

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos
en el derecho interno
Pedro Nikken

Educación, desarrollo y derechos humanos
Mayra Falck

Certeza jurídica del derecho interamericano de
derechos humanos: avances, reparos y rezagos
Julieta Morales Sánchez

Justicia transicional en las Américas. El impacto del
Sistema Interamericano
Federico Sersale di Cerisano

Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua
de los pueblos indígenas ante el
Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
Luis Carlos Buob Concha

Los delitos graves en el sistema procesal
penal mexicano: una violación a la Convención Americana
sobre Derechos Humanos
Carlos Morales Sánchez

El fuero indígena
Rafael Ángel Ramírez Restrepo



Enero - Junio 2013

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2013 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación

<i>José Thompson J.</i>	7
El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno	11
<i>Pedro Nikken</i>	
Educación, desarrollo y derechos humanos.....	69
<i>Mayra Falck</i>	
Certeza jurídica del derecho interamericano de derechos humanos: avances, reparos y rezagos	85
<i>Julieta Morales Sánchez</i>	
Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano	115
<i>Federico Sersale di Cerisano</i>	
Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	137
<i>Luis Carlos Buob Concha</i>	
Los delitos graves en el sistema procesal penal mexicano: una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	175
<i>Carlos Morales Sánchez</i>	
El fuero indígena en Colombia	193
<i>Rafael Ángel Ramírez Restrepo</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 57 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2013, dedicado en esta ocasión al *I Curso Colombiano Interdisciplinario en Derechos Humanos*, que tuvo lugar del 12 al 22 de marzo en Medellín, Colombia, en el marco del 47 Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este curso fue organizado por el IIDH en conjunto con el mencionado Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Colombiano de Derechos Humanos y varias entidades públicas de la ciudad de Medellín.

Con esta edición del Curso Interdisciplinario, el IIDH, como brazo académico de apoyo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), se propuso retomar – fuera de la sede – un análisis académico del proceso de fortalecimiento del SIDH que tuvo lugar en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a mediados de 2011 y que culminó con la celebración de la Asamblea General Extraordinaria de la OEA, el 23 de marzo de 2013.

En ese sentido, el eje temático del I Curso Colombiano Interdisciplinario fue “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: historización, debate actual y perspectivas a futuro”. El objetivo fue generar un espacio académico en el que se discutiera y reflexionara sobre los aspectos políticos del trabajo de los órganos de protección del SIDH, los avances jurisprudenciales y su incorporación en el derecho interno, a partir de su universalidad del Sistema. Así mismo, permitió analizar la importancia e impacto de las actividades de promoción de los órganos del SIDH en el diseño, implementación y monitoreo de políticas públicas con enfoque de derechos, a partir de la obligación de cumplimiento.

A través de las diversas ponencias, paneles y talleres, el eje temático del Curso posibilitó repasar las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, incluyendo el deber de aplicar el control de convencionalidad, estudiar la evolución de los órganos del Sistema con énfasis en sus reformas reglamentarias más significativas y analizar el impacto político de las relatorías especiales, con énfasis en la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Por otra parte, el Curso fomentó espacios de reflexión en otros temas de vigencia internacional que, a su vez, han caracterizado nuestra realidad regional. Así, se analizaron los derechos humanos de las mujeres y la justicia transicional, así como los derechos económicos, sociales y culturales, con énfasis en el derecho a la educación y la educación en derechos humanos.

En este contexto, la edición 57 de la Revista IIDH recopila los artículos académicos desarrollados por algunos de los y las ponentes del Curso, en específico: Pedro Nikken (Venezuela), Mayra Falck (Honduras), Federico Sersale (Argentina) y Julieta Morales (México). Además, se invitó a colaborar a quienes han participado en el Curso Interdisciplinario, involucrándoles en el proceso posterior de esta actividad de formación. Esta es una de las acciones que el IIDH emprende para que el Curso sea el punto de partida de un compromiso por parte de quienes participan en él, con el fin de promover propuestas y/o estudios especializados para el fortalecimiento y promoción de los derechos humanos. En ese sentido, se seleccionaron tres colaboraciones: Luis Carlos Buob (Perú), Rafael A. Ramírez (Colombia) y Carlos Morales (México).

En esta edición se estudiará la internacionalización de los derechos humanos a través de su adopción en el derecho interno de los Estados, incluyendo su aplicación específica por parte de autoridades judiciales y administrativas; se repasará la certeza jurídica del derecho interamericano, tomando en cuenta sus avances, reparos y rezagos; se destacarán los principales logros alcanzados, señalando también aquello que aún es un desafío para el SIDH, tomando en consideración las condiciones de acceso al mismo, la adopción del derecho interamericano en el derecho nacional y los especiales escenarios de vulnerabilidad; se analizará el impacto que

ha tenido la justicia transicional en el SIDH al valorar los aportes que la jurisprudencia interamericana ha desarrollado sobre la materia, desde el acceso a la justicia – tomando en cuenta las deposiciones de amnistía y la jurisdicción penal militar –, hasta el derecho a la verdad y la reparación integral; se valorará la importancia de la educación en derechos humanos con énfasis en cuatro aspectos clave, para que se configure en un eje para promover el desarrollo de forma que trascienda a un círculo de aprendizaje integral de la sociedad. Por otra parte, seremos testigos de una propuesta jurídica sobre cómo amparar la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el SIDH, tomando en consideración el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del Sistema Universal, el carácter evolutivo de la jurisprudencia de nuestro sistema regional y la interpretación *pro homine* del texto convencional. Además, nos adentraremos en el sistema penal mexicano y, en específico, en la figura de la prisión preventiva, con el fin de estudiar su compatibilidad o no con lo dispuesto en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH, haciendo un ejercicio de convencionalidad. Finalmente, se analizará el fuero indígena en Colombia con el fin de determinar la competencia de la justicia ordinaria o indígena con fundamento en la norma y jurisprudencia colombiana y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH al equipo de trabajo de las diversas instituciones que hicieron posible la realización del *I Curso Colombiano Interdisciplinario en Derechos Humanos*, incluyendo a las agencias internacionales de cooperación. Asimismo, agradecemos a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus artículos académicos para esta edición de la Revista, e invitamos a las y los lectores a que también sean partícipes de la discusión sobre temas de relevancia para la comunidad internacional, colaborando con sus contribuciones a esta publicación semestral que desde 1985, acoge artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales que desarrollen y hagan énfasis en la temática de los derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*

*Luis Carlos Buob Concha***

“Como otros hombres edifican sus proyectos sobre sus empleos, títulos, artes o finanzas, sobre la tierra y sus frutos los comuneros levantaban su esperanza... Y para ellos la tierra y sus frutos comenzaban por ser un credo de hermandad”

Ciro Alegría (El mundo es ancho y ajeno)

Introducción

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es una piedra angular para el paulatino reordenamiento del poder y orden público internacional con relación al respeto y protección del ser humano como sujeto de derechos. A partir de su aceptación universal se desarrollan de manera más prolija los valores básicos inherentes a toda persona humana, como la dignidad, la libertad y la igualdad, en el entendido de que éstos se aplican y pertenecen a todos y todas, en todos los lugares y en todo momento. Desde esta perspectiva, el reconocimiento jurídico que actualmente posee el derecho al agua como derecho humano representa uno de los avances contemporáneos del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

* Las reflexiones aquí sostenidas son responsabilidad del autor y no comprometen a institución alguna.

** Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas e integrante del equipo jurídico del Programa para Centroamérica y México del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

El incremento de conflictos sobre el acceso al agua, especialmente entre los Estados, los sectores productivos (agricultura, minería, turismo, entre otros) y las comunidades indígenas – como uno de los actores sociales actualmente más visibles –, ha llegado a desencadenar tensión, zozobra social y afectación de diferentes derechos fundamentales, muchas veces con consecuencias trágicas y graves violaciones a los derechos humanos.

La interrelación del valor estratégico que adquiere el agua como recurso, la contaminación a la que se encuentra expuesto y su carácter vital para el sustento de la especie humana, forman parte del panorama en que la comunidad internacional ha puesto su atención, constituyéndose un punto que adquiere relevancia en la agenda internacional por los efectos que tiene en la poblaciones y, de manera específica, en los pueblos indígenas. En ese contexto, el desarrollo, reconocimiento y protección del derecho humano al agua, visto desde un enfoque intercultural, adquiere relevancia jurídica, pues representa un elemento esencial para la protección y respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Se trata de un tema de actualidad cuyo debate es necesario.

En el presente trabajo se analiza cómo el agua ha venido adquiriendo la condición jurídica de derecho humano y, específicamente, cómo se configura una dimensión colectiva cuando se le relaciona con los pueblos indígenas, en el marco de las sociedades multiculturales contemporáneas. Una vez hecho tal reconocimiento, se estudia, desde las posibilidades que ofrece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la viabilidad de su exigibilidad jurídica en el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), particularmente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con el objeto de a fortalecer su respeto y garantía.

1. Reconocimiento del derecho humano al agua

La primera vez que se reconoce a nivel internacional y de manera explícita la existencia del derecho al agua fue en el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, en 1977 (Mar del

Plata). Durante esta conferencia, los Estados declararon que “todos los pueblos, cualquiera sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”¹. Posteriormente se han producido importantes precedentes a través de declaraciones y tratados emitidos en el ámbito de los organismos internacionales, en los que se han ido perfilando y concretando aspiraciones con implicaciones jurídicas y políticas relacionadas al acceso a y uso del agua².

Si bien el derecho al agua carece de un reconocimiento autónomo en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en tanto que los precedentes citados sólo lo incluyen como elemento integrante de otros derechos fundamentales – como la vida, salud o medio ambiente –, se considera que el derecho al agua es un derecho humano emergente con validez contemporánea y trascendencia global, que va adquiriendo mayor carácter de autonomía.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es uno de los órganos que ha impulsado el desarrollo del concepto y contenido del agua como derecho humano, en tanto órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC), a través de su Observación General No. 15. El CDESC declara: “El agua es un

1 Organización de las Naciones Unidas (ONU), *El derecho humano al agua y al saneamiento: hitos*, 2011, http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_spa.pdf, disponible a octubre de 2013.

2 Ver: apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el apartado c) del párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 20, 26, 29 y 46 del Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, de 1949; los artículos 85, 89 y 127 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 1949, entre otros. Ver también el párrafo 18.47 del Programa 21, en el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992; el Principio 3 de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente; el Principio 2 del Programa de Acción, en el Informe de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos³.

El CDESC desarrolla el derecho al agua a partir de los artículos 11 y 12 del PIDESC, relacionados al derecho a un nivel de vida adecuado, en tanto el agua representa una condición esencial para la supervivencia, y al derecho al más alto nivel posible de salud, como categoría indispensable para garantizarlo⁴. Adicionalmente, lo relaciona a los derechos a una vivienda y alimentación adecuadas, también contenidos en el artículo 11⁵.

El CDESC se ha ocupado del examen de este derecho en los informes presentados por los Estados parte, lo que ha permitido generar mayores acciones para el disfrute efectivo del derecho humano al agua, según los estándares que el mismo Comité ha desarrollado⁶.

En ese sentido, el CDESC ha dicho que:

El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos.

3 CDESC, *Observación General No. 15, El derecho al agua, artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ONU E/C.12/2002/11, 2002, párr. 1.

4 *Ibidem*, párr. 3.

5 *Ibidem*.

6 En ese sentido, en la formulación actualizada de directrices que hace el CDESC para la presentación de los informes de los Estados parte, con arreglo a los artículos 16 y 17 del PIDESC, incorpora la información que los Estados deberán entregar en lo que se relaciona a sus obligaciones sobre el derecho al agua, para garantizar el respeto y protección de los artículos 11.1 y 12 del mismo tratado. CDESC, *Directrices sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ONU E/C.12/2008/2, 2008, párrs. 48, 49, 50 y 57.b.

En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua⁷.

El desarrollo que ha hecho el CDESC en la Observación General No. 15 y los precedentes mencionados anteriormente, han permitido avanzar hacia un mayor reconocimiento y concreción de este derecho en la esfera internacional. Así, en julio de 2010 la Asamblea General de la ONU reconoció como derecho humano el acceso al agua potable, indicando que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”⁸. En septiembre del mismo año, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas fortalece el fundamento jurídico sobre el que se asienta el derecho al agua afirmando que está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana. Seguidamente, reconoce que existen obligaciones jurídicamente vinculantes a los Estados relacionadas con el acceso al agua potable y saneamiento⁹.

Para profundizar en la protección jurídica que deben dar los Estados a este derecho, resulta ilustrativo revisar los últimos informes anuales de la experta independiente y ahora Relatora Especial para el Derecho Humano al Agua y el Saneamiento, Catarina de Albuquerque¹⁰. Su informe de 2010 indica que en la evaluación de la prestación de servicios de agua potable se debe determinar si ésta contribuye o no la realización de los derechos humanos, es decir, si se cumple con el respeto y garantía del contenido de dicho derecho, a saber, su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad. Lo adecuado

7 CDESC, *Observación General No. 15, El derecho al agua...* párrs. 1 y 10.

8 ONU, *El derecho humano al agua y el saneamiento*, ONU A/RES/64/292, 2010, párr. 1.

9 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, ONU A/HRC/15/L.14, 2010, párrs. 3 y 8.

10 Cfr. de Albuquerque, Catarina, *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, ONU A/HRC/15/31, 2010, párr. 29, e *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento*, ONU A/HRC/18/33, 2011, párrs. 40-79.

para el ejercicio del derecho al agua puede variar según las diferentes condiciones, pero deberá estar destinado al respeto de la dignidad, vida y salud humanas. La disponibilidad se refiere a la continuidad y suficiencia que debe tener el recurso para los usos personales y domésticos; la calidad se refiere a la condición de salubridad que debe tener el agua, es decir, que no debe contener sustancias o microorganismos que constituyan una amenaza para la salud de las personas; la accesibilidad se refiere a cuatro condiciones superpuestas, a saber, debe existir alcance físico a las instalaciones y servicios de agua en toda la población, debe existir asequibilidad económica para no comprometer su disfrute, debe ser accesible a todos de hecho y de derecho sin discriminación y debe existir la posibilidad de solicitar, recibir y difundir información relacionadas al agua¹¹.

En consideración de lo expuesto, si bien puede haber opiniones divergentes sobre el reconocimiento del derecho al agua como derecho autónomo, no se puede negar la existencia de las obligaciones vinculantes que tienen los Estados con relación a dicho derecho, dada su estrecha relación con la realización de otros derechos humanos plenamente identificados. Ahora bien, al margen de la construcción jurídica que se realiza *infra*, en la que nos remitimos al contenido de otros derechos por no existir reconocimiento expreso del derecho al agua en la CADH, no debe escapar de esta investigación el sostener su carácter autónomo. Se puede considerar que, si bien el agua como recurso representa una base esencial para la concreción de otros derechos humanos, como la vida, salud o a la participación en la vida cultural – explícitamente reconocidos –, como tal representa un derecho con contenido propio, ciertamente relacionado e interdependiente con otros, pero claramente separable en aspectos sustantivos, como su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad. Afirmar lo contrario, supeditando este derecho al contenido de otros derechos humanos, supondría correr el riesgo de no salvaguardar aspectos esenciales propios del derecho al agua y limitarlo a la concreción de esos otros derechos. En otras palabras, no sería posible retratar

11 Cfr. CDESC, *Observación General No. 15, El derecho al agua...* párrs. 11 y 12.

el significado particular que este derecho tiene, ya que no todos sus componentes estarían presentes en los otros contenidos jurídicos, cosa que configuraría una pérdida en la proyección de su especificidad.

Esta afirmación se ve además reforzada por la plena identificación del derecho al agua con la noción de la dignidad de la persona. En tanto la cuestión de la dignidad está presente en el goce del derecho al agua y éste no queda plenamente incorporado en la protección de algún otro derecho humano por las características de su especificidad, sería necesaria su identificación como derecho con contenido propio y separable de los demás. Esto es, mediante los avances jurídicos y políticos que se desarrollen en la dinámica de la evolución del marco de los derechos humanos. Cabe anotar que el hecho de sostener que se reconozca el surgimiento y autonomía de un derecho humano no significa sostener la proliferación creativa de derechos que socaven la vigencia y respeto de los ya existentes. Por el contrario, se sustenta que ante la necesidad de adaptarse a los cambios que en las sociedades se presentan, se debe evaluar la pertinencia del reconocimiento planteado para hacer frente a las amenazas que condicionan la dignidad de la persona humana.

Los primeros atisbos y consecuente discusión de este derecho se desarrollan con base en realidades históricas determinadas y como forma de garantizar la dignidad de la persona de acuerdo a los contextos y necesidades que emergen en las sociedades donde confluyen e interactúan diversas variables y situaciones políticas y sociales, las cuales motivan y desafían su construcción conceptual en el Derecho. Precisamente, el desarrollo y subsecuente toma de conciencia de los seres humanos respecto a las diferentes amenazas sobre los recursos hídricos, incitan a su aproximación jurídica en tanto condición para el desarrollo de una vida digna y como instrumento para resolver conflictos latentes alrededor del mismo. Con relación a las comunidades indígenas, esta aproximación deberá respetar sus particulares modos de vida y concepciones del mundo, haciendo una ponderación y conciliación objetiva junto a los demás intereses y derechos existentes. Esto se refleja cuando el CDESC menciona que

los Estados deben velar por que “el acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”¹². No obstante, pese a los modestos – pero no por eso menos importantes– avances en la materia, se deben tener en cuenta las dificultades para acceder a espacios de diálogo y debate sobre el tema con relación a las poblaciones indígenas, así como el camino a seguir para un efectivo respeto y consideración de sus prácticas culturales y espirituales en conexión con el agua, su uso y las decisiones que afectan su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad.

2. Los pueblos indígenas y la dimensión colectiva del derecho humano al agua

El papel que el agua tiene en las relaciones sociales y la resolución de conflictos, así como su carácter espiritual y de identificación cultural para los pueblos indígenas, pasan desapercibidos desde el paradigma legal hegemónico o, peor aún, se interpretan y reconstruyen en función de sus postulados, la mayoría de veces con definiciones estereotipadas, rechazando *de facto* cualquier vericuetos que amenace el modelo que se pretende implementar.

En el caso de los pueblos indígenas, la protección del derecho al agua debe abarcar una dimensión colectiva cuyo contenido jurídico resguarde por lo menos un nivel operativo y otro de participación, los cuales se interrelacionan y condicionan directamente – además de proteger las características propias de su contenido jurídico, a saber, su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad. El nivel operativo se referiría a la posibilidad de usufructuar el recurso por parte de los integrantes de la comunidad según sus propias instituciones; el nivel participativo se referiría a la posibilidad de participar en las decisiones sobre la gestión del recurso, la cual contiene por lo menos dos características relativas a la decisión

12 Ibidem, párr. 16(d).

colectiva: por un lado, una esfera intracomunitaria, que implica su uso interno y conservación, poder determinar quién y cómo se accede al sistema local del recurso, y determinar las sanciones y formas de transferencia de derechos relacionados a la gestión hídrica; por otro, una esfera extracomunitaria, que implica su legitimidad como interlocutores sobre la toma de decisiones nacionales en el uso, acceso y destino del recurso natural¹³.

Lo anterior se podría enmarcar esto dentro de las características clásicas del derecho al agua, es decir, proteger la disponibilidad de la fuente natural correspondería con velar por que exista una cantidad y la continuidad suficiente para los usos otorgados por el pueblo indígena. La calidad se referiría a las características mínimas de limpieza que debe tener el agua para que no amenace los usos destinados por los pueblos indígenas y la accesibilidad se relacionaría al alcance físico de las fuentes del recurso hídrico, así como a la posibilidad de solicitar, recibir y difundir información relacionada al agua. En todas ellas se deberían encontrar implícitos los niveles operativo y participativo arriba descritos.

La Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha mencionado al respecto que:

Las fuentes naturales de agua utilizadas tradicionalmente por los pueblos indígenas, como los lagos o ríos, pueden no ser ya accesibles debido a la expropiación o la apropiación gradual de las tierras por otros. El acceso puede verse amenazado también por la contaminación ilegal o la sobreexplotación. Además, las fuentes de agua de los pueblos indígenas pueden haber sido desviadas para abastecer de agua potable a las zonas urbanas. Así pues, para asegurar el derecho al agua de los pueblos indígenas puede ser necesario, en muchos casos, adoptar medidas para asegurar sus derechos a las tierras ancestrales,

13 Gentes, Ingo, *Derecho de agua y derecho indígena: hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos*, documento conceptual para el Programa Walir, Santiago de Chile, 2001, págs. 31-33. Disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd29/andinos.pdf>, a octubre de 2013.

reforzar sus sistemas tradicionales de aprovechamiento del agua y proteger sus recursos naturales¹⁴.

Entonces, la protección internacional del derecho al agua de los pueblos indígenas, en su faceta colectiva garantizaría que estos grupos delineen de manera autónoma sus proyectos de vida, dejando de lado el centralismo republicano y la exclusión social imperante; esta construcción jurídica está relacionada además con el concepto de libre determinación¹⁵.

El respeto al régimen comunal de tenencia de recursos hídricos que en este trabajo se expone, se deriva del carácter colectivo de los sistemas que estas poblaciones han utilizado y construido de forma intergeneracional. El derecho colectivo al agua, que no niega su faceta individual, es clave para el funcionamiento del sistema indígena. La creación de responsabilidades, obligaciones, derechos y sanciones imbricadas en sus prácticas consuetudinarias alrededor del agua, genera incentivos y límites en el comportamiento de sus integrantes y trasciende un enfoque únicamente material como bien escaso y transable; este recurso está además íntimamente ligado a su subsistencia¹⁶. En otras palabras, en lo que concierne a las poblaciones indígenas se debe prestar especial atención a las condiciones fácticas y legales en las que se encuentran, dado que integran un grupo con dificultades materiales y formales para ejercer este derecho, asociado además a las diferencias culturales que poseen con relación a las poblaciones mayoritarias o hegemónicas. Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo:

14 OACNUDH, *Folleto informativo No. 35, El derecho al agua*, Ginebra, 2011, pág. 26. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35Sp.pdf>, a octubre de 2013.

15 Anaya, James, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en: Charters, Claire, y R. Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, IWGIA, Copenhague, 2010, págs. 194-209.

16 Urteaga, Patricia, “El derecho colectivo al agua”, en: Urteaga, Patricia, y Rutgerd Boelens (eds.), *Derechos colectivos y políticas hídricas en la Región Andina*, IEP y Walir, Lima, 2006, págs. 113-158; Boelens, Rutgerd, “Amenazas, defensa y afirmación de los derechos colectivos en la gestión del agua”, en: *ibidem*, págs. 11-46.

The right to water is violated if governments fail to take adequate steps to safeguard the cultural identity of various ethnic or religious groups. Examples include the destruction, expropriation or pollution of water-related cultural sites by state or no-state actors, or the offering by state authorities of land titles to individual members of indigenous peoples when these peoples traditionally take a collective approach to using property and attendant water resources, thereby threatening the cultural identity and existence of the entire group¹⁷.

Asimismo, la OACNUDH menciona que, con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación, para el caso de los pueblos indígenas puede ser necesario reforzar sus costumbres y tradiciones para garantizar su acceso al agua y protección de sus recursos hídricos naturales¹⁸. Por esta razón, con su protección en tanto derecho humano se fortalece la capacidad de los pueblos indígenas para decidir sobre su destino sobre la base de sus propias visiones de desarrollo e identidad, protección que, estará limitada por el mismo marco internacional de los derechos humanos.

En contextos de competencia y presión hídrica como los actuales, es necesario analizar de forma integral los problemas que surjan con relación al agua sin entramparnos en esencialismos o modernismos,

17 Salmón, Elizabeth, y Pedro Villanueva, “Los aportes del Derecho Internacional a la construcción del derecho humano al agua”, en: Guevara Gil, Armando (ed.), *Derechos y conflictos de agua en el Perú*, Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Walir y Concertación, Lima, 2008, pág. 183. En esa misma línea de ideas, el Segundo Foro Mundial de Agua llegó a la conclusión de que “habiendo examinado los documentos del Foro, las poblaciones indígenas y sus características y sistemas de valores, conocimientos y prácticas han sido ignoradas en el proceso de la Visión Mundial del Agua. La sesión concluye que hay necesidad urgente de corregir este desequilibrio en el pensamiento vigente por medio de la activa integración de las mujeres y hombres indígenas en las fases subsiguientes, empezando por el Marco de Acción”. Boelens, Rutgerd, “Aguas locales, políticas culturales y leyes universales: la gestión hídrica indígena frente a la legislación nacional y las políticas de participación”, en Boelens, Rutgerd, y otros (eds.), *El agua y los pueblos indígenas*, UNESCO, París, 2007, pág. 49.

18 OACNUDH, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos*, ONU A/HRC/6/3, 2007, párr. 24.

reconociendo las respuestas que se den desde las esferas locales indígenas a través de sus marcos institucionales, para lograr convergencias y acuerdos sostenibles. De este modo, el derecho colectivo al agua fortalecería la operatividad de políticas de agua de forma menos discriminatoria, que no perjudique a las poblaciones indígenas, y aseguraría su mejor aplicación desde el Derecho oficial, dando espacio al entendimiento y a la posibilidad de evaluar las características positivas, oportunidades y desafíos en la gestión comunitaria, la naturaleza instrumental de las prácticas culturales y los esquemas consuetudinarios indígenas. De ahí que Gelles, por ejemplo, en el caso de las poblaciones andinas, ponga

[...] énfasis de entender a la comunidad como el lugar clave para la producción cultural andina y para el manejo del agua de riego. Claramente, hay allí una fuerte base material y espiritual para la forma de vida y las orientaciones culturales andinas, una base que tiene fundamentos sólidos en una antigua infraestructura y en bien desarrollados entendimientos que unen el paisaje sagrado con la producción, la comunidad, la propiedad comunal y la identidad cultural¹⁹.

Del mismo modo, en un estudio realizado por integrantes del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas en Australia, se resaltó que:

Los indígenas australianos han mantenido durante largo tiempo una estrecha asociación con el mar y sus recursos para la subsistencia, el sustento económico, la espiritualidad y la identidad cultural. Esa asociación está suficientemente corroborada por datos arqueológicos y antropológicos. Los pueblos indígenas no hacen distinción entre tierra y mar y consideran que ambos forman parte del territorio. Esta perspectiva discrepa marcadamente de la visión general, recogida en el ordenamiento jurídico australiano, según la cual existen

19 Gelles, Paul, "Pueblos indígenas, identidad cultural y derechos de agua en las naciones andinas", en: Boelens, Rutgerd, y otros (eds.), *Agua y Derecho: políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales*, IEP y Walir, Lima, 2006, pág. 113.

límites donde la conceptualización indígena ofrece una comprensión geográficamente integrada de la tierra, los ríos, los estuarios, las playas, los arrecifes, los mares, los cabos, el fondo marino y su flora y fauna correspondientes. Los lugares significativos y las rutas de los seres ancestrales se extienden a las aguas, la flora y la fauna fuera de la costa y forman parte del sistema de justicia y tradiciones que conecta a los indígenas australianos con el territorio marítimo²⁰.

En este contexto, es importante puntualizar que para anteponer el diálogo a las perspectivas unitarias en los espacios multiculturales es necesario reconocer como interlocutores válidos a los pueblos indígenas. Es imprescindible la existencia de un sustrato mínimo común dentro de la organización contemporánea de los Estados para que el contrato social sea suscrito y legitimado por el agregado humano, y permita la existencia de ciudadanos y ciudadanas dialogantes que mantengan, generen o modifiquen su comportamiento y relación con el entorno. Ello contribuirá a revelar que muchos de los usos consuetudinarios y las propias identidades locales de los pueblos indígenas pueden ser compatibles con esquemas contemporáneos de desarrollo²¹.

20 Smith, Carsten, y Michael Dodson, *Informe sobre los derechos de pesca de los indígenas en los mares, con estudios de casos en Australia y Noruega para el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas*, ONU E/C.19/2010/2, 2010, párr. 28. En esa misma línea observar, por ejemplo, el caso del estado de Victoria en Australia, el cual enmendó su Constitución en 2004 con el propósito de reconocer “al pueblo indígena victoriano como el custodio originario de la tierra y su condición singular de descendiente de los primeros pobladores de Australia; su relación espiritual, social, cultural y económica con sus tierras y aguas ancestrales dentro de Victoria, y su aportación única e insustituible a la identidad y el bienestar de este estado”. Informes presentados por Australia de conformidad con el artículo 9 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial: informes periódicos 15o., 16o. y 17o., 2010, documento de Naciones Unidas CERD/C/AUS/15-17, párr. 114.

21 En Australia, por ejemplo, algunas comunidades indígenas han desarrollado exitosamente *join ventures* con empresas de diverso tipo. En Canadá, determinadas comunidades indígenas se han beneficiado del desarrollo de proyectos previa consulta y diálogo transparente. Cfr. Rivera, Francisco, y Karine Rinaldi, “Pueblo Saramaka vs. Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos”, en: *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año III, No. 4, Cejil, San José, 2008, pág. 89.

3. Criterios para la protección jurídica del derecho al agua con relación a los pueblos indígenas dentro del SIDH

El SIDH – concretamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la (Corte IDH), como órganos de protección –, ofrece algunas oportunidades para desarrollar el contenido y alcance jurídico de este derecho. La elección de esta vía no implica afirmar que sea el mejor mecanismo para la protección del derecho humano al agua con relación a las poblaciones indígenas; naturalmente la existencia de otros instrumentos y órganos locales, regionales e internacionales deben ser tomados en cuenta en las valoraciones de cada caso específico.

Se parte de la consideración de que el reconocimiento y desarrollo del derecho humano al agua con relación a los pueblos indígenas dentro del SIDH, permitiría avanzar en la construcción de herramientas para el acercamiento a estrategias inclusivas y coordinadas de políticas públicas sobre este recurso. Así, los Estados contarían con conceptos mejor definidos y enfoques más precisos para el cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre esta materia, y las poblaciones indígenas tendrían a su alcance mayores elementos jurídicos para la protección de sus derechos y libertades.

A continuación se plantearán los criterios sustantivos relacionados con el derecho que nos ocupa, que eventualmente se podrían utilizar en el marco del SIDH.

a. Interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos: CADH

La protección del ser humano ha supuesto que los Estados vayan adquiriendo obligaciones internacionales mediante la suscripción y ratificación de instrumentos de derechos humanos. En los últimos cincuenta años se han desarrollado de manera sustancial una serie de cuerpos normativos internacionales relacionados al respeto y garantía de la dignidad de las personas, comprometiendo así la gestión de todas

las ramas del poder público a los fines del tratado. Al sostener que los tratados internacionales de derechos humanos se basan en la idea de la protección de la persona humana se admite el carácter progresivo y expansivo de estos derechos, ya que estas garantías aparecen como escudos frente a las formas con que la arbitrariedad y autoritarismo buscan expresarse. El desarrollo de los derechos humanos ha devenido en su reconocimiento cada vez más amplio, de acuerdo a su evolución y a las necesidades de los tiempos.

Las diferentes circunstancias que, como sociedades, encontramos en el tiempo, configuran el surgimiento de necesidades nucleares, la reordenación de prioridades y la redefinición de conceptos. Para enfrentarlos se requiere la implementación de instituciones adecuadas, como condición indispensable para acercarse a la aspiración del ser humano como ser libre, dotado de ciertas atribuciones para el respeto de su dignidad. Por ello, el desarrollo jurídico y principalmente, el de los derechos humanos, debe tomar en cuenta y revisar de manera continua estos cambios, ciclos y perspectivas, a la luz del objeto y fin de los cuerpos normativos relacionados con la materia. Ello significa que los órganos competentes realicen una interpretación valorando de manera rigurosa, objetiva y proporcional, los conceptos y soluciones vigentes para los problemas emergentes. Para el expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez:

Esta relectura del ordenamiento internacional, a la luz del objeto y fin del tratado – que se concentran en la tutela más amplia de los derechos humanos – y bajo el apremio de circunstancias renovadas, ha llevado a precisar evolutivamente el significado de los preceptos convencionales sin extraviar el rumbo de la Convención ni alterar su signo fundamental. Por el contrario, éstos se han afirmado y fortalecido. La relectura de los textos --característica de los tribunales constitucionales en el sistema nacional y de los tribunales convencionales en el internacional-- permite mantener al día la tutela de los derechos y responder a las novedades que aporta el desarrollo en las relaciones entre el individuo y el poder público²².

22 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros v. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones

En el caso de la CADH, la Corte IDH, como su máximo órgano jurisdiccional, ha tenido que evaluar y explorar el sentido y alcance de los derechos y libertades fundamentales allí contenidos en sus más de tres décadas en ejercicio de funciones. Esta encomiable tarea no ha estado libre de críticas e intensos debates, propios de las decisiones de un tribunal internacional y su facultad para declarar la responsabilidad de un Estado por violaciones de derechos humanos. En esa línea es que adquiere vigencia e importancia el concepto sustentado por la Corte IDH al establecer que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación debe adecuarse a la evolución de los tiempos, y en particular, a las condiciones de vida actuales”²³. Con el mismo énfasis ha establecido que “al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”²⁴. La formulación de estos criterios ha sido consecuente con las reglas generales de interpretación del artículo 29 de la CADH.

Precisamente, para determinar la protección del derecho al agua a través de los órganos de protección del SIDH reviste especial importancia el mencionado artículo 29, sobre todo en cuanto a las protecciones especiales para los pueblos indígenas, ya que éste proporciona el marco mediante el cual se realiza la interpretación del sentido y alcance de los derechos recogidos en el tratado. Por esta razón, y como fue mencionado anteriormente, es importante no perder de vista que los tratados de derechos humanos crean

y costas, de 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 1.

23 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 146; Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), *Caso de Loizidou v. Turquía*, decisión de 1995, párr. 71; CEDH, *Caso de Airey v. Irlanda*, sentencia de 1979, párr. 26; CEDH, *Caso de Dudgeon v. Reino Unido*, sentencia de 1981, párr. 60; Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental)*, opinión consultiva de 1971, párr. 53.

24 Corte IDH *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr.106.

obligaciones objetivas para la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, en lugar de construir derechos subjetivos y recíprocos entre Estados²⁵. A este efecto, vale resaltar que las disposiciones e instrumentos de protección de derechos humanos se enmarcan dentro de un sistema que incluye valores y fines concretos, como lo es lograr la efectiva tutela de los derechos consagrados en los mismos y brindarles un tratamiento adecuado. De lo contrario, estas herramientas jurídicas quedarían como compartimientos estancos y representarían eslabones aislados, sin generar efectos en sus destinatarios. En ese sentido, consideramos que el criterio de sistema integral, en cuanto conjunto de normas de protección de los derechos humanos, debe estar siempre presente a la hora de interpretar sus efectos y aplicarlas a un caso concreto. Recordando lo manifestado por la Corte IDH:

[...] al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)²⁶.

Así mismo, ha señalado que el:

[...] ‘sentido corriente’ de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de manera tal que la interpretación no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención²⁷.

25 Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva, OC-2/82 1982, párr. 29; CEDH, *Caso Irlanda v. Reino Unido*, sentencia de 1978, párr. 239; CIJ, *Reservas sobre la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, opinión consultiva de 1951, párr. 12.

26 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, sentencia de fondo de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 192.

27 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 295, párr. 42.

La realización de una eficaz protección de los derechos humanos representa el objeto y fin de la CADH, por ello, la interpretación que se haga de ella debe otorgarle su pleno sentido y permitir que el sistema de protección a cargo de sus dos principales órganos adquiera lo que se denomina como “su efecto útil”²⁸.

La búsqueda de la protección de los derechos humanos no debe ser obstruida de manera injustificada hasta el punto de perder de vista el espíritu del *corpus juris* del DIDH, que se orienta a la protección del ser humano y a la reparación de las víctimas, quienes han sufrido los embates de actos arbitrarios. Si bien las exigencias materiales deben ser cumplidas con precisión y de buena fe por los Estados parte, la salvaguarda de un derecho humano aún no contenido de manera expresa en la CADH no debe ser rechazada *in limine*. Por el contrario, la necesidad de su valoración a luz de los hechos del caso y del resguardo del equilibrio entre la defensa de los derechos humanos, la seguridad jurídica y equidad procesal, se torna fundamental para cumplir con el fin último del sistema y el aseguramiento de la confiabilidad y estabilidad de la tutela internacional.

En la siguiente sección se analizará la viabilidad y posible construcción jurídica para la protección del derecho bajo análisis a la luz del artículo 29, principalmente a través de los incisos b), c) y d), los cuales prohíben que se interpreten los derechos y libertades contenidas en la CADH de manera que se excluya o limite: i) el goce o ejercicio de derechos reconocidos de acuerdo con las leyes internas del Estado y con otras convenciones de que el mismo sea parte; ii) aquellos que puedan derivarse de la forma democrática de gobierno, y iii) los efectos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) u otros actos internacionales de la misma naturaleza.

28 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de excepciones preliminares de 16 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 30.

b. Protección del derecho humano al agua con relación a los pueblos indígenas, a partir de la interpretación conjunta de los derechos a la propiedad, a la vida y a la personalidad jurídica contenidos en la CADH

El derecho al agua de los pueblos indígenas y los sistemas de acceso y manejo que se desprenden de éste mediante arreglos institucionales construidos a través del tiempo, se enfrenta con diversos problemas de negación, discriminación, usurpación y destrucción desde el Estado y diferentes agentes externos, que generan una serie de conflictos sobre el recurso hídrico. Por lo general, la práctica recurrente produce un debilitamiento de las estructuras socioeconómicas de estos grupos y de la libertad de decidir sobre su propio desarrollo, según sus costumbres e identidades culturales. A partir de allí es que debe ser evaluada la confrontación con otros derechos y la implementación de políticas públicas que afecten ese recurso natural²⁹.

Es importante recordar que el derecho al agua no se encuentra expresamente recogido en la CADH ni en ningún tratado del ámbito interamericano. Las situaciones emergentes y los contextos en los que este derecho ha surgido son de reciente discusión. Hoy en día, el *corpus juris* referido al derecho al agua, relacionado con los pueblos indígenas, se ha generado, principalmente, a partir del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), donde las diversas estrategias y planteamientos desarrollados vienen reflejando un orden internacional fortalecido sobre la materia. De lo anterior se desprende, como pregunta inicial, si los órganos de protección de los derechos humanos del SIDH podrían tutelar un derecho no consagrado expresamente en la CADH. Los mecanismos de interpretación existentes, la labor de estos

29 Para Rodolfo Stavenhagen: “las desigualdades estructurales que llevaron históricamente a la enajenación de sus derechos y dignidad humanos [de los pueblos indígenas] están profundamente enraizadas en la sociedad contemporánea, a pesar de las recientes reformas legales en muchos países, y sus efectos aún siguen existiendo y determinando las vidas de los pueblos indígenas”. Stavenhagen, Rodolfo, “Cómo hacer para que la Declaración sea efectiva”, en: Charters, Claire, y R. Stavenhagen (eds.), *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas...* pág. 374.

órganos de protección de derechos humanos y el paulatino desarrollo de esta materia, nos permiten llegar a una respuesta afirmativa.

Si nos tuviéramos que atener estrictamente al derecho positivo, las vallas montadas desde el voluntarismo estatal y la interpretación textualista, poco se hubiera avanzado en la conquista de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos. En definitiva, menores hubieran sido los avances en la consecución del respeto y garantía de la dignidad como característica ontológica inherente a la persona humana. Así, la ausencia del reconocimiento expreso de un derecho humano, como el derecho al agua, en la CADH, como principal instrumento interamericano de protección de los derechos humanos, o alguna Constitución, como norma jurídico-política cúspide del ordenamiento jurídico de un país, no impide *prima facie* su reconocimiento y tutela jurisprudencial.

Los derechos humanos surgen como condición inseparable de la persona humana en tanto ser dotado de dignidad, y se materializan progresivamente en atención a ciertas exigencias y cambios de distinta índole en las estructuras sociales. Bajo esta perspectiva, el derecho al agua no corresponde a una entrega discrecional o contractual del Estado, al contrario, surge como parte de la necesidad de garantizar efectivamente la libertad e igualdad en el goce de derechos de los pueblos indígenas con el resto de la sociedad, normalmente mayoritaria y excluyente³⁰.

30 Stavenhagen la expresa de la siguiente manera: “el hecho es que los indígenas continúan sufriendo un grave déficit de derechos humanos. No disfrutaban en la práctica, de todos sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en la misma medida que otros miembros de la sociedad. [...] Si los mecanismos clásicos de protección de los derechos humanos (acceso igual a los tribunales, justicia imparcial, defensoría eficiente) no han funcionado o, al menos, no funcionaron bien para los pueblos indígenas, entonces debemos buscar otras causas para la desigualdad que no son formalmente institucionales sino que están más profundamente enraizadas en la historia y las estructuras sociales de la sociedad nacional. La causa subyacente en este caso es el racismo étnico y la discriminación contra los pueblos indígenas, que son fenómenos multidimensionales que hay que enfrentar a distintos niveles”. *Ibidem*, págs. 383-384.

El desarrollo jurídico de este derecho y la construcción propuesta de ningún modo suponen alcanzar el reconocimiento jurídico del derecho al agua dentro del SIDH vía una interpretación aventurera o caprichosa: se requiere de un cuidadoso despliegue interpretativo de las disposiciones de la CADH para obtener su protección. Esta interpretación debe respetar necesaria y obligatoriamente los lineamientos otorgados por el mismo Sistema para legitimar su reconocimiento y consecuente salvaguarda. Por ello, la construcción que se desarrolle no debe desvirtuar el espíritu del instrumento normativo sino reflexionar sobre las consecuencias materiales y formales que se originen, así como respetar, con el rigor del caso, el marco establecido para el fin que se propone. Esto permite, además, velar por la seguridad jurídica, que garantiza no sólo la estabilidad del SIDH, sino la certeza en las obligaciones a las cuales se comprometieron los Estados parte.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha ido transitando en esta línea a partir de la función ordenadora en materia de derechos humanos de la CADH, como un cuerpo *in toto*, sobre los países que la han ratificado. En su labor de intérprete, este tribunal se ha visto en la obligación de ir definiendo el contenido y significado vigente de las normas para dar una respuesta adecuada al objeto y fin del tratado. A manera de ejemplos, se puede nombrar el reconocimiento del derecho a la verdad³¹, el reconocimiento del derecho a la asistencia consular³², la garantía del derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas³³, el reconocimiento del principio de igualdad

31 Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros v. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párr. 128.

32 Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 137.

33 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 133.

y no discriminación³⁴ y el acceso a la justicia³⁵ como dominio del *jus cogens*, así como las medidas especiales de protección hacia los niños y niñas según el artículo 19 de la CADH³⁶, la violación de la personalidad jurídica por el delito de desaparición forzada³⁷ y el derecho a la identidad³⁸, entre otros. Por otra parte, a nivel interno y, en específico, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional (TC) ha derivado, mediante la interpretación constitucional, por ejemplo, garantías sustantivas para la consagración de derechos no positivados, entre ellos el derecho a la verdad³⁹, la objeción de conciencia⁴⁰, la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas⁴¹, el derecho al agua potable⁴², entre otros.

Al margen de las consideraciones jurídicas particulares, favorables o detractoras, sobre la labor interpretativa desplegada para cada derecho, no puede negarse esta facultad a la luz ya sea del marco convencional o constitucional. Por ello aquí se sostiene que, luego de un análisis objetivo y riguroso, la consagración jurisprudencial de otros bienes jurídicos fundamentales de la persona es medular para no comprometer la vigencia y goce efectivo de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho, con relación

34 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 101.

35 Corte IDH, *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 131.

36 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 28.

37 Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro v. Perú*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr.101.

38 Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones de 22 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 122.

39 TC, expediente No. 2488-2002-HC/TC (2004) párrs. 13 y 14.

40 TC, expediente No. 0895-2001-AA/TC (2002) párrs. 5 y 6.

41 TC, expediente No. 4972-2006-PA/TC (2006) párrs. 8, 10 y 13. Para el caso de comunidades indígenas ver TC, expediente No. 04611-2007-PA/TC (2010) párrs. 22-26.

42 TC, expediente No. 06534-2006-PA/TC (2007) párr. 17.

a los desafíos que las nuevas situaciones presentan como parte de la evolución de las sociedades y la exigencia del reconocimiento y tutela de dichos derechos. En todo caso, la irrupción en el orden jurídico del fenómeno de los derechos humanos ha logrado imponer un nuevo paradigma en el Derecho, orientando la solución de los casos de un modo garantista hacia la persona humana como sujeto de derecho.

La inclusión jurídico-formal del derecho al agua en algún instrumento que otorgue competencia a los órganos de protección del SIDH para tutelar su vigencia sería deseable, dado que permitiría una protección más exacta y útil, disminuyendo cualquier ambigüedad, duda o incertidumbre jurídica que pudiera surgir sobre su aplicación, además de facilitar la generación de obligaciones jurídicas específicas. Sin embargo, esta ausencia, no torna jurídicamente imposible su tutela. El derecho al agua de los pueblos indígenas podría ser amparado a través de una lectura conjunta de los derechos expresamente reconocidos en los artículos 21, 4.1 y 3 de la CADH a la luz del marco de interpretación dado por el artículo 29 del mismo tratado.

El planteamiento formulado en esta investigación es una de varias posibles alternativas, dado que otros derechos expresamente reconocidos y con cierto margen de desarrollo y discusión, tales como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano y equilibrado, a la cultura, a la libre determinación o a la prohibición de la discriminación racial o étnica, también pueden ayudar a amparar el derecho bajo análisis⁴³. En todo caso, ello no perjudica la presente formulación, más bien coadyuva a una mejor definición del derecho al agua y mejora los mecanismos existentes de protección. En conjunto, las protecciones consagradas en los artículos 21, 4.1 y 3 de la CADH pueden dar cuenta implícita de la existencia del derecho colectivo al agua con relación a los pueblos indígenas. Un análisis de los mismos hecho a la luz del SUDH y del SIDH, apoya esta posición.

43 Getches, David, "Using International Law to Assert Indigenous Water Rights", en: Boelens, Rutgerd, y otros (eds.), *Out of the Mainstream: Water Rights, Politics and Identity*. Earthscan, Londres, 2010, pág. 259-279.

Por un lado, el derecho a la propiedad se encuentra consagrado en el artículo 21⁴⁴ de la CADH. La Corte IDH tuvo que interpretar y definir los alcances de este artículo para resolver los conflictos relacionados con los casos de pueblos indígenas contra los Estados, sobre la propiedad de sus tierras y recursos naturales. Este desarrollo jurisprudencial ha permitido ir consolidando un marco jurídico internacional sobre la materia, aunque el camino trazado requiere mayor profundización y análisis ante cuestiones aún complejas y claves para el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.

Del análisis de los casos contenciosos resueltos por la Corte IDH sobre la materia, se observa que ésta ha ido precisando varios puntos centrales. Desde el primero de los casos este tribunal ha reconocido que:

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁴⁵.

Teniendo esto en cuenta, el tribunal ha manifestado que “los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su

44 “Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

45 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua...* párr.149 y *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...* párr. 90.

comunidad⁷⁴⁶. Al analizar el derecho a la propiedad vinculada a las poblaciones indígenas, la Corte IDH ha utilizado el artículo 29.b de la CADH para no limitar su goce y ejercicio, es decir, ha tenido que observar aquellas disposiciones internacionales vinculadas al derecho de propiedad de las poblaciones indígenas y el derecho interno⁴⁷ de los países demandados en los casos contenciosos. Así, al resolver los diferentes casos contenciosos, ha considerado la importancia del vínculo y especial relación que existe entre los pueblos indígenas y sus territorios, en tanto que dicha relación va mucho más allá del aspecto económico o productivo pues estos lugares representan el espacio donde desarrollan su historia, sus prácticas culturales y sus creencias espirituales⁴⁸. A luz de este marco, la Corte IDH ha entendido que:

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas⁴⁹.

Por ello, ha considerado de manera justificada que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido

46 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 120.

47 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 88 y 89.

48 También lo ha analizado en el procedimiento de medidas provisionales (Corte IDH, *Medidas provisionales sobre el Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto de Ecuador*, resolución de la Corte de 17 de junio de 2005, párrs. 9 y 12) y al otorgar reparaciones (Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de reparaciones de 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116, párrs. 85 y 86).

49 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 154.

que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal⁵⁰.

Por su parte, la CIDH, al desarrollar el contenido de dicho derecho y en atención a las particularidades de cada caso contencioso, ha ido entendiendo que el artículo 21 también salvaguarda los recursos naturales que las poblaciones indígenas tradicionalmente han utilizado como parte de su territorio⁵¹. En palabras de la Corte IDH:

[...] el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad⁵².

En ese sentido, si tomamos como premisa que el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas contenido en el artículo 21 de la CADH, protege tanto la propiedad de las tierras como el dominio de los recursos naturales allí encontrados, se puede desprender que el agua en tanto recurso natural se encuentra también protegido por esa norma. A la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵³ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre

50 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua...* párr. 148.

51 CIDH, *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009, párrs. 179-272.

52 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...* párr. 122.

53 Ver artículo 15.1.

los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI)⁵⁴, se entiende que éstos tienen derecho a utilizar, conservar y administrar los recursos naturales relacionados a su supervivencia física, económica y cultural. Este primer acercamiento significa que con relación al derecho al agua, en lo que a su acceso y uso se refiere, las poblaciones indígenas adquieren un tratamiento específico por tratarse de un componente fundamental en sus formas de vida.

El derecho al agua con relación a las poblaciones indígenas significa la protección colectiva de formas locales de uso que se han erigido a través de la historia y las culturas, esto en tanto resguarda sus propias lógicas comunicativas, las estructuras de sus prácticas sociales y económicas, y el diseño de su vida en comunidad. Se ha dicho que el agua es un recurso pleno de aspectos colectivos cuando se lo observa en su relación con las poblaciones indígenas, por tanto requiere de un acercamiento específico para la salvaguarda del mismo en conexión con otros derechos vitales para la supervivencia de dichos grupos. En esta línea de pensamiento, para la CIDH el derecho a la propiedad del artículo 21 de la CADH:

[...] debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos. Se ha sostenido que esto incluye el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus diversas y específicas formas y modalidades de control, propiedad, uso y goce de los territorios y bienes, y al reconocimiento de sus derechos de propiedad y posesión con respecto a la tierra, los territorios y los recursos que han ocupado históricamente⁵⁵.

Por otro lado, para determinar la posibilidad de limitar el derecho colectivo de las poblaciones indígenas, resultarían aplicables las

54 Ver artículos 25 y 26.

55 CIDH, *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo v. Belice*, caso 12.053, informe de fondo 40/04, 2004, párr. 115.

salvaguardas esgrimidas por la Corte IDH en el caso *Saramaka v. Surinam*. Así, los Estados deben consultar activamente con las poblaciones según sus costumbres y tradiciones, y en ciertos casos, se necesitará el consentimiento informado. Éstas también deberán beneficiarse razonablemente cuando se trate de la implementación de proyectos de inversión y se requerirá de la elaboración técnica e independiente de estudios previos de impacto social y ambiental sobre las medidas que implican la limitación del derecho⁵⁶. En ese sentido, por ejemplo, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de dieciocho comunidades del pueblo indígena maya en el Estado de Guatemala, en mayo de 2010. Con ellas solicitó al Estado guatemalteco que suspendiera la explotación minera del proyecto Marlin e implementara medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental. Solicitó, entre otras cosas, adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las dieciocho comunidades beneficiarias y asegurar el acceso a agua apta para el consumo humano de los integrantes de dichas comunidades⁵⁷. Por su parte, el Comité de expertos de la OIT, preocupado por esta situación, llamó la atención sobre el caso en su informe anual sobre las convenciones y recomendaciones, instando al Estado guatemalteco a que suspendiera las actividades de explotación en la mina Marlin hasta que se realizara el proceso de consulta con las poblaciones afectadas⁵⁸.

De esta manera, se utiliza el derecho a la propiedad para resguardar los recursos naturales contenidos en las tierras indígenas por tratarse de elementos esenciales para el goce del bien jurídico tutelado. Sin embargo, la aplicación *strictu sensu* del derecho a la propiedad en su concepción *jus civilista*, donde se conjugan varias garantías tales como el uso o la enajenación del bien en su titular, corre el riesgo

56 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam...* párrs. 124-140; CIDH, *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales...* párr. 180.

57 CIDH, *Medidas Cautelares a favor de las Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos*, Guatemala, MC 260/07, 2010.

58 Galvis, María Clara, “Consulta, consentimiento y veto”, en: Aporte DPLF, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, No. 14 Año 3, 2010, pág. 12.

de no proteger efectivamente el disfrute del derecho al agua de las comunidades indígenas, ya que este último se subsumiría como cualquier bien pasible de apropiación dejando de lado los particulares componentes que posee y que lo convierten en un derecho con contenido jurídico propio, por ello se realiza el análisis conjunto con los derechos contenidos en los artículos 4.1 y 3 de la CADH.

El derecho a la vida se encuentra recogido en el artículo 4⁵⁹ de la CADH y sobre el mismo, de manera sostenida, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que comprende el acceso a condiciones que permitan una existencia digna, por lo que los enfoques que limiten el goce de dicho derecho no son admisibles⁶⁰. Ello ha significado que este derecho comprometa la satisfacción mínima de ciertas condiciones sociales y culturales para el respeto de la dignidad de las personas dentro de la jurisdicción de los Estados parte, de lo contrario se les privaría de los elementos necesarios para desarrollarse en la sociedad y subsistir dignamente. Esta orientación ha permitido puntualizar las acciones que razonablemente deberían emprender los Estados para prevenir los riesgos que amenacen el derecho a la vida, según los términos mencionados⁶¹.

Bajo esta perspectiva, el análisis de las acciones u omisiones que son atribuibles a los Estados para garantizar las condiciones que permitan una existencia digna de las personas bajo su jurisdicción, dependiendo de las circunstancias en las que éstas se encuentran, sirve para valorar la violación del contenido del derecho a la vida en una faceta garantista de la persona humana. Al vulnerar arbitrariamente el derecho colectivo al agua de las comunidades indígenas, se

59 Artículo 4 (1) de la CADH: “Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]”

60 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala...* párr. 144.

61 Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” v. Paraguay*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrs. 161 y 174; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay...* párr. 163.

afecta indefectiblemente el derecho a la vida de cada integrante de la comunidad y su desarrollo como colectivo según sus propias costumbres, en tanto que se les impediría el acceso a condiciones para que se desarrollen como pueblos diferenciados⁶². Dicho de otro modo, al aceptar que la identidad de las personas indígenas se compone de su convivencia comunitaria y relación íntima con el hábitat en el que se desarrollan, el agua adquiere un sentido importante dentro de los esquemas y conceptos que se van construyendo dinámicamente a través del tiempo. El acceso y control del agua representa un requisito fundamental para su sustento fisiológico, económico, social y cultural. En última instancia, se afecta el derecho a la vida, ya que se limitaría el derecho a vivir según sus propias instituciones consuetudinarias y según sus particulares formas de ver y actuar en el mundo, lo que en definitiva afecta el proyecto de vida de cada uno de los integrantes de la población indígena, y desconoce el desequilibrio y disrupción que en ellos representa dicha vulneración.

El hecho de tener que interpretar una nueva realidad impuesta, distinta a sus arreglos institucionales consuetudinarios, y aceptar el control arbitrario sobre el recurso hídrico utilizado ancestralmente, atenta contra la garantía del derecho a la vida, ya que no sólo amenaza su subsistencia fisiológica por limitar el acceso a agua limpia y su relación con la producción alimentaria (pesca y agricultura, por ejemplo), sino que además podría llegar a limitar el destino que libremente elijan por la disrupción en sus relaciones y la coacción de convertirlas en “poblaciones modernas” según las reglas y definiciones dominantes. Con la vulneración al derecho al agua las poblaciones indígenas corren el riesgo de vivir la desidentificación y el desconocimiento de su propio fundamento, de todo lo propio. Bajo ese

62 De acuerdo a la Corte IDH: “Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay...* párr. 162.

entendido, no hay posibilidad de que se haya respetado el desarrollo natural de su vida, en tanto que se ven obligados a construir otras identidades para poder sobrevivir bajo el esquema impuesto.

Con esta desarticulación no sólo se impone una marca perdurable en ellas, sino que es una amenaza a la propia existencia de la comunidad y a la vida de sus integrantes. La imposibilidad de crecer con sus propias prácticas culturales y la necesidad de construir sus vidas sobre premisas probablemente incongruentes con sus concepciones, desarticula las características que los identifican, viéndose obligados a vivir de un forma distinta a sus pautas culturales y hasta generando situaciones de pobreza y desabastecimiento que a su vez provocan dependencia asistencial⁶³. En este marco el derecho al agua adquiere especial relevancia para las poblaciones indígenas por estar relacionado directamente con el pleno goce del derecho a la vida, abarcando las condiciones de una vida digna. La ruptura de su relación simbiótica con el agua y la tierra ejerce un efecto perjudicial en la vida misma de estas personas. En esa línea de ideas, la Corte IDH ha establecido que:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural⁶⁴.

63 La Corte IDH ha considerado “que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, 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” Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay...* párr. 263.

64 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay...* párr. 135.

El desarrollo cultural en tanto forma de vida, es un componente fundamental en la identidad de las personas. En el caso de las poblaciones indígenas este representa de manera cardinal el sustento de su desarrollo como pueblos diferenciados al mantener la dinámica étnica entre sus miembros. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos (CDH) ha establecido que:

[...] no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural [...] [la cual] puede guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen minoría⁶⁵.

El ejercicio de la vida cultural se define en las actuaciones de las diferentes formas de vida, enraizadas en aspectos históricos, religiosos, espirituales, sociales, entre otros, que se tienen en común con los demás integrantes del grupo determinado⁶⁶. En atención a ello, el alcance jurídico del derecho a la vida de las personas indígenas que se daría en estos términos, corresponde a garantizar que no se quiebre arbitrariamente su cultura como forma de vida particular. Esto adquiere mayor solidez al observar los considerandos de la DNU DPI cuando:

Reconoc[e] la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos⁶⁷.

Del mismo instrumento se desprende la prohibición de someterlos a una asimilación forzada o a la destrucción de su cultura, generando la

65 CDH, *Observación General No. 23: Derechos de las minorías*, artículo 27, ONU CCPR/C/21/REV.1/ADD.5, 1994, párrs. 1 y 3(2).

66 Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001, párr. 5.

67 DNU DPI, 2007, párr. 7.

obligación de crear mecanismos para prevenir todo acto que genere la desposesión de sus tierras y recursos o que los prive de su integridad como pueblos distintos⁶⁸. El derecho al agua en su dimensión colectiva formaría parte sustantiva de aquellos derechos que sostienen y dan sentido a las poblaciones indígenas como tales, por tanto al vulnerarlo se afecta la vida en comunidad de sus miembros.

Recientemente, la Corte IDH ha declarado que:

[...] el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización⁶⁹.

En ese sentido, el derecho a la vida asume una dimensión crucial al tomarse en consideración los aspectos culturales y esquemas socioeconómicos de las comunidades indígenas, que están estrechamente ligados con el agua como elemento transversal a la vida de los miembros de estas comunidades. Esto no puede ser dissociado de su personalidad jurídica para ejercer sus derechos en el ámbito internacional y local. Esta situación nos lleva a plantear la vinculación del derecho a la personalidad jurídica con el goce efectivo del derecho al agua.

La CADH recoge el derecho a la personalidad jurídica en su artículo 3⁷⁰. Al respecto, la Corte IDH ha determinado que “el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de

68 Ibidem, artículo 8.

69 Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 217.

70 Artículo 3 de la CADH: “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes⁷¹. El Estado, como garante del reconocimiento a la personalidad jurídica de las personas bajo su jurisdicción, está obligado a proveer las condiciones necesarias para que se pueda hacer efectivo el ejercicio de ese derecho, en especial, para aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación⁷². Esto se relaciona directamente con uno de los aspectos más significativos reconocidos por la DNUDPI y el Convenio 169 de la OIT, referido al derecho a la libre determinación, según el cual los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”⁷³. El mismo “responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo a determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten”⁷⁴.

Del mismo modo, el artículo 1 común al PIDESC y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Programa de Acción de Viena, han reconocido de manera específica el derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas⁷⁵. La libre determinación constituye un requisito fundamental para que los pueblos indígenas puedan gozar plenamente de sus derechos humanos, especialmente de aquellos que pueden ejercerse colectivamente, como sucede con el derecho al agua en los términos que hemos planteado. Desde este punto de vista, el derecho a la personalidad jurídica, en tanto condición *sine qua non* para poder ejercitar derechos y obligaciones en el marco

71 Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179.

72 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay...* párr. 189.

73 DNUDPI, artículo 3. Ver también, Convenio 169 de la OIT, artículo 7(1).

74 Anaya, James, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ONU A/HCR/12/34, 2009, párr. 41.

75 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, ONU A/CONF.157/23, 1993, párr. 20.

jurídico-político, constituiría un elemento fundamental a la hora de evaluar las vulneraciones al derecho al agua de las poblaciones indígenas, en atención a la libertad que ellas poseen para decidir sobre su uso y control.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las poblaciones indígenas se encuentra estrechamente relacionado con la posibilidad de decidir sobre sus propios asuntos, dado que les permite articular sus intereses y gozar de sus derechos y libertades fundamentales en tanto pueblos diferenciados. La personalidad jurídica de las poblaciones indígenas representa un parámetro para determinar la titularidad de sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. En atención a ello, las características del derecho al agua encontrarían amparo en el derecho a la personalidad jurídica reconocido en la CADH en el sentido de salvaguardar, frente al derecho interno e internacional, la posibilidad de articular legítimamente sus intereses y necesidades con relación al agua y no ver vulnerado este derecho frente a la política oficial o actos de terceros.

De lo anterior se desprende que no tomar en cuenta el reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad como tal, limitaría las posibilidades de que los miembros de los pueblos indígenas gocen y ejerzan el derecho al agua de conformidad a sus instituciones consuetudinarias y tradiciones ancestrales. Además, es importante subrayar que si bien la violación del contenido del derecho colectivo al agua de los pueblos indígenas no necesariamente vulnera su personalidad jurídica en sentido estricto, dado que podría darse el escenario en que exista un reconocimiento formal de la titularidad de dichas poblaciones y la posibilidad material para exigir el respeto y goce de sus derechos; en la búsqueda de cautelar su libre determinación con relación al agua, es decir, sus facultades operativas y participativas, se entiende si existiría una limitación de su titularidad en el sentido de que la violación a su personalidad jurídica se daría no por la imposibilidad de exigir el derecho ante las autoridades correspondientes, sino por ver socavadas las facultades operativas y participativas antes descritas, en tanto titulares de las mismas.

En definitiva se trata de establecer quién y sobre qué se puede realizar una exigencia en el plano jurídico. La capacidad jurídica de gozar colectivamente del derecho al agua y reclamar las violaciones que se dieran contra él se relaciona entonces, directamente con el derecho a la personalidad jurídica consagrado en la CADH.

A nivel interno existen algunos avances importantes relacionados a los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha declarado en la sentencia SU-039/97 sobre el caso de la comunidad U'wa, que “la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicán de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, [...]”⁷⁶. En el mismo sentido podemos resaltar lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el expediente No 04611-2007-AA/TC, con relación a la comunidad Nativa Sawawo Hito 40, donde reconoce a la comunidad como titular de derechos fundamentales en general, y que cualquier miembro de la comunidad tiene legitimación activa para cautelar estos derechos fundamentales con implicancias colectivas⁷⁷.

Así, el ejercicio colectivo de derechos, como es el caso de las poblaciones indígenas, adquiere operatividad y resguardo al garantizar su personalidad jurídica⁷⁸. Por ello, amparar el derecho al agua a través del contenido desarrollado del derecho a la personalidad jurídica es coherente con el deber de los Estados de no limitar la capacidad de

76 Corte Constitucional de Colombia, SU-039/97, 1997, párr. 3(1).

77 TC, expediente No. 04611-2007-PA/TC, 2010, párrs. 25, 27 y 30.

78 Por ejemplo, el CDH, en sus observaciones sobre los informes presentados por los Estados parte relativos a la puesta en marcha del PIDCP, ha señalado para el caso de México, que: “El Estado Parte debería tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponde individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida permitiéndoles el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, se debe tomar medidas adecuadas para incrementar su participación en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación”. CDH, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto: México*, ONU CCPR/C/79/Add.109, 1999, párr. 19.

supervivencia de los pueblos indígenas, no sólo en sentido físico o biológico sino a la de vivir según sus características culturales, sociales y económicas que los definen como pueblo⁷⁹.

Consideraciones finales

El reconocimiento de la existencia del derecho al agua y la posibilidad jurídica de su exigibilidad, son presupuestas que cada vez adquieren mayor fortaleza. Ello implica la generación de obligaciones por parte de los Estados, encaminadas a respetarlo y garantizarlo. Estas obligaciones se derivan del marco internacional y constitucional jurídico que permite hacerlo exigible. La construcción conceptual realizada en este texto permite abordar la concreción de este derecho, con relación a los pueblos indígenas.

El derecho al agua tiene la calidad de derecho humano en tanto representa condición indispensable para el respeto de una vida digna para la persona humana, ya sea en su dimensión individual o colectiva. El surgimiento de este derecho en tal calidad significa su necesaria protección para la realización de valores consustanciales y universales a los seres humanos.

Si bien el estado actual de entendimiento y estudio internacional del derecho al agua no es tan prolijo como en otros casos – presentándose muchas veces difuso en su avance académico y jurisprudencial por no encontrarse expresamente recogido como tal en algún tratado o convenio internacional –, la interpretación y posicionamiento del tema en varias esferas y ámbitos de discusión abre las puertas para seguir trabajando por su concreción jurídica. Esto es más crítico con relación a las comunidades indígenas, pues al ser un grupo en situación de vulnerabilidad, las aproximaciones oficiales no necesariamente respetan sus particulares modos de vida y concepciones del mundo, limitando su propia libertad como grupos diferenciados y amenazando el disfrute de sus derechos.

79 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185, párr. 37.

Se puede concluir que el derecho al agua, visto desde las especificidades de las comunidades indígenas, adquiere suma relevancia tanto para su subsistencia física y económica para su libre desarrollo como pueblos, como para el proyecto de vida de sus integrantes. Mermar la capacidad creadora de las personas indígenas a través de concepciones y políticas que les incorporan funcionalmente sin un reconocimiento genuino, acaba congelando su dinámica local.

La protección del derecho al agua de los pueblos indígenas a través de la interpretación sistemática de instrumentos y documentos jurídicos, podría ser una herramienta útil para salvaguardar el respeto de su dignidad. Esto en tanto que el amparo internacional del derecho estudiado fortalecería la libre determinación de esas poblaciones para el acceso y uso del agua de acuerdo a sus prácticas consuetudinarias, ya sea para satisfacer sus necesidades vitales o particulares intereses económicos, sociales y culturales, lo que en definitiva promovería un ejercicio más libre y pleno de sus derechos y libertades fundamentales, como condición de una vida digna.

La reflexiones anteriormente vertidas han implicado cuestionar algunos paradigmas y quizás desafiar linderos. En definitiva, se ha intentado precisar conceptos, integrar premisas, desentrañar conflictos y ponderar razones a través de la aplicación de principios y reglas suministradas por el marco normativo de los derechos humanos, con el fin de obtener, por lo menos, una meridiana claridad en el panorama planteado y desarrollar a partir de ello los presupuestos del trabajo, el cual se presenta necesariamente inacabado, abierto a formulaciones contrarias o complementarias que permitan contrastar el análisis y estudio de las ideas planteadas con el fin de garantizar una vida más libre y digna de las poblaciones indígenas en el mundo.