

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ A. ABREU BURELLI

1. Al ser sometida a votación la sentencia de fondo en el caso “Comunidad indígena Yakye Axa”, manifesté mi disentimiento en relación con el punto resolutivo 4 en el cual la Corte declara que *“no cuenta con elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del Derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de dieciséis miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa [...]”*.

2. A partir de la sentencia de fondo en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (noviembre de 1999), la Corte ha dicho reiteradamente que el derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar medidas para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. Dicha interpretación del derecho a la vida de modo que abarque medidas de protección por parte del Estado, encuentra respaldo hoy tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina.

3. Se ha afirmado, en relación con estos criterios de la Corte, que el derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física. Hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente pueden conducir a la muerte, especialmente cuando se trata de personas vulnerables, respecto a quienes ya la vida, antes de perderla físicamente, carecía de sentido, pues habían perdido la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia¹.

4. Asimismo se ha considerado que esta interpretación amplia del derecho a la vida bajo la Convención Americana (artículo 4 en conexión con el artículo 1.1) corresponde a la aplicación evolutiva de la normativa internacional de protección de los derechos del ser humano. *“En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad,”*² sobre todo cuando se trata de personas vulnerables: niños, niñas, ancianos, indigentes.

5. La Corte igualmente ha considerado, entre otras sentencias, en los casos “Instituto de Reeducción del Menor”, 2 de septiembre de 2004; “Hermanos Gómez Paquiyuari”, 8 de julio de 2004, que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia –ha dicho la Corte- este derecho 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 generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

¹ Caso “Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala. Voto Concurrente de los Jueces A.A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli.

² Idem.

6. Estos criterios, ratificados en la parte considerativa de la sentencia en el caso “Comunidad indígena Yake Axa”, al analizar el artículo 4.1 de la Convención, forman parte de la contribución de la Corte a la interpretación evolutiva del derecho internacional de los derechos humanos; criterios entre los cuales habría que señalar, además, el reconocimiento al derecho al proyecto de vida, la ampliación del concepto de víctima, la incorporación de ésta al proceso contencioso a través de las reformas reglamentarias, el derecho a la asistencia consular de la persona detenida policial o judicialmente, como parte de la garantía del debido proceso, el reconocimiento de los derechos laborales de los migrantes indocumentados.

7. Por tanto mi voto disidente no es por considerar que la Corte, en el punto resolutivo 4 de la sentencia, se haya separado de la interpretación amplia sobre el derecho a la vida, en este caso en perjuicio de dieciséis miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, sino que mi disenso consiste en que no se hizo una valoración de la prueba consecuente con los criterios que, sobre la materia, ha sostenido este Tribunal.

8. Al examinar las pruebas recibidas en la audiencia respectiva, la Corte recogió la declaración o informe del perito Pablo Balmaceda Rodríguez en los términos siguientes:

Se realizaron exámenes de sangre y de materia fecal a los miembros de la Comunidad. Estos estudios demostraron que los miembros de la Comunidad Yakye Axa sufren de una parasitosis importante y anemia. Asimismo se recogieron muestras de agua que la Comunidad utiliza. Se pudo comprobar que la Comunidad tiene una sola fuente de agua no potable, que es un tajamar...que es un pozo de más o menos sesenta por cuarenta metros para almacenar agua de lluvia. Este pozo se encuentra detrás de la alambrada de las tierras reclamadas, por lo que los miembros de la Comunidad tienen que entrar furtivamente para obtener agua para su aseo personal y para uso propio. El agua está expuesta al contacto con animales salvajes y animales criados en la estancia.

Las chozas en las cuales viven los pobladores de esta comunidad son muy precarias. Están construidas de un material que abunda en la zona, una palma de las cuales ellos hacen paredes y el techo de las mismas. Cuando llueve todo se inunda, incluyendo las habitaciones donde ellos viven hacinados. Por las características de las tierras del Chaco, el agua no es absorbida fácilmente por la tierra, entonces se junta toda esa agua sin escurrirse. A esto habría que agregar que no existe un solo retrete en la Comunidad, en el que puedan hacer sus necesidades fisiológicas, por lo que utilizan las plantas que allí existen. De esta manera el agua de lluvia inunda el área y arrastra inclusive los restos fecales hasta las viviendas y la escuelita. Las condiciones de miseria y orfandad en que se encuentra la Comunidad es desastrosa. No se necesita ser experto para comprobar estas circunstancias.

9. Seguidamente el perito se refiere a la dificultad para obtener información de los indígenas sobre sus familiares fallecidos, presuntamente por causa de enfermedades; que al no existir registros de estas muertes no podían establecerse con exactitud las fechas de los fallecimientos. Agrega que, para los indígenas Enxet no resulta fácil recordar a sus muertos, dada la particular relación que tienen con la muerte, por lo que ellos tuvieron que hacer un esfuerzo psíquico muy importante para poder aceptar que se les preguntara acerca de sus muertos. Como resultado de su investigación, tanto de lo que le fue narrado como de sus propias observaciones, el perito declaró:

En la mayoría de los casos de muertes registradas no hubo una atención médica previa. Dos casos llegaron al hospital, fueron diagnosticados y remitidos de vuelta a sus hogares, ya que los médicos determinaron que no había nada que se pudiera hacer. Por el relato de las madres se puede determinar que varios niños fallecieron de bronquitis o bronconeumonía. Los síntomas descritos por las madres se adecuan perfectamente a este diagnóstico: los niños presentaron tos, fiebre alta y dificultades en la respiración hasta llegar a fallecer sin haber recibido asistencia médica o

medicamentos. Asimismo, los entrevistados afirmaron que durante la época de sequía los chicos murieron de diarrea y, efectivamente, esa es la época en que más ocurren estas enfermedades. Estas criaturas murieron con todos los síntomas de diarrea: fiebre, diarreas continuas, a veces con sangre, y vómitos. También se presentaron casos de personas adultas que fallecieron por no haber recibido una atención médica adecuada y oportuna y por falta de alimentación.

En la Comunidad no existe un solo puesto de salud, dispensarios médicos o promotores de salud. El asentamiento de la comunidad está a 356 kilómetros de la capital y a 70 kilómetros de distancia del hospital más cercano. El hospital regional más cercano está a 225 kilómetros de distancia, muy cerca de la Asunción, por lo que no es fácil para los miembros de la comunidad trasladarse a esos centros de salud.

Actualmente las condiciones de alimentación de los niños de la Comunidad son muy precarias. La desnutrición de los niños es evidente. Los niños tienen el cabello descolorido y la panza grande, no tienen la estatura acorde con su edad. Además, esto tiene consecuencias negativas, como la manifestación en los niños de dificultades en el aprendizaje y en el desarrollo intelectual. Esto puede revertirse en la medida en que se inicie, lo más temprano posible, una terapia de desparasitación y una alimentación adecuada y permanente.

10. En el Capítulo VI de la Sentencia relativo a hechos probados, y bajo el título de “las condiciones de vida de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa”, la Corte consideró demostrado que éstos *“no tienen acceso a agua limpia y la fuente de agua más confiable es la recogida durante las lluvias. El agua que obtienen con regularidad proviene de pozos (tajamares) ubicados en las tierras reclamadas, sin embargo, es utilizada tanto para el consumo humano como para el aseo personal y no está protegidas del contacto humano”*.

11. Por su parte el Estado de Paraguay, en la contestación a la demanda, manifestó su allanamiento a la solicitud de provisión de un puesto de salud, una escuela, provisión de agua potable e infraestructura sanitaria para la comunidad, en el lugar que el Estado pueda establecer dichos servicios lo más cercano posible a un asentamiento provisorio. Asimismo que *“en lo posible se allana (al pedido de entregar) atención médica y educación conforme a los planes de educación y de salud previstos por el Estado”*.

12. Esto último motivó la decisión de la Corte, en relación con las reparaciones, al ordenar que *“...mientras la Comunidad se encuentra sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad...”*.

13. Tanto del allanamiento parcial del Estado como de la reparación ordenada por la Corte se desprende, sin lugar a dudas, la carencia actual y en el pasado de servicios básicos, incluyendo el agua potable, indispensables para salud y la vida de los miembros de la Comunidad. No es difícil, entonces, inferir que la muerte, entre otras, de niños: de dos años, por disentería; de seis años por disentería y aftas; de un año, por meningitis; de un mes, por tétano; de un año, por bronquitis; de doce días, por

bronquitis; de dos años, por bronquitis; se debieron a las precarias condiciones de sus vidas sufridas.

14. El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.” La Convención sobre Derechos del Niño, cuyas disposiciones han pasado a ser parte del derecho interno de los Estados, dispone, entre otras medidas, las relativas a *asegurar la prestación de asistencia médica y atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de la contaminación del medio ambiente.*

*
* *

15. Quiero de nuevo destacar que mi disenso respecto al punto resolutorio 4 de la Sentencia obedece únicamente a mi particular consideración sobre la prueba en este caso.

16. A fin de fundamentar mi opinión de que la Corte debió considerar suficientemente demostradas las circunstancias que determinaron la muerte de algunas de las personas señaladas en la demanda, especialmente en el fallecimiento de los niños, citaré los argumentos del Juez De Roux Rengifo, en su voto parcialmente disidente en la sentencia del caso “Durand y Ugarte (16 de agosto de 2000) cuando expresó:

“...En su reciente jurisprudencia sobre valoración de la prueba (incluyendo la que obra en la sentencia a la que se refiere este voto) este Tribunal ha dejado sentados, entre otros, los siguientes tres criterios: 1) un tribunal internacional de derechos humanos cuenta con un significativo margen de flexibilidad en la valoración de la prueba, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia; 2) los tribunales internacionales pueden fundar en gran medida sus decisiones en pruebas circunstanciales o indirectas, en indicios y presunciones, siempre que estos medios puedan dar pie a conclusiones sólidas sobre los hechos; 3) en los procesos por violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede basarse en la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, dado que, muy frecuentemente, éstas no pueden obtenerse sin la cooperación del propio Estado, quien es quien dispone de los medios necesarios para esclarecer los hechos ocurridos en su territorio”.

17. Al igual que lo expresado, en su momento, por el Juez De Roux Rengifo en su voto parcialmente disidente, *mutatis mutandi*, considero que si la Corte hubiese aplicado sus propios criterios sobre la valoración de la prueba, habría adoptado un pronunciamiento diferente en el punto resolutorio 4 de la Sentencia en el caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”.

18. Dejo así, en los términos más respetuosos, fundamentado mi voto parcialmente disidente anunciado en la parte dispositiva de la sentencia antes aludida.

*
* *

19. Además de haber manifestado lo relativo a mi voto disidente, considero oportuno referirme al derecho a la identidad cultural, que varias veces se menciona en el texto de la Sentencia en referencia y con lo cual concuro plenamente.

20. Al respecto, de las múltiples definiciones que se han dado sobre la cultura, resalta, a mi criterio, aquella que la califica como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos de una sociedad, un grupo social o una persona y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias³.

21. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la identidad cultural aún está en permanente construcción y depende primordialmente de los derechos culturales.

22. En el ámbito regional americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Artículo XIII se dispone que

[t]oda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.
Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

23. En el Artículo 14 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", se consagra que:

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:
 - a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
 - b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
 - 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 Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

24. En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24 del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Es decir, no siempre que se vulnere uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural.

25. La protección del artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención

³ Cfr. Preámbulo de la Declaración Universal de las UNESCO sobre la diversidad cultural.

Americana, en conjunción con el artículo 10 (Derecho a la Salud) del Protocolo de San Salvador comprende el derecho de los miembros de los grupos étnicos y culturales de utilizar sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, así como el derecho de acceso a las instituciones de sanidad y atención médica que se brinda al resto de la población en aras de conservar su integridad física, psíquica y moral.

26. La protección del artículo 11 (Protección de la Honra y Dignidad) de la Convención comprende el derecho de los miembros de los grupos étnicos y culturales a no sufrir injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familiar y comunal, lo que implica la preservación de su cultura y el respeto a la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

27. La protección del artículo 12 (Libertad de Conciencia y Religión) de la Convención radica en el derecho de los miembros de los grupos étnicos y culturales a preservar, expresar, divulgar, desarrollar, enseñar y cambiar sus prácticas, ceremonias, tradiciones y costumbres espirituales, tanto en lo público como en lo privado. Involucra también el derecho que tienen a que no se realicen intentos de convertirlos forzosamente y no se impongan creencias contra su voluntad.

28. La protección del artículo 13 de la Convención (Libertad de Pensamiento y Expresión) comprende el derecho de los miembros de los grupos étnicos y culturales a manifestar su propia cultura, tanto en lo público como en lo privado, esto es, hacer uso de su vestimenta, expresiones artísticas, del espectáculo; preservar su propio lenguaje; buscar y recibir información sobre su cultura; participar en la producción y diseminación de la información y solicitar la corrección de la información que consideren errónea respecto a su cultura e historia; acceder a los medios de información y a establecer sus propios medios; contactar y realizar actividades con otras culturas o con miembros de su propia cultura que se encuentren fuera de su territorio; y a ser informados sobre todos los aspectos que afecten su vida espiritual, social, cultural así como a sus bienes muebles o inmuebles.

29. La protección de los artículos 15 (Derecho de Reunión) y 16 (Libertad de Asociación) de la Convención comprende el derecho de las personas integrantes de los grupos étnicos y culturales a reunirse y formar asociaciones de conformidad con su propia cultura, valores y derecho consuetudinario. Estos derechos en conjunción con el artículo 23 (Derechos Políticos) de la Convención, permiten a estas personas organizarse de acuerdo a sus propias formas de organización tradicional, elegir a sus representantes de acuerdo a sus propias formas de elección y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.

30. La protección del artículo 17 (Protección de la Familia) de la Convención radica en el derecho de los miembros de estos grupos a conservar sus propias formas de organización familiar y de filiación.

31. La protección del artículo 18 (Derecho al Nombre) de la Convención comprende el derecho que tienen de atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, en su propio idioma, y mantenerlos.

32. La protección del artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la Convención comprende el derecho al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales.

33. La protección del artículo 23 (Derechos Políticos) de la Convención radica en el

reconocimiento del derecho de los miembros de los grupos étnicos y culturales de participar libremente en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones públicas responsables de políticas y programas que les conciernan.

34. Finalmente, los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana son dos ejes transversales que cruzan todos los aspectos mencionados anteriormente, en el sentido que los miembros de los grupos étnicos y culturales son libres e iguales a todas las personas en dignidad y derechos y deberán gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación de ninguna índole. Es más, en algunos casos, los Estados deberán adoptar medidas positivas para garantizar el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos.

35. El derecho a la identidad cultural y todos los derechos que de él se derivan están sujetos a las mismas limitaciones que los demás derechos reconocidos en la Convención Americana, esto es: “los derechos de los demás, la seguridad de todos y [...] las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”⁴.

36. A la luz de lo anterior, es posible establecer que la identidad cultural tiene distintas manifestaciones que se encuadran dentro de la protección, y a la vez dentro de las limitaciones, que brinda la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Alirio Abreu Burelli
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

⁴

Art. 32 de la Convención Americana.