

CONCURSO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 2012
ACADEMY ON HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW
AMERICAN UNIVERSITY - WASHINGTON COLLEGE OF LAW

CASO DE LA COMUNIDAD CHUPANKY Y OTRA VS. LA ATLANTIS*

BENCH MEMORANDUM

GUÍA PARA JUECES - CONFIDENCIAL

I. INTERPRETACIÓN.....	2
II. FONDO	3
A. ARTÍCULO 21 DE LA CADH: DERECHO A LA PROPIEDAD.....	3
1. <i>Propiedad Comunal (Comunidad Chupanky)</i>	3
2. <i>Propiedad (Comunidad La Loma)</i>	15
B. ARTÍCULO 6 DE LA CADH: PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE	23
C. ARTÍCULOS 4 Y 5 DE LA CADH: DERECHOS A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL	
.....	31
1. <i>Derecho a la Vida</i>	32
2. <i>Derecho a la Integridad Personal</i>	34
D. ARTÍCULO 22 DE LA CADH: DERECHO DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA....	37
E. ARTÍCULO 8 Y 25 DE LA CADH: DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA.....	42
III. MEDIDAS PROVISIONALES	47
IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA COMUNIDAD ANTE LA CORTE	50
V. REPARACIONES	52

* El autor del caso hipotético, preguntas aclaratorias y el memorando de jueces es Jorge Calderón Gamboa, Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Jorge Errandonea, Abogado de la Corte IDH, participó en la coordinación, redacción y edición de este documento. En la investigación y elaboración de este memorando también participaron Ana María Mondragón, Marcela Giraldo, Jorgelina Fernandez, Juan Carlos Estivariz y Rogelio Flores, Visitantes Profesionales de la Secretaría de la Corte IDH, y Julie D. Recinos, Abogada de la Corte IDH, a quienes agradezco sus valiosos aportes. Las opiniones aquí expresadas son exclusividad del autor y no representan la opinión de la Corte IDH.

CASO DE LA COMUNIDAD CHUPANKY Y OTRA VS. LA ATLANTIS

BENCH MEMORANDUM

GUÍA PARA JUECES - CONFIDENCIAL

INTRODUCCIÓN

Esta guía tiene como objetivo brindar a los jueces algunos de los principales puntos de debate del caso sobre los cuales pueden versar los argumentos de los participantes. No obstante, no es limitativo de otros argumentos que sean presentados. Esta guía debe ser leída en conjunto con el caso hipotético y las preguntas y respuestas aclaratorias.

El caso presenta distintas temáticas del debate actual en materia de derechos indígenas, por lo que plantea puntos de análisis que requieren del desarrollo de estándares del derecho nacional e internacional. Asimismo, pretende plantear puntos de controversia que favorecen la argumentación de una u otra parte.

Las principales temáticas del caso son: **a) estándares de protección para pueblos indígenas y comunidades campesinas frente a proyectos de desarrollo; b) responsabilidad del Estado por acciones de empresas privadas; c) discriminación de las mujeres indígenas, y d) aplicación del control de convencionalidad por parte de las autoridades.** Se sugiere a los jueces que centren la mayor parte del ejercicio en estos temas.

El caso plantea además otras temáticas como: e) afectaciones a la integridad personal e integridad cultural de la comunidad; f) vida digna; g) derecho de circulación y residencia; h) medidas provisionales; i) legitimación activa de la comunidad ante la Corte, y j) reparaciones con perspectiva indígena, de género y medio ambiente.

Es importante mencionar que según el caso hipotético, los representantes alegaron diversos derechos ante la Comisión Interamericana (CIDH). Sin embargo en su informe de fondo, la CIDH determinó violaciones respecto de algunos de esos derechos, y distinguió diferentes violaciones para cada comunidad. El caso sugiere que la CIDH dio un trato de comunidad indígena a la *Comunidad Chupanky* y un trato de comunidad campesina, desde el punto de vista de la propiedad privada, a la *Comunidad de La Loma*. Los participantes podrán argumentar todos los derechos alegados por los representantes en su petición inicial y de acuerdo a sus propios planteamientos, o bien sobre la base mínima de los derechos establecidos por la CIDH. Lo anterior refleja la realidad del litigio ante la Corte.

En razón de lo anterior, esta guía aborda los principales estándares y líneas de argumentación respecto de todo el catálogo de derechos alegados en el presente caso, de acuerdo con el orden anunciado en la tabla de contenidos (*supra*).

I. INTERPRETACIÓN

Es importante referir que en el tema indígena la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte") ha interpretado (utilizando la hermenéutica jurídica), el sentido y alcance de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "CADH") a la luz de otros tratados internacionales y de acuerdo con las circunstancias, cosmovisión y contexto de los pueblos indígenas. Es en este sentido que la Corte desde la *Opinión Consultiva No. OC-1-82*, sobre "Otros Tratados", estableció que los otros tratados pueden interpretarse a la luz de la doctrina e instrumentos universales, para dar luz y contenido a la Convención, pero no para restringir los derechos. En este sentido, en caso de Pueblos Indígenas la Corte ha utilizado otros tratados en la materia para interpretar la Convención, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, y diversos instrumentos y jurisprudencia que

integran el *corpus iuris internacional* en la materia. Estos documentos serán citados a lo largo de este texto.

Asimismo, la Corte ha sostenido dicha interpretación de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, el cual establece que: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

Además, los órganos del sistema han realizado tales interpretaciones *pro persona*, de conformidad con el propio artículo 29 de la Convención Americana que regulan las formas de interpretación de la Convención. Es por ello, que a fin de que los participantes puedan solicitar que la Corte amplíe el contenido o alcance de un derecho, deberán realizar una argumentación jurídica sustentada en las normas de interpretación del tratado de acuerdo con el derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte.

Uno de los puntos medulares que deben comprender los participantes es cómo leer la jurisprudencia de la Corte en general y en particular en los casos de comunidades indígenas, para lo cual deben comprender el alcance que la Corte ha dado a las obligaciones generales de “respeto” y “garantía”, consagradas en el artículo 1.1 de la Convención Americana¹. Es a la luz de esta norma que la Corte analizará el alcance del derecho en cuestión. Asimismo, las consecuencias jurídicas y políticas derivadas de una violación por falta al deber de respetar los derechos serán distintas a las derivadas de la falta de garantía de un derecho, lo cual repercutirá también en el pedido reparatorio.

II. FONDO²

A. ARTÍCULO 21 DE LA CADH: DERECHO A LA PROPIEDAD

1. *Propiedad Comunal (Comunidad Chupanky)*

Hechos relevantes (generales)

El Proyecto de Hidroeléctrica en el Río Motompalmo y la Comunidad Chupanky

- El asentamiento de la comunidad *Chupanky* y su forma de vida está estrechamente ligada al río Motompalmo (valor simbólico, vía de comunicación y de desarrollo comercial).
- En 2003, el Estado licitó entre empresas nacionales y extranjeras la construcción de la Hidroeléctrica del Cisne Negro.
- Luego de un estudio de factibilidad, se decidió que el proyecto se realizará alterando el cauce del río Motompalmo.
- La Comisión de Energía y Desarrollo informó en 2004 que la zona de realización del proyecto abarcaría una extensión de aproximadamente 10 km², incidiendo en el territorio de la *Comunidad Chupanky*.
- En enero de 2005, la Comisión de energía y desarrollo decidió otorgar la concesión para la construcción de la Hidroeléctrica a la empresa TW con 40% de capital estatal y 60% de capital extranjero.
- El proyecto se dividió en tres fases.
 - La fase 1 consistían en alcanzar acuerdos con los propietarios de los territorios afectados;
 - La fase 2 correspondía a las etapas de saneamiento y construcción de los embalses;
 - La fase 3 correspondiente a irrigación, pruebas y operación.
 - El proyecto preveía la mudanza de la comunidad indígena (en la fase 3).

¹ Artículo 1.1: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

² En la redacción de este apartado se han utilizado extractos del artículo del autor: *Pueblos Indígenas y Medio Ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: Un Desafío Verde*. Calderón Gamboa, Jorge. Publicado en González Placencia et Al. (Coords.) *Derechos Humanos: Actualidad y Desafíos*, T. III. México, Fontamara, 2012 (en prensa).

¿Cómo debe interpretarse el artículo 21 de la CADH cuando se trata de territorios que pertenecen a comunidades indígenas?

Derecho aplicable

a) Aplicación del derecho a la propiedad privada a comunidades indígenas: generalidades

La interpretación que ha hecho la Corte IDH sobre el concepto de propiedad comunitaria, ha permitido, como primer paso, garantizar los derechos de los Pueblos Indígenas sobre su territorio.

En el caso de la Comunidad Mayagna relacionado con la falta de demarcación, delimitación y titulación del territorio ancestral de la Comunidad, frente a afectaciones por concesión de explotación maderera a una empresa privada en su territorio, la Corte por primera vez interpretó el artículo 21 de la CADH sobre propiedad privada desde una visión más amplia. Así, estableció que mediante una "interpretación evolutiva" de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de dicho tratado -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, "el artículo 21 protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también est[aba] reconocida en la Constitución Política de Nicaragua"³.

Asimismo, la Corte señaló que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural⁴. Además, la Corte IDH sostuvo en otros casos que el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH debe ser entendido de manera amplia, de tal suerte que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas o tribales quedan protegidas por dicha norma⁵.

El artículo 21 de la CADH protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales que en ellas se encuentren, necesarios para su supervivencia física o cultural. Al respecto, la Corte estableció que los Pueblos Indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos estaría en riesgo⁶. En el caso *Xákmok Kásek* inclusive la Corte encontró que la falta de acceso y goce de sus recursos naturales había condenado a las comunidades a condiciones de miseria y marginalización⁷. Además, las afectaciones a los recursos naturales pueden presentarse de manera directa e indirecta. Así lo observó la Corte en el caso *Saramaka* respecto del agua limpia y natural en relación con actividades de subsistencia como la pesca, o los bosques y sus frutos como hogar para distintos animales de caza para su sobre vivencia⁸.

A continuación se exponen los hechos más relevantes relacionados con este apartado.

³ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

⁴ *Ibid.* párr. 146

⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* Vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 141.

⁶ Corte IDH. *Yakye Axa*, *supra* nota 14, párr. 137 y *Sawhoyamaxa*, *supra* nota 15, párr. 118 y 121.

⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214., párr. 215 y 275

⁸ Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka*. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122.

b) Restricciones al derecho de propiedad comunal

Hechos relevantes (específicos)

Consulta y consentimiento a la comunidad Chupanky

- En noviembre de 2007 el Estado creó un Comité Intersectorial, entre autoridades del gobierno y la empresa, para llevar adelante el proceso de consulta previa.
- En la primera reunión con el Consejo de Ancianos se establecieron las pautas a seguir acordando que se realizaría un proceso de consulta con la comunidad de acuerdo con sus usos y costumbres, utilizando su idioma nativo.
- en la reunión de diciembre de 2007, por votación mayoritaria de los consultados, se aprobó la primera Fase del proyecto y se aceptó continuar con la segunda Fase.
- El Consejo de Ancianos manifestó de manera verbal en el Comité, que una vez concluida la segunda etapa del proyecto se convocaría a otra asamblea para decidir sobre la tercera etapa del proyecto.
- El 20 de diciembre de 2008, el Consejo de Ancianos decidió vetar la continuación de las fases 2 y 3 del proyecto, con motivo de las diversas irregularidades.
- Ante esta situación la empresa expresó su negativa a detener las actividades, comenzando las diligencias ante las autoridades, con el fin de remover a la comunidad *Chupanky* lo antes posible hacia las tierras alternativas.

Beneficios compartidos

- El Comité Intersectorial ofreció a la comunidad el otorgamiento de tierras alternativas de mayor extensión a las actuales, y de buena calidad agrícola, ubicadas a 35 kilómetros de distancia de la parte Este del río Montompalmo.
- Asimismo, se les ofreció la posibilidad de trabajar en la construcción de la hidroeléctrica a todos los miembros de la comunidad mayores de 16 años, según sus tradiciones.
- Una vez operando la hidroeléctrica se dotaría de luz eléctrica para toda la comunidad y se les otorgaría 3 computadoras, así como 8 pozos de agua en su nuevo territorio, el cual estaría conectado con una carretera directa al río para acudir a visitar a su deidad.
- En 28 de febrero de 2008, el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales designó a la organización de Recursos Energéticos Verdes, la realización de los estudios de impacto ambiental, en los cuales participan expertos independientes en la materia.

Estudio de Impacto ambiental

- Los resultados del informe de 14 mayo de 2008, fueron favorables al proyecto, principalmente en lo concerniente a los beneficios en la generación de energía eléctrica para las comunidades.
- No obstante, en el aspecto ambiental se especificó que las represas hidroeléctricas podían ocasionar daños geológicos menores, modificando el ecosistema de la zona, y generando algunos sedimentos en el agua que no son dañinos para el ser humano.
- En el aspecto social, se especificó que debido a la relación de las comunidades aledañas con el río, sería recomendable procurar una vía de acceso directo desde sus tierras alternativas para la celebración de sus rituales. Dicho estudio fue puesto en conocimiento de la *Comunidad Chupanky*.

¿Cuáles son los estándares internacionales frente a la restricción del derecho a la propiedad de una comunidad indígena?
¿Cuáles son las salvaguardas que debe aplicar el Estado frente a proyectos de desarrollo?
¿Cuáles son los requisitos para llevar a cabo una consulta?
¿Cuál sería el estándar internacional para requerir el consentimiento a una comunidad indígenas frente a proyectos de desarrollo en su territorio?

Derecho aplicable

La Corte Interamericana ha señalado que cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales deben respetar ciertas pautas. Así, el Tribunal ha establecido que "cuando la propiedad comunal y la propiedad privada entran en contradicciones reales o aparentes, la

Convención Americana y la jurisprudencia proveen pautas para definir las restricciones admisibles⁹. Así, tales restricciones deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática sin implicar una denegación de la subsistencia como pueblo¹⁰ (ver apartado A.2).

Asimismo, la Corte ha precisado que tratándose de recursos naturales que se encuentren en el territorio de una comunidad indígena, además de los criterios mencionados *supra*, se exige al Estado que verifique que dichas restricciones al derecho de propiedad comunal no implique una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena¹¹. En el caso *Saramaka vs. Surinam*, el Tribunal estableció que para que la exploración o extracción de recursos naturales, no impliquen una denegación de subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debía cumplir con las siguientes salvaguardias¹²:

*i. Consulta previa libre e informada*¹³

En primer lugar, el Estado debe cumplir con el Derecho a ser consultado garantizando la participación efectiva de los integrantes de la Comunidad. Dicha consulta debe ser¹⁴:

- previa, de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo;
- debe ser libre e informada, lo que implica que no deben existir presiones ni condicionamientos, debe estar precedida por la entrega de toda la información que pueda ser relevante, y se debe informar sobre los posibles riesgos el proyecto o plan;
- conforme a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad y métodos tradicionales para la toma de decisiones, y
- en las primeras etapas del proyecto en cuestión¹⁵.

Mediante Sentencia de Interpretación, la Corte aclaró que es el propio pueblo y no el Estado quien debe decidir quiénes representaran a la comunidad en cada proceso de consulta de acuerdo a sus costumbres y tradiciones¹⁶. El tribunal también determinó cuáles eran los asuntos que debían ser sometidos a Consulta Previa¹⁷, entre los cuales se encuentran: los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y en relación con cualquier restricción a los derechos de

⁹ Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka*. *supra* Párr. 157.

¹⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka*. Nota *supra*.1. Párr. 127, en igual sentido, Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa*, *Supra*. Párr 144. *Saramaka*, párr. 127.

¹¹ Corte IDH *Saramaka*, *supra*, párr. 128 y 129.

¹² Corte IDH *Saramaka*. *Ibid.*

¹³ En el desarrollo de este apartado hemos también consultado una investigación no publicada sobre consulta previa en casos de comunidades indígenas realizada por Marina Brilman, visitante profesional de la Corte. realizada en agosto de 2011.

¹⁴ Corte IDH *Saramaka*. *Ibid.*, párr. 133

¹⁵ Sobre los requisitos de la consulta previa, véase también, Naciones Unidas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005; Naciones Unidas, Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010; Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá), A/HRC/12/34/Add.5, 7 de septiembre de 2009; Naciones Unidas, Report of the Special Rapporteur on the situation of human Rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 July 2009; Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No 23: Los derechos de las minorías (Artículo 27 del PIDCP), CCPR/C/21/Rev.1/Add.5; Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 13 de septiembre de 2007; Organización Internacional de Trabajo OIT-CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta.

¹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. "Interpretación de la Sentencia" de excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185., párr. 18

¹⁷ (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo *Saramaka*; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo *Saramaka* el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo *Saramaka* a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo *Saramaka* a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; *Ibid.* párr. 16.

propiedad del pueblo *Saramaka*, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio.

De esta manera, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de planes de desarrollo nacional o regional que los pueda afectar directamente¹⁸ y en todo proceso de adjudicación de derechos sobre sus tierras y territorios¹⁹. Los contenidos mínimos del deber de consulta, tal y como han sido elaborados por la jurisprudencia interamericana y los instrumentos y la práctica internacionales, definen la consulta no como un acto singular, sino como un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo²⁰.

Además, el requisito de la consulta previa pretende evitar la imposición de una decisión que pueda afectar de manera significativa las vidas de las personas y de los pueblos indígenas, de conformidad con el derecho a la libre determinación que también se encuentra amparado en la propia Declaración sobre Pueblos Indígenas de la Naciones Unidas²¹.

Estas características de la consulta previa a las comunidades indígenas se encuentran también recogidas por la jurisprudencia de Tribunales Nacionales²².

ii. Compartir beneficios

¹⁸ OIT. Convenio n° 169, nota *supra* 7, Artículo 7: "1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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. Véase asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación No 1457/2006, 24 de abril de 2009, Angela Poma Poma v Perú, CCPR/C/95/D/1457/2006, párrafo 7.2, Naciones Unidas, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, principio 22, Organización Internacional de Trabajo, Reclamación (artículo 24) - Ecuador - C169 - 2001, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169) párr. 31; 3. Los gobiernos deberán velar por 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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas 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".

¹⁹ ONU, Declaración sobre los Pueblos Indígenas. Artículo 27: "Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso".

²⁰ CIDH. Informe sobre Derechos de los pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Párr. 298.

²¹ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá), A/HRC/12/34/Add.5, 7 de septiembre de 2009, párr. 20.

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, Sentencia SU-039/97, Sentencia C-030/08, Sentencia T-769/09, Sentencia C-461/08, Sentencia C-169/01, Sentencia C-208/07, Sentencia 175/09; Corte Constitucional del Ecuador, Caso del cine IMAX en la parroquia de Cumbayá (679-2003-RA y 034-2003-TC), Caso Intag (459-2003-RA), Caso Nangaritza (0334-2003-RA) y Caso Yuma (0544-06-RA), Caso de los Pantanos Secos de Pastaza (222-2004-RA), Sentencia de 9 de junio de 2004, Caso No. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, sentencia de 13 de agosto de 2002, Sentencia No 001-10-SIN-CC, Casos No 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia de 18 de marzo del 2010; Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0045/2006, 2 de junio de 2006, Sentencia Constitucional 2003/2010-R (25 de octubre de 2010), Exp. 2008-17547-36-RAC; Corte de Apelaciones de Concepción, Chile (10 de agosto de 2010); Tribunal Constitucional de Perú Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. No. 0023-2009-PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. No. 0022-2009-PI/TC, Sentencia N.º 06316-2008-PA/TC; Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Exp 3878-2007, y Argentina Juzgado de Primera Instancia No. 2 en lo Civil, Comercial, Especial de Procesos Ejecutivos, Laboral y de Minería de la II Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Cutral Co. "Petrolera piedra del Aguila SA c/ Curruhuinca Victorino y otros s/ acción de amparo". Febrero 2011.

En segundo lugar, la Corte determinó que el Estado deberá compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH²³ y que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia de los pueblos²⁴. El Tribunal especificó también que la comunidad es quien deberá determinar y resolver respecto de quiénes son los beneficiarios de una compensación según sus costumbres y tradiciones y de acuerdo con lo ordenado por el Tribunal²⁵.

iii. Estudio de impacto ambiental

En tercer lugar, la Corte también señaló que las autoridades deberán realizar o supervisar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se realicen afecten en la menor medida posible los derechos de los miembros. En este sentido el Estado deberá garantizar que no se emita ninguna concesión a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio de impacto social y ambiental²⁶. En particular, afirmó que "los EISAs deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto²⁷, y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo. Uno de los factores que debiera tratar los EISAs es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales"²⁸. Sobre este punto, el Tribunal afirmó que la Corte notó que el nivel de impacto aceptable demostrado por los EISAs puede diferirse en cada caso, no obstante el principal criterio consiste en que éste no niegue la capacidad de los miembros de la comunidad a sobrevivir como pueblo²⁹.

La Comisión Interamericana señaló que los EISA deben i) "identificar y evaluar las posibles repercusiones ambientales de un proyecto propuesto evaluar alternativas y establecer medidas apropiadas de mitigación, gestión y seguimiento"³⁰; ii) hacer referencia no sólo al impacto sobre el hábitat natural de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, sino también al impacto sobre la relación especial que vincula a estos pueblos con sus territorios, incluyendo sus formas propias de subsistencia económica, sus identidades y culturas, y sus formas de espiritualidad³¹; iii) que estos debían identificar posibles alternativas o, en ausencia de tales alternativas, medidas de mitigación de los impactos negativos del plan de inversión o desarrollo³²; se requiere necesariamente del conocimiento de los miembros de los pueblos indígenas para identificar dichos impactos, así como para la identificación de posibles alternativas y medidas de mitigación³³.

El experto independiente de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ha especificado que el EIA debía también referirse a los aspectos sociales culturales y espirituales de

²³ Corte IDH. Corte IDH *Saramaka*, Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas y Gastos, *supra*. párr. 139.

²⁴ *Ibid.* párr. 140.

²⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. "Interpretación de la Sentencia" de excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. párrs. 26 y 27.

²⁶ Corte IDH. *Saramaka*, Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas y Gastos, *supra*. párr. 129.

²⁷ Uno de los más completos y utilizados estándares para EISAs en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como Akwé:Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities, el cual puede ser encontrado en: www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-pdf

²⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. "Interpretación de la Sentencia", *supra*, párr. 41.

²⁹ *Ibid.* párr. 42

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales – Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Doc. 56/09, 2010, párr. 257.

³¹ *Ibid.* párr. 255

³² *Ibid.* párr. 263

³³ *Ibid.* párr. 267

la vida de las comunidades indígenas³⁴. La normatividad y la jurisprudencia nacional de países de la región retoman algunos de estos estándares en materia de EIA³⁵.

iv. Consentimiento en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala

Por último, la Corte señaló que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, el Estado tiene la obligación de obtener el "consentimiento" libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones³⁶. En relación a ello, la salvaguarda de la participación efectiva es un requisito adicional debido al impacto profundo que dichos planes pueden tener sobre el derecho a la propiedad³⁷.

En ese sentido, para evitar que el poder del Estado se torne absoluto y la consulta previa una mera formalidad, internacionalmente se han identificado algunas situaciones en que el consentimiento no solamente es el objetivo de la consulta, si no un derecho en sí mismo que se convierte en una precondition indispensable para la ejecución de la medida propuesta, de tal manera que la ausencia de consentimiento implica la suspensión del proyecto³⁸.

La Comisión Interamericana ha sostenido que el desarrollo de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, hace posible identificar una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria³⁹. La primera de estas situaciones, es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que implican el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente⁴⁰. De igual manera, el consentimiento de los pueblos indígenas también se requiere, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras

³⁴ Naciones Unidas, Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párrs. 72 a 75. Véase asimismo, Naciones Unidas, Report of the Special Rapporteur on the situation of human Rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 July 2009, y Organización internacional de trabajo, Convenio OIT No. 169, sobre pueblos indígenas y tribales (1989), 7.3.

³⁵ Colombia Decreto 1397 de 1996, arts 7 y 10. Decreto 1320 de 1998 artículo 2; Chile Ley N 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente, arts 26 a 31; Guatemala Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Exp 3878-2007; Ecuador Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, Decreto Ejecutivo 1215, Registro Oficial 265 de 13 de Febrero del 2001; Ley de Minería, Registro Oficial No 517, 2009, Decreto 1040, 22 de abril de 2008, Decreto 3401, Registro Oficial No. 728, 19 de Diciembre del 2002 y Ley de Gestión Ambiental Registro No 245 de 30 de julio de 1999; Perú Decreto Supremo No 29103 de 23 de abril de 2007, Reglamento de Monitoreo Socio-Ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro el territorio de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas, Reglamento de Prevención y Control Ambiental y Decreto Supremo No 29033, 16 de febrero de 2007.

³⁶ Corte IDH. *Saramaka*, Fondo, *supra*. párr. 134.

³⁷ *Ibid.* párr. 138.

³⁸ Naciones Unidas (NU), Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Véase asimismo Naciones Unidas, Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), arts 7 y 15; Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación No 1457/2006, 24 de abril de 2009, *Angela Poma v Perú*, CCPR/C/95/D/1457/2006, párr. 7.6; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del seminario sobre los pueblos indígenas, las empresas privadas dedicadas a la explotación de los recursos naturales, energéticos y mineros, y los derechos humanos, Ginebra, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3, 17 de junio de 2002, párr. 20 y 52 y conclusion 8; Naciones Unidas, Report of the Special Rapporteur on the situation of human Rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 July 2009, párrs. 47 a 49 y 66; Naciones Unidas, United Nations Development Group Guidelines on Indigenous Peoples' Issues, February 2008; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales – Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Doc. 56/09, 2010, párrs. 281 y 334, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 276/2003 – Centre for Minority Rights Development Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, párr. 291.

³⁹ CIDH. Informe sobre Derechos de los pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Párr. 334

⁴⁰ ONU, Declaración sobre los Pueblos Indígenas. Artículo 10: "Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso".

y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia⁴¹. Por último, se ha considerado que resulta exigible el consentimiento de los pueblos indígenas en los supuestos de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas⁴² tal como lo dispone el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas.

En ese mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló que el Estado debía obtener el consentimiento de las Comunidades Indígenas antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales⁴³.

Finalmente, el artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que "los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios" y que "[n]o se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso".

c) *Derechos políticos y perspectiva de género en el proceso de consulta previa*

Hechos relevantes

- En la primera fase de construcción de la hidroeléctrica, se alcanzó un acuerdo con los representantes de la Comunidad indígena *Chupanky*.
- Dicha comunidad es patriarcal y su principal autoridad es el Consejo de Ancianos.
- Con el fin de adelantar la primera fase, se decidió que la consulta se haría a las autoridades de la Comunidad y a los hombres jefes de familia.
- Posteriormente, por mayoría de los consultados, se aprobó la primera fase del proyecto y se aceptó continuar con la segunda fase.
- Las mujeres de la Comunidad reclamaron que la consulta se llevó a cabo sin su participación.
- El Estado argumentó que siguió los usos y costumbres de la Comunidad al realizar la consulta.

¿Cómo se relacionan los requisitos de participación de la comunidad de acuerdo a sus usos y costumbres en un procedimiento de consulta, sus derechos políticos y los derechos de las mujeres indígenas a no ser discriminados?

Derecho aplicable

De acuerdo a lo expresado *supra*, para que una restricción al derecho de propiedad comunal no implique una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena, el Estado debe cumplir, *inter alia*, con el requisito de la consulta previa, libre e informada asegurando la participación efectiva e los integrantes de la Comunidad, de acuerdo a sus usos y costumbres, y que es el propio pueblo quien debe designar sus representantes de acuerdo a su costumbres y tradiciones (*supra*).

Con respecto a los derechos políticos, el artículo 23.1.a de la CADH señala que todos los ciudadanos deben gozar el derecho "de participar en la dirección de asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos". En relación a pueblos indígenas, la Corte ha establecido que el derecho a la participación política incluye el derecho a "[...] participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en

⁴¹ CorteIDH. Caso del Pueblo *Saramaka*. *supra*.1. Párr. 135.

⁴² ONU, Declaración sobre los Pueblos Indígenas. 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.2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

⁴³ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales Ecuador, Recomendación General No. 23 de 18 de agosto de 1997, párrs. 4 y 5, Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales Ecuador, 22 de septiembre de 2008, CERD/C/EQU/CO/19;

sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”⁴⁴.

En el caso *Chitay Nech* la Corte sostuvo que “de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio [...], considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”⁴⁵. Asimismo señaló que “en el desarrollo de la participación política representativa, los elegidos ejercen su función por mandato o designación y en representación de una colectividad. Esta dualidad recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación (participación directa) como en el derecho de la colectividad a ser representada. En este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho”⁴⁶.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que el “derecho a la consulta, y el deber estatal correlativo, se vinculan con múltiples derechos humanos [...], y en particular se conectan con el derecho a la participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, tal y como fue interpretado por la Corte Interamericana en el caso de *YÁTAMA vs. Nicaragua*”⁴⁷.

En el caso de las *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*, la Comisión sostuvo que la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas sin la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas afectados viola su derecho a la propiedad y su derecho a participar en el gobierno⁴⁸. En el caso *Mary y Carrie Dann*, la Comisión afirmó que “los artículos XVIII (personalidad jurídica) y XXIII (propiedad privada) 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”⁴⁹.

En el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, la Corte mantuvo que “cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma [...] el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* [...]. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con

⁴⁴ Caso *Yátama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 párr. 225

⁴⁵ Caso *Chitay Nech Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 106; *Caso Yátama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 46, y Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 25*, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 25 - La Participación de los asuntos públicos, el derecho al voto. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194(1996).

⁴⁶ Caso *Chitay Nech Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 115.

⁴⁷ La CIDH agregó que cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales – Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2010, párr. 274. Véase asimismo Relator de la ONU, A/HRC/12/34 de 15 de julio de 2009, párr. 41.

⁴⁸ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 144.

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *supra*, párr. 277 Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, párr. 140

respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁵⁰.

En ese mismo sentido, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas instó "a los Estados a que velen por que las preocupaciones y las prioridades de las mujeres indígenas se tengan debidamente en cuenta, realzando la capacidad de las mujeres indígenas para la adopción de decisiones y la participación política". Dicha participación se debe tener en el proceso de consulta⁵¹.

Por su lado, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y la Comisión Interamericana han recordado que se debe tener presente que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas "insta a que las instituciones indígenas funcionen 'de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos' (art. 34) y pide que se preste particular atención a 'los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas' (art. 22), incluida la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra los niños y las mujeres indígenas"⁵².

Argumentos de los Representantes y del Estado

Representantes

Los representantes podrán alegar que el artículo 21 de la Convención, tal como ha establecido la Corte en los casos *Sawhoyamaxa* y *Yakye Axa (supra)*, protege tanto la tierra de la comunidad como los recursos naturales que en ella se encuentran. En este sentido, se puede alegar que el derecho de propiedad no puede desvincularse del acceso a los recursos que la comunidad tradicionalmente ha utilizado. En razón de ello, la continuación de la construcción de la hidroeléctrica privaría a la comunidad del acceso al río *Xuxani* puesto que se verían en la obligación de desplazarse a varios kilómetros del Río.

Además de lo anterior, en lo que respecta a las medidas de salvaguarda, los representantes podrían argumentar que la concesión de la hidroeléctrica constituye un proyecto de desarrollo a gran escala y que por lo tanto, siguiendo la jurisprudencia de la Corte en el caso *Saramaka (supra)*, el Estado debía contar con el consentimiento de la comunidad para llevar a cabo las siguientes fases del proyecto. Por lo tanto, los hechos del caso constituyen restricciones ilegítimas al derecho de propiedad de los miembros de la Comunidad *Chupanky* por considerar que hubo denegación de la subsistencia de la misma comunidad en la medida que se le privó de su capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia (*supra*). Asimismo, de acuerdo a los estándares internacionales en la materia (*supra*), el Estado debería haber consultado en todas las etapas de desarrollo del proyecto. En el

⁵⁰ Ver también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/SER.L/V/II. Doc. 68 20 Enero 2007. Para. 70. Ver también Para. 72; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981. Artículo 2

⁵¹ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre el tercer período de sesiones 10 a 21 de mayo de 2004, Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales, 2004, Suplemento No. 23E/C.19/2004/23, párr. 14, 57. Ver también Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Análisis preparado por la secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas: las mujeres indígenas E/C.19/2009/8. P. 3, 4. Foro Internacional de Mujeres Indígenas (FIMI), Análisis y seguimiento de las recomendaciones sobre mujeres indígenas del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, E/C.19/2009/CRP. 15 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Nueva York, 18 al 29 de mayo de 2009. P. 9

⁵² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34. Paras. 52, 69. En este sentido, ver igualmente CIDH, Relatoría Sobre los Derechos de la Mujer, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 20 enero 2007.

presente caso, la comunidad indígena únicamente otorgó su consentimiento para el desarrollo de la primera etapa del mismo.

Además, puede ser alegado por los representantes que las fases ulteriores del proyecto de hidroeléctrica preveían el desplazamiento de la comunidad *Chupanky*, por lo que de acuerdo a los estándares de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 10), el Estado debería haber contado con el consentimiento de la comunidad para llevar a cabo las fases siguientes del proyecto.

En relación con la evaluación previa de impacto ambiental y social los representantes pueden argumentar que el Estado incumplió con esta garantía por cuanto, recién en el año 2008 se llevó a cabo el estudio de impacto ambiental. Además, el mismo no cumpliría con los estándares internacionales en la materia (*supra*) puesto que el mismo no había sido traducido en el idioma de origen de los integrantes de la comunidad *Chupanky*. Además se puede alegar que el EIA no contempló todos los daños ambientales y sociales que se verificaron efectivamente en lo sucesivo.

En cuanto a la vinculación entre la consulta previa y los derechos políticos, los representantes pueden citar el caso *Yátama* en el cual se dispuso que el derecho a la participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización (*supra*). Además hay varios informes de organismos internacionales que relacionan los derechos políticos de las comunidades indígenas con el proceso de consulta previa (*supra*).

Con respecto a la discriminación hacia las mujeres indígenas en el presente caso, los representantes pueden alegar que si bien el Estado está obligado a respetar los usos y costumbres de las comunidades autóctonas en un proceso de consulta previa, también este debe respetar y garantizar los otros derechos de las personas de acuerdo al principio *pro homine* (contenido en el artículo 29 de la CADH). En este sentido, los derechos de participación de las mujeres en la esfera de representación de la comunidad no deben verse menoscabados en razón de *las tradiciones y costumbres* por las que se rige esta última. De ahí que la acción estatal con el fin de preservar y garantizar el respeto de los derechos humanos era necesaria en razón de la obligación de erradicar la manifestación de discriminación contra las mujeres de la Comunidad. Por lo que se podría alegar que el Estado violó el artículo 1.1 en relación con 23 de la CADH.

Además, utilizando la jurisprudencia de la Corte, los representantes podrían alegar que el principio fundamental de igualdad y no discriminación es una norma imperativa del derecho internacional (*supra* caso *Chitay Nech*) que debe ser garantizada por el Estado. Las previsiones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de la Comisión Interamericana, y del relator de Naciones Unidas James Anaya, van en ese mismo sentido. Se puede incluso evaluar la posibilidad de ponderar este principio con el principio de autodeterminación de la Comunidad *Chupanky*, y se podría llegar a concluir que la garantía de los derechos políticos de las mujeres de la Comunidad constituye una restricción *legal, legítima, necesaria y proporcional* a la autodeterminación del pueblo indígena (se puede incluso analizar esta tensión de derechos ponderándolos por medio de un test de restricciones).

Estado

Con respecto a la restricción al derecho de propiedad comunal el Estado puede alegar que la decisión de la construcción de la hidroeléctrica se llevó a cabo respetando los parámetros del artículo 21 de la Convención Americana. La misma se adoptó cumpliendo los requisitos de legalidad, por cuanto el proyecto se ha llevado a cabo respetando la normativa del Estado de Atlantis. Asimismo, se ha cumplido con la exigencia de una finalidad legítima, por cuanto la medida se fundamenta en la política del Estado de llevar energía a todo el país. También son medidas idóneas puesto que están encaminadas a cumplir con el fin legítimo perseguido. Además las medidas son necesarias dado que no existen otras medidas menos lesivas para los derechos de la Comunidad con el objetivo de cumplir con el objetivo legítimo. Por último, la medida cumple

con el requisito de proporcionalidad puesto que la afectación a los derechos se ve por un lado compensada por los beneficios que se les concedieron a los miembros de la comunidad *Chupanky*, y por otro lado por el impacto ambiental marginal que fuera proyectado en el estudio de factibilidad realizado en el año 2003.

En lo que respecta al proceso de consulta, el Estado puede alegar que cumplió con todas las garantías exigidas. La Consulta fue previa, comenzando el proceso en noviembre de 2007. Asimismo, a través del Comité intersectorial, el Estado llevó a cabo un proceso de consulta brindando toda la información necesaria a la comunidad. Además, el proceso se desarrolló conforme a los usos y costumbres de la comunidad, incluso contando con la participación de traductores en lengua Rapstani. Se brindó toda la información y se respetaron sus formas de representación como lo dicta la jurisprudencia de la Corte IDH. En este sentido la Comunidad expresó su conformidad con el proyecto.

En cuanto al consentimiento, el Estado puede alegar que el mismo no constituye un derecho de veto. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo no se refiere al consentimiento y la Declaración Universal sobre pueblos indígenas considera exigible el consentimiento en los supuestos de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas (artículo 29) o en caso de desplazamiento forzoso (artículo 10). El Estado puede alegar que en el presente caso la Comunidad *Chupanky* no ha sido desplazada sino que se negociaron tierras alternativas de mayor extensión y calidad. Por lo que tampoco se trataría de una restricción ilegítima el derecho de propiedad por esa causal.

Por otro lado el Estado puede alegar que el consentimiento otorgado para ejecutar la primera fase del proyecto se relaciona con el consentimiento para el conjunto del proyecto, puesto que dicha fase nunca hubiese sido ejecutada sin la seguridad que el resto del proyecto sería ejecutado también. La división en fases del plan de desarrollo tenía por objetivo cumplir con un plan logístico y metodológico, pero de ninguna manera se puede considerar que fueran distintos proyectos que tengan una relación de independencia entre sí, o que una etapa tuviera sentido y sustentabilidad sin la existencia de las otras etapas (puesto que la primera fase, en sí misma no le reporta ninguna utilidad a la contraparte). En cuanto a este punto el Estado puede también alegar que debe ser aplicado el principio de *pacta sunt servanda*⁵³ dado que la Comunidad comprometió su consentimiento para las primeras etapas del proyecto y por lo tanto debe cumplir con ese compromiso hasta su etapa final.

Además, el Estado puede argumentar que dicha circunstancia debía ser conocida por los representantes de la Comunidad *Chupanky* puesto que era razonable pensar que la fase uno no tenía un fin en sí mismo. Además, de acuerdo a los estándares sobre consulta previa, libre e informada, la misma debe ser regida por los principios de buena fe (*supra*), circunstancia que corre en dos sentidos.

En lo que se refiere a los beneficios compartidos, el Estado puede alegar que el Comité Intersectorial ofreció a la comunidad tierras alternativas de mayor extensión a las actuales, y de buena calidad agrícola. Asimismo, se les ofreció la posibilidad de trabajar en la construcción de la hidroeléctrica y se les ofrecieron beneficios como luz eléctrica, computadoras, y pozos de agua en su nuevo territorio.

En referencia al EIA el Estado puede rebatir las argumentaciones arguyendo que ha realizado el correspondiente estudio de impacto ambiental, previo a autorizar el comienzo de la obra. Asimismo, el Estado se aseguró de que en el mismo participarían entidades independientes y técnicamente capaces, cumpliendo de esta manera con lo establecido por la Corte en el caso *Saramaka* (*supra*). Asimismo, los resultados del EIA fueron puestos en conocimiento de los miembros de la Comunidad *Chupanky*.

⁵³ Según el cual las partes se obligan a lo pactado de buena fe y de acuerdo al objeto y fin planteado.

En cuanto al alegato de discriminación hacia las mujeres indígenas en el ejercicio de sus derechos el Estado por su parte puede alegar que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte en los casos mencionados, el Estado debe llevar a cabo la consulta previa con los representantes de las comunidades indígenas elegidos de acuerdo a sus costumbres y tradiciones (*supra* interpretación de sentencia de *Saramaka*). Además, la jurisprudencia de la Corte y la normatividad internacional en la materia son claros al establecer que es la comunidad indígena y no el Estado quien debe decir quién y quiénes representan a la comunidad en cada proceso de consulta de acuerdo a sus costumbres y tradiciones⁵⁴.

Por lo tanto, el Estado podría concluir que en el presente caso la consulta previa se hizo siguiendo los usos y costumbres de la Comunidad, lo que implicó que el Estado considerara satisfecha la responsabilidad de consultar a la Comunidad garantizando su participación en la toma de decisiones de medidas que afectarían su territorio. Adicionalmente, se obtuvo el consentimiento libre, informado y previo de la Comunidad para la realización de la primera etapa del proyecto, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Asimismo, se realizaron estudios de impacto ambiental y social, y se les compartieron beneficios y empleos, por lo que cumplió con los parámetros internacionales desarrollados para tal efecto.

2. Propiedad (Comunidad La Loma)

Hechos relevantes

- Durante la implementación de la política de asimilación, el gobierno dividió las comunidades Rapstani promoviendo los matrimonios mestizos, ocasionando la expulsión de mujeres que se establecieron del lado Oeste del río Motompalmo, conformando la comunidad de *La Loma*. En la actualidad preservan muchas de sus tradiciones culturales, sin embargo, perdieron otras.
- Mediante Decretos de 1985, el Estado otorgó a la Comunidad de *La Loma* el reconocimiento oficial de comunidad campesina, lo que les permitió en aquella época recibir subsidios y beneficios públicos.
- En 2005, el Estado emitió declaratoria de utilidad pública a la zona del proyecto, realizó depósito del 50% del valor catastral e inició un proceso de negociación con personas de la Comunidad de *La Loma*, ofreciéndoles tierras alternativas de calidad agrícola, aprox. 25 km. Oeste del río Motompalmo. El 25% de los propietarios de dicha comunidad aceptaron la oferta y el resto la rechazó alegando su vinculación cultural con el río *Xuxani*.
- En el año 2006, el 75% de los inconformes solicitaron ante el juez civil que se les reconocieran los estándares internacionales relativos al procedimiento de consulta previa y repartición de beneficios, así como la elaboración de estudios de impacto ambiental, sin embargo, el juez de la causa determinó que dichos estándares eran aplicables sólo a comunidades indígenas o tribales y esta era una campesina.
- En enero de 2012, el Juez de lo Civil en el caso fijó el monto total de la justa indemnización en \$USD 6 por metro cuadrado por cada predio expropiado en *La Loma*, en favor de quienes no aceptaron tierras alternativas con anterioridad. Los beneficiarios de dicho pago se han opuesto nuevamente a recibirlo (hecho superviniente, respuesta aclaratoria 86⁵⁵)
- Procedimiento de Expropiación en La Atlantis. Ver Respuesta aclaratoria 54⁵⁶.

⁵⁴ Caso del Pueblo *Saramaka* Vs. Surinam. "Interpretación de la Sentencia" de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185., párr. 18.

⁵⁵ De acuerdo con nota de prensa del 20 de enero de 2012, en el diario *El Ocurín Pegri*, el Juez de lo Civil en el caso fijó el monto total de la justa indemnización en \$USD 6 por metro cuadrado por cada predio expropiado en *La Loma*, en favor de quienes no aceptaron tierras alternativas con anterioridad. Los beneficiarios de dicho pago se han opuesto nuevamente a recibirlo. El Ministro de Gobierno declaró que "los principales atrasos en fijar el monto habían sido derivado a que miembros de la Comunidad *La Loma* rehusaron la oferta del gobierno de recibir tierras alternativas, así como las posteriores negociaciones con el fin de llegar a una solución amistosa ante la Comisión Interamericana dilataron de sobremana el procedimiento interno". El Diario resaltó que "con ello el Estado intenta no ser sentenciado por primera ocasión por el máximo Tribunal en Derechos Humanos".

⁵⁶ En la Atlantis el valor catastral no es el valor de mercado. De acuerdo con el capítulo IV del Código Civil, se debe realizar tal depósito judicial, que entre otros requisitos, permite proceder a que se ordene la ocupación urgente del terreno en caso de ser necesario. También, con ello, se abre la posibilidad de buscar una solución amistosa. La parte expropiada puede disponer de tal depósito y acordar la entrega del restante. No obstante, a falta de acuerdo con el avalúo fijado, se procede al juicio de expropiación, con el objetivo de fijar el valor real y final del precio. El Juez dictará sentencia luego de rendidos los peritajes pertinentes. No se permiten incidentes en el proceso

¿Cuál es el alcance del derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 CADH respecto de comunidades campesinas?
¿Cómo se determina una justa indemnización de acuerdo a los estándares de la Corte IDH?
¿Podrían aplicar los estándares de salvaguardas para comunidades indígenas a las comunidades campesinas o semi tribales?

Nota: En el presente caso existen tres posibles vías para analizar la situación de la Comunidad de *La Loma* respecto de la presunta violación a su derecho a la propiedad: i) vía de la expropiación de un bien desde la perspectiva del derecho privado; ii) vía de aplicación de estándares de consulta como pueblo “tribal”, y iii) vía de aplicar estándares internacionales y nacionales de pueblos indígenas y tribales a una comunidad campesina. Los participantes podrán explorar el caso desde cualquiera de estas vías.

Derecho aplicable

a) Restricciones al derecho a la propiedad privada y estándares de expropiación

El artículo 21 de la Convención Americana establece que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” y que “[l]a ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. En el inciso 2 consagra que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”⁵⁷.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha desarrollado un concepto amplio de propiedad⁵⁸ el cual, comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor⁵⁹ y, ha precisado que el derecho a la propiedad no es absoluto⁶⁰.

En ese sentido, en el *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador* la Corte analizó los requisitos para la limitación al derecho de propiedad a la luz del artículo 21 CADH afirmando, en primer lugar, que este derecho “debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales”. Señaló que “el Estado puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional”, de acuerdo con “la función social de la propiedad”⁶¹. La Corte sostuvo que toda limitación a éste derecho debe ser excepcional, lo que implica que toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución

⁵⁷ Según la Corte, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención (*Caso Salvador Chiriboga*, Fondo, párr. 61).

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 174.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr.102; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137 y *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 129.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 174.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, Párr. 60.

de un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁶².

Con respecto a las exigencias para la restricción del derecho, la Corte ha sostenido que *las razones de utilidad pública e interés social* comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática y, para tal efecto, el Estado debe propender por afectar en menor medida otros derechos y asumir las obligaciones que esto conlleva⁶³. El Tribunal estableció que una vez determinada la legitimidad de las razones de utilidad pública o interés social se debe determinar si ésta privación se vio acompañada del *pago de una justa indemnización*⁶⁴, la cual debe ser adecuada, pronta y efectiva⁶⁵.

En el referido *Caso Salvador Chiriboga*, la Corte analizó la restricción a este derecho en el marco de una expropiación, recordando que en estos casos el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional⁶⁶, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y del propietario⁶⁷. Dicho procedimiento demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención⁶⁸.

Así pues, para que la indemnización sea justa se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular⁶⁹. Adicionalmente, se precisó que para fijar el valor de un bien objeto de expropiación, se deben tomar en cuenta sus características⁷⁰ esenciales, es decir, naturales y jurídicas⁷¹.

Respecto al justo equilibrio, el Tribunal refirió que "a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar [dicho] justo equilibrio [...], debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción"⁷². Para ello, resulta indispensable observar las "justas exigencias" de una "sociedad democrática", valorar los distintos intereses en juego y las necesidades de preservar el objeto y fin de la Convención⁷³. Todo ello será ponderado al momento de fijar el valor del bien como justa indemnización, en particular respecto de bienes que tienen un carácter ambiental⁷⁴.

Adicionalmente, en la Sentencia de fondo del caso *Salvador Chiriboga*, la Corte estableció la existencia del interés legítimo de la expropiación basado en las razones de utilidad pública con fundamento en la protección del medio ambiente, lo cual resultaba en el beneficio social que generaría el Parque Metropolitano, que era de vital importancia para la ciudad de Quito, y el predio expropiado representa un gran aporte no sólo para el parque en sí, sino para toda la sociedad y el medio ambiente en general. Sin embargo, el Estado incumplió con el pago requerido

⁶² Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. supra*, párr. 65; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez supra*, párr. 93. Ver también: La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 28.

⁶³ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga. supra*, párr. párr.73.

⁶⁴ *Ibid. supra*, párr. párr. 91.

⁶⁵ *Ibid. supra*, párr. párr. 96.

⁶⁶ Artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Convención Europea y Corte Permanente de Justicia Internacional (PCIJ), Judgment No. 7 (May 25th, 1926), párr. 68.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222, párr. 60.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. supra*, párr. 63.

⁶⁹ *Ibid. supra*, párr. Par. 98 y *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. supra*, párr. 62.

⁷⁰ ECHR. *Case Kozacioglu v. Turkey*. Judgement of February 19, paras. 71 y 72.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. supra*, párr. 67.

⁷² *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, supra*, párr. 63.

⁷³ *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67; *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 31, y *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, supra* nota 24, párr.75.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. supra*, párr. 76

por el artículo 21.2 de la Convención y los criterios de plazos razonables en perjuicio de la víctima⁷⁵.

Asimismo, la Corte en el multicitado Caso Chiriboga recogió la práctica internacional en materia de expropiaciones (véase Sentencia de Reparaciones párrs. 57 a 59).

b) Alcance internacional de estándares sobre consulta previa aplicado a comunidades no indígenas

En el apartado II.A.1.b. se desarrolló lo correspondiente a consulta previa, no obstante el siguiente abordaje pretende analizar las posibles vías de protección de una comunidad campesina frente a proyectos de desarrollo.

*El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 se aplica, inter alia, a "los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial"*⁷⁶. El artículo 9 regula el derecho de estos pueblos a la consulta en casos donde se prevean medidas susceptibles de afectarlos⁷⁷.

*El Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, posteriormente revisado por el Convenio 169 de la OIT, define en su artículo primero los destinatarios de la norma, entre los cuales se encuentran los miembros de las poblaciones "tribales o semitribales" cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. El numeral 2 de este artículo establece que "[a] los efectos del presente Convenio, el término "semitribal" comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional"*⁷⁸.

Por otro lado, diversos instrumentos de derecho internacional determinan que la *autoidentificación* es el principal criterio para determinar la condición de indígena de los miembros de dichos pueblos tanto en el sentido individual como colectivo⁷⁹.

Adicionalmente, en el *corpus iuris* se encuentran distintos instrumentos que conforman el estándar actual en la materia, entre los cuales se pueden destacar los *informes de la OIT*, en donde se han desarrollado las obligaciones contenidas en el Convenio 169 y se han precisado las características de los pueblos indígenas y tribales. Por ejemplo, en el informe "*Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*" se explica que el Convenio no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que se describen los pueblos que pretende proteger

⁷⁵ *Ibid.* párr. 83

⁷⁶ OIT. *Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957*. Artículo 1.1.

⁷⁷ Los artículos 13 a 17 son especialmente relevantes, pues se refieren a los derechos de las poblaciones sobre sus tierras y territorios.

⁷⁸ El artículo 11 de este instrumento consagra el deber del Estado de "reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas." El artículo 12.1 establece que "[n]o deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones".

⁷⁹ El Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 1.2. los criterios de aplicación del término indígena en los siguientes términos: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio". Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone en su artículo 9 que "Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate" y en el artículo 33, inciso 1, establece que "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones". Por su parte el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 1.2 que "la autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena".

y desarrolla las características de cada uno de estos pueblos. Los elementos de pueblos tribales incluyen i) condiciones económicas, culturales, organización social y forma de vida que los distinguen de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo en la forma de ganarse el sustento, el idioma, etc.; ii) tener tradiciones y costumbres y/o un reconocimiento legal especial. Mientras que los elementos de pueblos indígenas incluyen: i) continuidad histórica, es decir que son sociedades anteriores a la conquista o la colonización; ii) conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región); iii) instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias)⁸⁰.

En el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte observó que dicho pueblo no era originario de la región en la que habitaban, sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam como esclavos provenientes del África. Sin embargo, sus ancestros se escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas, por lo que tal pueblo "comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones"⁸¹. En este sentido confirmó lo establecido en su jurisprudencia respecto de las medidas especiales que los miembros de los pueblos indígenas y tribales necesitan, con el fin garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural⁸².

Asimismo, en el Caso *Saramaka* la Corte resolvió que el hecho que algunos miembros individuales del dicho pueblo vivan fuera del territorio tradicional y en un modo que difiere de otros *Saramakas* que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres de su pueblo "no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad". Asimismo, consideró que el hecho de si algunos miembros auto-identificados del pueblo *Saramaka* pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de dicho pueblo "es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo *Saramaka* de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso". Además, la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes *Saramaka* por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar dicho pueblo sus derechos⁸³.

Respecto de unas familias beneficiarias en el caso *Yakye Axa*, que posteriormente fueron reclamadas como beneficiarias en el Caso *Sawhoyamaxa*, la Corte señaló que "la decisión de estas familias de separarse de la Comunidad *Yakye Axa* para integrar la Comunidad *Sawhoyamaxa*, ambas comunidades indígenas del pueblo Enxet-Lengua, así como la decisión de los miembros de la Comunidad *Sawhoyamaxa* de aceptarlos como parte de su comunidad, no puede más que ser respetada por este Tribunal"⁸⁴.

En los casos de las *Comunidades Yakye Axa y Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte Interamericana analizó la violación al artículo 21 de la CADH remitiéndose a lo expresado en el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, "en el sentido de que los Estados deberán respetar 'la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste

⁸⁰ OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*. pág. 9.

⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*. *supra* párrs. 79 84; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares*, *supra*, párr. 133.

⁸² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79*, párrs. 148-149 y 151; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146*, párrs. 118-121, y 131 y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa supra*, párrs. 124, 131, 135-137 y 154.

⁸³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*. Párr. 164

⁸⁴ *Caso Sawhoyamaxa, supra*, párr. 206.

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”⁸⁵.

En este contexto, el Estados debe consultar a los pueblos indígenas y tribales para garantizar su participación en las decisiones relacionadas con cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales⁸⁶ (*supra* apartado II.A.1). Además, la Corte aclaró que es el pueblo y no el Estado quien debe decir sobre quién y quiénes representan a la comunidad en cada proceso de consulta de acuerdo a sus costumbres y tradiciones (*supra*).

Por otra parte, en el derecho comparado existen una serie de precedentes en donde los tribunales internos han aplicado los estándares antes señalados a comunidades distintas de las indígenas tradicionales⁸⁷ y en los cuales, en algunos casos, se ha hecho uso del concepto de *autoidentificación* para tal efecto⁸⁸.

Por último respecto de las consecuencias derivadas de la política de asimilación y la discriminación de un grupo, en el *Caso Lovelace*, el Comité de Derechos Humanos⁸⁹ estudió una situación en la que el hecho de celebrar un matrimonio intercultural implicó para Sandra Lovelace, la pérdida de sus derechos y condición de indígena de acuerdo con la *Indian Act* en Canadá, lo cual no sucedía en el supuesto del hombre. Al respecto, el Comité determinó que las personas que nacen y crecen dentro de una reserva, mantienen vínculos y desean seguir manteniendo vínculos con esa comunidad indígena, se consideran parte del grupo minoritario conforme al significado del artículo 27. Por ello, bajo esa definición, la Sra. Lovelace era miembro de la tribu maliseet, dado que había crecido en la reserva y la había abandonado solamente durante los pocos años que duró su matrimonio. El Comité también resolvió que el derecho de la Sra. Lovelace a disfrutar de su cultura se veía interferido porque no existen comunidades fuera de la reserva que compartan su idioma y su cultura. Finalmente, el Comité decidió que denegarle a la Sra. Lovelace el acceso a vivir en la reserva no era ni razonable ni necesario para preservar la

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 136 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 119.

⁸⁶ CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc.OEA/Ser.L/V/II,Doc.54, 30 de diciembre de 2009, párr.1071.

⁸⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-030 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. La Corte Constitucional analiza la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006) por parte de las comunidades indígenas y afrodescendientes no consultadas antes de la expedición de la norma. El tribunal concluyó que dada la potencial afectación de los derechos o intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes, el congreso debió haberlos consultado; Ver también: Sentencia del Quinto Juzgado Federal de primera instancia, sección Judicial de maranhão (Justiça Federal de 1ª instância, seção Judiciária do maranhão, 5ª vara). El Tribunal protegió a esta comunidad afrodescendiente tradicional, destacando la intención del Estado Brasileiro de establecer políticas públicas dirigidas al combate contra la discriminación de los modos de vida tradicionales de los pueblos indígenas y tribales en relación con la afectación de las formas tradicionales de producción de una comunidad afro descendiente, impidiéndoles acceder a sus áreas de cultivo por las actividades de una base aeroespacial. Ver también: Sentencia Constitucional 0045/2006 de 2 de junio de 2006, expediente 2005-12440-25-rdL. En esta sentencia el Tribunal Constitucional de Bolivia resolvió un recurso directo de inconstitucionalidad contra los artículos 114 y 115 de la Ley de Hidrocarburos, entre otros, que disponían la consulta de las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios en forma previa, obligatoria y oportuna, para el desarrollo de cualquier actividad hidrocarburífera. El Tribunal señaló que dicho artículo refleja el deber de consulta consagrado en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, sin embargo, determinó que al establecer que dicha consulta tiene por objeto, además de determinar la afectación a los intereses de los pueblos indígenas o campesinos, lograr su consentimiento, se margina de lo dispuesto por el bloque de constitucionalidad, pues el referido art. 15.2 no tiene ese objeto, máxime cuando, como ya fue expuesto, los hidrocarburos son de propiedad del Estado.

⁸⁸ El Juzgado de primera instancia en lo civil, comercial y minería No. 5. secretaría única, iii circunscripción Judicial de Río Negro en Argentina, utilizó la autoidentificación como criterio para acreditar la pertenencia a la comunidad indígena de los demandados señalando que “ se han ensayado muchos criterios, pero rige en nuestro derecho el criterio amplio del artículo 1 del Convenio 169/1989 de la OIT (ley 24.071) y los artículos 2 y 3 de la ley provincial 2.287, que además ha prevalecido internacionalmente “. Ver: Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/desalojo” (expte. 14012-238-99), 12 de agosto de 2004.

⁸⁹ UN. Comité de Derechos Humanos. Sandra Lovelace c./ Canada, Communication No. 24/1977: Canada 30/07/81, UN Doc. CCPR/C/13/D/24/1977. La Opinión Individual del Sr. Néjib Bouziri, afirmó que además del artículo 27, se violaron igualmente los artículos 2, 3 y 23 del Pacto debido a que algunas disposiciones de la ley son discriminatorias en particular por razones de sexo. Citado en Red-DESC.

identidad del grupo y, por ello, privarla de su condición de indígena era equivalente a negarle los derechos del artículo 27 y una violación del PIDCP⁹⁰.

Argumentos de los representantes y el Estado

A continuación se abordarán las tres posibles vías para analizar la situación de la Comunidad de *La Loma* respecto de la presunta violación a su derecho a la propiedad.

- *Vía de la expropiación*

Consiste en abordar el caso reconociendo a la Comunidad de *La Loma* como comunidad campesina, utilizando los estándares establecidos en el *Caso Salvador Chiriboga* sobre las restricciones al derecho de propiedad privada, específicamente aquellos relacionados con procesos de expropiación.

Los representantes deberán esgrimir argumentos que demuestren el incumplimiento de los requisitos para restringir el derecho de propiedad por parte del Estado de La Atlantis. En primer término podrán cuestionar las razones de *utilidad pública e interés social* comprendidas dentro del proyecto de construcción de la hidroeléctrica "El Cisne Negro". Asimismo, deberán analizar si en el caso concreto esta restricción fue: previamente establecida por ley; si se cumplió con el pago de una justa indemnización de manera pronta, adecuada y efectiva, y si existió un justo equilibrio entre el interés general y el interés particular. Los representantes también podrían alegar la aplicación del test de proporcionalidad adoptado en la jurisprudencia de la Corte respecto a la legalidad, finalidad, necesaria, y estricta proporcionalidad. Respecto de la finalidad de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, los representantes pueden cuestionar nuevamente en qué medida la restricción del derecho a la propiedad a causa de un proyecto privado se justifica según objetivos colectivos que preponderen sobre los derechos de una comunidad. Asimismo, podrán alegar que la restricción fue desproporcionada puesto que ha interferido de manera dramática en los derechos de la comunidad, en la medida en que se vio en la obligación de desplazarse a campamentos en condiciones mínimas y desprenderlos de su cultura tradicional.

El Estado podrá responder a estos alegatos argumentando el derecho al desarrollo y demostrando que la construcción de la hidroeléctrica, especialmente debido a la escasez crónica de energía en el Estado de La Atlantis, resulta de utilidad pública e interés social. Los agentes deberán demostrar que la posibilidad de restringir el derecho de propiedad por medio de la expropiación, no sólo está consagrada en la ley, sino que en el caso concreto resultó necesaria, pues está destinada a satisfacer el derecho de toda la población a contar con energía. Pueden afirmar que fue proporcional, ya que no interfiere en el ejercicio del derecho de propiedad de la comunidad pues se están ofreciendo no sólo una justa indemnización como lo establece el artículo 21 de la CADH, sino además la entrega de tierras alternativas productivas. Finalmente, debe alegar que fue llevada a cabo con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática pues el bienestar de toda la sociedad de La Atlantis refleja un justo equilibrio entre el interés general y el interés particular de la comunidad campesina. Asimismo, el Estado cumplió con todos los procedimientos internos para llevar a cabo la expropiación y ocupación de los terrenos, por lo que la demora en el pago recae en la negación de la comunidad por recibir el mismo, así como respecto de las tierras alternativas ofrecidas. Cabe señalar que el juez de la causa fijó el valor total de los predios con base en la jurisprudencia de esta Corte en el caso *Salvador Chiriboga*, por lo que el requisito de la justa indemnización ha sido cumplido por el Estado.

- *Vía de la restricción a la propiedad comunal en tanto comunidad indígena o tribal.*

De conformidad con la respuesta aclaratoria 2 del caso, el artículo 9 de la Constitución de La Atlantis establece que son pueblos indígenas:

⁹⁰ El artículo 27 del PIDCP establece que los Estados no pueden denegar a los grupos minoritarios su goce de la cultura.

1) *Son pueblos descendientes de poblaciones que habitaban en su territorio antes de la colonización y conservan, en su mayoría, sus instituciones económicas, culturales y políticas.*

2) *Los pueblos indígenas son los que forman una vida social, económica y cultural asentados en un territorio tradicional y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. Asimismo, comparten criterios etnolingüísticos y de conciencia de su identidad indígena.*

Esta vía exige que los representantes argumenten por qué los estándares internacionales de derechos de los pueblos indígenas o tribales son aplicables a la Comunidad de *La Loma* y por esta vía, alegar la violación de su derecho a la propiedad comunal y de ser consultados antes que el Estado tomara la decisión de llevar a cabo el procedimiento de expropiación. Para argumentar este punto los representantes deberán retomar los hechos relacionados con el origen indígena de esta comunidad, la responsabilidad del Estado en el contexto de la política de asimilación y división de las comunidades, así como la conservación de algunas de sus tradiciones culturales y su especial relación con el territorio y el río. Esto se demuestra, por ejemplo, en el hecho que las mujeres de *La Loma* han preservado la tradición rapstaní de incinerar a sus muertos a la orilla del río y lanzar sus cenizas en el *Xuxani* para su transmutación. Dichos criterios podrían encuadrar en el artículo 9 de la Constitución de La Atlantis. En este contexto, y conforme al Convenio 169 y 107 de la OIT, tendrían la posibilidad también de encuadrar a esta comunidad como de carácter tribal, demostrando la configuración de las características propias de las mismas, así como hacer uso del concepto de autoidentificación o autodeterminación consagrado en los instrumentos pertinentes y la jurisprudencia análoga en el caso *Saramaka y Sawhoyamaya*. Además, podría argumentar con base en el caso *Lovelace Vs. Canadá* que la Comunidad *La Loma* preserva vínculos y tradiciones de su cultura rapstaní, que le fueron arrancadas con motivo de la política de asimilación del Estado, la cual favoreció la discriminación a las mujeres de la comunidad, por lo que dicho vínculo no se pierde.

El Estado podrá desvirtuar esta posición argumentando que la Comunidad de *La Loma* no es una comunidad tribal, pues desde 1985 se le otorgó el reconocimiento oficial de comunidad campesina y recibió beneficios. De igual manera, puede aducir la pérdida de sus costumbres, pues en la actualidad preservan parcialmente su dialecto, no utilizan su vestimenta tradicional, no preservan su producción de artesanías ni tampoco las formas de jerarquía y organización tradicional. Por tanto, no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Constitución de La Atlantis. Tampoco comparten las características de una comunidad tribal que tradicionalmente se ha identificado a pueblos *afrodescendientes*. Una vez desvirtuada esta hipótesis, el Estado podrá dirigir la discusión en torno a los estándares sobre propiedad privada y demostrar el cumplimiento de los requisitos para restringir el derecho en el caso concreto.

- *Vía de protección comunal a comunidades campesinas*

Esta vía exige un ejercicio creativo y argumentativo complejo por parte de los representantes, en la medida en que pueden alegar la necesidad de extender los estándares de protección destinados a comunidades indígenas y tribales a comunidades campesinas. Esta hipótesis puede sostenerse con base en el principio *pro persona* consagrado en el artículo 29 de la Convención y la propia Constitución de La Atlantis. Asimismo, pueden acudir a la definición de comunidad "*semitribal*" consagrada en el Convenio 107 de la OIT, alegando que la Comunidad de *La Loma*, aunque próxima a perder sus características *tribales*, no está aún integrada en la colectividad del Estado de La Atlantis. Por último, podrán acudir a otro tipo de marcos teóricos que den cuenta de las similitudes existentes entre las comunidades campesinas, y específicamente de la Comunidad de *La Loma*, con comunidades indígenas, así como recoger el debate actual sobre el tema. De esta forma, se podrá llamar la atención sobre el avance jurisprudencial generado a nivel doméstico en varios países de la región, en el sentido de generar la posibilidad de extender los estándares en cuestión a otro tipo de comunidades, tales como la Sentencia 0045/2006 de 2 de junio de 2006

del Tribunal Constitucional de Bolivia o la Sentencia C - 030 de 2008 de la Corte Constitucional Colombiana.

El Estado podrá desvirtuar estos alegatos arguyendo que actualmente el derecho de los campesinos no goza de una protección específica en el derecho internacional y que por lo tanto, estas comunidades únicamente gozan de la protección de los derechos consagrados en los instrumentos generales de derechos humanos. Asimismo, el Convenio 107 de la OIT, sobre comunidades "semitribuales", fue actualizado por el Convenio 169 de La OIT. Una vez desvirtuada esta hipótesis, puede dirigir la discusión hacia los estándares sobre propiedad privada.

B. ARTÍCULO 6 DE LA CADH: PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE

Hechos relevantes

- La empresa TW ofertó 350 plazas para miembros de la comunidad. Designó 7 buzos y 215 albañiles, a quienes se les ofreció el pago de \$4.5 USD por día laboral. A más de 100 mujeres, se les ofreció la recolección y cocina de alimentos para sus maridos y demás personas de la empresa, así como a la realización de labores de aseo del lugar y de la ropa de los trabajadores por el pago de 2 USD por día incluyendo alimentos. Dichos montos ofrecidos correspondieron a pagos acordados con el fin de cumplir con el requisito de compartir beneficios con la comunidad.
- Durante los primeros 2 meses se estableció un horario de trabajo de 9 horas, con 1 hora de almuerzo y, posteriormente, se extendió el horario laboral para los hombres aproximadamente a 15 horas diarias sin el pago de horas extras. El horario de las mujeres variaba constantemente.
- Debido a la falta de equipo especializado y de calidad, 4 de los buzos reportaron afectaciones derivadas del síndrome de descompresión, provocándoles discapacidad parcial.
- Las mujeres de la Comunidad *Chupanky* demandaron que habían existido trabajos forzados en perjuicio de los miembros de la comunidad.
- Frente estas irregularidades, el Consejo de Ancianos decidió vetar la continuación del proyecto, ante lo cual la empresa reaccionó negándose a detener sus actividades y amenazó con despidos, demandas por incumplimiento y remover a la comunidad a las tierras alternativas.
- La Atlantis ha firmado los principales tratados en la OIT en la materia. El salario mínimo es de USD\$ 250 por jornada ordinaria mensual. Respuesta aclaratoria 50.
- Ver también respuestas aclaratorias 16, 49 y 107.

¿Cuáles son los elementos para que se configure trabajo forzado?

¿Se podría configurar la responsabilidad del Estado si los actos son cometidos por particulares?

¿Existió una discriminación en razón de género en los trabajos propuestos a las mujeres?

Derecho aplicable

a) Estándares sobre trabajo forzado

La prohibición del trabajo forzado se encuentra consagrada en la *Convención Americana en el artículo 6.2*, el cual establece que "nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso."

Asimismo, el *Convenio 29 de la OIT sobre trabajo forzado de 1930* define el trabajo forzoso u obligatorio como "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente"⁹¹.

⁹¹ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre trabajo forzoso (1930). Artículo 2.1. La OIT cuenta con la *Comisión de expertos sobre aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT*, la cual ha desarrollado ampliamente el tema de trabajo forzoso. Al respecto, resulta particularmente relevante tomar en cuenta los siguientes puntos

Por su parte, el *Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de la OIT de 1957* establece en su artículo 1 que “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio [...] b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; [...] e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa”⁹².

La prohibición del trabajo forzoso está también consagrada en varios instrumentos internacionales⁹³ y en ese sentido, forma parte del derecho internacional consuetudinario y las normas pertinentes tienen el carácter de *jus cogens*⁹⁴.

Por otra parte, el *artículo 6 del Protocolo de San Salvador* establece que:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo [...]. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo. [resaltados fuera del texto]

Por su parte, el Artículo 7 del Protocolo de San Salvador sostiene que:

Los Estados deben garantizar “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción, [al igual que] la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales”, entre otros⁹⁵.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana en el caso de la *Masacres de Ituango vs. Colombia*, utilizó el Convenio No. 29 de la Organización

desarrollados: i) el elemento de “pena cualquiera” establecido en la definición del trabajo forzado no significa necesariamente una sanción penal, sino que puede tratarse de la privación de cualquier derecho o ventaja”. Cfr., OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. 2001; ii) La prohibición del trabajo forzoso se extiende a todo trabajo no ofrecido voluntariamente, sea remunerado o no. Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 2003. Pag. 156; iii) una característica frecuente del trabajo forzoso es que el autor de la violación es una persona o grupo sin vínculo con el Estado, tal como los terratenientes, empresas o incluso grupos armados independientes; Cfr. OHCHR, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá. 2004. Pag. 257. Por esta razón se insiste sobre la obligación del Estado de imponer sanciones penales realmente eficaces y que se apliquen estrictamente. Las obligaciones del Estado incluyen “la cabal investigación” de presuntos casos de trabajo forzoso y las medidas administrativas no cumplen con los requisitos del Convenio”. Cfr.; OHCHR, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá. 2004. Pag. 167 – 168. (subrayado es nuestro).

⁹² Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (1957). Artículo 1.

⁹³ Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989). Artículo 20. Esta norma establece que los Estados deben adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores indígenas una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, así como para evitar cualquier discriminación contra trabajadores indígenas en relación con el acceso al empleo, la remuneración igual por trabajo de igual valor, a asistencia médica y social y el derecho de asociación. Esas medidas deben garantizar, *inter alia*, que los “trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas”; Ver también: *Artículo 4.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, el cual reza “nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”*; *Artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, el cual establece que “todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos”; Artículo 17 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007*, en el que se establece que “Los individuos y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable”; Artículo 8.3.a. del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra que “nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”*; *La Declaración Universal de Derechos Humanos* en la que se dispone que “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas”.

⁹⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación General 24*, Párr. 8.

⁹⁵ Artículo 7, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; Artículo 20, Convenio núm. 169 de la OIT - C169 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, ver igualmente el artículo 3 de dicho Convenio; Artículo 7, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Internacional del Trabajo sobre Trabajo Forzoso, para interpretar el artículo 6 de la CADH, de acuerdo a la evolución del sistema interamericano. En dicha oportunidad, el Tribunal observó que la definición de trabajo forzoso u obligatorio, consta de dos elementos básicos, a saber: i) el trabajo o el servicio se exige "bajo amenaza de una pena" y, ii) estos se llevan a cabo de forma involuntaria⁹⁶.

En dicho caso se adoptó el concepto de "amenaza de una pena", como "la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares⁹⁷. Asimismo, se definió la "falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio" como "la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica"⁹⁸.

Por su parte, la Comisión Interamericana⁹⁹ y la Corte Europea se han pronunciado sobre este tema. La Corte Europea ha sido clara en establecer que el Artículo 4 del Convenio Europeo consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas y no permite derogaciones ni excepciones incluso en casos de emergencia pública que amenace a la Nación¹⁰⁰. Para interpretar el artículo 4, el Tribunal Europeo ha acudido reiteradamente a las Convenciones relevantes de la OIT¹⁰¹.

En los casos *Van der Mussele vs. Belgium* y *Siliadin vs. France*, el Tribunal Europeo se refirió específicamente al trabajo forzado en el marco del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, señalando que para que este se configure debe haber algún tipo de "*physical or mental constraint, as well as some overriding of the person's will*"¹⁰². Asimismo, en el caso *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció sobre la materia en el marco de un caso sobre trata de personas. En dicha oportunidad resaltó la obligación positiva del Estado de perseguir y castigar cualquier acto que ponga a una persona en una situación de esclavitud, servidumbre o trabajo forzado. El Estado deberá responder mediante la implementación de un marco legal y administrativo que prohíba y sancione estas conductas¹⁰³.

En relación con la responsabilidad internacional del Estado derivada de estas violaciones a derechos humanos cometidas por particulares, la Corte Interamericana ha establecido que el incumplimiento del deber de prevención a cargo del Estado puede derivar en su responsabilidad

⁹⁶ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 157 y 160

⁹⁷ Cfr. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, "Una alianza contra el trabajo forzoso", Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión de 2005. Citado en: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Párr. 161.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148. Párr. 164.

⁹⁹ La Comisión Europea se ha pronunciado sobre el particular en los casos *X vs. Federal Republic of Germany* y *X v. The Netherlands*, donde determinó dos elementos cuya presencia debe tomarse en cuenta en relación con el trabajo forzoso u obligatorio. En primer lugar, "que el trabajo se realice en contra de la voluntad del reclamante y, en segundo lugar, que el trabajo o servicio sea injusto u opresivo y que suponga un sufrimiento insoportable para éste". Cfr. European Commission HR, *X v. Federal Republic of Germany*, Petición 4653/70, Yearbook XVII, 1974. Pag. 172. En otra ocasión, en el caso *X and Y v. Federal Republic of Germany* la Comisión se remitió a las cinco categorías enumeradas en la Convención 105 de la OIT para determinar el concepto "trabajo forzado"; Cfr. European Commission HR, *X and Y v. Federal Republic of Germany*, Petición 7641/76, Decisions and Reports, Vol. 10. 1978. Pag. 230.

¹⁰⁰ ECHR, *Stummer v. Austria*, Application no. 37452/02. 2011, párr. 116.

¹⁰¹ ECHR, *Van der Mussele v. Belgium*, Application no. 8919/80. 1983. párr.32 ; *Siliadin v. France*, Application no. 73316/01. 2005. Par. 115; *Graziani-Weiss v. Austria*, Application no. 31950/06. 2011. Par. 36.

¹⁰² ECHR, *Van der Mussele v. Belgium*, Application no. 8919/80. 1983. párr.34 y *Siliadin v. France*, Application no. 73316/01. 2005. párr. 117.

¹⁰³ ECHR, *Rantsev vs. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04.2010. Párr. 285 y *Siliadin v. France*, Application no. 73316/01, 2005. Párrs. 89 y 112

internacional por actos cometidos por particulares¹⁰⁴, siempre y cuando el Estado conociera de la situación de riesgo real e inmediato de la víctima y si existían posibilidades razonables de prevenir o evitar la violación¹⁰⁵.

En el mismo sentido, la Corte ha establecido en casos como *Ximenes Lopes vs. Brasil y Albán Cornejo vs. Ecuador* que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado, cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren bienes jurídicos¹⁰⁶. En dichos casos la Corte señaló la obligación del Estado de *fiscalizar y regular* entidades privadas prestadoras de salud. En ese sentido, argumentó que "bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos"¹⁰⁷.

Si bien la Corte Interamericana se ha referido a la calidad de garante de derechos humanos de entidades privadas en casos contenciosos¹⁰⁸, también lo ha hecho en el marco de medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causadas por agentes estatales y terceros particulares¹⁰⁹.

El trabajo forzoso también ha sido abordado desde el derecho penal internacional¹¹⁰. Al respecto, vale la pena señalar que ni en el Estatuto de Roma de 1998 ni en el Estatuto del ICTY de 1993 se encuentra tipificado expresamente el trabajo forzado como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad¹¹¹. No obstante lo anterior, existen pronunciamientos del ICTY en donde se ha desarrollado el trabajo forzado, específicamente como un crimen de lesa humanidad desde la categoría de persecución, por ejemplo en los casos *Krnjelac*¹¹² y *Caso Simic, Tadic, and Zaric*¹¹³.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. párr. 111.

¹⁰⁵ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 140. Sentencia de 31 de Enero de 2006; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs Paraguay*. Serie C No 146. Sentencia de 29 de Marzo de 2009. párr. 123 y 155; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205. Sentencia de 16 de noviembre de 2009., Párr.280. Véase también: ECHR, *Case of Kiliç v. Turkey*. Judgment of 28 March. 2000. párrs. 62 and 63 y *Case of Osman v. the United Kingdom*. Judgment of 28 October.1998. párrs. 115 y 116.

¹⁰⁶Corte I.D.H., *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 119. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Par. 85

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. supra*, párr. 90.

¹⁰⁸ Cfr. Corte IDH., *Caso de la Comunidad Moiwana, supra*, párr. 211; *Caso Tibi*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 108; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 91; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 183; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No., 103. párr. 71 y *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2002, Serie C No. 100, párr. 81.

¹⁰⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Sarayaku*, Medidas Provisionales, Resolución de 6 de julio de 2004; *Caso de la Comunidad Kankuamo*, Medidas Provisionales, Resolución de 5 de julio de 2004; *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, Medidas Provisionales, Resolución de 6 de marzo de 2003, Serie E No. 4, p. 169; *Caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó*, Medidas Provisionales, Resolución de 18 de junio de 2002, Serie E No. 4, p. 141.

¹¹⁰ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sostuvo en el informe "La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas" que la esclavitud, las prácticas relacionadas con ella y el trabajo forzoso constituyen: i) Un "crimen de guerra" cuando son practicados por un Estado beligerante contra los nacionales de otro Estado beligerante; ii) Un "crimen de lesa humanidad" cuando son practicados por funcionarios públicos contra cualquier persona independientemente de las circunstancias y la nacionalidad de ésta; iii) Un delito internacional común cuando son practicados por funcionarios públicos o particulares contra cualquier persona; Cfr. OHCHR, *La Abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*, HR/PUB/02/4. Pág. 4.

¹¹¹ A pesar de no estar catalogado expresamente en los estatutos, se ha considerado que el crimen de "enslavement" abarca el trabajo forzado como crimen de lesa humanidad. Al respecto ver: OIT, *Forced Labor and Human Trafficking*. Pag. 17. No obstante lo anterior, también se encuentra jurisprudencia del ICTY en donde se ha argumentado que el trabajo forzado puede constituir crimen de persecución.

¹¹² En el *Caso Krnjelac*, la Cámara de Apelaciones analizó el sometimiento a trabajo forzado y otros crímenes de prisioneros no serbios en la cárcel de Kp Dom en Foca. En esta ocasión, sostuvo que el trabajo forzado es parte de una serie de actos que comprende la detención ilegal y golpizas cuyo efecto acumulativo es suficientemente grave para ser

De igual forma, existen pronunciamientos de tribunales internos en donde se ha considerado el trabajo forzado como un crimen que debe penalizarse, incluso, si ha sido cometido por empresas (Ver *Caso Doe v. Unocal, U.S. Court of Appeals 9th Circuit (2002)*)¹¹⁴.

b) *Estándares de derechos humanos aplicables a empresas*

En el año 2003 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó las *Normas de Responsabilidad de Empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los Derechos Humanos*¹¹⁵. Dicha iniciativa es el antecedente más importante del principal instrumento de *soft law* que desarrolla estándares de protección de derechos humanos para las empresas, a saber, *Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. Estos principios se basan en las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y remediar los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como en el papel de las empresas en cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos¹¹⁶. Destacan los Principios 1, 4 y 11¹¹⁷.

En el sistema de Naciones Unidas, también vale la pena resaltar el *Global Compact*, como una

considerado un crimen de persecución. *Cfr. Prosecutor v. Milorad Krnojelac (Appeal Judgement)*, IT-97-25-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 17 September 2003.

¹¹³ El Tribunal sostuvo que el "carga de trabajos forzados puede constituir la base del crimen de esclavitud como crimen de lesa humanidad bajo el artículo 5.c, y la ofensa de esclavitud como violación de las leyes o usos de la guerra bajo el artículo 3 del Estatuto, y una ofensa de esta naturaleza de suficiente gravedad puede sustentar un cargo por persecución". En esa ocasión, la cámara encontró que el "trabajo forzado que ponga a civiles en condiciones peligrosas o humillantes equivalen a trato cruel e inhumano. Estos actos alcanzan el mismo nivel de gravedad que otros crímenes de lesa humanidad y si se llevan a cabo con el "the requisite discriminatory intent" pueden constituir persecución. *Cfr. Prosecutor v. Simic, Tadic and Zaric (Trial Judgment)*, IT-95-9-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), October 17, 2003.

¹¹⁴ Ver por ejemplo: Estados Unidos de América. *Doe v. Unocal*, U.S. Court of Appeals 9th Circuit (2002). El caso *Doe vs. Unocal* inicia en 1996 con la demanda presentada ante una corte federal de los Estados Unidos por un grupo de campesinos birmanos en contra de esta compañía, alegando que fueron objeto de violaciones de derechos humanos tales como trabajo forzado, desplazamiento forzado, homicidio, violaciones y tortura con el fin de beneficiar el "Proyecto Yadana". Estos actos fueron cometidos por el ejército birmano, fuerza de seguridad contratada directamente por la corporación, con el fin de custodiar dicho proyecto destinado a la construcción de un gasoducto en territorio birmano. En este caso, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito aseguró que el trabajo forzado es ampliamente rechazado en la comunidad internacional por lo que ha adquirido el estatus de *ius cogens*. Adicionalmente, adoptó los estándares de derecho penal internacional para determinar la presunta complicidad de *Unocal* en las violaciones de derechos humanos de los campesinos birmanos. En esta providencia analizó si existió trabajo forzado en conexión con el proyecto que *Unocal* estaba llevando a cabo.

¹¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Normas de Responsabilidad de Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales con respecto a los Derechos Humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

¹¹⁶ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011.

¹¹⁷ El primer principio establece que "Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia"; el principio 4 "Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos; el principio 11 establece que "Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. El principio 12 establece que "Las empresas deben respetar los derechos humanos, [dicha responsabilidad] se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos - que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Ver también: Principio 2, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Principios 11 y 12.

iniciativa voluntaria, mediante la cual las empresas se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con los “*Diez principios*”. Estos principios abarcan cuatro áreas temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti-corrupción¹¹⁸.

Además de lo anterior, una serie de instrumentos de *soft law* establecen las obligaciones de terceros como las empresas en relación con el respeto y garantía de los derechos humanos de sus trabajadores. La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social menciona que las empresas deben “proporcionar los salarios, prestaciones y condiciones de trabajo [que] en todo caso debe[n] al menos ser suficientes para satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias”¹¹⁹. Igualmente, dicha Declaración sostiene que tanto los gobiernos como las empresas deben “respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos internacionales correspondientes adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y sus principios”¹²⁰. Además, se encuentran otros instrumentos relevantes en la materia en el *corpus iuris* del derecho internacional¹²¹.

Asimismo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha observado que para que las empresas privadas observen realmente las normas de derechos humanos pertinentes en sus respectivas esferas de influencia es necesario que identifiquen, incorporen plenamente y apliquen efectivamente las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas en cada uno de los aspectos de su labor relacionados con los proyectos que emprendan¹²².

c) Perspectiva de género en los trabajos realizados

La Corte Interamericana ha aplicado la perspectiva de género en su jurisprudencia¹²³ a la luz de la propia CADH y la interpretación de la Convención Belém do Pará. Adicionalmente, ha declarado su competencia contenciosa en razón de la materia para conocer de alegadas violaciones al artículo 7 de la Convención Belém do Pará, y ha establecido no tener competencia contenciosa en razón de la materia para conocer de supuestas violaciones a los artículos 8 y 9 de dicho instrumento internacional¹²⁴. No obstante, los diversos artículos de la Convención Belém do Pará pueden ser utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes¹²⁵. Al respecto, destacan los siguientes artículos:

El artículo 1 establece que para efectos de dicha convención, violencia contra la mujer es “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Asimismo, en su artículo 4

¹¹⁸ Véase *Los diez principios del pacto mundial*. Disponibles al 11 de marzo de 2012 en la dirección siguiente: http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html

¹¹⁹ Ver. Principio 34, Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, Fecha de la publicación: 1 de enero de 2006. (adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977) en la forma enmendada en sus 279.ª (noviembre de 2000) y 295.ª (marzo de 2006) reuniones). Ver también: OIT, *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT de 1977 y enmendada en el año 2000*.

¹²⁰ Principio 8, Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, Fecha de la publicación: 1 de enero de 2006. (adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977) en la forma enmendada en sus 279 (noviembre de 2000) y 295. (marzo de 2006, reuniones)

¹²¹ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD por sus siglas en inglés) elaboró las “*Directrices para empresas multinacionales*”. Estas son recomendaciones que los Estados elaboraron para las empresas multinacionales. En ellas se establecen principios y estándares voluntarios sobre conducta empresarial responsable y buenas prácticas consistentes con la ley y los estándares internacionales reconocidos en la materia. OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing. Directriz IV. Numerales 1,2,3 y 4.

¹²² UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, James Anaya*, 15 July 2009, A/HRC/12/34, Par. 57.

¹²³ Cfr. Casos: *Penal Castro Castro Vs. Perú*, *Campo Algodonero Vs. México*, *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *Inés Fernández y Rosendo Cantú Vs. México*.

¹²⁴ *Campo Algodonero*, *supra*, párr. 80.

¹²⁵ *Ibid.* párr. 79.

establece que "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos". En su artículo 6, la Convención sostiene que "[e]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación"¹²⁶.

En otro sentido, la Corte ha sostenido que "no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará"¹²⁷. Así, en el *Caso Perozo* la Corte menciona que habría una violación de la Convención cuando las agresiones son especialmente dirigidas a las mujeres en razón de su género o éstas se convierten en un mayor blanco de ataque por lo mismo¹²⁸.

Por su parte, en el Informe de la Comisión Interamericana sobre comunidades cautivas en el caso del Pueblo Indígena Guaraní en el Chaco de Bolivia, ésta analizó hechos similares a los sucedidos en el caso de la Comunidad *Chupanky*. En específico, la asignación de labores a las mujeres, "definid[as] por [...] estereotipos de género"¹²⁹. Igualmente se describe la notoria desigualdad entre el monto pagado a hombres y el dado a las mujeres por los trabajos realizados¹³⁰, a lo que se suman las extenuantes jornadas laborales, las que "son generalmente de más de 12 horas al día y en muchos casos se les asigna realizar un trabajo específico que debe ser terminado en el día de faena, lo cual normalmente es de imposible cumplimiento [...]"¹³¹. Al respecto, entre las recomendaciones para prevenir, investigar y sancionar las formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, la Comisión requirió al Estado: "diseñar políticas públicas para la erradicación de todas las formas de discriminación en contra de los trabajadores guaraníes; y para la erradicación de todas formas de discriminación en contra de las mujeres indígenas guaraníes en el Chaco, particularmente velar por el estricto cumplimiento de las leyes laborales sobre jornadas laborales y pago en igualdad con los hombres"¹³².

Adicionalmente al estándar de no discriminación aplicado a pueblos indígenas, las mujeres indígenas no pueden ser sujetas a una doble discriminación también en razón de su sexo¹³³. Para lograr la realización de dicha obligación los Estados debe además implementar las medidas necesarias para eliminar la discriminación laboral por parte de actores privados¹³⁴.

Argumentos de los representantes y el Estado

¹²⁶ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención De Belem Do Para".

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Perozo y Otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). para. 295. Citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). para. 227.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Perozo y Otros vs. Venezuela*. para. 295.

¹²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena Guaraní y Formas Contemporáneas de Esclavitud en el Chaco de Bolivia. CIDH, OEA/Ser.L/V/II, 24 diciembre 2009. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/COMUNIDADES%20CAUTIVAS.pdf>. Para. 96.

¹³⁰ *Ibid.* 97 y 120.

¹³¹ *Ibid.* párrs. 97 y 100.

¹³² *Ibid.* párr. 221.

¹³³ Artículo 11, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981. Ver también Artículo 22, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Asamblea General de las Naciones Unidas; Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34. Para. 52; CIDH, Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58 24 diciembre 2009. para.62.

¹³⁴ General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3), 03/29/2000. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. Para. 31. Ver también Artículo 20 Convenio 169 de la OIT. Ver también Artículos 6 y 7, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"

Representantes

Los representantes podrán alegar la configuración de la responsabilidad internacional del Estado de La Atlantis por el presunto sometimiento de los miembros de la comunidad a trabajos forzados por parte de la empresa privada.

En primera medida, deberán demostrar por qué se configuran los elementos del trabajo forzado en el caso concreto, particularmente lo atinente a la amenaza de una pena y a la ausencia de voluntad para prestar el servicio conforme a lo establecido en el Convenio 29 de la OIT. Para ello, deberán utilizar los criterios establecidos en el *Caso Masacres de Ituango Vs. Colombia*, alegando, por ejemplo, que las amenazas de despido y de iniciar procesos judiciales por incumplimiento del contrato, así como la amenaza de reubicación efectuados por la empresa, implican una intimidación real y actual en perjuicio de los trabajadores. En este punto, los representantes deben demostrar que estos hechos son suficientes para configurar el elemento de "pena", para lo cual podrán argumentar que, conforme a lo establecido por la propia *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT*, el elemento de "pena cualquiera" establecido en la definición del trabajo forzoso no significa necesariamente una sanción penal, sino que puede tratarse de la privación de cualquier derecho o ventaja.

Para demostrar el elemento de ausencia de voluntad, pueden aducir que frente a la modificación de las condiciones laborales constituyen a su vez una coacción psicológica que conlleva a la continuación de la prestación del servicio de manera involuntaria y, acudiendo a los criterios establecidos por la Corte Europea en los casos *Van der Musselle vs. Belgium* y *Siliadin vs. France*, implicarían la anulación de la voluntad de los trabajadores. De igual manera, podrían argumentar que la extensa jornada laboral, el monto de la remuneración, así como la ausencia de elementos adecuados de trabajo demuestran el carácter injusto y opresivo del trabajo, en los términos que ha señalado al Comisión Europea de Derechos Humanos en los casos *X vs. Federal Republic of Germany* y *X v. The Netherlands*. Al respecto, podrán señalar que, según lo sostiene la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT*, la prohibición del trabajo forzoso se extiende a todo trabajo no ofrecido voluntariamente, sea remunerado o no. En este punto, podrían argumentar que en todo caso se presenta una ausencia de remuneración, pues el pago obtenido por los trabajadores no constituye ni siquiera el salario mínimo de La Atlantis, sino el requisito de compartir beneficios con la comunidad. Además de haber aceptado dicho beneficio por menores horas de las acordadas.

Por otra parte, deberán demostrar que en este caso surge responsabilidad del Estado por actos de particulares. Para hacerlo, deberán utilizar los estándares relevantes establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de tal forma que sustenten que el Estado tenía conocimiento del riesgo real e inminente en el que se encontraban los trabajadores de la empresa TW de ser explotados y la posibilidad razonable de prevenir que dicha violación ocurriera. Lo anterior encuentra su base en las denuncias efectuadas por las mujeres de la comunidad, las manifestaciones de los propios trabajadores de la empresa y el Consejo de Ancianos y el constante y evidente incumplimiento de la empresa de los horarios de trabajo y estándares laborales mínimos. Asimismo, podrán construir este alegato utilizando los criterios establecidos en los *Casos Ximenes Lopes vs. Brasil* y *Albán Cornejo vs. Ecuador*, señalando que La Atlantis en todo caso debía regular, fiscalizar y supervisar la actuación de esta empresa privada, obligaciones que incumplió. En este punto, los representantes de las víctimas pueden sostener que dichas obligaciones a cargo del Estado deben interpretarse a la luz de *Los principios rectores sobre empresas y derechos humanos elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, por ser éste el principal instrumento de *soft law* aplicable en la materia. En ese sentido, resultaría especialmente relevante mencionar el componente de "proteger" establecido en este instrumento, el cual equivale a la obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Además, a la luz del principio 4 y tomando en cuenta que el 40% del capital de la empresa TW es público, el Estado debía adoptar

medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por la misma.

En cuanto al alegato de la *perspectiva de género*, los representantes podrían alegar que los trabajos asignados a las mujeres de la comunidad estuvieron basados en estereotipos sobre los roles de la mujer, que los salarios asignados a las mujeres y las extensas jornadas de trabajo fueron inequitativos en su perjuicio.

En conclusión, el Estado podría verse responsable de la violación del artículo 6 de la CADH en relación con el artículo 26 de la misma, en interpretación de los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador y 6 de la Convención de Belem do Para.

Estado

El Estado puede responder a estos alegatos desvirtuando en primera medida la existencia de trabajo forzado, argumentando que las supuestas amenazas de la empresa no tienen la gravedad suficiente para cumplir con el requisito de "amenaza de una pena" establecida en el Convenio 29 de la OIT y lo establecido en el *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*, pues esta intimidación no es real sino hipotética y además no implica coacción ni violencia física, tal como se exige en la jurisprudencia de la Corte Europea. Por otro lado, podrá sostener que no se configura el segundo elemento del trabajo forzado pues los trabajadores de la empresa decidieron voluntariamente vincularse a la misma e incluso, la remuneración pactada fue producto de un diálogo con la comunidad. Se puede agregar que los trabajadores tienen la libertad de renunciar en cualquier momento a su cargo y no existe ningún tipo de evidencia que permita concluir que la empresa puede tomar represalias por tal hecho. Asimismo, la empresa ha considerado que los trabajadores de la comunidad incumplieron con lo acordado.

Con respecto a la atribución de responsabilidad, el Estado podría argumentar que las denuncias de la comunidad no implican que el Estado conocía de un riesgo real e inminente en perjuicio de los trabajadores, tomando en cuenta que no existieron pruebas sino meras afirmaciones. Respecto de sus obligaciones de fiscalización, regulación y supervisión podrá alegar que el Estado ha cumplido a cabalidad a través de instituciones como la Comisión de Energía y Desarrollo y el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (inclusive a través del EIAS), así como por medio del Comité Intersectorial, el cual ha participado activamente de todas las etapas del desarrollo del proyecto de la empresa TW. Puede alegar asimismo que no se ha demostrado una falencia en su normativa interna respecto a la regulación en esta materia. Con respecto a la utilización de *Los principios rectores sobre empresas y derechos humanos* en el caso, puede reiterar que dicho marco normativo no es vinculante a nivel internacional para el Estado ni para las empresas.

Respecto de la supuesta discriminación a las mujeres, el Estado podría argumentar que fue el propio Consejo de Ancianos el que invitó a participar a las mujeres en las labores designadas por la empresa y la empresa brindó esta oportunidad, la cual fue consentida por todos los miembros de la Comunidad. La diferencia de salarios atiende a cuestiones técnicas lógicas de los requerimientos laborales entre los trabajos de construcción y buceo respecto de los de cocina y limpieza. Además, la Corte no tiene competencia para declarar una violación al artículo 6 de la Convención Belém do Pará y menos aún existió violencia contra la mujer.

Finalmente, respecto de las supuestas violaciones laborales, dichos hechos no fueron denunciados en el ámbito interno ante la autoridad laboral competente y los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador no son justiciables, por tanto no se configura ninguna de las violaciones alegadas al respecto.

C. ARTÍCULOS 4 Y 5 DE LA CADH: DERECHOS A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL

Siendo que los hechos relacionados con tales derechos se encuentran vinculados, a continuación se expone este apartado de manera conjunta.

Hechos relevantes

- Algunos de los integrantes de la comunidad La Loma manifestaron al diario encontrarse en los campamentos provisionales bajo condiciones mínimas y deseaban regresar al lugar donde se encuentran sus tradiciones (ver hechos probados).
- Según un informe médico, 4 de los buzos reportaron afectaciones derivadas del síndrome de descompresión, provocándoles discapacidad parcial.
- Los resultados del estudio de impacto ambiental fueron favorables al proyecto, lo referente a los beneficios en la generación de energía eléctrica para las comunidades.
- No obstante, en el aspecto ambiental se especificó que las represas hidroeléctricas podían ocasionar daños geológicos menores, modificando el ecosistema de la zona, y generando algunos sedimentos en el agua que no son dañinos para el ser humano. El Ministerio de Recursos Naturales envió una copia en español del informe a la Comunidad *Chupanky*.
- En el aspecto social, se sostuvo que debido a la relación de las comunidades aledañas con el río, sería recomendable procurar una vía de acceso directo desde sus tierras alternativas para la celebración de sus rituales.
- Los indígenas que trabajan en la construcción tienen que cumplir con extensos horarios laborales, incluso se dio un aumento de horas y carga laborales sin que se ajustara el pago proporcionalmente al trabajo extra que se estaba haciendo.
- De acuerdo a la Comunidad, todo lo anterior ha hecho que la dinámica familiar y la vida tradicional de los indígenas se vea afectada. Asimismo, consideran que las demás alteraciones sociales y ambientales sufridas como consecuencia de la construcción de la represa han afectado su integridad cultural.

¿En qué consiste la obligación de garantía del derecho a la vida en el presente caso?
¿Las condiciones de pobreza en que se encuentran en los campos provisionales vulnera el derecho a la vida digna?
¿Cómo se relacionan los impactos medioambientales y sociales del proyecto de desarrollo con el concepto de vida digna? ¿Qué relación guarda ello con el artículo 26 de la CADH?
¿Existe responsabilidad del Estado por las afectaciones a la integridad personal de los buzos?
¿En qué consiste el derecho a la integridad cultural de una comunidad indígena?
¿Es posible imputar al Estado responsabilidad por violación a la integridad personal de los familiares de personas que son víctimas de abusos en las condiciones laborales?

1. Derecho a la Vida

Derecho aplicable

Desde una interpretación literal del enunciado del artículo 4 de la CADH¹³⁵ el inciso 1 está enfocado al *deber de respeto* del derecho a la vida, y los demás incisos restringen la práctica de la pena de muerte. No obstante, al ser el artículo 4.1 interpretado en casos de grupos en situación de vulnerabilidad y en relación con el artículo 1.1 (*deber de garantía*), así como del artículo 29 de la CADH, la Corte ha desarrollado el concepto de "vida digna", dándole contenido a su interpretación a la luz de otros instrumentos nacionales e internacionales. Asimismo, "el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria"¹³⁶.

En los casos paraguayos de pueblos indígenas, derivado de la falta de su territorio ancestral, los miembros de las comunidades se encontraban en una situación de extrema pobreza con índices deplorables en sus condiciones de vida, tales como la falta de acceso al agua potable, alimentación, salud, vivienda, etc. Al respecto, la Corte desarrolló a mayor profundidad el concepto de vida digna a través de una interpretación evolutiva del derecho a la vida en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 de la CADH y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la

¹³⁵ Artículo 4. *Derecho a la vida*. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

¹³⁶ Corte IDH. *Yakye Axa*. *supra* párr.162.

Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano¹³⁷); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT¹³⁸. La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14¹³⁹.

De esta manera, la Corte en el caso *Yakye Axa* observó que en el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran está directamente vinculado con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia¹⁴⁰. Por tanto, concluyó que la privación de su derecho a la propiedad comunitaria había afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades¹⁴¹. En consecuencia, el Estado no había adoptado medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna en contravención con los artículos 4.1 y 1.1 de la CADH.

Posteriormente, en el caso *Sawhoyamaxa* el Tribunal especificó que para encontrar responsabilidad del Estado por riesgo de vida, debía éste al momento de los hechos saber sobre la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida y no tomar las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo¹⁴². En el caso *Xákmok Kásek*, en el que el Estado ya había prestado cierta asistencia humanitaria a la comunidad, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Consideró también que esta situación estaba estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros de la Comunidad, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria¹⁴³.

Con respecto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ("DESC"), la Corte ha dicho que: "si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado 'Derechos Económicos, Sociales y Culturales', se ubica también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado 'Deberes de los Estados y Derechos Protegidos' y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado 'Enumeración de Deberes'), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado 'Derechos Civiles y Políticos')" y agregó que en este sentido, que considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (Acevedo Buendía y otros Vs. Perú, párrs. 100 y 101). Por su lado la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso" (Acevedo Buendía y otros Vs. Perú, párr. 102).

¹³⁷ Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

¹³⁸ Corte IDH. *Yakye Axa*, *supra* párr. 163.

¹³⁹ *Ibid.* párr. 166, citando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Artículo 12.

¹⁴⁰ *Cfr.* U.N. Doc. E/C.12/1999/5. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20º período de sesiones, 1999), párr. 13, y U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del PIDESC, (29º período de sesiones 2002), párr. 16.

¹⁴¹ *Yakye Axa*, *supra* nota 14, párrs. 167, 168 y 176.

¹⁴² *Sawhoyamaxa*, *supra* nota 15, párr. 155.

¹⁴³ *Xákmok Kásek*, *supra* nota 19 párr. 215 y 216.

Asimismo, la Comisión Interamericana ha señalado que “la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Protocolo o bien con posterioridad a cada avance ‘progresivo’. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente”. En ese sentido determinó que existen tres tipos de indicadores que permiten inferir si hubo o no regresividad de un DESC: los indicadores estructurales (“buscan medir qué medidas dispone el Estado para implementar los derechos del Protocolo”), los de proceso (“buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos”) y los de resultado (“buscan medir el impacto real de las estrategias, programas, intervenciones del Estado”). (CIDH, Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrs. 6, 30, 31 y 32).

2. Derecho a la Integridad Personal

Derecho aplicable

a) Integridad física

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado relativa a las condiciones de trabajo de integrantes de una comunidad indígena, la Comisión Interamericana admitió la petición de *Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) v. Honduras*, respecto a la presunta violación de los derechos contemplados en el artículo 5 de la Convención Americana, entre otros. La Comisión consideró que los hechos de dicho caso se relacionan “con la supuesta responsabilidad internacional del Estado de Honduras por la falta de medidas de seguridad social, salud pública y de trabajo que garanticen el derecho a la vida y a la integridad personal de los buzos Miskitos”, lo que ha implicado la discapacidad parcial o incluso la muerte de una parte sustancial del pueblo indígena Miskitu¹⁴⁴. Asimismo, la Comisión encontró que frente a estos hechos existía igualmente una violación del artículo 26 de la Convención Americana en tanto “las condiciones laborales de los buzos Miskitos no reunirían, siquiera, las mínimas condiciones para asegurar su vida e integridad personal”¹⁴⁵.

b) Integridad – identidad Cultural

En cuanto al concepto de “integridad cultural”, cabe mencionar que en el caso *Comunidad Xákmok Kásek*, la Corte estimó que el reclamo referente a la integridad cultural, estaba supeditado al análisis de las violaciones de los artículos 4 y 21 de la Convención. En este sentido, la Corte sostuvo que la no restitución de su territorio tradicional ha afectado la identidad cultural de los miembros de la Comunidad, la cual corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. No obstante, a pesar de no haber sido declarado violado el artículo 5.1 de la CADH por haberse afectado el derecho a la integridad cultural de la comunidad, la Corte encontró violación del artículo 5.1 (integridad personal), por el sufrimiento que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad derivado de la situación general de desprotección. En este aspecto, la Corte ha señalado que la pérdida paulatina de la cultura de las comunidades indígenas produce una forma de sufrimiento que necesariamente afecta la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad. Además la Corte concluyó que “los miembros de la Comunidad *Xákmok Kásek* han sufrido diversas afectaciones a su

¹⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos)*, Honduras. Informe No. 121/09, Petición 1186-04 Admisibilidad. 12 de noviembre de 2009. Para. 48

¹⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos)*, Honduras. Informe No. 121/09, Petición 1186-04 Admisibilidad. 12 de noviembre de 2009. Para. 50

identidad cultural que se producen primordialmente por la falta de su territorio propio y los recursos naturales que ahí se encuentran”¹⁴⁶,

No obstante, respecto a la “integridad cultural”, el Artículo 8 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas sostiene que “los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. [...] Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: [...] Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica [...]”. Igualmente, el Artículo XII del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas menciona que los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras¹⁴⁷. Asimismo, el Artículo VII del Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a su integridad cultural, y a su patrimonio histórico y arqueológico, que son importantes tanto para su supervivencia como para la identidad de sus miembros”.

c) *Integridad familiar*

El artículo 17.1 de la CADH establece que “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Asimismo, el artículo 6 del Protocolo de San Salvador afirma que “Los Estados partes se comprometen [...] a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo¹⁴⁸. Asimismo, en su artículo 15 establece el derecho a la protección de la familia. según el cual, “ La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material[...] Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar[...]”¹⁴⁹. Otros instrumentos internacionales reconocen la relevancia de la protección a la familia¹⁵⁰. *Argumentos de los Representantes y del Estado*

Representantes

Respecto del *artículo 4*, los representantes podrían alegar que los miembros de la comunidad de La Loma que se encuentran en los campamentos provisionales en condiciones mínimas de

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Para. 244

¹⁴⁷ Artículo XII, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Grupo de trabajo encargado de elaborar el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08 rev. 6 corr. 1, 20 marzo 2011. Décimo tercera reunión de negociaciones para la búsqueda de consensos, Estados Unidos, Washington D.C. – del 18 al 20 de enero de 2011.

¹⁴⁸ Artículo 7, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

¹⁴⁹ Artículo 15, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”. Ver también Artículo 23.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁵⁰ El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que los “Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto”. En el artículo 10 del mismo instrumento, se establece que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”. Por último, el PIDESC agrega en su artículo 11 que los Estados “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Similares disposiciones se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en donde se establece en el artículo 23 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En sentido similar, la Corte Constitucional de Colombia ha dicho que “[...] el bien común indudablemente comprende la protección integral de la familia, y la empresa tiene entonces la obligación de reconocer la existencia del grupo familiar de sus empleados y trabajadores, y de participar en la protección integral de esas comunidades”. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-503/99, 13 de julio de 1999.

pobreza no cubren los estándares mínimos de vida digna establecidos por la Corte en el caso *Xákmok Kásek*. En este sentido el Estado ha sido el garante de éste derecho luego del desplazamiento de estas personas, sin contar con un proceso de consulta. Asimismo, el Estado ha tenido conocimiento de esta situación de miseria y desprotección de un grupo vulnerable sin brindar las condiciones necesarias para una vida digna, en razón de lo cual el Estado es responsable del deber de garantía del artículo 4.1 en relación con el artículo 26 y a la luz de los demás derechos citados del Protocolo de San Salvador. En relación con la comunidad *Chupanky* los posibles impactos socio-ambientales podrían estar vulnerando el acceso a sus recursos naturales y su vida digna.

Respecto de la *integridad de los buzos*, los representantes podrían argüir que la discapacidad parcial sufrida por los buzos en razón de la falta de equipo especializado y de calidad para realizar sus labores supone una violación del derecho a que se garantice su integridad física de conformidad con los artículos 4 y 5 de la Convención y en relación con el artículo 1.1 de la misma, en la medida que el Estado no fiscalizó ni controló a la empresa para garantizar el respeto de las condiciones de seguridad de los trabajadores de la empresa.

Respecto a la *integridad cultural*, los representantes deberán argumentar que de conformidad con una interpretación evolutiva y la interpretación más favorable, en casos de comunidades indígenas, el artículo 5 se debe interpretar en perjuicio de la integridad cultural de la comunidad y de conformidad a los instrumentos internacionales (*supra*), derivado de las múltiples afectaciones socio-ambientales en perjuicio de la comunidad *Chupanky*. En este sentido deberán desvirtuar la tesis sostenida por la Corte en el caso *Xákmok Kásek*, *supra*. Las afectaciones derivadas del proyecto recaerían en la celebración de rituales como el del Día Uno, fecha de enorme trascendencia simbólica para la comunidad, que no podrá llevarse a cabo el 21 de diciembre de 2012, la alteración en los productos de la pesca como consecuencia de la construcción de la represa. Además la pérdida de movilidad fluvial, junto con la afectación a su forma de vida estrechamente ligada al río, y el deterioro en las condiciones laborales que han alterado la dinámica de la Comunidad, violando su integridad cultural y por lo tanto la integridad psíquica y moral de los miembros de la misma en los términos del artículo 5 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Respecto de la *integridad familiar* los representantes alegarían que con motivo de los trabajos forzados y diversidad en horarios entre hombres y mujeres se ha alterado la dinámica familiar, afectando la integridad de la familia a la luz del artículo 17 de la CADH.

Estado

Respecto del *artículo 4*, el Estado podría argumentar que según el derecho de propiedad privada, el Estado tiene la potestad de expropiación, y el Estado ha cumplido con los requisitos necesarios para restringir este derecho (*supra*). Dentro de estos requisitos no se establece que el Estado tendrá que brindar viviendas complementarias a la expropiada, sino el pago de una justa indemnización. En este sentido, el Estado de buena fe ofreció tierras alternativas de buena calidad y no obstante el rechazo de las mismas por parte de algunos miembros, se les reubicó de buena fe en campamentos provisionales. Por lo que el Estado no solo ha cumplido con los requisitos esenciales, sino que ha brindado garantías adicionales para proteger a grupos de estas características. Respecto de la comunidad *Chupanky* no se reportan afectaciones a su vida digna, sino por el contrario los beneficios otorgados han pretendido mejorar sus condiciones de vida, mediante medidas progresivas como empleo, luz, alimentación, etc.

Con respecto al *derecho a la integridad de los buzos* de la comunidad, el Estado podría señalar que no tuvo conocimiento de la situación de riesgo por lo que de acuerdo a la jurisprudencia (*Sawhoyamaxa* y *Xákmok Kásek*) no se le puede imputar responsabilidad. Tampoco se denunciaron dichos hechos antes las autoridades correspondientes.

Respecto a la *integridad cultural*, el Estado deberá sostener que este no es un derecho autónomo y ya la Corte en el caso *Xákmok Kásek*, sostuvo que este reclamo, estaba supeditado al análisis

de las violaciones de los artículos 4 y 21 de la Convención. Además, que no ha sido probado que las afectaciones a la cultura de la comunidad sean de tal naturaleza que impliquen una denegación de cultura de acuerdo a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁵¹. Asimismo, el Estado puede argumentar que no hay un nexo causal demostrado entre por una parte la alteración de la pesca en la zona y el proyecto de desarrollo.

El Estado podrá argumentar que los acuerdos laborales fueron acordados por las partes y no fueron impuestos por el Estado. Asimismo, el concepto de *integridad familiar* no guarda relación con la integridad personal. El derecho a la familia está protegido por el artículo 17 de la CADH y ninguna de las partes alegó este derecho.

D. ARTÍCULO 22 DE LA CADH.- DERECHO DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA

Hechos relevantes:

- En 2006 se dictó el auto de ocupación inmediata en los territorios de *La Loma*, despojando a sus integrantes, quienes fueron reubicados en campamentos provisionales, ya que no aceptaron las tierras alternativas.
- Integrantes de la comunidad han manifestado que en dichos campamentos se encuentran bajo condiciones mínimas y que desean regresar a su lugar de origen, por lo que no aceptarán una indemnización ni tierras alternativas.
- La hidroeléctrica Cisne Negro se realiza en la zona media de la región Chupuncué, la cual permite la alteración del cauce del río con una extensión de 10 km²
- El río *Xuxani* es su vía de transporte fluvial para conectarse con las otras comunidades Rapstan al norte y sur e inclusive con la costa Este, donde pueden acudir al mercado a vender sus productos derivados de la pesca, caza t la siembra de semillas.
- El Comité Intersectorial ofreció a la Comunidad *Chupanky* otorgar tierras alternativas de mayor extensión de las actuales, y de una calidad agrícola, ubicadas a 35 kilómetros de la parte Este del río.
- El Consejo de Ancianos manifestó verbalmente al Comité que luego de la segunda etapa del proyecto convocaría a otra asamblea para decidir sobre la tercera etapa del mismo.
- En diciembre de 2008, el Consejo de Ancianos decidió vetar la continuación de las fases 2 y 3 del proyecto.
- La empres TW realizó las diligencias ante las autoridades para remover a la comunidad *Chupanky* hacia las tierras alternativas.

¿Son desplazados internos los miembros de las comunidades: a) de *La Loma*, y b) de *Chupanky*?

¿Qué medidas debió implementar el Estado: a) antes de reubicar a los miembros de *La Loma*; b) luego de su reubicación?

¿Existen afectaciones al derecho de circulación y residencia de las comunidades?

Derecho aplicable

El artículo 22¹⁵² de la Convención reconoce el derecho de circulación y de residencia. En este sentido, la Corte ha establecido que este artículo protege, entre otros: a el derecho a no ser

¹⁵¹ Naciones Unidas, CCPR, Comunicación No 671/1995, *Jouni E. Länsman y otros v. Finlandia*, parr. 10.3: "El artículo 27 establece que los miembros de las minorías étnicas no serán privados del derecho a tener su propia vida cultural. Toda medida cuyo efecto equivalga a una denegación de este derecho es incompatible con las obligaciones previstas en el artículo 27. Sin embargo, como ya observó el Comité en su dictamen sobre el caso No 511/1992, las medidas que tengan un efecto limitado en la forma de vida de las personas pertenecientes a una minoría no equivalen necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos en el artículo 27." Véase también *Jouni E. Länsman y otros*, Comunicación No 1023/2001; *Ilmari Länsman y otros*, Comunicación No. 511/1992 (también hubo consulta), y Comunicación No 760/1997, *J.G.A. Diergaardt v. Namibia*.

¹⁵² En lo pertinente, el Art. 22 establece: 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. [...] 4. El ejercicio de los

desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte¹⁵³, y b) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia¹⁵⁴.

a) *Desplazamiento interno*

En cuanto al derecho a no ser desplazado forzosamente, la Corte Interamericana ha considerado¹⁵⁵ que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas "resultan particularmente relevantes para determinar el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención"¹⁵⁶. De conformidad con dichos Principios, la Corte ha entendido¹⁵⁷ "por desplazados internos [a] las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida"¹⁵⁸. No obstante, los mencionados Principios también se refieren a los desplazamientos generados a causa de "proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial"¹⁵⁹, entre otros.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha establecido que la situación de los desplazados puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección, obligando a los Estados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de la misma, incluso *vis-à-vis* las actuaciones de terceros particulares¹⁶⁰. De este modo, es preciso señalar que los Principios Rectores establecen obligaciones para los Estados: a) de protección en contra de los desplazamientos¹⁶¹; b) de protección durante el desplazamiento¹⁶²; c) relativos a la asistencia

derechos reconocidos en el inciso 1 puede [...] ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. [...]

¹⁵³ CorteIDH. *Caso de la Masacre de Mapiroján Vs. Colombia*, párr. 188; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, párr. 207; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, párr. 139.

¹⁵⁴ El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. *Cfr. Caso Ricardo Canese*, párr. 115; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, párr. 110. O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 27 de 2 de noviembre de 1999, párrs. 1,4,5,19.

¹⁵⁵ O.N.U., Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998. *Caso de la Masacre de Mapiroján Vs. Colombia*, párr. 171; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, párr. 209, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, párr. 140.

¹⁵⁶ *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 111; *Caso de la Masacre de Mapiroján Vs. Colombia*, párr. 171, y *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, párr. 209, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, párr. 140.

¹⁵⁷ Chitay, párr. 140.

¹⁵⁸ Comisión de Derechos Humanos, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, párr. 2. E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998. *Disponible al 11 de marzo de 2012 en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/resdi/E-CN-4-1998-53-ADD-2.html>*...

¹⁵⁹ Principio Rector 6.2.c.

¹⁶⁰ *Cfr. Caso de la Masacre de Mapiroján Vs. Colombia*, párrs. 177 y 179, y *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, párr. 210; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, párrs. 140 y 142.

¹⁶¹ Sección II. Principios relativos a la protección contra los desplazamientos, Principios 5 a 9. "Principio 5: Todas las autoridades [...] respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas. Principio 6:1. Todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual. [...]. Principio 7: 1. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos. 2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia. 3. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes, se respetarán las garantías siguientes: a) la autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adoptará una decisión específica [...]."

¹⁶² Sección III. Principios relativos a la protección durante el desplazamiento. Principios 10 a 23. "Principio 18: 1. Los desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado. 2. Cualesquiera que sean las circunstancias, las autoridades competentes proporcionarán a los desplazados internos, como mínimo, los siguientes suministros o se asegurarán de que disfrutaran de libre acceso a los mismos: a) Alimentos esenciales y agua potable; b) Alojamiento y vivienda básica; c) Vestido adecuado; y d) Servicios médicos y de saneamiento esenciales. [...]."

humanitaria¹⁶³, y d) relativos al regreso, el reasentamiento y la reintegración de los desplazados¹⁶⁴. Cabe resaltar que el Principio 9 de dicho marco normativo impone a los Estados “la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma”.

En este sentido, tanto el artículo 16 del Convenio 169¹⁶⁵ de la OIT como el artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶⁶ disponen que los pueblos indígenas no serán trasladados de sus territorios sin consentimiento libre, previo e informado, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso. El Convenio 169, aclara que cuando no puedan obtener su consentimiento, el traslado se deberá de dar al término de sus procedimientos adecuados y debidamente representados.

b) El derecho a circular libremente y escoger su lugar de residencia

La Corte Interamericana ha establecido que los derechos de circulación y residencia pueden ser objeto de restricciones de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 y 30 de la Convención¹⁶⁷. De este modo, dichas restricciones deben ser expresamente fijadas por ley e impuestas únicamente en zonas determinadas, por razones de interés público. Asimismo, el Tribunal se ha referido a la Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre el derecho a la circulación (art. 12 del PIDCP), al definir el alcance de estos derechos¹⁶⁸. Por tanto, si bien la Corte no se ha pronunciado sobre los estándares referidos a continuación, cabe señalar que la mencionada Observación General No. 27 indica que los derechos de circulación y residencia podrán restringirse únicamente “para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros”. Dichas restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados, y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el PIDCP¹⁶⁹. Además, las restricciones sobre dichos derechos deberán “ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función

¹⁶³ Sección IV. Principios relativos a la asistencia humanitaria, Principios 24 a 27. “Principio 25 1. La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales.” Asimismo, el Principio 3 establece, en lo pertinente: “1. Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción. [...]”

¹⁶⁴ Sección V. Principios relativos al regreso, el reasentamiento y la reintegración, Principios 28 a 30. “Principio 28:1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. [...]. Si [la recuperación de las propiedades o posesiones de las que fueran desposeídos] es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan.”

¹⁶⁵ Convenio 169 de la OIT. Artículo 16.1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron sus traslados y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

¹⁶⁶ Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

¹⁶⁷ Cfr. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, párr. 117.

¹⁶⁸ Cfr. *Case of the Moiwana Community Vs. Surinam*, párr. 110.

¹⁶⁹ Cfr. Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, párr. 11.

protectora; debe[n] constituir [los medios] menos perturbador[es] de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”¹⁷⁰. Del mismo modo, dichas restricciones deben ser consistentes con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación¹⁷¹.

Por otro lado, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que los desalojos forzosos¹⁷² violan los derechos a la libertad de circulación y a elegir su propio lugar de residencia, entre otros¹⁷³. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del PIDESC¹⁷⁴. Así, resaltando diversas declaraciones internacionales en contra de esta práctica¹⁷⁵, dicho Comité refirió en su Observación General No. 7, sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1 del PIDESC), lineamientos a fin de “determinar las circunstancias en que son admisibles los desalojos forzosos”, así como “las modalidades de protección que se necesitan para garantizar el respeto de las disposiciones pertinentes del [PIDESC]”¹⁷⁶. De este modo, indicó que las limitaciones al derecho a la protección contra el desalojo forzoso deberán ser “determinadas por ley¹⁷⁷, sólo en la medida compatible con la naturaleza de [los derechos económicos, sociales y culturales] y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”, de conformidad con el artículo 4 del PIDESC¹⁷⁸.

Asimismo, el Comité destacó que “[a]ntes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados Partes [en el PIDESC] deber[a]n velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. [...] Cuando se considere que el desalojo está justificado, deber[á] llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando

¹⁷⁰ *Ibid.*, párr. 14.

¹⁷¹ *Ibid.* párr. 18.

¹⁷² El Folleto Informativo No. 25 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos indica que: “La práctica del desalojo forzoso consiste en despojar a las personas de su casa o tierra contra su voluntad, de un modo atribuible directa o indirectamente al Estado. Esto implica la supresión efectiva de la posibilidad de que una persona o un grupo vivan en una casa, residencia o lugar determinados, y el traslado asistido (en el caso del reasentamiento) o no asistido (cuando no se trata de un reasentamiento) de las personas o grupos desalojados a otro lugar.”

¹⁷³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Folleto Informativo 25.

¹⁷⁴ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Observación General No. 7, párrs. 13 y 14.

¹⁷⁵ Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, Vancouver, 31 de mayo a 11 de junio de 1976 (A/CONF.70/15), cap. II, recomendación B.8, párr. c) ii); Informe de la Comisión de Asentamientos Humanos sobre la labor realizada en su 11º período de sesiones, adición (A/43/8/Add.1), párr. 13; Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I (A/CONF.151/26/Rev.1(vol. I)), anexo II, Programa 21, cap. 7, párr. 9 b); Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) (A/CONF.165/14), anexo II, Programa de Hábitat, párr. 40 n), y Comisión de Derechos Humanos, resolución 1993/77, párr. 1.

¹⁷⁶ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Observación General No. 4, sobre el derecho a una vivienda adecuada (artículo 11.1 del PIDESC), párr. 18 y Observación General No. 7, párr. 2.

¹⁷⁷ “Esa legislación debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) se ajusten al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos.” Observación General No. 7, párr. 9. Asimismo, los Estados deberán implementar protecciones procesales en el contexto de los desalojos forzosos, tales como: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales”. Observación General No. 7, párr. 15.

¹⁷⁸ Según el Comité, “el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada. En esa disposición se reconoce, entre otras cosas, el derecho a la protección contra ‘injerencias arbitrarias o ilegales’ en el domicilio propio.” Observación General No. 4, párr. 18 y Observación General No. 7, párr. 8.

los principios generales de la razón y la proporcionalidad”¹⁷⁹. Además, puesto que los pueblos indígenas y las minorías étnicas y de otro tipo “se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos”, el Comité destacó la obligación adicional de los gobiernos de “velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación”¹⁸⁰.

Por otro lado, el Comité refirió que “[l]os desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”¹⁸¹. Por último, el Comité resaltó la importancia de la plena observancia de directrices en material de reubicación y/o reasentamiento, desarrolladas por organismos internacionales como el Banco Mundial o la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), “a fin de de limitar los sufrimientos humanos causados por los desalojos forzosos”¹⁸².

Alegatos de los representantes y del Estado

a) En relación con la comunidad de La Loma

Los representantes podrían alegar que los miembros de la comunidad de *La Loma* son desplazados internos de conformidad con los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la ONU, puesto que fueron trasladados forzosamente de sus tierras a campamentos de reubicación, con motivo de la represa hidroeléctrica a construirse sobre el río *Xuxani*. De este modo, podrían alegar que el Estado violó el art. 22 de la Convención, por un lado, al no protegerlos adecuadamente contra el desalojo y los desplazamientos forzosos, tomando en cuenta su condición de campesinos que mantienen un vínculo especial con el río; y por otro lado, al despojar a los integrantes de la comunidad de sus tierras y reasentarlos en campamentos provisionales bajo condiciones de pobreza (obligaciones de respeto y garantía de la CADH y de los Principios Rectores, del PIDCP, del PIDESC y, dependiendo de la línea argumentativa adoptada, del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). De este modo, podrían resaltar las obligaciones mayores de protección impuestas a los Estados frente a los desplazados internos.

El Estado podría alegar que la situación de los integrantes de la comunidad de *La Loma* no se ajusta a la definición de “desplazado interno” aceptada por la Corte Interamericana de conformidad con los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. Por otro lado, podría alegar que el desalojo de los miembros de comunidad de *La Loma* se llevó a cabo de conformidad con la ley y en la consecución de fines permitidos bajo el derecho internacional (obligaciones derivadas del art. 1.1 de CADH y del PIDCP y del PIDESC). Al respecto, el Estado podría resaltar que ofreció tierras alternativas de calidad agrícola a sus miembros, reubicó en campamentos provisionales a aquellos que no aceptaron las tierras alternativas y determinó el monto de la justa indemnización. Podría alegar, además, que los estándares internacionales de protección a los pueblos indígenas son inaplicables a la comunidad de *La Loma*, una comunidad campesina (*supra* apartado II.A.2).

b) En relación con la comunidad de Chupanky

Los representantes podrían alegar que el Estado violó el artículo. 22 de la Convención al no proteger adecuadamente a los miembros de la comunidad contra el riesgo de desalojo y los desplazamientos forzosos que sufrirán al ser reubicados a tierras alternativas a más de 35 km de

¹⁷⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Observación General No. 4, párr. 18 y Observación General No. 7, párrs. 14 y 15.

¹⁸⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Observación General No. 7, párr. 11.

¹⁸¹ *Ibid.* párr. 17.

¹⁸² *Ibid.* párr. 19.

su territorio tradicional y su río. Puesto que la comunidad *Chupanky* forma parte de un pueblo indígena con una relación especial con el río *Xuxani*, el Estado tenía la obligación especial de velar por que toda restricción a los derechos de sus miembros a la circulación y residencia se llevara a cabo de conformidad con el derecho internacional en la materia (obligación de garantía CADH, del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y del PIDESC). Asimismo, la construcción de la hidroeléctrica impide su derecho de circulación de norte a sur de su territorio en relación con las demás comunidades Rapstán y con la costa Este para comercializar sus productos. Finalmente, de ser removidos se impediría la Celebración del Día Uno en su territorio ancestral el próximo 21 de diciembre de 2012, afectando gravemente su compromiso con otras comunidades y con la tierra.

El Estado podría alegar que los miembros de la Comunidad *Chupanky* no son desplazados internos ni han sido desalojados forzosamente, ya que permanecen hasta la fecha en su territorio tradicional. Podría alegar, además, que dio adecuada protección a la Comunidad contra de restricciones a su derecho a la circulación y residencia, puesto que, antes de iniciar el proyecto hidroeléctrico, llevó a cabo procesos de consulta previa con la comunidad de conformidad con sus usos y costumbres, realizó un estudio de impacto social y ambiental, y llegó a un acuerdo con la comunidad en cuanto a su reubicación en tierras alternativas de mayor extensión y con acceso directo al río *Xuxani* y en relación con el requisito de compartir los beneficios derivados de la construcción de la represa (obligaciones derivadas del PIDCP, del PIDESC, del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). El Estado ha cumplido con todos los estándares internacionales antes referidos en inclusive e Convenio 169 de la OIT faculta el traslado, luego del proceso de consulta *supra*.

E. ARTÍCULO 8 Y 25 DE LA CADH: DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Hechos relevantes

- En noviembre de 2005 se inició el procedimiento de expropiación de los diversos propietarios de terrenos de la comunidad *La Loma*.
- En febrero de 2006 se dictó el auto de ocupación inmediata de los terrenos declarados de utilidad pública en *La Loma*, con el fin de comenzar los trabajos de preparación y saneamiento.
- En marzo de 2006, el 75% de los inconformes de la comunidad de La Loma solicitaron ante el juez civil, que se les reconocieran los estándares internacionales relativos a realizar un procedimiento de consulta previa y repartición de beneficios, así como la elaboración de estudios de impacto ambiental.
- En mayo de 2006, el juez determinó que dichos estándares eran aplicables a comunidades indígenas o tribales según los diversos instrumentos en la materia, y que la comunidad de *La Loma* no gozaba de estos derechos.
- El 9 de enero de 2009, el Consejo de Ancianos de la Comunidad *Chupanky*; a través de la ONG Morpho Azul, presentó un recurso administrativo ante la Comisión de Energía y Desarrollo (CED). Solicitaron la anulación del proyecto. Alegaron vicios en el contrato de concesión e irregularidades en el proceso de consulta y ejecución, considerando fueron contrarias a las normativas internacionales, así como afectaciones al medio ambiente.
- El 28 de abril de 2009, Morpho Azul llevó su reclamo ante el Tribunal Contencioso administrativo, el cual dictó sentencia el 10 de agosto de 2009, no haciendo lugar a las pretensiones de los miembros de la comunidad *Chupanky* por considerar que las actuaciones del Estado fueron ajustadas a la Convención Americana de Derechos Humanos.
- En enero de 2012, el Juez de lo Civil en el caso fijó el monto total de la justa indemnización en \$USD 6 por metro cuadrado por cada predio expropiado en *La Loma*, en favor de quienes no aceptaron tierras alternativas con anterioridad. Los beneficiarios de dicho pago se han opuesto nuevamente a recibirlo (hecho superviniente, respuesta aclaratoria 86).
- Procedimiento de Expropiación en La Atlantis (Ver Respuesta aclaratoria 54 y pié de página 63).
- El Estado decidió no interponer excepción preliminar sobre falta de agotamiento de recurso y decidió proceder al análisis del fondo.

1. ¿Cuáles son los estándares en la Corte Interamericana en el tema del Control de Convencionalidad?
2. ¿Cómo deben ser interpretadas las disposiciones del artículo 8 de la CADH en casos de procesos de expropiación?
3. ¿Cómo debe ser interpretado el acceso a la justicia en caso de comunidades indígenas?
4. ¿Puede decirse que en el caso concreto fue aplicado correctamente el control de convencionalidad?

Derecho aplicable

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que los Estados tienen la obligación de proporcionar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25) y estos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso que nos define el artículo 8.1 de la Convención. Todo ello, enmarcado dentro de la obligación general estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)¹⁸³.

a) Procedimiento de Expropiación

En relación con el procedimiento de expropiación, la legislación de La Atlantis establece que:

De acuerdo con el capítulo IV del Código Civil, se debe realizar tal depósito judicial, que entre otros requisitos, permite proceder a que se ordene la ocupación urgente del terreno en caso de ser necesario. También, con ello, se abre la posibilidad de buscar una solución amistosa. La parte expropiada puede disponer de tal depósito y acordar la entrega del restante. No obstante, a falta de acuerdo con el avalúo fijado, se procede al juicio de expropiación, con el objetivo de fijar el valor real y final del precio. El Juez dictará sentencia luego de rendidos los peritajes pertinentes. No se permiten incidentes en el proceso.

Cabe señalar que dicho procedimiento es análogo al marco jurídico que se presentaba en el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, y respecto del cual la Corte determinó que "teniendo en cuenta la legislación interna, el juicio de expropiación no es un procedimiento complejo, es más bien un proceso expedito. El objeto del proceso es simple, establecer el precio de un bien expropiado, en donde el juez interno es quien determina el precio del inmueble".

Para ello, la Corte aplicó el test de plazo razonable del artículo 8 de la Convención, desde la perspectiva de los siguientes criterios: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales¹⁸⁴, y d) afectaciones a la víctima. Dichos criterios deberían ser argumentados al caso concreto.

En conclusión, la Corte sostuvo la violación de los artículos 21.1 en relación con el 8 y 25 de la CADH, en razón de que si bien la expropiación se dio por razones de utilidad pública legítimas para la protección del medio ambiente, el Estado incumplió con el deber de resolver el juicio de expropiación en un plazo razonable, por lo que el recurso judicial careció de efectividad¹⁸⁵.

¹⁸³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91; y, *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 34.

¹⁸⁴ *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 166; *Caso Acosta Calderón, supra*, párr. 105; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 67; y *Caso López Álvarez, supra*, párr. 132. En lo que se refiere a la actuación procesal de las víctimas, en el presente caso la señora Salvador Chiriboga es la única persona afectada por la expropiación de su propiedad y del examen del juicio no se desprende que su actuación haya obstruido o dilatado el proceso". Chiriboga, párrs. 78, 106.

¹⁸⁵ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. párr. 117 y 118. "el Estado privó del derecho a la propiedad privada a la señora María Salvador Chiriboga por razones de utilidad pública legítimas y debidamente fundamentadas, las cuales consistieron en la protección del medio ambiente a través del establecimiento del Parque Metropolitano. Sin embargo, el Estado no respetó los requerimientos necesarios para restringir el derecho a la

Respecto de la violación del artículo 25, en votos concurrentes, los jueces Medina y Rodríguez-Pinzón, sostuvieron que en el presente caso se contó con acceso a recursos adecuados y efectivos, por lo que no se violó el artículo 25 de la CADH como complemento automático de la violación del artículo 8 de la misma¹⁸⁶.

b) Control de Convencionalidad

Con respecto al control de convencionalidad, la Corte Interamericana ha establecido que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer *ex officio* el “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁸⁷.

A nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales, la Constitución de México, con características legales similares a las del Estado de La Atlantis, establece que se incorporarán las normas de derechos humanos incluidas en tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, otorgándoles jerarquía constitucional a las normas de Derechos Humanos incluidas en tratados internacionales (artículo 1). En la resolución del expediente Varios 912/2010 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el trámite a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco Vs. México*, aquella determinó la obligación *ex officio* para los jueces mexicanos, quienes deberán fundar y motivar sus resoluciones, considerando tratados internacionales y asimismo, ordenó la transición a un sistema de control constitucional difuso, que incorporó a la justicia ordinaria a la dinámica de protección de derechos humanos definidos en los instrumentos internacionales. En dicha Resolución se señaló que los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados; no obstante, están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia. Asimismo se observan importantes desarrollos jurisprudenciales al respecto en otros países de la región¹⁸⁸.

propiedad [...] En específico, el Estado incumplió con las formas establecidas en la ley al vulnerar la protección y garantías judiciales, ya que los recursos interpuestos han excedido para su resolución el plazo razonable y han carecido de efectividad. Lo anterior ha privado indefinidamente a la víctima de su bien, así como del pago de una justa indemnización, lo que ha ocasionado una incertidumbre tanto jurídica como fáctica, la cual ha derivado en cargas excesivas impuestas a la misma, convirtiendo a dicha expropiación en arbitraria”.

¹⁸⁶ Voto Parcialmente Disidente del Juez Rodríguez Pinzón. Párr. 9. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. “He llegado a la conclusión anterior por considerar que el Artículo 8.1 y el Artículo 25.1 son disposiciones complementarias que protegen el crucial andamiaje judicial sobre el cual descansa la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención, las constituciones y otras normas nacionales. Los alegatos probados en relación a los problemas judiciales en el presente caso se refieren específicamente a la demora injustificada en la tramitación de los recursos subjetivos y el proceso de expropiación. Esta situación, en mi opinión, solo afecta el derecho al debido proceso contenido en el Artículo 8.1 que bien tuvo la Corte considerar violado. Pero esa demora no se traduce automáticamente en una violación del Artículo 25.1, que como he podido describir brevemente, se refiere a otros aspectos de la protección judicial de los derechos”.

¹⁸⁷ Corte IDH. *Almonacid Arellano vs Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124, y Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 124.

¹⁸⁸ En otros países como Argentina, los fundamentos del Control de Convencionalidad se encuentra en el artículo 75 en el cual se señala expresamente la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y hace una delimitación de qué instrumentos internacionales son los que incluye el bloque. En sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, ésta refirió que las decisiones de la Corte Interamericana son de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino y en su considerando 6 refirió que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. En el caso de Colombia, el artículo 94 de la Constitución Política da sustento al control

Argumentos de los Representantes y del Estado

Representantes

Respecto del juicio de expropiación, los representantes podrán argumentar que el juicio de expropiación careció de efectividad puesto que la justicia interna demoró más de 7 años en determinar la justa indemnización, para lo cual deberán de aplicar el test del plazo razonable. También podrán contravenir el acto de ocupación urgente con base en los estándares desarrollados en el capítulo del artículo 22 respecto al desalojo forzoso, y con ello determinar que la expropiación fue arbitraria. Por tanto, se violaron los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la CADH.

Respecto del juicio administrativo, los representantes pueden observar que el Estado La Atlantis posee un bloque de constitucionalidad que ha definido como pautas hermenéuticas la interpretación conforme y el principio *pro persona*. Asimismo, la Corte Suprema ha establecido la obligatoriedad del control de convencionalidad. En ese sentido pueden alegar que el juez nacional no aplicó adecuadamente el control de Convencionalidad requerido en violación del acceso a la justicia en los términos de los artículos 8 y 25 de la CADH.

En primer lugar, el tribunal determinó que en el presente caso la consulta “cumplió con los requisitos establecidos en la norma y que las comunidades indígenas no tenían derecho a un veto frente a este proyecto”, refiriéndose al caso del *Pueblo Saramaka Vs. Suriname*. Los representantes pueden alegar que esa interpretación del juez nacional y la referencia al caso *Saramaka* están equivocadas puesto que, contrariamente a lo afirmado por el tribunal interno, la referida sentencia de la Corte IDH señala que el Estado debía contar con el consentimiento de la Comunidad en casos de proyectos de desarrollo a gran escala, o en casos de proyectos que impliquen un desplazamiento de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas (*supra* apartado II.A.1), como sucede en el presente caso.

En segundo lugar, el tribunal interno determinó que el proceso de consulta se llevó a cabo conforme a los usos y costumbres de la comunidad, mediante la cual, la propia comunidad designó a sus autoridades y que las presuntas prácticas discriminatorias contra la mujer eran, en su caso, responsabilidad de la propia comunidad y resultado de su autonomía y libre determinación como pueblo. En este caso, los representantes puede argumentar que si bien la sentencia de *Yátama* reconoce que el derecho a la participación política incluye el derecho a “[...] participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”¹⁸⁹, dicha sentencia no se refiere al proceso de consulta previa, libre e informada. Las referencias a los requisitos de la consulta previa se encuentran en otras decisiones de la Corte¹⁹⁰.

Además los representantes pueden alegar que el juez nacional no se preocupó por llevar a cabo una interpretación armónica del derecho interamericano puesto en la misma sentencia *Yátama*, se indica que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (*supra* apartado II.A.1). Tampoco se tuvo en consideración el caso *Chitay Nech* en el cual se dispuso que el Estado, “tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que, que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio”.

de convencionalidad. En la Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional, el Tribunal determinó que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, derivándose “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.

¹⁸⁹ Corte IDH, *Yátama*, *supra*, párr. 225.

¹⁹⁰ Corte IDH, *Saramaka*, Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas, *supra*.

Por último, en lo que se refiere al caso *Aleboetoe*, los representantes pueden alegar que si bien es cierto que en dicha sentencia¹⁹¹ la Corte decidió tomar en cuenta los usos y costumbres de la Comunidad a los efectos de determinar cuáles serían los familiares de las víctimas que serían beneficiarios de reparaciones en caso *sub índice*, dado que cada víctima tenía varias esposas, también es cierto que dicha consideración de la Corte se hizo con base en los principios generales del derecho puesto que no había ninguna disposición en el ordenamiento jurídico internacional que indicara una solución a esa situación concreta. Así, se decidió adoptar los usos y costumbres de la comunidad para garantizar la mayor protección a favor de las viudas. Sin embargo, en el presente caso, ese tipo de razonamiento efectuado por el Tribunal interno en su *control de convencionalidad*, no sería consistente por dos motivos: en este caso no existe una laguna o un *no pronunciamiento* del derecho internacional en materia de no discriminación de las mujeres de la comunidad indígena (*supra* apartado II.A.1) por lo que no sería necesario un reenvío a las costumbres locales para zanjar la cuestión, y en segundo lugar, en este caso concreto el juez que lleva a cabo el control de convencionalidad debe también tener en cuenta el principio *pro persona* (artículo 29 de la CADH) a la hora de ponderar los derechos de autodeterminación de la comunidad y el derecho a la igualdad de las mujeres indígenas Chupanky.

Estado

Respecto del juicio de expropiación, el Estado deberá demostrar que cumplió con los requisitos establecidos en la CADH y el caso *Salvador Chiriboga*. Asimismo, podrá demostrar que la demora en el plazo razonable es claramente atribuible a los peticionarios y no al Estado. Por su parte el Estado intentó negociar y ofreció tierras alternativas para los miembros de la comunidad, posteriormente a la ocupación urgente se les brindaron campamentos provisionales, de conformidad con la Observación General No. 7 del Comité de Derechos ESC de la ONU. Finalmente, el juez de la causa fijó el monto de la justa indemnización, la cual se han negado a recibir. Adicionalmente, en todo caso no es procedente alegar una violación del artículo 25 de la CADH, tal como lo reconoció la CIDH en su informe de fondo y de acuerdo con los votos concurrentes de los jueces Medina y Rodríguez-Pinzón en el caso *Salvador Chiriboga*.

Respecto del juicio administrativo, el Estado puede argumentar que en el presente caso el juez nacional llevó a cabo un control de convencionalidad que tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En particular, se puede interpretar que efectivamente, el Tribunal nacional consideró el principio de *pactam sum servanda* y que la comunidad aceptó y debe completar el proyecto hasta su etapa final. Decir lo contrario sería ir en contra de la interpretación de la Convención realizada por la Corte IDH, en su jurisprudencia constante. En cuanto a la sentencia *Saramaka Vs. Surinam*, el juez no puede inferir de las disposiciones de la misma que la comunidad indígena puede vetar el proyecto en desarrollo en cualquiera de sus etapas luego de haber consentido a su ejecución (*supra* apartado II.A.1). Dicha sentencia estipula que el Estado debe contar con el consentimiento de la comunidad para llevar a cabo proyectos a gran escala (sin especificar su naturaleza), aunque no indica que la misma comunidad posea un derecho de veto en cualquiera de sus etapas.

En lo que respecta al control de convencionalidad en relación con la discriminación de la mujer indígena en el ejercicio de sus derechos políticos, el Estado puede argumentar que el Tribunal de Contencioso Administrativo ejerció un correcto control de convencionalidad en la medida que retomó el estándar internacional contenido en *Yátama*, *Saramaka*, según el cual en el proceso de consulta previa, son las mismas comunidades indígenas que eligen de acuerdo a sus usos y costumbres, las personas que las representarán en un proceso de consulta previa. Ir en contra de tal disposición, sería equivalente a violar el principio de autodeterminación de la comunidad, por lo que el proceso de consulta previa, libre e informada podría quedar viciado y el Estado violaría en consecuencia el derecho a la propiedad comunal establecido en el artículo 21 de la CADH.

¹⁹¹ Corte IDH. Caso *Aloeboetoe*, *supra*, párr. 58, 61 y 62.

Además, en lo que respecta al control de convencionalidad efectuado tomando en cuenta que en el caso *Aleboetoe*¹⁹², la Corte decidió reconocer los usos y costumbres en materia de familia por sobre lo establecido en la legislación nacional de Surinam a los efectos de otorgar una reparación más amplia a los miembros de las familias de las víctimas. Por ende es perfectamente consistente y lógico que en el presente caso el juez nacional que efectúa el control de convencionalidad llegue al mismo tipo de conclusión que la Corte interamericana y que decida proteger el principio de la autodeterminación de la comunidad indígena por encima de otros derechos individuales de los miembros de la comunidad.

III. MEDIDAS PROVISIONALES

Hechos relevantes

- Los integrantes de la comunidad “*La Loma*”, manifestaron, que a consecuencia de la construcción de la Hidroeléctrica, fueron despojados de sus tierras y actualmente se encuentran viviendo en campamentos provisionales bajo condiciones mínimas y desean regresar a su lugar de origen.
- La comunidad *Chupanky*, decidió oponerse a la continuación del proyecto, puesto que el mismo estaba ocasionando daños ambientales.
- Los integrantes de las comunidades señalaron que se había alterado la pesca en la zona como consecuencia de la construcción de la represa.
- Varios trabajadores presentaron afectaciones a su salud y manifestaron su inconformidad con las condiciones de explotación laboral.
- El 9 de marzo de 2011, la Comisión emitió su informe de admisibilidad y fondo y de conformidad con el artículo 25 de su Reglamento, solicitó al Estado la adopción de medidas cautelares, a fin de detener los trabajos de la empresa en tanto no se resuelva el asunto de fondo.
- El 9 de marzo de 2011, mediante su Informe de Fondo, la Comisión solicitó al Estado la adopción de medidas cautelares, a fin de detener los trabajos de la empresa en tanto no se resuelva el asunto de fondo.
- El 4 de octubre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte la adopción de medidas provisionales a favor de la Comunidad *Chupanky*, a fin de suspender la obra hasta que la Corte emita su decisión en el caso.

En el presente caso, ¿se cumple con los requisitos de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño a las personas necesarios para que la Corte ordene medidas provisionales a favor de la Comunidad *Chupanky*?
¿En qué consiste el carácter tutelar y cautelar de las medidas provisionales?
¿Qué tipos de medidas podría tomar la Corte en el presente caso?

Derecho aplicable

El artículo 63.2 de la Convención de de la CADH dispone que “[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes”.

Para que las medidas provisionales sean impuestas por la Corte, se requiere que el caso sea de extrema gravedad y urgencia y, para evitar daños irreparables. En ese sentido, la Corte ha señalado que, [...] el carácter de urgente de la situación objeto de la solicitud de medidas provisionales, implica que el riesgo o amenaza, involucrados sean inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata¹⁹³. Asimismo señala que “en cuanto al daño, debe existir una probabilidad razonable de que se materialice”¹⁹⁴. Además, la Corte ha señalado

¹⁹² Corte IDH. Caso *Aloeboetoe*, *supra*, párr. 58 y 61.

¹⁹³ Caso Cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros, Medidas Provisionales respecto de Panamá, Resolución de la Corte de 28 de mayo de 2010, Párr. 9

¹⁹⁴ *Ibid*, Párr. 10

que los tres requisitos establecidos en el párrafo precedente, “[...] son coexistentes y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal¹⁹⁵.”

Además, con respecto al requisito de gravedad para efectos de la adopción de medidas provisionales, la Corte ha establecido como lo señala la Convención, la misma debe ser “extrema”, es decir, que se encuentre en su grado más intenso o elevado¹⁹⁶. En cuanto al daño, debe existir una probabilidad razonable de que se materialice y no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables¹⁹⁷.

Asimismo, la Corte ha señalado que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas¹⁹⁸. El Tribunal ha señalado que “el carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inócua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas¹⁹⁹.” En cuanto al carácter tutelar, la Corte ha señalado que, “siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas²⁰⁰.”

En el caso *Mayagna Vs. Nicaragua* la Corte otorgó medidas provisionales a favor de la comunidad con el fin de proteger el territorio de ésta, inclusive frente a terceros (respecto de la explotación maderera y actividades agropecuarias), en tanto se titularan las tierras²⁰¹. El *Asunto del Pueblo Sarayaku respecto Ecuador*, hechos similares al presente caso²⁰², la Corte otorgó medidas

¹⁹⁵ Caso Rosendo Cantú y otra. Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos de México, Resolución de la Corte de 2 de febrero de 2010, párr. 10.

¹⁹⁶ Caso Cuatro comunidades indígenas Ngöbe *supra*, Considerando octavo

¹⁹⁷ *Ibid*, Considerando décimo.

¹⁹⁸ *Caso del Periódico "La Nación"*, Medidas Provisionales respecto de Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001, Considerando cuarto; *Asunto Centro Penitenciario de Aragua "Cárcel de Tocarón"*, Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2010, Considerando sexto, y *Asunto Alvarado Reyes y otros*. Medidas Provisionales respecto de México, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2010, Considerando quinto.

¹⁹⁹ *Asunto Belfort Istúriz y otros*, Medidas provisionales respecto Venezuela, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de abril de 2010, Considerando sexto; *Asunto Wong Ho Wing*, Medidas provisionales respecto de Perú, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, Considerando décimo; *Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II*, Medidas Provisionales respecto de Venezuela, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008, considerando séptimo; *Asunto de los Diarios "El Nacional" y "Así es la Noticia"*, Medidas Provisionales respecto de Venezuela, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2008, Considerando vigésimo tercero, y *Asunto Luis Uzcátegui*, Medidas Provisionales respecto de Venezuela, Resolución de la Corte de 27 de enero de 2009, considerando 19.

²⁰⁰ *Asunto Luis Uzcátegui*, *supra*, Considerando 20; *Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II*, *supra*, considerando octavo; *Asunto de los Diarios "El Nacional" y "Así es la Noticia"*, *supra*, considerando vigésimo cuarto.

²⁰¹ Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni respecto Nicaragua*. Medidas Provisionales. Resoluciones de 6-9-02 y 26- 11-07. En cuanto al carácter cautelar de la medida, ver también, el asunto *L.M respecto de Paraguay*, en el cual se dispuso la adopción de medidas en el entendido que la demora o falta de respuesta en el marco de los procedimientos de guarda y de relacionamiento que tenían lugar en Paraguay podían “implicar un daño irreparable a los derechos a la integridad psíquica, identidad y protección a la familia del niño L.M”. Por lo tanto, en ese asunto, mientras se resolvían los procedimientos judiciales tendientes a definir la situación jurídica del niño, el Tribunal consideró pertinente ordenar, “como medida provisional para evitar que los derechos del niño L.M. se vean afectados, que el Estado adopte las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para permitirle mantener vínculos con su familia de origen”. Corte IDH. *Asunto L.M. respecto de Paraguay*. Resolución de la Corte de 1 de julio de 2011, considerando 18.

²⁰² Se relaciona con la supuesta falta de protección del territorio de esta Comunidad frente a concesiones de explotación de combustible en su territorio (200,000 hectáreas de tierra, 65% territorio de la comunidad), sin que presuntamente haya existido un proceso de consulta y consentimiento de la comunidad, además de supuestas agresiones a miembros de

provisionales con el fin de que el Estado brindara protección de los derechos a la vida, integridad y libre circulación de los miembros de la comunidad, así como retirar los materiales explosivos del territorio, realizar acciones de mantenimiento a la pista aérea para garantizar dicho medio de transporte, y brindar protección frente a terceros²⁰³.

En el *Asunto de las Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros respecto Panamá*, en relación con la concesión de una hidroeléctrica²⁰⁴, la CIDH solicitó al Tribunal medidas de protección a los derechos a la vida e integridad, libre circulación, así como la suspensión de la construcciones y demás actividades de la concesión de la hidroeléctrica y proteger la relación de las comunidades con sus recursos naturales.

Al respecto, en tal caso la Corte realizó diversas gestiones para requerir información a las partes. Entre éstas solicitó a la *Defensoría del Pueblo de Panamá* un informe en el que analizará el posible impacto que tendrían sobre los derechos de las comunidades los avances en la construcción de una hidroeléctrica, así como su valoración institucional sobre los procedimientos de consulta que se habrían desarrollado²⁰⁵. El Estado brindó la información requerida y remitió información destinada a probar el cumplimiento de los estándares exigidos por la Corte en la materia; entre éstos afirmó que el 99% de las familias estaban de acuerdo con el proyecto y que se había cumplido con las indemnizaciones. Asimismo, señaló que se estaban siguiendo parámetros y recomendaciones para minimizar el impacto ambiental y giras médicas para atender quejas reiteradas respecto del polvo generado por las detonaciones y el ruido ocasionado por las sirenas²⁰⁶. Finalmente, la Corte resolvió rechazar las medidas, en virtud de que la CIDH no demostró la extrema gravedad y urgencia y planteó asuntos de fondo. No obstante, la Corte recordó su jurisprudencia en materia de concesiones y las exigencias para las restricciones legítimas del derecho a la propiedad comunal (*supra*)²⁰⁷ y consideró que varios alegatos estaban relacionados con el fondo del caso²⁰⁸.

Argumentos de los Representantes y del Estado

Los representantes deberán sustentar el pedido de la CIDH y demostrar que se cumplen con los requisitos de extrema gravedad y urgencia e irreparabilidad del daño en el caso concreto. Asimismo, que se han solicitado estas medidas en su carácter tanto cautelar, en tanto preservar la decisión de fondo, y su carácter tutelar por los derechos que están siendo violados y repercuten en la integridad personal de miembros de la Comunidad, así como la integridad cultural de la comunidad. Podrán fundamentar su pedido las medidas provisionales otorgadas en el caso *Sarayaku Vs. Ecuador*.

Además, en razón de que el caso se encuentra en conocimiento de la Corte, con fundamento en el artículo 63.2 de la CADH, los representantes podrían, de estimarlo pertinente, solicitar medidas provisionales a favor de La Comunidad de *La Loma*. Para lo cual deberán demostrar la concurrencia de los requisitos antes señalados.

Por su parte, el Estado podrá argumentar que en lo que respecta a la comunidad *Chupanky*, se realizó el procedimiento de consulta previa conforme a los estándares internacionales (Convenio

la misma y el depósito de explosivos en tierras tradicionales que habían detonado, destruyendo bosques, fuentes de agua, cuevas, ríos subterráneos y sitios sagrados, y causando la migración de animales.

²⁰³ Cfr. Corte IDH. *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador*. Resolución de la Corte 4 de febrero de 2010.

²⁰⁴ Se relaciona con la concesión por 20 años de 6,215 hs. a la empresa *AES Changuinola* para administrar el Bosque y construcción de represas hidroeléctricas, sin el supuesto procedimiento de consulta. Además, se informaba a la Corte que durante el año 2011 la represa *Chan 75* inundaría las comunidades, compuestas por 1500 y 2000 personas y otras comunidades afectadas.

²⁰⁵ Cfr. Corte IDH. *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto Panamá*. Resolución de la Corte de 28 de mayo de 2010, Visto 6.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Corte IDH. *Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto Panamá*. Considerando 18.

²⁰⁸ Asimismo, determinados aspectos alegados por la Comisión y controvertidos por el Estado, tales como la validez de los acuerdos suscritos, las restricciones a la libertad de circulación y el alcance de los reasentamientos, parecerían referidos al fondo del caso. Cualquier otro asunto debe ser resuelto en el marco del fondo del caso contencioso respectivo. Caso *Ngöbe, supra*, Considerando 13.

169 de la OIT), habiendo llegado a un acuerdo de conformidad con los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Caso *Saramaka*). Podrá fundar su argumento en el rechazo de las medidas en el asunto de Las Comunidades *Ngobe en Panamá*. Asimismo, señalar que la adopción de medidas implicaría un prejuzgamiento en cuanto al fondo.

Con respecto a la Extrema gravedad y urgencia, el Estado puede alegar que la situación de ambas comunidades, no se encuentra en su grado más intenso, más aún teniendo en cuenta que a ambas comunidades se les otorgarán tierras en mejores condiciones.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA COMUNIDAD ANTE LA CORTE

Hechos relevantes:

- Al someter el caso a la Corte, la CIDH, en aras de tutelar el interés público interamericano solicitó a la Corte, reconozca como víctimas no sólo a los miembros de la Comunidad, sino a la Comunidad indígena como tal.

Derecho aplicable

¿La CADH puede reconocer violaciones a un Pueblo Indígena como colectivo?

El artículo 44 de la CADH establece que “[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

El artículo 1 de la Convención, señala que los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades que ella consagra “a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” y que, para los efectos de la misma Convención, persona es “todo ser humano”.

En este sentido, tratándose de casos de Comunidades Indígenas, la Corte ha declarado los correspondientes derechos violados en perjuicio de los “integrantes o miembros” de la comunidad y no de la comunidad como tal²⁰⁹. Así, se ha admitido como víctimas a colectivos como es el caso de sindicatos o de pueblos indígenas y otras representaciones políticas de minorías étnicas.

En el voto concurrente del Juez Vío Grosi en el Caso de La Comunidad *Xákmok Kásek*, refiere que:

[...] aplicando lo previsto en el artículo 29.b y 29.d de la Convención, se podría concluir que, acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²¹⁰, sería procedente, por una parte, incluir en el término “persona” contenida en diversos artículos de aquella y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no solo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos, con lo que no solo se haría justicia, sino que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia.

²⁰⁹ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

²¹⁰ Voto concurrente. Párrs. 24 – 26. Agregó que, se podría, entonces, sostener que los transcritos textos internacionales, unos fuentes autónomas del Derecho Internacional, como los tratados, y otros fuentes auxiliares del mismo, como las resoluciones de órganos de organizaciones internacionales, hacen referencias a los derechos humanos de los pueblos indígenas y aún de sus miembros en tanto se trata de derechos específicos sea de esas colectividades sea de sus integrantes y, en consecuencia, distintos o diferentes a los vigentes para todo ser humano, dado que si no fuese así, no tendría sentido o no se justificaría dicha proclamación especial o peculiar a través de alguno de los instrumentos jurídicos señalados, los que precisamente procuran tener efectos jurídicos, vale decir, establecer o determinar las obligaciones jurídicas internacionales que se derivan de los derechos así proclamados.

En estos casos se genera un dilema importante frente al litigio interamericano: ¿Si el litigante a nivel interno fue la comunidad, por qué en el debate internacional debe ser una persona natural? ¿Existe o no agotamiento cuando el caso fue llevado a nivel doméstico por la comunidad? Asimismo, la mayoría de las reparaciones otorgadas por la Corte en estos casos, se destinan a favor de la colectividad. Inclusive las indemnizaciones compensatorias se ordenan a través de un fondo a favor de la comunidad.

Por otra parte la Corte ha requerido a los Estados reconocer la personalidad jurídica de las comunidades indígenas en el derecho interno. Al respecto, en el Caso *Yakye Axa*, la Corte verificó que, para la legislación paraguaya, las comunidades indígenas, han dejado de ser “una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia”. La personería jurídica, por su parte, “es el mecanismo legal que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados”²¹¹. En el Caso del Pueblo *Saramaka*, estableció que el reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho²¹².

Por otra parte, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1986, reconoce la protección especial de ciertos derechos de los pueblos indígenas en función de su ejercicio como derechos colectivos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos indígenas de 2007 considerar que los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos, entre otros.

No obstante, la interpretación tradicional ha sido corroborada por la Comisión Interamericana. En un caso relativo a la expropiación del Banco de Lima²¹³, la Comisión observó que, no tenía jurisdicción sobre los derechos de personas jurídicas, tales como compañías o, como en este caso, instituciones bancarias. En el mismo sentido, en el caso de la Tabacalera Boquerón, S.A., la Comisión señaló que la protección otorgada por el sistema interamericano de derechos humanos se limita sólo a las personas naturales, quedando fuera las personas jurídicas, ya que éstas no se encuentran protegidas por la Convención y, como tales personas jurídicas, no pueden ser víctimas de una violación de derechos humanos.²¹⁴ Asimismo, en relación con una denuncia presentada por la empresa argentina MEVOPAL, S.A., la Comisión concluyó que, al alegar dicha empresa la calidad de presunta víctima, no tenía competencia *ratione persona*, por cuanto las personas jurídicas están excluidas de la protección que otorga la Convención. En igual sentido se ha expresado en los casos *Bendeck - Cohdinsa vs Honduras*²¹⁵ y *Bernard Merens vs. Argentina*²¹⁶.

La Corte Interamericana también se ha pronunciado al respecto en el *Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*²¹⁷ y *Usón Ramírez vs Venezuela*²¹⁸, estableciendo “que el artículo 1.2 de la Convención establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos. En el caso *Cantos vs Argentina*²¹⁹, la Corte sostuvo que “los derechos y las

²¹¹ Caso *Yakye Axa*, párr. 83.

²¹² Caso del Pueblo *Saramaka*, párr. 171.

²¹³ CIDH. Informe N° 10/91 (inadmisibilidad), Caso 10.169. Banco de Lima Vs. Perú, 22 de febrero de 1999, considerando 3

²¹⁴ Cfr. Informe N° 47/97, Tabacalera Boquerón, S.A., Paraguay (18 de octubre de 1997), en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, pp. 229 y ss., párrafos 25 y 35.

²¹⁵ CIDH, Informe 106/99 Bendeck - Cohdinsa, Honduras del 27 de septiembre de 1999, párr. 20.

²¹⁶ CIDH, Informe 103199, caso Bernard Merens y familia, Argentina, 27 de septiembre de 1999, párr. 3.

²¹⁷ Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

²¹⁸ Corte IDH. Caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207. Párr. 45.

²¹⁹ Corte IDH. Caso *Cantos Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párrafos 27 y 29.

obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación”²²⁰.

Argumentos de los representantes y el Estado

Los representantes podrían argumentar que en aras de proteger el interés público interamericano, concuerda con la petición de la CIDH de reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derecho con base en los estándares antes descritos, con lo cual se guardaría coherencia entre el estándar internacional en la materia y el estándar que exige la Corte a los Estados en el derecho interno, y sería coherente con el nexo causal en las reparaciones con carácter colectivo ordenadas por la misma.

El Estado refutaría dicho argumento con base en la jurisprudencia constante de la Comisión y de la Corte de determinar como víctimas a los miembros debidamente individualizados de la Comunidad. Asimismo, de conformidad con las normas procedimentales establecidas en el Reglamento de la Corte.

V. REPARACIONES

Respecto del presente apartado, el caso pretende que los participantes comprendan los principales elementos teóricos y prácticos de sobre la reparación integral establecida por la Corte y desde la perspectiva indígena, género y ambiental. Se sugiere a los jueces verifiquen dicho conocimiento en los participantes.

Hechos relevantes:

- En su petición inicial ante la CIDH solicitaron reparaciones con perspectiva indígena y de género.
- En su informe de fondo la CIDH recomendó al Estado la implementación de diversas medidas de reparación integral tomando en cuenta las características culturales de ambas comunidades.

<p>¿Quiénes son beneficiarios de una reparación y sobre qué base de violación? ¿Existen distinciones para reparar a las comunidades afectadas? ¿En qué consiste una reparación con perspectiva indígena en el caso concreto? ¿En qué consiste una reparación con perspectiva de género en el presente caso? ¿En qué consiste una reparación con perspectiva ambiental?</p>
--

Derecho aplicable

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana²²¹, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente²²² y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria

²²⁰ La Corte concluye que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales.

²²¹ El artículo 63.1 de la Convención dispone que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

²²² *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 227, y *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 211

que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”²²³.

La Corte ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho²²⁴.

La Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición tienen especial relevancia por [la gravedad de] las afectaciones y los daños ocasionados²²⁵.

En cuanto al alcance de las reparaciones, en el tema indígena la Corte ha otorgado reparaciones integrales con carácter colectivo y de acuerdo al reconocimiento de su etnicidad. Destacan las medidas socio-económicas²²⁶, a través de programas comunitarios en beneficio de la Comunidad. Asimismo, medidas de restitución del territorio ancestral²²⁷, medidas de satisfacción en favor de la comunidad, considerando los idiomas de la comunidad²²⁸, medidas de rehabilitación²²⁹ y garantías de no repetición con repercusión en el colectivo²³⁰, entre otras.

La Corte ha otorgado reparaciones desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, así como ha ordenado

²²³ *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 62; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 227, y *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 211]

²²⁴ *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110; *Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 186, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 227

²²⁵ *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 396.

²²⁶ Como medidas socio-económicas: a) la creación de programas de desarrollo que incluyen suministro de agua potable, *supra* estructura sanitaria, implementación de proyectos educativos, habitacionales, agrícolas y de salud para la comunidad, así como electricidad; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal. Masacre Plan de Sánchez, *supra* nota 70.

²²⁷ Como *Medidas Restitutorias*: En los casos paraguayos (*supra*) la Corte ordenó al Estado la devolución del territorio tradicional de la comunidad y en su caso otorgar tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus ancestros²²⁷. En el caso *Xakmok Kásek* la Corte por primera ocasión otorgó una especie de sanción punitiva en caso de incumplimiento de los plazos ordenados para garantizar el territorio a la comunidad. La Corte dispuso que si el plazo fijado en la Sentencia venciera, o en su caso, si la prórroga otorgada venciera o fuera denegada por el Tribunal, sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, o en su caso las tierras alternativas, deberá pagar a los líderes de la Comunidad un monto determinado por cada mes de retraso. La Corte ha ordenado también velar que el territorio reclamado por la Comunidad no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares. En el caso *Mayagna*, la Corte ordenó la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional.

²²⁸ Como *Medidas de satisfacción*: a) realización de actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado; b) publicación de la Sentencia; c) dar publicidad a través de una emisora radial de amplia cobertura en la región a la Sentencia, para lo que deberá traducir este resumen a los idiomas *indígena*, y d) campañas de sensibilización de los defensores del medio ambiente y creación de monumento en memoria de defensores ambientales en un parque nacional.

²²⁹ Como *Medidas de rehabilitación*: a) mientras se entrega el territorio tradicional o las tierras alternativas, adoptar de manera inmediata, periódica y permanente medidas sobre el suministro de agua potable suficiente; la revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad; la atención médica especial a las mujeres embarazadas; la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes; la instalación de servicios sanitarios adecuados, y la dotación de materiales y recursos a la escuela para garantizar el acceso a la educación básica procurando el respeto de las tradiciones culturales y las lenguas propias; b) establecer un puesto de salud permanente y con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada; c) establecer un sistema de comunicación; d) asegurarse que el puesto de salud y el sistema de comunicación señalados se trasladen al lugar donde la Comunidad se asiente definitivamente una vez recuperado su territorio tradicional, y e) elaborar un programas de salud y tratamiento médico y psicológico.

²³⁰ Como *Garantías de no repetición*: a) adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad y b) remover obstáculos para la devolución de las tierras tradicionales.

que las investigaciones de los hechos deban contener una perspectiva de género²³¹. Adicionalmente, ha especificado la relevancia frente a una discriminación estructural, las reparaciones deben tener “una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de [violencia y discriminación]”²³². En dichos casos, por ejemplo, la Corte ordenó que “teniendo en cuenta la situación de discriminación en contra de la mujer reconocida por el Estado, es necesario que éste realice un programa de educación destinado a la población en general del [E]stado, con el fin de superar dicha situación”²³³.

Finalmente, la Corte ha ordenado la protección de los recursos naturales del territorio tradicional de la comunidad y en su caso la realización de los procedimientos de consulta y estudios de impacto ambiental²³⁴.

Argumentos de los representantes y el Estado

Ambas partes deberán referirse a las medidas de *restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, entre otras*, demostrando o desvirtuando el nexo de causalidad entre los hechos, las violaciones alegadas, los daños y las reparaciones solicitadas. Con ello se pretende que los participantes expandan sus conocimientos en el desarrollo del tema de las reparaciones con perspectiva indígena o *etno-reparaciones*, perspectiva de género y ambiental, por lo que se deberá valorar la debida fundamentación al respecto.

Los representantes deberán acreditar los daños tanto individuales, colectivos, socio-étnicos, ambientales, y de género, a fin de solicitar las medidas de reparación que consideren pertinentes en beneficio de los miembros de las respectivas comunidades. Algunas posibles medidas son:

- a. *Restitución: (Chupanky)* de su territorio ancestral en las condiciones que se encontraba anterior al proyecto; (La Loma) dependiendo la vía de argumentación que hayan establecido respecto de su derecho de propiedad, la restitución de su territorio o la justa indemnización por las tierras expropiadas;
- b. *Rehabilitación:* del territorio, así como medidas de atención médica y psicológica para los miembros de la comunidad que se han visto vulnerados en sus derechos, incluyendo la rehabilitación del tejido familiar y social;
- c. *Satisfacción:* Acto público de reconocimiento de responsabilidad y disculpas públicas para ambas comunidades (refirmando la erradicación de la política de asimilación). Publicación del resumen oficial de la Sentencia en idioma Rapstani y difusión radial en la zona;
- d. *Garantías de no repetición:* medidas positivas y de educación y de sensibilización para revertir los patrones de discriminación a la mujer tanto en las comunidades indígenas como en La Atlantis; Medidas para garantizar el acceso a la circulación en el río *Xuxani*. Realizar nuevos

²³¹ Caso Campo Algodonero; Caso de la Masacre de Las Dos Erres; Caso Inés Fernández, y Caso Rosendo Cantú. Sin embargo, en *Plan de Sánchez* la Corte no tuvo en cuenta los padecimientos sufridos por las mujeres víctimas de violaciones sexuales a la hora de fijar las indemnizaciones pecuniarias. Por su parte, en *Penal de Castro Castro*, la Corte no reconoció la necesidad de brindar medidas de asistencia especializada a víctimas de violencias sexuales y embarazadas.

²³² *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

²³³ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 543.

²³⁴ En el caso *Saramaka* respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional, c) el Estado deberá revisarlas, a la luz de la Sentencia, con el fin de “evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo”; e) “abstenerse de realizar actos que puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo”; f) garantizar el derecho de consulta y compartir beneficios de los proyectos; g) realizar estudios de impacto ambiental.

estudios de impacto ambiental y social y nuevos procedimientos de consulta; Medidas reglamentarias para proteger los recursos naturales de comunidades indígenas y campesinas, y

- e. *Indemnizaciones compensatorias*; por los daños materiales e inmateriales tanto en su territorio, como de los miembros de la comunidad, especialmente por las afectaciones a su integridad cultural y personal. Compensación por las horas extras laboradas. Dentro de los daños inmateriales se podrá argumentar el *proyecto de vida familiar y de la comunidad*²³⁵. La creación de fondos de desarrollo en favor de la comunidad.

El Estado podrá desvirtuar las reparaciones solicitadas a partir del análisis del nexo de causalidad de cada una de ellas. Especialmente, podrá hacer énfasis en la ausencia de daños de carácter colectivo y su nexo de causalidad con las violaciones alegadas y medidas solicitadas. En el presente caso el Estado cumplió con los estándares convencionales en todos sus procesos, cumpliendo inclusive con la jurisprudencia de la Corte, lo cual fue establecido mediante el control de convencionalidad en el fuero interno. Finalmente, podrá alegar que en todo caso, la mayoría de los derechos que podrían resultar violados sería en su dimensión de garantía, por lo que corresponde un estándar atenuado como medida reparación y no similar al que la Corte ha ordenado en casos de masacres o incumplimientos deliberados.

²³⁵ Ver Voto concurrente del Juez A.A. Cancado Trindade en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*; y Voto Concurrente del Juez García Ramírez en el caso *Tibi vs. Ecuador*.