



INTER - AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
COMMISSION INTERAMÉRICAINÉ DES DROITS DE L'HOMME

ALEGATOS FINALES ESCRITOS
CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA DE XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAY

01023

Introducción

"Salazar es donde nacimos y nos criamos y el retiro primero es una parte de nuestro cazadero tradicional", dijeron los líderes de la Comunidad de Xákmok Kásek en 1990 cuando presentaron su solicitud de reivindicación de su tierra. "Nuestro pedido es urgente por que nos encontramos en una situación muy precaria. Pasamos muchos días sin comida, pues pocas personas en la comunidad tienen trabajo, no podemos tener nuestras chacras y ya quedan muy pocos animales silvestres en los lugares donde el patrón permite que caccmos."

Desde hace varias décadas los miembros de la comunidad indígena de Xákmok Kásek fueron despojados de su territorio ancestral cuando el Estado lo vendió a propietarios individuales, quienes les impidieron habitar allí, acceder a los recursos naturales de los cuales se sustentan como pueblo cazador y recolector, y realizar las prácticas rituales y espirituales que definen su cultura. El Estado no ha reconocido su derecho a su territorio, no les ha ofrecido recursos eficaces para reivindicar sus derechos y, por ende, los ha dejado en una situación de desprotección. Como consecuencia directa de dicha situación, la comunidad de Xákmok Kásek fue llevada a un estado de miseria, que se tradujo en condiciones de vida, alimentarias, médicas y sanitarias intrahumanas que vulneran en forma continua la supervivencia de sus miembros y la integridad comunitaria.

Asimismo, el presente caso ilustra la persistencia de factores estructuralmente discriminatorios en el ordenamiento jurídico paraguayo. En ese sentido, es un caso de una comunidad históricamente excluida cuyos miembros han estado y están en un estado de "no sujetos" frente al Estado paraguayo. Pese a que el Estado ha comenzado a incorporar una serie de normas constitucionales y legales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones internacionales del Estado en este campo, éstas han sido comprobadamente ineficaces para proveer soluciones de fondo a la situación extrema de la comunidad de Xákmok Kásek, dado que se han incorporado a un sistema que, en su estructura, favorece y protege el derecho individual a la propiedad privada en perjuicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, los cuales se subordinan a un criterio de "explotación racional" y de productividad económica.

En el presente caso, la Comisión Interamericana solicita a la Corte que declare que el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los derechos individuales y colectivos de la comunidad de Xákmok Kásek, en relación con la propiedad, la vida, las garantías y protección judiciales, los derechos de los niños y la personalidad jurídica, así como por el incumplimiento de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, todo ello consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el presente escrito, la CIDH hará referencia a los siguientes puntos: (a) el ofrecimiento de solución amistosa del Estado; (b) la pertenencia de dicha comunidad a los pueblos Enxet, Sanapaná, Angaité y Enlhet; (c) el territorio ancestral de la comunidad de Xákmok Kásek; (d) el derecho a la protección y a las garantías judiciales; (e) la discriminación estructural en el ordenamiento jurídico paraguayo, y (f) las condiciones de vida de la comunidad de Xákmok Kásek.

a) En relación con la alegada solución amistosa del Estado

~~La Comisión observa que en su contestación de demanda el Estado ofreció lo que denominó una solución amistosa, lo cual reiteró durante la audiencia pública. Al respecto, la Comisión observa~~ que si bien durante el trámite ante ella el Estado ha hecho similares ofrecimientos, la voluntad manifestada nunca ha sido traducida en la implementación de medidas concretas hacia una solución que respete sus derechos. En ese sentido, durante el trámite ante la Comisión Interamericana los representantes de las víctimas informaron su decisión de retirarse del proceso de solución amistosa puesto que el Estado no había demostrado voluntad de cumplir con la misma. Posteriormente, las partes acordaron elaborar un borrador de "acercamiento de voluntades" que reflejara los puntos de consenso entre ellas, y que pudiera servir como herramienta para dar inicio a un nuevo proceso de solución amistosa. Dicha iniciativa fue infructuosa.

01024

Una vez emitido el informe de fondo, la Comisión otorgó, a solicitud del Estado, cuatro prórrogas con la finalidad de dar cumplimiento a un "Acuerdo de Cumplimiento de Recomendaciones". Sin embargo, los representantes informaron "la indeclinable voluntad de los representantes de la Comunidad [...] de retirarse de la mesa de negociación", puesto que el Estado estaría "utilizando las prórrogas a fin de forzar la firma del mismo, a expensa de [las] necesidades [de la Comunidad]".

En virtud de lo anterior, la Comisión recuerda que la existencia de un acuerdo de solución amistosa requiere la concurrencia de voluntades de las partes. Para la Comisión es claro en el presente caso que si bien hubo acercamientos entre las partes durante el proceso ante ella, éstos fueron infructuosos.

b) En relación con la pertenencia de dicha comunidad a los pueblos Enxet, Sanapaná, Angaité y Enlhet

El Ilustrado alegó durante la audiencia pública que existía un error en la identificación de la comunidad indígena de Xákmok Kásek como pueblo Enxet, y no como pueblo Sanapaná. El hecho de que la comunidad de Xákmok Kásek esté compuesta por familias de afiliación étnica Enxet, familias de afiliación Sanapaná, familias de afiliación Angaité y familias de afiliación Enlhet, no constituye desde ninguna perspectiva un obstáculo para que esta comunidad indígena sea titular del derecho al territorio ancestral. La integración multiétnica de la comunidad indígena de Xákmok Kásek obedece a su propia historia –tal como lo explicó el antropólogo Rodrigo Villagra durante la audiencia pública. Dicha integración se liga indisolublemente a la historia de la desposesión de los pueblos indígenas del Chaco.

Como cualquier sociedad humana, los pueblos indígenas –y las comunidades que les conforman– tienen una historia propia. Son grupos humanos dinámicos que se reconfiguran a lo largo del tiempo con base en los rasgos culturales que les caracterizan. Las comunidades indígenas del presente no son los mismos habitantes de la América precolombina; son sus descendientes, y en el transcurso de los siglos han atravesado por historias particulares que han generado sus estructuras sociales distintivas, su espiritualidad y sus prácticas rituales, su lengua, su arte, su folklore, su memoria y su identidad – en suma, su configuración cultural, que se reestructura y reconfigura con el paso del tiempo, sin que por ello se pierda su condición indígena específica. Con base en esa historia individual es que se construye la relación de cada pueblo y comunidad indígena con su territorio, del cual surge su subsistencia física y cultural, relación a la cual la Corte Interamericana ha otorgado un nivel privilegiado de protección.

La historia de la comunidad indígena Xákmok Kásek ha llevado a esta comunidad a considerar el Retiro Primero de la Estancia Salazar como su territorio ancestral. Independientemente de que además de un componente étnico Enxet, la comunidad cuente con afiliaciones étnicas y

culturales Sanapaná, Enlhet y Angaité, la comunidad está claramente identificada en cuanto a su ubicación y su composición general; sus miembros se identifican a sí mismos como provenientes de Xákmok Kásek, y dicen que son de allí; llevan varias generaciones naciendo, viviendo y muriendo en Xákmok Kásek. Así lo dijeron, sin duda alguna, las personas indígenas que declararon ante la Corte Interamericana: ~~doña Antonia Ramírez, anciana de la comunidad, y don Maximiliano Ruiz, maestro de la misma.~~

c) En relación con el territorio ancestral de la comunidad de Xákmok Kásek

La comunidad indígena Xákmok Kásek es titular del derecho al territorio ancestral, protegido por la Convención Americana en su artículo 21, según lo ha determinado en varias oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹. 01025

El derecho al territorio ancestral de la comunidad de Xákmok Kásek no ha sido satisfecho en la práctica. Así lo reconoce expresamente el Estado de Paraguay en su contestación a la demanda, al afirmar que "no ha violado el derecho a la propiedad comunitaria de los Xákmok Kásek consagrado en la legislación interna, pero reconoce que por circunstancias de hecho que no le son imputables, no ha podido satisfacer ese derecho hasta la fecha"².

En efecto, la comunidad de Xákmok Kásek, depositaria del legado cultural de los pueblos Enxet, Enlhet, Angaité y Sanapaná, fue despojada y expulsada en los últimos años del territorio ancestral que ha sido suyo desde hace varias generaciones, y que contiene los recursos de caza, pesca y recolección que le permitieron hasta hace algunos años, así como le permitieron a sus antepasados sobrevivir con la dignidad inherente a su naturaleza humana. La falta de acceso al territorio ancestral también ha implicado que a la comunidad se le impida realizar las prácticas espirituales, rituales y fúnebres que su cultura exige, dentro de su propio territorio.

Sobre la propiedad que se reivindica pesa, además, una declaratoria de reserva natural desde el 31 de enero de 2008, que impide su expropiación y prohíbe el desarrollo de actividades de subsistencia como caza, pesca o recolección dentro de sus límites. Sobre este punto en particular debe tenerse en cuenta que el Decreto mediante el cual se declaró que la Estancia Salazar fue solicitado por el mismo propietario de la Estancia Salazar, y que el mismo Estado, en la contestación a la demanda ante la Corte Interamericana, ha aceptado que en su emisión se presentaron irregularidades que ameritan su revocatoria o revisión. En ese sentido, el Estado informó que existe un "Dictamen de la Asesoría Jurídica de la Secretaría del Ambiente, que denota las acciones concretas realizadas a efectos de obtener la revocación del Decreto que declaró como Área Silvestre Protegida a la Estancia Salazar, en razón a las graves irregularidades cometidas al momento de solicitar tal declaración (ocultamiento de datos; no mencionaron la denuncia existente ante la CIDH)".

Hoy en día, la comunidad se vio forzada a abandonar su asentamiento en las inmediaciones de este territorio ancestral y desplazarse hacia el territorio de la comunidad de Cora'í. Tal como lo manifestó el líder Marcelino López en su declaración jurada, la comunidad salió de la Estancia Salazar "porque la vida ya era muy difícil [...] estábamos como presos, porque se prohibía que la gente entre o salga [...] los guardias estaban instalados [...] la cacería también se prohibió [...] teníamos miedo".

La apreciación conjunta de las posturas de los peticionarios, de la Comisión y del Estado en relación con el acceso de la comunidad de Xákmok-Kasék a su territorio ancestral permite identificar tres puntos clave que están en controversia en este caso, sobre los cuales es necesario que la Corte se pronuncie: (i) la determinación del territorio ancestral de la comunidad de Xákmok Kásek; (ii) la aludida imposibilidad fáctica y jurídica que impide al Estado materializar

¹ Ver, entre otras: Corte IDH., Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay; sentencia del 29 de marzo de 2006 (Foro, Reparaciones y Costas) y Caso de la Comunidad Indígena Yeky Axa. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

² Contestación de la demanda, pág. 21.

el derecho de la comunidad al territorio ancestral; y (iii) la ubicación actual de la comunidad Xákmok Kásek en el territorio de la comunidad de Cora'i.

(i) Determinación del territorio ancestral de la comunidad de Xákmok Kásek.

El primer tema clave en controversia es el de cuál es el "territorio ancestral" de la comunidad Xákmok Kásek. Según se demuestra en el expediente, los miembros de Xákmok Kásek reivindican hace dos décadas un territorio de aproximadamente 10.700 hectáreas de extensión, conformado por la zona que se denomina en español como "Retiro Primero" de la Estancia Salazar y sus alrededores. El Estado alega que el territorio ancestral de la comunidad Xákmok Kásek es mucho más amplio que el de la "Estancia Salazar" y se ubica en el Chaco como un todo; por lo mismo, argumenta que es válido adjudicarlo a la comunidad como territorio ancestral un predio alternativo en cualquier otra parte del Chaco. Para la Comisión, hay múltiples razones que demuestran que es éste el territorio ancestral de la comunidad Xákmok Kásek que debe ser adjudicado por el Estado, esto es, que las 10.700 hectáreas del Retiro Primero de la Estancia Salazar y sus alrededores son su propio territorio. 0.01026

De esta forma, el caso presente plantea a la Corte el problema jurídico de definir el alcance de la noción de "territorio ancestral", puesto que este concepto está siendo utilizado con distintos contenidos por ambas partes para sustentar sus respectivas posiciones: mientras que la comunidad de Xákmok Kásek alude a su territorio ancestral comunitario y lo reivindica específicamente, el Estado se refiere al territorio ancestral del pueblo Enxet-Lengua como un todo y, sobre esa base, afirma que se puede otorgar un predio alternativo dentro de ese amplio territorio étnico.

La comunidad reclama como su territorio ancestral específico un área de aproximadamente 10.700 hectáreas, conformada por la zona que se conoce en español como "Retiro Primero de la Estancia Salazar". El área actualmente corresponde a dos estancias de propiedad particular. La fracción más grande pertenece a la empresa ganadera Eaton y Cía -Finca No. 1418, Padrón No. 3849 del Departamento Presidente Hayes, con aproximadamente 7700 hectáreas que contienen el núcleo de dicho territorio ancestral, y forman parte de la denominada "Estancia Salazar". La segunda fracción fue vendida por Eaton y Cía a la Cooperativa Menonita "Chortitzer Komitee" al final de 2002 -más de una década después de que la comunidad Xákmok Kásek iniciara el trámite administrativo de reivindicación-, y tiene aproximadamente 3300 hectáreas, situadas directamente al este de la primera estancia.

Las siguientes razones sustentan la postura de la CIDH en el sentido de que éstas 10.700 hectáreas corresponden al territorio ancestral específico de la comunidad de Xákmok Kásek:

(a) *El criterio propio de la comunidad, la toponimia del territorio, y la realización de prácticas culturales tradicionales en el territorio, incluso en forma clandestina.* En primer lugar, éste es el territorio ancestral de la comunidad Xákmok Kásek porque así lo afirma la comunidad misma, cuyo criterio debe ser el que prevalece sobre las demás indicaciones respecto de cuál es su territorio ancestral; es éste el territorio que la comunidad ha reivindicado expresamente ante el Estado como suyo. Así lo afirmaron el líder y el abogado de la comunidad en su petición inicial ante el IBR de 1990: "Salazar es donde nacimos y nos criamos y el retiro primero es una parte de nuestro cazadero tradicional"³.

El dicho de los representantes de la comunidad resulta confirmado por la toponimia del lugar que reivindican, que demuestra que se trata de un espacio denominado ancestralmente en su lengua con distintos nombres correspondientes a diferentes lugares específicos: "[La comunidad] se ubica al este de la ruta Trans-Chaco alrededor del retiro primero de Salazar. No pudiendo hacer

³ Cgado en la demanda de la CIDH ante la Corte, p. 30, párrafo 114.

nosotros una medida adecuada señalamos que debe abarcar los sitios Mopey Sensap, Yagkmet, Wannaktee, Naktee, Sagye y Mosmagala, y debe alcanzar hasta Xakmaxapak en el sur.⁴

También es importante en este sentido que en la Estancia Salazar se realizan no sólo las actividades tradicionales de caza y recolección, sino también —como lo indicó, por ejemplo, el Dr. Rodrigo Villagra ante la Corte— la visita a lugares sagrados como las lagunas, el entierro de los muertos, las iniciaciones de los jóvenes, la educación y desarrollo de los shamanes, y otras prácticas rituales y funerarias, actividades que por su importancia cultural han sido realizadas de manera clandestina pese a la prohibición impuesta por los propietarios. Esta situación fue constatada también por el Relator de la CIDH sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su visita a la comunidad en 2007, en la cual se verificó que los indígenas mismos manifestaron que ingresaban clandestinamente a cazar, recoger agua y enterrar a sus muertos allí. El hecho de que los miembros de la comunidad se arriesguen a sufrir la represión de los guardias privados para efectos de desarrollar sus actividades fúnebres y sus prácticas espirituales milenarias allí reafirma que éste es, realmente, su territorio tradicional⁵.

3-01027

(b) *Documentos técnicos oficiales o elaborados por encargo del Estado.* (i) Mapa etnográfico de la República del Paraguay, con reconocimiento oficial de los territorios de las 17 naciones indígenas del país; (ii) Informe socio-antropológico remitido el 14 de agosto de 1991 por el IBR al INDI, señalando que la comunidad habita en ese lugar desde tiempos inmemoriales; (iii) Informe Antropológico de la Universidad Católica de Asunción – Centro de Estudios Antropológicos, elaborado a solicitud del INDI en 1995, afirmando que la Estancia Salazar es una parte del extenso territorio ancestral; y (iv) Dictamen del IBR de noviembre 5 de 1991, reconociendo que la Estancia Salazar es hábitat tradicional de la comunidad. Estos cuatro documentos son oficiales puesto que fueron elaborados por el Estado o fueron elaborados a pedido de las autoridades, como es el caso del Informe del CEA. La CIDH considera, por tanto, sin fundamento, el cuestionamiento del Estado a la alegada parcialidad del antropólogo que elaboró el estudio del CEA, dado su compromiso con la causa indígena.

(c) *Ocupación histórica desde hace 70 años.* El informe antropológico del CEA explica que el asentamiento de la comunidad Xákmok-Kasék (antes del último desplazamiento a las 1500 hectáreas de Cora'i) data, por lo menos, desde 1939 cuando allí se estableció la subestación misionera anglicana de Xákmok Kásek⁶. Según se indicó anteriormente, el proceso histórico de desposesión de los indígenas del Chaco llevó a que familias de raigambre Enxet, Enlhet, Angaité y Sanapaná se concentraran en distintos asentamientos de la región, uno de los cuales es Xákmok-Kasék, en porciones reducidas de lo que originalmente fuera un extenso territorio aborígen.

Por su parte, el Estado desvirtúa el carácter ancestral del territorio que reclama la comunidad, afirmando que se trata de una comunidad nueva que se desprendió de otra más amplia, ubicada tradicionalmente en otro sitio:

⁴ Idem.

⁵ Es pertinente anotar que uno de los testigos que remitió su declaración ante Notario Público a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sr. Clemente Dermott, explicó con detalle la preocupación que actualmente asiste a la comunidad sobre la suerte de los sepulcros que quedaron en el territorio ancestral de la Estancia Salazar: "Algunas personas que murieron en Salazar y que no tenemos dónde enterrarlos, los enterramos ahí. Hace mucho le preguntamos a Tierraviva si la gente que enterramos ahí podíamos algún día llevarle a nuestra tierra cuando consigamos. Ellos nos dijeron que era posible, pero no era seguro. Cuando salimos de Salazar, Eaton agarró un tractor y comenzó a remover toda esa tierra. Eso fue muy triste para la comunidad. Mucha gente quedó ahí enterrada. Contamos eso al Estado, pero nada no hicieron. Eaton luego ni nos escuchó. Los muertos no van a estar bien, decían algunos. Y otros nos arropentinos de haberlos enterrado ahí. Pero lo que pasa es que pensamos que algún día vamos a poder llevarlos a nuestra tierra. Yo no sé si eso sirve hacer, pero era lo que se nos ocurrió para así estar todos juntos y los niños de la comunidad aprendan que hay que respetar todo eso."

⁶ Así se afirma en el párrafo 81 de la demanda de la CIDH ante la Corte: "81. De acuerdo con el informe antropológico citado, el proceso de colonización realizado en el Chaco Paraguayo afectó también a las comunidades indígenas Xákmok Kásek y Cora'i. Específicamente, el informe señala que debido a la gran cantidad de aldeas Enxet que existían en la zona donde actualmente están ubicadas las comunidades de Xákmok Kásek y Cora'i, la iglesia anglicana estableció la misión de 'Campe Flores' en el año 1930 con el fin de continuar con la 'cristianización' de los Enxet. Agrego el informe que en 1939 se fundó la sub-estación misionera de Xákmok Kásek en el lugar donde hasta marzo de 2008 se encontraba ubicada la comunidad del mismo nombre. [...]"

El Estado de la República del Paraguay manifiesta, así como en los demás casos indígenas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el presente caso está involucrada una comunidad indígena relativamente nueva. Es decir la Comunidad Xákmok Kásek se ha desprendido de una comunidad preexistente, cuyo lugar original de residencia, lo ha constituido básicamente en una zona denominada Misión Inglesa y 'El Estribo'. La Comunidad Xákmok Kásek está constituida por un grupo de familias que oscilan entre 60 y 70 familias, según el último censo realizado por el Estado en la comunidad, donde constata la existencia de 66 familias. // Algunos de los integrantes de dicha comunidad, fueron o son empleados de las estancias de la zona, según lo manifestado por el líder en la última visita de representantes del Estado de Paraguay. // La zona de la Misión Anglicana y el territorio de los Enxet Lengua a la que pertenece esta comunidad, abarca una extensa proporción del Chaco Paraguayo o Región Occidental y está ubicada entre el Riacho Yacaré, como límite norte (un poco al sur de Pro. Pinasco), el Río Montelindo, al Sur; el Río Paraguay al Este y al Oeste, las colonias Mennonitas, y 'El Estribo' que constituye el núcleo central de estas comunidades Enxet Lengua. Por tanto los Excelentísimos miembros de la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben considerar que el territorio ancestral no se puede circunscribir únicamente a una o dos estancias ubicadas dentro de dicha, debiendo notar que podría restituirse otros dominios ubicados dentro del extenso territorio mencionado, en búsqueda de satisfacer la entrega de tierras comunitarias a la comunidad indígena en cuestión. Por ende, la decisión de la comunidad indígena de trasladarse a los lugares que hoy reivindican, es y ha sido de su exclusiva voluntad, sin que el Estado paraguayo tenga injerencia alguna¹.

01028

Más adelante en su contestación, el Estado vuelve a controvertir el carácter ancestral específico de la Estancia Salazar, así:

[...] Tal es el caso concreto de los Xákmok Kásek que reclaman la propiedad de un inmueble, sin otro título que un informe antropológico de su dominio ancestral, el cual no debería limitarse únicamente a una determinada propiedad recalcamos, pues los dominios ancestrales de los Enxet son bastante extensos, y podrían verse una diversidad de propiedades que cobrían ser consideradas igualmente como territorios ancestrales, y aunque muy atendible, tal situación estaría colisionando con un título de propiedad del inmueble [...], que ha estado inscripto en los Registros Públicos de la Propiedad y ha sufrido la tradición de propietario en propietario desde hace mucho tiempo, presentándose así una contraposición de derechos constitucionales entre la propiedad privada y la propiedad comunitaria indígena².

A este respecto, debe tenerse en cuenta que en el expediente del caso ante la Corte Interamericana obran algunos documentos en los que el mismo Estado expresamente admite que la comunidad indígena de Xákmok Kásek tiene en la Estancia Salazar su territorio ancestral - v.g. el informe socio-antropológico remitido el 14 de agosto de 1991 por el IBR al INDI, señalando que la comunidad habita en ese lugar desde tiempos inmemoriales, y el dictamen del IBR de noviembre 5 de 1991, reconociendo que la Estancia Salazar es hábitat tradicional de la comunidad.

Al asumir esta postura el Estado pretende desconocer que los pueblos indígenas del Chaco están conformados por múltiples comunidades, algunas de composición multiétnica -como la de Xákmok-Kásek-, cada una de las cuales tiene su historia específica y particular, que ha producido lazos claros con una porción concreta del territorio chaqueño. La comunidad de Xákmok-Kásek construyó históricamente su afiliación cultural a un territorio determinado - el del Retiro Primero de la Estancia Salazar que están reivindicando. Aceptar esta postura implicaría desconocer la historia propia de la comunidad y hacer caso omiso de la relación esencial que existe entre ella y este territorio ancestral, la cual se refleja en aspectos tan básicos como la toponimia del lugar, la correspondencia que este territorio guarda con los patrones tradicionales de caza, pesca y recolección, o la realización de prácticas rituales dentro de esas diez mil setecientas hectáreas.

Esta relación vital, que ha sido resaltada y desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana al reconocer el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, resulta comprobada por el hecho de que las prácticas rituales de la comunidad se llevan a cabo últimamente de manera clandestina, con el solo fin de cumplir con lo que su vida espiritual como indígenas exige. En otras palabras, al día de hoy la comunidad mantiene el vínculo formado por una relación pasado-presente de la identificación de sus miembros con sus tierras ancestrales,

¹ Páginas 9-10 de la contestación de la demanda.

² Página 14 de la contestación de la demanda.

quienes no pierden su relación simbólico-afectiva con la tierra a pesar de no estar en posesión de la misma.

Adicionalmente, la decisión de la comunidad de reivindicar específicamente el Retiro Primero de la Estancia Salazar obedece al hecho de que esta porción del territorio, por sus características y su estado de conservación ecológica, está en condiciones aptas para proveer su sustento como cazadores-recolectores, mejor que otras porciones del territorio que presentan un mayor grado de degradación. Tal como lo ha manifestado la Corte Interamericana, "la extensión y calidad de las tierras deberán ser las suficientes para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad"⁹.

(ii) La aludida imposibilidad fáctica y jurídica que impide al Estado materializar el derecho de la comunidad al territorio ancestral.

0.01029

El Estado paraguayo argumenta que ha ofrecido a la comunidad de Xákmok Kásek todas las alternativas de protección por vía administrativa que le permite su ordenamiento jurídico, pero por circunstancias de hecho que no le son imputables no ha podido satisfacer el derecho a la propiedad ancestral – a saber, la negativa de los propietarios de la Estancia Salazar a vender su tierra, el fracaso de la iniciativa de expropiación promovida ante el Congreso de la República, la alegada obstinación de los representantes de la comunidad en adquirir dicha Estancia, y la alegada negligencia de los apoderados de la comunidad.

El Estado invoca, de esta forma, una supuesta imposibilidad fáctica y jurídica que le impide satisfacer el derecho de la comunidad de Xákmok Kásek a obtener la adjudicación y protección de su territorio ancestral. Ha argumentado que el ordenamiento jurídico interno solamente admite, para asignar tierras a los pueblos indígenas, dos hipótesis: la de compra del inmueble con la voluntad del propietario, o la de expropiación de inmuebles que no sean explotados racionalmente ni tengan uso productivo; que ambas alternativas fueron intentadas por las autoridades y fracasaron, ya que el inmueble está debidamente inscrito a nombre de firmas que le están dando un uso productivo y racional en tanto unidad económica; y que lo que califican como intransigencia u obstinación de la comunidad en no aceptar soluciones alternativas ha impedido llegar a un acuerdo satisfactorio.

En criterio de la Comisión Interamericana, el Estado no ha cumplido con su obligación de asegurar el goce efectivo del derecho a la propiedad ancestral, y la aludida imposibilidad fáctica y jurídica que invoca en su defensa no es un argumento que le permita liberarse de su responsabilidad internacional a este respecto.

En este punto, la Comisión solicita a la Corte que dé aplicación directa a su pronunciamiento específico sobre este tema en la sentencia del caso de Sawhoyamaya v. Paraguay, en el cual expresamente descartó la validez de este tipo de razones para no asignar territorios ancestrales a pueblos indígenas. En tal sentencia, la Corte afirmó que circunstancias así no constituyen "razones objetivas y justificadas" que imposibiliten la entrega del territorio ancestral reivindicado por comunidades indígenas:

137. En tal sentido, el Tribunal constata que los argumentos que el Estado ha interpuesto para justificar la falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas no han sido suficientes para relevar su responsabilidad internacional. El Estado ha presentado tres argumentos: 1) que las tierras reclamadas han sido trasladadas de propietario en propietario "desde hace mucho tiempo" y están debidamente inscritas; 2) que dichas tierras están siendo debidamente explotadas [...]

138. Respecto al primer argumento, la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo "objetivo y fundamentado" suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no

⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 212.

ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existen conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro. El contenido de cada uno de estos parámetros ya fue definido por el Tribunal en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, por lo que hace remisión expresa a lo ya resuelto.

139. El mismo análisis se aplica al segundo argumento del Estado respecto a la productividad de las tierras. Bajo este argumento subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentran explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos.

Además, la CIDH recuerda que es una regla básica del Derecho Internacional Público que no es válido que los Estados invoquen las limitaciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

01030

Como cuestión de hecho, la Comisión desea notar que no es cierto que el Estado se haya visto en la imposibilidad de adquirir las tierras, puesto que según se acreditó en el dictamen pericial ofrecido por el Sr. José Marcelo Brunstein en el caso de la comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay, entre 1996 y 1998 el parlamento paraguayo aprobó la asignación presupuestal de aproximadamente treinta millones de dólares para la compra de tierras reclamadas por comunidades indígenas, pero una combinación entre lo que el perito describió como malversación de fondos y tramitación de procesos irregulares de reivindicación por el INDI resultó en la compra de tierras no reclamadas y la sobrefacturación de otras, perdiéndose así una alternativa de adquisición que podría haber resultado en el goce efectivo del derecho al territorio. Al respecto, el perito expresó: "Existen prácticas deshonestas en la determinación de los precios y selección de terrenos para la asignación de recursos a las comunidades indígenas. Por ejemplo, de 1996 a 1998 el Parlamento aprobó la asignación presupuestaria de aproximadamente US \$30.000.000 (treinta millones de dólares de los Estados Unidos de América) para la compra de tierras reclamadas por comunidades indígenas. Sin embargo, la malversación de fondos y tramitación de procesos irregulares de reivindicación por el INDI resultó en la compra de tierras no reclamadas y la sobrefacturación de otras."

Tampoco es verdad que el Estado no hubiera tenido la posibilidad de adquirir el territorio ancestral, puesto que está acreditado en el expediente que obra ante la Corte Interamericana que el propietario de la Estancia Salazar, Sr. Eaton, hizo un ofrecimiento de venta de la totalidad de dicha Estancia al Gobierno paraguayo en 1998, tal como fue confirmado por el Dr. Rodrigo Villagra ante la Corte, pero el Estado se rehusó a aceptar tal oferta; tanto así que eventualmente fue un tercero la Cooperativa Menonita Chortitzer - el que adquirió una parte de la Estancia.

(iii) La ubicación actual de la comunidad Xákmok Kásek en el territorio de la comunidad de Cora'í.

El tercer punto clave en controversia es el de la ubicación actual de la comunidad Xákmok Kásek en un pedazo del territorio de la comunidad indígena de Cora'í, de 1500 hectáreas de extensión, que el Estado argumenta está en proceso de ser titulado formalmente a nombre de Xákmok Kásek, y que en su criterio vale como territorio ancestral alternativo, por ser parte del Chaco. La Comisión considera que la adjudicación de este terreno no es una alternativa válida frente a la obligación internacional del Estado de adjudicar a la comunidad las 10.700 hectáreas en el Retiro Primero que ésta considera son su territorio ancestral.

La posibilidad de recurrir a la entrega de territorios alternativos cuando no es posible restituir a una comunidad indígena sus territorios ancestrales ha sido explicada en detalle por la Corte

Interamericana en el caso de la comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay. Allí se plantearon así las condiciones que deben cumplirse para que esta alternativa sea viable:

128. [...] 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. [...]

[...] 135. Una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama. No obstante, conforme lo ha señalado la Corte, cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión.

De esta forma, según la Corte Interamericana, la entrega de predios alternativos únicamente surge como opción viable bajo la Convención, cuandoquiera que estén dadas ciertas condiciones: (a) que las tierras reclamadas hayan sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes; (b) que existan razones objetivas y fundamentadas que hagan imposible al Estado adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos naturales allí contenidos a la comunidad indígena en cuestión; y (c) que las tierras alternativas de igual extensión y calidad sean escogidas en forma consensuada con los miembros de la comunidad, de conformidad con sus procedimientos tradicionales de consulta y decisión.

Ninguna de estas tres condiciones ha sido cumplida en el caso de la comunidad Xákmok Kasék; y específicamente, las condiciones (b) y (c) pueden ser fácilmente desvirtuadas con base en los materiales probatorios que ya obran en el expediente.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la comunidad de Xákmok Kásek no se encuentra en este territorio de 1500 hectáreas por su propia voluntad. Los testigos que han declarado ante la Corte explican, en sus propios términos, las razones que les llevaron a abandonar el asentamiento de Xákmok Kásek y desplazarse hacia Cora'i. Así, el señor Clemente Dermott indica en su declaración juramentada lo siguiente:

[Salimos de Salazar con mucha pobreza y salimos muy mal. Eaton nos persiguió mucho y el Estado no hizo nada. [...] En Salazar si seguíamos viviendo no sé qué iba a pasar de nosotros. Siempre fue muy difícil. Pero en los últimos tiempos era cada vez peor. Sólo se podía entrar o salir a algunas horas, si pasabas esa hora ya te quedabas en el portón. Muchas veces nuestros abogados se quedaron en el portón y los líderes nomás salíamos a hablar con ellos. El último mes que estuvimos, en el monte, algunos mujeres que fueron a recoger huevos, nos contaron que unos guardias que contrató la estancia, dispararon y tuvieron que salir corriendo. Había mucho miedo. Todo eso nosotros le contamos al Estado, pero no hacían nada. [...] Hace poco, como ya mencioné, cuando empezó el control de los guardias contratados por Eaton, teníamos que presentar documentos de identidad para entrar y salir de la estancia. Teníamos la obligación de comunicar cualquier desplazamiento, incluso, para ir de cacería. Esto nos limitaba mucho y asustaba a la gente también, por temor a ser detenidos en el campo por la guardia privada. Estos guardias también prohibieron en varias ocasiones a la SEN el ingreso hasta nuestro asentamiento, con lo cual nos privaron de la ayuda del Estado. La sequía también era muy difícil de aguantar. El Estado, que yo me acuerde, seguramente dos o tres veces nos llevó agua. Eaton una vez nos llevó, pero tenía tan mal olor que arruinó el agua poca que había. Nunca más le pedimos a él nada. Con nuestros abogados tampoco se llevaba bien, ni con la comunidad, porque le hicimos una demanda cuando le echó a los trabajadores cuando comenzó más fuerte el tema de la tierra.

En forma similar, el señor Marcelino López describió así las circunstancias que llevaron a la comunidad a abandonar Xákmok-Kasék:

Desde hace dos años estoy en el asentamiento 25 de febrero. Soy casado. Hasta principios del 2008 vivimos en la estancia Salazar, que es también tierra indígena. Salimos de ahí porque la vida ya era muy difícil para la comunidad. Estábamos como presos, porque se prohibía que la gente entre o salga, o el acorreo de agua que teníamos que hacer fuera del lugar donde se nos permitía estar, y los guardias estaban instalados a 500 metros más o menos y recorrían. La cacería también se prohibió hace unos años y el señor [Eaton] puso

gente en seguridad para controlar toda la extensión de la propiedad. si la gente salía para buscar alimentación teníamos que presentarnos ante los guardias de seguridad de manera a identificar hacia qué zona íbamos a irnos y luego al retornar teníamos que volver a presentarnos. No todas las veces nos daban permiso, dependía de quien esté a cargo. Yo intenté, como líder de la comunidad, conversar con ellos y nos ~~enfrentamos por el tema de los derechos y les dije que no íbamos a permitir esa condición, que ellos cuiden lo que le correspondía a Roberto Eaton pero no que nos sigan a nosotros. Eso fue el enfrentamiento que tuve,~~ como dirigente de la comunidad indígena. El último tiempo ya realizaban no más disparos, eran de estilo matanza, disparaban no respetaban nada y eso desesperó a nuestras familias, varios de nuestros hijos estaban en la escuela, entonces ya nadie tuvo ánimos para salir, todos teníamos miedo. Es por eso que me enfrenté a ellos, conversando; para que no se manejen de esa manera. Pero era difícil y la gente ya agarró mucho miedo. Nada podíamos hacer. Siempre requeríamos de permiso para pasar por el camino principal, pues antes que estén los guardias nosotros nos íbamos al sitio donde queríamos. Salíamos cuando queríamos no había prohibición pero cuando aparecieron los guardias ya pusieron su reglamento. Esa fue la dificultad grave que tuvimos en la comunidad. Aparte de todo esto, el caso ocurrido no es nuevo en la lucha por la tierra que hubo principalmente en Xamok Kásek. en ese tiempo el mismo gobierno no hizo nada para liberarnos de esa problemática, dejó todo en vez de estar más a lado de los indígenas estuvo más al lado del ganadero Roberto Eaton, a quien le dio más facilidades que a nosotros los indígenas, eso fue lo más grave que surgió cuando estábamos en Salazar, fue por eso que decidimos mudarnos en el lugar en que ahora estamos. Ante este caso decidimos trasladarnos a un nuevo asentamiento, porque además ya era muy peligroso, los guardias estaban armados y a quien le importa si matan a un indígena. Era mejor salir. Entonces yo trabajaba con otro ganadero y conversé con él sobre la posibilidad de prestarnos su medio de transporte para trasladarnos. Y nos ayudó a mudarnos.

En la misma línea, el declarante Tomás Dermott afirma en su testimonio juramentado:

Actualmente estamos en el asentamiento 25 de febrero, desde hace dos años. Antes vivíamos en la estancia Salazar. Ahí éramos víctimas de muchas cosas. Lo que hacían era acusarnos de cualquier cosa para luego castigarnos. Éramos víctimas de acusaciones mentirosas. Nos trataban de ladrones, concretamente cuando se producía abigeato en la estancia, o cuando se robaba herramientas. Nunca pudieron probar nada, no encontraban nada en la comunidad. Esa situación hacía que fuera muy difícil el vivir en un ambiente adecuado, porque, por ejemplo, no podíamos acceder a nuestra fuente de alimentos, como el monte. La cacería, desde que yo me acuerdo, era difícil y hace unos años se prohibió, pero nosotros como indígenas solemos cazar, igual entrábamos a cazar, a escondidas. El señor Roberto Eaton contrató guardias de seguridad en su estancia. Desde ahí ya no pudimos salir a cazar y menos practicar otras actividades de sobrevivencia, ya sea de pesca o recolección de alimentos tradicionales. Hasta inclusive nos prohibieron sacar agua para el consumo, es como si fuéramos que estábamos encarcelados en una fracción de terreno de 4 hectáreas. El Estado conocía la situación en que vivíamos en la estancia, ya sea a través de los escritos, en las reuniones que mantuvimos, a través de nuestros líderes, durante el proceso que se lleva; se les comunicaba para que hagan algo al respecto, pero el Estado no ha hecho nada.

Así, se ha demostrado con claridad que la comunidad fue obligada a desplazarse porque, a partir de enero de 2008, las condiciones de vida en las pocas hectáreas adyacentes al territorio ancestral se hicieron sencillamente intolerables, dado que no había agua, no tenían acceso a alimentación al prohibírseles el ingreso a sus bosques de uso ancestral -en parte como consecuencia de la declaratoria de reserva natural que se impuso sobre dicho territorio- y el hostigamiento de los guardias privados contratados por Eaton y Cia. para materializar tal prohibición de ingreso llegó a ser percibido como un peligro inminente.

De otra parte, estas 1500 hectáreas no son equivalentes ni comparables al territorio ancestral en términos de sus recursos y de las posibilidades de subsistencia que proveen a la comunidad de Xákmok Kásek; tampoco son de una extensión similar. En efecto, se trata de tierras de una extensión mucho menor a la del Retiro Primero que no cuentan con los recursos naturales forestales e hídricos que sí están presentes en el territorio ancestral y permiten a la comunidad derivar su sustento en forma sostenible.

Pese a las circunstancias de hecho que rodearon el traslado de la comunidad hacia este pedazo de territorio, el Estado pretende presentar su ubicación actual y el proceso en curso de transferencia de dominio sobre esas tierras como prueba del cumplimiento de sus obligaciones convencionales.

Es pertinente indicar que no fue en realidad el Estado quien tomó la iniciativa de asignar a la comunidad de Xákmok Kásek las 1500 hectáreas en las que se encuentra actualmente; fue la

comunidad de Cora'i, a la cual se le están adjudicando formalmente aproximadamente 15.000 hectáreas, la que decidió –en muestra de solidaridad con la condición desesperada de sus hermanos indígenas– ceder esta fracción de su territorio para permitirles así continuar viviendo, así fuera lejos de su territorio ancestral propio. Tal y como lo explica el líder Marcelino López a la Corte:

[Resulta que más o menos en la zona, hacia el año 1997 o 1998 se compró tierras para otro grupo indígena y por eso tenemos ahora esa tierra. No fue porque el Estado haya querido comprarnos a nosotros sino porque era parte de la compra que se hizo en el que está una pequeña porción que Eaton, también era dueño de esas tierras, solicitó que se la compre, por eso tenemos esa partecita de tierra, entró dentro del paquete y los indígenas de la otra comunidad nos avisaron. Ciertamente es que hasta ahora no titulan y faltan algunos trámites según nos dicen. Nosotros no queremos tener problema con esa comunidad que nos avisó, por eso queríamos que se haga todo el papeleo antes, pero pasaba el tiempo y no se definía si iba o no a ser para nosotros, y además las cosas se pusieron tan difíciles en Salazar que se decidió nomás salir y hablar con la otra comunidad. Durante ese tiempo que se estudiaba afuera el caso es que las cosas empeoraron en Salazar.]

3.01033

Más aún, según se demostró en el apartado precedente, no existen razones objetivas ni fundamentadas que hayan impedido al Estado devolver el territorio del Retiro Primero a la comunidad; y lo que es más, al adjudicar estas 1500 hectáreas a la comunidad de Xákmok Kásek, se está despojando en forma correlativa a otra comunidad indígena de una fracción importante de su propio territorio.

d) En relación con el derecho a la protección y a las garantías judiciales

El Estado argumenta que como en este caso se ha configurado un conflicto jurídico entre dos partes que reclaman la propiedad de un mismo inmueble –una, la comunidad indígena, y otro, el propietario individual de la Estancia Salazar– se debió haber recurrido a la rama judicial paraguaya, que cuenta con procedimientos para resolver este tipo de controversias. El Estado no indica exactamente cuál vía judicial era la apropiada para este caso; se entiende que tal vez haga referencia a un proceso ordinario de reivindicación de propiedad real.

Si bien el Estado ha alegado que existe una vía judicial interna que la comunidad de Xákmok Kásek no habría activado para obtener la protección judicial de su derecho al territorio, en realidad la misma Corte Interamericana declaró, en el marco del análisis de los artículos 8 y 25 de la Convención, tanto en la sentencia del caso Yakye Axa, como en la del caso Sawhoyamaya v. Paraguay, que el ordenamiento jurídico paraguayo carece de vías judiciales para ventilar las reclamaciones territoriales de comunidades o pueblos indígenas que han perdido la posesión de sus tierras y buscan reivindicarlas. Hasta donde ha sido acreditado en el expediente, a la fecha tal recurso judicial no ha sido creado, incluso a pesar de que la Corte Interamericana ordenó en sus dos sentencias que dicho recurso fuera incorporado al sistema interno.

La CIDH observa que en el presente caso, la Comunidad interpuso los recursos pertinentes de acuerdo con las leyes paraguayas aplicables en materia de reivindicación de tierras ancestrales de pueblos indígenas. Sin embargo, el recurso administrativo contemplado para solucionar la reivindicación de la Comunidad no ha sido efectivo. Asimismo, la CIDH considera que el retraso en el proceso administrativo de 20 años se ha producido por las actuaciones sistemáticamente demoradas y deficientes de las autoridades estatales.

La Comisión recuerda que en los casos de las comunidades indígenas de Sawhoyamaya y de Yakye Axa, la Corte, al analizar el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras para comunidades indígenas en el Paraguay, lo consideró “abiertamente inefectivo”. En el mismo sentido, la Corte consideró que el “procedimiento legislativo ante el Congreso Nacional presenta las mismas dificultades.” Así pues, contrario a lo que argumenta el Estado, la Comunidad de Xákmok Kásek ha reivindicado su tierra por los medios disponibles. Sin embargo, sus reclamos fueron rechazados.

Así pues, la Comisión Interamericana considera que el marco jurídico actual paraguayo no ha permitido – ni permite – el debido reconocimiento de los derechos de la Comunidad de Xákmok Kásek, desde el punto de vista ni procesal ni sustantivo.

n) En relación con la discriminación estructural en el ordenamiento jurídico paraguayo

El presente es un caso que 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. Estos factores estructurales históricamente facilitaron la desposesión de los pueblos indígenas, por la vía de la apropiación privada, por no indígenas, de las tierras de los pobladores aborígenes, basada en la fuerza o en la compra de tierras consideradas baldías o despobladas por el Estado, y con el apoyo de un ordenamiento jurídico diseñado para favorecer y proteger esa apropiación¹⁰. En ese sentido, tal como consta en el Informe de país de 2001 de la Comisión, en Paraguay las prácticas discriminatorias se mantienen y se reflejan en forma clara en la marginación económica, social y cultural en que actualmente se encuentran los grupos étnicos que aún sobreviven en dicho país.⁰¹⁰³⁴

En este sentido, pese a que el Estado paraguayo presenta los avances generales de su ordenamiento jurídico en reconocer los derechos de los pueblos indígenas como prueba de cumplimiento de sus obligaciones bajo el artículo 2 de la Convención Americana, debe resaltarse que persisten disposiciones jurídicas en el ordenamiento civil, agrario y administrativo interno que se aplicaron en este caso, y que determinan el funcionamiento del sistema estatal en forma discriminatoria, ya que privilegian la protección del derecho a la propiedad privada “racionalmente productiva” sobre la protección de los derechos territoriales de la población indígena, que se subordinan a aquélla.

El carácter estructural de la discriminación que afecta a los pueblos indígenas del Paraguay en cuanto a su derecho a la propiedad del territorio ancestral se confirma por el hecho de que no es la primera vez que se presenta a la Corte una situación de violación de los derechos humanos como la de la comunidad de Xákmok Kásek. De hecho, este es el tercer caso similar que se somete a su consideración, después de los casos de las comunidades de Yakye Axa y Sawhoyamaya, resueltos en años recientes. Se trata de una situación que la Comisión ha advertido de tiempo atrás, ya que desde el Informe de 2001 sobre la situación de los derechos humanos en el Paraguay advirtió lo siguiente:

9. La Comisión recibió durante y posteriormente a la visita de julio de 1999 una serie de denuncias sobre violaciones a los derechos de los indígenas de Paraguay que la llevan a concluir que, si bien el Estado ha realizado esfuerzos tendientes a proteger sus derechos, p. ej. en asignaciones de tierras a comunidades indígenas; sin embargo, actualmente la situación continúa siendo grave por la supervivencia de un inadecuado sistema de educación, deficiente acceso a la salud, desprotección de sus derechos laborales, falta de protección de su hábitat y un precario funcionamiento de los mecanismos contemplados para la reivindicación de sus tierras reclamadas¹¹.

Las palabras del líder indígena Marcelino López, en su declaración juramentada ante la Corte Interamericana en el presente caso, son ilustrativas sobre la percepción que la misma comunidad de Xákmok Kásek tiene respecto de la discriminación de la que es víctima:

¡Siempre tenemos que pedir y andar detrás de ellos en Asunción y cuesta salir de la comunidad. Pero así son las cosas para los indígenas. Cuesta todo más. Nosotros somos muchas familias, ¿por qué la familia

¹⁰ Así se narra, entre otras, en el peritaje presentado a la Corte por el Dr. Rodolfo Stavenhagen: “Después de la guerra de la Triple Alianza, el Estado vendió la casi totalidad de las tierras públicas a empresas extranjeras con todos sus ocupantes dentro; así, hasta muy entrada la década del 60’ en el Chaco solamente 79 personas poseyeron más 12.800.000 has. Estas tierras pasaron a constituirse en una suerte de reservas indígenas, al menos hasta el momento en que fueron parceladas y vendidas a terceros, de nuevo con todos sus ocupantes dentro, proceso que comenzó en los años sesenta. Durante este período, que coincide con el gobierno del General Stroessner, se asiste al despojo de la gran mayoría de los inmensos territorios tribales, y en algunos casos a una deliberada y organizada persecución étnica de claro tinte genocidario, como fue el caso de los Ache Guayaki” (p. 2)

¹¹ CIDH. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser.L/V/II.110, doc. 52 9 de marzo de 2001. Párr. 9.

de ellos vale más? ¿Por qué si a ellos les quitan algo se les tiene que devolver y nadie discute? A nosotros nos quitaron nuestra tierra y durante años tenemos que discutir. Hay mucha discriminación.

El carácter discriminatorio del ordenamiento jurídico paraguayo frente a las formas indígenas de propiedad comunal sobre el territorio, por su persistencia actual, constituye un incumplimiento de las obligaciones contenidas tanto en el artículo 2 de la Convención Americana, así como en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

f) En relación con las condiciones de vida de la comunidad de Xákmok Kásek

Tal como ha sido desarrollado, el caso de la comunidad Xákmok Kásek ilustra la importancia crucial que tiene el goce efectivo de los derechos a la propiedad del territorio ancestral y al acceso a los recursos naturales de uso tradicional, en tanto medios indispensables para el ejercicio de los demás derechos fundamentales individuales y colectivos de las comunidades indígenas, en particular para acceder a condiciones de vida mínimamente dignas y poder proveer así por sus necesidades básicas, y se haga posible la preservación de su cultura. Este carácter instrumental del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas refuerza su importancia dentro del catálogo de derechos protegidos por la Convención.

En efecto, según se ha demostrado en el presente caso, la falta de acceso al territorio ancestral de la comunidad ha impedido que ésta desarrolle sus patrones tradicionales de caza, recolección y agricultura, por lo cual ha sido llevada a una situación socioeconómica extrema que requiere intervenciones de carácter urgente - situación que ha sido declarada por el Estado paraguayo en un decreto que proclamó el estado de emergencia en la comunidad. El acceso al territorio ancestral y el desarrollo de las prácticas de subsistencia es, demostradamente, un medio indispensable para la supervivencia física y cultural de la comunidad Xákmok Kásek. Según explicó el perito Rodolfo Stavenhagen en su declaración jurada:

La no restitución de tierras y territorios, así como la existencia de comunidades con tierras insuficientes que no satisfacen el mínimo constitucional, tienen efectos violatorios de otros derechos (bosques que se pierden junto con los animales silvestres, imposibilidad de garantizar alimentos suficientes con la siembra y ausencia de apoyo técnico para la producción). Esto genera a su vez inseguridad alimentaria que, sumada a razones de degradación ambiental, fuerza a desplazamientos a los centros urbanos, donde se produce la violación a la vida y la seguridad e integridad personales, en perjuicio de niños, niñas y adultos.

La situación de precariedad de los pueblos indígenas en el Paraguay ha sido constatada por la Organización Panamericana de la Salud en su informe de 2007, en el que manifestó que: "en la población indígena, una manifestación de la pobreza extrema es la falta de tenencia de la tierra (45% no posee) y la mayoría vive en ranchos con falta de servicios básicos. Solamente 3% de la población indígena tiene acceso a agua potable, 1.1% a saneamiento básico y 9.7 a luz eléctrica." En el mismo sentido, el perito Rodolfo Stavenhagen expresó que:

Las comunidades indígenas del Chaco se encuentran privadas de tierras y recursos en su propio territorio. Viven en extrema pobreza, por lo cual se encuentran obligadas a sostenerse con el trabajo para las colonias menonitas y haciendas paraguayas, en condiciones muy precarias [...] sin cobertura de salud [...]. Esta situación se debe en parte a la débil presencia del Estado en el Chaco, al modelo de desarrollo y al gran poder de las comunidades menonitas en la zona.

El presente caso, es un ejemplo dramático de ello. Tal como ha sido constatado por la Corte con la prueba que obra en el expediente, así como de las declaraciones rendidas en audiencia pública, las condiciones de vida de comunidad de Xákmok Kásek a las que la se ha visto forzada son inhumanas. Ello fue constatado por el Relator de la CIDH para los Pueblos Indígenas en la visita que hizo a la comunidad en el año 2008¹⁷.

¹⁷ El Relator de los Pueblos Indígenas de la CIDH, Comisionado Paolo Carozza, realizó una visita a la comunidad de Xákmok Kásek en su visita a Paraguay en el año 2008. Como resultado de la visita al país se realizó un Comunicado de Prensa, y hubo diversas notas de prensa al respecto. Anexo.

El lugar donde vivió hasta marzo de 2008 la Comunidad se encontraba dentro de la Estancia Salazar donde se les mantenía en un estado de pobreza extrema. Para poder cazar y pescar en sus tierras tradicionales, los miembros de la Comunidad tenían que hacerlo a escondidas del "patrón" y de los guardias de seguridad de la finca. Asimismo, los miembros de la comunidad realizaban actividades culturales y religiosas en lugares específicos de sus propias tierras ancestrales en forma clandestina.

En su declaración jurada el líder Marcelino López manifestó que la Comunidad salió de la Estancia Salazar "porque la vida ya era muy difícil [...] estábamos como presos, porque se prohibía que la gente entre o salga [...] los guardias estaban instalados...la cacería también se prohibió [...] teníamos miedo". Los miembros de la comunidad que brindaron su testimonio ante la Corte manifestaron que en el nuevo asentamiento, si bien la situación no es pésima como era en la Estancia Salazar, las situaciones siguen siendo malas.

01036

Este también es un caso sobre el desmembramiento y fraccionamiento progresivos de una comunidad indígena como efecto directo de los obstáculos que ha sufrido en el acceso a su territorio ancestral y de las difíciles condiciones de vida derivadas de su desposesión. Así varios miembros de la Comunidad, por razones de subsistencia, han emigrado a otras estancias a realizar trabajos temporales para poder sobrevivir. El líder Clemente Dermott manifestó que la comunidad ha "perdido a muchas familias, que no soportaban el clima de amenaza permanente de desalojo [...] viven dispersas [...] principalmente donde buscan trabajo". Al dejar atrás la Estancia Salazar, y al ser obligados a desplazarse a las tierras de los Cora'i, los miembros de la comunidad indígena de Xákmok Kásek dejaron atrás lo que hasta entonces habían conocido: el territorio donde cazaban y pescaban y en donde enterraban a sus muertos.

Del acervo probatorio en el caso, y particularmente de las declaraciones rendidas ante el Tribunal destaca que la comunidad indígena de Xákmok Kásek ha estado en un estado de indigencia total. Así, la señora Antonia Ramírez manifestó al Tribunal que los miembros de la comunidad comen cuando encuentran comida y hay días que no comen. En esa realidad son las mujeres las encargadas de buscar esa alimentación para sus hijos. Por otro lado, el maestro Maximiliano Ruiz manifestó a la Corte que, cuando él iba a la escuela no llevaba zapatos. Ahora, años después, sus alumnos tampoco tiene zapatos.

El Estado, consciente de esta situación, decretó en abril de 2009, un Estado de Emergencia respecto de la Comunidad de Xámkok Kásek, puesto que se halla privada "del acceso a los medios de subsistencia tradicionales ligados a su identidad colonial, dentro de los territorios reclamados como parte de sus territorios ancestrales, por situaciones ajenas a su voluntad". En ese sentido, manifestó el Estado que "la falta de medios de alimentación y de asistencia médica mínima e indispensable [de la Comunidad] [...] es una preocupación del Gobierno que exige una respuesta urgente a los mismos." En ese sentido ordenó la "inmediata provisión de atención médica y alimentaria a las familias [...], durante el tiempo que duren los trámites judiciales y administrativo referentes a la legalización de las tierras reclamadas como parte del hábitat tradicional de las mismas."

Desde el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, esta Corte reconoció que las personas tienen derecho las condiciones fundamentales que les garanticen una existencia digna. La Comisión estima que en este pronunciamiento está inherente la noción de que el Estado no sólo debe abstenerse de realizar actos que desemboquen directamente en la enfermedad y muerte de quienes se hallan bajo su jurisdicción, sino que tiene la obligación de poner a disposición real y accesible los servicios básicos de salud y salubridad necesarios.

En el presente caso, el Estado no ha adoptado medidas suficientes frente a las condiciones que afectaron y afectan las posibilidades de los miembros de la Comunidad de tener una vida digna y no ha adoptado las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que

razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la Comunidad. Además, la falta de garantía efectiva del derecho de propiedad de la Comunidad ha significado situar a sus miembros en una situación de desprotección y vulnerabilidad extrema. La Comisión considera que la situación en la que ha vivido la Comunidad es un ejemplo claro de que la vida de sus miembros y de la comunidad misma se ve ha visto reducida o frustrada en forma discriminatoria.

Los niños y niñas de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek han sufrido con especial rigor las condiciones de vida infrahumanas a la que está sometida toda la Comunidad. Tal como lo manifestó el doctor Balmaceda, los niños y niñas sufren cuadros de desnutrición crónica, enfermedades endémicas, falta de atención médica y falta de educación adecuada, todo lo cual repercute negativamente en el goce y ejercicio de su derecho a una vida digna e impide que alcancen su desarrollo integral como seres humanos y sean capaces de disfrutar de su cultura. Incluso se ha denunciado la muerte de decenas de niños y niñas de la Comunidad y se ha acreditado, tal como lo manifestó el perito Balmaceda, que la mayoría de sus muertes podrían haberse evitado con un mínimo de medicina preventiva y de asistencia sanitaria, lo que constituye el ejemplo más extremo de la falta de servicios.

En ese sentido, el Comité de Derechos del Niño ha manifestado lo siguiente sobre las niñas y niños indígenas, lo cual es aplicable al presente caso:

50. [...] El Comité observa con preocupación las altas tasas de mortalidad de los niños indígenas y señala que los Estados partes tienen la obligación positiva de velar por que los niños indígenas tengan acceso a los servicios de salud en pie de igualdad, así como de luchar contra la malnutrición, contra la mortalidad en la primera infancia y en la niñez y contra la mortalidad materna.

51. Los Estados partes deberían adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los niños indígenas a los servicios de salud. Los servicios de salud deberían, en la medida de lo posible, planearse y organizarse a nivel comunitario y administrarse en cooperación con los pueblos interesados¹³. Se debería tener especial cuidado de que los servicios de salud tengan en cuenta el contexto cultural y de que la información correspondiente esté disponible en los idiomas indígenas. [...] Los Estados partes deberían, además, prestar especial atención a las necesidades de los niños indígenas con discapacidades y velar por que los programas y políticas pertinentes tengan en cuenta el contexto cultural¹⁴.

52. El personal sanitario y médico de las comunidades indígenas desempeña una importante función porque actúa como vínculo entre la medicina tradicional y los servicios médicos convencionales, por lo que se debería dar preferencia al empleo de personal de la comunidad indígena local¹⁵. Los Estados partes deberían promover la función de ese personal proporcionándole los medios y la formación necesarios para que las comunidades indígenas puedan utilizar la medicina tradicional de forma tal que se tengan presentes su cultura y sus tradiciones. En este contexto, el Comité recuerda el párrafo 2 del artículo 25 del Convenio N° 169 de la OIT y los artículos 24 y 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, relativos al derecho de esos pueblos a sus propias medicinas tradicionales¹⁶.

53. Los Estados partes deberían adoptar todas las medidas que sean razonables para que los niños indígenas, sus familias y sus comunidades reciban información y educación sobre cuestiones relacionadas con la salud y con los cuidados preventivos, como la nutrición, la lactancia, la atención prenatal y posnatal, la salud de los niños y de los adolescentes, la vacunación, las enfermedades transmisibles (en particular el VIH/SIDA y la tuberculosis), la higiene, el saneamiento ambiental y los peligros de los plaguicidas y de los herbicidas¹⁷.

Tal como fue expresado por el doctor Pablo Balmaceda y confirmado por la señora Antonia Ramírez, cuando la comunidad vivía en el Retiro Primero, si alguien se enfermaba tenían que caminar más de 15 kilómetros para poder llegar al puesto de una enfermera anglicana que sólo podía atender las necesidades básicas. En caso de necesitar servicios más especializados, los

¹³ Convenio N° 169 de la OIT, art. 25, párrs. 1 y 2.

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 9 sobre los derechos de los niños con discapacidades, 2006.

¹⁵ Convenio N° 169 de la OIT, art. 25, párr. 3.

¹⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, arts. 24 y 31.

¹⁷ Observación General N° 11 (2009) del Comité de los Derechos del Niño, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

miembros de la comunidad tenían que esperar en la carretera para que el transporte público pasara para llevarlos a la ciudad más cercana. Tal como consta en el expediente, en el territorio donde actualmente habita la comunidad existe un promotor de salud, quien no cuenta con los suficientes medicamentos para atender las necesidades de la misma.

Por otro lado, se destaca de la prueba que obra en el expediente, que además de los niños y niñas, las mujeres sufren asimismo de enfermedades que habrían podido prevenirse. Asimismo, tal como fue manifestado por la señora Antonia Ramírez, la mayoría de las mujeres da a luz en la comunidad, puesto que muchas veces no es posible llegar a tiempo a los centros de salud. En relación con ese particular, la Organización Panamericana de la Salud ha establecido que "las causas de muertes maternas en Paraguay están relacionadas con barreras de acceso a los servicios de salud, registrándose una demora en la llegada al servicio de 46%, deficiencia resolutoria de los servicios 23% y 31% restante mueren en su domicilio sin asistencia"¹⁶.

Finalmente, tal como surge del expediente ante la Corte y de los testimonios rendidos ante ella en audiencia pública, la situación educativa de los niños y niñas de la comunidad de Xákmok Kásek tanto cuando estaban en la Estancia Salazar como ahora en Cora "i ha sido y es por demás deficiente. Actualmente, tal como tal manifestó el maestro Maximiliano Ruiz, él es uno de los maestros que atienden a cerca de 85 niños y niñas de diferentes grados. Asimismo, manifestó que hay una alta deserción escolar; la escuela no cuenta con suficientes pupitres, y faltan libros y útiles escolares. En ese sentido, el Comité de Derechos del Niño ha manifestado respecto de los niños y niñas indígenas:

59. [...] en la práctica los niños indígenas cuentan con menos probabilidades de escolarización y siguen teniendo tasas más elevadas de deserción escolar y de analfabetismo que los no indígenas. El acceso de la mayoría de los niños indígenas a la educación es inferior a causa de diversos factores, como la insuficiencia de centros de enseñanza y de maestros, los costos directos e indirectos de la educación y la falta de un programa de estudios culturalmente ajustado y bilingüe...

60. Para que los niños indígenas ejerzan su derecho a la educación en las mismas condiciones que los no indígenas, los Estados partes deberían adoptar una serie de medidas especiales. Los Estados partes deberían asignar recursos financieros, materiales y humanos para aplicar políticas y programas encaminados específicamente a mejorar el acceso de los niños indígenas a la educación. [...]

61. Los Estados partes deberían velar por que las instalaciones escolares sean fácilmente accesibles en los lugares en que viven niños indígenas. [...] El ciclo escolar debería tener en cuenta las prácticas culturales, así como las actividades estacionales agrícolas y los periodos ceremoniales, y tratar de ajustarse a ellas [...]¹⁷.

En síntesis, del acervo probatorio en el caso es claro que la comunidad indígena de Xákmok Kásek se ha visto expuesta a un estado de indigencia total y continúa en una situación de vulnerabilidad y riesgo extremo, viviendo en condiciones de precariedad intrahumana, marginalidad y pobreza, sin acceso a servicios de educación adecuados, sin acceso a alimentación adecuada ni a agua potable, y sin servicios de salud y sanitarios.

Conclusiones

Desde 2001 la Comunidad Xákmok Kásek reclama ante los órganos del sistema interamericano su derecho a recobrar su territorio ancestral, para con ello mantener y ejercer libremente su identidad cultural, cosmovisión, espiritualidad y proyecto de vida comunitario, y poder preservar su legado cultural para las futuras generaciones. Como manifestó el líder Clemente Dermott, la comunidad Xákmok Kásek acudió a los órganos del Sistema para que "[sus] hijos [supieran] lo que es su cultura y que [no perdieran] el orgullo de [su] cultura".

¹⁶ Situación general y tendencias de Salud en Paraguay. Organización Panamericana de la Salud, disponible en: http://www.paho.org/spanish/d/d/aist/cp_600.htm

¹⁷ Observación General N° 11 (2009) del Comité de los Derechos del niño, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. CRC/C/GC/11.12 de febrero de 2009.

Cada día que transcurre sin que el Estado resuelva el reclamo territorial de la Comunidad se producen daños graves, complejos e irreparables. Estamos frente a un grupo humano que tiene el derecho a ejercer su propia identidad cultural y que por la negación de este derecho fue privado de sus tierras y actualmente vive en condiciones deplorables. Si no se produce un cambio sustancial en la actual situación de la Comunidad, los niños y niñas de Xákmok Kásek tienen condenado su futuro.

El caso de la comunidad Xákmok Kásek presenta una situación extremadamente urgente. Estamos frente a individuos que no son vistos por el Estado como sujetos de derecho. Durante el trámite ante la Corte ha sido claro que el Estado protege el derecho a la propiedad privada de los empresarios frente al derecho colectivo ancestral de los pueblos indígenas a su territorio. La consecuencia de esto es que se encuentran forzados a vivir en condiciones de pobreza extrema, a trabajar condiciones inhumanas, a usar idioma que no es suyo, y a estar en una situación de desmembramiento de la comunidad y de su cultura.

) 01039

En virtud de lo anterior, la CIDH solicita a la Corte que declare que el Estado de Paraguay no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena Xákmok Kásek y sus miembros, en virtud de que desde 1990 se encuentra en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la comunidad, sin que hasta la fecha se haya reconocido y garantizado sus derechos humanos, lo cual ha significado no sólo la imposibilidad de la comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la comunidad, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de sus miembros, y la integridad de su cultura. Por lo tanto, la CIDH reitera su solicitud a la Corte de que declare que el Estado de Paraguay es responsable de la violación de los artículos 21, 4, 8.1, 25, 3 y 19 de la Convención Americana, todos ellos en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

Con base en dichas violaciones, la Comisión reitera su solicitud a la Corte Interamericana de que ordene al Estado de Paraguay:

- a) Adoptar a la brevedad las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de propiedad y la posesión de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek del Pueblo Enxet-Longua y sus miembros, respecto de su territorio ancestral, en particular para delimitar, demarcar y titular sus tierras, acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres y, garantizar a los miembros de la Comunidad el ejercicio de sus actividades tradicionales de subsistencia.
- b) De darse motivos objetivos y fundamentados que imposibiliten que el Estado adjudique el territorio identificado como el tradicional de la Comunidad, deberá entregarle tierras alternativas de extensión y calidad suficiente, que serán electas de manera consensuada.
- c) Adoptar las medidas necesarias para cautelar el hábitat reclamado por la Comunidad Indígena, hasta tanto no se produzca la delimitación, demarcación y titulación del territorio ancestral en favor de la Comunidad, específicamente aquellas medidas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros.
- d) Proveer de inmediato a los miembros de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek bienes y servicios adecuados de agua, educación, asistencia sanitaria y acceso a alimentación necesaria para su subsistencia.
- e) Establecer un recurso judicial eficaz y sencillo que tutele el derecho de los Pueblos Indígenas de Paraguay a reivindicar y acceder a sus territorios tradicionales.
- f) Adoptar las medidas necesarias para la inscripción de los nacimientos de los niños y niñas miembros de la Comunidad Xákmok Kásek en Paraguay.

g) Adoptar un programa de atención integral dirigido a los niños y niñas indígenas que tenga como referente principal el interés superior del niño y les asegure alimentación adecuada, acceso servicios de salud de calidad; sin discriminación y acceso a una educación acorde y respetuosa de sus tradiciones culturales.

h) Reparar tanto en el ámbito individual como comunitario las consecuencias de la violación de los derechos enunciados.

i) Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana.

Cada día que transcurre sin que el Estado resuelva el reclamo territorial de la Comunidad se producen daños graves, complejos y cada vez menos susceptibles de reparación.

01040

Washington, D.C.

24 de mayo de 2010