

**NOVENO CONCURSO INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS**

**CINE, FELANUMA, y otros
vs.
ESTADO DE ESMERALDA**

MEMORANDUM DE JUEZ*

* El caso hipotético y memorandum de juez fueron preparados por Dr. Osvaldo Kreimer. El autor desea agradecer a los siguientes estudiantes de WCL por su trabajo de investigación y ayuda en redacción: David Baluarte, Catherine Croft, Matías Hernández, Paige Graus, Beatriz Pérez Perazzo, Jennifer Podkul, y Laura Rótolo. También desea agradecer el tremendo apoyo del *Center for Human Rights and Humanitarian Law*, en especial de la Coordinadora del Concurso Shazia N. Anwar y la Coordinadora Ejecutiva Hadar Harris.

La traducción de este documento ha sido realizada por el Center for Human Rights and Humanitarian Law de American University Washington College of Law. Apesar de que se ha hecho todo lo posible para utilizar los documentos oficiales de los casos y reportes, en las aquellas circunstancias en las que estos no existen o no han sido encontrados, el Center ha traducido dichos documentos de la mejor manera posible.

© 2004. Todos los derechos reservados. American University Washington College of Law Center for Human Rights and Humanitarian Law.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
A.	El foco del Caso Hipotético.....	3
B.	Consideraciones Iniciales	4
II.	CUESTIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL.....	5
A.	Derecho a la Libre Determinación.....	5
B.	Aplicación del OIT Convenio 169 y Otros Instrumentos Internacionales en el Sistema de Derechos Humanos Interamericano	7
C.	Situación de las Comunidades Indígenas en Áreas Nacionales Protegidas.....	9
II.	EXCEPCIONES PRELIMINARES	10
A.	Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable	10
II.	MERITOS.....	12
A.	Los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados Sobre los Recursos Naturales Subterráneos en sus Tierras.....	12
i.	Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable	12
ii.	Argumentos de la Comisión	14
iii.	Argumentos del Estado.....	15
B.	Garantías a la Participación y Consulta Para los Pueblos Indígenas Respecto a las Decisiones Sobre el Proyecto Santa Ana	16
i.	Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable	16
ii.	Argumentos de la Comisión	18
iii.	Argumentos del Estado.....	18
C.	Falta de Reconocimiento en Tiempo del Pueblo Numa.....	19
i.	Definición de Pueblo Indígena	19
ii.	Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable	19
iii.	Argumentos de la Comisión	20
iv.	Argumentos del Estado.....	21

I. INTRODUCCIÓN

A. El foco del Caso Hipotético

Este año el caso hipotético se concentra en tres asuntos básicos. El primero concierne al alcance del derecho a la propiedad de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y se refiere fundamentalmente a la propiedad del subsuelo por parte del Estado y su capacidad de decidir respecto a su explotación. El segundo se refiere a la participación de los indígenas, individual y colectivamente, en la toma de decisiones políticas o de otro tipo que afecten esas propiedades y su relación con la supervivencia social y cultural y tiene que ver fundamentalmente con los procesos de consulta y participación en las decisiones sobre la exploración y explotación de los yacimientos. Finalmente, el tercero trata el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva, tanto con respecto a sus consecuencias, el respecto a la propiedad de tierras, territorios y recursos y a su capacidad como colectivo de actuar en defensa de sus derechos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”), desde su creación en 1959, ha reconocido y fomentado el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en este continente. En la resolución de 1972 sobre el problema de *La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas*, la Comisión proclamó que “por razones históricas y por principios morales y humanitarios, la protección especial de las poblaciones indígenas constituye un compromiso sagrado de los Estados.”¹ Este concepto de protección especial ha sido desde entonces considerado en numerosos países y en informes individuales aprobados por la Comisión. También ha sido reconocido y aplicado en el contexto de numerosos derechos y libertades enmarcados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”), incluidos el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la protección judicial y a un juicio imparcial y el derecho a la propiedad.

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”) han considerado el tema en numerosos casos. En 1985, La Comisión decidió el caso de los *Yanomami* en Brasil, y contribuyó al reconocimiento de sus territorios.² La Corte decidió el caso *Awas Tingni* en 2001, estableciendo claros principios sobre los derechos de las indígenas a sus tierras, los cuales son aplicables a este caso.³

Con respecto a la aplicabilidad del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Corte Interamericana ha indicado en el caso *Dann vs. USA* que es

apropiado considerar las disposiciones del referido proyecto de declaración al interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos

¹ *La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 de octubre de 2000, Capítulo 1, parra. 1.

² CIDH, *Coulter y otros*, Resolución N° 12/85, Caso 7615, Brasil, 5 de marzo de 1985; OAS/Ser.L/V/II.66, doc. 19 rev 1, 1 de octubre de 1985.

³ CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

indígenas.⁴ Esto en la medida que los principios básicos que reflejan las disposiciones del proyecto, incluidos aspectos referentes al artículo XVIII, sean la expresión de principios generales de derecho internacional emanados del sistema interamericano y aplicables dentro y fuera del mismo.⁵

B. Consideraciones Iniciales

La Corte Interamericana ha programado una audiencia pública para recibir argumentos orales en el caso de CINE, FELANUMA y otros *vs.* ESTADO de ESMERALDA respecto a (1) objeciones preliminares; (2) argumentos sobre los méritos; y (3) la solicitud de medidas provisionales sometida conjuntamente con la presentación del caso a la Corte.

La petición que dio origen al presente caso hipotético denunciaba:

- Que la aprobación por el Estado de Esmeralda de una explotación de hidrocarburos en las áreas indígenas de los pueblos Lanta y Numa violaba los derechos de dichos pueblos a los recursos de sus tierras y territorios y generaría daños a su hábitat, su integridad personal y su estilo de vida.
- Que el Estado había violado sus derechos al no darles la participación adecuada en el proceso de aprobación de la concesión inicial del proyecto y de las evaluaciones de impacto social ambiental (EISAs) y al haberlas aprobado a través de procedimientos inadecuados.
- Que el Estado había violado el derecho del pueblo Numa y de sus integrantes a recibir un reconocimiento en tiempo como “pueblo indígena” y al no haber demarcado y otorgado título legal a las tierras que ocupan antes de la implementación del proyecto.

Los peticionarios sostienen que los hechos denunciados constituyen violaciones a los artículos 1, 5, 16, 21, 23 y 25 de la Convención Americana; los artículos XI y XIII de la Declaración Americana; así como los artículos 10 y 11 del Protocolo Opcional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales “Protocolo de San Salvador” (en adelante “Protocolo de San Salvador”).

Así mismo consideran que esos derechos deben interpretarse a la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante el “OIT Convenio 169”), en particular sus artículos 5, 6, 7, 13, 14, 15 y 16 en lo que se refiere al proceso de consulta; a los artículos 6 y 7 sobre el derecho a decidir sobre sus prioridades para el desarrollo; a los artículos 13, 14, 15 y 16 sobre los derechos a sus tierras ancestrales, territorios y recursos naturales; y al artículo 5 sobre la protección del Estado, artículos todos que considera han sido violados por el Estado de Esmeralda.

En su informe de admisibilidad la Comisión determinó en Marzo del 2003 que eran admisibles las quejas referidas a los artículos de la Convención: 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial); así como al artículo XIII (Derecho a los beneficios de la cultura) de la Declaración y al artículo 11

⁴ CIDH, Informe no. 75/02, *Caso Mary and Carrie Dann (Estados Unidos)*, No. 11.140, 27 de diciembre de 2002, OEA/SerL/V.II.116, Doc 46, parra. 168.

⁵ *Id.*

(Derecho a un medio ambiente sano) del Protocolo de San Salvador. Sin embargo, consideró inadmisibles las referidas a los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 16 (Derecho de Asociación) de la Convención; a los artículos XI (Derecho a la preservación de la salud y el bienestar) de la Declaración y al artículo 10 (Derecho a la Salud) del Protocolo de San Salvador.

El 21 de Septiembre de 2003, la Comisión adoptó su informe sobre los méritos del caso encontrando que los hechos denunciados constituían violaciones a los artículos 1 (1), 3, 21, 23 y 25 de la Convención, al artículo XIII de la Declaración y al artículo 11 del Protocolo de San Salvador. En consecuencia la Comisión elaboró un informe conforme lo establece el artículo 50 de la Convención Americana, recomendando al Estado de Esmeralda que: (1) investigara y corrigiera las circunstancias violatorias; (2) tomara las medidas necesarias para el pleno respeto a los derechos de los pueblos indígenas afectados, incluyendo la suspensión de todos los trabajos previamente autorizados en el Proyecto Santa Ana hasta que las violaciones antedichas sean corregidas. El Estado no respondió a dicho reporte.

Se espera que en sus argumentos escritos y orales los equipos enfoquen cada uno de los principales temas presentados con respecto a los artículos 1(1), 3, 21, 23, 25 de la Convención, al artículo XIII de la Declaración y al artículo 11 del Protocolo de San Salvador. Queda a cargo de los participantes determinar como orientar sus posiciones en ese aspecto.

El presente memorandum tiene por objeto delinear los principales temas legales y argumentos que las partes pueden presentar. Es una guía y no se propone ser exhaustiva. En tanto que los equipos tendrán diversas perspectivas y puntos de énfasis, y aunque no cubran todos los argumentos sugeridos por o relativos a la jurisprudencia aplicable, se espera que se refiera a cada uno de los temas principales legales que surgen del caso hipotético.

En términos de metodología, este memo revisará dos cuestiones de derecho internacional en relación a la cuestión de fondo del caso: el derecho a la libre determinación, junto a las obligaciones y deberes que impone, y la aplicabilidad de instrumentos internacionales en el Sistema Interamericano. Luego dará una revisión abreviada de la objeción preliminar presentada por el Estado que establece la falta de agotamiento de las instancias locales del pedido de los Numa para ser reconocido como un “pueblo indígena” independiente, como establece la ley de Esmeralda. Finalmente, este memo se enfocará en la cuestión de fondo o merito de la cuestión. Se dará un resumen de la cuestión y de las leyes aplicables para ubicarlos en el contexto general de los argumentos y luego se proveerán los posibles argumentos de la Comisión, seguidos de los posibles argumentos del Estado.

II. CUESTIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL

A. Derecho a la Libre Determinación

El status como “pueblo” de los pueblos indígenas es un concepto emergente que cuenta con apoyo en el derecho positivo internacional en el OIT Convenio 169 (aunque restringido al alcance de dicha declaración), en la Declaración contra la Discriminación de la Conferencia Preparatoria de Santiago y en los Proyectos de Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas tanto de las Naciones Unidas (ONU) como de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En particular, el artículo 1(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece “todos

los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

Para los pueblos indígenas, el principio a la libre determinación establece un derecho a controlar sus tierras y sus recursos naturales y a participar auténticamente en todo el proceso de decisiones que los afecten. Las declaraciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU en relación con la situación de los pueblos indígenas de Canadá, en la que el Comité ha subrayado “que el derecho de libre determinación exige, entre otras cosas, que todos los pueblos puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y que no puedan ser privados de sus propios medios de subsistencia”⁶

Por su parte el OIT Convenio 169 en su artículo 7 dice:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar para que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

La cuestión del respeto al derecho a la libre determinación es la base en la que debe fundarse, en última instancia, la petición ante la Corte Interamericana. El reconocimiento a la “libre determinación interna” surge, en el Sistema Interamericano, por lo menos de dos fuentes: los derechos reconocidos en la Convención Americana (entre ellos los de asociación, personería jurídica y derechos políticos) y en la Declaración (entre ellos a la cultura). Existe también el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el cual trata este derecho a la libre determinación. Otra fuente ha sido la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Awatitigni*, en que reconoce la personería, derecho a la integridad y a la propiedad comunal de ese grupo mayagna. Debido a que los instrumentos internacionales fuera del Sistema Interamericano han tratado sucintamente esta cuestión, en cuanto se relaciona con pueblos indígenas, existe un fundado

⁶ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Canadá, CCPR/C/79/Add.105, párr. 8 (7 de abril de 1999).

argumento que la interpretación de los instrumentos del Sistema Interamericano debe hacerse a la luz de estos otros instrumentos internacionales de derechos humanos y de la evolución del derecho internacional. El reconocimiento de este derecho a los pueblos indígenas en su categorización como “libre determinación interna” a los Estados nacionales, es generalmente aceptado.

Por otro lado, el Estado tiene derecho constitucional a la propiedad de los recursos del subsuelo, y la explotación para beneficio de toda la población esmeraldina, incluyendo los pueblos indígenas. Este interés superior del Estado coincide con el reconocimiento a dicha capacidad de decisión que le otorga el OIT Convenio 169 que reconoce específicamente ese derecho y a la vez pone condiciones a su ejercicio. De igual manera lo reconoce el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas aprobado por la Comisión en 1997 y la propuesta del Presidente del Grupo de Trabajo del Consejo Permanente en 2003. Si bien esta Declaración no ha sido adoptada por los cuerpos políticos de la OEA, es el indicador de la posición que la Comisión adoptó y es mantenida por quienes están liderando la discusión sobre el tema en el seno de los cuerpos políticos de la OEA.

B. Aplicación del OIT Convenio 169 y Otros Instrumentos Internacionales en el Sistema de Derechos Humanos Interamericano

Los órganos del Sistema Interamericano han debatido el uso de otros instrumentos sobre derechos humanos en dicho sistema. En *Las Palmeras Excepciones Preliminares*, la Corte Interamericana estableció la diferencia entre la aplicación de otros tratados y usar otros tratados como instrumentos de interpretación, permitiendo este último y prohibiendo el primero.⁷ Este razonamiento, aunque difícil de comprender, ha sido sostenido por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

La Corte Interamericana ha usado una gran variedad de tratados como herramienta de interpretación, razonando que esta debe considerar la amplia gama de instrumentos sobre derechos humanos existentes para fundar sus análisis y proveer la más completa protección de los derechos establecidos en la Convención y en la Declaración Americana.⁸ En *Cantoral-Benavides*, la Corte estableció que diferentes convenciones pueden reforzarse y complementarse mutuamente para comprender el contenido de un derecho. Al explorar la idea de que el abuso psicológico puede ser considerado tortura a los efectos de la Convención, la Corte recurrió a las definiciones de tortura contenidas en la Convención Interamericana y en la de las Naciones Unidas en este tema.⁹ El hecho que estos “otros tratados” sean tan claros al explicar los temas que tratan, ha hecho que sean de gran utilidad para la Corte. Por lo tanto, la distinción puede hacerse entre la posibilidad de aplicar los derechos contenidos en estos instrumentos y la posibilidad de utilizarlos como una herramienta de interpretación por la claridad que brindan.

⁷ C.I.D.H., *Caso Las Palmeras, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C No. 67, parra. 30 – 31.

⁸ Ver Corte I.D.H., *Caso Villagrán-Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, a parra. 239, donde la Corte, en su decisión que Guatemala violó los artículos 1, 6, y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura acepta el alegato de la Comisión que la Convención contra la Tortura “define en forma más precisa y amplía los mecanismos de protección establecidos por el artículo 5 de la Convención Americana.”

⁹ Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, a parra. 101. “Tanto la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes como la Convención Interamericana sobre el mismo tema, se refieren a esa posibilidad.”

En su Opinión Consultiva 1/82, la Corte Interamericana sostuvo que la Comisión “ha invocado debidamente otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos, sin importar su carácter bilateral o multilaterado que hayan sido realizados dentro del marco o el auspicio del Sistema Interamericano.”¹⁰ De igual manera, en su Opinión Consultiva 10/89, la Corte sostuvo que el derecho americano de los derechos humanos “debe ser interpretado y aplicado dentro del contexto del sistema judicial vigente al momento de su interpretación”, lo que naturalmente incluye tratados internacionales.¹¹

La Corte Interamericana ha adherido a este principio en sus opiniones sobre casos contenciosos. En *Baena Ricardo*, la Corte Interamericana, en la discusión sobre la supuesta violación del artículo 16 (libertad de asociación) de la Convención, hace referencia a la Constitución de la OIT, al OIT Convenio 87 relativo a Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación y al OIT Convenio 98 relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva.¹² La Corte también ha citado el razonamiento del Comité de Expertos de la OIT, órgano oficial encargado de monitorear el cumplimiento de los Convenios de la OIT, en la resolución de uno de sus casos.¹³ Estos ejemplos no son únicos pero muestran efectivamente en qué medida la Corte usará “otros tratados” y las decisiones de los órganos de monitoreo de esos tratados como interpretaciones persuasivas de los derechos protegidos por la Convención Americana.

A pesar que la Corte Interamericana nunca ha usado el OIT Convenio 169 como una herramienta de interpretación, en su decisión sobre reparaciones en el caso *Aloeboetoe*, esta hace una breve referencia a dicho convenio. El lenguaje empleado parece implicar que la Corte hubiera aplicado el OIT Convenio 169 si Surinam hubiese sido parte de la Convención.¹⁴ Por otro lado, la Comisión se ha pronunciado específicamente sobre la aplicabilidad del OIT Convenio 169. En su Segundo Reporte sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, la Comisión ha dicho: “Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tanto en el sistema interamericano como en el sistema universal, contienen disposiciones conducentes para el análisis de la problemática de las comunidades indígenas.”¹⁵ La Comisión continúa diciendo

[e]l instrumento internacional específico más relevante es el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por Perú el 2 de febrero de 1994. El referido Convenio establece obligaciones de consulta y participación de los pueblos indígenas en los asuntos que los afectan... Al ratificar tal instrumento, el Estado peruano se comprometió a

¹⁰ Corte I.D.H., “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, parra. 43.

¹¹ Corte I.D.H., Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. parra. 37, “Como dijo la Corte Internacional de Justicia: “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar.”

¹² Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, parra. 157, nota 59.

¹³ *Id.*

¹⁴ Corte I.D.H., *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, parra. 61

¹⁵ C.I.D.H., *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú* (2000), OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev. Cap, X, parra. 4.

adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como realizar esfuerzos para mejorar las condiciones de vida, participación y desarrollo en el marco del respeto de sus valores culturales y religiosos.¹⁶

Toda la jurisprudencia parece permitir el uso del OIT Convenio 169 como herramienta de interpretación.

En *Las Palmeras Excepciones Preliminares*, la Corte Interamericana estableció una regla general por la cual todos los casos contenciosos del Sistema Interamericano deben referirse a derechos que se encuentren dentro de la Convención Americana.

Si bien la Comisión Interamericana tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, de la Convención Americana se desprende, con toda claridad, que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte, debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención (*cf.* artículos 33, 44, 48.1 y 48).¹⁷

De esta manera la Corte distingue el protocolo para el análisis de la situación de los derechos humanos en los países miembros de la OEA por la Comisión en su rol de supervisor y el análisis de casos contenciosos que son presentados ante los órganos adjudicatarios del Sistema Interamericano. La aplicación del OIT Convenio 169 en el presente caso, un caso contencioso que termina con la solicitud ante la Corte, violaría esta regla.

Sin embargo, existe una excepción a esta regla, esta es que una convención puede confiere competencia a la Corte o a la Comisión para escuchar violaciones a los derechos protegidos por dicha convención.¹⁸ A pesar de esto, esta excepción no cubre el OIT Convenio 169. Aunque Esmeralda haya ratificado dicho convenio, este no confiere competencia a la Corte o a la Comisión para escuchar violaciones a los derechos que pretende de proteger. Es más, el OIT estableció al Comité de Expertos como el órgano adjudicador encargado de juzgar las violaciones al OIT Convenio 169 y todas las consideraciones de esas violaciones deben ser reservadas a ese órgano.

C. Situación de las Comunidades Indígenas en Áreas Nacionales Protegidas

Es importante que hablemos brevemente de dos convenciones internacionales. La primera es la *Convention on Nature Protection and Wild Life Preservation in the Western Hemisphere* (en adelante “WHC”) y la segunda es la Convención de Diversidad Biológica (en adelante “Convención de Biodiversidad”). La WHC es particularmente importante porque fue realizada en los años 40s bajo el auspicio de lo que hoy es la OEA. Esto sugiere que el tratado es equivalente a un tratado interamericano, y que dicho tratado se encontraba en efecto en los años 70s cuando Esmeralda adoptó su Constitución de 1972 y cuando los Numa se movilizaron al Área Nacional Protegida. Por su parte, Convención de Biodiversidad fue firmada por la mayoría de los estados en 1992, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y Desarrollo, y por lo tanto cubre

¹⁶ *Id.* parra. 7.

¹⁷ Corte I.D.H., *Caso Las Palmeras, Excepciones Preliminares*. Sentencia del 4 de Febrero de 2000, (Ser. D) No. 66 (2000), parra. 34.

¹⁸ *Id.*

cuestiones de derecho contemporáneas a los procedimientos administrativos para el reconocimiento de los Numa y nada después de eso.

La *WHC* distingue tres tipos de reservas y confiere diferentes tipos de protección para cada uno de ellos. La primera categoría es la de parque nacional, que de acuerdo con el artículo III abarca fronteras y recursos naturales no explotados. La segunda se refiere a las reservas forestales que de acuerdo al artículo IV permiten investigaciones científicas, inspecciones del gobierno y otros usos consistentes con el propósito para la que fue establecida. La tercera se refiere a las reservas nacionales, que bajo el artículo I son diferentes por que no están establecidas para estricta preservación, sino para “conservación y utilización de los recursos naturales bajo el control del gobierno.”

La Convención de Biodiversidad, aunque más reciente, no supedita la *WHC*. De acuerdo al artículo 22(1) de la Convención de Biodiversidad, “Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente”. Esta provisión pareciera dar prioridad a tratados anteriores bajo el artículo 30(2) de la Convención de Viena sobre los Tratados. Debido a que cubre el mismo objeto que la *WCH*, ésta última tendrá aplicación predominante. Sin embargo, vale la pena hacer notar que el artículo 3 de la Convención de Biodiversidad establece como principio de derecho internacional: “los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental”.

II. EXCEPCIONES PRELIMINARES

A. Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable

La capacidad de la Corte Interamericana depende de la admisibilidad del caso. En el Sistema Interamericano un caso es admisible sólo si se han agotado los recursos internos. En este caso, el proceso interno para delimitar y titular las tierras del pueblo Numa todavía sigue después de aproximadamente ocho años.

El artículo 46.1(a) de la Convención Americana establece que los recursos internos deben ser agotados para someter una petición bajo los artículos 44 y 45. La Corte dijo en *Awás Tingni Excepciones Preliminares* que

los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, a los cuales se refiere la regla del agotamiento de los recursos internos, resulta, en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual se presume la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad.¹⁹

¹⁹ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 1 de febrero de 2000, Serie C No. 66, parra. 53.

Se considera que un recurso se ha agotado si ha habido un retardo injustificado en tal proceso. Aunque la Comisión no ha definido los criterios exactos que permiten decidir si un recurso específico se ha agotado o no, ha dicho que un gobierno no puede alegar el no agotamiento de los recursos internos si la investigación interna del caso ha sufrido un retardo injustificado.²⁰ La Comisión, por ejemplo, ha admitido un caso sobre la violación de la libertad personal en el cual las víctimas fueron procesadas por el Estado durante seis años y detenidas durante más que dos años sin decisión final del tribunal local.²¹ También la Comisión ha admitido un caso que, dos años después de los hechos, todavía se encontraba en la etapa preliminar.²²

Generalmente, se considera la decisión sobre el agotamiento de los recursos internos, por reglas de procedimiento (artículo 31), una que cae exclusivamente dentro de la jurisdicción de la Comisión. La Corte, después de que el caso haya sido sometido a su jurisdicción, oír el caso y decidirá cuestiones de agotamiento de los recursos internos como violaciones a los artículos 8 y 25 y el plazo razonable de los procesos jurídicos domésticos.²³

A. Argumentos de la Comisión

La Comisión probablemente argumentará que el Estado ha renunciado tácitamente a su derecho de objetar que todos los recursos internos no han sido agotados, fundándose en dos razones. Primero, la decisión para el reconocimiento del pueblo Numa ha sido postergada por un periodo más allá de lo razonable (8 años), fundamentalmente por solicitudes y atrasos del Estado y de sus representantes. El hecho que no se han agotado los recursos internos esta siendo invocado por primera vez en el procedimiento ante la Corte, lo que es considerado una presentación tardía. Aun cuando la Corte no considere que el Estado haya renunciado tácitamente a su derecho de invocar esta regla, el Estado debería haber presentado pruebas sobre la accesibilidad e efectividad de tal recurso, lo cual no se ha hecho.

Los restantes procedimientos han tenido el trámite judicial previsto sin atrasos. El hecho que el caso haya sido declarado admisible por la Comisión y que haya llegado hasta la Corte significa que hay sustancia en las alegaciones y que debe ser contemplado por la Corte, como cuestión del fondo, si hubo una violación del artículo 25. Esta objeción preliminar interpuesta por el Estado tendrá el efecto de retardar el proceso aun más. La Corte ahora debe decidir esta cuestión a favor de la Comisión o luego junto con los meritos.

B. Argumentos del Estado

El Estado probablemente argumentará que el ejercicio de jurisdicción por la Corte en este caso violaría los principios básicos de los mecanismos de protección del derecho internacional, los cuales son subsidiarios de los mecanismos nacionales. En primer lugar, los remedios domésticos de

²⁰ El informe No 1/92 en el caso 10.235 contra Colombia, del 6 de febrero de 1992, en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1991, Washington, DC, 1992.

²¹ Resolución No. 2/84, en el caso No. 9058 en contra de Venezuela, del 17 de mayo de 1984, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1984 – 1985.

²² La Resolución No. 17/87, en el caso No 9425 en contra del Perú, del 28 de marzo de 1987, en *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1986-1987, Washington, DC 1987.

²³ *Caso Myrna Mack Chang*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrs. 212-218.

Esmeralda son accesibles y efectivos. En segundo lugar, las autoridades continúan los trámites pertinentes para el eventual reconocimiento de los Numa como pueblo y de sus derechos a las tierras. La admisión prematura de esta petición privaría al Estado de tener una oportunidad adecuada y razonable para resolver esta situación.

El Estado probablemente señalará que el trámite de reconocimiento que solicita el pueblo Numa esta siendo llevado a cabo a través de procedimientos normales, con todas las garantías judiciales y en base a elementos técnicos. El Estado también argumentará que esta solicitud de reconocimiento por los autodenominados Numa es especialmente compleja y requiere estudios y análisis que no corresponden a otros casos en donde la claridad histórica de la existencia del pueblo en cuestión es clara.

II. MERITOS

A. Los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados Sobre los Recursos Naturales Subterráneos en sus Tierras

i. Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable

Existe amplia aceptación que las tierras ancestrales de los pueblos indígenas deben ser reconocidas como de su propiedad y que dicha propiedad es *sui generis*, abarcando elementos que van más allá de los establecidos por el derecho civil común. Quince de las veinticuatro repúblicas latinoamericanas han reconocido constitucionalmente los derechos de los pueblos indígenas. Central dentro de ese reconocimiento son las provisiones relacionadas con las tierras, territorios y recursos naturales de las mismas. Estos derechos indígenas se relacionan con el derecho colectivo a su supervivencia como pueblos organizados y con el control de su hábitat como necesaria condición para la reproducción de su cultura y para su propio desarrollo y el de sus instituciones.

Con respecto a la propiedad por el Estado de los recursos del subsuelo y su capacidad para explotarlos, ese derecho está establecido específicamente en varias constituciones latinoamericanas. Así como también es reconocido por el OIT Convenio 169 en su artículo XVIII, el cual establece las condiciones para que dicha explotación minimice su impacto sobre los derechos de los indígenas. El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reproduce en forma similar dicho sentimiento.

La Corte Interamericana ha reconocido ese derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. En el caso *Awás Tingni*, la Corte Interamericana confirmó que los derechos territoriales de los indígenas surgen de su ocupación tradicional, su uso de distintas formas y la tenencia de la tierra; no de donaciones, reconocimientos o registro por el estado.²⁴ La Corte se expresó a favor de los derechos de los indígenas a las tierras y recursos así como a la necesidad de su consentimiento (no sólo a ser consultados).²⁵ Más recientemente, la Comisión en el caso *Mary y Carrie Dann* citó numerosos estándares y jurisprudencia internacional, sostuvo que

²⁴ Corte I.D.H. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, Sentencia de 32 de agosto de 2001. Serie C No. 79 parra. 53.

²⁵ *Id.* parra. 153.

los principios legales internacionales aplicables en el contexto de los derechos los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

- el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;
- el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente;
- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.²⁶

El OIT Convenio 169 por su parte, en consonancia con toda la doctrina y el derecho internacional al respecto, señala que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación...”²⁷ Señala en su artículo 14 que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.²⁸

El Artículo 15(1) del OIT Convenio 169 reconoce pues el derecho a “participar en la utilización, administración y conservación” de los recursos naturales existentes. Debe aclararse que esos derechos no se extienden a todos los recursos que pudieran existir en las tierras y territorios indígenas, sino a aquellos sobre los que tengan derechos. Excluye por consiguiente aquellos (como en este caso los recursos hidrocarburos del subsuelo) que son propiedad de Estado por prescripción constitucional. Incluye si los derechos a los recursos forestales, flora, fauna, ambientales e hídricos, así como a las servidumbres de uso, de paso, que están incluidos como tales en la legislación sobre Comunidades Nativas y sobre Reservas Comunales.²⁹

El OIT Convenio 169 también requiere que el Estado (y por extensión, a aquellos a quien se da la concesión de dicha prospección o explotación) mantengan “procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados” antes de aprobar la concesión.³⁰ El Estado en todo caso, aunque las consultas sean

²⁶ C.I.D.H., Informe no.75/02. *Caso Mary and Carrie Dann* (Estados Unidos), No. 11.140, Diciembre 27 de 2002 OEA/SerL/V/II.116, Doc 46, parra. 130.

²⁷ Organización Internacional del Trabajo, Convención No. 169, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. artículo 13(1).

²⁸ *Id.* artículo 14(1)

²⁹ *Id.* artículo 15(2)

³⁰ *Id.* artículo 15(2)

hechas por concesionarios, mantiene su carácter de responsable y tiene por lo tanto que supervisar y garantizar que dichas consultas sean realizadas, oportuna y correctamente. Así mismo reconoce el derecho a “percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas operaciones.”³¹

Similares declaraciones han sido efectuadas por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas y por el Comité sobre los Derechos del Niño.³²

ii. Argumentos de la Comisión

La Comisión alegará que la tenencia tradicional de la tierra esta ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un solo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. En este sentido, las practicas tradicionales y la ocupación ancestral generan un derecho de propiedad amparado por el artículo 21 de la Convención Americana y no reconocerlo sería contrario al principio de no discriminación del artículo 1.1.

La Constitución Política de Esmeralda reconoce esos derechos nacidos del sistema consuetudinario de tenencia de la tierra y por convenciones internacionales. El Estado no ha demarcado las tierras de los Numa por su propia negligencia al no haberlos reconocido como pueblo y la vida de los miembros depende fundamentalmente de la agricultura, la caza y la pesca. Esos derechos se encuentran protegidos por otros artículos de la Convención sobre la vida, la honra y dignidad, la libertad de conciencia y religión, derecho de asociación, protección a la familia y de circulación y residencia.

La Comisión argumentará que los Numa llegaron en la década del sesenta al lugar donde tienen su asentamiento principal provenientes de su lugar ancestral antiguo al Oeste del río, lo cual constituye un movimiento dentro de su territorio ancestral. La complejidad del asunto no es excusa para que el Estado no cumpla con sus obligaciones de reconocer y que decida sobre las tierras indígenas como si fueran tierras estatales.

La Comisión alegará además que la propia Corte Interamericana ha considerado en el caso *Avas Tingni* que debe darse una interpretación evolutiva de la Convención Americana, por la cual el artículo 21 protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.³³ La Corte Interamericana también decidió en este caso que los indígenas por su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios y que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus

³¹ *Id.* artículo 15(2)

³² El Comité de Derechos Humanos de la ONU sostuvo que el derecho de autodeterminación requiere, entre otros, que todos los pueblos sean capaces de disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y que ellos no pueden ser privados de sus medios de subsistencia. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá.* 7/04/99. CCPR/C/79/Add.105. Ver también *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: México.* 27/07/99. CCPR/C/79/Add.109, parra. 19; *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Noruega.* 01/11/99. CCPR/C/79/Add.112, parra. 112; *Observaciones finales sobre Australia,* CCPR/CO/69/AUS, parra. 8. Ver también *Día de Discusión General sobre los Derechos de Los Niños Indígenas, Recomendaciones.* Comité sobre los Derechos del Niño, 34ª Sesión, 15 septiembre a 3 octubre 2003, parra. 4.

³³ *Avas Tingni*, Sentencia de 31 de agosto, parra. 148.

culturas, de su vida espiritual, de su integridad y de su supervivencia económica. No es solo 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 generaciones futuras.³⁴ El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta para los efectos de que se trata como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.³⁵

Se aplica al presente caso lo ordenado por la Corte en el caso *Awás Tingni*, en lo que se refiere a los derechos a las tierras, territorios y recursos. En otras palabras, la Corte debería ordenar que Esmeralda delimite, demarque y confiera títulos sobre las tierras de los Numa lo más pronto posible, con su plena participación y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad Numa. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado esas tierras, Esmeralda debe abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, incluyendo contratistas, afecten la existencia, valor, uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los Numa.³⁶

iii. Argumentos del Estado

El Estado alegará respecto al derecho de propiedad que existen circunstancias específicas que sitúan el reclamo de los Numa fuera del ámbito ordinario de los derechos de los pueblos indígenas. La comunidad Numa es un grupo reducido de indígenas resultante de una segregación comunal y de un desplazamiento en búsqueda de nuevas tierras. Se encuentra en posesión precaria de las mismas, pero no poseen carácter ancestral. Existe una normativa, incluyendo la Constitución, ley y reglamentos así como organismos, encargados para conducir a la titulación de la propiedad indígena, y al amparo de ella se han efectuado numerosas titulaciones, inclusive la de los Lanta.

Los Numa han reconocido que recién en los años sesenta se trasladaron a las tierras que hoy ocupan y en la que anteriormente sólo realizaban una peregrinación anual a un monte que consideran sagrado y algunas incursiones esporádicas de caza. El Estado considera que los Numa son un grupo que se desprendió por razones personales y pragmáticas relacionadas con obtener mas tierras de su grupo indígena “madre” y que reclama para si una titulación separada e independiente sobre tierras que no ha poseído de manera ancestral sino en posesión precaria similar a la que tienen otros ocupantes no-indígenas en esas tierras.

La propiedad de los recursos del subsuelo corresponde constitucionalmente al Estado, para beneficio de todos los habitantes de Esmeralda. Este es un derecho incuestionable que está establecido en numerosas constituciones en América Latina y el mundo, y es pacíficamente aceptado por el derecho y la práctica internacional. El derecho del Estado de explotar dichos recursos de hidrocarburos por si o por terceros, está aceptado por el OIT Convenio 169 en forma explícita y que todos los requisitos y garantías requeridos en cuanto a la consulta y a la minimización de impactos, así como las compensaciones y reparaciones debidas a sus propietarios, en este caso a las

³⁴ *Id.* parra. 149.

³⁵ *Id.* parra. 151.

³⁶ *Id.* parra. 164.

comunidades indígenas Lanta y Numa han sido cumplidos estrictamente y se han provisto las garantías para que se sigan cumpliendo en el futuro.

B. Garantías a la Participación y Consulta Para los Pueblos Indígenas Respecto a las Decisiones Sobre el Proyecto Santa Ana

En el caso existen dos aspectos en los que se debate la vigencia de la protección judicial y las garantías que debe prestar el Estado: 1) el retardo administrativo en el trámite de reconocimiento de los Numa, el cual será discutido a continuación, y 2) si se ha garantizado la participación y el derecho de consulta a los indígenas en los trámites de concesión de la explotación del Proyecto Santa Ana, y en los de aprobación de las Evaluaciones de Impacto Social Ambiental (ESIA).

i. Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable

La Convención Americana y el OIT Convenio 169 establecen el deber del estado de consultar con sus ciudadanos indígenas respecto de aquellas cuestiones que estén relacionadas con las tierras que estos ocupan. En particular, los artículo 1, artículo 23 (derecho a la participación en los asuntos públicos) y artículo 25 (garantías judiciales) de la Convención Americana deben ser interpretados en relación con el artículo 6 del OIT Convenio 169, el cual establece que los gobiernos deben “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”³⁷ y que dichas consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”³⁸

Además de las referencias hechas por estos tratados, la Comisión señaló en el Caso *Dann* que:

[C]onsidera, primero, que los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente.³⁹

El espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del OIT Convenio 169 en las que se fundamentan todas las disposiciones del mismo.⁴⁰ Sobre este principio fundamental el Comité de Expertos de la OIT estableció una estructura clara de aplicación respecto a la consulta y participación. Si bien el artículo 6 no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta

³⁷ OIT Convenio 169, artículo 6 (1)(a)

³⁸ OIT Convenio 169, artículo 6(2)

³⁹ C.I.D.H. Informe no.75/02. *Caso Mary and Carrie Dann* (Estados Unidos) No. 11.140 Diciembre 27 de 2002 OEA/SerL/V/II.116, Doc 46, parra. 140.

⁴⁰ OIT Comité de Expertos (CEACR) *Caso Shuar* (Ecuador) 1999, parra. 31.

previa, sí se prevé que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente.⁴¹

Las consultas requeridas no deben necesariamente resultar en la obtención de un acuerdo o en el consentimiento sobre lo que se consulta, sino más bien expresar un objetivo para las consultas. Sin embargo esto debe considerarse a la luz: 1) del derecho de dichos pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo, en la medida que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y 2) de la necesidad de efectuar estudios para evaluar esa incidencia, cuyos resultados deberán ser considerados criterios fundamentales para la ejecución de las actividades de desarrollo mencionadas.⁴²

El concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la exploración o explotación de los recursos naturales, comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.⁴³ El artículo 6 requiere que la consulta sea previa, lo que implica que las comunidades afectadas participen lo antes posible en el proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental.⁴⁴ La obligación de consulta previa implica que se deberá consultar a los pueblos interesados antes de finalizar el estudio ambiental y el plan de gestión ambiental.

Esta obligación de realizar la consulta previa puede leerse en concordancia con el artículo 15 para requerir que el gobierno establezca procedimientos de consulta con las personas que ocupan los territorios sobre los cuales existen minerales o recursos subterráneos, antes de realizar cualquier proyecto de explotación o exploración de esos recursos cuando el estado retenga la propiedad sobre ellos. El estado estaría obligado a establecer si las personas se verán afectadas y hasta que punto esto ocurrirá, antes de realizar esas actividades. Si ellas resultan lastimadas por estas actividades, el estado debe compensarlos.

El principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta, aún cuando se reconoce que pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del OIT Convenio 169.⁴⁵

Finalmente, uno debe considerar nuevamente el artículo 7 del OIT Convenio 169 como vigente en esta materia, especialmente en cuanto que este está relacionado con la concesión inicial y el subsiguiente proceso de las EISAs.

⁴¹ CEACR Cuarto Informe Auxiliar, Colombia 1999, parra. 78.

⁴² *Id.* parra. 59.

⁴³ CEACR Informe *Caso Shuar*, Ecuador, parra. 38.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

ii. Argumentos de la Comisión

La Comisión sostendrá que en la consideración del Proyecto Santa Ana y en las decisiones respecto al mismo no se ha consultado adecuadamente a los pueblos indígenas, y en sí, el Estado ha violado los artículos 1, 23, y 25 de la Convención Americana.

En particular, argumentará que la decisión inicial de considerar al Proyecto de interés prioritario nacional, sin consultar en lo absoluto ni a los Lanta ni a los Numa, fue establecida por los órganos político-técnicos de Esmeralda sin participación de las autoridades o representantes indígenas. Las consultas realizadas respecto a las Evaluaciones de Impacto Ambiental y Social fueron realizadas sin la preparación previa de dichos pueblos y sus autoridades, para que tuvieran la capacidad de entender los complejos temas técnicos que involucra una exploración y, o explotación de ese tipo, y para poder anticipar sus daños e impactos sobre la vida social, productiva, espiritual y sobre el hábitat indígena.

La Comisión argumentará que las actividades de exploración incluyen estudios sísmicos que implican explosiones múltiples y cercanas una a otra que deben efectuarse en toda la zona cubierta por la concesión para ubicar los yacimientos y áreas de perforación, y que son extremadamente disruptivas para la vida de los indígenas, y de la fauna de esas áreas. Igualmente, las actividades de apertura de la trocha de pasaje de los oleoductos van a causar numerosos daños a las forestas de las tierras indígenas por las que atraviesan, así como el establecimiento de las áreas permanentes de explotación, las descargas de materiales, gases, etc., con la consiguiente contaminación de cursos y napas de aguas, del aire y de la tierra.

De la misma manera, el transporte de los materiales para la exploración y explotación, que implican centenares de toneladas de equipos y materiales, se hará por el río lo que además de ocasionar polución de sus aguas, diezmará y ahuyentará a los peces que son parte esencial de la dieta de los indígenas, así como otras interrupciones como ruidos a toda hora y oleajes peligrosos para la navegación en canoa.

iii. Argumentos del Estado

Con respecto a las comunidades Numa han sido consultadas con la misma metodología que el resto de las comunidades Lanta, y sus planteos y sugerencias han sido tomados en cuenta en la revisión de las EISA en igualdad de condiciones.

La declaración del Proyecto Santa Ana como de interés y prioridad nacional forma parte de un plan económico del Gobierno orientado a mejorar las condiciones de todos los habitantes de Esmeralda, plan que fue ampliamente discutido previamente y consagrado por ley del Congreso, elegido democráticamente por todos los ciudadanos del país incluyendo los miembros de pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas fueron consultados de manera sistemática a partir de los primeros pasos de la preparación de las Evaluaciones de Impacto Social Ambiental, en reuniones con metodologías previamente establecidas para que la consulta fuera seria y eficaz. En dichas consultas los pueblos indígenas tuvieron el asesoramiento de las Federaciones (FELANUMA, FELANTA) y de expertos de organizaciones de derechos humanos y ambientalistas, los que les proveyeron todas

las informaciones y opiniones necesarias para su adecuada comprensión e intervención. De dichas consultas salieron numerosas propuestas, quejas y prevenciones que fueron tomadas en cuenta por las autoridades y llevaron a la modificación de las EISA en numerosos aspectos. Las EISA contienen previsiones para evitar o minimizar el impacto de las actividades del proyecto de manera que las mismas en ningún caso causen daños importantes o esenciales que modifiquen la naturaleza o estilo de vida de los pueblos indígenas afectados.

El Gobierno señalará también que ha preparado también en consulta con los pueblos indígenas, protocolos que rigen las actividades del Proyecto Santa Ana (o similares) para regular las actividades de la exploración, transporte, descargas, explotación, etc., y para cumplir con los estándares internacionales respectivos. Además, los propios pueblos indígenas tendrán un rol directo en el monitoreo de las actividades del proyecto, con la capacidad de denunciar irregularidades o prevenir situaciones negativas. Las consultas continuaran a lo largo de todo el proceso de exploración, explotación, y vida del proyecto, respecto a nuevas situaciones sobrevivientes en la construcción o mantenimiento que puedan afectarlos. Finalmente, están previstos y fueron igualmente consultados con ellos los mecanismos y criterios de indemnización o reparación por el uso de tierras, territorios indígenas, derechos de paso, daños a los bosques, y otras disrupciones que puedan ocasionarse por las actividades del proyecto.

C. Falta de Reconocimiento en Tiempo del Pueblo Numa

i. Definición de Pueblo Indígena

Existe discusión doctrinaria sobre la definición de que constituye un pueblo indígena, definición que como en este caso con los Numa tiene consecuencias directas sobre la vigencia de otros derechos que surgen a partir de su reconocimiento como pueblo diferente de otros pueblos indígenas y de la sociedad nacional global.

Los elementos centrales reconocidos en las distintas definiciones son: que sean descendientes de pueblos originarios del territorio en que viven, existentes anteriormente a la formación de los estados nacionales presentes, con una organización, autoridades, cultura e instituciones propias. Otro elemento importante aunque obviamente no suficiente es la auto-identificación como pueblo indígena, requisito no suficiente justamente para evitar que cualquier grupo de personas se identifique como indígena, por razones espirituales o de interés material, para obtener beneficios reservados a los pueblos ancestrales. Los distintos países de las Américas tienen distintos sistemas para el reconocimiento de los pueblos indígenas, en general siguiendo los parámetros anteriores.

Un tema adicional que es importante en el caso, se refiere a los subgrupos constituyentes de un pueblo indígena mayor (i.e., los *Shoshone* del Oeste, como subgrupo de los *Shoshone* reconocidos como pueblo sujeto de derechos en el caso *Dann*).

ii. Consideraciones Preliminares y Derecho Aplicable

El artículo 25 de la Convención Americana dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes.” La Corte Interamericana ha pronunciado que dicha garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio estado de derecho en una

sociedad democrática en el sentido de la Convención.”⁴⁶

La Corte también ha dicho que “no basta que los recursos existan formalmente sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos. Es decir, que toda persona debe tener acceso a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes que amparen sus derechos fundamentales.”⁴⁷ Además, la Corte dijo que estos recursos se tornan ilusorios cuando se incurre en un retardo injustificado en resolver la cuestión.⁴⁸

Para resaltar la importancia de esta protección, la Corte ha indicado en su Opinión Consultiva sobre garantías judiciales en estados de emergencia que el artículo 25(1) establece “la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.”⁴⁹ Por lo tanto, la Corte concluyó que las garantías judiciales no están sujetas a suspensión durante un estado de emergencia.⁵⁰

Finalmente, la ley 555-76 de Esmeralda establece que “todo pueblo indígena tiene derecho a ser reconocido por el Estado y a que se demarquen y titulen las tierras y territorios donde están establecidos, se desarrolla su vida y obtienen los recursos necesarios para su supervivencia social, física y cultural como pueblos.”⁵¹

iii. Argumentos de la Comisión

La Comisión citará el caso *Awás Tingni* en lo cual la Corte Interamericana concluyó que el Estado de Nicaragua había violado los artículos 25 y 21 de la comunidad *Awás Tingni* y

como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención ... el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad *Awás Tingni*, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad.⁵²

Esto es importante porque define un plazo razonable para un proceso de demarcación y titulación, y el plazo es mucho menos que ocho años.

⁴⁶Corte I.D.H., *Caso Cantos*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C. No.97, parra. 52.

⁴⁷ Corte I.D.H., *Caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, parra. 58.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 9/87, 6 de octubre de 1987, Series A. No.9. parra. 23.

⁵⁰ *Id.* parra. 38.

⁵¹ CINE, FELANUMA y otros vs. ESTADO DE ESMERALDA, parra. 14

⁵² Corte IDH, *Caso Awás Tingni*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, parra 164.

La Comisión también argumentará que, como resultado de las deficiencias y negligencias por el Estado en el trámite administrativo de reconocimiento solicitado por el pueblo Numa, a más de ocho años de iniciado no ha habido aún decisión respecto a un hecho fáctico como es su existencia como un pueblo diferente. El Estado requiere estudio tras estudio, investigación tras investigación, testimonio tras testimonio que retrasan innecesariamente la decisión y obligan en muchos casos a los peticionantes administrativos a solicitar ellos mismos estudios y evidencias para establecer científica y objetivamente su posición y derechos. Esto constituye un retardo injustificado en el proceso para reconocer los Numa y que el Estado tiene la responsabilidad de cumplir con la ley 555-76 para asegurar a los Numa sus derechos de propiedad y a ser grupo reconocido por el gobierno para realizar su derecho a participación.

Esa falta de reconocimiento les impide ejercer sus derechos, entre ellos el de obtener la propiedad de sus tierras, territorios y recursos. Al no tener título sobre sus tierras, no pueden realizar con seguridad jurídica las mejoras para su desarrollo y mantienen una situación precaria. Esa misma situación les ha impedido ejercer acciones de amparo u otras, para evitar que grupos no-indígenas establecieran aldeas en territorio que ellos ocupan. En particular ese retardo administrativo les impide negociar y defender sus derechos frente a la concesión de explotación de hidrocarburos. Además, durante ese tiempo, el Estado ha aprovechado la indefinición para avanzar con sus planes de concesión en el Proyecto Santa Ana.

El Estado trata con las autoridades Lanta y negocia con ellos, mientras que a los Numa simplemente los consulta como otras comunidades más del pueblo Lanta. Dado que parte de la concesión y el yacimiento están en tierras de los Numa que los Lanta no comparten, esto hace que los Numa no puedan defender adecuadamente sus derechos. Por otro lado el Estado no esta protegiéndolos adecuadamente.

iv. Argumentos del Estado

El gobierno comenzó el proceso administrativo para reconocer los Numa en 1995 para conformar con la ley 555-76, y el mismo se esta llevando a cabo con todas las garantías de imparcialidad y objetividad. El Estado cuenta con un trámite legal ordenado al reconocimiento de un “pueblo indígena”, y los autodenominados Numa están ejerciendo normalmente su derecho a peticionar en ese sentido. Este es un proceso efectivo, pero complicado.

El origen de los Numa al separarse en periodo contemporáneo de los Lanta y la naturaleza de sus actividades previas en el territorio al Este del río obliga a estudios especiales que necesariamente retrasan el trámite de reconocimiento. Dicho trámite ha funcionado efectivamente y en plazo corto para otros casos “normales” inclusive el de reconocimiento de los Lanta. Si los Numa fuera un pueblo indígena constituido inmemorialmente, con una cultura propia netamente distintiva, con los típicos rasgos distintivos de una cultura diferenciada como un lenguaje propio, ceremonias, historias, formas de organización, etc., hubiera sido simple probar su carácter de pueblo distinto.

La Corte no puede comparar esta situación con *Awas Tingni* porque es mucho más complicado y tiene que ser juzgado con estándares diferentes, estándares desarrollados específicamente para esta situación. El tiempo transcurrido esta más que justificado teniendo en cuenta los estudios que deben realizarse, y más aun es una prueba de que el Estado les da todas las oportunidades para preparar nuevas evidencias o estudios, y que el propio Estado hace todos los esfuerzos para obtenerlos de manera científica. El problema esta relacionado con la dificultad en

adquirir todas las informaciones requeridas y que los Numa han solicitado continuamente nuevos estudios e investigaciones. Estos estudios adicionales requeridos por los propios Numa requieren tiempo y postergan la decisión.