Colorado) (en el archivo del autor).

103. Organización de los Estados Americanos, Carta de la Organización de los Estados Americanos art. 48, 4 de mayo de 1948, Serie Sobre Tratados OEA Nos. 1-C y 61, 1609 U.N.T.S. 119 (“Los Estados miembros . . . se considerarán individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos”); Summit Implementation Review Group, Fifth Summit of the Americas, Declaration of Commitment of Port of Spain: Securing Our Citizens’ Future by Promoting Human Prosperity, Energy Security and Environmental Sustainability OEA/Ser.E, CA-V/DEC.1/09 [Declaración de compromiso de Puerto España: asegurar el futuro de nuestros ciudadanos promoviendo la prosperidad humana, la seguridad energética y la sostenibilidad ambiental], ¶ 44 (19 de abril de 2009) (“La cultura desempeña un papel central en el desarrollo general de nuestros países”).

104. Si bien se considera que un conflicto de normas nace de situaciones fácticas concretas, por lo que deben solucionarse casuísticamente, una reflexión teórica sobre el tema provee una perspectiva importante sobre posibles contradicciones normativas de las normas vigentes en materia de derechos culturales de las poblaciones indígenas.

105. *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas*,

Ahora bien, como fue señalado *supra*, para decidir un derecho sobre otro se requiere de un ejercicio de ponderación que, a su vez, supone un examen de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). En primer lugar, la limitación de los derechos culturales de las poblaciones indígenas ante la instalación de las plantas hidroeléctricas de embalse es idónea, en el tanto cumple con la utilidad común de proteger el derecho al medioambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como de mitigar el cambio climático fenómeno que ha sido sobradamente calificado de interés colectivo y que incluso da derecho a ser reclamado por medio de acciones populares.¹⁰⁶ Aún más, el medioambiente es el sustrato sobre el cual se asientan los derechos culturales de las poblaciones indígenas, por lo que la energía hidroeléctrica de embalse es idónea en el sentido de que resguarda la existencia y supervivencia de las sociedades colectivas indígenas y de su cultura, frente a los efectos del cambio climático.¹⁰⁷ En definitiva, sin medioambiente no hay cultura indígena.¹⁰⁸

Por otro lado, la instalación de plantas hidroeléctricas de embalse se considera innecesaria para lograr la utilidad común de mitigar el cambio climático y proteger el derecho al medioambiente limpio, sano y sostenible, cuando la instalación implica el menoscabo a los derechos culturales indígenas, sobre todo producto del desplazamiento forzado.¹⁰⁹ A partir de un análisis del criterio de necesidad, hay medidas alternativas de mitigación al cambio climático igualmente idóneas para alcanzar el objetivo de proteger el derecho a un medioambiente sano, y cuyas repercusiones sobre los derechos

Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 309, ¶ 181 (25 de nov. de 2015).

106. *Ver* Bennoune, *supra* nota 12, ¶ 18 (explicando que ambos derechos están profundamente vinculados y comparten incluso algunas similitudes. Ambos son fenómenos globales, que si bien poseen características propias que dependen de una zona geográfica determinada, finalmente afectan a la humanidad en su conjunto).

107. Convenio Sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, art. 8(j), 1760 U.N.T.S. 79.

108. *Ver* Bennoune, *supra* nota 12, ¶ 18 (indicando que el cambio climático y los derechos culturales tienen una conexión clara especialmente en el caso de las comunidades indígenas).

109. *Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 212, ¶ 147 (25 de mayo de 2010).

culturales de las poblaciones indígenas son menos gravosas.¹¹⁰ En este sentido, debe privilegiarse implementar medidas de mitigación al cambio climático de este tipo, por ejemplo, aquellas fuentes de energías limpias que no afectan los territorios ancestrales indígenas y no arriesgan el desplazamiento forzado de las poblaciones allí asentadas.¹¹¹

Por último, la instalación de las plantas hidroeléctricas de embalse tampoco es proporcional a los daños que ocasiona a los derechos culturales de las poblaciones indígenas, ya que son difícilmente indemnizables.¹¹² Con la intención de hacer menos gravosos los perjuicios causados a los derechos culturales, la Corte IDH ha determinado tímidamente que, “cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas.”¹¹³ De esta manera, el Estado siempre debe recurrir

110. Ver Bennoune, *supra* nota 12, ¶ 18 (señalando que la preocupación por el bienestar de las generaciones futuras debe ser cultural tanto como medioambiental).

111. Ver *e.g.*, Press Release, Nuclear Energy Agency, NEA at COP26 [Comunicado de prensa, acuerdo de energía nuclear en COP26] (31 de oct. de 2021), www.oecd-nea.org/jcms/pl_61714/nea-at-cop26 (explicando como la producción de energía nuclear ha ganado reputación en los últimos años); Es importante señalar que este ensayo no tiene como objetivo analizar las características técnicas de la hidroelectricidad de embalse, pues trata de un ensayo jurídico. Ver Bridget R. Deemer et al., *Greenhouse Gas Emissions from Reservoir Water Surfaces: A New Global Synthesis* [Emisiones de gases de efecto invernadero de las superficies de agua de los embalses: una nueva síntesis global] 66 BIOSCIENCE 949, 961 (2016) (explicando que es importante señalar que estudios técnicos recientes han establecido que la hidroelectricidad de embalse produce cantidades importantes de metano (CH₄), más de lo que se había pensado).

112. Ver Helen Biangalen-Magata, *Los efectos del cambio climático: el debate sobre la indemnización por las pérdidas y daños para los pueblos indígenas*, Debates Indígenas (1 de oct. de 2022), <https://www.servindi.org/actualidad-reportaje/05/10/2022/crisis-climatica-el-debate-sobre-la-indemnizacion-por-las-perdidas-y> (señalando que además de tomar en cuenta la pérdida de recursos naturales se debe tomar en cuenta como los mismos conforman la identidad de los pueblos indígenas).

113. Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 125, ¶ 149 (17 de jun. de 2005); ver también Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser.

como *prima ratio* a la devolución de las tierras tradicionales perdidas y, cuando ello no sea posible, compensar los daños que ello ocasione a las poblaciones indígenas.¹¹⁴

La Corte IDH ha establecido que la compensación de daños puede ser de tres tipos: (i) entregar “tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro;” (ii) brindar una indemnización económica, ya sea en dinero o en especie; o bien, (iii) una mezcla entre los dos tipos de compensaciones.¹¹⁵ Qué tipo de compensación deba darse, no es una decisión antojadiza del Estado, sino que debe decidirlo la población indígena afectada mediante la herramienta de la consulta, la cual deberá ser llevada a cabo de conformidad con los “propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.”¹¹⁶

Ahora bien, el esquema compensatorio de la Corte IDH plantea algunos problemas.¹¹⁷ En el primer supuesto, no se toma en consideración que la cultura indígena es difícilmente reproducible en otra ubicación geográfica, al ser un fenómeno determinado por factores locales y depender de los territorios ancestrales.¹¹⁸ En el segundo supuesto, surge el problema de la cuantificación y estimación de los daños ocasionados a los derechos culturales indígenas, y de la elección de los criterios bajo los cuales son cuantificados.¹¹⁹ Además, la Corte IDH hace depender en última instancia la protección de los derechos culturales en el derecho a la consulta, lo cual plantea los problemas de validez, tanto procedimentales como sustantivos, que fueron analizados anteriormente.¹²⁰ Así las cosas, la adopción de la

C) No. 346, ¶ 125 (5 de feb. de 2018).

114. Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 146, ¶ 135 (29 de mar. de 2006).

115. Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, *adoptado* 7 de jun. 1989, 1650, U.N.T.S. art. 16(4), *entrada en vigor* 5 de sep. de 1991 [en adelante ILO No. 169].

116. Comunidad Indígena Yakye Axa, (ser. C) No. 125, ¶ 151.

117. *Id.* ¶ 137.

118. *Id.* ¶ 50.111.

119. *Id.* ¶ 147.

120. *Ver* Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 547/1993, *supra* nota

energía hidroeléctrica como medida de mitigación al cambio climático es desproporcionada cuando sea imposible devolver las tierras tradicionales perdidas a las poblaciones indígenas, ya que los mecanismos de compensación no resultan suficientes para indemnizar los daños culturales causados.¹²¹

Con todo, así como la protección del derecho a un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado se ha considerado un interés público y legítimo para restringir otros derechos humanos, igualmente apremiante y digno de protección son los derechos culturales de las poblaciones indígenas.¹²² En primer lugar, porque proporcionan información ancestral que sirve para formular medidas de mitigación y de adaptación al cambio climático.¹²³ En segundo lugar, porque la pérdida del patrimonio cultural indígena afecta el patrimonio de la humanidad como un todo,¹²⁴ y la pluriculturalidad sobre la que se basan los Estados democráticos de derecho en América Latina.¹²⁵

Ahora bien, el conflicto normativo entre el derecho al medioambiente limpio, sano y sostenible y los derechos culturales de las poblaciones indígenas afectadas, ha sido invisibilizado por medio del concepto del desarrollo sostenible, el cual integra armoniosamente el desarrollo sociocultural, económico y ambiental.¹²⁶ Con la intención

132, ¶ 9.55 (señalando como el disfrute a los derechos culturales puede requerir medidas legales para asegurar que los miembros de minorías puedan participar en las decisiones que los afectan).

121. Ver Biangalen-Magata, *supra* nota 146 (sosteniendo que el cálculo por daños y pérdidas es una suma muy difícil de determinar y que la metodología para hacer un estimado todavía no se ha establecido).

122. Ver generalmente Convention on Biological Diversity, *Quick Guides to the Aichi Biodiversity Targets* [Guías rápidas para las Metas de Aichi para la Biodiversidad], (Feb. 2013), <https://www.cbd.int/doc/strategic-plan/targets/compilation-quick-guide-en.pdf> (explicando un conjunto de guías rápidas sobre cada una de las Metas de Aichi para la Biodiversidad).

123. *Id.*

124. Bennoune, *supra* nota 12, ¶ 8 (“El daño a cualquier bien cultural deteriora el patrimonio cultural de toda la humanidad, ya que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial”).

125. Ver generalmente Alicia M. Barabas, *Multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios*, CONFIGURAÇÕES 14 (25 de mar. de 2015) (explicando los conceptos de multiculturalismo, pluralismo cultural y interculturalidad).

126. Rachel Emas, *The Concept of Sustainable Development: Definition and Defining Principles* [El concepto de desarrollo sostenible: definición y principios

de honrar el derecho al desarrollo sostenible, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha concentrado en tratar los casos de hidroeléctricas y derechos culturales como conflictos entre el derecho a la propiedad privada de las poblaciones no indígenas (presupuesto necesario para la construcción de una planta hidroeléctrica), y el derecho a los territorios ancestrales de las poblaciones indígenas (presupuesto necesario para existencia de la identidad cultural y cosmovisión indígenas); de otra forma, el concepto del desarrollo sostenible se vería gravemente menoscabado.¹²⁷ Lo anterior también ha suscitado que los intereses económicos y extractivistas¹²⁸ de los promotores de las hidroeléctricas de embalse sean encubiertos por un discurso filantrópico a favor del desarrollo sostenible. El hecho de que las plantas hidroeléctricas aún se promuevan como fuente de energía limpia cuando se conocen los perjuicios que tienen sobre la cultura indígena, demuestra que detrás de la mitigación del cambio climático se encuentran fuertes intereses económicos.¹²⁹

Aún cuando los derechos en conflicto fuesen derechos relativos a la propiedad, sería más conforme al Pacto de San José limitar el derecho a la propiedad privada de las poblaciones no indígenas a favor del

definitorios] Brief for General Sustainable Development Report [GSDR] 1,3 (2015) (“El principio fundamental del desarrollo sostenible, y que subyace a todos los demás, es la integración de las preocupaciones ambientales, sociales y económicas en todos los niveles de la toma de decisiones”).

127. Ver *Guías rápidas para las Metas de Aichi para la Biodiversidad*, supra nota 156 (estableciendo que el apoyo a las comunidades indígenas contribuiría a encontrar soluciones más sostenibles para usar los recursos naturales).

128. Ver Daniela del Bene, *Hydropower and Ecological Conflicts: From Resistance to Transformations* [Energía hidroeléctrica y conflictos ecológicos: de la resistencia a las transformaciones] 12, 14, 96 (2018) (tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona) (explicando que el término extractivismo se refiere a un modelo político-económico basado en el crecimiento económico impulsado por los bienes de exportación primarios: minerales, biomasa y energía, como carbón, petróleo, gas, hidroelectricidad y bioenergía, y que asimismo, el concepto de extractivismo va más allá de la extracción física de materiales e incluye un conjunto de prácticas y crímenes que han sido llevados a cabo en contra de distintas culturas que se origina en la época colonial latinoamericana).

129. Ver NICK MIDDELDORP, *PUEBLOS INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES: HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA DEL TERRITORIO: INDICADORES PARA LA EVALUACIÓN DE LA CONSULTA Y PROTOCOLO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES* 92 (2018) (discutiendo como algunos proyectos con discurso de desarrollo sostenible violan los derechos de las comunidades indígenas).

derecho colectivo a los territorios ancestrales de las poblaciones indígenas.¹³⁰ Lo anterior sería (i) idóneo ya que se cumple con el interés público y legítimo de proteger el patrimonio cultural de un Estado pluralista—patrimonio que, como fue analizado anteriormente, forma parte del patrimonio de la humanidad—; (ii) necesario, ya que, al ser la cultura un fenómeno determinado por factores locales, las particularidades culturales que ha desarrollado una determinada población indígena con sus territorios son difícilmente reproducibles en otro lugar, de modo que es absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y no existe una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas igualmente idóneas; y (iii) proporcional porque las indemnizaciones justas a la propiedad privada individual son más fácilmente cuantificables, ya que el concepto de propiedad que manejan las poblaciones no indígenas es mercantilista.¹³¹

Sin embargo, al ser las poblaciones indígenas un grupo tradicionalmente vulnerado, los derechos culturales de las poblaciones indígenas no se han estimado un interés suficientemente legítimo para restringir los derechos a la propiedad privada individual.¹³² Si bien el Estado es fundacionalmente pluricultural, lo cierto es que su perspectiva del derecho de la propiedad es de corte mercantilista.¹³³

En cualquier caso, los promotores de la instalación de hidroeléctricas de embalse, sean personas de naturaleza pública o privada, tienen la obligación de proteger los derechos culturales de las poblaciones indígenas, incluso cuando se trate de una compañía extranjera que actúa tutelada por un tratado bilateral o multilateral de inversión.¹³⁴ Según la Corte IDH, los tratados de inversión no pueden

130. *Ver* Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 2102/2011, ¶ 7.6. Doc. O.N.U.

131. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 125, ¶ 143–44 (17 de jun. de 2005).

132. *Id.*

133. *Ver generalmente* Enrique Ghersi Vidal, *Consecuencias jurídicas del mercantilismo*, 25 IUS ET VERITAS, 401 (2002) (explicando la economía mercantilista en Latinoamérica).

134. En este sentido, los siguientes documentos establecen la responsabilidad de las compañías en materia de derechos humanos: Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy”

excluir el cumplimiento de las obligaciones internacionales establecidas en el Pacto de San José; por el contrario, su aplicación debe ser conforme.¹³⁵

IV. CONCLUSIONES

En virtud del análisis anterior normativo y jurisprudencial, bajo los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad formulados por la Corte IDH, se considera ilegítima la restricción de los derechos culturales de las poblaciones indígenas en América Latina frente a la producción de energía hidroeléctrica de embalse como medida de mitigación al cambio climático, encarnada por el derecho a un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Bajo los criterios desarrollados por la Corte IDH para limitar los derechos convencionales—amparados en los artículos 29 y 30 del Pacto de San José—, se considera que la instalación de plantas hidroeléctricas de embalse violenta el núcleo esencial de los derechos culturales indígenas y transgrede la postura mantenida por la propia Corte IDH, en el tanto ha establecido que la limitación al derecho a las tierras y recursos naturales ancestrales, los elementos fundacionales de la cultura indígena, no puede poner en riesgo su subsistencia como pueblo tribal.

Según fue analizado supra, la instalación de plantas hidroeléctricas de embalse afecta innecesaria y desproporcionadamente los derechos culturales de las poblaciones indígenas, las cuales ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a los efectos previstos del cambio climático, en el tanto suponen la destrucción del sustrato material sobre el cual se basa su cosmovisión y se construye su

Framework, [Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Implementación del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”] U.N. Doc. A/HRC/17/31, annex (21 de marzo de 2011); Org. Econ. Co-operation & Dev. [OECD], *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* [directrices OCDE para empresas multinacionales] 3 (2011), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>.

135. La Corte IDH ha determinado que el Pacto de San José es un “tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados.” Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 146, ¶ 140 (29 de mar. de 2006).

identidad cultural.¹³⁶ La instalación de las plantas hidroeléctricas de embalse es innecesaria para mitigar el cambio climático y proteger el derecho al medioambiente sano y ecológicamente equilibrado, ya que implica el menoscabo a los derechos culturales indígenas, sobre todo producto del desplazamiento forzado y, por ende, la violación grave a los derechos culturales de dichas poblaciones y de las generaciones futuras, así como del patrimonio cultural de la humanidad.¹³⁷

Aunado a lo anterior, la instalación de las plantas hidroeléctricas de embalse y sus consecuentes desplazamientos forzados, suponen la pérdida de una fuente única de conocimientos ancestrales para idear mecanismos de mitigación al cambio climático.¹³⁸ Perder información ancestral necesaria para transformar la relación del ser humano con su medio natural es altamente riesgoso en tiempos de una emergencia climática.¹³⁹ La cultura indígena, como toda manifestación cultural, sirve de medio para encontrar soluciones a los problemas existenciales del ser humano.¹⁴⁰ El calentamiento global es hoy el más existencial de los problemas.¹⁴¹

136. Ver Domenica Villena Delgado, et.al., *Hidroeléctricas en Sudamérica y en el Perú: situación actual en la cuenca del río Marañón*, DERECHO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES (6 de abril de 2021), <https://dar.org.pe/hidroelectricas-en-sudamerica-y-en-el-peru-situacion-actual-en-la-cuenca-del-rio-maranon> (analizando que los proyectos hidroeléctricos en el río Marañón en Perú han estado marcados por muchos conflictos debido a las consecuencias ambientales para los grupos indígenas).

137. *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 212, ¶ 147 (25 de mayo de 2010).

138. Ver Departamento de Derechos Humanos y Estudios Indígenas– Universidad ARCIS, *El caso de la Central Hidroeléctrica Ralco 7* (16 de sep. de 2003) (identificando el impacto cultural que las plantas hidroeléctricas han tenido en la comunidades mapuche pehuenches en Chile).

139. *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 125, ¶ 147 (17 de jun. de 2005).

140. Ver DOUGLAS NAKASHIMA ET. AL., WEATHERING UNCERTAINTY: TRADITIONAL KNOWLEDGE FOR CLIMATE CHANGE ASSESSMENT AND ADAPTATION [SUPERANDO LA INCERTIDUMBRE: CONOCIMIENTO TRADICIONAL PARA LA EVALUACIÓN Y ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO] 6 (David McDonald ed., UNESCO & UNU 2012) (argumentando que las comunidades indígenas han desarrollado estrategias para enfrentar climas inestables y se están adaptando a los tempranos cambios climáticos).

141. Ver generalmente Press Release, *Climate Change the Greatest Threat the*

Asimismo, la instalación de las plantas hidroeléctricas de embalse causa daños desproporcionados en los derechos culturales de las poblaciones indígenas, pues son difícilmente indemnizables y cuantificables.¹⁴² La cultura indígena no se puede reproducir en otra ubicación geográfica, al ser un fenómeno determinado por factores locales y ser especialmente territorial. Además, el esquema compensatorio dictado por la Corte IDH se estima insuficiente, en el tanto no trata los derechos culturales como derechos autónomos, sino que los hace depender del derecho a la consulta—cuya práctica ha demostrado poca independencia técnica de las entidades que intervienen en el proceso de participación.¹⁴³

Ahora bien, la Corte IDH ha tratado el conflicto normativo entre el derecho al medioambiente sano y los derechos culturales como si fuera un conflicto entre dos tipos de propiedad: una de tipo privatista y mercantilista, otra de naturaleza colectiva y holística, ambas salvaguardadas por el artículo 21 del Pacto de San José. Ello refleja el hecho de que, detrás del discurso ecológico manejado por los inversores de plantas de hidroelectricidad de embalse y del concepto sin duda ambiguo de “desarrollo sostenible,” se encubren intereses económicos.

Ahora bien, en caso de que un Estado no tenga más opción que recurrir a la generación de energía hidroeléctrica de embalse frente a otros tipos de energías limpias menos agresivas, se considera que la restricción de los derechos culturales indígenas sería de recibo,

World has Ever Faced, UN Expert Warns OHCHR [El cambio climático es la mayor amenaza que el mundo jamás haya enfrentado, advierte un experto de la ONU ACNUDH] (21 de oct. de 2022), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/10/climate-change-greatest-threat-world-has-ever-faced-un-expert-warns> (discutiendo los obstáculos que los países enfrentan con las crisis relacionadas al cambio climático).

142. Ver Waterkeeper Alliance, et.al., *A Declaration: Climate Mitigation Efforts Must Reject so-called “Sustainable Hydropower” as a Solution to Combat Climate Change [Una declaración: los esfuerzos de mitigación climática deben rechazar la llamada “energía hidroeléctrica sostenible” como solución para combatir el cambio climático]* (9 de nov. de 2021) (indicando como las compañías y financistas generalmente no rinden cuentas por las violaciones de derechos humanos causadas por esta práctica).

143. Ver Biangalen-Magata, *supra* nota 146 (explicando como los pueblos indígenas han sido relegados como beneficiarios de fondos y que ha llegado el momento de ponerlos en una posición de igualdad en la toma de decisiones).

siempre y cuando se haya obtenido la anuencia de la población indígena afectada sobre la limitación de sus derechos culturales y las medidas de compensación a ser implementadas por los daños ocasionados, siguiendo un minucioso proceso de consulta en estricto cumplimiento de la voluntad interna de la población indígena afectada.

En virtud de lo anterior, la implementación de la hidroelectricidad de embalse como medida de mitigación al cambio climático hace surgir un conflicto normativo real y existencial para los derechos culturales de las poblaciones indígenas, tanto actuales como futuras.¹⁴⁴ De esta manera, es imperativo repensar de manera crítica y, sobre todo, con una gran sensibilidad hacia los derechos humanos culturales, la conveniencia de la hidroelectricidad de embalse como medida de mitigación al cambio climático, ya que la protección de los derechos culturales de las poblaciones indígenas es un propósito igualmente apremiante y noble que la protección del medioambiente del cual depende su existencia; lo anterior, en cumplimiento del pluralismo cultural, es el principio fundacional de todo Estado de derecho miembro de la OEA.

144. Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 284, ¶ 246 (14 de oct. de 2014).