VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE
DEL JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

CASO DE LOS *PUEBLOS INDÍGENAS KUNA DE MADUNGANDÍ Y EMBERÁ DE BAYANO Y SUS MIEMBROS VS. PANAMÁ*

SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2014
(*EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS*)

INTRODUCCIÓN

1. Se emite el presente voto en el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte" o "el Tribunal Interamericano") acoge la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la falta de competencia *ratione temporis* y, por tanto, dispone que no entrará al estudio de fondo del caso en lo relativo al pago de las indemnizaciones que el Estado debió de realizar.

2. En cuanto a esta excepción preliminar, la controversia radica en los hechos relacionados con el desplazamiento de las comunidades que tuvieron lugar entre 1973 y 1975, y el compromiso por parte del Estado de pagar indemnizaciones por tales desplazamientos.

3. El criterio mayoritario consideró que la Corte no tenía competencia para pronunciarse sobre la alegada falta de pago de las indemnizaciones a las comunidades Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, ya que el Estado panameño reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de mayo de 1990, y los hechos relativos a la falta de pago habían sido anteriores al reconocimiento de dicha competencia. De esta forma, la Corte estimó admisible la excepción preliminar por falta de competencia en razón de tiempo y determinó que carecía de competencia para conocer del contenido de los acuerdos de 1976, 1977 y 1980 y el alegado incumplimiento de esos acuerdos.

4. Disiento de la mayoría debido a que considero que la Corte debió desestimar dicha excepción preliminar presentada por el Estado y entrar al fondo de la controversia, teniendo en cuenta que en el presente caso *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*, por las razones que a continuación expondré. Cabe destacar que de haber entrado al fondo, sería la primera que vez que la Corte Interamericana hubiese podido analizar el incumplimiento de la indemnización como parte de las garantías contenidas en el artículo 21 de la Convención Americana a los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que lo reclamado en el presente caso consistía, precisamente, en "la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí ("Kuna") y Emberá de Bayano ("Emberá") y sus miembros, por el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales, como consecuencia de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976"[1] (subrayado añadido).

5. Para una mayor claridad se divide el presente voto en los siguientes apartados: (i) Desarrollo jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana desde la

[1] Párr. 1 de la Sentencia.

perspectiva de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas (párrs. 6 a 19); (ii) Los límites del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en el sistema interamericano (párrs. 20 a 30); (iii) El derecho al pago de una justa indemnización en casos de expropiación como una violación continuada (párrs. 31 a 51); y (iv) El no pago de indemnizaciones como violación continuada en el caso de las comunidades indígenas Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano (párrs. 52 a 78).

I. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

6. Durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase "[t]oda persona tiene el derecho a la *propiedad privada*, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público" por la de "[t]oda persona tiene derecho al *uso y goce* de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". Es decir, se optó por hacer referencia al "uso y goce de los *bienes*" en lugar de "propiedad privada".[2]

7. El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que "[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes"; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al "interés social"; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de "utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley"; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización[3]. (Énfasis añadido)

8. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor[4].

---

[2] *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79 párr.145.

[3] *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr.120.

[4] *Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 263, párr. 269; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179; Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 220; Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 148; Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 237; Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Marzo de 2011 Serie C No. 223, párr. 82; Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 84: Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 399; Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 55; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 174; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 174; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs.*

9. El artículo 21 de la Convención tiene un amplio espectro de protección. El Tribunal Interamericano, a la luz de este precepto convencional, ha conocido casos sobre pensiones[5], bienes incautados al momento de la detección[6], derechos de autor[7], restitución de bienes[8], expropiaciones[9], *ratios* salariales[10], sustracción y destrucción de bienes[11], pago de indemnizaciones[12], perdida de la propiedad por los desplazamientos[13], embargo de bienes[14] y la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales[15].

10. Sobre esta última línea, la jurisprudencia de la Corte ha sido ampliamente desarrollada en el marco del sistema interamericano. Este Tribunal Interamericano se

---

Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 121; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 102; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144; y Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122.

[5] *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; y *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.

[6] *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

[7] *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

[8] *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

[9] *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

[10] *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de Marzo de 2011 Serie C No. 223.

[11] *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237; y *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249.

[12] *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

[13] *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252**;** C*aso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259; y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

[14] *Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

[15] *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; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

vio en la necesidad de hacer algunas precisiones sobre el concepto de "propiedad" cuando se está en presencia de comunidades indígenas. De este modo consideró que:

> *"[…].Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad […]"*[16].

11. A través de una interpretación evolutiva, la Corte sostuvo que "[l]os términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales"[17]. Además, el "artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de `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´"[18]. En suma, la Corte llegó a la conclusión sobre la cual "el artículo 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"[19].

12. El artículo 21 de la Convención Americana no hace mención expresa de la propiedad colectiva y mucho menos alusión a la propiedad indígena; en este entendido, al analizar los alcances del artículo 21 del Pacto de San José, ha considerado útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante "el Convenio 169 de la OIT")[20], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[21], para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano.

---

[16] *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 145; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 86; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

[17] *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

[18] *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 171; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 147.

[19] *Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 171; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148

[20] *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; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

[21] *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

13. La Corte consideró "que los 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'"[22]. Además, el Tribunal Interamericano señaló que "tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana"[23]. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 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 de tal disposición para millones de personas[24].

14. Haciendo uso de los criterios señalados, la Corte ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras[25].

15. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación"[26].

16. El principal mecanismo de garantía del derecho de propiedad territorial indígena que ha sido identificado por los órganos del sistema interamericano es la delimitación y demarcación de las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas. Según ha explicado la Corte "[a] fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo [respectivo] han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y

---

[22] *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 87; *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 89; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120.

[23] *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 143.

[24] *Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 87; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 145

[25] *Cfr. Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 131.

[26] *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 119; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 136

con los pueblos vecinos" [27]. Además, la Corte ha establecido que uno de los derechos básicos relacionados con el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es el goce permanente de su territorio ancestral, para lo cual se debe de tener el titulo del territorio[28].

17. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural[29]. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana[30].

18. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros[31].

19. Este Tribunal ha determinado que "[l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. 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"[32].

---

[27] *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 209; y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 116

[28] *Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 215, y *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 209; y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 116.

[29] *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118; Caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 266; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135.

[30] *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 88; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137.

[31] *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 147.

[32] *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149

II. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

20. Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal Interamericano proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática[33].

21. El artículo 21.1 de la Convención dispone que "[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social." La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido[34].

22. La Corte ha observado que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser objeto de restricciones y limitaciones[35], siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho artículo 21 de la Convención[36]. Este Tribunal Interamericano ha establecido que, al examinar una posible violación al derecho a la propiedad privada, no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada[37].

---

[33] *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 156; *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128 y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 144. Sobre el juicio de proporcionalidad puede verse en el mismo sentido: C*aso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170, párr. 127; y *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 51.

[34] *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 145 *Cfr.* (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; y *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127.

[35] C*aso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 128; y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 220.

[36] *Cfr.* C*aso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170; Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 54; y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr.* 220.

[37] *Cfr.* C*aso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 170;* y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 124.

23. El artículo 21.2 de la Convención establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establece por la ley[38]. La restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención[39].

24. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas[40]. (Subrayado añadido)

25. En el contexto de grandes proyectos de desarrollo o de exploración, extracción explotación de recursos y minerales, este Tribunal Interamericano ha determinado una serie de derechos contra las restricciones a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales: a) la participación del pueblo respectivo en la toma de decisiones del proyecto que se desee desarrollar en su territorio ancestral; b) que el pueblo indígena o tribal se beneficie del plan que se pretende desarrollar en su territorio; y c) realización de estudios de impacto ambiental y social[41].

26. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar, caso por caso, las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural[42].

27. Al respecto, el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados

---

38 *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. párr. 108.

39 *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 148.

40 *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 149.

41 *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 130; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 157.

42 *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146

señala que:

> "[c]el retorno no sea posible, […] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas"[43].

28. 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[44].

29. Debe recordarse que, con fundamento al artículo 1.1 de la Convención, el Estado está obligado a respetar los derechos reconocidos en el Pacto de San José y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[45].

30. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tener en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas[46].

III. EL DERECHO AL PAGO DE UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN EN CASOS DE EXPROPIACIÓN COMO UNA VIOLACIÓN CONTINUADA

31. Es de destacar que el presente caso fue presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de dirimir la alegada responsabilidad del Estado respecto a, *inter alia,* "la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano

---

[43] *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 150

[44] *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 151

[45] Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99 párr. 142; y *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 109.

[46] *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

y sus miembros por el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales como consecuencia de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976"[47]. Sin embargo, la Corte en sus diversas consideraciones al decidir la excepción preliminar respecto a la alegada "falta de competencia *ratione temporis*" decide no entrar a la discusión medular sobre dicho tema, en el sentido de definir el significado y alcances de los estándares internacionales de lo que es una violación continuada y cómo dichos estándares eran aplicables al presente caso[48].

32. En la presente sección se explicará la definición de violación continuada según el derecho internacional, considerando (a) la definición de violación continuada, y (b) los elementos de violaciones continuadas respecto al derecho de propiedad; para luego, en el último epígrafe, analizar específicamente el no pago de indemnizaciones como violación continuada en el caso de las comunidades indígenas Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano.

a) Definición de violación continuada según el derecho internacional

33. A nivel internacional no hay una definición unificada de lo que es una violación continua o de naturaleza continuada. Sin embargo, en términos generales se ha identificado que "una violación continuada es la violación de una obligación internacional por medio de un acto de un sujeto de derecho internacional extendido en el tiempo y que causa una duración o continuación en el tiempo de dicha violación"[49]. Asimismo, si el acto afecta el estatus legal de una persona durante cierto periodo de tiempo, debe ser considerada como un acto continuado[50]. Por el contrario, si "la violación es completada de una vez por todas en un momento determinado en el tiempo sin efectos injuriosos continuados"[51] la misma no puede tener dicho carácter[52].

34. En los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional se hace una distinción entre los actos instantáneos y los actos de carácter continuado. Así, el artículo 14.1 dispone que "*La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren*." En el mismo artículo en su punto 2 dispone que "*La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*." Y finalmente, en el artículo 14.3 se dispone que "*La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el*

---

47 Párr. 1 de la Sentencia.

48 Véanse los párrafos 24 a 40 de la Sentencia.

49 Joost Pauwelyn, 'The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems' [1996] 66:1 BYIL 415, 415.

50 Joost Pauwelyn, 'The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems' [1996] 66:1 BYIL 415, 421.

51 Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays* (Brill Academic Publishers 2007) 21.

52 Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays* (Brill Academic Publishers 2007) 21.

acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación".

35. Es importante señalar que bajo la lógica de análisis de la Comisión de Derecho Internacional existe la posibilidad de catalogar una violación a una obligación internacional en un *hecho compuesto*. La cual se puede definir como *"[l]a violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, [que] tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito*" (Artículo 15.1). Así, "*la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*." (Artículo 15.2) Los hechos compuestos siempre consisten en una serie de actos individuales del Estado que se suceden unos a otros en una secuencia separada de cursos de conducta, acciones u omisiones adoptadas en casos separados pero que en su conjunto contribuyen a la comisión del acto en su conjunto en cuestión[53]. Considerados de forma separada, estos actos pueden ser lícitos o ilícitos, pero ellos se encuentran interrelacionados por tener la misma intención, contenido y efectos[54].

36. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos se ha adoptado una definición general de lo que es una violación continuada, primero, por la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y ratificada, después, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, una situación continuada se refiere a "*la situación que opera por actividades continuas por o de parte del Estado hacia las víctimas*"[55]. Asimismo, es importante señalar que no existe una diferenciación clara entre los términos de violación "continuada" o "continua", llegándose a usar por parte del Tribunal Europeo de forma indistinta ambas expresiones[56].

37. En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos esta Corte ha señalado en diversas ocasiones la naturaleza continuada de diversas violaciones a derechos humanos. Tal vez el caso más significativo sea el de la desaparición forzada de personas. Respecto a este tipo de violaciones a derechos humanos este Tribunal Interamericano ha señalado reiteradamente que *"[l]a desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar"*[57].

---

[53] ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of its 30th Session' (8 May–28 July 1978) UN Doc A/33/10, 226.

[54] ILC, 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its 30th session' (1978) YB of the ILC, 1978, II, part 2, UN Doc A/CN.4/SER.A/1978/Add.l (Part 2), 93.

[55] "[A] state of affairs which operates by continuous activities by or on the part of the State to render the applicants victims" véase: *McDaid and others v United Kingdom*, no. 25681/94, p. 5, Commission decision of 9 April 1996. Esta misma definición ha sido retomada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en decisiones recientes *Posti and Rahko v. Finland*, no. 27824/95, § 39, ECHR 2002-VII; *Ananyev and Others v. Russia*, nos. 42525/07 and 60800/08, § 75, 10 January 2012; *Hadzhigeorgievi v Bulgaria*, no. 41064/05, § 56, 16 July 2013.

[56] *Loizidou v. Turkey*, no. 15389/89, §§ 40-11, 8 December 1996 (judgment).

[57] *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr.150.

38. Igualmente, la Corte ha reconocido reiteradamente el carácter continuado de diversas violaciones a derechos humanos como la falta de acceso a la justicia en relación con ejecuciones extrajudiciales y masacres[58], así como en relación con contextos de desplazamiento forzado y persecución, en relación con los derechos de los niños y el derecho a la familia y a la integridad personal[59].

39. Recientemente, en el *Caso García Lucero Vs. Chile* la Corte Interamericana se refirió a violaciones de carácter no continuado y si los efectos de las mismas podían ser conocidos por la Corte cuando se encontraban fuera de su competencia temporal. Al respecto, en dicho caso se determinó que en cuanto a los hechos de tortura que escapaban del conocimiento de la competencia temporal de la Corte "*la integralidad o individualización de la reparación solo p[odía] apreciarse a partir de un examen de los hechos generadores del daño y sus efectos, y los mismos están excluidos de la competencia temporal de la Corte*."[60] Además, señaló que si bien no podría entrar a examinar la totalidad de los hechos, la Corte si podría "*examinar si a partir de hechos autónomos ocurridos dentro de su competencia temporal, el Estado cumplió con el deber de investigar y si brindó los recursos aptos para efectuar reclamos sobre medidas de reparación, de conformidad con la Convención Americana, así como con la Convención Interamericana contra la Tortura*" [61]. Este precedente, en nada modifica la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza de las violaciones continuadas, ni presenta elementos adicionales para su análisis.

b) Los elementos de violaciones continuadas respecto al derecho de propiedad

40. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado en su jurisprudencia que, en principio, el hecho de privar a una persona de su domicilio o propiedad mediante acto administrativo constituye, un "acto instantáneo" que no produce una situación continuada de "privación" de sus derechos.[62] Sin embargo, existen ocasiones en donde una privación de propiedad puede considerarse como continuada, si es que existe una continuidad de actos u omisiones o si en su caso existen actos sucesivos o una serie de actos que le doten de tal carácter.

---

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

59 Véase *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211; y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

60 *Caso García Lucero y otras Vs. Chile*. *Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 37.

61 *Caso García Lucero y otras Vs. Chile*. *Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 38.

62 *Cfr.* ECHR, *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and others v. Portugal* (Applications nos. 29813/96 and 30229/96), 11 January 2000, para. 43; ECHR, *Case of Blečić v. Croatia*, GC (Application no. 59532/00), 8 March 2006, para. 86 ("As to the applicant's argument that the termination of her tenancy resulted in a continuing situation […], the Court reiterates that the deprivation of an individual's home or property is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of "deprivation" in respect of the rights concerned. […] Therefore, the termination of the applicant's tenancy did not create a continuing situation"), ver también ECHR, *Case of Malhous v. The Czech Republic*, GC (Application no. 33071/96), 13 December 2000; mutatis mutandis, ECHR, *Case of Ostojić v. Croatia* (Application no. 16837/02), 26 September 2009.

41. A partir de lo previsto en el Artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales referente a la protección de la propiedad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado la existencia de situaciones continuadas en casos en donde existen impedimentos para que el dueño de la propiedad pueda hacer uso y disponer de la propiedad[63], la falta de acceso a la propiedad[64], la expropiación de facto[65], la falta de pago de indemnización compensatoria debido a la perdida de propiedad cuando es así señalada por las leyes nacionales[66]. Al respecto, se debe tener en cuenta que existen actos instantáneos que a pesar de tener efectos subsecuentes en el tiempo, no crean una situación continuada según el derecho internacional, tal podría ser el caso, por ejemplo, de la destrucción física de la propiedad[67]. Sin embargo, dentro de esa misma situación si legalmente existe el deber de compensación, la falta de la misma si puede llegar a constituir una situación continuada.[68]

42. Probablemente los casos más conocidos en la materia -privación del derechos de propiedad como una situación continuada- son los casos *Loizidou v. Turquía* y *Chipre v. Turquía*.

43. En el *Caso Loizidou Vs. Turquía*[69], se relaciona con la invasión turca en el norte de Chipre en 1974, que resultó en la negación de acceso a la propiedad de la demandante. En su defensa, Turquía había argumentado que según el artículo 159 de la Constitución de la República Turca de Chipre de Norte, la propiedad había sido expropiada antes de la aceptación de la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[70]. En este caso la parte peticionaria se enfrentó ante la negación continua de acceso a su propiedad que se encontraba en territorio entonces ocupado por el ejército turco desde 1974. A raíz de esta situación la peticionaria no podía usar, controlar o disponer de su propiedad. Al respecto, el Tribunal Europeo consideró que no era posible atribuir efectos jurídicos a tal Constitución[71]. La consecuencia de esto era, entonces, que no había existido expropiación directa y la propiedad continuaba perteneciendo a la demandante.[72] En consecuencia, respecto al concepto de una violación continuada del Convenio, los hechos del caso constituían violaciones de carácter continuados. Este caso, dio pie eventualmente al caso *Chipre v. Turquía*, en forma de una petición interestatal.

44. En el *Caso Papamichalopoulos y otros Vs. Grecia*[73], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la alegada violación inició en 1967 con la aprobación de

---

63 ECHR, *Vasilescu v. Romania*, no. 27053/95, §§ 48-59, 22 May 1998

64 ECHR, *Loizidou v. Turkey*, no. 15389/89, 8 December 1996,

65 ECHR, *Guiso-Gallisay v. Italy*, no. 58858/00, 8 December 2005

66 ECHR, *Broniowski v. Poland*, no. 31443/96 [GC], 22 June 2004

67 ECHR, *Ostojic v. Croatia*, no.16837/02 (dec.), 26 September 2002

68 Véanse los casos *Almeida Aarrett, Aascarenhas Falcao and others v Portugal* y *Broniowki v Poland.*

69 ECHR, *Case of Loizidou v. Turkey*, GC (Application no. 15318/89), 18 December 1996.

70 ECHR, *Case of Loizidou v. Turkey*, GC (Application no. 15318/89), 18 December 1996, para. 35.

71 ECHR, *Case of Loizidou v. Turkey*, GC (Application no. 15318/89), 18 December 1996, paras. 42 y 44.

72 ECHR, *Case of Loizidou v. Turkey*, GC (Application no. 15318/89), 18 December 1996, paras. 46 y 47.

73 ECHR, *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Application no. 14556/89), 24 June 1993.

la Ley No. 109/1967. Mediante esta ley, el gobierno militar de la época tomó posesión de los terrenos de los demandantes, sin transferir la propiedad de la tierra en cuestión al Estado. Esto fue considerado por el Tribunal Europeo como un acto de "expropiación *de facto*"[74]. Después de la restauración de la democracia, el Estado buscando una forma de reparación del daño causado a los demandantes, promulgó la Ley No. 1341/1983, para resolver la situación creada en el año 1967. A pesar de que los tribunales nacionales ordenaron la asignación de nuevas tierras a los demandantes, estos esperaron sin éxito hasta 1992. Respecto a tal situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que "la pérdida de toda posibilidad de disponer de las tierras en cuestión, en conjunto con el fracaso de los intentos realizados hasta ahora para remediar la situación denunciada, produjo consecuencias suficientemente graves para los [demandantes] que han sido expropiados de manera incompatible con su derecho al disfrute pacífico de sus posesiones. En conclusión, ha habido y sigue existiendo una violación [del derecho a la propiedad privada]".[75]

45. En el *Caso Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão y otros Vs. Portugal*, los hechos versan en torno a la nacionalización y formal expropiación de propiedades de los peticionarios por parte del Gobierno Portugués en 1975 y 1976[76]. En dicho caso, el Estado no pagó las indemnizaciones previstas mediante un decreto aprobado después de la entrada en vigor del Convenio Europeo de Derechos Humanos y se determinó que si bien era cierto que el Tribunal no era competente para examinar las cuestiones vinculadas a la privación de la propiedad, encontrándose tales cuestiones fuera de su competencia *rationae temporis*, no aplicaba lo mismo para los retrasos en la asignación y el pago de la indemnización final, sobretodo tomando en consideración que el Gobierno siguió legislando sobre el tema después de la ratificación del Convenio Europeo, por lo que el derecho de propiedad se vulneraba por no proveer dicha compensación sin una demora injustificable.[77]

46. En el caso *Broniowski Vs. Polonia* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que la falta de proveer una compensación adecuada de acuerdo con las leyes nacionales constituye una situación continuada. En este caso se estimó necesario ponderar el excesivo tiempo que tardó el Estado en proveer la compensación.[78] En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido consistentemente que diferentes actos legislativos, incluso imponiendo restricciones, pueden dar lugar a una situación de tipo continuada.[79]

47. Igualmente, se ha determinado que una serie de actos pueden dar lugar a la creación de una situación continuada. Así, por ejemplo, en el caso *McFeely y otros Vs. Reino Unido* la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos determinó

---

[74] ECHR, *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Application no. 14556/89), 24 June 1993, para. 42.

[75] ECHR, *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Application no. 14556/89), 24 June 1993, para. 46.

[76] ECHR, *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and others V. Portugal* (Applications nos. 29813/96 and 30229/96), 11 January 2000.

[77] ECHR, *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and others V. Portugal* (Applications nos. 29813/96 and 30229/96), 11 January 2000, párr. 43.

[78] ECHR, *Broniowski v. Poland*, no. 31443/96 (dec.), § 75, 19 December 2002; *Broniowski v. Poland*, no. 31443/96 [GC], § 122, 22 June 2004.

[79] ECHR, *Hutton-Czapska v. Poland*, no. 35014/97 (dec.), 16 March 2003 and *Hutton-Czapska v. Poland*, no. 35014/97 [GC], §§ 152-153, 19 June 2006.

que diferentes actos relacionados con condiciones de detención pueden dar lugar a un "*estado permanente de continuidad*". A partir de este precedente, el Tribunal Europeo en el caso *Agrotexim y otros Vs. Grecia* determinó que diferentes actos del Consejo Municipal de Atenas podían considerarse una serie de pasos que conformaban una situación continuada.

48. En el caso *Phocas Vs. Francia*, el Tribunal Europeo examinó un caso en el que el peticionario alegaba una situación continuada a raíz de un proceso expropiatorio que duró desde el 31 de julio de 1965 al 22 de enero de 1982[80]. Esta continuidad en procesos expropiatorios también fue analizada por el Tribunal Europeo en los casos *Cviject Vs. Croacia*[81] y *Crnojevic Vs. Croacia*[82].

49. En el sistema interamericano, esta Corte en el *Caso de la Comunidad Moiwana v Suriname* reconoció la existencia de efectos continuados a partir de diversas violaciones a derechos humanos. Como se comenta en la presente sentencia[83], el caso trató de miembros de una comunidad tribal que habían tenido que desplazarse forzosamente de sus territorios sin poder regresar a los mismos por la situación de violencia que aún persistía. En ese caso, la Corte señaló que si bien los hechos del desplazamiento forzado se habían producido en un momento anterior al reconocimiento de la competencia contenciosa del Tribunal, "*la imposibilidad del retorno a estas tierras supuestamente ha subsistido*" motivo por el cual la Corte "*tiene también jurisdicción para decidir sobre estos presuntos hechos y sobre la calificación jurídica que a ellos corresponda*"[84]. Asimismo, la Corte constató que ese caso se refería a una situación de desplazamiento forzado de una comunidad tribal en la cual dicha comunidad no había sido reubicada a tierras alternativas en una situación de violencia y de inseguridad respecto a la cual el Estado fue declarado responsable. En dicho caso, la Corte declaró la violación del derecho a la circulación y residencia contenido en el artículo 22 de la Convención y, como consecuencia de ello, también declaró una violación al derecho de la propiedad contenido en el artículo 21 de la misma porque la situación de violencia les privó del uso y goce comunal de su propiedad tradicional.

50. El punto medular para determinar si un hecho constitutivo de violaciones a derechos puede catalogarse como continuado o no, consiste en determinar, según lo ha dispuesto el Comité de Derechos Humanos, si es que dichas violaciones continúan o tienen efectos que en sí mismos constituyen violaciones[85]. Así, por ejemplo, en los casos anteriormente analizados la afectación del derecho a la propiedad privada de los peticionarios se dio de forma continuada en virtud de que no habían perdido legalmente sus derechos como propietarios o en su caso como beneficiarios de una indemnización; por el contrario, estos habían sido víctimas de afectaciones continuadas en relación con la posibilidad de disponer fácticamente de sus propiedades o de recibir indemnización por las mismas.

---

80 ECHR, *Phocas v. France*, no. 17869/91, § 45-9, 23 April 1996.

81 ECHR, *Cvijetic v. Croatia*, no. 71549/01 (dec.), 3 April 2003.

82 ECHR, *Crnojevic v. Croatia*, no. 71614/01 (dec.), 29 April 2003.

83 Párrs. 34 y 35 de la Sentencia.

84 *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 43 y 108.

85 Human Rights Committee, Communication No. 24/1977, *Lovelace v. Canada*, Views adopted on 30 July 1981, para.7.3 Human Rights Committee, Communication No. 1367/2005, *Anderson v. Australia*, decision on admissibility adopted on 31 October 2006, para. 7.3. Human Rights Committee, Communication No. 1424/2005, *Armand Anton v. Algeria*, decision on admisibility adopted on 1 November 2004, para. 8.3.

51. Los precedentes anteriormente citados nos demuestran que la determinación de cuándo nos encontramos ante una situación continuada debe hacerse caso por caso. Para ello es importante considerar, entre otros aspectos: las normas jurídicas aplicables tanto a nivel internacional como nacional, la naturaleza de los hechos (tipo, duración, alcance, entre otros) y, por último, las afectaciones a los derechos que generan en los que acuden como presuntas víctimas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

IV. EL NO PAGO DE INDEMNIZACIONES COMO VIOLACIÓN CONTINUADA EN EL CASO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS KUNA DE MADUNGANDÍ Y EMBERÁ DEL BAYANO

52. Con el fin de determinar si la falta de pago de indemnizaciones en el presente caso constituye una violación continuada, se analizará *(ii)* el alcance del contenido del Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación por este Tribunal Interamericano en casos de pueblos indígenas; y *(i)* los hechos del presente caso, la legislación interna aplicable, así como las afectaciones a los derechos que se derivan de la situación de la falta de pago de indemnizaciones.

i) El alcance del contenido del Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

53. El Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente al derecho a la propiedad privada dispone en su segundo numeral que "*Ninguna 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*". Esto trae como consecuencia que no sea posible que una expropiación, incluso respetando los principios de utilidad pública e interés social se dé sin que exista "el pago de indeminización justa" de por medio.

54. En el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador* la Corte determinó que "[e]l artículo 21.2 de la Convención Americana expresamente señala como requisito para poder llevar a cabo una privación de la propiedad el pago de una justa indemnización"[86]. Así, el Tribunal Interamericano determinó que "en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional[87], el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. Dicho principio ha sido recogido en la Convención Americana en su artículo 21, al referirse al pago de una "justa indemnización" la cual debe ser "adecuada, pronta y efectiva"[88].

---

[86] *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179. párr. 95.

[87] *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179. párr. 96; *cfr.* Artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Corte Europea; y P.C.I.J *The Factory At Chorzów (Claim for Indemnity) (The Merits)* Judgment No. 13, p. 40 y 41.

[88] *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179**,** párr. 97 *Cfr. INA Corporation v. The Islamic Republic of Iran*, 8 Iran US CTR, p.373; 75 ILR, p. 595; y Principios 15 y 18 de 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",* Resolución G.A. Res. 60/147, Preámbulo, UN.Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2006). *Cfr.* The WB, Guidelines of the Treatment of Foreing Direct Investment; 1962. *Texaco* case 17 ILM, 1978, pp. 3, 29; 53 ILR, pp. 389, 489; *Aminoil* case

55. En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado la norma contenida en el artículo 1º del Protocolo No. 1, considerando que existe un derecho intrínseco a recibir una indemnización por la privación de la propiedad[89]. Asimismo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución No. 1803 señaló que dentro del marco de la soberanía de un Estado para la expropiación por causas de utilidad pública se encuentra el deber de éste de pagar al dueño la compensación apropiada[90]. Más aún, el principio según el cual es exigible la indemnización en caso de expropiación ha sido reafirmado por la jurisprudencia internacional[91].

56. Asimismo, en el caso de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte en el caso del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam* consideró que "el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención 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"[92].

57. Al respecto el Juez Manuel Ventura Robles en su voto concurrente en el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador* determinó que:

> "[E]l artículo 21 de la Convención hace referencia al pago de una justa indemnización, la cual según este Tribunal deberá ser adecuada, pronta y efectiva, ya que ésta es una de las medidas mediante las cuales el Estado puede cumplir con el objetivo de lograr un justo equilibrio entre el interés general y el interés particular. De tal forma, que la Corte considera que para analizar la concurrencia de un justo equilibrio en el presente caso, es necesario observar tanto si se otorgó una justa indemnización, así como otros factores relevantes tales como la existencia de un excesivo tiempo transcurrido, cargas desproporcionadas o situaciones de incertidumbre de los derechos del propietario, las cuales contravienen el justo equilibrio que busca tutelar el artículo 21, así como el objeto y fin de la Convención"[93].

58. En los casos *Sawhoyamaxa* y *Xakmók Kasek* ambos contra el Estado paraguayo, la Corte determinó como parte de la violación al artículo 21 la ausencia de reivindicación de los territorios ancestrales de dichas comunidades. Para poder resolver estos asuntos, la Corte tomó en cuenta que "[l]a base espiritual y material de la

---

21 ILM, 1982, p. 1032; 66 ILR, p. 601; y Permanent Sovereignty Resolution; 1974 Charter of Economic Rights Direct and Duties of States.

89 *Cfr.* ECHR, *James v. UK,* Judgment of February 1985, Application no. 8793/79, párr. 54; y ECHR, *Lithgow and Others v. the United Kingdom,* Judgment of July 1986, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/8, párrs. 114 and 120.

90 *Cfr.* Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales " (1962).

91 *Cfr.* International Centre for Settlement of Investment Disputes, Arbitration between *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. and The Republic Of Costa Rica* Case No. ARB/96/1; *Asunto BP (British Petroleum Exploration Co. v. Libyan Arab Republic*, octubre 10 de 1973 y agosto 1 de 1974; *Asunto Liamco*; y P.C.I.J *The Factory At Chorzów,* Judgment No. 7 (May 25th, 1926).

92 *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr**.** 140.

93 *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, Voto concurrente a la Sentencia del Juez Manuel Ventura Robles, pág. 2.

identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá"[94]. Además, agregó que "[d]icha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura"[95].

59. Además, la relación con las tierras debe ser posible[96]. Éste elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales[97]. En otras palabras, la Corte ya ha reconocido que las violaciones que tengan incidencia directa en el territorio de los pueblos indígenas a la luz de lo dispuesto por el Artículo 21 de la Convención deben ser analizadas considerando esta relación especial, que sin duda no existe en circunstancias ordinarias en personas o grupos de personas que no son indígenas.

ii) El no pago de indemnización como violación continuada en el caso de las comunidades indígenas Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano

60. Tal y como consta en la Sentencia, el pueblo indígena Kuna ha habitado la región del Bayano al menos desde el siglo XVI. Los Kuna tradicionalmente practican la agricultura de corta y quema y dependen para su subsistencia casi exclusivamente de la agricultura y la caza[98]. Por su parte, entre el siglo XVII y XVIII una parte del pueblo indígena Emberá migró desde la región del Chocó en Colombia a territorio que hoy es panameño, asentándose a orillas de los ríos de la actual Provincia de Darién. A principios del siglo XIX una parte del pueblo Emberá se trasladó a la región de Bayano. El pueblo Emberá se dedica tradicionalmente a la caza, pesca y artesanía[99].

61. Asimismo, se señala en la sección de hechos de la Sentencia, que en 1963 el Estado propuso la construcción de una represa hidroeléctrica (llamada Hidroeléctrica Ascanio Villalaz o Complejo Hidroeléctrico de Bayano) en la región del Bayano, la cual suponía la creación de un lago artificial y un embalse que cubriría aproximadamente

---

94 *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214 párr. 112 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131

95 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131

96 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 131 a 132 y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214 párr. 113

97 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 132 y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214 párr. 113.

98 Párr. 60 de la Sentencia.

99 Párr. 61 de la Sentencia.

350 km^2 del área. Posteriormente, el 8 de mayo de 1969 el Estado adoptó el Decreto de Gabinete No. 123 el cual señaló que "con motivo de la construcción del Proyecto del Río Bayano parte de la actual Reserva Indígena, en el Alto Bayano, será inundada por la obra de embalse" y que era "deber del Estado proveer el área necesaria para la reubicación de los moradores de la reserva mencionada desalojados por la obra de embalse". Como compensación del "área de la actual Reserva Indígena que será inundada" por dicho proyecto, se disponía el otorgamiento de nuevas tierras (adyacentes y ubicadas al Este de la reserva indígena) declaradas "inadjudicables"[100].

62. Igualmente, este Tribunal dio por probado que el 8 de julio de 1971 se promulgó el Decreto de Gabinete No. 156 por el cual se estableció un *"Fondo Especial de Compensación de Ayuda para los Indígenas del Bayano*" para los indígenas que habitaban la reserva indígena del Bayano dentro de las áreas declaradas inadjudicables por el Decreto de Gabinete No. 123. Dicho Decreto consideró que "*los grupos indígenas que habitan en la actual Reserva Indígena del Bayano tendrán que abandonar las tierras que ocupan debido a la ejecución de las obras del Proyecto Hidroeléctrico del Bayano*" y que "estos grupos tendrán que ubicarse en las áreas establecidas como inadjudicables por el Decreto de Gabinete No. 123". Asimismo, ese Decreto reconoció que "*la mudanza a nuevas áreas implica para los indígenas grandes esfuerzos, acompañados de erogaciones económicas considerables, todo lo cual justifica, por razones de humanidad, las ayudas que el Estado acuerde a su favor*" y dispuso que el "Servicio Forestal del Ministerio de Agricultura y Ganadería entregará a los representantes oficialmente reconocidos de los indígenas el monto de los ingresos que en virtud del artículo [segundo] formen parte del fondo especial de compensación y ayuda de que trata este Decreto de Gabinete"[101].

63. El Estado inició la construcción de la hidroeléctrica en 1972. Además, se creó el Proyecto de Desarrollo Integral del Bayano mediante el Decreto No. 112 de 15 de noviembre de 1973, el cual dispuso "[r]ealizar el traslado y reubicación de las comunidades ubicadas en las aéreas del embalse [y otras areas]". De 1973 a 1975 se realizó el traslado de los pueblos Kuna y Emberá en el Alto Bayano. Las comunidades Emberá se trasladaron inicialmente a otros lugares que resultaron inadecuados por lo que se reubicaron nuevamente a las actuales tierras. La construcción de la hidroeléctrica terminó el 16 de marzo de 1976. Como consecuencia de la construcción, varias aldeas indígenas quedaron inundadas y sus habitantes fueron reubicados[102].

64. La Corte determinó que entre 1975 y 1980 las autoridades estatales firmaron cuatro acuerdos principales con los representantes indígenas. Primero el acuerdo de Majecito en 1975 con los Emberá que se refirió a los lineamientos generales de la reubicación de dicha Comunidad, y posteriormente los acuerdos de Farallón en 1976; de Fuerte Cimarrón en 1977, y de la Espriella en 1980 con los Kuna de Mandungandí los cuales se refirieron a las indemnizaciones supuestamente acordadas entre las partes, como compensación de la inundación de las tierras indígenas y su desplazamiento. En los años posteriores a estos acuerdos, se realizaron varias reuniones entre dichas partes con el fin, principalmente, de buscar una solución al conflicto sobre las tierras entre los indígenas y los colonos, así como reconocer los derechos sobre las tierras de los indígenas Kuna y Emberá[103].

---

100 Párr. 63 de la Sentencia.

101 Párr. 64 de la Sentencia.

102 Párr. 65 de la Sentencia.

103 Párr. 66 de la Sentencia.

65. Así, al comienzo de los años 80, se constituyó una Comisión de carácter interinstitucional que se encargaría "del Ordenamiento y Manejo Integral de la Cuenca Hidrográfica de Alto Bayano" que se propuso como tarea, entre otros, hacer un primer estudio de la situación de tenencia de la tierra en algunas áreas que se consideraban conflictivas y entrar a definir los límites entre la Reserva de Madungandí y los colonos. Del mismo modo, el 23 de abril de 1982, el Gobierno promulgó el Decreto No. 5-A que reglamentó la adjudicación de parcelas, a título de venta, a colonos y ocupantes de tierras rurales declaradas como propiedad estatal, excluyendo las áreas de las tierras de los indígenas Kuna y Emberá. Posteriormente, el 3 de agosto de 1984 representantes del Estado, del pueblo Kuna y de la Corporación Bayano firmaron un "Convenio de Acuerdo Mutuo" el cual estableció, *inter alia*, que "*se h[izo] ineludible cumplir con las responsabilidades adquiridas por el Gobierno Nacional con las comunidades indígenas Kunas ubicadas en el área*" y que "uno de los compromisos adquiridos se refiere a la creación de la Comarca Kuna de Madungandí"[104].

66. Posteriormente, al comienzo de los años 90' se incrementó la incursión de personas que no son indígenas a las tierras de las comunidades Kuna y Emberá, y se intensificó la conflictividad en la zona, que originó múltiples respuestas estatales como la creación de un "Equipo Interdisciplinario Gubernamental", integrado por varias entidades estatales el cual elaboró un acuerdo firmado el 23 de marzo de 1990 por dichas entidades y dos comisionados indígenas del Bayano. Después, el 16 de julio de 1991 se firmó el "Acuerdo de Trabajo para el Reordenamiento Territorial de Alto Bayano".[105]

67. El 24 de enero de 1992 el Director General de la Corporación para el Desarrollo Integral del Bayano emitió la Resolución 002 resolviendo recuperar dichas tierras y "[e]stablecer un programa de ordenamiento territorial con el propósito de resolver de manera permanente los conflictos existentes". El 17 de marzo de 1992 el Ministro de Gobierno y Justicia emitió la Resolución No. 63 la cual se refirió a la referida Resolución 002 y confirió a la Gobernación de la Provincia y la Alcaldía de Chepo las facultades necesarias para ordenar la reubicación de los "[C]olones invasores en las áreas de conflicto"[106].

68. En lo sucesivo se verificaron diversos actos estatales como la integración de una Comisión Mixta, integrada por representantes estatales e indígenas, la cual elaboró un estudio sobre la creación de una comarca para los Kuna y la demarcación de las tierras colectivas de las 42 comunidades Emberá,[107] el 31 de enero de 1995 fue celebrada una reunión entre autoridades estatales, el Cacique General de Madungandí y representantes de los campesinos de las diferentes comunidades en conflicto y fue suscrito un acuerdo. Asimismo el 29 de diciembre de 1995 se aprobó la ley creando la Comarca Kuna de una superficie aproximada de 1,800 km2, la cual fue refrendada como Ley No. 24 el 12 de enero de 1996[108].

---

104 Párr. 67 de la Sentencia.

105 Párr. 68 de la Sentencia.

106 Párr. 69 de la Sentencia.

107 Párr. 70 de la Sentencia.

108 Párr. 71 de la Sentencia.

69. A raíz de diversos problemas surgidos por conflictos con "colonos" en la zona, según los hechos del caso, se crearon Mesas de Concertación en torno al Programa de Desarrollo Sostenible del Darién desde 1996 lo que originó que entre abril y junio de 2000 se llevara a cabo la demarcación física de la Comarca Kuna, proceso que fue realizado en coordinación con los representantes indígenas[109]. Sin contar los diversos esfuerzos en el sistema interamericano para buscar una solución amistosa a esta situación,[110] y la creación de una Comisión de Alto Nivel Presidencial, así como el establecimiento de un procedimiento para la adjudicación de propiedad colectiva de tierras indígenas y la delimitación de tierras Emberá[111].

70. Aquí cabe recordar que una violación continuada "es la violación de una obligación internacional por medio de un acto de un sujeto de derecho internacional extendido en el tiempo y que causa una duración o continuación en el tiempo de dicha violación"[112]. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional ha dispuesto que "*La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*"[113]. Asimismo, ha dispuesto que "*La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación*"[114].

71. En este caso, es claro que la obligación no cumplida es la presunta falta de indemnización, la cual se debió haber otorgado a partir de lo dispuesto por el Artículo 21.2 que prevé el pago de una "justa indemnización" la cual debe ser a criterio de este Tribunal "adecuada, pronta y efectiva".

72. Adicionalmente, los diferentes hechos del presente caso, podrían catalogarse, a la luz del derecho internacional, como un *hecho compuesto*. El cual se puede definir como *"[l]a violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, [que] tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito*"[115]. Así, "*la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional*"[116]. Los hechos compuestos siempre consisten en una serie de actos individuales del Estado que se suceden unos a otros en

---

109 Párrs. 72 a 75 de la Sentencia.

110 Párrs. 76 y 77 de la Sentencia.

111 Párrs. 78 a 84 de la Sentencia.

112 Joost Pauwelyn, 'The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems' [1996] 66:1 BYIL 415, 415.

113 Artículo 14.2 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.

114 Artículo 14.3 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.

115 Artículo 15.1 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.

116 Artículo 15.2 de los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional.

una secuencia separada de cursos de conducta, acciones u omisiones adoptadas en casos separados pero que en su conjunto contribuyen a la comisión del acto en su conjunto en cuestión[117]. Considerados de forma separada, estos actos pueden ser lícitos o ilícitos, pero ellos se encuentran interrelacionados por tener la misma intención, contenido y efectos[118].

73. La problemática en torno al presente caso que ha afectado a las comunidades indígenas Kuna y Emberá ha sido consistentemente reconocida por el Estado tanto a nivel político, administrativo, así como materialmente legislativo, todo esto acompañada de una afirmación categórica en el Decreto de Gabinete 156 de 8 de julio de 1971 en el sentido de que "*la mudanza a nuevas áreas implica para los indígenas grandes esfuerzos, acompañados de erogaciones económicas considerables, todo lo cual justifica, por razones de humanidad, las ayudas que el Estado acuerde a su favor*". Los diversos actos estatales en diferentes momentos reconociendo la situación desventajosa de las víctimas del presente caso a partir de la expropiación de sus territorios demuestra esta continuidad en los hechos.

74. La presente ha sido una situación conformada por diferentes circunstancias que si bien empezaron antes de la competencia contenciosa de este Tribunal Interamericano se han extendido hasta la fecha. La Corte alcanzó a ver parte de estas circunstancias parcialmente respecto a la falta de delimitar, marcar y titular las tierras de los indígenas Kuna y Emberá[119], entrando al fondo y declarando violado el artículo 21 de la Convención Americana; sin embargo, de manera contraria, no se hace respecto a la obligación de indemnizar que también conforma una obligación particularmente señalada en el artículo 21.2 del Pacto de San José ("indemnización justa") respecto al derecho de propiedad, como se ha venido analizado en el presente voto.

75. Al analizarse la excepción preliminar sobre falta de competencia *ratione temporis* no se entra a la discusión sobre si los hechos en el presente caso constituían por sí mismos una situación continuada; por el contrario, el criterio mayoritario opta por dejar implícito que no lo eran, sin entrar en detalle a este delicado problema jurídico en el caso concreto en detrimento del legítimo derecho a obtener una "indemnización justa" a los pueblos indígenas conforme lo prevé el artículo 21.2 del Pacto de San José.

76. De ahí se explica la razón por la que la mayoría de la Corte estuvo de acuerdo en invocar el precedente en el *caso García Lucero* (véase *supra* párr. 39 del presente voto) que establece que "*la integralidad o individualización de la reparación solo p[uede] apreciarse a partir de un examen de los hechos generadores del daño y sus efectos*"[120]. Considero que este precedente en nada modifica la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza de las violaciones continuas. En mi opinión, este

---

[117] ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of its 30th Session' (8 May–28 July 1978) UN Doc A/33/10, 226.

[118] ILC, 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its 30th session' (1978) YB of the ILC, 1978, II, part 2, UN Doc A/CN.4/SER.A/1978/Add.l (Part 2), 93.

[119] Párrs. 107 a 146 de la Sentencia.

[120] *Caso García Lucero y otras Vs. Chile*. *Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 37.

precedente no es aplicable al presente caso por ser esta una situación continuada[121], debiendo haberse entrado al análisis específico sobre "la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí ("Kuna") y Emberá de Bayano ("Emberá") y sus miembros, por el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales", tal y como fue presentado el caso a este Tribunal Interamericano[122].

77. El criterio mayoritario, asimismo, trata de realizar la distinción con el caso *Moiwana v. Suriname*[123] —precedente que reconoció la existencia de efectos continuados a partir de diversas violaciones a derechos humanos—. Si bien es cierto que el presente caso no es exactamente igual a aquél, es pertinente aclarar que conforme a los hechos probados del presente caso, conforme al derecho internacional y en especial al derecho internacional de los derechos humanos, existían precedentes suficientes —que se han tratado de destacar, véanse *supra* párrs. 40 a 51 del presente voto— que de haberse aplicado siguiendo el principio *pro persona*, hubiesen guiado a este Tribunal Interamericano a una decisión diferente respecto a esta excepción preliminar, especialmente considerando que el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones está relacionado con el despojo e inundación a territorios ancestrales de pueblos indígenas. Consecuentemente, de haber desechado la excepción preliminar formulada por el Estado sobre la competencia *ratione temporis*, la Corte también pudo haber entrado a resolver la cuestión de si este reclamo era o no prescriptible[124].

78. Por último, es pertinente advertir que sería una falacia y un argumento de reducción al absurdo (*reductio ad absurdum*) pretender que cualquier tipo de expropiación de tierras indígenas presente, futura, pero sobre todo del pasado, constituye por ese solo hecho una situación continuada. Realizar dicha afirmación crearía una absoluta falta de certeza jurídica respecto a cualquier propiedad en el continente americano. Sin embargo, adoptar tajantemente la posición opuesta en lo general, sin analizar las circunstancias particulares de cada caso resulta desproporcional —como sucedió en el presente caso en el que se está ante una *situación continuada por un hecho compuesto relativo al incumplimiento del pago de la indemnización*—, dejando en desventaja a grupos de personas y comunidades que esta misma Corte ha reconocido como poseedores de una protección particular por parte del derecho internacional de los derechos humanos.

---

121 Este precedente si bien es correcto al resultar incluso coincidente con lo dispuesto por la Comisión de Derecho Internacional en los Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que en su Artículo 14.1 dispone que "*La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren*." Sin embargo, en el presente caso no estamos ante hechos aislados de consumación instantánea sino ante una situación continuada.

122 Precisamente la Comisión Interamericana somete el caso ante la Corte, *inter alia*, por la violación continuada al derecho de propiedad, precisamente por incumplimiento de pago de indemnizaciones por el despojo de las tierras ancestrales. Véase párr. 1 de la Sentencia.

123 En este sentido, el *caso Moiwana* encuentra mayor correspondencia con otros precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como los casos *Loizidou Vs. Turquía,* y *Chipre Vs. Turquía* (véase *supra* párr. 43 del presente voto) más que con casos que se encuentran principalmente relacionados con la falta de pago de indemnizaciones.

124 En el párr. 45 de la Sentencia "la Corte considera innecesario pronunciarse sobre la referida excepción ya que ha sido acogida la excepción por falta de competencia *ratione temporis*, en relación con las indemnizaciones" , lo que queda reflejado en el Resolutivo 2 del fallo.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario