

PRESENTACIÓN
José Thompson J

DIREITOS HUMANOS INTERGERACIONAIS NA
LITIGÂNCIA CLIMÁTICA LATINO-AMERICANA
Elisa Fiorini Beckhauser
Valeriana Augusta Broetto
Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville

RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN ARGENTINA:
“UN PAÍS FEUDERAL”
Juan Cruz Fanin

LA DIGNIDAD HUMANA COMO UN EJE RECTOR
EN LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA EN LA DEFENSA Y PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO
Juan Carlos Galicia López

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y ANÁLISIS DE LA
“SISTEMATICIDAD” EN EL MARCO DEL
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Javier A. Galindo P.

LA CIENCIA DEL DERECHO COMPARADO.
NOTAS INTRODUCTORIAS PARA SU COMPRENSIÓN
A PARTIR DE ALGUNAS VOCES DE ILUSTRES
IUSCOMPARATISTAS
Marcos Geraldo Hernández Ruiz

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES
(DESCA) EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE IDH Y LA REINTERPRETACIÓN
DEL ARTÍCULO 26 DE LA CADH
Juan Carlos Hitters

HEALTH, GENDER AND CLIMATE CHANGE:
TOWARDS A SUSTAINABLE DEVELOPMENT
Camila Mies

APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA SALUD AMBIENTAL EN PERÚ:
¿ES NECESARIO SU RECONOCIMIENTO PARA PROTEGER
A LOS PUEBLOS INDÍGENAS, EN CASOS DE CONTAMINACIÓN
POR METALES PESADOS?
Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui

LOS DERECHOS DEL NIÑO, EL LITIGIO ESTRATÉGICO
EN DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE:
UN ESTUDIO DE CASO
Ana Claudia Santano

A APATRIDIA DE CRIANÇAS NO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
Estela Cristina Vieira de Siqueira
Vinicius Villani Abrantes

74

Julio - Diciembre 2021

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

74

Julio - Diciembre 2021



Embajada de Noruega
Ciudad de México



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

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: Español: Jacinta Escudos
Portugués: María Gabriela Sancho Guevara
Inglés: Charles Moyer*

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Imprenta Versalles

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	7
<i>José Thompson J.</i>	
Direitos humanos intergeracionais na litigância climática latino-americana	13
<i>Elisa Fiorini Beckhauser Valeriana Augusta Broetto Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville</i>	
Restricción de la libertad de circulación en Argentina: “un país feudal”	49
<i>Juan Cruz Fanin</i>	
La dignidad humana como un eje rector en la interpretación normativa en la defensa y protección de los derechos humanos en México	81
<i>Juan Carlos Galicia López</i>	
Aproximación al concepto y análisis de la “sistematicidad” en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	113
<i>Javier A. Galindo P.</i>	
La ciencia del derecho comparado. Notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas	143
<i>Marcos Geraldo Hernández Ruiz</i>	

Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH	189
<i>Juan Carlos Hitters</i>	
Health, gender and climate change: towards a sustainable development	223
<i>Camila Mies</i>	
Aproximación al derecho a la salud ambiental en Perú: ¿Es necesario su reconocimiento para proteger a los pueblos indígenas, en casos de contaminación por metales pesados?	245
<i>Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui</i>	
Los derechos del niño, el litigio estratégico en Derechos Humanos y el medio ambiente: un estudio de caso	283
<i>Ana Claudia Santano</i>	
A apatridia de crianças no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos	307
<i>Estela Cristina Vieira de Siqueira</i>	
<i>Vinicius Villani Abrantes</i>	

Presentación

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 74, la más reciente de una tradición que comenzó en 1985, y que durante 36 años continúa difundiendo doctrina y debates especializados en materia de derechos humanos. En esta edición hay una serie de artículos que abordan situaciones contemporáneas. Por una parte, en continuación a la Revista número 73, se repasan los impactos de la pandemia COVID-19 en los derechos humanos. Por otro lado, se aborda el fenómeno del cambio climático y su influencia en la vigencia de los derechos. Asimismo, se incluyen contribuciones relacionadas con la protección de los derechos de las personas y grupos en especial situación de vulnerabilidad. El IIDH espera que esta publicación contribuya a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Elisa Fiorini Beckhauser, Valeriana Augusta Broetto y Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville, titulada *Direitos humanos intergeracionais na litigância climática latino-americana*. En esta se aborda la amenaza que significa el cambio climático para los derechos humanos, especialmente de la niñez, juventudes y las generaciones futuras del Sur Global. El artículo aborda la perspectiva intergeneracional de los derechos humanos en litigios de América Latina, a través del análisis de casos de la región. Al respecto, se identifica una tendencia hacia el reconocimiento

de los derechos de la naturaleza, destacando la vulnerabilidad conectada de la niñez y los ecosistemas latinoamericanos al cambio climático.

Por su parte, Juan Cruz Fanin, autor de *Restricción de la libertad de circulación en Argentina: “un país federal”*, estudia la suspensión de derechos fundamentales (particularmente, la libertad de circulación y tránsito) que tuvo lugar en Argentina a propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 297/20 con motivo de la pandemia. La falta de un criterio federal unificado y discrepancias entre las provincias sobre las medidas de emergencia se analiza no solo como un factor en las violaciones a los derechos antes mencionados, sino que también se cuestiona en sí un sistema político federal que, en la práctica, no parece resultar eficaz para la garantía de derechos en este escenario.

En *La dignidad humana como un eje rector en la interpretación normativa en la defensa y protección de los derechos humanos en México*, Juan Carlos Galicia López realiza un profundo repaso de la doctrina, de la norma constitucional, de relevante jurisprudencia nacional y de los instrumentos universales e interamericanos de derechos humanos más emblemáticos. El análisis visibiliza el contenido del concepto de la dignidad humana con el fin de destacar la importancia que tiene dicho principio como un eje rector en la interpretación normativa de los derechos humanos. La sólida argumentación se vincula con las posibilidades que ofrece la aplicación de los estándares de derechos humanos para el acceso a la justicia y garantía de los derechos humanos, pero también cuestiona desafíos pendientes, particularmente en cuanto a la protección de los pueblos indígenas en el país.

En el artículo *Aproximación al concepto y análisis de la “sistematicidad” en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Javier A. Galindo realiza un profundo estudio de la doctrina y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano con la finalidad de conceptualizar la sistematicidad como un elemento de las violaciones de derechos humanos e, incluso, crímenes de lesa humanidad. El estudio facilita la identificación de las características de la sistematicidad, lo que resulta revelador y de gran utilidad para las personas litigantes y operadoras de justicia.

El artículo *La ciencia del derecho comparado. Notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas*, de Marcos Geraldo Hernández Ruiz, presenta el Derecho Comparado como una ciencia jurídica moderna que posibilita a las personas juristas perfeccionar el Derecho en beneficio de la sociedad. El estudio da cuenta de una metodología que transita desde la definición del Derecho Comparado, su función, el objeto, el método y la finalidad. En definitiva, se presenta el Derecho Comparado como una herramienta de reflexión, toda vez que el derecho doméstico coexiste con otros órdenes, como lo es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En su artículo *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH*, Juan Carlos Hitters estudia y repasa los principales estándares interamericanos para la protección de los DESCAs, incluyendo la transformación jurisprudencial de la Corte IDH sobre la justiciabilidad directa de artículo relacionado con el Desarrollo Progresivo de la Convención. La sistematización

de estándares que realiza el artículo visibiliza los desarrollos jurisprudenciales más emblemáticos en la materia, con el fin de evidenciar los cambios argumentativos del Tribunal y, con ello, la interdependencia, indivisibilidad, progresividad y exigibilidad inmediata de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Camila Mies en su artículo denominado *Health, gender and climate change: towards a sustainable development*, analiza el derecho humano a la salud bajo una sólida perspectiva de género. El estudio revela como la garantía de este derecho se materializa de forma distinta para hombres y mujeres debido a las relaciones de poder y jerarquía que sustentan la inequidad de género en nuestra sociedad. Por ello, el artículo plantea la necesidad de identificar y estudiar la relación que existe entre salud, género y cambio climático y cómo ello afecta la consecución de un desarrollo sostenible.

En el artículo *Aproximación al derecho a la salud ambiental en Perú: ¿Es necesario su reconocimiento para proteger a los pueblos indígenas, en casos de contaminación por metales pesados?*, Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui hace referencia al concepto de salud ambiental. El análisis parte de un repaso a los antecedentes de la protección al medio ambiente en los casos de pueblos indígenas, desde el marco internacional y en el contexto normativo peruano. El estudio destaca la relevancia que tienen el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente en los desarrollos normativos y jurisprudenciales actuales, pero también explica y argumenta la necesidad de que sea reconocido un derecho en específico a la salud ambiental con un enfoque desde el pluralismo jurídico.

Ana Claudia Santano, en *Los derechos del niño, el litigio estratégico en Derechos Humanos y el medio ambiente: un estudio de caso*, estudia un caso bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionado con la responsabilidad de los Estados frente al cambio climático. Dos aspectos esenciales se destacan: por una parte, que la denuncia está dirigida a más de 30 países, por otro lado, que involucra los derechos de las juventudes e infancias. El artículo repasa los aspectos más emblemáticos del caso hasta sus más recientes instancias y destaca las posibilidades de una eventual sentencia con un fuerte enfoque de interseccionalidad en un caso relacionado con cuestiones medio ambientales. Sin duda, el análisis invita a permanecer con atención al desarrollo de este caso.

En *A apatridia de crianças no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Estela Cristina Vieira de Siqueira y Vinicius Villani Abrantes realizan un amplio estudio jurisprudencial de los criterios de la Corte IDH relacionados con el derecho a la nacionalidad. El estudio evidencia una construcción social excluyente que perpetúa el racismo estructural, y que a la fecha sostiene prácticas estatales en donde se priva a las personas de sus derechos más elementales con motivo de su origen étnico. La omisión de inscripción en registro nacionales y las expulsiones colectivas son algunas situaciones que se examinan, con el fin de evidenciar la dimensión *de facto* de la apatridia, especialmente en las infancias.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la

producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones.

José Thompson J.

Director Ejecutivo, IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

**Aproximación al derecho a la salud
ambiental en Perú:
¿Es necesario su reconocimiento para
proteger a los pueblos indígenas, en casos
de contaminación por metales pesados?**

*Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui**

Introducción

La salud ambiental es un concepto amplio que ha obtenido mayor relevancia en los últimos años. Esta implica los factores externos (contaminación del aire, agua, alimentos, entre otros) que afectan a los seres humanos. En el presente artículo, se hará un análisis sobre la necesidad de un reconocimiento del derecho a la salud ambiental para los pueblos indígenas, desde el pluralismo jurídico. En el Perú existe una grave afectación a los pueblos indígenas, que ven vulnerados sus derechos al territorio y otros derechos fundamentales como la salud, medio ambiente sano, entre otros, por la contaminación de metales pesados de actividades extractivas inconsultas y llevadas a cabo sin su consentimiento. Ello ha ocurrido en el caso de la Comunidad de Cuninico y Comunidad de Espinar por contaminación de plomo, entre otros casos más. Muchas de estas Comunidades han tenido que recurrir hasta el Sistema Interamericano de Derechos

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina por la PUCP. Se desempeñó como adjunta de docencia del curso Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional en el Programa de Segunda Especialidad de Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina de la misma casa de estudios, en el ciclo 2021 - I.

Humanos para que se tutelen adecuadamente sus derechos ante la falta de pronunciamiento de Tribunales nacionales.

Ante esta grave situación, se considera importante profundizar sobre el derecho a la salud ambiental desde el pluralismo jurídico y con un enfoque intercultural. Ello en la medida que, a pesar de que se ha tenido un desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud y el derecho al medio ambiente, este no ha sido efectivo ni ha garantizado los derechos de los pueblos indígenas respecto de esta materia en el contexto peruano. Por ello, existe una evidente vulneración a estos derechos, tema que se desarrolla de forma detallada en el presente artículo.

A fin de abordar la importancia del derecho a la salud ambiental, se mencionan algunos casos (de forma general), donde el reconocimiento de este derecho podría implicar una mayor protección ante la contaminación de metales pesados en el contexto de pueblos indígenas. En esta línea, se explican el contenido y los alcances del derecho a la salud ambiental para efectivizar los derechos de pueblos indígenas y su hábitat.

Este artículo busca ser una aproximación general del desarrollo que ha tenido el derecho a la salud ambiental en el Perú, el mismo que está presente de forma específica en algunas leyes de las autoridades competentes que ven la materia, pero que no han implementado ninguna política efectiva a favor de los pueblos indígenas. Por ello, se propone un reconocimiento expreso de este derecho, desde un enfoque del pluralismo jurídico. Como limitación se tiene que, a nivel jurisprudencial, no existe un desarrollo; sin embargo, es necesario señalar por qué esto sería relevante en nuestro contexto. Para ello, considerando que este derecho ha sido abordado en Colombia, se le mantiene como referente para identificar cómo se debe abordar este derecho en nuestro contexto.

El presente artículo consta de dos partes. En primer lugar, se exponen los antecedentes sobre la protección del medio ambiente tanto a nivel internacional como nacional. Posteriormente, se aborda el derecho a la salud ambiental y su relación al derecho a la salud y derecho al medio ambiente, y se explica el contenido esencial de cada uno de estos derechos.

I. Antecedentes sobre la protección del derecho al medio ambiente en el caso de pueblos indígenas

Existen a la fecha instrumentos internacionales que abordan la protección del medio ambiente. Este avance en los derechos al medio ambiente se debe comprender desde los derechos al territorio de los pueblos indígenas y su implicancia en sus derechos conexos, como pueden ser los derechos a la alimentación adecuada, al agua, derecho a la salud (en el que se enfoca este artículo), entre otros. Así, estos derechos han sido abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en su más reciente jurisprudencia.

En primer lugar, el derecho al medio ambiente ha sido un derecho relativamente nuevo, surgido “durante construcción del sistema de protección de los derechos humanos de la OEA, en los años 60 y 70, el tema ambiental se destacó como un problema mundial importante, sobre todo después del período de la descolonización de África”¹. Con ello, se dio la Declaración de Estocolmo sobre el Entorno Humano en 1972, donde por primera vez el derecho internacional establece este derecho; posteriormente, también, la Declaración de Río sobre

1 De Oliveira, Valerio; y Gustavo, De Faria. “Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Costa Rica: Revista Internacional de Derechos Humanos Año V – N 19 0 5*, 2015. Pp. 22.

el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (2002), entre otros instrumentos internacionales.

A partir de este momento, se comienza a desarrollar lo que se denominaría el Derecho Internacional del Medio Ambiente. Se desarrollaron diversos tratados sobre la materia que, además fueron suscritos por el Perú. En este sentido, lo demuestra “un estudio del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el cual señala que, hasta el mes de diciembre de 1988, los Estados habían celebrado aproximadamente 140 tratados de Derecho Ambiental, muchos de ellos aprobados y ratificados por el Perú. Esto demuestra la gran importancia de los estados como sujetos creadores del Derecho Internacional del Medio Ambiente”².

En esta línea, es importante resaltar que entre los principios del Derecho Internacional Ambiental está presente la libre determinación de los Pueblos. Así, se debe considerar la jurisprudencia de la Corte IDH respecto al derecho al medio ambiente desde un enfoque intercultural con el desarrollo y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, precisamente por lo siguiente:

De manera casi sistemática, son los casos relacionados con derechos de pueblos indígenas, los que más involucran violaciones ambientales. Ello no es casual. Factores propios atinentes al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, así como su percepción del territorio como un concepto integral donde se incluyen factores culturales y religiosos para ubicar un sentido de pertenencia que trasciende lo meramente espacial, es lo que fundamenta una idea de

2 Vera Esquivel, Germán. “Algunas consideraciones sobre el medio ambiente y el derecho internacional”. *Lima: Derecho & Sociedad*, 1992. Pág. 9.

“propiedad” desde la cosmovisión indígena. Esta visión difiere en gran medida de la visión clásica occidental, más enfocada hacia su naturaleza de mero factor de producción³.

En nuestro contexto, también tenemos amplia normativa sobre la protección del medio ambiente, aunque, lamentablemente, no siempre está cohesionada ni ha sido coherente con el respeto de los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas. Esta es la razón para que se postula un necesario reconocimiento del derecho a la salud ambiental por la jurisprudencia desde un enfoque del pluralismo jurídico (sobre ello, se profundizará en los siguientes capítulos).

1.1. En el marco internacional

Como se ha adelantado, existe un amplio marco internacional respecto de los derechos del medio ambiente que se ha ido desarrollando en mayor medida, durante los últimos años. En este punto, es importante precisar los instrumentos internacionales que refieren el derecho al medio ambiente desde los derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, se debe tener presente el Convenio 169 de la OIT, que precisa las obligaciones de los Estados a partir del contexto de Pueblos Indígenas, a pesar de que no desarrolla estrictamente un derecho al medio ambiente, según precisa la autora Gaona en lo siguiente:

Por su parte, el Convenio 169 no declara derechos ambientales de manera concreta pero sí relaciona los temas ambientales con dichos pueblos, como puede determinarse a partir de la redacción de su articulado, en el cual se establece la obligación de fijar medidas

3 Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. “Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *México: AIDA*, 2008. Pág. 61.

preventivas previas a la aplicación de un proyecto que pueda afectar a pueblos indígenas, tales como la realización de estudios de impacto ambiental de actividades de desarrollo que se hayan propuesto (art. 7); la protección a los recursos naturales (art. 15), así como otro tipo de medidas tendientes a la protección y preservación de los territorios indígenas (art. 4: adopción de medidas especiales; art. 6: derecho de consulta previa; art. 17: respeto a las modalidades de transmisión de sus tierras, entre otros); además establece la obligación de respetar la “importancia especial” que tienen las tierras para los pueblos indígenas, al aplicar lo dispuesto en la parte II del convenio, relativa a las tierras (art. 13)⁴.

Asimismo, por su parte, se tiene la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de Pueblos Indígenas, que hace mención a la protección del medio ambiente en relación con el territorio, el derecho a la consulta y el restablecimiento de salud, conforme su artículo 29⁵. Y, recientemente, la Declaración Americana de los Derechos de Pueblos Indígenas en sus artículos

4 Gaona, Georgina. “El derecho a la tierra y protección del ambiente por los pueblos indígenas”. *México: Nueva Antropología*, 2015. Pp. 156.

5 Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

XIX⁶ y XXVI⁷ establece la protección al medio ambiente sano. Estos dos últimos instrumentos internacionales son más precisos al referirse a la protección del medio ambiente en el contexto de pueblos indígenas.

Uno de los casos más relevantes en la materia, es la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Comunidad Lhaka Honhat vs. Argentina, por su desarrollo directo del derecho al medio ambiente con base en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La importancia de este reciente caso radica en:

La distinción que hace la Corte IDH en este caso es de fundamental importancia ya que, por un lado, analiza de manera detallada cómo los hechos del caso se relacionan con

6 *Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano*

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.
3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas.
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

7 *Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial*

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.
2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

la violación de los derechos sociales, culturales y ambientales referidos, así como el impacto que se tiene desde una visión indígena, lo que abona al entendimiento de los derechos de manera integral, interdependiente y conglobada. Por otro, contribuyó a que las medidas de reparación ordenadas se enfocaran en tratar de restituir la afectación particular que dichos derechos habían sufrido⁸.

En efecto, esta sentencia de la Corte IDH no solo desarrolla por primera vez el derecho al medio ambiente, sino los derechos conexos al mismo como son el agua y la alimentación adecuada. Asimismo, la Corte IDH reafirma que “el derecho de estas comunidades y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes”⁹. Es importante tener presente esto último para interpretar los diversos instrumentos internacionales sobre la protección del medio ambiente como la Declaración de Río y otros.

También esta sentencia de la Corte IDH hace incidencia en la obligación de garantía del derecho al medio ambiente en su fundamento 207¹⁰. De igual manera, sigue la línea de la OC-23/17

8 Ferrer, Eduardo. “Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2020. Pp. 5.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Fundamento 250, 2020. Pág. 88.

10 207. En lo que es relevante para el caso, debe hacerse notar que rige respecto al derecho al ambiente sano no solo la obligación de respeto, sino también la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones. Este deber se proyecta a la “esfera privada”, a fin de evitar que “terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”, y “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente

sobre el principio de prevención de daños ambientales y debida diligencia de parte de los Estados que establece que se debe “i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental”¹¹.

Entonces, se observa que a pesar que los instrumentos internacionales de protección del medio ambiente sean *soft law*, existe una obligación de parte de los Estados conforme la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, se viene desarrollando este derecho en la jurisprudencia de la Corte IDH en casos que involucran a pueblos indígenas. Y, se ha establecido que la vulneración al derecho al medio ambiente, a su vez implica la vulneración a derechos conexos antes mencionados.

1.2. En el contexto peruano

En primer lugar, se debe especificar que nuestra Constitución Política establece el derecho al medio ambiente sano y

consideradas y tratadas como un hecho ilícito”. En esta línea, la Corte ha señalado que en ciertas ocasiones los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas.

198. La obligación de prevenir “es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”. Debido a que lo indicado es aplicable al conjunto de los derechos receptados en la Convención Americana, es útil dejar ya sentado que también refiere a los derechos a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Fundamento 208. 2020.

equilibrado, en su artículo 2 inciso 22: “Toda persona tiene derecho: (...) A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Por tanto, este derecho es justiciable conforme también se establece en el artículo 37¹² del Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano, Ley No. 31307.

Además, conforme se analiza en el siguiente capítulo, este derecho ha sido desarrollado mayormente por la jurisprudencia. Por ello, en las siguientes líneas, se realiza una breve referencia a las principales sentencias para comprender mejor la situación actual; así como los retos que tiene la jurisprudencia para avanzar en un reconocimiento del derecho a la salud ambiental, desde el enfoque del pluralismo jurídico.

De esta manera, se hace énfasis en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), respecto del derecho al medio ambiente, sobre todo en lo que involucra a pueblos indígenas a fin de tener un panorama general. Así, una de las primeras sentencias a considerar es la recaída en el Expediente No. 0964-2002-AA/TC que establece principalmente que el contenido protegido de derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida “... es esencial para el pleno disfrute de otros derechos reconocidos constitucionalmente y por tratados internacionales de Derechos Humanos. Así delimita que el medio ambiente equilibrado comprende componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua (...). Esta

12 *Capítulo II*

Derechos Protegidos

Artículo 44. Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

25) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

protección no es individual, si no que comprende el sistema complejo y dinámico, donde se desarrolla la vida”¹³.

De igual manera, en esta misma sentencia, se refiere al derecho al medio ambiente citando la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas como vemos a continuación:

Sin embargo, la Constitución no sólo garantiza que el hombre se desarrolle en un medio ambiente equilibrado, sino también alude a que ese ambiente debe ser “adecuado para el desarrollo de la vida humana”, lo que se traduce en la obligación del Estado, pero también de los propios particulares, de mantener las condiciones naturales del ambiente a fin de que el ser humano viva en condiciones ambientalmente dignas. En efecto, en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el “derecho a un medio ambiente seguro, sano [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo”¹⁴.

Otra sentencia relevante sobre el medio ambiente y pueblos indígenas, es el caso conocido como “Cordillera Escalera” que es la sentencia recaída en el Expediente No. 03343-2007-PA/TC. Esta además desarrolla otras aristas sobre el medio ambiente

13 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 0964-2002-AA/TC, fundamento 8. 2003.

14 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 0964-2002-AA/TC, fundamento 9. 2003.

como el desarrollo sostenible, constitución ecológica, entre otras. Así esta sentencia inicia resaltando lo siguiente:

4. Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado con anterioridad sobre el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (STC No. 00018-2001-AIITC, STC No. 00964-2002-AAITC, STC No. 0048-2004-PIITC, STC No. OI206-2005-AA). En ese sentido, se ha establecido que dicho derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado adecuado, y 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado¹⁵.

Esta sentencia, además, en su fundamento 5, aborda las obligaciones del Estado en sus diversas dimensiones como la prestacional. Asimismo, resalta el deber de prevención y conservación para tener un medio ambiente sano y equilibrado. En caso ocurra algún daño ambiental expone que, evidentemente, existe un deber de reparación o compensación. El Tribunal enfatiza que, de todas maneras, se prefiere el deber de prevención, ya que de lo contrario se podría abusar y patrimonializar este derecho.

En esta línea, existen múltiples sentencias que abordan el derecho al medio ambiente y se han resaltado las que se consideran pertinentes. Asimismo, es relevante señalar las recientes sentencias que ha emitido el Tribunal Constitucional sobre la materia. Una de ellas es la sentencia recaída en el Expediente 011-2015-PI/TC, donde el Tribunal Constitucional se reafirma respecto al derecho al medio ambiente y derechos conexos en lo siguiente:

¹⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 03343-2007-PA/TC, fundamento 15. 2009.

152. Por otro lado, con relación al segundo derecho invocado, la Constitución reconoce, en su artículo 7, que toda persona tiene derecho a la protección de su salud, así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de esta. En este sentido, el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico; y, por consiguiente, guarda una especial conexión con los derechos a la vida, dignidad de la persona humana, a la integridad (Sentencia 0091-2015-HC/TC, fundamento 2), y con el derecho a la alimentación, entre otros¹⁶.

En esta misma sentencia, en el fundamento 153, el Tribunal Constitucional agrega que el Estado tiene un deber de no exposición a situaciones que comprometan, afecten o agraven la salud de las personas. Por ello, en esta sentencia, ante la evidente vulneración de los derechos al medio ambiente y la salud, declara inconstitucionales los extremos de la Ley No. 30190 en este caso.

No obstante, contraria la protección a la salud y medio ambiente de la anterior sentencia, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia recaída en los Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados) que representa una regresión en la protección del derecho al medio ambiente y derechos de pueblos indígenas, puesto que flexibiliza plazos para los Estudios de Impacto Ambiental (fundamento 29), pues considera que ello no sería una afectación al medio ambiente, entre otros aspectos¹⁷.

¹⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 011-2015-PI/TC, fundamento 152. 2020.

¹⁷ Esta sentencia, a pesar de que establece que una serie de artículos de la Ley No. 30230 no pueden ser aplicados a los pueblos indígenas, puesto que serían inconsultos, termina declarando infundada la demanda siempre que se interprete de excluir de aplicación a los territorios de los pueblos indígenas. Y exhorta al Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Gobiernos Regionales a que debatan una mejora para los procedimientos de titulación y demarcación de sus territorios.

Se han presentado, brevemente, algunas de las sentencias que se consideran importantes de resaltar para exponer cual ha sido el desarrollo del Tribunal Constitucional, respecto del derecho al medio ambiente en el contexto de pueblos indígenas. Posteriormente, se volverá a señalar alguna de estas sentencias, con el fin de especificar los retos pendientes de la jurisprudencia en la progresividad de derechos desde el pluralismo jurídico.

II. El derecho a la salud ambiental y su relación con los derechos a la salud y el derecho al medio ambiente en el contexto de pueblos indígenas en el Perú

La salud ambiental ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) de la siguiente forma: “La salud ambiental está relacionada con todos los factores físicos, químicos y biológicos externos de una persona. Es decir, que engloba factores ambientales que podrían incidir en la salud y se basa en la prevención de las enfermedades y en la creación de ambientes propicios para la salud”¹⁸. En esta línea, “la salud ambiental se define como el segmento de la salud pública que se encarga de evaluar, comprender y controlar los impactos de las personas sobre el medio ambiente y los impactos del ambiente sobre las personas”¹⁹. Y es a partir de esta última definición que se desarrolla este artículo para ser una aproximación al derecho a la salud ambiental, a la luz de un enfoque de pluralismo jurídico, con el fin de que se efectivicen los derechos de los pueblos indígenas y de la naturaleza.

18 Véase: <https://www.paho.org/es/temas/determinantes-ambientales-salud>

19 En: Ralf, Ronald. “Perspectivas Jurídicas de la salud ambiental en Colombia: ¿Hacia el pluralismo jurídico”. *Colombia: Revista Republicana*, 2019. Pp. 67-92, citando a Moeller, D.W. *Environmental Health*. Cambridge, Estados Unidos. Harvard University Press, 2011. Pp. 9.

En el contexto peruano, no se ha abordado mucho el tema de la salud ambiental, aunque sí existe un desarrollo jurisprudencial de los derechos al medio ambiente y salud reconocidos constitucionalmente. De igual manera, es importante señalar que específicamente tanto la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, en su artículo 66²⁰, inciso 1, indica que es prioritaria y que el Estado es responsable para la efectiva gestión del ambiente; y La Ley General de Salud, Ley No. 26842, en su artículo 105, señala que: “corresponde a la Autoridad de Salud competente, dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos para la salud de las personas derivados de elementos, factores y agentes ambientales, de conformidad con lo que establece, en cada caso, la ley de la materia”.

Así se han dictado diversas medidas para garantizar la salud ambiental, que se detallarán más adelante. No obstante, no existe una estrategia coordinada ni una adecuada implementación de las políticas establecidas por el Estado para garantizar la salud ambiental en el caso de la contaminación por metales pesados en comunidades y/o pueblos indígenas. Esto ha significado que continúe la vulneración a sus derechos en una situación de alto riesgo como en los casos de la comunidad de Cuninico y San Pedro, Pueblo Kukama, Comunidad Nativa Tres Islas, entre otras.

En las siguientes líneas, se aborda el contenido esencial del derecho a la salud, el derecho al medio ambiente y por qué se

20 Artículo 66.- De la salud ambiental

66.1 La prevención de riesgos y daños a la salud de las personas es prioritaria en la gestión ambiental. Es responsabilidad del Estado, a través de la Autoridad de Salud y de las personas naturales y jurídicas dentro del territorio nacional, contribuir a una efectiva gestión del ambiente y de los factores que generan riesgos a la salud de las personas.

66.2 La Política Nacional de Salud incorpora la política de salud ambiental como área prioritaria, a fin de velar por la minimización de riesgos ambientales derivados de las actividades y materias comprendidas bajo el ámbito de este sector.

considera que debe haber un avance a nivel jurisprudencial respecto de la salud ambiental. Esto último con el fin de que se efectivicen estos derechos en el contexto de pueblos indígenas con enfoque intercultural, y, respetando sus derechos al territorio; pero además podría conllevar, si se concibe desde el pluralismo jurídico, a un reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

2.1. El desarrollo del derecho a la salud en el contexto de pueblos indígenas

El derecho a la salud es un derecho humano reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo de San Salvador. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, ha indicado, en el preámbulo de su Constitución, que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”²¹.

Sobre los estándares del derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), en su Observación General No. 14 del año 2000, estableció los elementos esenciales de este derecho. Estos son la disponibilidad de suficientes establecimientos de salud para la atención de las personas; accesibilidad, sin discriminación; alcance de forma geográfica, sin barreras de carácter económico; aceptabilidad, que se respete la ética médica, confidencialidad, la cultura, entre otras; y calidad, que se brinde el servicio médico con personal capacitado y equipos en buen estado.

21 Véase: <https://www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social>.

Asimismo, este derecho ha sido recogido por la Constitución Política del Perú que en su artículo 7 establece que: “todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”; y, en su artículo 9 señala que “el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”. Si bien este derecho no se desarrolla en la Constitución, la jurisprudencia del TC ha cumplido con esta importante labor.

Entonces, de los varios pronunciamientos del TC sobre el derecho a la salud, se recogen las más importantes para abordar esta interrelación entre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente para luego exponer si es necesaria o no un reconocimiento expreso al derecho de salud ambiental. Así tenemos la sentencia recaída en el Expediente No. 2064-2004-AA/TC que, en su fundamento 2, ha precisado el contenido del derecho a la salud en lo siguiente:

2. (...) comprende no solo el derecho al cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna. Así, se afirma que el derecho a la salud abarca, por un lado, la atención de salud oportuna y apropiada, y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros²².

En este caso, existe una mención breve a las condiciones ambientales y ocupacionales que abarcaría también el derecho

22 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 2064-2004-AA/TC, fundamento 2. 2005.

a la salud. Sin embargo, no existe un análisis mayor sobre la complejidad que estos factores externos ocasionan a la salud y lo que implican a la salud ambiental, menos en el contexto de pueblos indígenas, pues este caso no era respecto de estos últimos. Esta sentencia se centra más en el derecho al agua y en el estudio del impacto ambiental, mas no termina de desarrollar adecuadamente esta relación entre el derecho a la salud y medio ambiente, por lo que termina declarando infundada la demanda, de acuerdo a lo siguiente: “33. No obstante, la demandante se ha limitado a afirmar la existencia de una amenaza del derecho a la salud de los pobladores de zonas aledañas al río Lurín, sin cuestionar objetivamente la idoneidad de los estudios de impacto ambiental y las evaluaciones practicadas que sirvieron de base para conceder las autorizaciones de inicio de las obras, razones por las cuales la demanda carece de sustento, por lo que no procede estimarla”²³.

De otro lado, en su sentencia del Expediente No. 02002-2006-PC/TC, el TC señala lo siguiente:

17. (...) la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado, de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras²⁴.

23 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 2064-2004-AA/TC, fundamento 33. 2005.

24 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 02002-2006-PC/TC, fundamento 17. 2006.

Esta sentencia es relevante ya que establece la necesidad de acciones para prevenir, conservar y atender los daños a la salud, sobre todo en el caso de menores de edad, madres y adultos mayores por la grave contaminación en la Oroya, lo que ocasionó la concentración de altos niveles de plomo en la sangre de estos grupos vulnerables. A pesar de que este caso no es sobre Comunidades o Pueblos Indígenas, es un caso representativo respecto a la contaminación por metales pesados del medio ambiente y de las personas. Empero el TC no realiza tampoco un análisis sobre la salud ambiental, su repercusión en el medio ambiente y en la salud de las personas, más allá de amparar las pretensiones de implementar una estrategia de salud pública de emergencia, declarar el Estado de Alerta y establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la Oroya, refiriéndose al marco legal vigente que fue incumplido por las entidades estatales correspondientes.

Por otro lado, es importante hacer referencia a que el derecho a la salud debe garantizarse en condiciones de igualdad. Así lo ha manifestado el TC en su sentencia del Expediente No. 0033-2010-PI/TC, donde indica: “13. (...) La salud, como derecho fundamental, impone al Estado el deber de realizar las acciones necesarias para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, en condiciones de equidad. El derecho a la salud comprende una serie de posiciones fundamentales que van desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud”²⁵.

Para complementar lo anterior, en el caso de Pueblos Indígenas, un instrumento internacional como el Convenio 169 de la OIT establece, en su artículo 7, que el mejoramiento de su nivel

25 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 0033-2010-PI/TC, fundamento 13. 2012.

de salud debe darse conforme sus prioridades de desarrollo y con su participación; en su artículo 25, se precisa que los Estados deben proporcionar un adecuado sistema de salud para que gocen de salud en el plano físico y mental. Finalmente, en el artículo 30 establece que las medidas que se adopten deben respetar las tradiciones y culturas de los pueblos interesados.

En un avance mayor del derecho a la salud, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 24, precisa que los indígenas tienen el derecho al acceso sin ningún tipo de discriminación, al servicio de salud y se debe garantizar su disfrute en el nivel más alto de salud física y mental. En esta misma línea, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sobre el derecho a la salud, extiende más el desarrollo de este derecho al indicar que los Estado deben, en consulta y coordinación con los pueblos, promover las prácticas interculturales.

Volviendo al análisis de la jurisprudencia del TC, en la sentencia del Expediente No. 1711-2004-AA/TC ha desarrollado el derecho a la salud con su interrelación con otros derechos en lo siguiente:

La salud tiene la característica de ser, por un lado, un derecho en sí mismo y, por el otro, condición habilitante para el ejercicio de otros derechos. El derecho a la salud debe entenderse como la facultad que tiene toda persona para el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. A veces las condiciones de salud de una persona varían según el grado de libertad que vivan, o de la vivienda que habiten, del acceso a alimentación adecuada, a vestido y –claro está– a trabajo²⁶.

26 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1711-2004-AA/TC, fundamento 2. 2006.

Entonces, desde un enfoque individual, el TC indica que el derecho a la salud es un derecho habilitante de derechos como alimentación adecuada, entre otros. Como se ha visto, en estas sentencias no se menciona específicamente a los pueblos indígenas ni existe un enfoque colectivo del derecho a la salud; la única sentencia que se aproxima es la sentencia del Expediente No. 3303-2007-PA/TC que relaciona el derecho a la consulta con el derecho a la salud, donde el TC señala:

35. (...) la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello, debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental; además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes²⁷.

Aquí se establece como estándar que la consulta debe realizarse cuando algún proyecto tenga incidencia que ponga en riesgo de afectación de una comunidad, pero, una vez más, no se desarrolla el derecho a la salud ambiental; es decir, la repercusión que pueda tener uno de estos proyectos tanto en el medio ambiente como en los pueblos indígenas. Tampoco se ha establecido la obligación de restituir las cosas al estado anterior de parte de quienes causaron la vulneración.

27 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 3303-2007-PA/TC, fundamento 45. 2009.

Todas estas sentencias han desarrollado aspectos importantes del derecho a la salud, pero es importante precisar lo que ha dicho el TC sobre el contenido esencial de este derecho. Así, ha establecido en su sentencia del Expediente No. 2945-2003-AA/TC, lo siguiente:

16. El Tribunal Constitucional ha sostenido también que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud (...) comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido²⁸.

Esta breve síntesis de algunas sentencias del TC ha buscado determinar la interrelación entre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente. Anteriormente, también se hizo mención de dos recientes sentencias en el año 2020 que abordan esta interrelación. Por un lado, teníamos al Expediente No. 011-2015-PI/TC, donde declaran inconstitucional la Ley General de Sanidad Agraria por afectación a estos dos derechos. No obstante, en los Expedientes No. 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados), que atañe el caso de pueblos indígenas, se desestima que la reducción de plazos del Estudio de Impacto Ambiental causaría daños al medio ambiente.

28 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 2945-2003-AA/TC, fundamento 28. 2004.

Entonces, se concluye que el TC, en su mayoría, define el derecho a la salud desde una perspectiva individual antropocéntrica. Evidentemente, no existe una línea jurisprudencial clara respecto del desarrollo del derecho a la salud en el caso de pueblos indígenas, ya que ha tenido retrocesos como el mencionado en líneas anteriores. Sobre factores externos que afecten a la salud, se tiene el caso La Oroya. No obstante, el TC no realiza un análisis minucioso ni se pronuncia sobre la salud ambiental.

2.2. Del derecho al medio ambiente hacia los derechos de la naturaleza

Anteriormente, se ha hecho referencia tanto al marco nacional como internacional que han desarrollado el derecho al medio ambiente, así como algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH que precisan el contenido del derecho al medio ambiente, estas últimas respecto del contexto de Pueblos Indígenas. En las siguientes líneas, se precisa, conforme el principio de progresividad de derechos, la necesidad de avanzar del derecho al medio ambiente hacia una protección efectiva de los derechos de la naturaleza, desde un enfoque de pueblos indígenas y de pluralismo jurídico.

Entonces, a pesar de que el derecho al medio ambiente se encuentra establecido en nuestra Constitución²⁹, este no tiene un contenido en sí mismo en la Carta Magna. También se debe precisar que, por un lado, se reconoce el derecho de carácter social de gozar a un medio ambiente sano y equilibrado; pero, por

29 Artículo 2, inciso 22: “Toda persona tiene derecho: (...) A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

otro lado, se tiene el capítulo II referido al ambiente y recursos naturales, que en sus artículos 66 a 69³⁰ establece, en resumen, la soberanía del Estado sobre los derechos naturales, los mismos que se pueden concesionar a través de un derecho real por ley; se promueve el desarrollo sostenible y la conservación de áreas naturales.

Sobre esto el profesor Huerta ha señalado lo siguiente:

Si bien una de las características de la Constitución de 1993 fue reducir el contenido de los derechos fundamentales —en particular los de índole social—, mantuvo el reconocimiento del derecho al medio ambiente ubicándolo en la sección correspondiente a los derechos Fundamentales (artículo 2, inciso 22), aunque de forma conjunta con otros derechos cuyo contenido no se encuentra relacionado con él, como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso. Para algunos autores, el texto constitucional de 1979 era mejor respecto del tratamiento de este derecho.

30 *Capítulo II*

Del Ambiente y los Recursos Naturales

Artículo 66.- Recursos Naturales

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Artículo 67.- Política Ambiental

El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68.- Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas
El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Artículo 69.- Desarrollo de la Amazonía

El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

A diferencia del texto constitucional anterior, la actual Constitución de 1993 no señala —junto con el reconocimiento del derecho— obligación alguna del Estado con relación a la preservación del medio ambiente o a la necesidad de evitar la contaminación ambiental³¹.

Por dicha razón, la jurisprudencia ha desarrollado este derecho, tal y como hemos referido en el recorrido de las sentencias más relevantes en el punto 2.2. De esta manera, el TC a lo largo del tiempo en sus sentencias ha reafirmado el carácter antropocéntrico del derecho al medio ambiente. Incluso con las últimas sentencias aún no se cuenta con un enfoque desde el pluralismo jurídico.

No obstante, a pesar de este reconocimiento del derecho al medio ambiente, al contemplarse también un régimen de extracción de recursos naturales enmarcados en la teoría demanial, se hizo incompatible en los hechos con los principios del derecho ambiental. Sobre la teoría demanial, se debe acotar que el TC también lo ha interpretado así en la sentencia antes referida (0048-2004-PI/TC), donde se entiende a los recursos naturales como bienes de dominio público. Esta ha traído consigo que se afecte el derecho al medio ambiente en el contexto de pueblos indígenas. Además, dada la transversalidad de este derecho, se ha afectado otros como la seguridad alimentaria y libre determinación. Esto debido a que se ha concebido al medio ambiente desde una perspectiva utilitarista y no desde el pluralismo jurídico.

Antes de continuar, es importante resaltar la necesidad de este enfoque, como lo expone la autora Silvina Ramírez en lo siguiente:

31 Huerta, Luis. “Constitucionalización del derecho ambiental”. *Lima: Revista de Derecho Pucp* No. 71, 2013. pp. 489-490.

Las distintas formas de concebir y aprehender la realidad están asociadas, entre otras cosas, a la construcción de los sistemas de justicia. El reconocimiento del pluralismo jurídico tiene diferentes aristas: significa, por un lado, modos diferentes de gestionar la conflictividad; también la necesidad de que la justicia dominante del Estado –la así llamada justicia ordinaria– contemple los paradigmas de otras culturas; en tercer lugar, que el propio Estado genere modos de respuestas que contemplen los diferentes paradigmas en juego, gestando alternativas que puedan representar puntos de encuentro entre la diversidad señalada³².

En efecto, es necesario el reconocimiento del pluralismo en un sentido amplio. Esto implica el cambio de paradigma del monismo jurídico estatal a concebir la existencia de otros sistemas jurídicos, así como la cosmovisión de los pueblos. En ese sentido, debe haber un cambio de paradigma que no vea a los recursos naturales desde una perspectiva utilitaria y desde la teoría demanial. Ello ha ocurrido en países de la región tanto a nivel constitucional (Ecuador y Bolivia) como jurisprudencial (Colombia).

En este punto, es importante señalar una diferencia entre el reconocimiento del derecho al medio ambiente y el avance en los derechos de la naturaleza. Esto último ha sido implementado por el constitucionalismo andino que ha sido plasmado desde una perspectiva del pluralismo jurídico en la Constituciones de Bolivia y Ecuador. En referencia a ellas, el TC se pronunció en la sentencia recaída del Expediente No. 03343-2007-AA/TC, indicando que la Constitución Ecológica establece la importancia del desarrollo sostenible y que se debe tener en cuenta el impacto sobre el medio ambiente con el fin de preservarlo

32 Ramírez, Silvina. “Pluralismo jurídico en el siglo XXI: ¿Nuevas formas de Estado?” (Documento inédito), 2020. Pp. 4.

para las generaciones futuras; por ello, resalta el principio de prevención (más detalle de esta sentencia se encuentra en el punto 2.2). También la sentencia No. 3610-2008-PA/TC donde, en su fundamento 33, indica que la Constitución ecológica son las disposiciones que relacionan al individuo, sociedad y medio ambiente.

Recientemente, el TC en la sentencia recaída en el Expediente No. 00012-2019-PI/TC, hace énfasis en la concepción de la Constitución Ecológica siguiendo lo establecido por la anterior sentencia. Lo novedoso sería que hace mención a la OC- 23/17 que el Estado debe cumplir con sus compromisos internacionales; en este sentido es indispensable que se cumpla el principio precautorio. Asimismo, aborda el derecho al agua, mas no existe un avance para referirnos a un reconocimiento de los derechos de la naturaleza como en el caso colombiano, aun cuando la Corte IDH, en el fundamento 62 de la OC-23/17, ha resaltado la importancia de proteger a la naturaleza no solo por su conexidad utilitarista para el ser humano, sino porque también son merecedores de protección en sí mismos.

Este avance del derecho al medio ambiente sano y equilibrado hacia un verdadero reconocimiento de los derechos de la naturaleza es necesario, de acuerdo a lo siguiente: “La protección –más o menos articulada– del derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, prevista por la casi totalidad de las constituciones latinoamericanas, no ha logrado –sin embargo– eliminar del todo la depredación de la naturaleza así como tampoco la aplicación del modelo extractivista a sus recursos”³³.

33 Fabio, David. “El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza”. *Colombia: Derecho del Estado No. 36*, Universidad Externado de Colombia, 2016. Pp. 112.

En este sentido, para que en nuestro contexto se materialice este avance, se considera que, a través del reconocimiento del derecho a la salud ambiental en el contexto de pueblos indígenas, desde un enfoque del pluralismo, ello podría ser posible. Sobre algunas de las sentencias referidas al medio ambiente, se ha visto en nuestra breve reseña cómo el TC ha indicado la interrelación del derecho al medio ambiente con otros derechos como la salud. No obstante, no ha existido un avance en cuanto al reconocimiento de los derechos de la naturaleza, siendo un reto pendiente que la jurisprudencia desarrolle estos derechos desde un enfoque del pluralismo jurídico.

2.3. La relevancia del reconocimiento del derecho a la salud ambiental en el contexto de pueblos indígenas, desde el pluralismo jurídico

Luego de haber desarrollado el contenido esencial del derecho a la salud y el derecho al medio ambiente, se tiene claro que estos derechos son de carácter transversal. Son indispensables para el desarrollo de otros derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú, así como derechos humanos ya reconocidos en instrumentos internacionales. De esta manera, en el caso de Comunidades o Pueblos Indígenas es necesaria una especial protección de estos derechos dado el contexto por el que se atraviesa, el mismo que se detalla más adelante. Por ello, en las siguientes líneas, se especifica la relevancia del reconocimiento de un derecho a la salud ambiental, específicamente en un contexto de pueblos indígenas, con un enfoque desde el pluralismo jurídico.

Ambos derechos tienen un contenido esencial bastante amplio, lo que ha provocado que en diversas sentencias del Tribunal Constitucional se especifiquen sus implicancias, su acceso, las

obligaciones del Estado, la delimitación de su contenido esencial y su relación con otros derechos. No obstante, en ninguna de las jurisprudencias señaladas anteriormente se aborda en específico el derecho de salud ambiental; solo ha existido una breve aproximación en la sentencia del Expediente No. 2064-2004-AA/TC que aborda la interrelación del derecho a la salud con otros derechos y especifica que abarca también las condiciones ambientales saludables.

En primer lugar, la definición de salud ambiental la hemos detallado en líneas anteriores. Ha sido abordada por la OMS y en diversos países existen políticas públicas sobre el tema. Este ha sido el caso de Colombia, por ejemplo, donde se tiene un mayor avance en cuanto a políticas públicas y desarrollo jurisprudencial como se especifica a continuación:

La Corte Constitucional va más allá del cumplimiento de las normas ambientales locales, nacionales e internacionales sino que abraza la salud ambiental dentro del estado social de derecho, apartándose de la postura eminentemente económica de la doctrina de la Constitución de 1886; dijo la Corte que “la Constitución de 1991 apunta a un modelo de desarrollo sostenible, en que la actividad productiva debe guiarse por los principios de conservación, restauración y sustitución” (Sentencia T-154/2013, par. 4.1). De igual manera, la Corte Constitucional reconoce ampliamente la estrecha relación entre la contaminación del aire y del agua y la afectación en la salud humana (Sentencia T-154/2013)³⁴.

Aunque esta jurisprudencia todavía no desarrollaba una perspectiva ecocéntrica, fue un avance en su momento, ya que enfatizó la importancia del modelo de desarrollo sostenible

³⁴ Ralf, Ronald. “Perspectivas Jurídicas de la salud ambiental en Colombia: ¿Hacia el pluralismo jurídico?”. *Colombia: Revista Republicana*, 2019. Pp. 76.

conforme a los principios rectores del derecho al medio ambiente. Asimismo, especificó que la contaminación del ambiente incide en la salud humana, lo que representa una referencia indirecta para el reconocimiento de salud ambiental. No obstante, aun cuando se ha avanzado en Colombia, respecto de este derecho —y también más adelante, desde un enfoque de pluralismo jurídico, con la sentencia T-622 del año 2016, que reconoce como sujeto de derecho al río Atrato—, todavía no existe una línea jurisprudencial clara que aborde la inter legalidad. Esto aporta un desarrollo de la salud ambiental desde un enfoque del pluralismo jurídico, pero se requiere un avance aún mayor.

Si bien la Corte Constitucional de Colombia ha abordado la relación entre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente, esto ha sido mayoritariamente respecto de la salud humana y no desde un enfoque ecocéntrico (con excepción de la sentencia del río Atrato). En contraste, en nuestro contexto, todavía no existe un desarrollo de la interrelación de ambos derechos respecto de la salud ambiental de pueblos indígenas por la contaminación de metales pesados.

En este punto, es preciso señalar por qué se considera necesario el reconocimiento de este derecho a nivel jurisprudencial. En primer lugar, este derecho no ha sido desarrollado en ninguno de los casos que involucra a pueblos indígenas. Ello a pesar de que, existe evidencia sobre la grave situación de la contaminación por metales pesados, como se deja ver a continuación:

El Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud del Perú ha documentado 4.867 casos de personas peruanas expuestas a metales pesados. Sin embargo, esta cifra sería parcial y subestimaría el impacto real de la contaminación en la salud de las personas y las fuentes de agua. Los representantes de

la Plataforma Nacional de Afectados y Afectadas por Metales Tóxicos aseguran que la cifra de personas expuestas día a día a este mix venenoso de sustancias químicas que incluye arsénico, cadmio, plomo y mercurio, entre otros metales, es mucho mayor³⁵.

En esta línea, se debe precisar que incluso no todos los afectados por este tipo de contaminación se encuentran en esta plataforma. Por otro lado, es importante señalar los casos que se han registrado en distintas comunidades o pueblos indígenas. Estos han sido: el caso de la Comunidad Nativa de Cuninico y San Pedro, el caso de Comunidades del Pueblo Indígena Kukama en la provincia de Espinar, el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas y el caso de la Oroya (aunque en este no se trata de una comunidad o pueblo indígena), entre otros.

En el caso de la Comunidad de Cuninico y San Pedro se han visto afectados sus derechos a la salud, medio ambiente, entre otros, debido a los derrames de petróleo; por lo que les otorgaron una Medida Cautelar No. 120-16 ante la CIDH que fue otorgada a través de la Resolución 52/2017 de fecha 2 de diciembre de 2017. Esta situación ha incidido en que niñas, mujeres y miembros de su Comunidad presenten metales pesados en su organismo, como quedó demostrado en el *Informe sobre determinación de metales pesados en las Comunidades de Cuninico y San Pedro, Cuenca del Maraón del Departamento de Loreto*, de enero del 2016, realizado por el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENCOPAS). En ese sentido, interpusieron una acción contra entidades del Estado por el incumplimiento de las normas respectivas en materia de salud que llegó al TC, mediante recurso de agravio constitucional

35 Amnistía Internacional. “Estado Tóxico: violaciones del derecho a la salud de los pueblos indígenas en Cuninico y Espinar, Perú”. Lima: *Amnistía internacional*, 2017. Pp. s/n.

recaído en el Expediente No. 03799-2018-PC/TC, que fue declarada fundada; no obstante, el Tribunal no desarrolló el derecho que se pronunció sobre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente sano, mucho menos propuso el derecho a la salud ambiental.

En el caso de las Comunidades Indígenas en la provincia de Espinar ocurrió algo similar, ya que, de acuerdo a los estudios publicados por CENCOPAS, se determinó que tenían niveles de metales pesados más altos de los permitidos. Esta situación se ha dado debido a la actividad minera que se realiza en la provincia desde 1917 y esta se agrava, ya que en la provincia no existen centros de salud que atiendan a los miembros de la Comunidad para que tengan un adecuado tratamiento ante los efectos nocivos de los metales pesados. De igual manera, interpusieron una demanda para que se cumplan las normas respectivas y se garantice su derecho a la salud.

Estos son dos casos representativos de los varios que existen a nivel nacional de afectación a la salud de pueblos y/o comunidades indígenas. Es importante abordar esta problemática, ya que ello debilita su lucha y reivindicación por sus derechos territoriales, como veremos a continuación, ya que el Estado no garantiza a través de sus diversas políticas el derecho a la salud ambiental. Ha debido o debe ser la jurisprudencia quien delimite este derecho y exponga esta grave situación que existe por los efectos nocivos de la contaminación por metales pesados a los pueblos indígenas y a su territorio.

En este punto, es importante exponer las acciones del Estado para garantizar la salud ambiental en estos casos. En realidad, no existen políticas cohesionadas efectivas, como se puede observar de la información publicada en las entidades competentes. Así tenemos la Política en Salud Ambiental 2011-2020 a cargo de la

Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria, mediante la Resolución Ministerial No. 258-2011/MINSA, que en su introducción indica lo siguiente:

La Salud Ambiental es un derecho social y como tal es transversal a todos los sectores del Estado. Mediante el Decreto Supremo No. 027-2007-PCM, se han establecido las Políticas Nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades del Gobierno Nacional, con el propósito de definir objetivos prioritarios, lineamientos y contenidos principales de política pública así como los estándares nacionales de cumplimiento y provisión que deben ser alcanzados para asegurar una adecuada prestación de los servicios y el normal desarrollo de las actividades privadas, entre otras, en materia de (...) Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos y Asiático peruanos.

No obstante, en el documento no se hace referencia a la situación por contaminación por metales pesados que padecen las comunidades y/o pueblos indígenas ni a la remediación de sus territorios o alguna medida en específico a implementarse. Por otro lado, en una Resolución Ministerial del año 2018 (No. 979-2018/MINSA), el Ministerio de Salud estableció una política sectorial de atención en salud integral para las personas afectadas por la contaminación de metales pesados. Dicho documento establece un monitoreo de la calidad de agua, suelo, aire, entre otros. También consigna las respectivas responsabilidades a nivel nacional, regional y local. Lamentablemente, ninguna de estas medidas ha sido implementadas de manera efectiva; y, a pesar de que el documento contempla el marco general a nivel nacional, no menciona la situación específica que atraviesan los pueblos y/o comunidades indígenas.

Un aspecto a resaltar es que según el Documento Técnico “Lineamiento de Política Sectorial para la atención integral de

la salud”, la fuentes de contaminación (precisadas en Tabla No. 5 literal c del mismo) son pasivos ambientales, unidades mineras activas, sitios contaminados, sitios impactados, unidades de producción de hidrocarburos, zonas de actividad minera ilegal e informal, ductos mineros u otros componentes de la mina, así como la presencia de metales pesados en el agua de consumo humano.

Teniendo en cuenta este contexto, se considera la necesidad del reconocimiento de este derecho, que incluso conforme la OMS, implica un contenido amplio. Ahora respecto al caso de comunidades y/o pueblos indígenas que hemos expuesto a fin de que se efectivice el cumplimiento de su atención en salud a consecuencia de la contaminación del medio ambiente en su territorio, es necesario que este reconocimiento sea a través de la jurisprudencia también, caso contrario, ocurre lo señalado por el profesor Huerta: “La ausencia de jurisprudencia, por el contrario, genera incertidumbre sobre si determinada acción u omisión de una autoridad, funcionario o persona es compatible con estos derechos”³⁶. Además, el reconocimiento de este derecho, desde un enfoque del pluralismo jurídico, podría significar un reconocimiento de los derechos de la naturaleza, como sujetos de derecho, ya que la salud ambiental, como se ha expuesto, tiene estas dos dimensiones, ya que los efectos externos repercuten en la salud de las personas y también de los recursos naturales.

Este reconocimiento de un nuevo derecho, como sería el derecho a la salud ambiental, se sustenta en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, que establece el carácter de *numerus apertus*. Esto ha sido desarrollado por el TC en su sentencia 0895-2001-AA/TC y reafirmado en su reciente sentencia recaída en el Expediente No. 0009-2018-PI/TC. En

36 Huerta, Luis. “Constitucionalización del derecho ambiental”. *Lima: Revista de Derecho Pucp* No. 71, 2013. Pp. 493.

esta última, en su fundamento 60, resaltaron nuevamente la naturaleza excepcional de la aplicación del artículo 3 de la Constitución, siendo este reservado para las situaciones que requieran un reconocimiento del más alto nivel y que se incluya en un derecho ya reconocido explícitamente. No obstante, conforme el fundamento 65, también pueden reconocerse derechos fundamentales que tengan distinto contenido o uno completamente nuevo. Es evidente la necesaria protección y efectividad que requieren los pueblos indígenas ante la grave contaminación que sufren a consecuencia de actividades extractivas. Del desarrollo anteriormente especificado de los derechos a la salud y derecho al medio ambiente, no se desprende el contenido de este nuevo derecho, desde un enfoque del pluralismo jurídico y superando únicamente la visión antropocéntrica, conforme lo ha expuesto la Corte IDH en la OC-23/17.

En esta línea, una aproximación al contenido esencial de este derecho sería respecto de sus tres componentes; primero, el subjetivo es que cualquier persona e incluso si se avanza desde una perspectiva del pluralismo jurídico, la naturaleza también podría ser titular de este derecho. Así quien estaría obligado es el Estado (quien debe garantizar adecuado servicio de salud y remediación por las afectaciones) y cualquier tercero (que haya contaminado el ambiente y la salud de las personas). Sobre el elemento objetivo, es la protección a la salud de las personas como de la naturaleza frente a factores externos (físicos, químicos y biológicos) que afectan sus condiciones de vida. Finalmente, respecto del elemento formal, en cuanto a las garantías, se debe evitar cualquier impacto a las personas y al medio ambiente, controlar estos impactos y remediar. Esto último en concordancia y más extensivamente con los principios que rigen el derecho al medio ambiente y derecho a la salud.

Además, se considera necesario el desarrollo en específico de este derecho dado que es indispensable para el goce y efectividad de los demás derechos en el caso de los pueblos indígenas. De todas formas, es preciso mencionar los derechos con los que está interrelacionado y que su eventual afectación tiene incidencia. Así, se tiene los derechos a la vida e integridad, derecho a la identidad étnica y cultural, derechos a la propiedad territorial consagrados en la Constitución Política del Perú. Lo mismo sucede con los derechos reconocidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos a través de sus distintas fuentes como son el derecho a la participación, derecho a la consulta, consentimiento, derecho a la libre determinación, a sus prioridades de desarrollo, derecho a seguridad alimentaria, entre otros.

III. Conclusiones

El derecho a la salud ambiental no ha sido desarrollado expresamente en el marco internacional. No obstante, se ha observado una opinión favorable de la Corte IDH sobre el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, así como un avance en los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas en un reciente caso (*Lhaka Honhat vs. Argentina*). En nuestro contexto, no existe aún un avance a nivel jurisprudencial que pueda garantizar la salud ambiental de pueblos indígenas.

Asimismo, no existe jurisprudencia en el contexto peruano que aborde la relación entre los derechos de salud y medio ambiente por contaminación a causa de metales pesados, en el caso de pueblos indígenas. Ello, a pesar de que se ha advertido la existencia de numerosos casos con esta problemática. Por esta razón, es necesario un cambio de paradigma para garantizar y

efectivizar los derechos de pueblos indígenas, desde el pluralismo jurídico.

En materia de salud ambiental, existen políticas públicas para hacer frente a esta problemática; no obstante, estas iniciativas no han sido efectivas ni entienden la magnitud del problema, desde un enfoque del pluralismo jurídico. La jurisprudencia todavía tiene esta perspectiva antropocéntrica.

Este artículo busca ser una aproximación al derecho a la salud peruano desde un enfoque del pluralismo jurídico en el contexto de pueblos indígenas en el Perú. Ello con el fin de que se efectivicen sus derechos en sentido amplio y se avance en los derechos de la naturaleza, conforme una interpretación evolutiva. En la medida que, hasta el momento la jurisprudencia no ha desarrollado este derecho como en una reciente sentencia del caso de la Comunidad Cuninico, lo que ha significado la falta de efectivización y garantía de los derechos a la salud y medio ambiente de pueblos indígenas y su hábitat.

