

BENCH MEMO

ESPAÑOL

CONFIDENCIAL

NÚMERO

CONCURSO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 2016

Caso Edmundo Camana y otros,
Pueblos Pichicha y Orífuna contra Santa Clara

Memorando de Ley Concurso

CONFIDENCIAL

Preparado por:

Fundación para el Debido Proceso (DPLF)

Washington College of Law

American University

Washington, 2016

Tabla de Contenido

Introducción	3
I. Cuestiones de competencia y admisibilidad	4
I.1 Cuestiones generales sobre competencia	4
I.2 Competencia territorial o <i>ratione loci</i>	6
I.3 Agotamiento de los recursos internos	10
II. Cuestiones de Fondo	11
II.1 Atribución de responsabilidad extraterritorial a Santa Clara por el asesinato de miembros de la familia Camana Osorio	11
II.1.1 Estándares internacionales sobre la responsabilidad extraterritorial por violaciones derivadas de actos de empresas privadas	12
II.1.2 La obligación de proveer recursos judiciales efectivos para prevenir y reparar violaciones cometidas en el territorio de otros países.....	17
II.2 Derechos previstos en los artículos 16 y 17 de la Convención Americana	19
II.3 Consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos Pichicha y Orífuna	19
II.3.1 Estándares internacionales.....	20
II.3.2 Artículo 26 de la Convención Americana	28
II.3.3 Derecho al agua.....	29
III. Medidas de reparación y petitorio	31
Bibliografía	32

Introducción

El caso del Concurso Interamericano de Derechos Humanos de 2016 busca estimular el debate en torno a violaciones de derechos humanos derivadas de actos de empresas extractivas que se favorecen de ciertas decisiones y políticas de sus países de origen. El caso aborda asimismo la competencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para pronunciarse sobre la responsabilidad extraterritorial de países de origen de una empresa extractiva; el deber proveer remedios judiciales efectivos por parte de tales países; el derecho al agua; y el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

En las últimas décadas, los órganos supranacionales de derechos humanos han desarrollado estándares sobre la atribución de responsabilidad a los Estados en virtud de actos de particulares. Aunque la mayoría de esos estándares se relacionan con violaciones perpetradas por individuos organizados bajo una lógica paraestatal (*v.g.*, grupos paramilitares), ha habido desarrollos recientes sobre la conducta de otras categorías de particulares, incluyendo empresas, que se favorecen de acciones u omisiones estatales. Ante la ausencia de un tratado internacional dirigido a regular las violaciones cometidas por empresas, han sido los órganos supranacionales de derechos humanos, sobre todo en el ámbito de las Naciones Unidas, los que han interpretado los instrumentos vigentes con el fin de abordar las obligaciones de los Estados de origen de las empresas. El caso de 2016 busca recoger parte de los debates sobre el alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos cuando lo que está en juego son violaciones cometidas por una empresa transnacional en el territorio de un país en vías de desarrollo donde impera la impunidad, y cuando el acceso a la justicia en el país de origen de dicha empresa es limitado.

Los autores del caso son conscientes del desafío que implica para los y las participantes del concurso debatir sobre un tema aún incipiente en el Derecho Internacional. Sin embargo, confiamos en que la academia es un espacio privilegiado para discutir soluciones jurídicas a fenómenos sociales que impactan la vida de tantos seres humanos. Es el caso de los conflictos sociales y las graves violaciones de derechos humanos que han tenido lugar en América Latina debido a la extracción a gran escala de recursos naturales. Sobran ejemplos de proyectos extractivos llevados a cabo en desmedro del territorio de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de la integridad personal de líderes sociales y defensores del medio ambiente. Lamentablemente, mientras las empresas extractivas cuentan con amplios mecanismos de solución de controversia amparados en tratados de inversión y de libre comercio, las víctimas de violaciones a derechos humanos cometidas por sus actividades siguen contando con un limitado acceso a la justicia, tanto en ámbito doméstico como internacional.

Como ex participantes del concurso interamericano, nos sentimos honrados en poder contribuir a su 21ª edición. Esperamos que los y las participantes profundicen su conocimiento sobre el Sistema Interamericano y sean incentivados/as a abrazar los derechos humanos como profesionales y personas que nutren una especial sensibilidad por esta causa.

I. Cuestiones de competencia y admisibilidad

Uno de los aspectos más importantes del caso tiene que ver con la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para conocer violaciones ocurridas en el territorio de la República de Madrugá, pero cuya responsabilidad se atribuye a Santa Clara. Hay al menos dos hechos que, si bien han tenido lugar en el territorio del primer Estado, su comisión fue antecedida de actos y omisiones del Estado de Santa Clara. El primero es el asesinato, ocurrido el 12 de diciembre de 1994, en perjuicio de integrantes de cuatro integrantes de la familia Camana Osorio. El segundo es el asesinato de Lucía Camana Osorio, el 10 de diciembre de 2002. Los hechos del caso no son conclusivos sobre la autoría material e intelectual de los asesinatos, pero hay varias evidencias de la participación del grupo armado ilegal conocido como “Los Olivos”. Las actividades delictivas de dicho grupo en el norte de Madrugá han beneficiado a empresas mineras de Santa Clara. Según los hechos del caso, la conformación de los grupos armados ilegales conocidos como milicias, al norte de Madrugá, remonta a políticas y decisiones de autoridades del Estado de Santa Clara, durante la primera mitad del siglo XX.

Los representantes de las presuntas víctimas deberán argumentar que la Corte IDH posee competencia para conocer los alegatos sobre la responsabilidad de Santa Clara por los hechos acaecidos en Madrugá, en tanto existen acciones y omisiones del primer Estado que contribuyeron para la violación de disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). A su vez, los representantes del Estado deberán desvirtuar el vínculo entre políticas estatales y actos de agentes de Santa Clara con los asesinatos de integrantes de la familia Camana Osorio.

Tal como será explicado más adelante, bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un Estado puede ser responsabilizado internacionalmente cuando la conducta de uno de sus agentes infringe la disposición de un tratado internacional de derechos humanos. Los casos de violaciones cometidas en un territorio distinto al del Estado denunciado son excepcionales y suelen darse en dos supuestos: i) control efectivo de un territorio extranjero, y ii) cuando el Estado denunciado ejerce autoridad sobre las víctimas de violación (por ejemplo, las llamadas rendiciones extraordinarias – *extraordinary renditions*). Los hechos del caso trascienden los referidos supuestos, por lo que los y las participantes deben dominar conceptos básicos de Derecho Internacional Público, tales como jurisdicción y atribución de responsabilidad internacional. Asimismo, deben establecer analogías entre los hechos del caso con precedentes de responsabilidad extraterritorial encontrados en el SIDH y en otros sistemas supranacionales de derechos humanos.

I.1 Cuestiones generales sobre competencia

Aunque ni la CADH, ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte IDH establecen que la competencia es un requisito para el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, el análisis en torno a dicho requisito se deriva de los principios generales del Derecho Internacional. A diferencia de los requisitos de admisibilidad señalados en los artículos 46 y 47 de la CADH, cuyo análisis depende de la presentación de excepciones preliminares, la Corte IDH suele examinar de oficio su competencia, al margen de los argumentos de defensa deducidos por el Estado denunciado. En el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, por ejemplo, aunque el Estado no había presentado

excepciones preliminares, la Corte IDH subrayó de oficio que no poseía competencia temporal para pronunciarse sobre hechos ocurridos antes de la ratificación de la CADH por parte de Surinam¹.

La Corte IDH ha declinado el análisis sobre su competencia temporal solamente cuando el Estado demandado realiza un reconocimiento expreso de responsabilidad sobre los hechos acaecidos antes de la aceptación de la jurisdicción contenciosa del tribunal². Con relación a las competencias personal, territorial y en razón de la materia, que serán explicadas en los párrafos siguientes, la Corte IDH ha hecho un análisis de oficio, al margen de la presentación de excepciones preliminares por parte del Estado denunciado.

Para que una petición presentada en los términos del artículo 44 de la CADH³ pueda ser conocida por la Corte IDH, es necesario que las presuntas víctimas sean personas naturales⁴ (competencia *ratione personae*) y que los hechos alegados guarden relación con obligaciones derivadas de un tratado ratificado por el Estado demandado (competencia *ratione materiae*). Asimismo, los hechos deben haber ocurrido con posterioridad a la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH (competencia *ratione temporis*). Finalmente, en la petición se debe alegar violaciones que tuvieron lugar dentro del territorio de un Estado parte (competencia *ratione loci*). Dicha regla general sobre la competencia territorial o *ratione loci* admite algunas excepciones que habilitan los órganos supranacionales de derechos humanos a conocer hechos ocurridos en el territorio de un país distinto al denunciado, pero cuya comisión se atribuye a sus acciones u omisiones.

Tal como se desprende de los hechos del caso, Santa Clara ha presentado la excepción preliminar de falta de competencia territorial antes de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitiera su informe de admisibilidad. Se espera de los equipos representantes del Estado la presentación, tanto en el memorial escrito como en los argumentos orales, de la excepción preliminar de falta de competencia territorial por parte de la Corte IDH.

Antes de profundizar los argumentos relacionados con la competencia territorial, es importante mencionar que el análisis sobre la excepción preliminar tiene matices distintos al análisis sobre la atribución de responsabilidad a Santa Clara. Aun cuando la Corte IDH llegara a concluir que posee competencia territorial para conocer los hechos del caso, ello no conduce automáticamente a la responsabilidad internacional de Santa Clara. En este sentido, el debate sobre la competencia territorial debe ser complementado con una explicación ulterior sobre los criterios de atribución de responsabilidad internacional por los asesinatos del 12 de diciembre de 1994 y del 10 de diciembre de 2002.

1 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 Serie C No. 309, párr. 128.

2 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 30.

3 Dicho artículo señala 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.”

4 El artículo 1.2 de la Convención Americana establece que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Los órganos del SIDH han buscado ampliar el alcance de dicha disposición cuando la afectación a personas naturales se deriva de conductas estatales en perjuicio de personas jurídicas. Tales supuestos no son relevantes para los hechos del caso, por lo que hacemos una mención meramente referencial al Informe de Admisibilidad N° 72/11 de la CIDH, Petición 1164-05, *William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, 31 de marzo de 2011, párrs. 31 a 40.

I.2 Competencia territorial o *ratione loci*

Uno de los precedentes que abordan la competencia territorial de forma más detallada en el SIDH es el Informe de Admisibilidad No. 112/10, publicado por la CIDH en octubre de 2010. Se trata de una petición interestatal, en la que Ecuador alegó la responsabilidad de Colombia por la presunta ejecución extrajudicial de Franklin Guillermo Aisalla Molina, en el marco de un operativo militar colombiano en el territorio del primer país. Al pronunciarse sobre la excepción preliminar deducida por Colombia, la CIDH analizó la obligación general de proteger y garantizar los derechos humanos contenida en el artículo 1.1 de la CADH, y subrayó lo siguiente:

Los antecedentes históricos de la redacción de la Convención no indican que las partes tuvieron la intención de otorgarle un significado especial al término “jurisdicción”. Los trabajos preparatorios de la Convención Americana demuestran que el texto inicial del artículo 1.1 establecía que: “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción [...]”.

Al momento de adoptar la Convención Americana la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos optó por suprimir la referencia al territorio y establecer la obligación de los Estados partes de la Convención a respetar y garantizar los derechos allí reconocidos a todas las personas sometidas a su jurisdicción. De esta manera, se amplió el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana, en la medida en que los Estados no sólo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen imputables dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero dentro de una esfera en la que ejerzan jurisdicción⁵.

Antes del Informe de Admisibilidad No. 112/10, la CIDH ya había mantenido la posición de que la definición de jurisdicción no tiene una base exclusivamente territorial. En el caso *Coard y otros vs. Estados Unidos*, por ejemplo, la CIDH había manifestado que, bajo ciertas circunstancias, la competencia del órgano supranacional para conocer actos ocurridos fuera del territorio del Estado demandado se encuentra amparado en el Derecho Internacional⁶. El caso *Coard y otros* se refiere a la detención e incomunicación de ciudadanos de Grenada durante la ocupación militar llevada a cabo por tropas estadounidenses, en octubre de 1983. En el caso *Armando Alejandro Jr. y otros vs. Cuba*, la CIDH mantuvo una posición similar, al indicar que bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cada Estado está obligado a respetar los derechos de las personas que se encuentren en su territorio, así como de aquellas personas sujetas al control de sus agentes⁷.

5 CIDH. Informe No. 112/10, Admisibilidad, Petición Interestatal PI-02, *Franklin Guillermo Aisalla Molina* (Colombia - Ecuador), 21 de octubre de 2010, párrs. 89 y 90. Subrayado añadido a la versión original. Las referencias internas a la cita han sido suprimidas.

6 CIDH. Informe No. 109/99, Fondo, Caso 10.951, *Coard y otros vs. Estados Unidos*, 29 de septiembre de 1999, párr. 37.

7 CIDH. Informe No. 86/99, Fondo, Caso 11.589, *Armando Alejandro Jr. y otros vs. Cuba*, 13 de abril de 1999.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos⁸, el Comité de Derechos Humanos (también conocido como Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP) ha establecido que:

Los Estados Partes están obligados por el párrafo 1 del artículo 2 [del PIDCP] a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte [...]. El disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida [...]. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla⁹.

Es importante subrayar que el artículo 2.1 del PIDCP¹⁰ posee un fraseo más restrictivo que su homólogo, el artículo 1.1 de la CADH, en lo que se refiere al alcance territorial de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos. Pese a lo anterior, el Comité de Derechos Humanos de la ONU posee una interpretación bastante similar a la de los órganos del SIDH. Ambos sistemas consideran que la competencia *ratione loci* no se limita al territorio del Estado demandado, abarcando asimismo violaciones cometidas a través del control territorial o del ejercicio de autoridad sobre las víctimas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido que el término “jurisdicción” no se confunde con el de territorio, extendiéndose también a actos que produzcan efectos fuera del territorio del Estado denunciado¹¹. En el caso *Loizidou vs. Turquía*, el TEDH determinó que el Estado demandado ejercía jurisdicción en aquellos territorios sobre los cuales ejercía control efectivo, por medio de una ocupación militar:

8 Vale recordar que la validez de la jurisprudencia de otros órganos supranacionales se deriva, entre otros, del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dicha disposición establece las fuentes de Derecho Internacional Público, entre las cuales se encuentran “las decisiones judiciales”. Son varias las sentencias de la Corte IDH que hacen mención a precedentes de otros sistemas supranacionales de derechos humanos y de la propia Corte Internacional de Justicia.

9 Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación General No. 31, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 225 (2004), párr. 10.

10 Dicha disposición establece que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

11 TEDH. *Drozd y Janousek vs. Francia y España*, Sentencia de 26 de junio de 1992, párr. 91. Véase también las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos con relación a la admisibilidad de las peticiones 1611/62, *X vs. República Federal de Alemania*, 25 de septiembre de 1965; Petición 6231/73, *Hess vs. Reino Unido*, 28 de mayo de 1975; Peticiones 6780/74 y 6950/75, *Chipre vs. Turquía*, 26 de mayo de 1975; Peticiones 7289/75 y 7349/76, *X y Y vs. Suiza*, 14 de julio de 1977; Petición 9348/81, *W. vs. Reino Unido*, 28 de febrero de 1983.

Al respecto, el Tribunal recuerda que, aunque el artículo 1 establece límites al alcance de la Convención, según esta disposición el concepto de “jurisdicción” no se restringe al territorio nacional de las Altas Partes Contratantes. [...] La responsabilidad de las Partes Contratantes puede verse involucrada por actos de sus autoridades, ya sea que se lleven a cabo dentro o fuera de sus fronteras nacionales, que produzcan efectos fuera de su propio territorio [...]

Teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención, la responsabilidad de una Parte Contratante puede surgir también cuando como consecuencia de una acción militar – ya sea legal o ilegal – ejerce control efectivo de un área fuera de su territorio nacional. La obligación de garantizar en dicha área, los derechos y libertades consagradas en la Convención, deriva del hecho de tal control, ya sea ejercido directamente a través de sus fuerzas armadas, o a través de una administración local subordinada¹².

En el caso *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*, el TEDH reiteró que, bajo el Derecho Internacional, el significado de “jurisdicción” no es exclusivamente territorial¹³. Dicho precedente es importante, en tanto excluyó el alcance de la jurisdicción del TEDH sobre hechos ocurridos en un espacio geográfico donde no se aplicaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en donde no había un control efectivo por parte de los Estados internacionalmente denunciados. *Bankovic y otros* se refiere a la muerte de Ksenija Bankovic y otras personas durante un bombardeo en la ciudad de Belgrado, ex Yugoslavia, por parte de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Los peticionarios alegaron la responsabilidad internacional de Bélgica y otros 16 países europeos, miembros de la OTAN. El TEDH declaró el caso inadmisibile al considerar que este tipo de operativo militar no constituía control efectivo del territorio en cuestión¹⁴. En esta línea, concluyó que no poseía competencia para conocer un bombardeo aéreo en el territorio de un país que no es parte del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Hay al menos dos párrafos de la sentencia emitida en el caso *Bankovic y otros* cuyo racional podría apoyar el argumento de los equipos. El primero tiene que ver con la regla general de ejercicio de jurisdicción extraterritorial por parte de un Estado miembro del Convenio Europeo:

En resumen, la jurisprudencia del Tribunal demuestra que el reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado parte es excepcional: el Tribunal lo ha hecho cuando el Estado demandado, a través del control efectivo del territorio concernido y de sus habitantes, en virtud de una ocupación militar o del consentimiento, invitación o aquiescencia del Gobierno del referido territorio, ejerce todos o algunos de los poderes públicos normalmente ejercido por dicho Gobierno¹⁵.

El segundo párrafo guarda relación con el vínculo entre la conducta de agentes diplomáticos de un Estado que contribuye a la violación de derechos humanos en el territorio de un tercer país. Dicho párrafo puede ser útil sobre todo para los representantes de las presuntas víctimas, al fundamentar el vínculo entre el asesinato de integrantes de la familia Camana Osorio y las reuniones entre el

12 TEDH. *Loizidou vs. Turquía*. Sentencia de 23 de marzo de 1995, párr. 62.

13 TEDH. *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*. Sentencia de 12 de diciembre de 2001, párrs. 59-61.

14 TEDH. *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*. Sentencia de 12 de diciembre de 2001, párrs. 74 y 80.

15 TEDH. *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*. Sentencia de 12 de diciembre de 2001, párr. 71. Traducción libre.

Agregado Militar Adjunto de la Embajada de Santa Clara en Madrugá, señor David Nelson, con integrantes de la milicia Los Olivos, presuntos responsables de los referidos asesinatos. El párrafo de la sentencia del caso *Bankovic y otros* relacionado con este alegato es el siguiente:

[el] Tribunal nota que otros supuestos reconocidos de ejercicio de la responsabilidad extraterritorial por un Estado incluye actividades de sus agentes diplomáticos o consulares en el extranjero y de la tripulación de embarcaciones registradas o que utilizan la bandera de dicho Estado. En tales situaciones, el derecho internacional consuetudinario y disposiciones convencionales han reconocido el ejercicio de jurisdicción extraterritorial por parte del Estado concernido¹⁶.

En el caso *Issa vs. Turquía*, el TEDH se apartó de la posición más restrictiva sostenida en *Bankovic y otros*, al manifestar que el Convenio Europeo impone a los Estados parte la obligación de no cometer violaciones en el territorio de otros países¹⁷. En dicho caso, el TEDH dio por probado que Turquía había ejercido control efectivo sobre una porción del territorio de Chipre. Si bien la ejecución de las víctimas del caso no había ocurrido durante un operativo militar turco, el TEDH concluyó que la ocupación efectiva de parte del territorio de Chipre había contribuido a la violación de diferentes disposiciones convencionales. A diferencia de *Bankovic y otros*, tanto Chipre, como Estado donde geográficamente ocurrieron las violaciones, como Turquía, como país demandado, son parte del Convenio Europeo.

Ahora bien, pese a que los hechos del caso hipotético no reflejan ninguno de los supuestos tradicionales de jurisdicción extraterritorial, hay diferentes elementos que pueden fortalecer el argumento de los representantes de las presuntas víctimas respecto de la competencia territorial de la Corte IDH. En primer lugar, la conformación de los grupos milicianos que participaron del asesinato de miembros de la familia Camana Osorio está directamente vinculada a políticas y decisiones de agentes del Estado de Santa Clara durante la primera mitad del siglo XX¹⁸. Estrictamente, tales grupos no son paramilitares que actúan bajo la aquiescencia o tolerancia de la República de Madrugá, asemejándose más bien a bandas criminales. En segundo lugar, de los hechos del caso se desprenden ciertas acciones de agentes del Estado de Santa Clara que pudieron haber contribuido a la comisión del asesinato de miembros de la familia Camana Osorio. Entre tales acciones, destacan las reuniones sostenidas por David Nelson, Agregado Militar Adjunto de Santa Clara, con miembros del grupo miliciano Los Olivos, presuntos responsables de los asesinatos¹⁹. Destacan igualmente las concesiones de préstamos públicos subsidiados a empresas mineras que se favorecen de la acción ilegal de los grupos milicianos en el norte de Madrugá; así como una política externa dirigida a defender los intereses de dichas empresas, sin las debidas salvaguardias en materia de derechos humanos²⁰.

Finalmente, los representantes de las presuntas víctimas pueden hacer hincapié en que la legislación de Santa Clara restringe la posibilidad de que las violaciones cometidas por filiales extranjeras de empresas con sede en dicho país, sean civilmente demandadas. Asimismo, pueden alegar que los

16 TEDH, *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*. Sentencia de 12 de diciembre de 2001, párr. 73. Traducción libre.

17 TEDH, *Issa y otros vs. Turquía*. Sentencia de 16 Noviembre de 2004, párr. 71.

18 Véanse párrafos 12 a 14 de los hechos del caso.

19 Véase el párrafo 25 de los hechos del caso.

20 Para un análisis sobre el particular, véase *Repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Informe a la Asamblea General de la ONU, 2015. <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/informes-anales/93-report-ga-2015>

nacionales de Santa Clara involucrados en las acciones ilegales de grupos milicianos con presencia en Madruga gozan de un blindaje legal y hasta diplomático, que consolida la impunidad en torno al asesinato de miembros de la familia Camana Osorio. Aunque la discusión sobre la eventual obligación de Santa Clara de modificar sus políticas y marcos legislativos corresponde a los alegatos sobre el fondo, se espera que los equipos aborden esta cuestión a los fines de fundamentar la competencia territorial de la Corte IDH.

I.3 Agotamiento de los recursos internos

Según la jurisprudencia de la Corte IDH, un Estado puede renunciar en forma expresa o tácita la invocación del requisito de agotamiento de los recursos internos, previsto en el artículo 46.1.a) de la CADH²¹. Para que sea oportuna, la excepción debe plantearse en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la CIDH. De no hacerlo, se presume que el Estado ha renunciado su argumento de defensa, precluyendo así la posibilidad de presentarlo en las etapas posteriores del trámite del caso ante la Corte IDH²².

De conformidad con la sección V de los hechos del caso, Santa Clara no presentó la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos ante la CIDH. Pese a lo anterior, hay al menos un hecho que podría conllevar a un debate sobre el agotamiento indebido de los recursos internos. Según el párrafo 40 de los hechos del caso, la acción constitucional de amparo presentada por el señor Ricardo Manuín para proteger derechos fundamentales del Pueblo Pichicha fue declarada improcedente. Al fundamentar dicha decisión, la Corte Suprema de Justicia de Santa Clara consideró que la acción de amparo no era la vía idónea para plantear pretensiones de naturaleza indemnizatoria. De esta forma, los representantes del Estado podrán alegar que las presuntas víctimas incurrieron en la causal de agotamiento indebido de los recursos internos. Pero en caso de hacerlo, deberán justificar las razones por las que la Corte IDH debería modificar su jurisprudencia respecto del momento procesal oportuno para evaluar el requisito de admisibilidad previsto en el artículo 46.1.a) de la Convención. A su vez, se espera que los representantes de las presuntas víctimas sepan contra argumentar los argumentos del Estado, enfatizando que Santa Clara renunció tácitamente su derecho a presentar la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, en tanto no invocó dicho argumento de defensa ante la CIDH.

21 Dicha disposición establece lo siguiente:

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos [...].

22 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moivana vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 49; y *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párr. 135.

II. Cuestiones de Fondo

II.1 Atribución de responsabilidad extraterritorial a Santa Clara por el asesinato de miembros de la familia Camana Osorio

Dado que los hechos del caso no reflejan una situación de control efectivo de territorios ubicados en la República de Madrugá, ni de ejercicio de autoridad sobre las víctimas fallecidas, el debate en torno a la responsabilidad extraterritorial de Santa Clara requiere el dominio de ciertos elementos fácticos y la capacidad de deslindar sus consecuencias jurídicas. Es importante que los representantes de las presuntas víctimas argumenten que el Estado de Santa Clara tenía conocimiento del contexto de ejecuciones de líderes sociales al norte de Madrugá, y que pudo haber creado salvaguardias a la concesión de préstamos subsidiados a empresas involucradas o en todo caso favorecidas por este contexto de violencia en el país vecino. Asimismo, deben argumentar que ciertas conductas de agentes de Santa Clara y las políticas de dicho país frente a empresas mineras que actúan en el extranjero contribuyeron a la consumación de violaciones de derechos humanos en Madrugá. Tal como se explicará más adelante, esta posición conduce al incumplimiento de la obligación tanto de proteger como de respetar los derechos de los integrantes de la familia Camana Osorio.

A su vez, los representantes del Estado deberán argumentar que los hechos del caso no permiten establecer ningún tipo de vínculo entre conductas de agentes de Santa Clara ni de sus políticas de fomento a la inversión extranjera con los asesinatos de miembros de la familia Camana Osorio. Aunque la autoría material de dichos asesinatos recae sobre miembros de grupos milicianos ilegales, no hay una sentencia judicial firme, ni en Santa Clara ni en Madrugá, que determine la responsabilidad penal de agentes del primer Estado. El hecho de que el agente diplomático David Nelson haya sostenido reuniones con integrantes de Los Olivos podría ser abordado como un acto *ultra vires*, sin que se haya determinado judicialmente su participación directa en violaciones a derechos humanos en Madrugá.

Se espera que los representantes del Estado sostengan que, bajo los estándares internacionales vigentes, los actos de empresas privadas no son atribuibles a los países donde se ubican sus casas matrices. Podrían afirmar asimismo que la utilización de los tribunales de Santa Clara como una instancia paralela a la de otros países vulnera la prohibición de *ne bis in idem* en torno a hechos que ya fueron perseguidos en Madrugá. Por otro lado, constituye una injerencia indebida en la administración de la justicia por parte de las autoridades competentes de Madrugá, perjudicando así las relaciones diplomáticas con dicho país. Finalmente, los representantes del Estado podrían sostener que la insatisfacción de los familiares de las personas asesinadas en Madrugá puede ser planteada ante los órganos del SIDH, pero contra la República de Madrugá, a la luz de sus obligaciones internacionales.

A continuación se expondrán los principales estándares de los órganos supranacionales de derechos humanos e instrumentos de *soft law* que, aunados al posicionamiento de los órganos del SIDH, permiten examinar la responsabilidad de Santa Clara por las violaciones derivadas de actividades de sus agentes y empresas que operan en Madrugá.

II.1.1 Estándares internacionales sobre la responsabilidad extraterritorial por violaciones derivadas de actos de empresas privadas²³

Hasta la fecha, el resultado más palpable de las discusiones en los foros intergubernamentales sobre violaciones derivadas de actos de empresas son los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 2011. En junio de 2014 se creó un grupo de trabajo al interior del referido Consejo, cuyo mandato consiste en proponer el texto de un tratado vinculante sobre “las empresas y transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”²⁴. Pese a la importancia de esos desarrollos en los órganos políticos de la ONU, han sido sus relatorías temáticas y órganos de aplicación de tratados de derechos humanos los que han contribuido de forma más pronunciada al debate sobre empresas y derechos humanos. Uno de los aspectos más importantes de dicho debate es la responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen de las empresas que cometen violaciones, ya sea directamente o por medio de políticas corporativas condescendientes con las violaciones cometidas por sus subsidiarias en terceros países.

Como regla general, las disposiciones de los instrumentos interamericanos que regulan las obligaciones de respeto y garantía²⁵ de los derechos humanos siguen un léxico similar a las de otros sistemas regionales y a las del sistema universal. Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no contiene una cláusula general sobre las obligaciones de respeto y garantía. Tales cláusulas generales se convirtieron en tendencia en los instrumentos de derechos humanos sobre todo a partir de la década de 1960. Es así que mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) contienen disposiciones introductorias con un fraseo específico sobre las referidas obligaciones, el artículo primero del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) es mucho más acotado, haciendo alusión solamente al deber de respeto, omitiendo la palabra “garantía”.

Al margen del lenguaje utilizado en los respectivos instrumentos internacionales, los órganos supranacionales de derechos humanos han abordado las obligaciones estatales a partir de tres elementos principales: respetar, proteger y garantizar. La obligación de respetar se remonta al paradigma del constitucionalismo liberal de la primera mitad del siglo XIX, en el que los gobiernos debían abstenerse de violar las libertades fundamentales de sus ciudadanos. Progresivamente, esa acepción abstencionista fue complementada con la obligación de proteger y garantizar los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales. En esta línea, el paradigma

23 Parte de dicha sección ha sido extraída de Daniel Cerqueira, *La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos*. In: AportesDPLF No. 20, año 8, agosto de 2015, págs 14-17. Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes2020_web_final_0.pdf

24 Para un análisis más detallado sobre las discusiones relacionadas con el tema empresas y derechos humanos en los órganos políticos de la ONU y de la Organización de Estados Americanos véanse Carlos López, *Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco jurídico internacional* & Katya Salazar, *Empresas y Derechos Humanos: ¿un nuevo desafío para la OEA?* In: AportesDPLF No. 20, año 8, agosto de 2015. Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes2020_web_final_0.pdf

25 El deber de garantía se refiere a la obligación estatal de prevenir, investigar y sancionar la violación de derechos humanos, así como proveer los mecanismos de reparación correspondientes.

abstencionista se expandió hacia la obligación estatal de tomar medidas positivas, legislativas, judiciales o de otra índole, con el fin de brindarle eficacia a los derechos humanos²⁶.

En el ámbito constitucional, la doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte* pasó a sostener el deber de protección y garantía de los derechos fundamentales no solo en la relación Estado-individuos, sino entre particulares. Desarrollada a finales de la década de 1950 por el Tribunal Federal Constitucional alemán, dicha doctrina influenciaría el Poder Judicial en varios Estados fundados en constituciones sociales de derecho. En el ámbito internacional, mientras el TEDH asimiló implícitamente la doctrina del *Drittwirkung* desde la década de 1980²⁷, los demás órganos supranacionales emplearían una doctrina bastante similar décadas más tarde²⁸.

En el SIDH, la CIDH ha reconocido que el deber de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares se desprende tanto de la Convención²⁹ como de la Declaración Americana³⁰. El carácter *erga omnes* de las obligaciones de proteger y garantizar los derechos humanos se encuentra presente en la jurisprudencia de la Corte IDH desde sus primeras decisiones³¹, habiendo sido ampliada en la decisión sobre el caso Blake vs. Guatemala³². En la Opinión Consultiva Nro. 18/03, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes³³, la Corte IDH se refirió de manera expresa al llamado “efecto horizontal de los derechos humanos” al evaluar la obligación que tienen los Estados de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en la relación entre empleadores y trabajadores migrantes. De lo anterior se desprende que los Estados partes del SIDH tienen la obligación de adoptar medidas positivas con el fin de garantizar los derechos humanos, incluso con relación a la efectiva o potencial violación por parte de particulares³⁴.

26 Una manifestación de esta tendencia en el derecho internacional positivo puede ser encontrada en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1980). Su artículo primero señala que los Estados partes “reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto”.

27 Véase, por ejemplo, TEDH. Young, James and Webster vs. Reino Unido, 13 de agosto de 1981; y X and Y vs. Holanda, 26 de marzo de 1985. Para una explicación detallada sobre la doctrina del *Drittwirkung* y su incorporación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Engle, E. (1 de octubre de 2009). Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*). *Hanse Law Review*, vol 5, págs. 165-173. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1481552

28 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de la ONU. William Eduardo Delgado Páez vs. Colombia, CCPR/C/39/D/195/1985, 12 de julio de 1999, párr. 5.5 (por fallar en su obligación de prevenir asesinatos en aquellos casos en donde existe suficiente evidencia del riesgo de la pérdida de la vida) y CEDAW. Ms. A.T. vs. Hungary, 26 de enero de 2005, párr. 9.3 (por fallar en su obligación de garantizar las estructuras adecuadas y la protección jurídica para evitar los casos de violencia doméstica contra la mujer).

29 CIDH. Informe de Fondo No. 66/06, Caso 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil, 21 de octubre de 2006, párr. 101.

30 CIDH. Informe de Fondo No. 80/11, Caso 12.626. Jessica Lenahan (González) et al vs. Estados Unidos, 21 de julio de 2011, párr. 130 (establece que los Estados pueden ser responsables por las violaciones de su deber de investigar y sancionar casos de violencia doméstica bajo la Declaración Americana).

31 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 04, párr. 176.

32 Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27.

33 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párrs. 140, 147 y 150.

34 Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a la obligación estatal de garantizar los derechos humanos en la relación entre particulares, ver Mijangos y González, J. (2008, enero). The doctrine of the *Drittwirkung der Grundrechte* in the case law of the Inter-American Court of Human Rights. In *Dret. Revista para el Análisis del Derecho*. Disponible en http://www.indret.com/pdf/496_en.pdf

A través de su monitoreo a la situación de los derechos humanos en los países, la CIDH se ha referido, desde la década de 1980, a violaciones cometidas por un determinado Estado en el territorio de otros. En el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile de 1985, por ejemplo, la CIDH se pronunció sobre el asesinato de dos ex altos funcionarios del gobierno de Salvador Allende por parte de agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) en Estados Unidos y Argentina³⁵. En similar sentido, la CIDH observó el contexto de amenazas y hostigamiento contra ciudadanos de Surinam en Holanda, proferidas por agentes estatales surinameses³⁶.

En el marco del sistema de peticiones y casos, son dos los supuestos en los que la CIDH ha abordado la obligación estatal por actos cometidos en territorio extranjero: 1) cuando los actos u omisiones tienen efecto fuera del territorio del Estado denunciado³⁷ o 2) cuando la persona o el presunto transgresor de una obligación internacional se encuentra bajo la autoridad o el control efectivo del Estado denunciado³⁸. En esa línea, la CIDH ha establecido que tanto la Declaración Americana³⁹ como la Convención Americana⁴⁰ tienen aplicación extraterritorial respecto de actos de ocupación militar, acción militar y detención extraterritorial.

Aunque la misma Carta fundadora de la OEA establece que las empresas transnacionales deben someterse a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales de los países donde operan⁴¹, no hay pronunciamientos en el marco del sistema de peticiones y casos en los que los órganos del SIDH establezcan parámetros para la asignación de responsabilidad de un Estado por actos de empresas en el territorio de terceros países. Bajo los estándares interamericanos vigentes, los actos de las empresas llevados a cabo en el extranjero no se consideran atribuibles directamente a su Estado de origen a menos que aquéllas ejerzan atribuciones de autoridad gubernamental con el apoyo y la cooperación del Estado⁴². Pese a dicha laguna, los estándares ya desarrollados sobre la obligación de respeto, protección y garantía frente a actos de particulares, aunados a pronunciamientos más específicos sobre la responsabilidad extraterritorial por parte de órganos de otros sistemas de adjudicación internacional, permiten excluir una definición meramente territorial de jurisdicción.

35 CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. Capítulo III, Derecho a la Vida, literal C. Muertes Ejecutadas Fuera de Chile. OEA/Ser.L/V/II.77, rev.1, 8 de mayo de 1985.

36 CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam. Capítulo V, Libertad de Residencia y Tránsito, literal E. Consideraciones Especiales: Ataques Terroristas a la Comunidad Surinamesa en Exilio, OEA/Ser.L/V/II.66.Doc. 21, rev.1, 2 de octubre de 1985.

37 Ver, CIDH. Saldaño vs. Argentina. Informe No. 38/99, mayo de 1999, párrs. 15-20 y CIDH. Franklin Guillermo Aisalla Molina, nota 5 supra (“los Estados no solamente pueden ser responsables por los actos u omisiones en aquellos casos en donde ejerzan jurisdicción... los derechos humanos son inherentes a los seres humanos y no se encuentran basados en ciudadanía o localización... cada Estado americano tiene la obligación de respetar los derechos de las personas dentro de su territorio y de aquellas que se encuentren en el territorio de otro Estado, pero sujetas al control de sus agentes”).

38 Ver, CIDH. Saldaño vs. Argentina. Informe No. 38/99, mayo de 1999, párrs. 17-20.

39 CIDH. Armando Alejandro Jr. y otros vs. Cuba. Caso 11.589. Informe No. 86/99 de 29 de septiembre de 1999; y CIDH. Decisión sobre la solicitud de medidas cautelares (Detenidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba), 12 de marzo de 2002.

40 CIDH. Franklin Guillermo Aisalla, nota 5 supra.

41 El artículo 36 de la Carta de la OEA establece que “las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores”.

42 Crawford, J. (2002). The International Law Commission’s articles on State Responsibility, Introduction, text and commentaries, p. 112.

Algunos tribunales internacionales han admitido excepciones al criterio de que las entidades privadas son distintas del Estado, cuando un gobierno establece una política de control absoluto respecto de una industria⁴³ o cuando la empresa respectiva ejerce potestades públicas al realizar la actividad concesionada⁴⁴. Por otro lado, parece existir un margen en el derecho internacional para la atribución de responsabilidad que requiere profundizar los conceptos de: i) apoyo, aquiescencia o tolerancia frente a actos de particulares y ii) vínculo entre la infracción internacional y la autoridad del Estado denunciado⁴⁵. Con respecto al primer elemento, existe en el SIDH una serie de precedentes que, si bien se refieren al apoyo o aquiescencia a violaciones cometidas dentro la jurisdicción del mismo Estado denunciado⁴⁶, podrían ser aplicados en casos de violaciones perpetradas en el territorio de otros países pero cuyo apoyo o aquiescencia provienen del Estado denunciado. En cuanto al nexo entre los actos de particulares y el Estado de origen, el TEDH ha señalado que la tolerancia de las autoridades de un Estado respecto de actos de particulares que vulneran derechos de terceros en el territorio de otro país, podría dar lugar a la responsabilidad del primero⁴⁷.

En su documento *Economía global, derechos globales: guía para interpretar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos en la economía global*⁴⁸, la organización Red-DESC examinó la aplicación de obligaciones extraterritoriales (OET) por parte de comités temáticos y relatorías especiales de la ONU, en particular en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Al explicar el contenido de las OET, la Red-DESC indicó que

La obligación de proteger los derechos humanos ha sido utilizada especialmente en el contexto de la rendición de cuentas de las empresas, aun cuando también son pertinentes las obligaciones de respetar y garantizar [...]. Con respecto a la obligación de garantizar, dado que las empresas son personas jurídicas cuyo régimen de constitución y regulación depende del Estado, los Estados deberían adoptar medidas constructivas para aplicar o reformar, según resulte relevante, este marco general y asegurar que las actividades de las empresas estén en armonía con las obligaciones de derechos humanos de los Estados, incluida su obligación positiva de promover tales derechos. Esto podría implicar medidas positivas con respecto a las prioridades de gasto público, a la captura de las políticas públicas y las medidas legislativas por

43 Phillips Petroleum Co. Iran vs. Iran et. al. Iran-U.S. C.T.R. 1989, párrs. 91-100 (explica que el gobierno iraní asumió el control completo de la industria petrolera, incluida una política en donde el National Iranian Oil Company firmaría contratos petroleros en nombre del gobierno).

44 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C. No. 149.

45 CIDH. Ejecuciones Extrajudiciales. Guatemala. Informe medidas provisionales 39/00 de 13 de abril de 2000, párr. 227. (“El poder judicial demostró su incapacidad y falta de cooperación en jugar su rol en la identificación, enjuiciamiento y penalización de los responsables. Cuando una práctica como esta, atribuible al Estado o respecto de la cual hubo aquiescencia, puede ser establecida, y el caso particular se puede vincular a dicha práctica, ese vínculo define la naturaleza y alcance de las peticiones, y ayuda a establecer la veracidad de los hechos alegados”) y Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 126.

46 Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

47 TEDH. Cyprus vs. Turkey, 10 de mayo de 2001, párr. 81.

48 Red-DESC. (2014). *Economía global, derechos globales: guía para interpretar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos en la economía global*, disponible en: <http://www.escribnet.org/sites/default/files/Economia%20Global%20Derechos%20Globales.pdf>

intereses corporativos, cambios en materia tributaria, iniciativas educativas, entre otras, que permitan abordar las deficiencias sistémicas existentes que podrían favorecer que las empresas cometan violaciones de derechos humanos⁴⁹.

Hay una tendencia en los comités temáticos del Sistema Universal de emitir observaciones generales exigiendo que los países examinados modifiquen sus leyes y políticas que favorecen la violación de derechos humanos en el territorio de terceros países. En el caso del SIDH, aunque no se ha consolidado una tendencia similar, la CIDH publicará, en los próximos meses, un informe sobre Industrias Extractivas y Derecho de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes en las Américas. Se espera que dicho documento incorpore los estándares del Sistema Universal y avance en la rendición de cuentas por parte de los Estados de origen de las empresas que violan derechos humanos en terceros países.

Obligaciones extraterritoriales de derechos humanos en instrumentos de *soft law* – los Principios de Maastricht

Los *Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales*⁵⁰ fueron adoptados por expertos internacionales, y ofrecen una reformulación de las normas consuetudinarias y convencionales en materia de OET. Publicados en el 2011, los principios subrayan que “[t]odos los Estados poseen obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, incluyendo los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, tanto en sus territorios como extraterritorialmente”⁵¹ y que los

Estados deben abstenerse de actos u omisiones que creen un riesgo real de anular o menoscabar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales extraterritorialmente. La responsabilidad de los Estados se activa cuando tal anulación o menoscabo es un resultado previsible de su conducta. La incertidumbre sobre los posibles impactos no justifica tal conducta⁵².

Su Principio 8 reconoce asimismo que las OET se extienden a “las acciones u omisiones estatales (...) tanto dentro como fuera de su territorio”⁵³. Igualmente, el Principio 24 establece que la obligación extraterritorial de proteger contempla el requisito según el cual

[t]odos los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que los actores no estatales que estén en condiciones de regular, como se establece en el Principio 25, incluyendo individuos y organizaciones privados, empresas transnacionales y otras empresas comerciales, no anulen o menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales⁵⁴.

49 Véase Red-DESC, *Economía Global, Derechos Globales: los órganos de tratados de la ONU progresivamente reconocen obligaciones extraterritoriales en respuesta a actividades empresariales globales*. In: AportesDPLF Nro. 20, año 8, agosto de 2015, págs 14-17. Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes2020_web_final_0.pdf

50 Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales, adoptados el 28 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.etoconsortium.org/>

51 *Ibid*, Principio 3.

52 *Ibid*, Principio 13.

53 *Ibid*, Principio 8.

54 *Ibid*, Principio 24.

Vale aclarar que si bien los principios de Maastricht no constituyen un instrumento de derecho duro (*hard law*) convalidado por los Estados, su contenido sistematiza los estándares internacionales vigentes al momento de su redacción. En este sentido, puede orientar la interpretación de los órganos del SIDH, en tanto refleja lo establecido en tratados y en la jurisprudencia de órganos supranacionales. Lo anterior convierte su contenido en posible fuente de Derecho Internacional, a la luz del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

II.1.2 La obligación de proveer recursos judiciales efectivos para prevenir y reparar violaciones cometidas en el territorio de otros países

Los tratados internacionales de derechos humanos suelen tener cláusulas generales sobre la forma como los Estados deben implementar las obligaciones de respetar, proteger y garantizar derechos, lo que incluye proveer recursos judiciales en materia civil y penal. Mientras en el ámbito penal existe una tendencia de flexibilización de la definición de jurisdicción a los fines de perseguir ciertos delitos de especial gravedad (genocidio, crímenes contra la paz, crímenes de guerra o de lesa humanidad), en el ámbito civil se observa una tendencia aún incipiente de acceso a la justicia en territorios distintos a aquellos donde la violación tuvo lugar. En la vía penal se ha avanzado, nacional e internacionalmente, en la consagración de la jurisdicción universal o cuasi-universal⁵⁵ con relación a un número limitado de crímenes internacionales⁵⁶. Son varios los tratados que sugieren y, en algunos casos exigen, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial para perseguir ciertos delitos transnacionales. Es el caso de las Convenciones Interamericanas y de las Naciones Unidas contra el Terrorismo⁵⁷; y la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵⁸.

En el ámbito civil, no existe una práctica uniforme y tampoco tratados multilaterales que amplíen el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por violaciones de derechos humanos como las descritas en los hechos del caso hipotético. Ante el silencio del derecho internacional positivo y los pronunciamientos aun incipientes de los órganos supranacionales de derechos humanos, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en materia civil ha estado relegada a la discreción de los Estados. Son pocos los tratados que, además de regular la persecución penal de delitos internacionales, exigen la consagración de remedios civiles en el ámbito interno. Una de esas excepciones es la Convención

55 Mientras la jurisdicción universal en materia penal conlleva a la obligación de perseguir el delito al margen de la relación del Estado con la víctima, victimarios y lugar de comisión del delito, la jurisdicción cuasi-universal califica la obligación que trasciende la persecución como tal, abarcando obligaciones alternativas. Es el caso, por ejemplo, de la obligación de procesar o extraditar (*aut dedere, aut judicare*) un delito de especial gravedad a los ojos de la comunidad internacional.

56 Un documento que sistematiza los estándares internacionales en esta material es la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU, de diciembre de 2005, la cual establece los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

57 Véanse, por ejemplo, los artículos 5.2 y 6.1 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, relacionados con el embargo y decomiso de bienes derivados a financiar o facilitar la práctica del terrorismo, al margen de donde se haya llevado a cabo el acto ilícito. Disponible en: http://www.oas.org/xxiiiga/espanol/documentos/docs_esp/agres1840_02.htm

58 Véase el artículo V, literales 3 y 4, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los cuales autorizan el ejercicio de jurisdicción extraterritorial en materia penal por parte de los Estados parte. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>

Contra la Tortura de la ONU, cuyo artículo 14 requiere expresamente la existencia de una acción indemnizatoria en el ordenamiento de los Estados parte⁵⁹.

Ahora bien, pese a que la exigencia de legislar a favor de la jurisdicción extraterritorial en materia civil no constituye todavía una obligación internacional inequívoca, tampoco existen prohibiciones a su ejercicio, derivadas de tratados o pronunciamientos de tribunales internacionales. En cambio, existen decisiones de órganos supranacionales, incluyendo la Corte Internacional de Justicia, que limitan el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal cuando colisiona con instituciones del derecho internacional tales como la inmunidad diplomática y la inmunidad del Jefe de Estado⁶⁰.

En vista de la explicación anterior, se espera que los representantes de las presuntas víctimas argumenten que Santa Clara incumplió su obligación de ajustar su legislación interna, a la luz del artículo 2 de la CADH, con el fin de proveer recursos judiciales efectivos para remediar violaciones practicadas por sus funcionarios y empresas en el territorio de Madrugá. A su vez, los representantes del Estado deben argumentar que, por un lado, existen recursos judiciales efectivos en Santa Clara, que fueron invocados por las presuntas víctimas y decididos con todas las garantías del debido proceso por los tribunales competentes. Adicionalmente, podrán argumentar que los estándares internacionales vigentes no exigen el ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial para los delitos ocurridos en perjuicio de la familia Camana Osorio. En este sentido, los asesinatos cometidos por milicias ilegales en el norte de Madrugá no pueden ser calificados como delitos de lesa humanidad, por carecer de los elementos de sistematicidad, y tampoco reúnen los requisitos para que sean calificados como genocidio, crimen contra la paz o crimen de guerra.

Finalmente, con relación a los recursos judiciales entablados en la jurisdicción civil de Santa Clara, los representantes del Estado podrán sostener que los propios familiares de los Camana Osorio participaron de una transacción con la empresa minera demandada, habiendo aceptado el pago de 150,000 dólares estadounidenses⁶¹. Por ello, no tendría asidero el argumento de que Santa Clara no provee recursos judiciales efectivos para plantear una reparación contra empresas privadas que cometen violaciones en Madrugá. Sobre el particular, son muy pocos los Estados de la región que reconocen la posibilidad de que se interponga una acción civil contra particulares por conductas llevadas a cabo en el extranjero. A modo de ejemplo, Estados Unidos cuenta con el llamado *Alien Torts Statute* (ATS), el cual ha sido utilizado para exigir indemnizaciones a particulares que cometen graves violaciones de derechos humanos en el extranjero. En una decisión adoptada en el 2013 en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co. Inc.*, la Suprema Corte de los Estados Unidos afirmó que, para que una acción civil deducida en el marco del ATS sea conocida por los tribunales nacionales, es necesario que al menos una parte de la conducta pertinente haya tenido lugar en Estados Unidos, no siendo suficiente que la empresa esté legalmente constituida en dicho país.

59 Para una interpretación autorizada del artículo 14 de la Convención Contra la Tortura, véase Committee Against Torture, Conclusions and recommendations, 34th Session, 2-20 of May 2005, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN, July 7 2005, párrs. 4.g) and 5.f).

60 Para un estudio detallado sobre esta cuestión, véase Julia Kapelanska-Pregowska, *Extraterritorial Jurisdiction of National Courts and Human Rights Enforcement: Quo vadis justitia?* In: **International Community Law Review** 17 (2015), pags. 413-444. Con relación a la posición de la CIJ respecto de la inmunidad de los Jefes de Estado frente a órdenes de captura internacionales, véase CIJ, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. Judgment of 14 February 2002. Available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>

61 Véase el párrafo 31 de los hechos del caso.

II.2 Derechos previstos en los artículos 16 y 17 de la Convención Americana

Al emitir el Informe de Fondo No. 17/15, la CIDH concluyó que Santa Clara era responsable por la violación de diferentes disposiciones de la CADH, entre las cuales se encuentran los artículos 16 (libertad de asociación) y 17 (protección a la familia), todo ello en perjuicio de los integrantes de la familia Camana Osorio asesinados el 12 de diciembre de 1994 y el 10 de diciembre de 2002.

La Corte IDH se ha pronunciado sobre situaciones en las que el asesinato de defensores de derechos humanos conlleva a la vulneración de la libertad de asociación contenida en el artículo 16 de la CADH⁶². Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido ambigua en cuanto a la afectación del derecho previsto en el artículo 17 de la CADH, cuando integrantes de una determinada familia son asesinados. Mientras en los casos *Chitay Nech* y otros, y *Masacre de las Dos Erres*, ambos contra Guatemala, la Corte IDH declaró violado el referido derecho convencional, hay una serie de precedentes en los que, pese a la ejecución de miembros de la misma familia, la Corte IDH se abstuvo de pronunciarse o declaró no violado el derecho contenido en el artículo 17 de la CADH.

Si bien Edmundo Camana y su hija Lucía Camana fungían como defensores de derechos humanos, los elementos fácticos del caso no permiten establecer claramente un vínculo entre sus asesinatos y la actividad de defensa de derechos que ejercían. Del mismo modo, la ejecución de cinco integrantes de la familia Camana Osorio puede dar lugar a la alegada afectación de la protección a la familia, pese a que en varios casos similares la Corte IDH no ha declarado la violación de dicha garantía convencional.

En vista de lo anterior, los representantes de las presuntas víctimas y del Estado deberán poseer un conocimiento mínimo de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a los artículos 16 y 17 de la CADH. Es importante subrayar que la controversia en torno a dichas disposiciones es subsidiaria a los demás elementos de hecho y derecho del caso hipotético. Por lo tanto, el manejo de uno o dos precedentes de la Corte IDH satisfaría el conocimiento requerido para argumentar a favor o en contra de la violación de las referidas disposiciones.

II.3 Consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos Pichicha y Orífuna

En el caso hipotético se narran algunos hechos relacionados con la obligación del Estado de Santa Clara de consultar previamente al pueblo indígena Pichicha, ubicado en su territorio, y al pueblo afrodescendiente Orífuna, ubicado en la República de Madrugá. Con relación al primer pueblo, se ha realizado un proceso de consulta, en el que las instancias representativas decidieron aceptar el proyecto de exploración minera, siempre y cuando se observaran ciertas salvaguardas. La principal controversia en torno al proceso de consulta tiene que ver con un accidente ambiental ocurrido el 15 de mayo de 2011, consistente en la ruptura de un pequeño dique de contención de lodo y rocas acumulados por parte de la empresa minera Silverfield⁶³. Tras dicho accidente, las autoridades de Santa Clara tuvieron que tomar medidas excepcionales que implicaron la restricción de derechos territoriales del pueblo Pichicha. En aras de dar continuidad al abastecimiento de agua potable a la población indígena y no indígena impactada por la ruptura de la represa, se decidió ingresar al territorio sagrado del Pueblo Pichicha y distribuir el agua del riachuelo de Mandí, considerado

62 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121; y *Caso Kavas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

63 Véase el párrafo 37 de los hechos del caso.

intangibles por el referido pueblo. Vale recordar que tales hechos han tenido lugar exclusivamente en el territorio del Estado de Santa Clara, sin que sea relevante el tema de la extraterritorialidad.

Los representantes de las presuntas víctimas podrían alegar el incumplimiento de los acuerdos con el Pueblo Pichicha, suscritos luego de un proceso de consulta previa, libre e informada. Para ello, deben hacer hincapié en que una de las principales condiciones impuestas por el Pueblo Pichicha fue la intangibilidad de sus territorios sagrados, en particular el riachuelo de Mandí. En esta línea, se podría afirmar que la integridad cultural y el tejido social del Pueblo Pichicha han sufrido un daño irreparable, producto del ingreso no autorizado a sus sitios sagrados. Los representantes de las víctimas deberían argumentar que el Pueblo Pichicha, a través de su apoderado, señor Ricardo Manuín, no contó con un recurso judicial efectivo dirigido a proteger el derecho fundamental a la consulta y a la propiedad colectiva sobre su territorio.

A su vez, los representantes del Estado podrían sostener que la restricción al derecho de propiedad colectiva del territorio Pichicha se basó en los estándares internacionales. A saber, fue una medida legal, que buscó satisfacer un fin legítimo (proveer agua potable a miles de personas afectadas por el accidente ambiental), necesaria y proporcional, cumpliendo así los pasos propios de un juicio de restricción de derechos fundamentales. Tal como se explicará más adelante, el derecho a la consulta no conlleva a una prohibición absoluta a restricciones debidamente motivadas. En base a esta línea argumentativa, los representantes del Estado podrán argumentar que la captación temporal de agua del riachuelo de Mandí era la única medida idónea, capaz de restablecer el suministro no solo a la población no indígena aledaña al lago de Pampulla, sino a los propios integrantes del Pueblo Pichicha. Tal como se explicará más adelante, este argumento guarda relación con una explicación sobre el contenido del derecho fundamental al agua.

En cuanto a la alegada afectación de la consulta previa en perjuicio del Pueblo Afrodescendiente Orífuna, un primer punto de discusión tiene que ver con la definición de dicho colectivo como pueblo tribal, en los términos del Convenio 169 y la jurisprudencia del SIDH. El segundo punto de discusión es si las decisiones adoptadas por Santa Clara que puedan afectar a un pueblo tribal ubicado en Madruga deben ser antecedidas de un proceso de consulta previa, libre e informada. Dicho punto tiene que ver tanto con decisiones relacionadas con el proyecto minero Wirikuya, como con acuerdos bilaterales entre Santa Clara y la República de Madruga.

A continuación, se resumen los principales estándares internacionales sobre el derecho a la consulta y el derecho al agua, relevantes a los hechos del caso relacionados con los Pueblos Pichicha y Orífuna.

II.3.1 Estándares internacionales

Estándares del Sistema Universal de Derechos Humanos

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 son los instrumentos más importantes respecto del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. El artículo 1.b del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho tratado se aplicará:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la pertenencia al país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

De otro lado, el Art. 1.2 del mismo Convenio establece que “[l]a 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”.

La auto-identificación como aspecto fundamental para determinar quienes son los sujetos de la consulta se ve reforzada con el artículo 33.1 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”⁶⁴.

La ONU ha identificado los siguientes principios para que un proceso de consulta se ajuste a los estándares internacionales: (i) universalidad, inalienabilidad e indivisibilidad; (ii) interdependencia e interrelación; (iii) no discriminación e igualdad; (iv) participación e inclusión; y (v) rendición de cuentas y estado de derecho⁶⁵.

Uno de los elementos más importante del debate sobre el derecho a la consulta es la determinación de si la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es un paso obligatorio o si basta con realizar un proceso orientado a la obtención del consentimiento. Bajo los estándares internacionales vigentes, el derecho a la consulta no implica que los pueblos indígenas tengan un poder de veto⁶⁶. Sin embargo, tanto la Relatoría de la ONU sobre Pueblos Indígenas, como la Corte IDH⁶⁷ han identificado situaciones en las que un determinado proyecto está condicionado al consentimiento de los pueblos indígenas. En el caso de la ONU, el ex-Relator James Anaya ha establecido que:

La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas⁶⁸.

La Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas establece que las medidas que implican el desplazamiento forzoso del pueblo indígena de su territorio ancestral⁶⁹, el almacenamiento o empleo

64 La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 con el voto a favor de 144 Estados miembros.

65 Véase, Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas”, págs. 27-28.

66 Véase Hanna, Philippe & Frank Vanclay. “Human rights, Indigenous peoples and the concept of Free, Prior and Informed Consent” (2013) 31:2 Impact Assessment Project Appraisal 146, párr. 150.

67 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

68 James Anaya, “Report of the Special Rapporteur on Indigenous Peoples Rights 2009”, párr. 47.

69 *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, art. 10.

de desechos tóxicos⁷⁰ y la realización de actividades militares en su territorio⁷¹, deben ser antecedidas (y no solamente buscar) el consentimiento de los pueblos afectados.

Finalmente, para que un proceso de consulta sea informado, el Estado debe proveer toda la información necesaria sobre la actividad, medida administrativa o legislativa a ser consultada. La información debe ser proporcionada de forma que los pueblos indígenas puedan comprender la medida y tengan la posibilidad de formular preguntas durante el desarrollo de la consulta⁷².

Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La CIDH ha establecido que no existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el Derecho Internacional. Dada la diversidad de los pueblos indígenas en las Américas y en el resto del mundo, una definición estricta afectaría al principal elemento para identificar la diversidad que es la auto-identificación⁷³. Es importante destacar que, independientemente de la denominación o definición que reciban, lo determinante es atender a los elementos que hacen que un grupo humano pueda ser considerado indígena⁷⁴.

La CIDH ha seguido como aspecto fundamental la auto-identificación del pueblo o comunidad como indígena, contenida tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de la ONU. La Comisión ha afirmado que el “criterio de auto-identificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”⁷⁵. Igualmente, la Corte IDH ha establecido como elemento determinante la auto-identificación colectiva. Al respecto, en su sentencia del *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* afirmó que:

La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (...). Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique⁷⁶.

70 Idem, art. 29(2).

71 Idem, art. 30(1).

72 James Anaya, “Report of the Special Rapporteur 2009”, *Ibid.*, at 18.

73 En América Latina, los pueblos indígenas reciben muy distintas denominaciones como “comunidades campesinas”, “comunidades nativas”, “pueblos originarios”, “pueblos aborígenes”, “pueblos andinos”, “pueblos amazónicos”, “minorías” u otros. Véase CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 24-38.

74 Organización Internacional del Trabajo. CEACR. Informe 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú.

75 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216; y *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Op. Cit., párrs. 24-31.

76 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37. En sentido similar, en su sentencia recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH afirmó que: “la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica 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”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 164.

Debe enfatizarse que en el derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos o comunidades indígenas no requieren estar registrados o reconocidos por el Estado, para ser titulares y ejercer sus derechos⁷⁷.

Derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales

Los artículos 21 de la Convención y XXIII de la Declaración Americana, interpretadas a la luz del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, conforman un *corpus iuris* que define las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales⁷⁸.

Según han afirmado los órganos del SIDH, el vínculo especial entre las comunidades indígenas, sus tierras y recursos naturales, se vincula a la existencia misma de estos pueblos, y por lo mismo “amerita medidas especiales de protección”⁷⁹. El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales protege la vinculación que guardan con sus territorios y con los recursos naturales ligados a su cultura que allí se encuentran⁸⁰.

La CIDH y la Corte IDH han adoptado una interpretación del Art. 21 del CADH, que se extiende más allá de la interpretación tradicional del derecho a la propiedad. En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte estableció que:

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el Art. 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el Art. 21 de la Convención 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 está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua⁸¹.

En esta sentencia, la Corte se refirió a la importancia para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas el reconocimiento del derecho colectivo a la propiedad de la tierra, expresando

77 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 82.

78 Véase *inter alia* CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 127; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004, párr. 87; CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Óp. Cit., párr. 6. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, nota 77 *supra*, párr. 127-129.

79 CIDH. Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 128. Corte, IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

80 CIDH. *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Óp. cit., párr. 156. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, nota 79 *supra*, párr. 148. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, nota 77 *supra*, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118 y 121.

81 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, nota 79 *supra*, párr. 148.

que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁸². La consecuencia directa de esta interpretación derivó en la incorporación en el Art. 21 de la CADH de una dimensión colectiva de la propiedad indígena. Al respecto, la Corte precisó en el caso *Sawboyamaxa* que:

[L]os conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del Art. 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del Art. 21 de la Convención para millones de personas⁸³.

Los órganos del SIDH han establecido que la propiedad territorial indígena es una forma de propiedad que no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”⁸⁴. El origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades⁸⁵. En virtud a ello, la Corte IDH considera que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”⁸⁶ y que “[l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios”⁸⁷.

Igualmente, la Corte IDH ha señalado que el art. 21 de la CADH protege la estrecha vinculación de los pueblos indígenas tanto con las tierras tradicionales como con los recursos naturales que se encuentran en ellas⁸⁸. Como señaló en el caso *Saramaka*, “[...] el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”⁸⁹.

82 Idem, párr. 149.

83 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa vs. Paraguay*, nota 80 *supra*, párr. 120.

84 CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Óp. cit., párr. 231.

85 Véase *inter alia*, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 96. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, nota 79 *supra*, párr. 140(a); CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidad*

es Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 115.

86 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, nota 79 *supra*, párr. 151; Corte IDH *Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa vs. Paraguay*, nota 80 *supra*, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Xákemok Kásek. vs. Paraguay*, nota 76 *supra*, párr. 109.

87 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, nota 79 *supra*, párr. 149.

88 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, nota 77 *supra*, párr. 137.

89 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 122.

De este modo, el derecho al territorio comprende el uso y disfrute de sus recursos naturales, y tiene vinculación directa, incluso como pre-requisito, con los derechos a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud y a la vida⁹⁰.

Garantías específicas frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales

La CIDH y la Corte IDH han desarrollado estándares jurisprudenciales sobre el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas frente a medidas que afecten sus tierras, territorios y recursos naturales, a partir del Art. 21 de la Convención, interpretado de modo que permita el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por el Estado en otros tratados, como el Convenio 169 de la OIT⁹¹.

A través de dicho convenio y de desarrollos normativos y jurisprudenciales, el derecho internacional ha dado un contenido específico al deber de realizar consultas previas con los pueblos indígenas en situaciones que afecten su territorio. Por tanto, hoy en día existe un deber positivo del Estado de disponer mecanismos idóneos y eficaces a fin de obtener el consentimiento previo, libre e informado de acuerdo a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, antes de emprender actividades que impacten sus intereses o puedan afectar sus derechos sobre sus tierras, territorio o recursos naturales⁹².

En particular, la Corte IDH, en los casos del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* y del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, estableció que en caso de restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, los Estados tienen el deber de cumplir ciertas garantías. Una primera exigencia consiste en que el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida. Conforme a los estándares del SIDH, los Estados deben asegurar que las restricciones al uso y goce de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas no impliquen una denegación de su supervivencia física y cultural como pueblo⁹³.

Cabe notar que, como señaló la Corte en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka*, la “supervivencia” no se identifica con la mera subsistencia física, sino que “debe ser entendida como la capacidad de los [pueblos indígenas] de ‘preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio’, de tal forma que puedan ‘continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...)’”. Por tanto, el término ‘supervivencia’

90 CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080.

91 El derecho a ser consultado se encuentra estipulado en el Convenio 169 de la OIT (Arts. 6 y 7), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Arts. 27 y 32), así como en el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (Art. XXIV).

92 Véase *inter alia* CIDH, *Informe de Ecuador 1997*. Conclusiones del Capítulo IX y Conclusiones del Capítulo VIII; *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, Capítulo X, 1999. Recomendación No. 4.; Informe de Fondo N° 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Informe Anual de la CIDH 2002, párr. 140; Informe de Fondo No. 40/04, Caso 12.053. *Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004, párr. 142.

93 En palabras de la Corte IDH, “otro factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 128; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 156.

significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física”⁹⁴. En sentido similar, para la CIDH, “el término ‘supervivencia’ no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo [indígena] con su territorio y su cultura”⁹⁵.

La Corte IDH ha establecido tres condiciones, orientadas a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas y tribales, frente a decisiones que afecten a sus territorios ancestrales. Tales garantías específicas consisten en⁹⁶:

- a) asegurar la participación efectiva del pueblo y sus miembros en la toma de la decisión de conformidad con sus costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario, y obtener su consentimiento cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio indígena;
- b) garantizar que el pueblo y sus miembros se beneficien razonablemente del plan o proyecto que se lleve a cabo dentro de su territorio; y
- c) garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio ancestral a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Estas salvaguardas se dirigen a preservar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, de forma a garantizar su subsistencia como pueblo.

Requisitos generales del proceso de consulta

Para la Corte IDH, la consulta previa a los pueblos indígenas debe realizarse “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio [...]”⁹⁷. Además la Corte ha considerado que, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”⁹⁸.

Los órganos del SIDH han sido enfáticos en señalar que los procesos de consulta deben cumplir con determinados requisitos, como realizarse de modo **previo**, a saber, “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”⁹⁹. Además, el proceso de consulta debe ser **culturalmente adecuado** y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo correspondiente para la toma de decisiones, así como sus formas propias de

94 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. 37.

95 *Idem*, párr. 29.

96 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nota 93 *supra*, párr. 157.

97 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párrs. 127, 128; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nota 93 *supra*, párrs. 159-167.

98 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.*, nota 67 *supra*, párr. 134.

99 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nota 93 *supra*, párrs. 167 y 180-182; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 133.

representación¹⁰⁰. Adicionalmente, debe ser **informada**, requisito que supone la provisión de información plena y precisa de la naturaleza y consecuencias del proceso a las comunidades consultadas¹⁰¹. Por último, debe realizarse de **buena fe** y con la **finalidad de llegar a un acuerdo**¹⁰². El requisito de “buena fe” ha sido observado por la Corte frente a prácticas como la corrupción de líderes o autoridades indígenas, la creación de estructuras de autoridad paralelas o los intentos de desintegración comunitaria mediante el ofrecimiento a la venta individual de la tierra indígena¹⁰³.

La Corte ha enfatizado que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional”¹⁰⁴. Dicho tribunal ha precisado que “es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas”¹⁰⁵.

a) Participación razonable en los beneficios

Además del requisito de participación, se encuentra el establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios del proyecto a favor de las comunidades o pueblos afectados por la extracción de recursos naturales o los planes o proyectos de inversión o desarrollo¹⁰⁶. En opinión de la Corte, “[...] el concepto de compartir los beneficios [...] es inherente al derecho de indemnización reconocido en el Art. 21.2 de la Convención” y “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”¹⁰⁷.

b) Estudios previos de impacto socioambiental

La tercera garantía es la realización de un estudio previo de impacto social y ambiental, llevado a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”¹⁰⁸. Los estudios de impacto social y ambiental responden a la finalidad última de “preservar, proteger y

100 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párrs. 27, 131, 133, 154; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nota 93 *supra*, párrs. 201-202.

101 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004, párr. 142. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 133.

102 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 133; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nota 93 *supra*, párrs. 185-187.

103 Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nota 93 *supra*, párr. 186.

104 *Idem*, párrs. 164 y 165.

105 *Idem*, párr. 179.

106 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendaciones 5 y 6; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Óp. cit., párr. 248 y 297, Recomendaciones 5 y 6.

107 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam.*, nota 70 *supra*, párrs. 138-139. Según advierte la Corte en dicha sentencia, en este mismo sentido se han pronunciado distintos órganos internacionales de derechos humanos. Véase *inter alia* Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador*, parr. 16. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

108 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 129; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nota 93 *supra*, párr. 205.

garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos¹⁰⁹. Para la Corte IDH, se viola el Art. 21 de la CADH cuando el Estado no lleva a cabo o supervisa estudios ambientales y sociales previos al otorgamiento de las concesiones¹¹⁰.

Asimismo, ha determinado que los estudios de impacto social y ambiental deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos¹¹¹, y exige que los Estados permitan a los pueblos indígenas participar en la realización de los estudios previos de impacto social y ambiental¹¹². En términos generales, los estudios de impacto socioambiental “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”¹¹³, y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades a fin de que puedan tomar una decisión informada.

Frente a medidas que afectan a un pueblo o comunidad indígena sin cumplir con las garantías anteriormente señaladas, la Corte IDH ha atribuido responsabilidad internacional al Estado por la violación del Art. 21 de la CADH y ha ordenado “[r]especto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional [indígena]” que “el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia [refiriéndose al *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*] y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo [indígena]”¹¹⁴.

II.3.2 Artículo 26 de la Convención Americana

Según los hechos del caso, al emitir el Informe de Fondo No. 17/15, la CIDH concluyó que Santa Clara era responsable por la violación de los derechos previstos en los artículos 5, 8, 21, 25 y 26 de la CADH, en cuanto a las afectaciones al Pueblo Indígena Pichicha. Los precedentes relacionados con los artículos 5, 8, 21 y 25 de la CADH han sido abordados en los párrafos anteriores. Con relación al artículo 26, los órganos del SIDH no poseen precedentes en que hayan declarado la violación de la cláusula de no regresividad de los DESC, en virtud de la ausencia de un proceso de consulta previa, libre e informada. En tal sentido, los representantes del Estado estarán en mejores condiciones para argumentar que las conclusiones de la CIDH en su Informe de Fondo carecen de asidero jurídico.

Pese a que la controversia en torno al artículo 26 de la CADH es subsidiaria a otros temas del caso hipotético, se recomienda que ambos equipos manejen un conocimiento mínimo sobre el contenido normativo de la referida disposición convencional. En este sentido, es importante subrayar que la cláusula de desarrollo progresivo previsto en el artículo 26 emplea un lenguaje muy similar al del artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, cuyo Comité

109 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. 40. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Óp. cit., párr. 254.

110 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, nota 67 supra, párr. 154.

111 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. 41. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, nota 93 supra, párrs. 205-206.

112 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 supra, párr. 133; Corte IDH, *Caso 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. 16.

113 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. 41.

114 Idem, párr. 194.a).

ha interpretado la referida cláusula como obligatoria y justiciable. Finalmente, la obligación de “no-regresividad” contenida en el artículo 26 ha sido interpretada como justiciable por la CIDH¹¹⁵ y por la Corte IDH¹¹⁶, bajo el mecanismo de peticiones y casos individuales. Aunque la Corte IDH aún no ha adoptado una decisión en que declare incumplida la referida obligación, su posición actual es que las decisiones estatales que conlleven a la disminución del goce de los DESC implica una violación del artículo 26 de la CADH¹¹⁷.

II.3.3 Derecho al agua

Aunque el alcance y contenido del derecho al agua no es un tema central del caso, se espera que los equipos dominen algunos conceptos básicos sobre el particular. Uno de los puntos más importantes tiene que ver con la dimensión que dicho derecho adquiere cuando se da la afectación a recursos hídricos ubicados en el entorno natural de los pueblos indígenas. Mientras las autoridades de Santa Clara han argumentado que la captación de agua del riachuelo de Mandí era necesario para garantizar el acceso al recurso hídrico por parte miles de personas, el Pueblo Pichicha ha sostenido una definición del derecho al agua desde una cosmovisión propia, vinculada a la relación cultural que mantiene con su entorno natural.

A pesar de que derecho al agua no está consagrado expresamente en ningún instrumento del SIDH, tanto la Corte IDH como la CIDH lo han derivado del contenido de otros derechos humanos. En esta construcción, si bien el SIDH ha hecho referencia a algunos Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) protegidos bajo el Protocolo de Salvador, su desarrollo se ha dado sobre todo frente a la vulneración de tres derechos consagrados en la CADH, a saber: i) vida, ii) integridad y iii) propiedad. Vale recordar que dicha aproximación es más afín a la definición del derecho al agua como un derecho civil y político, habilitando así a los representantes del Estado a sostener la restricción impuesta al derecho del Pueblo Pichicha sobre el riachuelo de Mandí.

En el SIDH el agua ha sido catalogada como un elemento esencial para el goce del derecho a la vida digna¹¹⁸. Para ello, se han desarrollado criterios muy similares a los establecidos en la Observación General No 15 del Comité DESC de la ONU¹¹⁹.

En la sentencia del *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte IDH determinó que una persona debe contar con por lo menos 7.5 litros diarios de agua para cubrir sus necesidades básicas¹²⁰. Ello incluye el suministro de agua potable como servicio del Estado, así como la no interrupción de las fuentes naturales de agua. La Corte IDH también se ha pronunciado sobre la

115 Véase CIDH, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú, Caso 12.670, Informe No. 38/09 (27 de marzo de 2009) <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>

116 Véase Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte IDH (ser. C) No 198 (1º de julio de 2009) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf

117 Un análisis resumido de la exigibilidad de los DESC en el Derecho Internacional puede ser encontrado en: Daniel Cerqueira, *Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – antecedentes históricos, fundamento legal y suposiciones equivocadas*. Febrero de 2016. Disponible en: <http://dplfblog.com/2016/02/04/exigibilidad-de-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-antecedentes-historicos-fundamento-legal-y-suposiciones-equivocadas/>

118 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, nota 80 *supra*, párr. 168.

119 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No 15. el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2002/11. 20 de enero de 2003, párr. 2.

120 *Ibid.*

calidad del agua, al señalar que la contaminación puede causar enfermedades y sufrimientos que son contrarios a una vida digna¹²¹.

La CIDH, por su parte, ha desarrollado estándares con relación a la protección del agua como parte del medio ambiente y la vida de las personas. En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia de 2007, señaló que los Estados tienen la obligación de mitigar los daños que producen las empresas en las fuentes de agua, en aras de garantizar condiciones mínimas de vida en el marco de las concesiones de actividades económicas¹²². Además, ha indicado que los Estados deben detener las actividades extractivas que contaminan los ríos y quebradas, afectando las condiciones de la vida de las personas¹²³.

La Corte IDH ha reconocido la importancia del agua limpia para que los pueblos indígenas y tribales puedan realizar actividades esenciales como la pesca¹²⁴. Asimismo, ha señalado que las actividades extractivas pueden crear graves afectaciones a las fuentes de agua para consumo como los ríos o arroyos. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de prevenir que estas actividades comprometan las fuentes de agua potable¹²⁵. La Corte IDH ha señalado la importancia del territorio de los pueblos indígenas como parte de su cultura y cosmovisión, lugar donde realizan sus rituales y como parte de su religión¹²⁶. En este sentido, ha dicho que la privación a los pueblos indígenas de recursos naturales, como el agua, constituye una grave afectación a que sigan practicando su cultura ancestral¹²⁷.

121 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párrs. 150-154.

122 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Óp. cit., párrs. 252-253.

123 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Óp. cit, párr. 253.

124 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 126.

125 CIDH. Comunidades indígenas maya y sus miembros Vs. Belice. Informe 40/04. Fondo. Caso 12.053. 12 de octubre de 2004, párr. 145.

126 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, nota 77 *supra*, párr. 135.

127 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, nota 67 *supra*, párr. 82.

III. Medidas de reparación y petitorio

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, las medidas de reparación son el género de cuyas especies pueden ser catalogadas en: restitución del derecho violado, indemnización o reparación pecuniaria (daños materiales e inmateriales), rehabilitación, medidas de satisfacción y de no repetición. En adición a estas especies de reparación, las sentencias de la Corte IDH que determinan la responsabilidad internacional del Estado demandado fijan el pago de costas de representación de las víctimas, en favor de las respectivas organizaciones peticionarias.

Los hechos del caso no plantean un especial desafío en lo que se refiere a las medidas de reparación. El punto más controvertido es la posibilidad de que los representantes de las presuntas víctimas requieran medidas de indemnización por la muerte de integrantes de la familia Camana Osorio. Tal como se indica en el párrafo 31 de los hechos del caso, los representantes de los Camana Osorio decidieron realizar una transacción civil con la empresa Miningcorp, renunciando así la continuidad de su pretensión indemnizatoria ante los tribunales de Santa Clara. Tal situación podría ser utilizada como argumento por parte de los representantes el Estado, con el fin de desvirtuar los pedidos de reparación pecuniaria ante la Corte IDH.

Finalmente, es muy importante que ambos equipos presenten su petitorio, tanto en su memorial como en la exposición oral. En vista de los hechos del caso, el petitorio debería abarcar tanto las cuestiones de competencia y admisibilidad como las cuestiones de fondo.

Bibliografía

Asamblea General de la ONU. Repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, 2015.

Asamblea General de la ONU, Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Diciembre de 2005.

Carlos López, Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco jurídico internacional; Daniel Cerqueira, La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos; Katya Salazar, Empresas y Derechos Humanos: ¿un nuevo desafío para la OEA? In: AportesDPLF No. 20, año 8, agosto de 2015.

CEDAW. Ms. A.T. vs. Hungary, 26 de enero de 2005.

CIDH. Saldaño vs. Argentina. Informe No. 38/99 de mayo de 1999

CIDH. Informe No. 86/99, Fondo, Caso 11.589, Armando Alejandro Jr. y otros vs. Cuba, 13 de abril de 1999.

CIDH. Informe No. 109/99, Fondo, Caso 10.951, Coard y otros vs. Estados Unidos, 29 de septiembre de 1999.

CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.

CIDH. Informe de Fondo No. 66/06, Caso 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil, 21 de octubre de 2006, párr. 101.

CIDH. Informe No. 112/10, Admisibilidad, Petición Interestatal PI-02, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Ecuador-Colombia), 21 de octubre de 2010.

CIDH. Informe de Admisibilidad N° 72/11, Petición 1164-05, William Gómez Vargas vs. Costa Rica, 31 de marzo de 2011.

CIDH. Informe de Fondo No. 80/11, Caso 12.626. Jessica Lenahan (González) et al vs. Estados Unidos, 21 de julio de 2011.

CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. OEA/Ser.L/V/II.77, rev.1, 8 de mayo de 1985.

CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam. OEA/Ser.L/V/II.66.Doc. 21, rev.1, 2 de octubre de 1985.

CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007.

CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009.

CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009

CIDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080.

Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador.

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación General No. 31, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 225 (2004).

Comité de Derechos Humanos de la ONU. William Eduardo Delgado Páez vs. Colombia, CCPR/C/39/D/195/1985, 12 de julio de 1999.

Committee Against Torture, Conclusions and recommendations, 34th Session, 2-20 of May 2005, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN, July 7 2005.

Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 04.

Corte IDH. Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 Serie C No. 309.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Mowiwana vs. Nicaragua. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

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.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

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.

Crawford, J. (2002). The International Law Commission's articles on State Responsibility, Introduction, text and commentaries.

Daniel Cerqueira, *Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – antecedentes históricos, fundamento legal y suposiciones equivocadas*. Febrero de 2016. Disponible en: <http://dplfblog.com/2016/02/04/exigibilidad-de-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-antecedentes-historicos-fundamento-legal-y-suposiciones-equivocadas/>

Engle, E. (2009, 1 de octubre). Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung). In: *Hanse Law Review*, vol 5.

Hanna, Philippe & Frank Vanclay. "Human rights, Indigenous peoples and the concept of Free, Prior and Informed Consent" (2013) 31:2 *Impact Assessment Project Appraisal* 146.

James Anaya, "Report of the Special Rapporteur on Indigenous Peoples Rights 2009".

Julia Kapelanska-Pregowska, Extraterritorial Jurisdiction of National Courts and Human Rights Enforcement: Quo vadis justitia? In: *International Community Law Review* 17 (2015).

Mijangos y González, J. (2008, enero). The doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights. In *Dret. Revista para el Análisis del Derecho*.

Organización Internacional del Trabajo. CEACR. Informe 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009.

Red-DESC. (2014). [Economía global, derechos globales: guía para interpretar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos en la economía global.](#)

Red-DESC, Economía Global, Derechos Globales: los órganos de tratados de la ONU progresivamente reconocen obligaciones extraterritoriales en respuesta a actividades empresariales globales. In: AportesDPLF Nro. 20, año 8, agosto de 2015.

TEDH. Young, James and Webster vs. Reino Unido, 13 de agosto de 1981.

TEDH. X and Y vs. Holanda, 26 de marzo de 1985.

TEDH. Drozd y Janousek vs. Francia y España, Sentencia de 26 de junio de 1992.

TEDH. Loizidou vs. Turquía. Sentencia de 23 de marzo de 1995.

TEDH. Cyprus vs. Turquía, 10 de mayo de 2001.

TEDH. Bankovic y otros vs. Bélgica y otros. Sentencia de 12 de diciembre de 2001.

TEDH, Issa y otros vs. Turquía. Sentencia de 16 Noviembre de 2004.