



PRESENTACIÓN DE AMICUS CURIAE Exp. 352-11 Magistrado Ponente: Víctor L. Benavides	Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por Félix Wing Solís en nombre y representación de Adelaida Miranda, Ítalo Jiménez, Eugenio Carpintero y Manolo Miranda, contra la Resolución DIEORA IA-332-2008 de 9 de mayo de 2008, de la Autoridad Nacional del Ambiente.
--	---

H. Magistrado Víctor Leonel Benavides Pinilla
Presidente
Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo
Corte Suprema de Justicia
Ciudad de Panamá, Panamá

Referencia: Amicus Curiae dentro del proceso que contiene la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por Félix Wing Solís en nombre y representación de Adelaida Miranda, Ítalo Jiménez, Eugenio Carpintero y Manolo Miranda, contra la Resolución DIEORA IA-332-2008 de 9 de mayo de 2008, de la Autoridad Nacional del Ambiente.

Reciba un cordial saludo. La Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), el Center for International Environmental Law (CIEL) y Earthjustice comparecemos respetuosamente ante su despacho para presentar un escrito de *amicus curiae* en el proceso de nulidad descrito en el margen superior derecho.

AIDA es una organización no gubernamental de carácter hemisférico, cuya misión es fortalecer la capacidad de las personas para garantizar su derecho individual y colectivo a un ambiente sano por medio del desarrollo, aplicación y cumplimiento efectivo de la legislación nacional e internacional. CIEL es una organización no gubernamental dedicada a la defensa del interés público global que emplea la fuerza del derecho para la protección del ambiente, la promoción de los derechos humanos y la promoción de una sociedad justa y sostenible. Earthjustice es una organización no gubernamental de interés público dedicada a la protección de los magníficos sitios, recursos naturales y vida silvestre de la tierra, y la defensa del derecho de todas las personas a un ambiente sano.

La Constitución Política de la República de Panamá establece en su artículo 4 que “[l]a República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”¹. La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha declarado que “la correcta inteligencia del artículo 4 de la Constitución

¹ Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Panamá (1972).



Nacional permite establecer que la República de Panamá se reconoce como un Estado soberano que hace parte de un entorno global; y que dentro del concierto de naciones es respetuosa de los principios fundamentales y obligaciones que emanan del Derecho Internacional”². Aún más la Corte ha destacado que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales “atinentes a ciertos derechos civiles y políticos” son considerados parte de la Constitución³.

Así, con la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁶ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷, el Estado panameño asumió las obligaciones contenidas en dichos tratados, incluyendo las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos y las incorpora como derecho interno. Este compromiso se extiende al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de sus tribunales nacionales. Dicha obligación ha sido expresada claramente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana” o “Corte IDH”) en el caso el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*:

[...] [c]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸.

Con base en las obligaciones internacionales del Estado de Panamá antes descritas, el objetivo de este *amicus curiae* es presentar argumentos que sustenten la demanda y por ende la

² Caso de Martín Jesús Molina Rivera, Corte Suprema de Justicia, Gaceta Oficial Digital, No. 26504, p. 2 (5 de abril 2010).

³ Caso de Martín Jesús Molina Rivera, Corte Suprema de Justicia, Gaceta Oficial Digital, No. 26504, p. 2 (5 de abril de 2010); Demanda de Inconstitucionalidad Formulada por Lcdo. Celio E Gutiérrez, Registro Judicial p. 231 (julio de 2001).

⁴ Panamá firmó el Pacto el 27 de julio de 1976 y lo ratificó el 8 de marzo de 1977.

⁵ Panamá firmó el Pacto el 27 de julio de 1976 y lo ratificó el 8 de marzo de 1977.

⁶ Panamá firmó la Convención el 8 de diciembre de 1966 y la ratificó el 16 de agosto de 1967.

⁷ Panamá firmó la Convención el 22 de noviembre de 1968, la ratificó el 8 de mayo de 1978 y depositó su instrumento de ratificación el 22 de junio de 1978.

⁸ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124. Como señala el voto del Juez Eduardo Ferrer en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, de acuerdo a la doctrina del “control difuso de convencionalidad”, el juez nacional se convierte en auténtico guardián de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad.

solicitud de declaratoria de nulidad de la resolución que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Categoría III para la construcción y operación del Proyecto Hidroeléctrico Barro Blanco. Concretamente, presentaremos estándares y jurisprudencia internacional relativa a la protección de comunidades en situación de vulnerabilidad frente a mega proyectos que afectan sus derechos y el ambiente en el que se desarrollan, así como argumentos sobre: (i) la obligación de consultar y obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas y (ii) la obligación de presentar Estudios de Impacto Ambiental (EIA) adecuados para grandes proyectos de desarrollo.

Esperamos que el *amicus curiae* contribuya a que la Honorable Corte desarrolle una jurisprudencia nacional contundente sobre derechos humanos y ambiente y a sustentar el decreto de nulidad de la resolución antes mencionada.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El proyecto hidroeléctrico Barro Blanco se viene desarrollando por la empresa Generadora del Istmo S.A. (GENISA) en el río Tabasará e impacta la provincia de Chiriquí y áreas anexas de la comarca Ngäbe-Buglé (territorio indígena tradicional). El EIA del proyecto se aprobó para una capacidad instalada de 19.86 MW⁹.

El EIA aprobado por la ANAM no proporciona información suficiente sobre las áreas anexas a la Comarca Ngäbe-Buglé¹⁰, sometida a un régimen jurídico especial por ser territorio indígena, que serán afectadas por el proyecto. Como consecuencia, tampoco se analizaron los impactos ambientales y sociales, ni los riesgos diferenciados sobre dichas áreas.

Se espera que la construcción del proyecto Barro Blanco concluya en mayo de 2014. Una vez completada, la represa inundará hogares, escuelas y lugares religiosos, arqueológicos, históricos y culturales de la comarca Ngäbe-Buglé. La represa hará que el río Tabasará pase de ser un río que fluye, a un ecosistema de lago estancado, lo que resultará en cambios significativos e irreversibles en la alimentación y el paisaje de la comarca Ngäbe-Buglé, así como en la reubicación forzada de familias indígenas.

⁹ GENISA presentó una adenda al Estudio de Impacto Ambiental original solicitando a la ANAM la aprobación del aumento de la capacidad instalada del proyecto a 28.84 MW. El 25 de enero de 2010, mediante Resolución AG-0101-2010, la ANAM aprobó la modificación del EIA. El 13 de enero de 2011 la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) también aprobó dicha modificación.

¹⁰ Sobre las áreas anexas a la Comarca el artículo 4 de la Ley 10 de 1997 establece que: “Como áreas anexas, formarán parte de la división política especial de la Comarca Ngöbe-Buglé, las comunidades ubicadas en territorio continental e insular de las provincias de Bocas del Toro, Chiriquí y Veraguas, que se describen en los límites establecidos para la Comarca”. Asimismo, el Decreto Ejecutivo 194 de 1999 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Ngöbe-Buglé establece en su artículo 12 que “las áreas anexas que forman parte de la Comarca Ngöbe-Buglé son las siguientes: Tabasará Arriba, Cerro Venado, Carro Plata, Cerro Pelado, El Piro, Cerro Casa ubicado en la región Kadiriri y las demás áreas anexas e islas que define el artículo 2”.



Cabe destacar que el 8 de febrero de 2008 se produjo el único foro público para este proyecto que fue moderado por la Administración Regional de Chiriquí de la ANAM, en la Escuela de Veladero, corregimiento de Veladero, distrito de Tolé, provincia de Chiriquí. El foro se condujo únicamente en español a pesar de que estuvieron presentes miembros de la etnia Ngäbe y Buglé, cuya lengua materna no es el español, y contó con la asistencia de menos de 60 personas. Asimismo, durante el proceso de aprobación del EIA, en dos ocasiones GENISA presentó información sin que fuera solicitada por la autoridad, lo cual contraviene la normatividad interna, ya que aún así fue tomada en cuenta por la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) en la aprobación del EIA. A pesar de las irregularidades mencionadas y a pesar que en ningún momento del proceso se involucró adecuadamente a los representantes de la comarca Ngäbe-Buglé cuyas comunidades serán impactadas por el proyecto, el 9 de mayo de 2008 la ANAM aprobó el EIA¹¹.

II. EL ESTADO DE PANAMÁ INCUMPLIÓ SUS DEBERES DE CONSULTAR Y DE OBTENER EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO DEL PUEBLO NGÄBE, COMO LO EXIGE EL DERECHO INTERNACIONAL

En la presente sección se analizará el deber del Estado panameño de consultar y obtener el consentimiento del pueblo Ngäbe previo a la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto Barro Blanco, a la luz de los estándares internacionales más relevantes sobre el derecho a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales. Concretamente, se llevará a cabo un análisis que evidenciará que: a. La consulta en el caso Barro Blanco no fue adecuada; y, b. No se obtuvo el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Ngäbe.

El deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas interesados y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que los afecte, así como el deber de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de aprobar proyectos con impactos profundos sobre sus territorios y recursos naturales está ampliamente desarrollado en el derecho internacional. Así, estos derechos se encuentran consagrados expresamente en instrumentos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en la jurisprudencia de los órganos de los tratados de la ONU y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Como se detallará más adelante, las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Comisión Interamericana” o “CIDH”) y de la Corte IDH han sido fundamentales para desarrollar estos derechos, así como los deberes especiales del Estado derivados de los mismos. Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos

¹¹ Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, pág. 3.

de los Pueblos Indígenas (Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas)¹², aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007 con el apoyo de Panamá¹³, y el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo (Convenio No. 169 de la OIT)¹⁴ consagran el derecho a la consulta y en el caso de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.

A. El derecho internacional reconoce el deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que los afecte

El derecho internacional ha reconocido reiteradamente el deber del Estado de consultar con los pueblos indígenas antes de tomar o aprobar acciones que afecten sus derechos. En esa misma línea, basada en la aceptación y práctica generalizada de los Estados, la Corte IDH en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* reconoció que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional”¹⁵. La Corte IDH ha sentado estándares especialmente importantes para abordar casos en los que los derechos de pueblos indígenas o tribales se vean amenazados o afectados por la implementación de proyectos de desarrollo. En particular, se ha referido a este tema señalando que para que un proyecto que se vaya a implementar en territorios ancestrales no implique una denegación de la subsistencia del pueblo indígena, el Estado debe cumplir con tres salvaguardas específicas, a saber:

- (i) la obligación de “efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho a la consulta”

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, adoptada el 10 de diciembre de 2007.

¹³ Panamá fue uno de los 143 países que votó en favor de la resolución. Ver, Asamblea General de las Naciones Unidas, General Assembly Adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples, GA/10612, 13 Sept. 2007, disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>.

¹⁴ A pesar de la no ratificación de Panamá, el derecho a la consulta se ha establecido como una norma convencional y un principio general del derecho internacional sin tener en cuenta si un país ratificó el Convenio No. 169 del OIT. Ver, Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 164. Además, el Estado panameño ha citado “al Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas como instrumentos relevantes para el análisis de los derechos de los pueblos indígenas” y ha reconocido a “aquellos documentos que, sin tener carácter vinculante, seguramente forman parte del debate que crea estándares en materia de derechos humanos”. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Sr. James Anaya, Respuesta del Estado panameño a las observaciones sobre la situación de la comunidad Charco la Pava y otras comunidades impactadas por el proyecto hidroeléctrico Chan 75 (Panamá), A/HRC/12/34/Add.5*, 7 de septiembre de 2009, App. p. 33.

¹⁵ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 164. Ver también, *Informe – Chan 75 (Panamá)*, párr. 23 (citando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

- (ii) la obligación de llevar a cabo un Estudio de Impacto Ambiental (ver *infra* III)
- (iii) compartir los beneficios del proyecto con las personas afectadas¹⁶.

En el caso del *Pueblo de Saramaka Vs. Surinam*, la Corte determinó que “[e]stas salvaguardas, especialmente aquellas referentes a la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo e inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos [del ONU], el texto de distintos instrumentos internacionales y la práctica de varios Estados Parte de la Convención”¹⁷.

Concretamente, la Comisión y Corte Interamericana han establecido que cuando los afectados sean pueblos indígenas, el deber de los Estados de celebrar consultas con ellos conlleva una protección especial¹⁸. Este derecho está intrínsecamente ligado a la necesidad de proteger la relación especial que éstos tienen con sus tierras, territorios, y recursos naturales¹⁹ y

¹⁶ Ver, Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 157 (“[P]ara que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.”); Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

¹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 130 (citando ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27)*, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP “puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”); Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas*, párr. 4(d) (haciendo un llamado a los Estados a “[g]arantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado”).

¹⁸ Ver, Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 177-78; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 133-34; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295, art. 18 (“La DNUPI afirma que los pueblos indígenas tienen al derecho a participar en la toma de decisiones que pueden afectar sus derechos.”); *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 77.

¹⁹ Ver, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129; CIDH, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 142. Ver, Convención Americana sobre

es esencial, especialmente cuando se afecten las tierras o los recursos naturales necesarios para procurar la subsistencia de los pueblos²⁰.

Adicionalmente, se ha reconocido que “la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural”, por lo que el derecho a la consulta debe ser respetado en aras de proteger su derecho a la cultura propia e identidad cultural²¹. Por ello, la Corte Interamericana, tomando en cuenta lo establecido en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio No. 169 de la OIT, también ha reconocido “la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social”²². En igual sentido, la Comisión Interamericana ha reconocido el derecho a la consulta como “implícito” en el derecho de las minorías a sus propia vida cultural, religiosa y lingüística establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ratificado por Panamá el 8 de marzo de 1977²³.

Tomando en cuenta lo anterior, la ausencia de una consulta adecuada en casos en que se pretenda tomar una decisión que pueda afectar derechos de los pueblos indígenas, sus tierras,

Derechos Humanos, arts. 21 (derecho a la propiedad), 1(1) (derecho a la justicia); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, arts. XXIII (derecho a la propiedad), XVIII (derecho a la justicia).

²⁰ Ver, Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 146.

²¹ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 159 (“La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural...” (citación omitida).); Ver también, CIDH, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 155 (“las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por estas comunidades [indígenas] [son] un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual”).

²² Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 217 (“[El Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (citando Considerando quinto del Convenio N° 169 de la OIT); Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245 párr. 215 (“Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio N° 169 de la OIT; y la [Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295]. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural”).

CIDH, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 155.

²³ CIDH, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 154 (citando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 27 (“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”).

territorios, recursos naturales o su cultura, puede conllevar violaciones de otros derechos humanos como la vida, la integridad personal, la libertad de religión, la familia, la salud y el bienestar y el principio de libre determinación²⁴. En esa misma línea, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de la ONU, James Anaya, (en adelante “Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”) sostuvo que “[e]l deber de celebrar consultas es una obligación de procedimiento que se plantea toda vez que los derechos sustantivos de los pueblos pueden verse afectados por una acción determinada”²⁵. Así, tal como lo ha sostenido la Corte IDH desde el caso *Awat Tigni contra Nicaragua* el otorgar concesiones sin consultar a los pueblos afectados constituye una violación de su derecho a la propiedad²⁶.

1. El contenido del derecho a la consulta

Corresponde señalar que para que una consulta sea adecuada debe cumplir con unas características específicas que han sido desarrolladas a nivel internacional. Así, en los casos del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, y del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*²⁷, la Corte IDH identificó los “elementos esenciales del derecho a la consulta, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del Derecho Internacional”, incluyendo las disposiciones de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio No. 169 de la OIT²⁸. En ese sentido, la Corte IDH ha precisado que los criterios esenciales para que una consulta sea adecuada son: a) el carácter previo; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) que sea adecuada y accesible; d) que haya un estudio de

²⁴ CIDH, Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo, párr. 154.

²⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 81.

²⁶ Corte IDH. Caso Mayagna (Sumo) Awat Tigni Vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 79, párrs. 154-156.

²⁷ Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 177 (citando Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134).

²⁸ Ver, por ejemplo, Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 180 (Artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT); Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 18, n. 237 (citando Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 32.3); Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 185 (citando Artículo 6.2 del Convenio N° 169 de la OIT; Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, arts. 19, 32.2); Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 131 (citando (*mutatis mutandi*) Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 32.2) (“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”).

impacto ambiental y social y que éste sea independiente y objetivo, y e) que sea informada²⁹. Así, si las consultas realizadas por los Estados no cumplen con dichos criterios se “compromete la responsabilidad internacional de los [mismos]”³⁰.

Adicionalmente, corresponde señalar que el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su informe sobre el caso de la represa Chan 75 en Panamá, coincidió y reafirmó los elementos antes mencionados³¹.

a. El carácter previo de la consulta

La Corte IDH ha establecido que, “el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo **antes** de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso”³² (resaltado nuestro). Para que ésta sea efectiva, la consulta debe llevarse a cabo “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso”³³ a fin de permitir “un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”³⁴.

²⁹ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 178; Ver, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133 (citando CIDH, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 142) (citación omitida).

³⁰ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 178; Ver, Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 187 (citando Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 19; Artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT).

³¹ *Informe – Chan 75 (Panamá)*, párr. 24; *Informe – Chan 75 (Panamá)*, párr. 26.

³² Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 181 (citando, *inter alia*, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90.). Ver también, Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 19; Artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT.

³³ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 180 (citando Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134) (pies de página omitidos).

³⁴ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 180 (citando Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134) (pies de página omitidos).

b. La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo

Otro de los requisitos establecidos por la Corte Interamericana y consagrados en la DNUPDI y en el Convenio No. 169 de la OIT, es que las consultas sean realizadas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y con el fin de llegar a un acuerdo³⁵. Como explica la Corte IDH, la consulta “no debe agotarse en un mero trámite formal”, y “debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”³⁶. Sobre este punto, la Corte agregó que las “prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales” son incompatibles con el requisito de llevar a cabo consultas de buena fe³⁷.

Igualmente, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su informe sobre la represa Chan 75 en Panamá precisó que:

[...] el hecho de que [un] área esté fuera de una comarca no justifica la falta de aplicación cabal del derecho a la consulta libre, previa e informada [pues], [i]ndependientemente del carácter jurídico que en el ámbito del derecho interno puedan tener las tierras y recursos naturales en cuestión, cuando un proyecto tiene un impacto significativo sobre la vida o existencia de comunidades indígenas, como es el caso de la inundación de los lugares donde viven y llevan a cabo actividades para su subsistencia y del reasentamiento de sus miembros, la consulta deberá realizarse *con el fin de conducir al consentimiento de las comunidades afectadas* antes de la aprobación del proyecto [según la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio No. 169 de la OIT].³⁸

c. La consulta debe ser adecuada y accesible

³⁵ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 177 (citando Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134); Ver también, Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 185 (citando, *inter alia*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, arts. 19, 32.2; Artículo 6.2 del Convenio N° 169 de la OIT). El Convenio 169 de la OIT añade “o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” después de “con la finalidad de llegar a un acuerdo.” Artículo 6.2 del Convenio N° 169 de la OIT.

³⁶ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 186 (pies de página omitidos).

³⁷ Ibid, párr. 186 (pies de página omitidos).

³⁸ Informe – Chan 75 (Panamá), párr. 25 (énfasis añadido) (pies de página omitidos).

Otra característica esencial es que la consulta sea adecuada y accesible³⁹. Así, para que una consulta sea adecuada, el Estado debe realizar la consulta con los pueblos interesados, incluyendo a los afectados, “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”⁴⁰. Los procedimientos apropiados deben determinarse en “referencia a la finalidad de la consulta y [...] por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, [sino que se deben] tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas”⁴¹. En ese sentido, es clara la obligación de los Estados de “realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”⁴², que respeten “el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados”⁴³.

Además, cuando se esté frente a casos de implementación de “planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena]”, para que la consulta sea adecuada, “el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los [pueblos indígenas], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”⁴⁴. Dicho requisito se analizará en la sección II.2. *infra*.

Finalmente, para que la consulta sea accesible, el Estado debe “tomar ‘medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces’, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena”⁴⁵.

d. La consulta informada

³⁹ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 201 (citando Artículo 6.1.a del Convenio N° 169 de la OIT).

⁴⁰ Ibid, párr. 201 (citando Artículo 12 del Convenio N° 169 de la OIT).

⁴¹ Ibid, párr. 202

⁴² Ibid, párr. 165.

⁴³ Ibid, párr. 165.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134; Ver también, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 135 (citando (*mutatis mutandi*) ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, 21 de enero de 2003, párr. 66 (para proyectos a gran escala que podían generar cambios sociales y económicos profundos a comunidades indígenas, que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo.”) y Naciones Unidas, Foro Permanente de Cuestiones Indígenas, *Informe del Seminario Internacional Sobre Metodologías relativas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y los Pueblos Indígenas*, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005).

⁴⁵ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 201 (citando (*mutatis mutandi*) Artículo 12 del Convenio N° 169 de la OIT).

La Corte IDH ha establecido que los Estados “deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales”⁴⁶. Lo anterior implica que “los pueblos indígenas [deben tener] conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”⁴⁷ y que “el Estado [debe] acept[ar] y brind[ar] información” y mantener “una comunicación constante entre las partes”⁴⁸.

e. El Estudio de Impacto Ambiental y Social

Finalmente, además de los requisitos antes mencionados la Corte IDH ha establecido que el Estado debe garantizar que antes de otorgar una concesión o permiso para realizar planes y proyectos de inversión o desarrollo que afecten territorios indígenas o tribales, se realice un estudio de impacto ambiental adecuado y social⁴⁹. Además que éste sea independiente y objetivo. Este elemento será desarrollado en la sección III *infra*.

2. El EIA del proyecto hidroeléctrico Barro Blanco fue aprobado sin llevar a cabo una consulta adecuada con el pueblo indígena Ngäbe conforme a los estándares internacionales aplicables

En el caso Barro Blanco, la ANAM aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Categoría III para la construcción y operación de la hidroeléctrica Barro Blanco mediante la Resolución DIEORA IA-332-2008 de 9 de mayo de 2008, sin haber garantizado el derecho a la consulta adecuada del pueblo indígena Ngäbe, que iba a ser directamente afectado por la construcción de esta represa. Esto se evidencia en una serie de acciones y omisiones en las que la autoridad incurrió, ignorando varias de las características esenciales que debe cumplir un proceso de consulta para que sea considerado adecuado, a la luz de los estándares internacionales aplicables en la materia⁵⁰.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133, n. 130 (citando CIDH, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 142).

⁴⁷ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 208.

⁴⁸ Ibid, párr. 208.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129, y Corte IDH. *Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 205.

⁵⁰ Declaración del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas al concluir su visita a Panamá, 25 de julio de 2013. “Debería haberse consultado adecuadamente al pueblo ngäbe antes del otorgamiento de la concesión para el proyecto hidroeléctrico [Barro Blanco]. En todo caso, y de acuerdo a las normas internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas, no se debería proceder a la inundación de las tierras del pueblo ngäbe, ni afectar de otra manera sus tierras sin un acuerdo previo con las autoridades representativas de este pueblo sobre las condiciones de tal inundación o afectación. Sin el acuerdo o

En primer lugar, el 8 de febrero de 2008, previo a la aprobación del EIA del proyecto Barro Blanco, “se llevó a cabo un único foro público [...] en la Escuela de Veladero, corregimiento de Veladero, distrito de Tolé, provincia de Chiriquí, el cual se realizó solo en el idioma español (castellano)” y contó con la asistencia de menos de 60 personas⁵¹.

Las características de este único foro permiten concluir que la consulta no fue informada ni accesible, y que, en definitiva, este espacio no fue idóneo para garantizar el derecho del pueblo indígena Ngäbe a participar efectivamente en la decisión relativa a la aprobación y ejecución del proyecto hidroeléctrico Barro Blanco que afectará gravemente su territorio ancestral⁵².

Cabe destacar que, no obstante que gran parte de las personas afectadas viven en la comarca Ngäbe-Buglé, el foro se llevó a cabo en la Escuela de Veladero en el distrito de Tolé en Chiriquí, a una distancia aproximada de 50 kilómetros, lo que equivale a unas dos horas de camino, desde la Comarca⁵³. En un Informe de Foro Público de la Administración Regional de la ANAM en la Provincia de Chiriquí, esta recomienda a GENISA “la realización de un Foro Público en el área Comarcal, dado que el proyecto influye en este territorio así como en la Provincia de Chiriquí”. El no seguir esta recomendación implicó que gran parte de los afectados por el proyecto se vieron impedidos de acceder al espacio de consulta. Esto en la práctica significó que éste foro no cumplió con el objetivo de informar plenamente a todos los interesados sobre el contenido, finalidad y los posibles impactos negativos del proyecto hidroeléctrico Barro Blanco.

Lo anterior se relaciona con el hecho de que menos de 60 personas asistieron a dicho foro, de manera que un sector importante de las personas afectadas fue excluido del mismo, violando su derecho a la consulta⁵⁴. Este es tan solo un pequeño porcentaje del total de habitantes en el área de estudio, que de acuerdo al EIA entregado por GENISA, y basado en cifras del año 1990-2000, corresponde a cerca de mil personas⁵⁵.

consentimiento del pueblo Ngäbe el Estado solo podría permitir la afectación a los derechos territoriales de este pueblo, en virtud de un propósito público válido dentro del marco de derechos humanos, y solo, en la medida en que la afectación fuese necesaria y proporcional en relación a ese propósito válido”. Disponible en: <http://www.oacnudh.org/?p=2532>.

⁵¹ Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, pág. 3; GENISA, EsIA-Proyecto: Central Hidroeléctrica Barro Blanco. Cap. 7.3.

⁵² CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1058.

⁵³ Ver, Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, pág. 3. Ver también, *Informe – Chan 75 (Panamá)*, párr. 21.

⁵⁴ Ver, GENISA, EsIA-Proyecto: Central Hidroeléctrica Barro Blanco. Cap. 7.3.

⁵⁵ GENISA, EsIA-Proyecto: Central Hidroeléctrica Barro Blanco. Cap. 7.2.1.1.

Por otra parte, la consulta del proyecto Barro Blanco no fue informada ni accesible pues el Estado panameño omitió tomar medidas para garantizar que los miembros del pueblo pudieran comprender y hacerse comprender en el marco del foro público facilitándoles intérpretes, como lo exige la Corte IDH⁵⁶. Esto, pues el foro se llevó a cabo solo en el idioma español sin la opción de traducción al idioma Ngäbe⁵⁷. Por otro lado, el Estado no proveyó asistencia técnica e independiente⁵⁸ para facilitar la comprensión de la información de los interesados, lo cual también afectó gravemente el derecho del pueblo de conocer plenamente la información y limitó su capacidad de tomar una decisión plenamente informada⁵⁹.

La consulta tampoco fue culturalmente adecuada, pues el foro público “se realizó bajo la moderación de la Administración Regional de Chiriquí (ARACH) de la ANAM, y en ningún momento del proceso se involucró a la Administración Regional de la Comarca [Ngäbe]-Bugle de la ANAM”⁶⁰. Esta situación conlleva un serio incumplimiento de los estándares internacionales mencionados, pues se omitió consultar al pueblo afectado “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”⁶¹.

Por otra parte, vale la pena recordar que la obligación de consultar “es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”⁶². En ese sentido, el Estado de Panamá es el último responsable de garantizar el derecho a la consulta de la comunidad afectada y de ninguna manera esta obligación puede ser delegada al proponente del proyecto, en este caso, a GENISA. Aún si no se lleva a cabo una consulta adecuada, el Estado tiene la obligación de subsanar esta falta para cumplir con su deber de garantizar la consulta.

⁵⁶ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 201 (citando (*mutatis mutandi*) Artículo 12 del Convenio N° 169 de la OIT).

⁵⁷ Ver, Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, pág. 3.

⁵⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 50 y 53.

⁵⁹ Convenio N° 169 de la OIT, artículo 12. El apoyo técnico a los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de consulta puede también interpretarse como uno de los requisitos de la provisión de medios para que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente su derecho a la autonomía.

⁶⁰ Ver, Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, pág. 3.

⁶¹ Artículo 6(1)(a) del Convenio N° 169 de la OIT.

⁶² Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 187; (citando *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009, párrs. 53 a 55) (pies de página omitidos).

Así, las fallas antes descritas permiten concluir que en el presente caso, no se cumplieron los requisitos para garantizar el derecho a la consulta en favor del pueblo Ngäbe⁶³ en relación con el desarrollo del proyecto hidroeléctrico Barro Blanco.

B. El derecho internacional consagra el derecho al consentimiento libre, previo e informado de pueblos indígenas con respecto a los proyectos con mayores impactos sobre sus territorios y recursos naturales

1. El contenido del derecho al consentimiento libre, previo e informado

El derecho internacional reconoce el derecho al consentimiento libre, previo e informado como una protección especial en favor de los pueblos indígenas cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto sobre su territorio.

La Corte Interamericana ha sido enfática en establecer que además de la obligación de llevar a cabo la consulta, “siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro de [un] territorio tradicional [indígena], la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [indígena], debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo [indígena afectado], según sus costumbres y tradiciones”⁶⁴.

Por su parte, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha referido en sus informes a las circunstancias en las que es necesario obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, explicando que:

“[L]a solidez de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias, los derechos y los intereses de los pueblos indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas”⁶⁵.

Asimismo, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece varios supuestos en que un Estado no solo debe consultar sino que también debe obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados antes de tomar

⁶³ Ver, *Informe – Chan 75 (Panamá)*, párr. 21.

⁶⁴ Ver, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 137.

⁶⁵ *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/66/288*, 10 de agosto de 2011, párr. 83.

acciones específicas que puedan afectar sus derechos. Entre otros, este instrumento internacional señala que se debe obtener el consentimiento cuando un proyecto tenga la potencialidad de desplazar un pueblo indígena de su territorio tradicional⁶⁶; antes de aprobar cualquier medida legislativa o administrativa que los afecte⁶⁷, o “antes de aprobar cualquier proyecto, que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”⁶⁸. Adicionalmente, la DNUDPI consagra la obligación de los Estados de proporcionar reparaciones en casos en que se haya privado a los pueblos indígenas de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales⁶⁹, y en casos en que se hayan afectado sus territorios tradicionales, por ejemplo por haber sido tomados o dañados⁷⁰, sin obtener su consentimiento libre, previo e informado.

2. El EIA del proyecto Barro Blanco fue aprobado sin obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Ngäbe, violando los estándares internacionales aplicables en la materia

En el caso Barro Blanco, el Estado panameño estaba en la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígena Ngäbe antes de la aprobación del EIA para la construcción y operación de la represa, tomando en cuenta que se trata de un proyecto a gran escala que tendrá un mayor impacto dentro del territorio ancestral del pueblo indígena y afectará gravemente sus derechos de propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

Los grandes impactos de la construcción de la hidroeléctrica Barro Blanco se reflejan en afectaciones concretas al medio ambiente y a los derechos de la comunidad en cuestión⁷¹. De hecho, según la legislación interna de Panamá, por tratarse de un proyecto “cuya ejecución puede producir impactos ambientales negativos de significación cuantitativa o cualitativa, que amerit[a]n un análisis más profundo para evaluar los impactos”⁷², requirió de la elaboración de un EIA “Categoría III”.

⁶⁶ Ver, Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 10; Artículo 16(2) del Convenio N° 169 de la OIT; Ver también, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 84.

⁶⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 19 (“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”).

⁶⁸ Ibid, art. 32.

⁶⁹ Ibid, art. 11.

⁷⁰ Ibid, art. 28.

⁷¹ Ver Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe de la Misión de Verificación, Realizada del 23 al 28 de septiembre de 2012*, diciembre de 2012, pág. 37.

⁷² Ver, el Decreto Ejecutivo No. 209 de 5 de septiembre de 2006, capítulo I (“Definiciones”).

Entre los impactos que se generarán a raíz de la construcción de la represa, puede mencionarse la afectación directa a la cuenca del río Tabasará. El área de influencia del Proyecto Hidroeléctrico Barro Blanco alberga a comunidades indígenas y campesinas que “practican una economía de subsistencia, en la cual los suelos de aluviones al borde del río representan un activo de importancia vital para la comunidad. Con la conformación del embalse, se estarían perdiendo las pocas tierras productivas con que cuentan estas comunidades”⁷³. Por otro lado, como lo documentó el Informe de la Misión de Verificación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el proyecto no solo generará daños a los territorios tradicionales, y con esto a la propiedad cultural del pueblo Ngäbe, sino que ocasionará el desplazamiento de miembros de la comunidad⁷⁴. Tal como se detalló *supra*, este es uno de los supuestos en los cuales es obligación del Estado contar con el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígena afectado⁷⁵.

En ese orden de ideas, es claro que el proyecto Barro Blanco tiene un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas y no solo requería llevar a cabo un proceso de consulta adecuado con la comunidad, sino que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH⁷⁶ también implicaba la obligación del Estado de abstenerse de aprobar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Ngäbe, a menos que hubiera obtenido el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. En suma, el Estado de Panamá incurrió en violaciones al derecho internacional por no haber llevado a cabo una consulta adecuada, lo que a su vez, hizo imposible obtener el consentimiento del pueblo Ngäbe antes de aprobar la Resolución DIEORA IA-332-2008, que aprobó el EIA del proyecto Barro Blanco.

III. EL ESTADO DE PANAMÁ INCUMPLIÓ CON SU DEBER DE ELABORAR UN ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL ADECUADO DEL PROYECTO BARRO BLANCO DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL

En la presente sección se analizará el EIA del proyecto Barro Blanco a la luz de los estándares internacionales más relevantes sobre la obligación de llevar a cabo EIA adecuados y previos a la implementación de proyectos de desarrollo. Como resultado de dicho análisis se evidenciará que el EIA del proyecto Barro Blanco no fue elaborado de manera adecuada y que

⁷³ Ver Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe de la Misión de Verificación, Realizada del 23 al 28 de septiembre de 2012*, diciembre de 2012, pág. 37.

⁷⁴ Ver, *ibid*, pág. 33.

⁷⁵ Ver Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 10; Artículo 16(2) del Convenio N° 169 de la OIT; Ver también, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 84.

⁷⁶ Ver Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(a).

las instituciones encargadas de su supervisión y aprobación no cumplieron a cabalidad con sus obligaciones legales a nivel interno ni con los estándares internacionales aplicables. Esto refuerza la necesidad de declarar nula por ilegal la Resolución DIEORA IA-332-2008 de mayo de 2008 de la ANAM que aprobó el EIA Categoría III para la ejecución del proyecto “Construcción y Operación Proyecto Hidroeléctrico Barro Blanco”.

En particular, en este apartado nos referiremos a tres fallas fundamentales en el EIA del proyecto Barro Blanco, a saber: A. El EIA sometido a aprobación no contenía información completa sobre los impactos que el proyecto tendría en territorios indígenas anexos a la comarca Ngäbe-Buglé; B. La ANAM no otorgó a las Unidades Ambientales Sectoriales (UAS) el plazo legal para presentar observaciones a toda la información que fue considerada para la aprobación del EIA, y C. El EIA del proyecto Barro Blanco no fue consultado adecuadamente garantizando la participación efectiva de las comunidades.

A. El derecho internacional establece la obligación del Estado de elaborar Estudios de Impacto Ambiental (EIA) adecuados

Como ha sido señalado en la sección *supra* II, para garantizar el derecho a la consulta y, cuando corresponda, el derecho al consentimiento, la Corte IDH ha establecido la obligación del Estado de no otorgar ninguna concesión ni permiso para realizar planes y proyectos de inversión o desarrollo que afecten territorios indígenas o tribales hasta tanto no se realice un estudio previo de impacto social y ambiental, que sea independiente y objetivo⁷⁷.

Asimismo, la elaboración del EIA para proyectos que puedan tener efectos adversos para la diversidad biológica y el medio ambiente es una obligación de derecho ambiental internacional que está consagrada en diversos instrumentos internacionales ambientales como el Convenio sobre Diversidad Biológica⁷⁸, la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional (Convención Ramsar)⁷⁹ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁸⁰.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129, y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 205.

⁷⁸ Artículo 14 del Convenio sobre Diversidad Biológica: “Cada Parte contratante [...]: Establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos y, cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos”.

⁷⁹ Resolución X.17: Evaluación del impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica: orientaciones científicas y técnicas actualizadas, adoptada en la 10ª Reunión de la Conferencia de las Partes en la Convención sobre los Humedales. Disponible en: http://www.ramsar.org/pdf/res/key_res_x_17_s.pdf.

⁸⁰ Principio 17 de la Declaración de Río: “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

Los estudios de impacto ambiental tienen como finalidad “evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión”⁸¹ así como “asegura[r] que los miembros del pueblo [interesado] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”⁸².

La Corte IDH ha determinado que en un contexto de implementación de proyectos de desarrollo e inversión en territorios indígenas los estudios de impacto social y ambiental responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia⁸³. Asimismo, la CIDH en su *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, se refirió a los EIA no sólo como “instrumentos de planificación de proyectos que deben ser tenidos en cuenta para minimizar los impactos negativos de los proyectos de inversión o desarrollo en territorios indígenas –y, en su caso, para la búsqueda de alternativas— sino [también como herramientas] para identificar qué derechos de propiedad comunal serán afectados, y de qué manera, por el proyecto propuesto”⁸⁴.

Para garantizar los derechos a la consulta y, cuando sea aplicable, al consentimiento, el Estado tiene la obligación de llevar a cabo estos estudios **de manera adecuada**. La Corte IDH ha enfatizado la obligación de los Estados de llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas, en el sentido de que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto y que pudieran afectar sus territorios tradicionales⁸⁵. Para cumplir con dicha obligación es fundamental la realización de EIA adecuados “conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”⁸⁶.

Al respecto, el artículo 7.3 del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT se refiere específicamente a la obligación de llevar a cabo EIA cuando se pretenda llevar a cabo un proyecto de desarrollo. Este artículo dispone que:

⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C. No. 185, párr. 40, y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 205.

⁸² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

⁸³ Ibid, párr. 129.

⁸⁴ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, párr. 248.

⁸⁵ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 208.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41 (citando Directrices Akwé: Kon).

[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas⁸⁷.

En esa misma línea, las *Directrices sobre desplazamientos basados en el desarrollo* del entonces Relator Especial sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada, Miloon Kothari, que son aplicables cuando los proyectos implican el desplazamiento de personas o comunidades—como es el caso de Barro Blanco, enfatizan en la necesidad de garantizar la participación de todos aquellos que puedan verse afectados, y señalan que durante el proceso de planificación de una obra se deberá difundir de manera eficaz “información correspondiente por adelantado, en particular los registros de la tierra y los planes amplios de reasentamiento propuestos, con las medidas dirigidas especialmente a proteger a los grupos vulnerables”⁸⁸.

La Comisión Mundial de Represas (CMR) ha resaltado la importancia de los estudios de impacto ambiental y los planes de manejo bien implementados para evitar, minimizar, mitigar, compensar y restaurar los impactos a los ecosistemas⁸⁹. Al respecto, diversos estándares internacionales han establecido la importancia de plantear medidas de mitigación adecuadas en los EIA. Entre ellos, pueden mencionarse las *Directrices Voluntarias Akwé: Kon*⁹⁰ adoptadas en 2004 en el marco de la Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica⁹¹. Estas directrices establecen que los EIA deben evaluar “los probables impactos en el medio ambiente, y [...] proponer medidas adecuadas de mitigación de un desarrollo propuesto, teniéndose en cuenta los impactos entre sí relacionados, tanto beneficiosos como adversos, de índole socioeconómica, cultural y para la salud humana”⁹². Asimismo, la Política Operacional

⁸⁷ Artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT.

⁸⁸ CDH, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Directrices completas para los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo*, U.N. Doc E/CN.4/Sub.2/1997/7 Anexo, 2 de julio de 1997, art. 16.

⁸⁹ Comisión Mundial de Represas, “*Informe Represas y Desarrollo, Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones*” Noviembre de 2000, pág. 188.

⁹⁰ Ver, *Directrices Akwé: Kon*. *Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares*. Disponible en <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>

⁹¹ La Corte IDH, en la sentencia del *Pueblo de Saramaka contra Surinam*, identificó este instrumento como “uno de los más completos y utilizados estándares para EISAs en el contexto de pueblos indígenas y tribales. Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, nota al pie 23.

⁹² Ver, *Directrices Akwé: Kon*. *Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares*. Disponible en <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>, párr. 6.d.

OP 4.01 del Banco Mundial dispone que el objetivos del EIA es “identificar y evaluar las posibles repercusiones ambientales de un proyecto propuesto evaluar alternativas y establecer medidas apropiadas de mitigación, gestión y seguimiento”⁹³.

Finalmente, se debe tener en cuenta que la exigencia de elaborar EIA como garantía del derecho de las comunidades de ser informadas sobre todos los proyectos propuestos en su territorio está íntimamente relacionada con el derecho a la participación de los pueblos indígenas. En ese sentido, la obligación del Estado de supervisar la realización de EIA adecuados coincide con su deber de garantizar la efectiva participación de las comunidades en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de sus territorios ancestrales⁹⁴, es decir, con su deber de “consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones”⁹⁵.

B. El EIA del proyecto Barro Blanco que fue sometido a aprobación no fue elaborado de manera adecuada

1. El EIA del proyecto Barro Blanco que fue sometido a aprobación no detalla adecuadamente los territorios indígenas anexos a la comarca Ngäbe-Buglé que serían impactados por el proyecto, de manera que no cumple con el requisito de informar sobre todos los posibles riesgos generados por el proyecto ni fue llevado a cabo según los estándares internacionales y buenas prácticas

Los EIA deben informar sobre todos los posibles riesgos generados por el proyecto y deben realizarse según los estándares internacionales y buenas prácticas. El EIA del proyecto Barro Blanco sometido a la aprobación de la ANAM el 16 de enero de 2008, no fue elaborado adecuadamente con el fin de evaluar integralmente los impactos del proyecto para que la autoridad pueda tomar una decisión adecuada y además, brindar información completa a la comunidad sobre las consecuencias del proyecto. Concretamente, el estudio que fue sometido a aprobación no detalla “las áreas específicas que serán afectadas por el proyecto planteado [...] particularmente en el caso de las áreas anexas de la Comarca Ngäbe-Buglé sometida a un régimen jurídico especial”⁹⁶. Al no considerar adecuadamente dichas áreas indígenas el EIA que fue sometido a aprobación realizó una evaluación insuficiente de los impactos ambientales y sociales⁹⁷ y no evaluó los riesgos diferenciados que sufrirían los territorios indígenas anexos a la comarca Ngäbe-Buglé que serían impactados por el proyecto⁹⁸.

⁹³ Banco Mundial, Política Operacional 4.01, Anexo A: Definiciones, párr. 2.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 41.

⁹⁵ Ibid, párr. 133.

⁹⁶ Ver, Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, págs. 6 y 7.

⁹⁷ Las Directrices Akwé: Kon se refieren a la necesidad de realizar una evaluación del impacto social de un proyecto determinado, con el fin de valorar “los probables impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo

Ese hecho contraviene lo establecido por la Corte IDH sobre la necesidad de que los estudios sean de carácter social y ambiental, es decir, que incluyan no solo los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente, sino que “incorpor[en] la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia.”⁹⁹

De igual manera, es particularmente preocupante que la ausencia de dicha información en el EIA no solo trajo como consecuencia que no se identificaron las diversas repercusiones del proyecto Barro Blanco en estas zonas, sino que tampoco se propusieron ni evaluaron alternativas ni se establecieron medidas apropiadas de mitigación, gestión y seguimiento dejando en una grave situación de indefensión y vulnerabilidad a los miembros de la comunidad indígena que habitan estos lugares e ignorando importantes estándares internacionales y buenas prácticas aplicables.

Así, la falta de detalle de las áreas anexas de la comarca Ngäbe-Buglé tuvo como consecuencia una restricción del derecho a la participación de los pueblos indígenas afectados, en la medida en que no tuvieron “conocimiento pleno de los [...] riesgos”¹⁰⁰ que conllevaba la construcción de la represa Barro Blanco y de esa forma se puso en riesgo su subsistencia como pueblos indígenas y su relación especial con sus territorios¹⁰¹ ya que, una vez completada la represa inundará hogares, escuelas y lugares religiosos, arqueológicos, históricos y culturales de la comarca Ngäbe-Buglé¹⁰². La represa hará que el río Tabasará pase de ser un ecosistema lótico a uno léntico, lo que resultará en cambios significativos en la alimentación y el paisaje de la comarca Ngäbe-Buglé, así como en el desplazamiento forzado de familias indígenas¹⁰³.

En vista de lo anterior, se concluye que al no contar con un EIA adecuado y completo, los integrantes de la comarca Ngäbe-Buglé tampoco accedieron a toda la información relevante con

propuesto que puedan afectar a los derechos, que tengan una dimensión económica, social, cultural, cívica y política, así como afectar al bienestar, vitalidad y viabilidad de una comunidad afectada”. Cfr. Directrices Akwé: Kon. Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, párr. 6.f. Ver también, Artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT, y CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, párr. 254.

⁹⁸ Ver, Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, pág. 7.

⁹⁹ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, párr. 254. Ver también, Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 133 y 134.

¹⁰¹ Ibid, párr. 129.

¹⁰² Ver, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe de la misión de verificación realizada del 23 al 28 de septiembre de 2012, Panamá, diciembre de 2012, págs. 33, 37.

¹⁰³ Ibid.

el fin de “acept[ar] el plan de desarrollo [...] propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”, como lo exige la Corte IDH¹⁰⁴.

2. La ANAM no otorgó a las UAS el plazo legal para presentar observaciones a la información considerada para la aprobación del EIA del proyecto Barro Blanco limitando su facultad legal de supervisar el contenido del EIA y contraviniendo el requisito internacional sobre la necesidad de que los EIA sean asumidos por entidades independientes y técnicamente competentes bajo la supervisión del Estado

La Corte Interamericana ha establecido que se requiere que los EIA sean “asumidos por entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado”¹⁰⁵. El objetivo de estos requerimientos es asegurar análisis objetivos, imparciales y técnicamente verificables y que, a su vez, el Estado cumpla a cabalidad su obligación de proteger el derecho de propiedad indígena, llevando a cabo los estudios o supervisando la elaboración de los mismos. En todo caso, “dicha labor de supervisión por parte de las autoridades estatales debe asegurar el cumplimiento de los criterios establecidos en las normas pertinentes en relación con los contenidos y condiciones de los estudios de impacto”¹⁰⁶.

Al analizar el proceso de aprobación del EIA del proyecto de Barro Blanco, una de las irregularidades más significativas en el procedimiento consistió en la remisión por la empresa promotora (GENISA) de información complementaria al EIA relacionada con las “presuntas actividades a realizarse con la Comarca Ngäbe-Buglé” sin que mediara solicitud de la DIEORA¹⁰⁷, lo que contraviene el artículo 41 del Decreto Ejecutivo No 209 de 5 de septiembre de 2006 que establece que “[u]na vez presentado el Estudio, no se aceptará con posterioridad la inclusión de partes, capítulos, anexos u otros antecedentes que hubieren quedado pendientes, y que no correspondan a las aclaraciones, modificaciones y ajustes exigidos por la autoridad”. El 4 de abril de 2008 GENISA presentó nuevamente información complementaria sin que mediara solicitud de la DIEORA, violando nuevamente esta norma. Aunado a lo anterior, tal y como fue alegado en la demanda, a pesar de no haber sido requerida, dicha información fue tomada en cuenta por la ANAM en las consideraciones que motivaron la aprobación del estudio¹⁰⁸.

Sin que hubiesen transcurrido los veinte días hábiles otorgados por el reglamento para que todas las UAS “vieran vencida su oportunidad de presentar comentarios a la última

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133. Ver también, CIDH, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, párr. 142.

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

¹⁰⁶ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, párr. 253.

¹⁰⁷ Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, págs. 5 a 7.

¹⁰⁸ *Ibid*, pág. 7.

información complementaria circulada, el Informe Técnico de Evaluación de DIEORA [...] afirmó que se habían cumplido todos los requisitos contenidos en la Ley¹⁰⁹, por lo que se recomendó la aprobación del EIA del proyecto Barro Blanco.

Esta omisión constituyó una falla en el deber del Estado de ejercer una adecuada supervisión del cumplimiento de los requisitos legales y técnicos en el proceso de elaboración del EIA del proyecto Barro Blanco¹¹⁰, toda vez que impidió a las UAS aportar sus opiniones técnicas y ejercer un control de la idoneidad de este Estudio, en los términos previstos en la legislación interna y de conformidad con los estándares internacionales que requieren el “cumplimiento de los criterios establecidos en las normas pertinentes”¹¹¹. En ese sentido, el haber aprobado el EIA del proyecto Barro Blanco sin contar con los conceptos de las UAS pone en duda la labor de supervisión que llevó a cabo el Estado panameño en este caso para “asegurar el cumplimiento de los criterios establecidos en las normas pertinentes en relación con los contenidos y condiciones de los estudios de impacto”¹¹².

3. El EIA del proyecto Barro Blanco no fue consultado adecuadamente garantizando la participación efectiva de las comunidades, conforme a los estándares internacionales aplicables

Tal como se detalló *supra* en la sección II del presente escrito, los Estados deben asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas en relación con todo plan de desarrollo que se lleve a cabo dentro de los territorios ancestrales, asegurándose que las personas afectadas tengan conocimiento pleno de los diferentes tipos de riesgos que conlleva la implementación de un determinado proyecto, para lo cual es esencial la elaboración y presentación de EIA adecuados. En el caso de Barro Blanco, el Estado violó el derecho a la consulta de las comunidades, pues tal como se ha desarrollado anteriormente, no tuvieron acceso a información completa, oportuna y accesible a través del EIA del proyecto Barro Blanco, de tal manera que pudieran conocer todos los riesgos que implicaría la construcción de la represa.

En suma, tal como se alegó en la demanda contencioso administrativa de nulidad que cursa ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de este Honorable Tribunal, las diversas irregularidades en el proceso de aprobación del EIA del proyecto Barro Blanco afectaron directamente diversos derechos de las comunidades indígenas y generaron “una situación de incertidumbre [...] [en la que no es claro si] la Evaluación de Impacto Ambiental

¹⁰⁹ Ver *ibid*, pág. 6.

¹¹⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

¹¹¹ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, párr. 253.

¹¹² *Ibid*.



sirv[e] realmente como un “sistema de advertencia temprana” para prevenir daños irreversibles al ambiente”¹¹³.

IV. Conclusión y solicitud

En conclusión, tal y como ha sido descrito en el presente *amicus curiae* el proceso de elaboración y aprobación del EIA del proyecto hidroeléctrico Barro Blanco desconoció la legislación interna de Panamá e instrumentos y estándares internacionales vinculantes para el Estado. En resumen:

- El procedimiento de consulta llevado a cabo por el Estado no cumplió con los estándares específicos establecidos en el derecho internacional para garantizar el derecho a la consulta del pueblo indígena Ngäbe y Buglé;
- El Estado no obtuvo el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígena Ngäbe-Buglé antes que la ANAM emitiera la resolución que aprueba el EIA para la construcción y operación de la represa Barro Blanco, la cual afectaría gravemente sus derechos sobre su territorio ancestral y recursos naturales;
- El Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la ANAM no daba cuenta de la totalidad de los daños e impactos del proyecto Barro Blanco;
- El procedimiento de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental frustró el goce efectivo del derecho a la información del pueblo indígena Ngäbe-Buglé sobre un proyecto que afectaría sus derechos;
- El procedimiento de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental menoscabó el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado y por ende no garantizó la participación efectiva del pueblo indígena Ngäbe; y
- Las autoridades competentes incumplieron su obligación de supervisar la elaboración de un EIA adecuado en el caso del proyecto Barro Blanco.

Por estas razones, la resolución que aprueba el EIA del proyecto hidroeléctrico Barro Blanco constituye un acto ilegítimo de la autoridad administrativa que debe ser declarado nulo por ilegal.

De conformidad con lo anterior y en apoyo a la demanda, solicitamos respetuosamente a la H. Corte que:

1. Considere y tenga en cuenta las observaciones contenidas en este escrito de *amicus curiae* en su análisis del proceso contencioso administrativo de nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-2008 de 9 de mayo de 2008, y

¹¹³ Ver Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad contra la Resolución DIEORA IA-332-008 de 9 de mayo de 2008, pág. 30.



2. Atienda a las pretensiones de la demanda, declarando nula por ilegal la Resolución mencionada y suspendiendo la ejecución del proyecto Barro Blanco hasta tanto se efectúe una adecuada Evaluación de Impacto Ambiental y se garantice el derecho de los pueblos indígenas afectados a la consulta y el consentimiento libre, libre e informado, conforme a los estándares internacionales aplicables.

Panamá, a la fecha de su presentación.

Del honorable Señor Magistrado Presidente,

Suscriben el presente *amicus curiae* los siguientes representantes de AIDA, CIEL y EARTHJUSTICE,

1. Astrid Puentes Riaño
Co-Directora Ejecutiva
Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA)
apuentes@aida-americas.org

María José Veramendi Villa
Abogada Sénior, Programa de Derechos Humanos y Ambiente, AIDA

Ana María Mondragón Duque
Becaria Derechos Humanos y Ambiente, AIDA

2. Alyssa Johl
Abogada Sénior
Center for International Environmental Law (CIEL)
ajohl@ciel.org

Marcos Orellana
Director del Programa de Salud Ambiental, CIEL

3. J. Martin Wagner
Abogado Coordinador del Programa Internacional, Earthjustice
mwagner@earthjustice.org

Abby Robinson
Abogada Asociada del Programa Internacional, Earthjustice



Magíster TANIA AROSEMENA BODERO
Céd. No. 8-712-925/Idoneidad 7374



Licenciada LUISA ARAÚZ ARREDONDO
Céd. No. PE-11-1881/ Idoneidad 17140

En la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha sido
recibido este escrito, hoy 29 de agosto
de 2013 a las 3:12 de la tarde

437


SECRETARIA