

VOTO PARCIALMENTE CONCURRENTENTE Y PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ RAMON FOGEL

He participado en el pronunciamiento de la sentencia dictada por la Corte en el caso Yakye Axa, 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:

1. La Comunidad indígena Yakye Axa hace parte de la parcialidad Chanawatsan y pertenece al pueblo Enxet-Lengua. El pueblo Enxet es un pueblo nómada de cazadores, recolectores, horticultores y pastores; la Comunidad Yakye Axa está conformada por una cantidad variable de familias, que llegaban a 28 durante el relevamiento del Censo Indígena del 2002, y a 57 en 1993¹. En los hechos descritos por la Comisión y por los Representante de la presuntas víctimas se consigna que la comunidad está integrada por 57 familias, algunas de las cuales se encuentran viviendo en el asentamiento El Estribo o en lugares adyacentes a las fincas reclamadas. El asentamiento El Estribo cuenta con 27.741 has. y cuenta con una población de 266 familias, conforme al Censo Indígena del 2002.
2. Los Chanawatsan, una parcialidad Enxet-Lengua ocuparon tradicionalmente el territorio delimitado por el Río Verde al Norte, el Río Montelindo al Sur, el Río Paraguay al Este, y una franja paralela a este río a unos 70 kilómetros tierras adentro del Chaco. Los Chanawatsan, así como los otros grupos Enxet son cazadores, recolectores, horticultores y pastores.
3. Con la intensificación de la ocupación económica del bajo Chaco desde principios del siglo XX se fueron constituyendo establecimientos ganaderos en el territorio tradicional de los Chanawatsan. En uno de esos establecimientos o estancias, Loma Verde, fueron censados en 1978, por la Misión Anglicana, 47 indígenas pertenecientes hoy a la Comunidad Yakye Axa².
4. Debido a las penosas condiciones de vida en la estancia Loma Verde la Comunidad se traslada a la Estancia El Estribo en 1986³. El traslado no fue compulsivo y en el mismo no participó el Estado. En su nuevo asentamiento, en el Estribo, la comunidad no pudo superar las carencias propias de la pobreza extrema, y decidió, en 1996, regresar a las inmediaciones de la Estancia Loma Verde, parte de su territorio ancestral, estableciéndose al costado de la ruta Pozo Colorado - Concepción, en las inmediaciones del kilómetro 80.
5. En el asentamiento improvisado por la comunidad, en plena vía pública entre la ruta y la alambrada de la Estancia, no es posible construir infraestructura

¹ El Censo Indígena del 2002 registra 28 viviendas con 147 personas, y entiende como vivienda a la destinada a servir de alojamiento a hogares particulares; el Censo considera hogar a todas las personas que viven juntas bajo el mismo techo y comparten los gastos de alimentación (olla común).

² Presentación Autónoma de los Representantes de las Víctimas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Antecedentes históricos de la Comunidad Yakye Axa.

³ La colonia El Estribo cuenta con 27.741 hectáreas y en el 2002 contaba 266 hogares o viviendas Censo Nacional Indígena 2002.

sanitaria básica, y las posibilidades de prestación de servicios sociales básicos está muy restringida por las condiciones físicas del asentamiento con severas limitaciones⁴. En el espacio en cuestión no puede desarrollarse actividad productiva alguna, y en general el mismo no permite condiciones de vida aceptables.

6. El 10 de diciembre de 2001 el Poder Ejecutivo reconoció, conforme a las disposiciones de Ley 904/81, la personería jurídica a la “Comunidad Yakye Axa, asentada en el Distrito de Pozo Colorado, Departamento de Presidente Hayes”⁵, quedando la misma habilitada para gestionar tierras fiscales o del dominio privado.

7. En 1993 se da inicio al Expediente “El Estribo –Pozo Colorado- Comunidad indígena Yakye Axa s/legalización de tierras, 15.000 has”. En ese Expediente el IBR declaró que no podía solicitar la expropiación porque las propiedades reivindicadas estaban racionalmente explotadas. Los propietarios de las propiedades en cuestión se negaron a venderlas.

8. Agotadas las gestiones en sede administrativa, la Comunidad gestiona ante el Congreso Nacional la expropiación de 18.189 has. de la Estancia Loma Verde; el proyecto de Ley de expropiación, fue retirado el 28 de noviembre de 2000. Posteriormente el Poder Ejecutivo presentó al Congreso Nacional, el 30 de Enero del 2002 otro proyecto de Ley para expropiar 7.901 has de la misma Estancia Loma Verde, que fue rechazado por el Senado en uso de sus facultades constitucionalmente establecidas.

9. Las condiciones del asentamiento improvisado de la Comunidad peticionaria acentuó la situación de riesgo y vulnerabilidad de la comunidad, por la privación de sus medios tradicionales de subsistencia y por dificultades objetivas para que el Estado pueda proporcionar a la comunidad los factores protectores en relación a los riesgos que enfrentan sus miembros para asegurar las condiciones mínimas de vida⁶.

En ese contexto, en poco menos de seis años se reporta el fallecimiento de siete indígenas en el asentamiento mismo. En base a su exposición de hechos la Comisión alega que el Estado de Paraguay ha incumplido la obligación de garantizar el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 en relación con el artículo 1(1) de la Convención Americana, en perjuicio de la Comunidad indígena Yakye Axa⁷.

En la contestación de la demanda el Estado de Paraguay rechaza la acusación mencionada, se allana a la pretensión de los representantes de las supuestas

⁴ En el derecho interno la inversión de recursos públicos para la construcción de obras de infraestructura sanitaria la vera de la ruta.

⁵ Artículos 8, 9 y 16 de la Ley 904/81.

⁶ Demanda de la Comisión, párr. 178. Los factores protectores aluden a servicios médicos, creación de condiciones físicas para la auto producción de alimentos, servicios de educación, etc. Conforme al derecho interno la utilización de recursos financieros públicos para la construcción de un sistema de agua potable o de infraestructura de otro tipo, al costado de una ruta y en su franja de dominio implica la comisión del delito de malversación.

⁷ Demanda de la Comisión, párr.192.

víctimas de recurrir a un peritaje con respecto a las causas de los fallecimientos en cuestión, y señala que el reclamo no se ha planteado en el sistema judicial nacional⁸.

10. En cuanto a los fundamentos de derecho, debe tenerse presente que la Corte Interamericana, en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, debe interpretar las disposiciones de la Convención Americana, conforme a las normas de ese instrumento y a las demás que pudieran ser invocadas en el marco del régimen jurídico de los Tratados pertinentes. En este sentido el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre los Tratados establece: “Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El objeto y fin de la Convención Americana apuntan al reconocimiento de la dignidad humana y a la necesidad de proteger a las personas asegurando sus derechos fundamentales, incluyendo el desarrollo de los mismos.

La Corte Interamericana hizo notar que

“al dar interpretación a un Tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (....), sino también el sistema dentro del cual inscribe”, citando a la Corte Internacional de Justicia cuando ésta sostiene que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico en el momento en que se aplica la interpretación (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J Reports 1971, pág. 16 ad 31)⁹.

11. En relación con la alegada violación del artículo 21 de la Convención Americana, entiendo tal como la Corte lo ha consagrado, 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 internacional¹⁰.

En este mismo sentido el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en su artículo 8.1 establece:

“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” y en artículo 8.2 señala: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”¹¹.

⁸ Contestación de la demanda párr. 166 a170, 189.

⁹ Opinión consultiva OC - 16/99 - El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Penal, párr. 113. Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de Fondo y Reparaciones del caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awastegni.

¹⁰ Artículo 29. Normas de Interpretación. Convención Americana sobre Derechos Humanos; Demanda de la Comisión Interamericana en el presente caso, párr. 136; Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas. Sentencia de 28 de Febrero de 2003, párr.103

¹¹ Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado durante la 76ª Conferencia Internacional de Trabajo, celebrada en Ginebra el 7 de junio de 1969, ratificado por Ley 234/93.

12. La Constitución Nacional 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 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 tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

13. A su vez la Convención Americana, sobre el derecho a la propiedad privada establece que:

1. Toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
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 según las formas establecidas por la Ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidos por la Ley.

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.

14. Los sujetos amparados por el derecho a la propiedad privada incluyen tanto a los indígenas de la comunidad Yakye Axa, 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 mantengas o las propicien.

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 100.000 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.

15. 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. El 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, 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.

A su vez el artículo 22 de la referida Ley 904 establece 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”.

16. 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”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 inscripta 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 hereditaria¹³.

¹² La Ley 854/63 fue derogada por la Ley 1863/02.

¹³ Contestación de la Demanda, párr.148.

17. A su vez el artículo 94 de la Ley 1863/02, que deroga la Ley 854/63, califica los inmuebles rurales que pueden ser expropiados:

Declárense de interés social y sujetos a expropiación los inmuebles rurales de dominio privado siguientes:

- a)** los inmuebles que no están racionalmente utilizados, que sean aptos para la formación de colonias agropecuarias y se encuentren localizados en zonas con problemas de índole social;
- b)** los que sirven de asiento a poblaciones estables, con arraigo consolidado por mas de diez años, bajo términos y requisitos de la Ley N° 622/60 De Colonizaciones y Urbanizaciones de Hecho; y,
- c)** los inmuebles afectados por la Ley N° 662/60, De Parcelación Proporcional de Propiedades Mayores, conforme al procedimiento indicado en la misma.

18. En este punto debe notarse la colisión entre la norma constitucional y el artículo 64 de la Ley 1863/02; mientras esta 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 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.

En la medida indicada no se requiere la presencia de explotación irracional de las fincas que se pretende expropiar.

19. Son particularmente pertinentes algunos párrafos del Acuerdo y Sentencia N° 377

“Acción de Inconstitucionalidad del juicio Comercial Inmobiliaria Paraguayo-Argentina S.A. CIPASA contra la Ley 517/95”.

(...) es la propia Ley Suprema la que ordena que la decisión en materia expropiatoria esté a cargo del Congreso y revista la forma del acto típico del mismo, es decir forma de ley. Es más, se trata de un acto político, en el más alto sentido de la palabra. Como se expresa en el citado decreto, el Congreso actúa “no en carácter de legislador, precisamente, sino como representante de la comunidad política interesada en una determinada definición”.

(...) El Estado expropiante no contrata con el expropiado: lo somete a su imperio...” “Considerada como acto jurídico de derecho público, la expropiación es “unilateral” en su formación o estructura: la voluntad del expropiado no integra dicho acto... la naturaleza jurídica reconocida actualmente a la expropiación acto de “poder” excluye el concurso de la voluntad del administrado (...) Dada la naturaleza jurídica de la expropiación, va de suyo que al disponer ésta el Estado ejerce una “potestad” y no un “derecho”.

(...) Es una limitación al derecho de propiedad en cuanto se refiere a lo perpetuo del dominio, es decir en relación al tiempo. Esa limitación deriva de la prevalencia del interés de la comunidad, representada por el Estado, sobre el interés del particular que debe ceder ante el requerimiento público”.

(...) Es evidente, entonces, que tratándose la expropiación de un acto unilateral del órgano expropiador (Congreso), resultado del ejercicio del poder estatal, del “jus imperii”,

más aún cuando dicho acto debe tomar la forma de una ley, la intervención del propietario en las actuaciones de las cámaras tendientes a la expropiación no corresponde.

(...) La decisión que adopte el Congreso se habrá de basar en hechos concretos que generen esa "causa de utilidad pública o interés social" de que habla la Ley Suprema, y que lleven a los legisladores al convencimiento de que debe procederse a la expropiación. El Congreso tiene la atribución de apreciar si en una situación dada, la "causa de utilidad pública o interés social" realmente existe y es de tal envergadura que justifique la adopción de la medida excepcional de que hablamos.

(...) En el mismo sentido, en el veto del Poder Ejecutivo se expresa lo siguiente: "Como lógico corolario de este ideal de facilitar a la mayor cantidad posible de compatriotas el acceso a la propiedad inmobiliaria, debe resaltarse que el espíritu del constituyente refleja el rechazo a la gran propiedad inmobiliaria, constituya o no latifundio"...

20. En el marco jurídico referido debe juzgarse la intervención del Poder Legislativo en los dos pedidos de expropiación de tierras de la Estancia Loma Verde (párr. 8). En el primer caso el proyecto de ley de expropiación presentado por los Diputados señora Sonia de León y el señor Rafael Filizzola fue retirado por Resolución de la Cámara de Diputados, a pedido de los proyectistas, dada la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el interés del Estado Paraguayo en encontrar una solución amistosa¹⁴

El segundo pedido de expropiación fue rechazado por la Cámara de Senadores. En ese caso los legisladores no tuvieron, en uso de sus facultades constitucionalmente establecidas, la convicción de que los problemas sociales de la Comunidad Yakye Axa podían resolverse solo con la expropiación de las fincas especificadas en el proyecto de ley. De la separata de la sesión ordinaria de fecha 27 de junio del 2002 se desprende no el desconocimiento del derecho de las indígenas a la propiedad de la tierra, sino el rechazo a la expropiación de las fincas de la Estancia Loma Verde. Particularmente el Senador Rachid Lichi mencionó las disposiciones de la Ley 904, que ciertamente requieren para la expropiación de tierras de particulares la ocupación de la misma por parte de la comunidad beneficiaria de la expropiación¹⁵.

21. En el rechazo del proyecto de Ley de expropiación en cuestión los Senadores obraron con la convicción que la decisión la tomaron en el marco de sus facultades constitucionalmente establecidas, conforme a normas pertinentes de derecho interno. En esta decisión de rechazo sin embargo, los Senadores no hicieron alusión alguna a las disposiciones de los artículos 63 y 64 de la Constitución Nacional, que no cuentan con leyes que permitan hacer efectivos los derechos reconocidos en ellas.

La insistencia en la expropiación de los mismos inmuebles, en el marco de las leyes vigentes, sin cubrir las lagunas mencionadas, puede ser inconducente, en tanto los legisladores podrán utilizar los mismos argumentos, en base a normas constitucionales, para rechazar nuevamente la expropiación, aunque con esa eventual decisión se reproduzcan las inequidades existentes y la ley colisionara nuevamente con la justicia.

¹⁴ Nota de Diputados proyectistas con fecha de entrada 17 de noviembre del 2000, expediente 3886, folio 2.

¹⁵ Separata de la Sesión Ordinaria de la Cámara de Senadores del 27 de Junio de 2002. El pago de la justa indemnización, por la expropiación de una estancia con instalaciones modernas, planteada en el derecho interno y en el artículo 21 (2) de la Convención Americana, ciertamente limitara las posibilidades del Estado de intervenir protegiendo los derechos de otras comunidades indígenas amparadas.

22. Por los fundamentos expresados disiento de la sentencia en cuanto declara que el Estado violó, en perjuicio de la comunidad Yakye Axa 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 Yakye Axa no fueron efectivas debido a vacíos normativos en el derecho interno, y por desaciertos en los procedimientos utilizados particularmente en la insistencia en la reivindicación de un solo espacio del territorio tradicional; en este punto debe tenerse presente que del conjunto de testimonios resulta que en algunas oportunidades el Estado no consultó con la Comunidad al gestionar la compra de tierras para la Comunidad, pero en otras si efectuó la consulta pero sin lograr el acuerdo de la Comunidad que insistió en la adquisición de Loma Verde, lo que plantea la necesidad de diferenciar, a nivel normativo, la consulta del consenso.

23. Dada la dilación de las gestiones el Estado de Paraguay debe satisfacer en un plazo razonable el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra demandada por la comunidad Yakye Axa. El Inmueble destinado a la comunidad debe estar situado en el territorio ancestral de la parcialidad Chanawatsan del pueblo Enxet-Lengua y tener la extensión suficiente para que la comunidad pueda preservar y desarrollar su identidad étnica. En la aplicación de esta medida deberá tomarse en consideración los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

24. Del análisis del caso se desprende que no existen actualmente disposiciones, en el derecho interno, que permitan la expropiación de tierras, que perteneciendo al hábitat tradicional de los pueblos indígenas no se encuentren ocupadas actualmente por éstos, salvo convicción del legislador de la procedencia de esa medida en casos determinados; el derecho a la tierra ancestral si no va acompañado por la posesión del inmueble reivindicado no tiene reconocimiento en el derecho interno¹⁶. Tampoco existen instrumentos jurídicos idóneos para la recuperación de tierras de indígenas invadidos actualmente por terceros. En consecuencia el Estado Paraguayo está obligado a adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos fundamentales, consagrados en los artículos 63 y 64 de la Constitución Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Convención Americana:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En el cumplimiento de esta obligación el Estado Paraguayo debe tener en cuenta el artículo 14 (3) del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que establece la necesidad de instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados. Estos son los fundamentos de mi voto parcialmente concurrente con el punto resolutivo primero de la Sentencia.

25. En cuanto a la alegada violación del artículo 4 de la Convención Americana (Derecho a la Vida) la demanda de la Comisión Interamericana afirma que el Estado

¹⁶ Contestación a la Demanda, párr. 152.

de Paraguay incumplió, en perjuicio de la Comunidad Yakye Axa, la obligación de garantizar el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana, en perjuicio de ocho 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 ¹⁷. El referido artículo 4 (1) 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.

26. La demanda indica que la H. Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, esencial para el ejercicio de los demás derechos humanos, y que el mismo no comprende solo el derecho de todo ser humano de no ser privado arbitrariamente de la vida, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. Sobre este derecho ciertamente la Corte ha puntualizado:

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 él¹⁸.

27. 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.

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 morbilidad evitable, 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 vida¹⁹. A mi juicio, la responsabilidad internacional del Estado paraguayo en el caso de muertes

¹⁷ Demanda de la Comisión Interamericana. Petitorio de los escritos principales. Doc. Resumen, párr.2.

¹⁸ Corte IDH. Caso Villagrán Morales y otros (Casos de los “Niños de la Calle”), Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto concurrente conjunto de los jueces Antonio Augusto Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”), párr. 4.

evitables de los indígenas de Yakye Axa, que debe ser compartida con otros actores involucrados como planteare, es la que se origina en la extrema pobreza, agravada por el asentamiento precario de la comunidad a un costado de la ruta, hecho no imputable al Estado.

28. 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 trabajo²⁰. 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)²¹. 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. En el caso de las comunidades indígenas, en especial las afectadas por la pobreza dura, la situación de pobreza extrema implica la denegación sistemática de la posibilidad de gozar de los derechos inherentes al ser humano²². La Comunidad Yakye Axa ciertamente está afectada por la extrema pobreza, conforme se desprende de los testimonios brindados por testigos y peritos²³.

29. 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. A su vez los factores protectores que deben ser garantizados por el Estado, comprendiendo servicios médicos, condiciones para auto producción de alimentos, e integración a redes comunitarias que permitan una autosuficiencia mínima, requieren condiciones básicas en lo relativo a asentamiento de los indígenas que conforman el grupo objetivo de las prestaciones; el tamaño del grupo debe ser tal que permita la autosuficiencia socio comunitaria y la calidad del terreno debe ser adecuada a la prevención, mitigación y superación de los riesgos.

30. En las intervenciones en cuestión debe tenerse en cuenta que, conforme a la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, se indica que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí²⁴. Considero que, a la luz de estos principios, no se trata de proteger uno de los derechos humanos

²⁰ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó que las situaciones de extrema pobreza afectan todos los derechos humanos, los civiles, culturales, económicos y políticos, así como al derecho al desarrollo, que tienen a la persona humana como sujeto central..E/CN.4/1995/101 párr. 83.

²¹ E/CN.4/ Sub 2/200425.

²² E/CN.4/ Sub 2/2004/44.

²³ Caso de la Comunidad Yakye Axa Audiencia Pública Celebrada el 3 y el 4 de Marzo de 2005 en la Sede de la Corte.

²⁴ El principio de indivisibilidad impide lograr mejoras en uno de los derechos humanos a expensas de otro, mientras el principio de interdependencia plantea que las mejoras en la realización de cualquier derecho humano depende de la realización de todos o al menos de algunos. E/CN.4/ Sub 2/2004/25.

incorporados al Sistema Interamericano a expensas de otro u otros de estos derechos, ni de proteger a algunos recurrentes de modo a provocar la violación de estos derechos de otros igualmente amparados por la Convención. En ese marco debe considerarse axiomático que ninguna asistencia prestada a pequeños grupos dispersos y/o asentados en terrenos precarios pueden crear las condiciones que garanticen una existencia digna²⁵.

31. La insistencia en provisión de alimentos a los indígenas, sin término, y sin que se reúnan las condiciones puntualizadas en el párrafo anterior puede plantear un despropósito al generar dependencia y debilitar los mecanismos de protección social propios. Debe tenerse en cuenta también que el acceso a tierras aptas es una condición necesaria pero no suficiente para crear las condiciones que garanticen una vida digna²⁶. En esa medida deberá tenerse cuidado de no emplear gran parte de los recursos financieros existentes en compra de tierras o pago de indemnizaciones por expropiación de tierras.

32. 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 postradas en extrema pobreza, no puede limitarse a ellas, ya que la asistencia en cuestión al no atacar los factores productores de pobreza en general, y de pobreza extrema en especial, no pueden crear las referidas condiciones para una vida digna. En este punto debe tomarse en consideración lo señalado por la Corte Interamericana en el sentido que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. La Corte ha señalado también que esa interpretación evolutiva, en concordancia con las reglas generales de interpretación de los tratados, ha contribuido en medida importante a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁷.

33. A mi juicio, en la interpretación evolutiva del derecho a la vida consagrada por la Convención Americana debe tomarse en consideración la situación socio económica del Paraguay y de la mayoría de los países latinoamericanos, marcada 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 Unidas²⁸. Esto plantea la necesidad de vincular las medidas de

²⁵ La Ley 904/81 establece que los grupos indígenas desprendidos de sus comunidades que se reagrupen deben tener una cantidad mínima de 20 familias.

²⁶ Debe tenerse en cuenta que de hecho ya existen comunidades indígenas que a pesar de acceder a tierras adecuadas en calidad y tamaño se encuentran en extrema pobreza debido a la falta de intervenciones adecuadas.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Villagrán Morales y otros (Casos de los “Niños de la Calle”) Sentencia del 19 de Noviembre de 1999, párr. 193, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Penal - Opinión Consultiva OC – 16/99, párr. 114.

²⁸ UNESCO, *Poverty as a violation of Human Rights*. 2004, by José Bengoa, Member of the United Nations Sub-Commission for the protection and promotion of human rights, Chairman of the United Nations working group on extreme poverty.

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 multilaterales²⁹; en la reproducción de las condiciones de pobreza existen responsabilidades de actores e instituciones internacionales y nacionales comprometidas.

34. 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, tal como se señala en la Contestación de la Demanda (párr. 185)³⁰. 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 Culturales³¹.

35. 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 examinarán las políticas del Banco Mundial, de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, y de otros organismos internacionales³².

²⁹ E/CN.4/ Sub 2/2004/44 párr. 11, 17 y 19.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto concurrente conjunto de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”), párr. 6. Teniendo en cuenta que la conducta de los Estados, sobre todo de los pequeños, ante las empresas transnacionales que controlan los mercados, está marcada por la debilidad, es la comunidad internacional en su conjunto la que debe asumir que la responsabilidad es compartida por los actores involucrados. E/CN.4/Sub 2/2004/44, párr.19 y 20.

³¹ Son pertinentes los artículos 2 y 11 del Pacto. El artículo menciona “la asistencia y cooperación internacional, mientras el artículo 11 establece que los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas... que se necesiten ...para asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales... teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”. E/CN.4/1995/101. párr. 64.

³² E/CN.4/Sub 2/2004/25. Asimismo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado en foros internacionales que los Derechos de Propiedad Intelectual tal como fueron adoptados en el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio contradicen convenios, convenciones y tratados de derechos Humanos. E/CN.4/Sub 2/204/44 párr. 11, 17, y 19. El Foro Social realizado en el marco de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizado en el 2004, destacó la necesidad creciente de incluir una dimensión de los derechos humanos en las decisiones económicas internacionales, tales como las relativas al pago de la deuda, el intercambio comercial, y los tratados de libre comercio, como una forma de impedir la producción de pobreza.

36. 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 violación de derechos humanos”³³, 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.

37. Debe tenerse en cuenta, además de las consideraciones planteadas en los párrafos precedentes, que el artículo 46.1.a de la Convención establece que para que una petición o comunicación presentada a la Comisión Interamericana de acuerdo a los artículos 44 ó 45 de la Convención resulte admisible, es necesario que se hayan interpuesto y agotados los recursos de la jurisdicción interna, circunstancia s que no dieron en el presente caso.

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.

38. 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.

³³ International Conference on Poverty and Social Exclusion, held in San Jose, Costa Rica, in January 1997; *General Assembly Resolution (A/RES/55/106) of 14 March 2001*, Resolutions of the Commission on Human Rights and the General Assembly of the United Nations state that both poverty and social exclusion are a “violation of human dignity”. Paragraph 1; E/CN.4/Sub.2/1996/13, *Final report on human rights and extreme poverty, submitted by the Special Rapporteur, Mr. Leandro Despouy*; UNDP, *Poverty reduction and human rights, a practice note* (March 2003).; J. Bengoa, *Implementation of existing human rights norms and standards in the context of the fight against extreme poverty* (E/CN.4/Sub.2/2003/17).

Ramón Fogel Pedroso
Juez *ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario