

VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI
SENTENCIA DE 24 DE AGOSTO DE 2010,
CASO COMUNIDAD INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAY,
(FONDO, REPARACIONES Y COSTAS),
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

INTRODUCCIÓN.

1. Concurro con mi voto al fallo indicado, no solo por compartir lo que en él se señala, sino también porque se inserta en una dirección que considero ajustada a Derecho y a la Justicia y acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional en lo que respecta a los pueblos indígenas, que estimo debería profundizarse.

2. En anteriores oportunidades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos - en adelante la CorteIDH - ha determinado violaciones de derechos humanos con respecto a los miembros de pueblos indígenas, interpretando el artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹ - en adelante, la Convención - bajo la perspectiva de que el titular de los derechos reconocidos en ella es la “*persona*” y que ésta “*es todo ser humano*”.

3. De ahí que la CorteIDH haya constantemente declarado violaciones de derechos humanos en perjuicio de los integrantes o miembros de los pueblos indígenas, sin hacerlo, empero, al menos de manera directa y explícita, con relación a estos últimos en tanto tales, vale decir, como conjunto o grupos étnicos diferenciados o colectividades humanas con subjetividad jurídica internacional en ese ámbito².

I.- DERECHO DE LOS MIEMBROS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

A.- Orientación tradicional.

4. En esta oportunidad, la CorteIDH ha consolidado su jurisprudencia al respecto al referirse, en tanto víctimas en este caso, a los *miembros de la Comunidad Xákmok Kásek*³, y al declarar, en su perjuicio y consecuentemente, violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención⁴, al disponer que se le devuelvan las 10.700 hectáreas reclamadas⁵ y al decretar diversas medidas en su favor.⁶

¹ Artículo 1:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

² Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

³ Ejs: párrafos 54, 55, 78, 79, 109, 116, 120, 121, 154, 168, 169, 182, 193, 197, 208, 217, 242, 243, 244, 252, 275, 278, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 291, 294, 295, 301, 306, 308, 309, 313, 318, 321, 323, etc.

⁴ Puntos resolutivos 2, 3 y 5.

⁵ Punto resolutive 12.

⁶ Puntos 13, 15, 19 y 23, aunque en estos puntos resolutivos la referencia directa que se hace es a “la Comunidad” pero, al ellos remitirse a los párrafos considerativos 291, 294 y 295, 301, y al punto 12 resolutive, respectivamente, dicha mención debería entenderse realizada indirectamente con respecto a “los miembros de la Comunidad”.

B.- Doctrina interamericana⁷.

5. Tal perspectiva pareciera ser compartida por la doctrina interamericana, como lo demostraría el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 1997⁸, en cuanto señala que:

“Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros”⁹

6. Por su parte, los Comentarios del Comité Jurídico Interamericano a dicho Proyecto, de 1998¹⁰ seguiría la misma orientación al afirmar que:

“El derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos protege, con pocas excepciones, derechos individuales, si bien se reconoce que, en ciertos casos el ejercicio de derechos individuales sólo puede ejercerse efectivamente de manera colectiva.”

II.- DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

A.- Eventual nueva perspectiva.

7. Sin embargo, también es cierto que la CorteIDH, en la misma sentencia de autos, se ha referido a la citada *Comunidad Xákmok Kásek* como el sujeto que reclama derechos y ello particularmente en lo que dice relación con el derecho al territorio¹¹ y con la “*propiedad comunitaria*” que le correspondería¹² e, incluso, menciona expresamente a la Comunidad como la beneficiaria de las medidas que decreta¹³, aunque en algunos de estos últimos casos lo hace remitiéndose a los fundamentos de la resolución en donde, en cambio, alude a los miembros de la colectividad¹⁴ y en otros lo hace indistintamente a éstos y a la Comunidad¹⁵.

8. Con esas referencias, entonces, la CorteIDH, sin alejarse de su posición tradicional, parecería dejar margen para que en el futuro pudiese disponer de la posibilidad de adoptar nueva aproximación en la materia y eso, en particular, al afirmar, en el párrafo 85 del fallo en comento, que

“ha considerado que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.”¹⁶

⁷ Aún cuando bajo este subtítulo se aluden a resoluciones de dos órganos de una organización internacional, la OEA, por lo que podría considerarse que se trataría más bien de manifestaciones de la fuente auxiliar del Derecho Internacional, denominada “Resoluciones de Organizaciones Internacionales Declarativas de Derecho”, se les cataloga, empero, como doctrina, otra fuente auxiliar del Derecho Internacional, en atención a que una es una propuesta de Declaración aún no adoptada por quién corresponde y la otra contiene observaciones sobre la primera y en ambos casos, son emitidas por órganos consultivos de la referida organización internacional.

⁸ AG/RES.1479 (XXVII-O/97).

⁹ Artículo II.2. primera frase.

¹⁰ OEA/Ser.Q CJI/doc.29/98 rev.2

¹¹ Ej.: párrafo 64 y ss. y 80 y ss.

¹² Ej.: párrafo 85 y ss.

¹³ Puntos Resolutivos 13 a 15, 23, 25 y 26.

¹⁴ Ver *supra* nota 6 con relación a puntos resolutivos 13, 15 y 23.

¹⁵ Puntos Resolutivos 25 y 26.

¹⁶ Artículo 21. “Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

9. Del mismo modo, en el párrafo 86 de la misma sentencia, la CorteIDH reproduce lo que había manifestado en otras ocasiones¹⁷, en cuanto a que entre los indígenas

“existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”

10. Y en el párrafo 87 de esa resolución, la CorteIDH añade que

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

B.- Caso de Paraguay.

11. A los efectos de comprender el alcance de los párrafos recién transcritos y en abono a la tesis de que la CorteIDH parecería vislumbrar una orientación más alejada de la postura clásica en este ámbito, hay que tener presente que en el caso de autos tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como los representantes de las víctimas reiteradamente señalaron que los derechos que consideran vulnerados por el Paraguay eran los derechos tanto de la *Comunidad Xákmok Kásek*, como de sus miembros, sin que el Estado demandado en autos, Paraguay, - en adelante el Estado - controvirtiera la calidad de la Comunidad como sujeto colectivo de derechos.¹⁸

12. Igualmente y en el mismo orden de ideas, es procedente añadir, siempre en lo que respecta al caso en cuestión, que el Estado ratificó y, mediante la Ley No. 234/93¹⁹, incorporó a su derecho interno el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, el que, en su artículo 3.1 dispone que:

“Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.”

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

¹⁷ Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, citada en nota 2, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, citada en nota 2, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, citada en nota 2, párr. 90.

¹⁸ Ej.: Párrafo 2.

¹⁹ Ley No. 234/93 que ratifica el Convenio No. 169 de la OIT.

13. Por otra parte y en concordancia con lo recién indicado, se debe asimismo advertir que la Constitución de Paraguay consagra derechos a favor de las comunidades indígenas en tanto colectividades²⁰ y que dicho Estado tiene un Estatuto Indígena donde se reconoce la personalidad jurídica de las comunidades.²¹

14. Es en razón de todo ello, que llevó a la CorteIDH a señalar, en el caso *Yakye Axa*²², que:

“La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia.”

15. Parecería claro, entonces, que, al menos en el caso de Paraguay, tanto el Derecho Internacional como su Derecho interno le reconocerían derechos a los pueblos indígenas en tanto tales y no sólo a sus miembros.

C.- Desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

16. Tal situación se ubicaría, en consecuencia, en el mismo proceso de mutación que estaría experimentando, en este ámbito, el Derecho Internacional General y que coincidiría con la nueva perspectiva que la CorteIDH podría emplear en el futuro en el tratamiento del tema²³ y que se manifiesta, en especial, a partir de lo dispuesto en el mencionado Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989.

a.- Resoluciones de organizaciones internacionales.

17. Efectivamente, ese proceso de cambio se expresaría, por ejemplo, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que establece, en su artículo 1, que:

“Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.”

18. En igual sentido se insertaría lo señalado en el 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, en cuanto a que el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas también asiste a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos y no únicamente a sus miembros como sujetos individuales de derechos.²⁴

²⁰ Constitución Nacional, artículos 62 y 63.

²¹ Ley No. 904/81, Estatuto de las Comunidades Indígenas (f. 376 p1, fondo; f 378 p2); Ley No. 1.372/88 (f376 p2 fondo).

²² *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 83.

²³ Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. “Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

...

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

...

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”

²⁴ Observación General 17, párrs. 7, 8 y 32.

19. Posteriormente y en mismo orden de ideas, dicho Comité, en su Observación General No. 21 de 2009, interpretó que la expresión “*toda persona*” contenida en el artículo 15.1.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵,

*“se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo”.*²⁶

b.- Doctrina interamericana.

20. E incluso la doctrina interamericana igualmente se inclinaría por esta tendencia universal, como lo demostraría, por de pronto, el artículo II.1 del ya citado Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al disponer que

“Los pueblos indígenas tienen derecho al goce pleno y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; y nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna esos derechos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos.”

21. Tal concepción es reiterada en el artículo XVIII.2. de dicho Proyecto, al señalar que

“Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.”

22. A su vez, los también aludidos Comentarios del Comité Jurídico Interamericano al recién citado Proyecto, señalan, en el párrafo 3.6, que:

“Está fuera de toda duda que las poblaciones indígenas y las personas que las integran tienen derecho al goce pleno y efectivo de los derechos humanos reconocidos universalmente, y así debe reafirmarlo la Declaración [...]”

c.- Otros instrumentos.

23. También otro instrumento jurídico internacional, pero esta vez de carácter regional, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1986, se insertaría en el mismo predicamento al establecer la protección especial de ciertos derechos de los pueblos indígenas en función de su ejercicio como derechos colectivos.²⁷

²⁵ Artículo 15

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

²⁶ Observación General 21, párr. 9.

²⁷ Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos: artículo 20 que protege el derecho a la existencia y autodeterminación de los pueblos; artículo 21 que protege el derecho sobre los recursos naturales y la propiedad sobre sus tierras, artículo 22 que garantiza el derecho al desarrollo.

III.- ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DE SUS MIEMBROS.

A.- Derechos específicos.

24. Se podría, entonces, sostener que los transcritos textos internacionales, unos fuentes autónomas del Derecho Internacional, como los tratados, y otros fuentes auxiliares del mismo, como las resoluciones de órganos de organizaciones internacionales, hacen referencias a los derechos humanos de los pueblos indígenas y aún de sus miembros en tanto se trata de derechos específicos sea de esas colectividades sea de sus integrantes y , en consecuencia, distintos o diferentes a los vigentes para todo ser humano, dado que si no fuese así, no tendría sentido o no se justificaría dicha proclamación especial o peculiar a través de alguno de los instrumentos jurídicos señalados, los que precisamente procuran tener efectos jurídicos, vale decir, establecer o determinar las obligaciones jurídicas internacionales que se derivan de los derechos así proclamados.

B.- Derechos de la colectividad.

25. Todo lo anterior, permitiría, por lo tanto, arribar a una comprensión más amplia de lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención²⁸, en orden a que la obligación de respetar y garantizar a toda persona el ejercicio de los derechos consagrados por ella incluiría también a las colectividades o comunidades, como los pueblos indígenas, en la medida que a tales entidades se les reconozcan al menos algunos de esos derechos, los que, por ende, sus miembros únicamente podrían disfrutar y ejercer por su intermedio y en razón de que forman parte de la misma, lo que, en definitiva implicaría que no serían únicamente de carácter individual.

CONCLUSIÓN.

26. En otras palabras, habida cuenta lo precedentemente expuesto y aplicando lo previsto en el artículo 29.b y 29.d de la Convención²⁹, se podría concluir que, acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería procedente, por una parte, incluir en el término "*persona*" contenida en diversos artículos de aquella y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no solo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos, con lo que no solo se haría justicia, sino que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia.

EVG.-

Eduardo Vio Grossi
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

²⁸ Ver nota 1.

²⁹ Artículo 29:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

... y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."