

VOTO CONCURRENTE Y DISIDENTE DEL JUEZ AUGUSTO FOGEL PEDROZO

He participado en el pronunciamiento de la Sentencia dictada por la Corte en el caso XÁKMOK KÁSEK y he disentido de algunos puntos resolutivos de la misma, en base a los fundamentos expuestos en las deliberaciones, y que comprendieron las siguientes consideraciones:

I. Voto Concurrente. Rechazo de Solicitud del Estado sobre suspensión del procedimiento

1. En el ítem **1 del Capítulo XIII “Puntos Resolutivos”** he manifestado mi acuerdo en el rechazo de la solicitud del Estado acerca de la suspensión del presente procedimiento contencioso, por los fundamentos expuestos en los párrafos 36 a 50 y además porque la diferente denominación de la etnia planteada por los representantes de la Comunidad Xákmok Kásek, si bien constituye, un problema para la transferencia de dominio del inmueble, pues el derecho registral exige la debida aclaración del cambio producido, ello es subsanable a través del peritaje ya realizado recientemente a través del Perito del Estado, a los que agrego que la Comunidad indígena Xákmok Kásek pertenece al pueblo Sanapaná de la misma familia lingüística que los Enxet-Lengua. En las aldeas Sanapaná es frecuente la convivencia con otras familias del grupo lingüístico denominado Maskoy¹ (denominada por Kalish como Enlhet-Enenlhet). Resulta difícil determinar culturalmente a que pueblo pertenecen los descendientes de parejas de dos pueblos diferentes y es necesario determinar a que pueblo se adscriben a través de una investigación con los miembros de la Comunidad.

2. En el Censo indígena del 2002 se identifica a la Comunidad Xákmok Kásek asentada en la Estancia Salazar como Sanapaná. Por otra parte, en la obra “Los Indígenas del Paraguay” de José Zanardini y Walter Biederman se identifica como uno de los lugares en que habitan la etnia Sanapaná la Estancia Salazar con el nombre de Xákmok Kásek; por otra parte, representantes de esta comunidad participaron en el año 2003 en reuniones de comunidades Sanapaná en vistas a la constitución de una Asociación de Comunidades Sanapaná.

II. Voto en disidencia. Derecho a la Propiedad Comunitaria, Garantías Judiciales y Protección Judicial

3. Respecto a que el Estado violó el derecho a la propiedad comunitaria, las garantías judiciales y la protección judicial, según el párrafo 170 de la Sentencia, por cuanto con relación a la alegada violación del artículo 21 de la Convención Americana, entiendo que el derecho de propiedad no puede interpretarse aisladamente sino más bien tomando en consideración el conjunto del sistema jurídico en el que opera, tomando en cuenta el derecho nacional y el internacional.

4. La Constitución Nacional paraguaya garantiza la propiedad privada –individual y corporativa– y la propiedad comunitaria a la que tienen derecho los pueblos indígenas; el artículo 63 reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a preservar y

¹ Zanardini, José y Walter Biedermann. Los Indígenas del Paraguay. Asunción. 2006.

desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Además el artículo 64 de esta Constitución señala que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficiente para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributos. Se prohíbe la remoción o el traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

5. El artículo 109 de la Constitución Nacional establece que:

Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos.

La propiedad privada es inviolable.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por la ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley.

6. A su vez, el artículo 137 establece:

La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley...

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.

7. Los sujetos amparados por el derecho a la propiedad incluyen tanto a los indígenas de la Comunidad Xákmok Kásek, como al resto de los indígenas, y en general a todos los ciudadanos, en el marco del principio de la igualdad de las personas, consagrado por el artículo 46 de la Constitución Nacional, que establece: "Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien".

8. "Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios." Los que deberían ser discriminados positivamente, en el contexto paraguayo, comprenden por lo menos 2.000 familias indígenas del Chaco y 2.000 familias de la Región Oriental carentes de tierra, así como unas 90.000 familias de campesinos sin tierra, postrados en extrema pobreza. A mi juicio es en este contexto en el que deben interpretarse las disposiciones de la Convención Americana.

9. La Ley 904/81, anterior a la Constitución Nacional, sancionada en 1992, regula el acceso de las comunidades indígenas a la propiedad comunitaria de la tierra. En su

artículo 8 establece que, previo cumplimiento de trámites establecidos “se reconocerá la personería jurídica de las comunidades indígenas preexistentes a la promulgación de esta Ley, y a las constituidas por familias indígenas que se reagrupan en comunidades para acogerse a los beneficios dados por ella”. En el último caso la cantidad mínima de familias indígenas es de 20 (Artículo 9). En relación al asentamiento de las comunidades indígenas la Ley 904 establece:

Artículo 14. El asentamiento de las comunidades indígenas atenderá en lo posible a la posesión actual o tradicional de las tierras. El consentimiento libre y expreso de la comunidad indígena será esencial para su asentamiento en sitios distintos al de sus territorios habituales, salvo razones de seguridad nacional.

Artículo 15. Cuando en los casos previstos en el artículo anterior resultare imprescindible el traslado de una o mas comunidades indígenas, serán proporcionadas tierras aptas y por lo menos de igual calidad a las que ocupaban y serán convenientemente indemnizadas por los daños y perjuicios que sufrieren a consecuencia del desplazamiento y por el valor de las mejoras.

10. A su vez, el artículo 22 de la referida Ley 904 dispone el procedimiento para el asentamiento de comunidades indígenas en tierras fiscales, y en los artículos 24 y 25 los procedimientos para el asentamiento en tierras del dominio privado, que los indígenas ocupen. En el artículo 26 la ley establece: “En los casos de expropiación, el procedimiento y la indemnización se ajustarán a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes y para el pago de las indemnizaciones serán previstos los recursos necesarios en el Presupuesto General de la Nación”.

11. La Ley 43/89 que establece un régimen para la regularización de los asentamientos de las comunidades indígenas, en su artículo 4º establece: “Durante la tramitación administrativa y judicial contemplada en el artículo 2º el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y el Instituto de Bienestar Rural (IBR) deberán proponer soluciones definitivas para los asentamientos de comunidades indígenas, conforme a la Ley 854/63 Estatuto Agrario y, la Ley 904/81, Estatuto de las Comunidades Indígenas, proponiendo la expropiación de acuerdo al artículo 1º de la Ley 1372/88 cuando no se obtengan soluciones por otras vías previstas”².

12. Tanto las disposiciones de la Ley 904, como las de la Ley 43/89 establecen, en ausencia de contrato de acuerdo con el propietario, la expropiación como vía para regularizar los asentamientos de las comunidades indígenas establecidas en tierras del dominio privado. Estas disposiciones son concordantes con normas del Código Civil, que establecen que el dominio de los inmuebles se pierde por: a) su enajenación; b) transmisión o declaración judicial; c) ejecución de sentencia; d) expropiación; y d) su abandono declarado en escritura pública, debidamente inscrita en el Registro de Inmuebles, y en los demás casos previstos en ley (artículo 1967). En tanto el artículo 1966 enumera taxativamente las formas de acceder a la propiedad de inmuebles: a) contrato; b) accesión; c) usucapión; y d) sucesión hereditaria.

13. En este punto debe notarse la colisión entre la norma constitucional y el artículo 64 de la Ley 1863/02; mientras ésta última limita las posibilidades de expropiación a los inmuebles no explotados racionalmente, el artículo 109 de la Constitución Nacional, la ley suprema de la República, establece que para el caso de expropiación de latifundios improductivos destinados a la reforma agraria la misma ley establece el

² La Ley 854/63 fue derogada por la Ley 1863/02.

monto de la indemnización, mientras que en los otros casos el referido monto se establece convencionalmente o por sentencia judicial. La misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido jurisprudencia afirmando que para que sea procedente la expropiación es suficiente la convicción del legislador sobre la existencia de una necesidad o interés social o causa de utilidad pública, y que la misma pueda remediarse con la expropiación de inmuebles específicos.

14. Por los fundamentos expresados disiento de la Sentencia en cuanto declara que el Estado violó, en perjuicio de la Comunidad Xákmok Kásek del pueblo Enxet-Lengua el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana. Las gestiones para garantizar el derecho de propiedad de la Comunidad Xákmok Kásek no fueron efectivas debido a vacíos normativos en el derecho interno.

15. En cuanto a la alegada violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Garantías Judiciales y Protección Judicial) y mas específicamente en relación al procedimiento instaurado en contra de los miembros de la Comunidad, estimo que los agravios a la Comunidad ligados a la violación de las garantías procesales debidas, originados en los primeros pasos procesales, en la Primera Instancia, pudieron haber sido reparados en otras etapas del mismo proceso, en el derecho interno.

III. Voto en disidencia. Derecho a la Vida

16. En cuanto a la alegada violación del artículo 4.1 de la Convención Americana (**Derecho a la Vida**) la demanda de la Comisión Interamericana afirma que el Estado de Paraguay incumplió, en perjuicio de la Comunidad Xákmok Kásek, la obligación de garantizar el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en perjuicio de indígenas fallecidos debidamente identificados de la comunidad, y que el Estado “ha colocado en situación de riesgo permanente a todos los miembros de la comunidad”, afectándoles el disfrute y goce de sus derechos humanos fundamentales a la permanecer la situación de vulnerabilidad de la comunidad. El referido artículo 4 de la Convención establece:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

17. En relación a los indígenas fallecidos debe puntualizarse que de haberse planteado oportunamente, en el ámbito sometido al derecho interno, denuncias sobre eventuales negligencias que podían conducir a muertes evitables se hubieran podido remediar, o por lo menos atenuar los males de salud en cuestión; esa vía hubiera permitido investigar violaciones al derecho a la vida, sancionar a los responsables y otorgar reparación a los familiares de las víctimas. La falta de reparación, en casos probados de negligencias de agentes del estado, podría haber originado la responsabilidad interna del Estado de Paraguay.

18. Cabe remarcar que el asentamiento de la Comunidad Xákmok Kásek en la Estancia Salazar, a diferencia de otras comunidades muy aisladas, estaba a poca distancia de la ruta transchaco y por lo tanto con posibilidad de pedir ambulancia al centro de salud del Distrito de Irala Fernández, a cargo del Dr. Rolón, situado sobre la mencionada ruta a menos de una hora. Además la comunidad contaba con auxiliar de Salud.

19. No obstante, la interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda medidas positivas de protección para que los indígenas disfruten del derecho a vivir con dignidad tiene sustento en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, y supone nuevos avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

20. La Corte Interamericana ha señalado que el deber del Estado de tomar medidas positivas debe priorizarse precisamente en relación con la protección de la vida de personas más vulnerables como son los indígenas. Esta concepción del derecho a la vida, referida a comunidades indígenas en situación de indigencia, que puede expresarse en enfermedades y fallecimientos evitables, plantea la obligación de proporcionar protección social y de erradicar la pobreza extrema. Por su condición de afectadas por severas privaciones estas comunidades indígenas carecen de estrategias que les permita enfrentar adecuadamente los riesgos a los que están expuestos, de modo que puedan aprovechar las oportunidades de mejoramiento de las condiciones de vida que se les presente y lograr condiciones mínimas de calidad de vida.

21. El derecho a la vida está consagrado en diversos instrumentos, y conforme a ellos la existencia de pobreza extrema, con tendencia creciente en el país, significa negación de los derechos económicos, sociales y culturales, comprendiendo los derechos a una alimentación adecuada, a la salud, a la alimentación y al trabajo. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoció que la pobreza extrema atenta contra el derecho fundamental a la vida y determinó los derechos humanos que son esenciales para la protección del derecho a la vida (alimentación, agua potable, salud). Por su parte la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, consideró que la pobreza extrema constituye un atentado contra la dignidad humana, como ya se ha señalado en sentencias anteriores. En el caso de las comunidades indígenas, en especial las afectadas por la pobreza crítica esa situación implica la denegación sistemática de la posibilidad de gozar de los derechos inherentes al ser humano. La Comunidad Xákmok Kásek ciertamente está afectada por la extrema pobreza, conforme se desprende de los testimonios brindados por testigos y peritos.

22. Las intervenciones planteadas desde el Estado deben prevenir, mitigar y superar los riesgos, tales como desnutrición, prevalencia de anemia, morbilidad y mortalidad, creando las condiciones mínimas en materia de asistencia en salud, nutrición adecuada, educación, formación para el trabajo, y generación de ingresos. En el caso del Estado paraguayo si bien los encara a toda la población más vulnerable, no lo hace de mejor manera por estrechez de recursos.

23. El deber del Estado de tomar medidas positivas para proteger el derecho a la vida, aún cuando comprenda prestaciones que ponga a disposición de poblaciones vulnerables afectadas por la extrema pobreza, no puede limitarse a ellas, ya que la referida asistencia al no atacar los factores productores de pobreza en general, y de pobreza extrema en especial, no pueden crear las mencionadas condiciones para una vida digna.

24. A mi juicio, en la interpretación evolutiva del derecho a la vida consagrada por la Convención Americana, debe tomarse en cuenta la situación socio económica del Paraguay y de la mayoría de los países latinoamericanos, caracterizada por el crecimiento de la pobreza extrema, en términos absolutos y relativos, a pesar de la implementación de políticas de protección social. En la interpretación del derecho a la vida no se trata solo de observar el cumplimiento, por parte del Estado, de prestaciones propias de protección social, que garanticen temporalmente condiciones

de vida mínimas, sin atender a las causas que subyacen a la producción de pobreza, que reproducen sus condiciones y producen nuevos pobres, tal como se discute en el marco de las Naciones Unidas. Esto plantea la necesidad de vincular las medidas de erradicación de la pobreza del conjunto de fenómenos que la originan, teniendo en cuenta la incidencia de las decisiones que se toman a nivel de Estados, de órganos multinacionales y multilaterales; en la reproducción de las condiciones de pobreza existen responsabilidades de actores e instituciones internacionales y nacionales comprometidas.

25. En este contexto la capacidad de intervención de los Estados de los países en desarrollo, entre ellos el de Paraguay, y la aplicación de las normas internacionales referidas a la pobreza extrema no constituye una cuestión jurídica que involucre solo al Estado, que con frecuencia está condicionado, tanto por los limitados recursos financieros de que dispone, como por los factores estructurales ligados al “proceso de ajuste”, que trascienden el dominio del Estado de Paraguay considerado aisladamente. La responsabilidad internacional no se limita al derecho a la asistencia internacional en el caso que un Estado Parte no pudiere alcanzar por sí mismo el modelo establecido por el Pacto, consagrado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

26. En esta visión la agudización de la pobreza es un resultado de decisiones, básicamente de naturaleza económica y financiera, tomadas por actores privados convenidos con actores públicos que tienen mucho más poder que los Estados de los países en desarrollo. En ese marco se analizan las responsabilidades de las empresas transnacionales y de los organismos multilaterales en las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales; así, la Comisión de Derechos Humanos al tiempo de reconocer que la pobreza atenta contra el derecho fundamental a la vida pidió que se examinaran las políticas del Banco Mundial, de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, y de otros organismos internacionales.

27. En los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se requiere que la comunidad internacional asuma que la pobreza, y particularmente la pobreza extrema, es una forma de negación de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos y culturales, y actúe en consecuencia, de modo a facilitar la identificación de perpetradores sobre los cuales recae la responsabilidad internacional. El sistema de crecimiento económico ligada a una forma de globalización que empobrece a crecientes sectores constituye una forma “masiva, flagrante y sistemática [de] violación de derechos humanos”, en un mundo crecientemente interdependiente. En esta interpretación del derecho a la vida que acompañe la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales se debe prestar atención a causas productoras de pobreza extrema y a los perpetradores que están detrás de ellas. En esta perspectiva no cesan las responsabilidades internacionales del Estado de Paraguay y de los otros Estados Signatarios de la Convención Americana, pero las mismas son compartidas con la Comunidad Internacional que requiere de nuevos instrumentos.

IV. Voto en disidencia. Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

28. La Comisión alegó (*párr.* 245) que el Estado no ha implementado mecanismos que faciliten a los miembros de la Comunidad “los documentos de identificación necesarios para hacer efectivo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”. Indicó que según el censo de 2008 al menos 43 de los 273 miembros de la Comunidad no poseerían documentos de identidad. De ellos, al menos 33 son menores de edad.

29. Los representantes agregaron que el “elevado número de personas de Xámok Kásek que carecen de documentos [...] impide que estas personas puedan jurídicamente demostrar su existencia e identidad”.

30. A mi juicio, estas insuficiencias de documentación afectaba a gran parte de las comunidades y no sólo a los indígenas de Xámok Kásek por la escasez de recursos presupuestarios, pero eran paliados por el “carnet” indígena, expedido por el INDI.

31. Este Instituto respondía a la solicitud de las comunidades en la medida de la disponibilidad de vehículos y combustible y las solicitudes de las comunidades.

V. Voto en disidencia. Incumplimiento del Deber de no Discriminar

32. La Comisión alegó que “el presente caso ilustra la persistencia de factores de discriminación estructural en el ordenamiento jurídico del Paraguay, en lo relativo a la protección de su derecho a la propiedad del territorio ancestral y los recursos que allí se hallan” puesto que pese a los avances generales de su ordenamiento jurídico en reconocer los derechos de los pueblos indígenas persisten disposiciones jurídicas en el Ordenamiento civil, agrario y administrativo que se aplicaron en este caso y que determinan el funcionamiento del sistema estatal en forma discriminatoria, ya que se privilegia la protección del derecho a la propiedad privada racionalmente productiva sobre la protección de los derechos territoriales de la población indígena.

33. A su vez los representantes indicaron que existe “una política de discriminación que reporta un patrón sistemático fácilmente observable y que, además, goza de un elevado consenso en el Paraguay, con lo cual se está conduciendo aceleradamente al deterioro extremo de las condiciones de vida de las comunidades indígenas en general, y en el caso [particular] [...] para [la Comunidad] Xámok Kásek”. [...] “La supuesta imposibilidad fáctica y jurídica [, acerca de la titularidad de las tierras,] aludida por el Estado de Paraguay, no es otra cosa que la aplicación deliberada de un política racista y discriminatoria”.

34. A mi juicio si bien existe cierta discriminación de parte de la población hacia los indígenas por una herencia del colonialismo, a través del sistema educativo se trata de revertir, no existe un acuerdo deliberado ni consenso de aplicación de una política racista ni discriminatoria, que privilegia la protección del derecho a la propiedad privada racionalmente productiva sobre la protección de los derechos territoriales de la población indígena. Entiendo que no se viola el deber de no discriminar, aunque en realidad falta adecuar la legislación para agilizar los trámites de acceso de las comunidades indígenas a sus tierras ancestrales, coincidiendo con el criterio de la Corte, pero entretanto se aplica las normas constitucionales tales como las que garantizan la propiedad privada, que es inviolable y del que solo puede ser privado por expropiación, por sentencia judicial, previo pago de una justa indemnización e igualmente en razón de la primacía de la Constitución por sobre todo tratado o convenio internacional y la expresa mención de que carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en la Constitución. Por lo demás, se debería valorar los ingentes recursos asignados por el Estado en los últimos años para la adquisición de tierras.

Augusto Fogel Pedrozo
Juez *ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario