VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. He concurrido con mi voto a la adopción, en esta ciudad de Brasilia, de la presente Sentencia que viene de adoptar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay*. Dada la alta relevancia que atribuyo a la materia tratada en la presente Sentencia, me veo en la obligación de dejar constancia de mis reflexiones personales al respecto, como fundamento de mi posición sobre la materia objeto de la decisión de la Corte, particularmente en cuanto a los siguientes aspectos: a) dos temas centrales: la amplia dimensión del derecho fundamental a la vida y el derecho a la identidad cultural; b) raíces históricas de las privaciones de los miembros de la Comunidad; c) el desplazamiento forzado interno como problema de derechos humanos; d) la inadmisibilidad de la *probatio diabolica*; d) la cuestión del nexo causal: la falta de debida diligencia del poder público; e) el derecho a la vida y la identidad cultural; y f) el sufrimiento de los inocentes y la centralidad de la víctima abandonada como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El campo estará entonces abierto para la presentación de mis reflexiones finales, versando sobre dos puntos: a) los derechos de los pueblos indígenas en la formación y desarrollo del derecho de gentes (*jus gentium*); y b) la gran lección del presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*.

I. Dos Temas Centrales: La Amplia Dimensión del Derecho Fundamental a la Vida y el Derecho a la Identidad Cultural.

2. En el caso de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), su *leading case* sobre la amplia dimensión o alcance del derecho fundamental a la vida, a abarcar también las condiciones de una vida digna, la Corte Interamericana ponderó que

> "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él"[1].

3. Y, en el caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua* (2001), su *leading case* sobre el derecho de propiedad comunal de la tierra ancestral, de miembros de comunidades indígenas, la Corte Interamericana señaló que para los miembros de dichas comunidades la relación con sus tierras no se agota en una simple cuestión de posesión y producción, sino que constituye un elemento material y espiritual básico de su cultura, esencial para la preservación de su legado y su transmisión a las generaciones futuras[2]. En un

---

[1]. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999, Serie C, n. 63, párr. 144.

[2]. CtIADH, Sentencia de fondo del 31.08.2001, Serie C, n. 79, párr. 149.

Voto emitido en aquel caso, se subrayó la *dimensión intertemporal* de la relación de los miembros de aquellas comunidades con sus tierras, así como la necesaria prevalencia por éstos últimos atribuida

> "al elemento de la *conservación* sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de los hechos del *cas d'espèce*.
>
> La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras)[3], en relación con las cuales tenemos obligaciones"[4].

4. El concepto de *cultura*, - originado del "*colere*" romano, significando cultivar, tomar en cuenta, cuidar y preservar, - se manifestó, originalmente, en la agricultura (el cuidado con la tierra). Con Cícero, el concepto pasó a ser usado para cuestiones del espíritu y del alma (*cultura animi*)[5]. Con el *pasar del tiempo*, pasó a ser asociado al humanismo, a la actitud de preservar y cuidar de las cosas del mundo, inclusive las del pasado[6]. Los pueblos - los seres humanos en su entorno social - desarrollan y preservan sus culturas para entender y relacionarse con el mundo exterior, ante el misterio de la vida. De ahí la importancia de la identidad cultural, como componente o agregado del propio derecho fundamental a la vida.

5. Las dos supracitadas Sentencias de la Corte Interamericana, en los casos de "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros*) y de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni*, son verdaderamente pioneras en relación con los dos temas centrales anteriormente mencionados, y han sido muy positivamente recibidas por la doctrina jurídico-internacional contemporánea[7];

---

[3]. Las generaciones futuras comienzan a atraer la atención de la doctrina contemporánea del derecho internacional: cf., v.g., A.-Ch. Kiss, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", 175 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1982) pp. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; E. Agius y S. Busuttil *et alii* (eds.), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1998, pp. 3-197; J. Symonides (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 1-153.

[4]. CtIADH, *loc. cit. supra* n. (2), Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrs. 9-10.

[5]. H. Arendt, *Between Past and Future*, N.Y., Penguin, 1993 [reprint], pp. 211-213.

[6]. *Ibid*., pp. 225-226.

[7]. Cf., específicamente en cuanto al de los *"Niños de la Calle"* (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*), v.g., los libros: CEJIL, *Crianças e Adolescentes - Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, CEJIL/Brasil, 2003, pp. 7-237; Casa Alianza, *Los Pequeños Mártires...*, San José de Costa Rica, Casa Alianza/A.L., 2004, pp. 13-196; y cf. también, v.g., K. Quintana Osuna y G. Citroni, "I minori d'età di fronte alla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo", 2 *Pace Diritti Umani* -

son, asimismo, a mi juicio, expresión correcta del Derecho, y hoy forman parte de la historia de la protección internacional de los derechos humanos. Ambas lograron un notable avance jurisprudencial sobre las materias tratadas.

6. Al constatar, con particular tristeza, en la subsiguiente Sentencia de fondo de esta Corte, en el caso de la *Comunidad Yakye Axa versus Paraguay* (fondo, 2005), un grave retroceso en relación con el amplio alcance del derecho a la vida, además de una lamentable incongruencia en la nueva y restrictiva hermenéutica de la Corte, dejé constancia de mi firme oposición a lo que me pareció - y me parece - una regresión inadmisible. La clara advertencia contra tal retroceso en un Voto Disidente en el referido caso de la *Comunidad Yakye Axa* (fondo)[8], parece haber resonado en la mente de la mayoría de la Corte, que cuidó de no reincidir en su error (del punto resolutivo n. 4 de aquella Sentencia) y rectificar su posición insostenible en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*.

7. En mi reciente Voto Razonado en la Interpretación de Sentencia en el caso de la *Comunidad Yakye Axa* (2006), destaqué la relevancia que atribuyo, en las circunstancias del caso, a la entrega definitiva de sus tierras ancestrales a los miembros de aquella Comunidad (párrs. 2-3 y 6-7), inclusive para la protección y preservación de "su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*" (párr. 13). En la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, la Corte ha correctamente subrayado las medidas positivas para proteger y preservar el derecho inderogable a la vida (párrs. 148-153), y las reparaciones ordenadas (inclusive la devolución de las tierras ancestrales, párrs. 206-211) han tenido presente la necesidad apremiante de preservación de la identidad cultural de la Comunidad en aprecio (párrs. 218-219, 226 y 231).

II. Raíces Históricas de las Privaciones de los Miembros de la Comunidad.

8. En efecto, la injusticia de que padecen los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tiene raíces históricas. En su demanda del 02 de febrero de 2005, la CIDH relató que

> "Un misionero anglicano escribió en 1910 que los Enxet de la zona [del Chaco] en aquel entonces todavía vivían como los dueños de todo su territorio, desconociendo el hecho de que el Estado paraguayo había vendido su tierra a extranjeros, sin consultarles al respecto y menos aún ofrecer una indemnización a cambio"[9].

En su escrito autónomo de argumentos, solicitudes y pruebas, del 18.05.2005, los representantes de las víctimas (de la organización [no-gubernamental] Tierraviva), agregaron que

---

Università di Padova (2005) pp. 55-101, esp. pp. 69-72; entre varias otras publicaciones sobre el mismo caso. Y, específicamente en cuanto al caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicarágua*, el libro: Felipe Gómez Isa (ed.), *El Caso Awas Tingni contra Nicarágua: Nuevos Horizontes para los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 9-279; y cf. también, v.g., C. Binder, "The Case of the Atlantic Coast of Nicaragua: The *Awas Tingni* Case", *in International Law and Indigenous Peoples* (eds. J. Castellino y N. Walsh), Leiden, Nijhoff/R. Wallenberg Institute, 2005, pp. 249-267; entre varias otras publicaciones sobre el mismo caso.

8. Voto Disidente Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles, párrs. 1-24.

9. Página 9, párr. 38 de la referida demanda.

> "Para el año 1950, prácticamente todo el territorio Enxet estaba dividido entre estancias y algunas tierras menores compradas por los anglicanos. El sistema extensivo de explotación establecido en el Chaco toleró la presencia indígena en los establecimientos ganaderos, ya sea como mano de obra barata efectiva o potencial"[10].

9. Como consecuencia de la comercialización de las tierras ancestrales del pueblo indígena Enxet, éstos se vieron desplazados forzadamente. En su supracitada demanda, la CIDH señaló que

> "Ante las deplorables condiciones de vida, miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa [del pueblo Enxet] que habitaban en aldeas ubicadas en estancias privadas decidieron trasladarse a la vera de un camino público, frente a las tierras reivindicadas, en espera que el Estado resolviera su solicitud de reconocimiento de parte de su territorio ancestral"[11].

10. En realidad, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa del pueblo Enxet se encuentran hasta hoy viviendo en condiciones infrahumanas[12], - o sobreviviendo, o varias veces muriendo, - a la vera del camino conocido como ruta Coronel Franco, en los asentamientos de Santa Elisa y kilómetro 16[13]. Esto, - como observan en su supracitado escrito los representantes de las víctimas, - a pesar de que

> "El pueblo Enxet preexiste históricamente al Estado paraguayo conforme a su propio reconocimiento, y por ende y en consecuencia sus derechos sobre sus territorios son anteriores al mismo (...).
> (...) El área reivindicada por la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa es parte de su hábitat tradicional, hecho no controvertido por el Estado paraguayo. A pesar de ello, el Estado no ha garantizado a la Comunidad y a sus miembros la posesión y propiedad de dicho territorio"[14].

11. En su contestación de la demanda, del 13.07.2005, el agente del Estado demandado admite que los referidos pueblos indígenas

> "existen como culturas anteriores a la formación del Estado paraguayo, como reconoce la Constitución nacional"[15], y además "acepta que la legislación vigente en la materia es perfectible"[16], y "lamenta profundamente el fallecimiento" de 31 miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, pero contesta la imputación al Estado de la responsabilidad

---

10. Página 8 del referido escrito.

11. Página 12, párrafo 50 de la referida demanda.

12. Descritas en el párrafo 73.61-75, letras "e" y "f", de la presente Sentencia.

13. Y otras estancias; cf. página 23 del supracitado escrito autónomo de argumentos, solicitudes y pruebas de los representantes de las víctimas.

14. *Ibid*., p. 22.

15. Página 21, párr. 47, de la referida contestación de la demanda.

16. *Ibid*., p. 70, párr. 8.

por dichas muertes[17].

12. Los padecimientos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa se han proyectado en el tiempo. A su lucha por la sobrevivencia, y por la preservación de su *modus vivendi*, se suma el dolor ante la indiferencia y el olvido del medio social. Las condiciones en que sobreviven parecen privarlos de su propia historia. Tienen historia los pobres y abandonados? Fue la pregunta que se planteó en un Foro Internacional organizado, en marzo de 1998, por la UNESCO y la Academia Universal de las Culturas. Ahí se recordó una reflexión, desarrollada por J. Wresinski, fundador del movimiento ATD Cuarto Mundo, en términos elocuentes:

> "El otro día volví a pasar por allí, pero ni siquiera reconocí el lugar donde estaban antes las chabolas, y tampoco el de la ciudad vieja. Y sin embargo, cuántas lágrimas han mojado aquel suelo, cuántos sufrimientos han debido soportar cientos de familias en esos lugares! Cuántos gritos han hendido el cielo! Exteriormente no hay nada que recuerde ese dolor (...). En esos lugares la humanidad ha sufrido como en ninguna otra parte. Hemos visto a niños mendigando, cubiertos de oprobio. Hemos sido testigos de grandes humillaciones. Hemos visto la arbitrariedad enseñorearse sin cortapisas. Hemos presenciado cómo legiones de pobres se han envilecido hasta morir de vergüenza. Quién se enterará de ésto? Quién dará testimonio de ello? (...)
> Los más pobres nos dicen a menudo: no es sólo tener hambre o no saber leer, ni siquiera el no tener trabajo, que es la peor desgracia que le puede ocurrir al hombre; lo más terrible de todo es saber que uno no cuenta para nada, hasta el punto de que se ignora incluso nuestro sufrimiento. Lo peor es el desprecio de nuestros conciudadanos. Porque es ese desprecio el que nos deja al margen de todo derecho, lo que hace que la gente nos rechace, y nos impide ser reconocidos como dignos y capaces de responsabilidades. La mayor desgracia de la extrema pobreza es la de ser una especie de muertos vivientes durante toda nuestra existencia"[18].

13. Los pueblos indígenas siguen luchando desesperadamente por preservar no sólo su cultura, sino su propia historia. Y hay en ésto una gran sabiduría, que ya no tienen los irritantes "modernos" y aún menos los aún más irritantes "pósmodernos". En sus fragmentos, poco conocidos, sobre el griego *Eróstrato y la Búsqueda de la Inmortalidad* y la *Impermanencia* (*circa* 1927), el gran escritor universal Fernando Pessoa ponderaba con acierto que el hombre que no conoce su medio y su pasado es un "bárbaro", o sea, un hombre "totalmente moderno", sin noción de la civilización que lo precedió y lo produjo, y que se limita a encontrar placer en las "novedades"; pero la verdadera y duradera innovación, agregaba,

> "es aquella que ha tomado todos los hilos de la tradición y los ha tejido nuevamente, de acuerdo con un patrón que la tradición no podría haber seguido"[19].

---

17. Cf. *ibid*., pp. 52-60, párrs. 143-163.

18. *Cit. in*: J. Tonglet, "Tienen Historia los Pobres?", *in Por Qué Recordar? - Foro Internacional "Memoria e Historia"* (UNESCO/La Sorbonne, marzo de 1998, ed. F. Barret-Ducroq), Barcelona, Granica, 2002, pp. 51-52 y 54-55.

19. F. Pessoa, *Eróstrato y la Búsqueda de la Inmortalidad*, Buenos Aires, Emecé Ed., 2001 [reed.], pp. 21-22.

III. El Desplazamiento Forzado Interno como Problema de Derechos Humanos.

14. El problema de los desplazados internos, como el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* lo ilustra, es efectivamente un problema de derechos humanos. La vulnerabilidad de la situación de los desplazados resulta precisamente del hecho de que se encuentran ellos bajo la jurisdicción del Estado[20] (su propio Estado) que no tomó suficientes medidas para evitar o impedir la situación de virtual abandono de que vinieran a padecer. La situación de los desplazados internos pude perfectamente - y debe - ser resuelta a la luz de la normativa de los tratados de derechos humanos como la Convención Americana. Como me permití señalar en mi Voto Razonado (párr. 17) en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Surinam* (fondo, Sentencia del 15.06.2005), los *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno* de 1998 de Naciones Unidas determinan que el desplazamiento no puede efectuarse en violación del derecho a la vida - ahí incluido el derecho a un estándar adecuado de vida, el derecho de vivir; - del derecho a la dignidad personal, a la libertad y a la seguridad de las personas afectadas; del derecho al respeto por la vida familiar; del derecho a la educación; del derecho a la igualdad ante la ley[21].

15. El hecho de que se trata de un problema de derechos humanos no significa que la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea suficiente para resolverlo en todas y cualesquiera circunstancias. En efecto, en circunstancias distintas de las del *cas d'espèce*, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados pueden tener - y han tenido - incidencia directa y convergencia en la búsqueda de una solución para salvaguardar los derechos de la persona humana. La cuestión del *retorno*[22] (al hogar, a las tierras ancestrales), por ejemplo, es común a los desplazados internos víctimas de violaciones de los derechos humanos (como en los casos de las *Comunidades Indígenas Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, 2005-2006, atinentes al Paraguay), así como a los refugiados (como en el reciente caso de la *Comunidad Moiwana versus Surinam*, 2005-2006); aquí la cuestión de la propiedad de la tierra ancestral asume una importancia fundamental, inclusive para la preservación del derecho a la vida *lato sensu*, abarcando las condiciones de una vida digna y la necesaria preservación de la identidad cultural.

16. En el presente caso, los padecimientos de los miembros de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* constituyen ya hace mucho un hecho de conocimiento público y notorio. Hace media década, por ejemplo, un *Informe* de situación general de la CIDH advertía para la urgencia y apremiante necesidad de resolver las reivindicaciones de tierra dada "la situación inhumana sufrida por la Comunidad de Sawhoyamaxa"[23]. En el procedimiento contencioso que viene de culminar con la adopción de la presente Sentencia de la Corte, los representantes de las víctimas (de la organización no-gubernamental Tierraviva), en su escrito de alegatos

---

20. M. Stavropoulou, "Searching for Human Security and Dignity: Human Rights, Refugees, and the Internally Displaced", *in The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou and C.J. Dias), Amityville/N.Y., Baywood Publ. Co., 1999, pp. 181-182.

21. Principios 8 y siguientes, 17-18, 20 y 23, respectivamente; cf. ONU, documento E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11.02.1998, pp. 6-10.

22. C. Phuong, *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge, University Press, 2004, pp. 27 y 47-48, and cf. pp. 57, 62, 117, 191 y 212.

23. OAS/Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, doc. OEA/Ser.L/V/II.110/doc.52, de 09.03.2001, p. 134, párr. 48.

finales del 16 de febrero de 2006, argumentaron que la no-adopción de medidas positivas por parte del Estado creó las condiciones que conllevaron a la muerte de varios miembros de la Comunidad de Sawhoyamaxa (p. 45), y señalaron que

> "La mayoría de los niños y niñas fallecidos y fallecidas (...) lo fueron por enfermedades todas prevenibles (disentería, tétanos, enterocolitis, pulmonía, deshidratación, sarampión, neumonía) o tratables médicamente (...). (...) A pesar del conocimiento que el Estado tiene de la especial condición de vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa asentados al costado de la ruta, el Estado no ha tomado las medidas necesarias para evitar la existencia de condiciones objetivas que impiden el disfrute pleno del derecho a la vida de sus miembros"[24].

17. A su vez, la CIDH, en su escrito de alegatos finales también del 16 de febrero de 2006, advirtió que "la Comunidad de Sawhoyamaxa se encuentra en la indigencia total", y reiteró lo señalado en su demanda en el sentido de que

> "31 miembros de la Comunidad, la mayoría niños y niñas, habían fallecido por enfermedades que pudieron prevenirse y curarse, o mejor aún impedirse (...). (...) Lamentablemente, en número de personas fallecidas en la Comunidad por falta de atención médica y como consecuencia directa de las condiciones infrahumanas y de indigencia total en las que vivían, es superior al planteado en la demanda. En consecuencia, la Comisión considera que está acreditado en el presente caso que las muertes de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa acontecidas por falta de atención médica y por vivir en condiciones de vida infrahumanas son imputables al Estado"[25].

18. Algunos de los miembros de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* murieron cuando no tenían más que días, o semanas, o meses de vida[26]. Murieron en la indigencia total, tal como hubieron sobrevivido, en la humillación de la indigencia total (que es la denegación de la totalidad de los derechos humanos), en la borda o el costado de una carretera (que une Pozo Colorado y Concepción), en toda probabilidad sin poder desarrollar un proyecto de vida. Hoy día, por toda parte, en diferentes latitudes, aumentan los marginados, los que mueren, o quizás sobreviven, en el abandono, ante la indiferencia o la insensibilidad del aparato del poder público (más bien orientado a satisfacer intereses privados, en total distorsión de los fines del Estado), haciendo resonar el lamento de Montesquieu en sus *Lettres persanes* (1721):

> "in faut pleurer les hommes à leur naissance, et non pas à leur mort"[27].

19. O haciendo resonar el desahogo final de Machado de Assis, en sus penetrantes *Memórias Póstumas de Brás Cubas* (1881):

> "Não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado da nossa miséria"[28].

---

24. Páginas 46-47 del referido escrito de alegatos finales, y cf. pág. 45.

25. Página 10 del referido escrito de alegatos finales, párrs. 38-39.

26. Cf. relación en los párrafos 61 y 66 de la presente Sentencia.

27. Montesquieu, *Lettres persannes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1964 [reed.], p. 77.

O haciendo aún resonar la más reciente protesta (1998) de Elie Wiesel, Premio Nóbel de la Paz (en 1986), contra la indiferencia ante el sufrimiento de los demás:

"los dos grandes misterios - el nacimiento y la muerte -son lo que todos los seres humanos tienen en común. Sólo el recorrido es diferente. Y cabe a nosotros humanizarlo. (...) Todo ser humano tiene el derecho a la dignidad. Violar este derecho, es humillar el ser humano. (...) Hay que combatir la indiferencia. Ella sólo ayuda el (...) el opresor, (...) jamás la víctima"[29].

IV. La Inadmisibilidad de la *Probatio Diabolica*.

20. En su demanda del 02 de febrero de 2005 en el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos oportunamente recordó la *jurisprudence constante* de esta Corte en el sentido de que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia, la cual no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, y sin perjuicio de la seguridad jurídica y del equilibrio procesal de las partes (párr. 29). En una situación como la presente, imponer a la parte ostensiblemente más débil, desprovista de medios de una subsistencia mínimamente digna, un estándar probatorio más alto, equivaldría, a mi modo de ver, a incurrir en el lamentablemente equívoco de la exigencia de una *probatio diabolica*.

21. Esta última fue así designada en el derecho romano, precisamente en materia de prueba de posesión (para obtener la propiedad), y debió el nombre de *probatio diabolica* al grado de gran dificultad exigida de la parte litigante en cuestión[30]. Ese estándar indebido de *onus probandi* fue invocado en la Edad Media, y ha inclusive sido objetado en el contencioso interestatal contemporáneo[31]. En mi entender, la *probatio diabolica* es enteramente inadmisible en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

22. Esta Corte ha, pues, incurrido, en su mayoría, en un grave error en su anterior Sentencia en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay* (del 17.06.2005), en cuanto a su punto resolutivo n. 4, no sólo en cuanto al derecho material aplicable (atinente al derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión y el derecho a la identidad cultural, *supra*), sino también en materia de derecho procesal. Sin embargo, ha rectificado dicho error en la Sentencia que viene de emitir la Corte en el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, y ha retomado así la línea de su más lúcida jurisprudencia al respecto.

23. En casos de prolongadas violaciones de los derechos humanos, y, en particular, del

---

[28]. Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, 4a. ed., São Paulo, Ateliê Ed., 2004 [reed.], p. 254.

[29]. E. Wiesel, "Contre l'indifférence", *in Agir pour les droits de l'homme au XXIe. siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90.

[30]. H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, University Press, 1967, p. 156.

[31]. A ejemplo de las excepciones preliminares interpuestas por Francia en el caso movido contra ella y otros Estados por Yugoslavia, en razón del *bombardeo por la OTAN* de 1999; Corte Internacional de Justicia, excepciones preliminares de Francia del 05.07.2000, pp. 4 y 16, párrs. 25 y 33.

derecho a la vida, como las del *cas d'espèce*, no se necesitan pruebas adicionales, estando el nexo causal ya demostrado (cf. *infra*). Las obligaciones del Estado son de diligencia y resultado, no sólo de mera conducta (como la adopción de medidas legislativas insuficientes e insatisfactorias). En efecto, el examen de la distinción entre obligaciones de conducta y de resultado[32] ha tendido a efectuarse en un plano puramente teórico, presuponiendo variaciones en la conducta del Estado, e inclusive una sucesión de actos por parte de este último[33], - y sin tomar suficiente y debidamente en cuenta una situación en que súbitamente ocurre un daño irreparable a la persona humana (v.g., la privación del derecho a la vida por la falta de la debida diligencia del Estado).

V. La Cuestión del Nexo Causal: La Falta de Debida Diligencia del Poder Público.

24. En el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* los hechos son clarísimos, y no requieren prueba adicional alguna (lo que equivaldría a una inadmisible *probatio diabolica*, *supra*) en cuanto a la violación del derecho fundamental a la vida. Tal derecho fue violado ante las condiciones infrahumanas de vida a que fueron sometidos los miembros de dicha Comunidad, desplazados forzadamente de sus tierras ancestrales. La muerte de varios de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa es, a mi juicio, una circunstancia *agravante*, por cuanto a la muerte espiritual se siguió la muerte física o biológica, en violación de los artículos 4(1) y 1(1) de la Convención Americana.

25. En mi entender, el nexo causal - que lamentablemente parece continuar a desorientar la mayoría de esta Corte – se encuentra igualmente claramente establecido, en la falta de debida diligencia por parte del Estado en cuanto a las *condiciones de vida de todos los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa*. Se configuró, pues, la responsabilidad internacional *objetiva* del Estado, cuyos fundamentos ya expuse en mi Voto Concurrente, al cual permítome aquí referirme (párrs. 1-40) - en el caso de "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*, Sentencia del 05.02.2001).

26. En el *cas d'espèce*, - tal como correctamente se señaló en un Voto Disidente Conjunto en el anterior caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005)[34], - el nexo causal se encuentra claramente configurado, para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado y la fijación del daño inmaterial, en las condiciones graves e infrahumanas de vida - o sobrevida - a que se encuentran sometidos hace muchos años, por la falta de debida diligencia del Estado, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, condiciones estas que llevaron al fallecimiento - enteramente evitable - de varios de ellos.

27. En la melancólica "pósmodernidad" de la actualidad, parece haberse olvidado de los fines del Estado, consubstanciados, en última instancia, en la realización del bien común. El bien común es el bien de todos (inclusive de los hoy día marginados), y no sólo de algunos. Con ésto, volvemos a los orígenes históricos tanto del Estado nacional, que existe para el ser

---

[32]. A la luz sobre todo de la labor de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados.

[33]. Cf. A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato - Contributo allo Studio degli Obblighi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 50-55 y 128-135.

[34]. Voto Disidente Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles, párrs. 11-13.

humano, - y no *viceversa*, - como del propio Derecho Internacional, el cual no era en sus orígenes un derecho estrictamente interestatal, sino más bien el *derecho de gentes*[35]. La realización del bien común presupone la garantía, por todos los Estados, de condiciones de vida digna de todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones.

VI. El Derecho a la Vida y la Identidad Cultural.

28. El derecho a la vida es, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural. Dicha identidad se forma con el *pasar del tiempo*, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión. En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, mediante su desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad.

29. En su *jurisprudence constante*, esta Corte ha resaltado el carácter fundamental del derecho a la vida, inclusive para el disfrute de los demás derechos[36], y ha advertido que su observancia presenta "modalidades especiales" en determinadas circunstancias[37], particularmente cuando los individuos en cuestión se encuentran en situación de grave vulnerabilidad. Es precisamente lo que ocurre en el presente caso, en que la Corte dejó de razonar más a fondo - como debía - sobre el derecho fundamental a la vida en las circunstancias de marginación social y abandono del *cas d'espèce*.

30. En su escrito de alegatos finales, del 16.02.2006, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, los representantes de las víctimas señalaron que

> "El no poder vivir en su tierra, les ha impedido a los miembros de la Comunidad, entre otras prácticas, enterrar a sus muertos, conforme a sus ritos y creencias"[38].

Se ha, pues, afectado gravemente su identidad cultural. El vivir en sus tierras ancestrales es esencial para el cultivo y la preservación de sus valores, inclusive para su comunicación con sus antepasados.

31. Al respecto, en mi extenso Voto Razonado (párrs. 60-61) en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Sentencia del 15.06.2005), me permití recordar que el respeto a las relaciones de los vivos con sus muertos se encuentra presente en el origen del derecho de gentes, como lo señaló, en el siglo XVII, H. Grotius en el capítulo XIX del libro II de su obra clásica *De Jure Belli ac Pacis* (1625), dedicado al "derecho de sepultura", inherente a todos los

---

[35]. A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", *in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (2005), capítulos I-XXVII, 997 pp. (en prensa).

[36]. En sus Sentencias, v.g., en los casos de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros*, 1999), *Bulacio* (2003), *Juan Humberto Sánchez* (2003), *Myrna Mack Chang* (2003), *Instituto de Reeducación del Menor* (2004), *19 Comerciantes* (2004), *Huilca Tecse* (2005).

[37]. CtIADH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri* (2004), párr. 124.

[38]. Página 48 del referido escrito.

seres humanos, en razón de un precepto de "virtud y humanidad"[39]. Y el propio *principio de humanidad*, - como bien lo recordó el erudito jusfilósofo G. Radbruch, - mucho debe a las culturas antiguas, habiendo se asociado, con el *pasar del tiempo*, a la propia formación espiritual de los seres humanos[40].

32. En mi Voto Razonado subsiguiente (del 08.02.2006) en el mismo caso de la *Comunidad Moiwana* (Interpretación de Sentencia), insistí en la necesidad de reconstrucción y preservación de la identidad cultural (párrs. 17-24), de la cual *el proyecto de vida y de pós-vida* de cada miembro de la comunidad mucho depende; la *conciencia jurídica universal*, - agregué, - ha evolucionado de tal modo a reconocer esta apremiante necesidad, como ilustrado por

> "la tríada de las significativas Convenciones de UNESCO, conformada por la Convención de 1972 sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural; la Convención de 2003 para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; y, más recientemente, la Convención de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales.
>
> La Convención de UNESCO de 1972 advierte en su preámbulo que el deterioro o la desaparición de cualquier ítem del patrimonio cultural o natural empobrece lamentablemente la herencia cultural de `todas las naciones del mundo', pues dicho patrimonio es del mayor interés y necesita ser preservado como `parte del patrimonio mundial de la humanidad como un todo'; de ahí de establecer un `sistema efectivo de protección colectiva del patrimonio cultural y natural de notable valor universal'[41]. La Convención de UNESCO de 2003 busca la salvaguardia del *patrimonio cultural inmaterial* (para ésto invocando los instrumentos internacionales de derechos humanos), conceptualizado éste último como `the practices, representations, expressions, knowledge, skills (...) that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage'[42].
>
> La reciente Convención de UNESCO de 2005 fue precedida por su Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de 2001, la cual conceptualiza la diversidad cultural como *patrimonio común de la humanidad*, y expresa su aspiración a una mayor solidaridad con base en el reconocimiento de la diversidad cultural, de una `conciencia de la unidad de la humanidad'[43]. Con posterioridad a dicha Declaración de 2001, la Convención de 2005, adoptada (el 20.10.2005) después de amplios debates[44], reiteró la concepción de la diversidad cultural como *patrimonio común de la humanidad*, ponderando que "culture takes diverse forms across time and space" y esta diversidad se encuentra incorporada

---

[39]. H. Grocio, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* [1625], tomo III (libros II y III), Madrid, Edit. Reus, 1925, pp. 39, 43 y 45, y cf. p. 55.

[40]. G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3a. ed., México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 153-154.

[41]. *Consideranda* 1 and 5.

[42]. Preámbulo y artículo 2(1).

[43]. Preámbulo y artículo 1 de la Declaración de 2001.

[44]. Cf., e.g., UNESCO/Conferencia General, documento 33-C/23, del 04.08.2005, pp. 1-16, y Anexos; y cf. G. Gagné (ed.), *La diversité culturelle: vers une Convention internationale effective?*, Montréal/Québec, Éd. Fides, 2005, pp. 7-164.

> `in the uniqueness and plurality of the identities and cultural expressions of the peoples and societies making up humanity'[45]. La Convención agregó que la diversidad cultural sólo puede ser protegida y promovida mediante la salvaguardia de los derechos humanos[46].
>
> En mi entender, la conciencia jurídica universal ha evolucionado hacia el claro reconocimiento de la relevancia de la diversidad cultural para la universalidad de los derechos humanos, y viceversa. Ha, además, evolucionado hacia la *humanización* del Derecho Internacional, y la conformación de un nuevo *jus gentium* en este inicio del siglo XXI, de un Derecho Internacional para la humanidad, - y la supracitada tríada de las Convenciones de UNESCO (de 1972, 2003 y 2005) son, en mi percepción, una de las muchas manifestaciones contemporáneas de la conciencia humana en ese sentido[47]" (párrs. 21-24).

33. Aún antes de la adopción de las dos últimas Convenciones de la referida tríada, ya se había manifestado en el seno de la UNESCO el entendimiento según el cual la afirmación y preservación de la identidad cultural, inclusive de las minorías, contribuye a la "liberación de los pueblos":

> "Cultural identity is a treasure which vitalizes mankind's possibilities for self-fulfillment by encouraging every people and every group to seek nurture in the past, to welcome contributions from outside compatible with their own characteristics, and so to continue the process of their own creation"[48].

Un atentado a la identidad cultural, como ocurrido en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, es un atentado al derecho a la vida *lato sensu*, del derecho de vivir, con las circunstancias *agravantes* de los que efectivamente fallecieron. El Estado no puede eximirse del deber de debida diligencia para salvaguardar el derecho de vivir[49].

---

45. Preámbulo, *consideranda* 1, 2 y 7 de la Convención de 2005.

46. Artículo 2(1) de la Convención de 2005. Cf., al respecto, en general, v.g., A.Ch. Kiss y A.A. Cançado Trindade, "Two Major Challenges of Our Time: Human Rights and the Environment", *in Human Rights, Sustainable Development and Environment* (Seminario de Brasilia de 1992, ed. A.A. Cançado Trindade), 2a. ed., Brasilia/San José de Costa Rica, IIDH/BID, 1995, pp. 289-290; A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 282-283.

47. Cf. A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), cap. XIII (en prensa).

48. J. Symonides, "UNESCO's Contribution to the Progressive Development of Human Rights", 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* - Heidelberg (2001) p. 317. Y, sobre la proyección de la cultura en el tiempo, cf., v.g., A.Y. Gurevitch, "El Tiempo como Problema de Historia Cultural", *in Las Culturas y el Tiempo*, Salamanca/Paris, Ed. Sígueme/UNESCO, 1979, pp. 261-264, 272 y 280.

49. Cf., v.g., [Varios Autores,] *Actes du Symposium sur le droit à la vie - Quarante ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle* (eds. D. Prémont y F. Montant), Genève, CID, 1992, pp. 1-91; J.G.C. van Aggelen, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 1-89; [Varios Autores,] *The Right to Life in International Law* (ed. B.G. Ramcharan), Dordrecht, Nijhoff, 1985, pp. 1-314. - El gran teatrólogo rumano Eugène Ionesco advertía que "en nuestro mundo desespiritualizado, la cultura es todavía lo último que nos permite sobrepasar el mundo cotidiano y reunir a los hombres. La cultura une a los hombres, la política los separa"; E. Ionesco, *El*

34. Permítome aquí ir más allá, ingresando en el plano de la deontología jurídica. Tal como sostuve en mi "*Curso General de Derecho Internacional Público*" del año pasado (2205) en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, la humanidad como tal ha emergido como sujeto de Derecho Internacional[50]. La humanidad puede lamentablemente ser victimada, y por eso ha últimamente marcado presencia en la doctrina jusinternacionalista más lúcida. Y aquí, el gran reto de los juristas de las nuevas generaciones, reside a mi juicio en concebir y formular la construcción conceptual de la representación legal de la humanidad como un todo (abarcando las generaciones presentes y futuras), conllevando a la consolidación de su capacidad jurídica internacional, en el marco del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos[51].

VII. El Sufrimiento de los Inocentes y la Centralidad de la Víctima Abandonada como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

35. El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* revela la centralidad, no de la posición del Estado que invoca circunstancias presumiblemente eximentes de su responsabilidad, sino más bien de las víctimas, en una situación de alta vulnerabilidad, y que, aún sobreviviendo en condiciones de indigencia total, y virtual abandono, y que, no obstante, han logrado que su causa fuera examinada por un tribunal internacional de derechos humanos para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. La centralidad de las víctimas, en las circunstancias más adversas, como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pone de manifiesto su *derecho al Derecho*, su derecho a la justicia bajo la Convención Americana, el cual abarca la protección judicial (artículo 25) conjuntamente con las garantías judiciales (artículo 8). Tal derecho abarca toda la protección jurisdiccional, hasta la fiel ejecución de la Sentencia internacional (el derecho de acceso a la justicia internacional *lato sensu*), debidamente motivada, y fundamentada en el derecho aplicable en el *cas d'espèce*. El artículo 25 de la Convención Americana constituye efectivamente un pilar del Estado de Derecho en una sociedad democrática, en estrecha relación con las garantías del debido proceso legal (artículo 8), dando debida expresión a los principios generales del derecho universalmente reconocidos, que pertenecen al dominio del *jus cogens* internacional.

36. Como señalé en mi reciente Voto Razonado en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia del 31.01.2006),

> "La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (*supra*) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la *plena realización* de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los

---

Hombre Cuestionado, Buenos Aires, Emecé Ed., 2002 [reed.], p. 34.

[50]. Como se puede desprender, v.g., del contenido de algunos instrumentos internacionales, sobre todo en los dominios del derecho ambiental internacional, del derecho del espacio exterior y del derecho internacional del mar, así como de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda.

[51]. A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", *in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), cap. XI (en prensa).

> artículos 25 y 8 tomados *conjuntamente*. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrean obligaciones *erga omnes* de protección.
> Posteriormente a su histórica Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 2003[52], la Corte ya podía y debía haber dado este otro salto cualitativo adelante en su jurisprudencia. Me atrevo a alimentar la esperanza de que la Corte lo hará lo más pronto posible, si realmente sigue adelante en su jurisprudencia de vanguardia, - en lugar de intentar frenarla, - y amplíe el avance logrado con fundamentación y coraje por su referida Opinión Consultiva n. 18 en la línea de la continua expansión del contenido material del *jus cogens*" (párrs. 64-65).

Es esta la hermenéutica emancipadora del ser humano que sostengo, con miras a poner fin sea a las arbitrariedades, o a las omisiones, o a la falta de debida diligencia por parte del Estado, a que cabe el papel de garante de los derechos de todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción.

37. Transcurridos siete años desde la Sentencia de fondo de esta Corte en el caso paradigmático de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 19.11.1999)[53], los abandonados y olvidados del mundo vuelven a alcanzar un tribunal internacional de derechos humanos en búsqueda de justicia, en los casos de los miembros de las *Comunidades Yakye Axa* (Sentencia del 17.06.2005) y *Sawhoyamaxa* (la presente Sentencia. En el *cas d'espèce*, los forzadamente desplazados de sus hogares y tierras ancestrales, y socialmente marginados y excluidos, ha efectivamente alcanzado una jurisdicción internacional, ante la cual han en fin encontrado justicia.

38. Hace una década, en las Sentencias de esta Corte sobre excepciones preliminares, de los días 30 y 31.01.1996, en los casos *Castillo Páez* y *Loayza Tamayo*, respectivamente, atinentes al Perú, avancé, en mis Votos Razonados las siguientes consideraciones, a las cuales se siguieron los cambios incorporados en el tercer y cuarto (y actual) Reglamentos de la Corte, que hoy - como siempre he sostenido - otorga *locus standi in judicio* a los peticionarios en todas las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte:

> "(...) Sin el *locus standi in judicio* de ambas partes cualquier sistema de protección se encuentra irremediablemente mitigado, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de directamente vindicarlos.
> En el universo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es el individuo quien alega tener sus derechos violados, quien alega sufrir los daños, quien tiene que cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, quien participa activamente en eventual solución amistosa, y quien es el beneficiario (él o sus familiares) de eventuales reparaciones e indemnizaciones. (...)
> En nuestro sistema regional de protección, el espectro de la persistente denegación de la capacidad procesal del individuo peticionario ante la Corte Interamericana, verdadera *capitis diminutio*, emanó de consideraciones dogmáticas propias de otra época histórica tendientes a evitar su acceso directo a la instancia judicial internacional, -

---

52. En la cual sostuvo la Corte que el principio de la igualdad y la no-discriminación integra el dominio del *jus cogens* internacional.

53. Y cf. también la Sentencia sobre reparaciones del mismo caso, del 26.05.2001.

> consideraciones estas que, en nuestros días, a mi modo de ver, carecen de sustentación o sentido, aún más tratándose de un tribunal internacional *de derechos humanos*.
> En el sistema interamericano de protección, cabe *de lege ferenda* superar gradualmente la concepción paternalista y anacrónica de la total intermediación de la Comisión entre el individuo (la verdadera parte demandante) y la Corte, según criterios y reglas claros y precisos, previa y cuidadosamente definidos. En el presente dominio de protección, todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir al rescate de la posición del ser humano como sujeto del derecho de gentes dotado de personalidad y plena capacidad jurídicas internacionales" (párrs. 14-17).

39. En el mismo año de 1996 se otorgó dicho *locus standi* en la etapa de reparaciones, por el tercer Reglamento de la Corte, del cual fui relator, y, cuatro años después, el cuarto Reglamento (2000), adoptado bajo mi Presidencia del Tribunal, extendió tal *locus standi* a todas las etapas del procedimiento ante la Corte. En efecto, a la personalidad jurídica internacional de la persona humana corresponde necesariamente su capacidad jurídica de actuar, de vindicar sus derechos, en el plano internacional. Esto se materializa a través de su acceso directo - entendido *lato sensu* - a la justicia internacional, implicando un verdadero derecho al Derecho (*droit au Droit*). La consolidación de su capacidad jurídica internacional marca la emancipación del individuo de su propio Estado, ilustrada por su *jus standi* ante los tribunales internacionales de derechos humanos (lo que ya es una realidad ante la Corte Europea). El derecho de acceso (*lato sensu*) a la justicia internacional se ha en fin cristalizado como el derecho a la realización de la justicia en el plano internacional.

40. Ya en la vigencia del tercer Reglamento de la Corte (de 1996), en la Sentencia de la Corte (sobre excepciones preliminares) en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú*, del 04.09.1998, en extenso Voto Concurrente me permití destacar el carácter *fundamental* del derecho de petición individual (artículo 44 de la Convención Americana como "piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana" (párrs. 3 y 36-38). Mediante tal derecho de petición, - "conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", - se operó el "*rescate histórico* de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional" (párrs. 5 y 12).

41. Después de recorrer la *historia juris* de dicho derecho de petición (párrs. 9-15), me referí a la expansión de la noción de "víctima" en la jurisprudencia internacional bajo los tratados de derechos humanos (párrs. 16-19), así como a la *autonomía* del derecho de petición individual *vis-à-vis* el derecho interno de los Estados (párrs. 21, 27 y 29), y agregué:

> "La desnacionalización de la protección y de los requisitos de la acción internacional de salvaguardia de los derechos humanos, además de ampliar sensiblemente el círculo de personas protegidas, posibilitó a los individuos ejercer derechos emanados directamente del derecho internacional (derecho *de gentes*), implementados a la luz de la referida noción de garantía colectiva, y no más simplemente "concedidos" por el Estado. Con el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, mediante el ejercicio del derecho de petición individual, se dio finalmente expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos son inherentes a la persona humana y no derivan del Estado. Por consiguiente, la acción de su protección no se agota - no puede agotarse - en la acción del Estado.
> (...) Si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos. (...) Sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y

> pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*. El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. (...) El derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos" (párrs. 33 y 35).

42. Siendo la vía jurisdiccional la modalidad "más perfeccionada y evolucionada" de protección internacional de los derechos humanos, sostuve en aquel Voto Concurrente que los individuos debían tener "el derecho de acceso directo [a la Corte] independientemente de la aceptación de una cláusula facultativa", como la del artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por sus respectivos Estados (párr. 40). O sea, a mi juicio tanto el derecho de petición individual como la jurisdicción de la Corte Interamericana deberían ser *automáticamente mandatorios* para todos los Estados Partes en la Convención Americana (párr. 41). Y ponderé, en seguida, que

> "Trátase de buscar asegurar, ya no sólo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso y no apenas en la de reparaciones), sino más bien el derecho de acceso directo de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana. Para ésto, prescindirían los individuos de la Comisión Interamericana, la cual, sin embargo, retendría funciones otras que la contenciosa[54], prerrogativa de la futura Corte Interamericana permanente[55].
>
> (...) Más que todo, este salto calitativo atendería, a mi modo de ver, a un imperativo de justicia. El *jus standi* - no más apenas *locus standi in judicio*, - irrestricto, de los individuos,ante la propia Corte Interamericana, representa, - como he señalado en mis Votos en otros casos ante la Corte[56], - la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos.
>
> La jurisdiccionalización del mecanismo de protección se impone a partir del reconocimiento de los roles esencialmente distintos de los individuos peticionarios - la verdadera parte demandante - y de la Comisión (órgano de supervisión de la Convención que presta asistencia a la Corte). Bajo la Convención Americana, los individuos marcan presencia tanto en el *inicio* del proceso, al ejercer el derecho de petición en razón de los daños alegados, como al *final* del mismo, como beneficiarios de las reparaciones, en casos de violaciones comprobadas de sus derechos; no hace sentido negarles presencia *durante* el proceso. El derecho de acceso a la justicia a nivel internacional debe efectivamente hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal (*equality of arms*/*égalité des armes*) en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial a cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, sin el cual

---

54. A ejemplo de la realización de misiones de observación *in loco* y la elaboración de informes.

55. Ampliada, funcionando en cámaras, y con recursos humanos y materiales considerablemente mayores.

56. Cf., en ese sentido, mis Votos Razonados en los casos *Castillo Páez* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 30.01.1996), párrs. 14-17, y *Loayza Tamayo* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 31.01.1996), párrs. 14-17, respectivamente.

> estará el mecanismo en cuestión irremediablemente mitigado.
> (...) El *jus standi* de los individuos ante la Corte es una medida benéfica no sólo para los peticionarios sino también para ellos propios (los Estados que vengan a ser demandados), así como para el mecanismo de protección como un todo. Esto en razón de la jurisdiccionalización, garantía adicional de la prevalencia del *rule of law* en todo el contencioso de los derechos humanos bajo la Convención Americana.
> Si deseamos realmente actuar en la altura de los desafíos de nuestro tiempo, es a la consagración de dicho *jus standi* que debemos prontamente dedicarnos, con la misma clarividencia y osadía lúcida con que los redactores de la Convención Americana divisaron originalmente el derecho de petición individual. Con la base convencional que nos fue legada por el artículo 44 de la Convención Americana, no necesitamos esperar medio siglo para dar expresión concreta al referido *jus standi*. Con la consolidación de este último, es la protección internacional que, en última instancia, en el ámbito de nuestro sistema regional de protección, tendrá alcanzado con eso su madurez" (párrs. 42-46).

43. En el año de 2001, redacté y presenté, como Presidente y relator de la Corte, a la Organización de los Estados Americanos (OEA), como próximo paso a ser dado en esta dirección (y tal como vengo insistiendo hace tiempo), una propuesta de consagración del *jus standi* de los individuos, para presentar sus demandas *directamente* ante la Corte, en forma de bases para un *Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, para fortalecer su mecanismo de protección[57]. Considero esencial que los avances reglamentarios se plasmen en dicho Protocolo, para evitar retrocesos en el futuro, y asegurar el real compromiso de los Estados Partes, dotado de base convencional, con la causa de los derechos humanos internacionalmente protegidos[58].

44. Como me permití ponderar en mi intervención del día 10 de junio de 2003 ante el plenario de la Asamblea General de la OEA en Santiago de Chile[59], la Corte Interamericana, en la evolución de sus procedimientos y de su jurisprudencia, ha dado una relevante contribución a "la consolidación del nuevo paradigma del Derecho Internacional, el nuevo *jus gentium* del siglo XXI, que consagra el ser humano como sujeto de derechos"[60]. El Proyecto de Protocolo que redacté y presenté a la OEA ha constado invariablemente en la agenda de la Asamblea

---

[57]. A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669 (2a. ed., 2003).

[58]. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-455 (2a. ed., 2006). Y cf. A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional", *in XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2001) pp. 33-92.

[59]. Poco después de la realización, en esta ciudad, de una histórica sesión externa de la Corte Interamericana.

[60]. Cf. "Discurso [del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en el Plenario de la Asamblea General de la OEA]", *in*: OEA, *Asamblea General, XXXIII Período Ordinario de Sesiones (Santiago de Chile, Junio de 2003) - Actas y Documentos*, vol. II, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, pp. 168-171.

General de la OEA (como lo ilustran las Asambleas de San José de Costa Rica en 2001, de Bridgetown/Barbados en 2002, de Santiago de Chile en 2003, y de Quito en 2004), y permanece presente en los documentos pertinentes de la OEA del bienio 2005-2006[61]. Espero que en el futuro próximo genere frutos concretos.

45. En mi Voto Concurrente en el primer caso contencioso tramitado enteramente bajo el nuevo y cuarto Reglamento de la Corte, el de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia del 28.02.2003), me permití ponderar, en la misma línea de pensamiento, que

> "En efecto, la afirmación de dichas personalidad y capacidad jurídicas constituye el legado verdaderamente revolucionario de la evolución de la doctrina jurídica internacional en la segunda mitad el siglo XX. Ha llegado el momento de superar las limitaciones clásicas de la *legitimatio ad causam* en el Derecho Internacional, que tanto han frenado su desarrollo progresivo hacia la construcción de un nuevo *jus gentium*. (...)" (par. 24)[62].

Manifestaciones en este sentido se encuentran en la jurisprudencia reciente de esta Corte en materia no sólo *contenciosa*, sino también *consultiva*, a ejemplo de su Opinión Consultiva n. 17, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), el cual se situó en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano, al enfatizar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simples objeto de protección; fue éste el *Leitmotiv* que permeó todo la Opinión Consultiva n. 17 de la Corte[63].

46. Anteriormente, el contencioso del supracitado *leading case* de los *"Niños de la Calle"* (caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999-2001) reveló la importancia del acceso directo de los individuos a la jurisdicción internacional, posibilitándoles vindicar sus derechos contra las manifestaciones del poder arbitrario, y dando un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Su relevancia fue claramente demostrada ante la Corte en el procedimiento de aquel caso histórico, en el cual las madres de los niños asesinados, tan pobres y abandonadas como los hijos, tuvieran acceso a la jurisdicción internacional, comparecieron a juicio[64], y, gracias a las Sentencias en cuanto al fondo y reparaciones de esta Corte[65], que las ampararon, pudieron por lo menos recuperar la fe en la Justicia humana[66].

---

61. OEA, documento AG/RES.2129 (XXXV-0/050), del 07.06.2005, pp. 1-3; OEA, documento CP/CAJP-2311/05/Rev.2, del 27.02.2006, pp. 1-3.

62. Más recientemente recordé esta ponderación en mi Voto Concurrente (párr. 7) en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de dos *Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo del Tatuapé de FEBEM versus Brasil* (Resolución del 30.11.2005).

63. Y afirmado de modo elocuente en los párrafos 41 y 28 de la misma.

64. Audiencias públicas de los días 28-29.01.1999 y 12.03.2001 ante esta Corte.

65. De 19.11.1999 y de 26.05.2001, respectivamente.

66. En mi extenso Voto Razonado (párrs. 1-43) en aquel caso (Sentencia de reparaciones, del 26.05.2001), resalté precisamente este ponto, además de otro virtualmente inexplorado en la doctrina y jurisprudencia internacionales hasta la fecha, a saber, la tríada de la victimización, del sufrimiento humano y de la rehabilitación de las víctimas.

47. Trascurridos cuatro años, el caso del *Instituto de Reeducación del Menor versus Paraguay* vino una vez más demostrar, como señalé en mi Voto Razonado (párrs. 3-4) que el ser humano, aún en las condiciones más adversas, irrumpe como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional. La Sentencia de la Corte en este último caso reconoció debidamente la alta relevancia de las históricas reformas introducidas por la Corte en su actual Reglamento (párrs. 107, 120-121 y 126), vigente a partir de 2001[67], en pro de la *titularidad*, de los individuos, de los derechos protegidos, otorgándoles *locus standi in judicio* en *todas* las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte. Los referidos casos de los *"Niños de la Calle"* y del *Instituto de Reeducación del Menor* son testimonios elocuentes de tal titularidad, afirmada y ejercida ante esta Corte, aún en situaciones da la más extrema adversidad[68].

48. En los cinco últimos años, los individuos peticionarios han pasado a participar activamente en todas las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana, con resultados muy positivos en los tres últimos años. Además, pasaron igualmente a tener participación de las más activas también en el procedimiento consultivo, como ilustrado por lo ocurrido en relación con las históricas Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01 de octubre de 1999), y Opinión Consultiva n. 18, sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17 de septiembre de 2003).

49. La participación directa de los individuos, en los últimos años, en todo el procedimiento ante la Corte, no se ha limitado a los casos contenciosos y opiniones consultivas. Se ha extendido igualmente a las medidas provisionales de protección, en casos ya bajo el conocimiento de la Corte, a partir de los casos del *Tribunal Constitucional* (2000), y de *Loayza Tamayo* (2000), ambos relativos al Perú. Esto demuestra no sólo la viabilidad, sino también la importancia, del *acceso directo* del individuo, sin intermediarios, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún más en una situación de extrema gravedad y urgencia. Estamos, en efecto, en medio de un proceso histórico, y jurídicamente
revolucionario, de construcción del nuevo paradigma propio del *jus gentium* de este inicio del siglo XXI.

50. El presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, precedido por el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, se insertan en la línea de emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado para la vindicación de los derechos que le son inherentes, y que son anteriores y superiores a dicho Estado. Los miembros de las referidas comunidades indígenas, abandonados a la vera de carreteras, tuvieran su causa examinada y resuelta (aunque de modo no enteramente satisfactorio) por un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Quizás este desarrollo de la conciencia humana

---

67. Cf., al respecto, A.A. Cançado Trindade, "Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du Droit international", *in Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365.

68. Como, en el caso del *Instituto de Reeducación del Menor*, las que padecieron los internos en el Instituto "Panchito López", inclusive en medio de tres incendios (con internos muertos quemados o heridos), y aún ante las limitaciones de su capacidad jurídica en razón de su condición existencial de niños (menores de edad); aún así, su *titularidad* de derechos emanados directamente del derecho internacional ha subsistido intacta, y su causa alcanzó un tribunal internacional de derechos humanos.

universal no pudiera ser anticipado por los llamados "realistas" hace algunos años atrás. Algo ha efectivamente cambiado en el mundo, y, en este particular, para mejor.

51. Con el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la conciencia humana parece haber despertado para el sufrimiento de los abandonados en las calles y la vera de las carreteras del mundo. El ser humano empieza a entender que no puede vivir en paz consigo mismo ante el sufrimiento silencioso de los demás, inclusive de los que lo circundan. Es posible, y así lo espero, que, mediante la presente Sentencia de la Corte, la "noche oscura"[69] de los miembros de la *Comunidad Sawhoyamaxa* esté llegando al fin. El Estado demandado dio muestras, en trechos de sus dos escritos presentados ante la Corte en el presente caso, de su disposición de cumplir fielmente con la Sentencia de la Corte.

52. El sufrimiento humano sigue siendo un misterio que permea la existencia de todos y de cada uno. A lo largo de los siglos, ha sido objeto de reflexión por parte de teólogos, filósofos y escritores (y, en menor escala, inclusive de juristas). Sin embargo, a mi modo de ver, no han logrado explicarlo convincentemente, y no han encontrado un respuesta satisfactoria para su presencia a lo largo de la existencia humana. Algunos - sobre todo teólogos y filósofos - han encontrado algún consuelo en sus reflexiones, sobre todo al señalar el carácter temporal o pasajero del mismo (dado que el propio tiempo existencial suele ser breve), y la búsqueda de un apoyo transcendental ante el mismo.

53. Pero cómo explicar el sufrimiento de niños inocentes? Cómo entender el destino de un niño nacido en la vera de una carretera, que pasa rápidamente por esta vida y luego fallece en la vera de la misma carretera? Más que un absurdo, es una gran injusticia, un sufrimiento causado por el hombre a sus semejantes. Gran parte del sufrimiento humano es causada por el propio hombre; fue lo que señaló, v.g., C.S. Lewis en su estudio sobre *El Problema del Sufrimiento* (1940), en que recuerda las ponderaciones de Aristóteles y Tomás de Aquino en cuanto a la importancia del *conocimiento* de la existencia del mal, para enfrentarlo y no dejar tomarse por él[70]. Casi un siglo antes, en sus reflexiones sobre *El Sufrimiento del Mundo* (1850), A. Schopenhauer advertía para la triste situación de los que "lived tormented lives in poverty and wretchedness, without recognition, without sympathy", mientras todas las facilidades y ventajas "went to the unworthy"[71], - para expresar su propia inconformidad con tal situación:

> "(...) Existence is typified by unrest. In such aworld, where no stability of any kind, no enduring state is possible, where everything is involved in restless change and confusion and keeps itself on its tightrope only by continually striding forward, - in such a world, happiness is not so much as to be thought of"[72].

54. Difícilmente se encontraría una explicación para el sufrimiento humano. Lo más probable es que los intelectualmente honestos pasen toda la vida buscándola, y esta búsqueda es todo a que puedan aspirar. Recientemente, un teólogo de 91 años de edad resolvió dar a

---

69. Parafraseando las célebres meditaciones de San Juan de la Cruz, en el siglo XVI.

70. C.S. Lewis, *The Problem of Pain*, N.Y., Harper Collins, 1996 [reed.], pp. 123-124, y cf. pp. 86 y 117.

71. A. Schopenhauer, *On the Suffering of the World*, London, Penguin, 2004 [rred.], p. 132.

72. *Ibid*., p. 18.

público un relato de los diálogos personales que mantuvo con Albert Camus, 40 años después de la muerte trágica de este gran escritor del siglo XX, agnóstico y profundo investigador del alma humana. En su relato dio cuenta de la búsqueda desesperada, y en vano, de A. Camus (movida por su fe humanista, más que religiosa) por una explicación para la desgracia de la condición humana, y su desahogo en una ocasión:

> "El silencio del universo me llevó a concluir que el mundo no tiene significado. Este silencio sinaliza los males de la guerra, de la pobreza y del sufrimiento del inocente. (...) Todo lo que puedo hacer es escribir al respecto y seguir escribiendo al respecto"[73].

Después de transcribir estas palabras de A. Camus, el referido teólogo agregó que "uno de los problemas más difíciles que los seres humanos tienen que enfrentar es la existencia del mal. No es un problema exclusivamente religioso. Cualquier persona sensible es perturbada por el mal y por el dolor"[74].

55. No podría dejar de rendir, en este Voto Razonado un reconocimiento al sufrimiento de las víctimas silenciosas del presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, - así como del anterior caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*, - y evocar, en particular, la memoria de los inocentes que perdieron su vida en la vera de una carretera, y al dolor de sus familiares que sobreviven, en la vera de la misma carretera, en la miseria impuesta a ellos por la codicia y avaricia humanas. Como advertí en mi Voto Razonado en la Sentencia sobre reparaciones en el caso de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 26.05.2001), la tríada formada por la *victimización*, el *sufrimiento humano* y la *rehabilitación de las víctimas*, no ha sido suficientemente tratada por la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacionales contemporáneas, y urge que lo sea, necesariamente a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas (párrs. 2-3 y 23 del Voto), tomando en cuenta inclusive su identidad cultural.

56. En el mismo Voto Razonado en el caso de los "*Niños de la Calle*" (reparaciones), me permití advertir además que

> "(...) Aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social (...). El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás" (párr. 22).

57. Gracias a la existencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, el silencio de los inocentes, en el presente caso, ha, sin embargo, ecoado en el plano internacional. El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* demuestra que su personalidad y capacidad jurídicas internacionales se afirmaron y ejercieron de modo incuestionable. Esto es particularmente significativo por las circunstancias del caso, tratándose de miembros de una comunidad indígena.

---

[73]. *Cit. in* H. Mumma, *Albert Camus e o Teólogo*, São Paulo, Carrenho Edit., 2002, p. 30.

[74]. *Ibid*., pp. 31-32.

VIII. Reflexiones Finales.

1. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Formación y Desarrollo del Derecho de Gentes (*Jus Gentium*).

58. En los últimos años, se vienen desarrollando proyectos (de declaraciones) y estudios, en el ámbito de organizaciones internacionales (tanto las Naciones Unidas como la Organización de los Estados Americanos - OEA), tendientes al reconocimiento del *jus standi* de los pueblos indígenas (sea ante los órganos convencionales de derechos humanos de Naciones Unidas, sea ante los tribunales internacionales - Cortes Interamericana y Europea - de derechos humanos). En el marco de la aserción de la personalidad jurídica internacional, y del ejercicio de la capacidad jurídica internacional, de los miembros de las comunidades indígenas, han asumido especial importancia sus derechos a sus tierras ancestrales[75].

59. Se ha sugerido que estos ejercicios en los últimos años han sido movidos por un imperativo ético, para rescatar una deuda histórica que la comunidad internacional siente tener con los pueblos indígenas, para remediar y reparar las injusticias que les fueron causadas en los planos tanto material como espiritual. Más que en relación con otras minorías, el despertar de la conciencia humana, de la conciencia jurídica universal, para la necesidad de la consagración del *jus standi* de los pueblos indígenas configurase como un verdadero imperativo ético para el rescate de una deuda social histórica[76]. En nada sorprende, pues, que hoy día se multipliquen, de modo alentador, los estudios dedicados a la protección de los derechos de los pueblos indígenas[77].

60. Las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas, y las reparaciones debidas a éstos últimos, se encuentran, en efecto, en las raíces del proceso histórico de formación del derecho de gentes, del *jus gentium*. Lo demuestran con vehemencia, en el siglo XVI, las célebres *Relecciones Teológicas* de Francisco de Vitoria, en particular su célebre *De Indis* -

---

75. A. Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Antwerpen/Groningen, Intersentia-Hart, 2001, p. 227, y cf. pp. 134, 172, 175 y 213.

76. *Ibid*., pp. 228 y 232-233.

77. Cf., *inter alia*, v.g., R. Stavenhagen y D. Iturralde, *Entre la Ley y la Costumbre - El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano/IIDH, 1990, pp. 15-388; R. Stavenhagen, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, México, El Colegio de México/IIDH, 1988, pp. 9-353; A.A. An-Na'im, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives - A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, pp. 189-384; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 329-382; P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, University Press/Juris Publ., 2002, pp. 1-429; P. Pérez-Sales, R.B. Herzfeld y T. Durán Pérez, *Muerte y Desaparición Forzada en la Araucanía - Una Aproximación Étnica*, Santiago de Chile, Ed. LOM/Universidad Católica de Temuco, 1988, pp. 7-300; S.J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2a. ed., Oxford, University Press, 2004, pp. 3-291; N. Rouland, S. Pierré-Caps y J. Poumarède, *Direito das Minorias e dos Povos Autóctones*, Brasilia, Edit. Universidad de Brasilia, 2004, pp. 9-608; J. Castellino y N. Walsh (eds.), *International Law and Indigenous Peoples*, Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 89-116 y 249-267; S. Tristán Donoso, *Régimen de Propiedad de Pueblos Indígenas*, Panamá, Centro de Asistencia Legal Popular, 1993, pp. 3-62; J.E.R. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis Interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, UNAM, 2001, pp. 1-160.

Relectio Prior (1538-1539), así como los *Tratados Doctrinales* (1552-1553) de Bartolomé de las Casas. Ambos autores se fundamentaron en el jusnaturalismo para desarrollar sus sólidos argumentos en defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

61. En sus célebres *Relecciones* del siglo XVI, F. de Vitoria insistió en la necesidad de fiel observancia del *principio de humanidad* (invocando las reflexiones de Cícero), para enfrentar las "muchas atrocidades y crueldades fuera de toda humanidad"[78]. Afirmó F. de Vitoria que no se podía impedir a los indígenas de "tener verdadero y legítimo dominio, tanto privado como público o político", y agregó que el fundamento último del Derecho consiste

> "en la dignidad de la persona humana como *ser racional*. El hombre se constituye en persona moral y sujeto capaz de derechos y deberes por su racionalidad, ya que por el uso de su facultad racional y su consiguiente libertad tiene *dominio de sus propios actos* y es también dueño de elegir libremente sus destinos (...). La facultad racional es, pues, la raíz fundamento formal que otorga al hombre el ser *capaz de dominio* y de derechos"[79].

62. Elocuente defensor del jusnaturalismo[80], sostenía F. de Vitoria que el derecho natural está conforme a la *recta ratio*, emanando, pues, no de la voluntad sino de la razón, con miras a la realización sobre todo del bien común[81]. Como señalé en libro reciente, aún mucho antes de F. Vitoria, la *recta ratio* fue muy bien captada y conceptualizada por Platón y Aristóteles, y luego, de modo insuperable, por Cícero y Tomás de Aquino, para en seguida ser debidamente situada en los fundamentos del *jus gentium*, precisamente por F. Vitoria, además de F. Suárez y H. Grotius[82]. En efecto, el imperativo del *bien común* está profundamente arraigado en el pensamiento de Francisco de Vitoria, para quien constituye él una "finalidad superior" de la *civitas maxima*, y la propia evolución del derecho de gentes debe ser "obra colectiva de la comunidad humana" como un todo[83].

63. A su vez, Bartolomé de las Casas denunció, en sus *Tratados Doctrinales* del mismo siglo XVI, que la "despoblación de más de dos mil leguas de tierra", efectuada con "crueldad e inhumanidad" por "los españoles en las Indias", generó "la perdición y muerte de tan infinitas gentes"[84], además de la

---

[78]. Cf. F. de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1985 [reed.], pp. 95-96 y 98-99.

[79]. T. Urdanoz (ed.), *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas*, Madrid, BAC, 1960, p. 521, y cf. p. 552.

[80]. Cf. *ibid*., pp. 564 y 675.

[81]. F. de Vitoria, *La Ley* [*De Lege - Commentarium in Primam Secundae*, 1533-1534], Madrid, Tecnos, 1995 [reed.], pp. 5, 23 y 77. Sobre la *recta ratio* como fundamento último del *jus gentium*, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-29.

[82]. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-29.

[83]. Yves de la Brière, "Introduction", *in Vitoria et Suarez - Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 5 y 10.

[84]. B. de las Casas, *Tratados*, tomo I, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [reed.], p. 219.

> "destrucción de su estado y de todo el bien común de aquel mundo, y contra el derecho de particulares, y contra la ley natural, quitando y robando y tiranizando no sólo las haciendas, pero la libertad, las vidas y las personas de unos para darlo a otros"[85].

64. Según la enseñanza de B. de las Casas, a ninguna persona le es lícito desposeer a los demás, causar un tal agravio a los demás, transgrediendo así el derecho natural, y el de gentes[86]. Esto llevó el autor a distinguir el derecho de gentes primordial, - para conservar los pactos, la libertad y el bien común, - del secundario, frente a la "maldad de los hombres", las guerras y los cautiverios[87]. El rol de cada agente del poder público, - agregó, - debe ser posibilitar que cada criatura racional "alcance su fin" (sobre todo espiritual) como ser humano[88]. Al expresar su indignación ante las despoblaciones, matanzas, servidumbre y otras crueldades perpetradas contra los indígenas, B. de Las Casas - al igual que F. de Vitoria, - invocó expresamente la *recta razón* y el derecho natural[89].

65. Los discursos penetrantes de F. Vitoria y B. de las Casas en el siglo XVI siguen resonando en la conciencia humana y revistiéndose de triste actualidad[90]. A lo largo de los siglos, cambiaron los victimarios, pero las víctimas siguen siendo las mismas, los pueblos indígenas en situación de alta vulnerabilidad, como ilustrado en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* en este inicio del siglo XXI. Pero ha habido una evolución de la conciencia humana que hoy día hace la diferencia: la existencia de una jurisdicción internacional de los derechos humanos, última esperanza de los marginados y olvidados en las jurisdicciones nacionales.

66. En el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, una vez más, el despertar de la conciencia jurídica universal, - como fuente *material* última de todo el Derecho, como vengo insistiendo en mis numerosos Votos en el seno de esta Corte[91], - ha de nuevo posibilitado, después de los casos de los "*Niños de la Calle*" (1999-2001) y de la *Comunidad Yakye Axa* (2005), que los olvidados y abandonados del mundo, sobreviviendo en circunstancias las más

---

85. B. de las Casas, *Tratados*, tomo II, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [reed.], p. 761.

86. *Ibid*., tomo II, p. 1249.

87. *Ibid*., tomo II, p. 1255.

88. Cf. *ibid*., tomo II, p. 1263.

89. Cf. B. de las Casas, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* [1552], Barcelona, Ediciones 29, 1997 [reed.], pp. 7-94, esp. pp. 9 y 41.

90. Sobre la insensatez y el "mal esencial" de las relaciones de dominación y opresión, cf., v.g., Simone Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-84 y 130-131.

91. Cf. mi Voto Concurrente en la pionera Opinión Consultiva n. 16, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), párrs. 3-4, 12 y 14; Voto Concurrente en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana* (2000), párr. 12; Voto Razonado en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (fondo, 2000), párrs. 28 y 16; Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados* (2003), párrs. 23-25 y 28-30, esp. par. 29; entre otros.

adversas en medio a la total indigencia a ellos impuesta por sus semejantes, alcanzasen la instancia judicial internacional en búsqueda de la realización de la justicia.

2. La Gran Lección del Presente Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*.

67. En mi entender, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, al igual que en el caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*, se comprobó fehacientemente la responsabilidad internacional del Estado por la creación, y la perpetuación en el tiempo, de la situación de condiciones infrahumanas de vida que llevaron a la muerte de varios miembros de *ambas* Comunidades Indígenas. Al contrario de lo que sostuvo la mayoría de la Corte en el caso de la *Comunidad Yakye Axa*, no se necesitaba prueba adicional alguna, ninguna "prueba para mejor proveer" (la *probatio diabolica*). Y la presunta ausencia de prueba (adicional) no podría jamás (como concluyó equivocadamente la mayoría de la Corte en el caso de la *Comunidad Yakye Axa*) ser entendida como comprobando la no-ocurrencia de la responsabilidad internacional del Estado por la muerte de algunos miembros de la Comunidad Yakye Axa. En su afán de decidir apresuradamente aquel caso (y otros), la mayoría de la Corte se apartó de la propia jurisprudencia del Tribunal, tanto en materia de derecho material - en relación con el derecho fundamental e inderogable a la vida - como en materia probatoria.

68. Menos mal que, transcurridos nueve meses desde aquella lamentable equivocación, la mayoría de la Corte rectificó enteramente su posición en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, y se reencontró así con la más lúcida jurisprudencia del Tribunal. Pero subsiste el hecho de que los familiares de los muertos de la *Comunidad Yakye Axa* no encontraron justicia plena ante esta instancia máxima interamericana, mientras que los de la *Comunidad Sawhoyamaxa* sí.

69. De nada valdría, para evitar no admitir esta manifiesta equivocación, intentar sugerir que los dos casos no son "similares" o "idénticos". Sería un sofisma inaceptable. Salta a los ojos, como evidencia ineluctable, que tanto en el caso de la *Comunidad Yakye Axa* como en el de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, las violaciones de la Convención Americana son las mismas; la prueba es la misma; el perito (Sr. P. Balmaceda Rodríguez)[92] es el mismo; los victimados de ambas Comunidades pertenecen al mismo Pueblo Indígena (Enxet-Lengua)[93] y al mismo subgrupo de antepasados (Chanawatsam)[94]; las condiciones infrahumanas de sobrevida en la indigencia de los miembros de ambas Comunidades son las mismas; los alegatos del Estado (en cuanto a la alegada entrega de víveres y a la supuesta asistencia médica brindada) son, para ambas Comunidades, los mismos[95]; los representantes de las víctimas en ambos casos son[96] los mismos[97]; el decreto de emergencia para ambas Comunidades (expresamente mencionadas en conjunto en dicho decreto) es el mismo; el Departamento (de Presidente Hayes) de ambas Comunidades es el mismo; y hasta la carretera (que une Pozo Colorado y

---

92. Cf. párrafo 34(h) de la presente Sentencia.

93. Cf., v.g., el párrafo 115(f) de la presente Sentencia.

94. Y dos familiares de la Comunidad Yakye Axa se juntaron a la Comunidad Sawhoyamaxa.

95. Cf., v.g., el párrafo 57 de la presente Sentencia.

96. Con excepción de CEJIL, participante sólo en el contencioso del caso de la *Comunidad Yakye Axa*.

97. Los integrantes de la organización no-gubernamental Tierraviva.

Concepción), en cuya vera los miembros de ambas Comunidades siguen sobreviviendo en condiciones de pobreza crónica[98], es la misma.

70. En realidad, lo único que no es lo mismo son, sorprendentemente, los criterios discrepantes utilizados por la mayoría de la Corte en los dos casos, en la valoración de la prueba para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la vida. Lo decidido por la mayoría de la Corte en el caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa* raya lo absurdo, por cuanto estableció la violación del derecho a la vida en perjuicio de los sobrevivientes, pero no estableció la violación del derecho a la vida en perjuicio de los que efectivamente fallecieron! *Summum jus, summa injuria*.

71. La gran lección a extraerse de este lamentable desvío jurisprudencial, remediado y superado en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, es para mí clara. Un tribunal internacional de derechos humanos no puede perderse en tecnicismos, propios de tribunales nacionales (sobre todo en materia penal). Un tribunal internacional de derechos humanos no puede intentar frenar su propia jurisprudencia, pues actuamos en un dominio de protección que no admite retrocesos, como ya había yo firmemente advertido en mis extensos Votos Disidentes (párrs. 1-49, y 1-75, respectivamente) en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (Sentencias de excepciones preliminares, del 23.11.2004, y de fondo y reparaciones, del 01.03.2005). Un tribunal internacional de derechos humanos no puede jamás permitirse bajar los estándares internacionales de protección, aún más cuando los justiciables se encuentran en una posición de flagrante vulnerabilidad, si no de abandono, condenados - muchos desde su nacimiento - por sus semejantes a la marginación social, y a la pobreza crónica, la cual constituye, a mi modo de ver[99], la denegación de la totalidad de los derechos humanos.

72. *Last but not least*, en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, la Corte ha, *sponte sua*, correctamente tomado la decisión de, en aplicación del principio *jura novit curia*, examinar por primera vez el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 de la Convención Americana), a la luz de las circunstancias del *cas d'espèce*. Teniendo presente que niños y niñas de la referida Comunidad no contaron con "partida de nacimiento, certificado de defunción o cualquier otro tipo de documento de identificación" (párr. 73.73), la Corte acertadamente estableció la violación del artículo 3 - en relación con el artículo 1(1) - de la Convención en el presente caso. No es mi propósito discorrer, en el final de este Voto Razonado, sobre la relevancia de la personalidad jurídica del ser humano en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional.

73. Limítome a hacer referencia a algunos de mis escritos sobre la materia[100], señalando un

---

98. Separadas una de la otra por 43 km.

99. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol.., Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., ...; A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. .... .

100. A.A. Cançado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", *in Jornadas de Direito Internacional* (Cidade do México, dez. de 2001), Washington D.C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2002, pp. 311-347; A.A. Cançado

aspecto importante que se desprende del presente caso: aunque el Estado deje de reconocer la personalidad jurídica del ser humano como sujeto de derecho, apto a ejercer sus derechos subjetivos en el ordenamiento jurídico interno, ni por eso el ser humano encuéntrase privado de su personalidad jurídica, pues el derecho a dicha personalidad es un derecho inherente al ser humano. Aquí, una vez más, se evidencia el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos o nacionales. Frente a las carencias de estos últimos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene al amparo de los individuos, para asegurarles la plena vigencia del derecho básico a la personalidad jurídica, de que nadie puede ser privado. El individuo, - como vengo sosteniendo en las últimas cuatro décadas, - es *sujeto del derecho tanto interno como internacional*, dotado en ambos ordenamientos jurídicos de personalidad jurídica, y de la correspondiente capacidad jurídico-procesal para vindicar los derechos que le son inherentes.

74. De ahí, una vez más, mi pesar ante al hecho de que la Corte haya omitido de dar, ya en el caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*, ese paso positivo, en cuanto al artículo 3 de la Convención Americana, plasmado en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* (párrs. 186-194). Aquí, una vez más, los distintos criterios utilizados por la mayoría de la Corte en los dos casos congéneres han aumentado el flagrante desequilibrio del tratamiento jurídico de la protección brindada a los victimados de las dos Comunidades indígenas en cuestión, que se encuentran en la misma situación, padeciendo de las mismas privaciones y los mismos sufrimientos. Este injustificable desequilibrio suele ocurrir cuando, en las deliberaciones judiciales, los requisitos de las tan necesarias paciencia y reflexión pierden terreno para la prisa y la precipitación, contra las cuales me he estado en los últimos meses posicionando, con *vox clamantis in deserto*, en el seno de la Corte.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239; A.A. Cançado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* - Madrid (2003) pp. 237-288; A.A. Cançado Trindade, "Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 13-52; A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 53-83; A.A. Cançado Trindade, "Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du Droit international, *in Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *in Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle - K. Vasak Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado",_6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434.

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario