

Pueblo Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano versus Panamá: Entre aclaraciones e interpretaciones dudosas¹

Karine Rinaldi

Resumen: *El artículo aborda la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a los pueblos Kuna y Emberá de Panamá. El fallo trata de derechos territoriales de esos pueblos indígenas, y detalla las obligaciones a cargo de los Estados referidos a la delimitación de los territorios indígenas, haciendo extensivo el reconocimiento previo del derecho al territorio ancestral a los territorios alternativos. La autora, sin embargo, pone énfasis en lo que podría ser valorado como una errónea interpretación que la CoIDH hace de su propia competencia.*

Palabras clave: *derecho internacional de los derechos humanos, Corte Interamericana de derechos humanos, derecho indígena, territorios ancestrales, territorios alternativos.*

Abstract: *The article discusses the recent judgment of the Inter-American Court of Human Rights on the Kuna and Embera people of Panama. The ruling comes to territorial rights of the indigenous peoples, and details the obligations of States relating to the demarcation of indigenous lands by extending the prior recognition of the right to ancestral land to alternative territories. The author, however, stresses what could be valued as a misinterpretation made by the CoIDH, about its own jurisdiction.*

Keywords: *International law of human rights, Inter-American Court of Human rights, indigenous rights , ancestral lands, alternative territories.*

1. Publicado inicialmente en: Karine Rinaldi, Cour IADH : Peuples autochtones Kuna de Madugandí et Emberá de Bayano et leurs membres c. Panama : entre interprétations douteuses et précisions des droits territoriaux, in *Sentinelle*, boletín n.º 418 del 18 de enero de 2015, disponible en <http://www.sentinelles-droit-international.fr/?q=node/87>.

Esta sentencia del 14 de octubre de 2014 –notificada en diciembre– enriquece la jurisprudencia interamericana en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas. En este sentido, confirma y detalla las obligaciones a cargo de los Estados que se refieren a la delimitación de los territorios indígenas, su demarcación y titulación colectiva (1). Es interesante notar que, por primera vez en la historia de la jurisprudencia interamericana, el bien jurídico sobre el cual recae este derecho diferenciado, y la protección interamericana, no es solamente el territorio ancestral en sentido estricto, sino también el territorio alternativo (que no es el territorio que las comunidades en cuestión ocupan desde tiempos inmemoriales) (2). Sin embargo, esta sentencia decepciona, ya que aparta, de manera aparentemente errónea, la protección del derecho sobre el territorio que sí era el territorio tradicional de los pueblos Kuna y Emberá. En efecto, la Corte se declara incompetente *ratione temporis* para conocer la falta de pago de la indemnización por la pérdida del territorio y el desplazamiento forzado de las comunidades antes del reconocimiento por Panamá de la competencia contenciosa de la Corte, considerando que esta indemnización (que todavía no ha sido pagada) representa solamente una consecuencia de la violación, una reparación, y no una parte integrante del examen de la responsabilidad del Estado. Por otro lado, el juez disidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot afirma que la falta de pago constituye una violación continuada del derecho a la propiedad. Más allá, un debate que parecía interesante, el de saber si la indemnización puede ser entendida como parte integral de las condiciones de expropiación además de la entrega de tierras alternativas, y que hubiera permitido aportar mayor entendimiento sobre el contenido de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas, no ha sido planteado en este caso (3).

* La población indígena de Panamá representa el 12% de la población total y se compone de siete pueblos: Ngäbe, Kuna, Emberá, Buglé, Wounaan, Naso y Bribri. Hasta el momento, cinco territorios indígenas han sido creados (Comarca Kuna Yala, Comarca Emberá de Darien, Comarca Kuna de Madugandí, Comarca Ngöbe-Buglé, y Comarca Kuna de Wargandi). Desde 2008, la ley establece un procedimiento especial para el reconocimiento de otras propiedades colectivas.

Para resumir los hechos de este caso, conviene señalar que los pueblos indígenas Kuna y Emberá han sido desplazados de sus territorios en los años setentas debido a la construcción de una represa hidroeléctrica que provocó la inundación de parte de sus tierras. El Estado les concedió nuevos territorios (adyacentes) declarados inalienables, y se comprometió a indemnizar a los miembros de estos pueblos por la pérdida de sus territorios tradicionales. Cabe mencionar también

que dentro de los territorios alternativos, una presencia no indígena –que ha ido aumentando con la construcción de la represa– está dando lugar a conflictos con los miembros de los pueblos indígenas. Estos conflictos no están siendo solucionados por el Estado, a pesar de varios procedimientos (administrativos y penales) introducidos por ambos pueblos, buscando la expulsión de sus territorios de los no indígenas y la seguridad jurídica de sus derechos territoriales reconocidos por el Estado en las tierras alternativas (delimitación, demarcación y titulación).

La comarca Kuna de Madungandí es uno de los cinco territorios indígenas actualmente reconocidos en Panamá. Fue finalmente creado en 1996 mediante la adopción de una ley que describe los límites del territorio y mediante su titulación. La demarcación física del territorio se llevó a cabo en el año 2000.

En cuanto al pueblo Emberá, cabe señalar que la comunidad de Piriati recibió en 2014 el título colectivo de propiedad del territorio que había sido delimitado en 2013 (el territorio nunca ha sido, sin embargo, demarcado correctamente, y en él existe un título individual de propiedad otorgado por el Estado en 2012 a una persona no indígena). Por otra parte, el territorio de la comunidad de Ipetí, también del pueblo Emberá, fue delimitado en 2013 sin que fuera demarcado ni titulado.

Precisiones en cuanto a las obligaciones de delimitación, demarcación y titulación colectiva

El Tribunal Interamericano recuerda su jurisprudencia constante según la cual los derechos territoriales de los pueblos indígenas comprenden un concepto más amplio y diferente del de la propiedad clásica, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo. En este sentido, este derecho diferenciado permite el control del hábitat, condición necesaria para la reproducción de la cultura.

Mediante una interpretación evolutiva del artículo 21 (derecho a la propiedad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de las especificidades culturales y del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, se desprendía de la jurisprudencia interamericana que este derecho diferenciado al territorio implicaba necesariamente, para su seguridad jurídica, que el Estado demarcase, delimitara y luego entregara un título colectivo (de hecho, el Tribunal afirmó que el reconocimiento puramente abstracto o jurídico de los derechos territoriales no tiene sentido si la propiedad no está delimitada físicamente –ver por ejemplo el Caso Yakye Axa Vs. Paraguay, § 143).

El Caso Pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano ha sido la oportunidad para que el Tribunal aclare la cuestión de la demarcación. En este sentido, mientras que el Estado argumentaba que la demarcación de un territorio puede consistir en un límite constituido por elementos naturales, por un lado, y por coordenadas, por otro, el Tribunal señala que “si bien es cierto que algunos límites geográficos naturales podrían en su caso, dependiendo de las circunstancias concretas, volver innecesaria la demarcación física, también es cierto que para otros límites, la mera referencia a determinadas coordenadas resulta insuficiente” (§ 129).

Debido al retraso en la delimitación, demarcación y titulación del territorio colectivo del pueblo Kuna de Madugandí (el Estado necesitó 6 años para realizar la delimitación y la titulación, y 10 años para su demarcación), y debido a la falta de delimitación, demarcación y entrega de los títulos colectivos de los territorios de las comunidades Piriati e Ipetí del pueblo Emberá (el Estado ha tardado más de 23 años para realizar las dos delimitaciones, 24 años para la titulación del territorio de la comunidad de Piriati, no ha demarcado totalmente el territorio de esta comunidad y nunca ha demarcado ni titulado el territorio de la comunidad de Ipetí), el Tribunal declara la violación del artículo 21 de la Convención Americana (§ 137).

La Corte declara también la violación del artículo 2 de la Convención (obligación de adoptar medidas de derecho interno) debido a la ausencia en la legislación interna, antes del año 2008, de un procedimiento adecuado para la delimitación de los territorios indígenas, su demarcación y titulación. En efecto, a pesar del decreto que concedió tierras alternativas, y a pesar de los derechos territoriales reconocidos en la Constitución de Panamá, no existía en este país antes de 2008 procedimiento alguno en esta materia. Hasta ahora, este derecho ha sido reconocido a través de leyes específicas en el caso de los cinco territorios que se han creado (§ 152). Al respecto, el Tribunal constata que estas cinco leyes contienen disposiciones diferentes en cuanto a la obligación de delimitar, demarcar y titular (algunas no hacen, por ejemplo, ninguna referencia a la demarcación). Por lo tanto, la Corte observa que la práctica de Panamá era la titulación mediante la creación de comarcas indígenas por medio de leyes específicas para el caso, sin que existiera una normativa interna genérica mediante la cual se estableciera un procedimiento de titulación de tierras indígenas como propiedad colectiva. En consecuencia, la titulación no dependía de una decisión de una entidad administrativo o judicial que resuelva una solicitud en nombre de una comunidad, mediante un procedimiento preestablecido. Por el contrario, consta que el único mecanismo existente en ese período era la promulgación de leyes, que en la prác-

tica no resultó efectivo para la pronta titulación de las tierras en posesión de los Kuna y de los Emberá (§ 156).

Desde 2008, fecha de promulgación de la Ley n.º 72, y 2010, fecha de adopción del decreto que reglamenta esta ley, tal procedimiento existe en Panamá. La violación se declara sin embargo en relación con los años anteriores.

Cabe señalar también que, puesto que los miembros del Pueblo Emberá han llevado a cabo por más de veinte años y sin ningún resultado, varios procesos para exigir la efectividad de sus derechos sobre las tierras alternativas, el Tribunal declara además la violación de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana (§ 173). La violación de estos artículos también se declara en perjuicio de los miembros de los dos pueblos debido a la presencia no indígena en sus territorios, ya que la duración de los procedimientos para la expulsión de estas personas no es compatible con el principio del plazo razonable (§ 185).

Como medida de reparación, el Tribunal ordena la demarcación de los territorios de las comunidades Ipetí y Piriati del pueblo Emberá, así como la entrega del título a la comunidad de Ipetí, en el período de un año. El Estado deberá también, dentro del plazo de un año, dejar sin efecto el título otorgado al propietario individual dentro del territorio de la comunidad Piriati (§§ 232 y 233).

La Corte también estimó pertinente recordar que varios Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la corte –Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela–, han incorporado en su legislación las obligaciones de delimitar los territorios indígenas, demarcarlos y entregar un título colectivo a los pueblos interesados (§ 118).

Una justa aplicación de las garantías del derecho al territorio ancestral a las tierras alternativas

Esta es la primera vez que la Corte Interamericana se pronuncia sobre los derechos diferenciados de los pueblos indígenas sobre tierras alternativas (tierras que son otorgadas por el Estado a los pueblos indígenas desplazados de su territorio tradicional, inundado debido a la construcción de una represa hidroeléctrica). Por lo tanto, no se trata estrictamente en este caso de territorios tradicionales. Hasta ahora, todos los casos que habían llegado a la Corte de San José se referían a reivindicaciones sobre territorios ocupados de manera ancestral por pueblos indígenas (originarios del continente) o por pueblos llamados tribales (un término

utilizado –¿correctamente?– por el Sistema Interamericano para referirse a los descendientes de esclavos africanos traídos al continente americano en la época de la colonización, y que han mantenido hasta la fecha sus formas de vida, sus idiomas, sus usos y costumbres, sus instituciones o sus derechos consuetudinarios, compartiendo así, de alguna manera, todos los elementos de la definición de los pueblos indígenas salvo el de la ocupación de un territorio antes de un movimiento de colonización. En el seno de la OIT –de donde emana la terminología indígena y tribal– esta diferenciación respondía a otra realidad: la negativa de algunos Estados recientemente independientes de reconocer pueblos indígenas en sus territorios por temor a movimientos secesionistas, prefiriendo entonces el término tribal. No estamos seguros de la pertinencia de utilizar esta terminología hoy en día, y aun menos en el continente americano; abogamos más bien por el replanteamiento del término indígena, incluyendo en él no solamente a los descendientes de los pueblos que habitaban en un territorio en la época de la conquista o la colonización, sino también a los descendientes de los pueblos presentes en un territorio antes del establecimiento de las actuales fronteras estatales como lo menciona también la definición de indígena proporcionada por la OIT).

Volviendo al caso que nos ocupa, dado que la historia está hecha de migraciones estos pueblos deben ver sus derechos reconocidos tanto sobre sus territorios ancestrales –en el sentido estricto del término– como sobre el territorio hacia el cual han sido desplazados. El despojo no implica entonces la extinción del derecho diferenciado al territorio. El Caso Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano, por lo tanto, sigue la línea de esta jurisprudencia constante y el derecho diferenciado al territorio tradicional se aplica a territorios alternativos. En este sentido, la Corte comienza por recordar que su jurisprudencia reconoce también que cuando un pueblo perdió la posesión de un territorio, tiene el derecho a recuperarlo. Sin embargo, en este caso, “la inundación de las tierras de las comunidades Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano significa que dicha recuperación por parte de los pueblos indígenas es imposible. Por tanto, el presente caso trata de los derechos de las referidas comunidades respecto de las tierras alternativas asignadas por el Estado, lo cual también significa que no existe una ocupación o posesión tradicional de las mismas” (§ 120).

El Tribunal recuerda que en lo referente a las tierras ancestrales, es precisamente su posesión u ocupación prolongada lo que da lugar al derecho de reclamar el reconocimiento oficial de la propiedad. En el caso de tierras alternativas, ya que tal ocupación ancestral no existe, el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva se basa en la asignación, por el Estado, de estas nuevas tierras (§ 121). En efecto, según el Tribunal, las obligaciones de los Estados con respecto

a tierras alternativas necesariamente deben ser iguales que en los casos en los cuales la recuperación de las tierras ancestrales es todavía posible porque, de lo contrario, el goce de los derechos territoriales estaría limitado por la incapacidad de justificar una ocupación prolongada o ancestral sobre las tierras alternativas, cuando esta falta de ocupación es precisamente la consecuencia del desplazamiento provocado por el propio Estado y por razones ajenas a la voluntad de los pueblos en cuestión (§ 122).

Además, la adopción de los decretos por Panamá “conlleva una obligación a cargo del Estado para respetar y garantizar el goce efectivo de los pueblos indígenas del derecho a la propiedad de las tierras asignadas a éstos” (§ 115).

La negativa de aplicar las garantías del derecho al territorio tradicional al verdadero territorio tradicional: debate en cuanto a la incompetencia *ratione temporis* relacionada con una indemnización que es, sin embargo, parte integral de las condiciones de expropiación

Es porque los pueblos Kuna y Emberá no han recibido del Estado la indemnización acordada tras la inundación de las tierras y la reubicación de las víctimas, que la Comisión Interamericana sometió el caso a la Corte. Para la Comisión, a pesar de que el desplazamiento tuviera lugar antes de la ratificación de la Convención Americana y del reconocimiento por Panamá de la jurisdicción contenciosa de la Corte, se trata de una violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas debido a la falta de pago de la indemnización.

La Corte se niega en este caso a aplicar el caso *Moiwana*, considerando que los hechos del Caso *Moiwana Vs. Surinam* son diferentes. El Tribunal argumenta que en el momento del examen del caso *Moiwana*, la posibilidad para la comunidad de regresar a su territorio (después del desplazamiento forzado que tuvo también lugar antes de la ratificación por el Estado de la Convención Americana y el reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte) todavía existía y que, además, no se le había otorgado a esta comunidad un territorio alternativo. La violación del derecho a la propiedad fue entonces calificada de continuada; no sería así en el presente caso (§§ 35 y 36).

En efecto, la Corte defiende que la indemnización prometida por el Estado a los pueblos Kuna de *Madungandí* y *Emberá de Bayano* es solo una consecuencia de la violación, una reparación de la violación. El Tribunal declara que si no tiene jurisdicción para conocer acerca del hecho generador del daño no puede analizar

este hecho ni sus efectos, es decir, las medidas de reparación correspondientes (§ 37). El Tribunal indica que ya que los decretos reconociendo las indemnizaciones fueron firmados antes de la competencia contenciosa de la Corte, no puede conocer de la falta de indemnización (como tampoco de la inundación de los territorios y de los desplazamientos), aceptando así la excepción preliminar planteada por el Estado (§§ 38 y 40).

Sin embargo, más allá del caso *Moiwana* (que trataba de una violación continuada del derecho a la propiedad, pero no de expropiación), es el Caso *Saramaka* el que debió de haber tenido en mente la Corte (en este caso, el Tribunal había reforzado las condiciones de expropiación de un territorio tradicional). En efecto, nos parece que la falta de indemnización debió de haber sido reconocida como una violación continuada, ya que la indemnización es parte integrante de las garantías de una expropiación para que esta no sea arbitraria y, por lo tanto, contraria a la Convención a partir del momento de su ratificación.

Porque es de expropiación de lo que se trata –lo califique el Estado de esta manera o no– cuando una comunidad indígena es desplazada de manera forzada de su territorio por el Estado en razón de la construcción de una represa hidroeléctrica. Y la Convención Americana supedita la legitimidad de la expropiación al pago de una indemnización justa. En caso de expropiación, el pago de una indemnización es, incluso, considerado por el Tribunal como un principio general del derecho internacional (ver el Caso *Salvador Chiriboga*).

En este sentido, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot redactó una opinión disidente en la que se puede leer que “no estamos ante hechos aislados de consumación instantánea sino ante una situación continuada (por un hecho compuesto) relativa al incumplimiento del pago de la indemnización” (§ 4). El juez señala que en virtud del artículo 21.2 del Pacto de San José, “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. Recuerda también las tres garantías adicionales que se han establecido en el desarrollo jurisprudencial para los casos de proyectos de desarrollo en territorios indígenas: la realización de un estudio de impacto ambiental y social, la participación del pueblo interesado en la toma de decisiones, y su participación en los beneficios económicos derivados del proyecto (§ 25 de su voto, y Caso *Saramaka*). Haciendo una referencia detallada de la jurisprudencia europea, así como de la del Comité de Derechos Humanos, el juez Ferrer Mac-Gregor argumenta por lo tanto que la falta de pago de la indemnización tras la expropiación es una violación continuada.

Más allá de esta discusión, una cuestión que parece relevante está ausente de esta sentencia. Para entender mejor el contenido de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas, uno se pregunta si, en derecho de los pueblos indígenas, la indemnización debe entenderse además de la entrega de tierras alternativas. Esta pregunta no se la plantean ni el tribunal ni el juez disidente. De los pronunciamientos del juez, retenemos para este propósito que “la elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario” (§ 28).

En el caso Salvador Chiriboga, la solicitud de la víctima de obtener tierras alternativas debido a su expropiación no fue aceptada por el Tribunal, que argumentaba que este derecho diferenciado solo existe en beneficio de los pueblos indígenas. La señora Chiriboga obtuvo por lo tanto una indemnización, y no la entrega de tierras alternativas. Hubiera sido interesante que la cuestión acerca de si en los casos en que las víctimas son pueblos indígenas la indemnización puede intervenir además de la entrega de tierras alternativas, fuera planteada, discutida y explicada. Lo que parece es que dado que en el ámbito interno el acuerdo firmado por el Estado trataba tanto de la entrega de tierras alternativas como de la indemnización por las inundaciones del territorio tradicional, la Corte Interamericana no puede, en virtud del artículo 29.b de la Convención (normas de interpretación), “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Archivo de Sentinelle:

- Cour IADH : Affaire Norín Catrimán et autres (dirigeants, membres et militante du Peuple autochtone Mapuche) c. Chili : analyse depuis la perspective des droits différenciés des peuples autochtones, Bulletin Sentinelle n.º 401 du 7 septembre 2014 ;
- Cour IADH : Communautés afrodescendantes déplacées du bassin de la rivière Cacarica (opération Genesis) c. Colombie, Bulletin Sentinelle n.º 372 du 12 janvier 2012 ;
- Cour IADH : arrêt Peuple Autochtone Kichwa de Sarayaku c. Équateur. Un bilan mitigé, Bulletin Sentinelle n.º 314 du 9 septembre 2012. Publicado por Curso de Derecho Internacional. Costa Rica en 10:23