

# CASO COMUNIDAD INDÍGENA DE XÁKMOK KÁSEK A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Por Juan Jaime González Varas

2014

**Resumen:** Desde el caso Comunidad Indígena Yakye Axa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que las exigencias del principio de igualdad alcanzan al deber de los Estados a otorgar una protección efectiva a los pueblos indígenas tomando en cuenta las particularidades propias del grupo; es decir, sus características económicas y sociales, su situación particular de vulnerabilidad, el derecho consuetudinario propio; entre otros, valores, usos y costumbres. El presente documento expone el caso de la Comunidad Indígena de Xákmok Kásek a la luz de los principios de igualdad y no discriminación donde la Corte pone énfasis en la situación de que el goce y ejercicio de los derechos por parte de los integrantes de un grupo indígena determinado requiere, entre otras cosas, de la implementación de acciones afirmativas y medidas positivas que respondan a sus necesidades “particulares”; es decir, con base en la realidad en la que se encuentran inmiscuidos a efectos de equipararlos en el disfrute de sus derechos.

*“(…) Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a situaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias”. (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 271).*

**SUMARIO:** (I) *Los hechos como base específica para la determinación de la aplicación del principio de igualdad.* (II) *Primera aproximación: Pleno ejercicio de derechos desde la visión liberalista.* (III) *Segunda aproximación. Punto de partida: Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento.* (IV) *Corolario: Ejercicio de derechos desde el liberalismo y violación al principio de igualdad como no exclusión. Armonización de dos posturas.* (V) *Argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (VI) *Bibliografía*

**PALABRAS CLAVES:** Principio de igualdad, Principio de no discriminación, Desigualdad estructural, Principio de igualdad como no sometimiento, Clausula de Igualdad, Protección a grupos desventajados, Comunidades Indígenas, Medidas positivas en materia indígena.

\* \* \*

## **I. Los hechos como base específica para la determinación de la aplicación del principio de igualdad.**

En primer lugar, es importante hacer notar el peso específico que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) dan a la relación de hechos como parte verdaderamente jurídica de la resolución. En efecto, y como veremos más adelante, la relación de hechos y el contexto de las circunstancias no sólo son antecedentes para entender la aplicación del derecho, sino que resultan pieza fundamental y esencial al aplicar las herramientas de interpretación que se utilizan para desglosar el principio de igualdad. Dicho de otra manera, ¿de qué otra forma sería posible determinar una violación al principio de igualdad (como no sometimiento) sin tomar en cuenta las circunstancias de desigualdad estructural de un grupo desventajado?

Conforme lo anterior, las preguntas base para el análisis de la presente sentencia serán –entre otras- las siguientes: ¿Quiénes son las comunidades indígenas de Paraguay? ¿Cuál es su historia? ¿Qué problemas tienen? ¿Cómo se asegura el ejercicio de sus derechos?; y, ¿Hay una relación entre el contexto social-histórico y el desarrollo o obstáculo para el ejercicio de esos derechos?

En la sentencia en comento, Comunidad Indígena de Xákmok Kásek vs. Paraguay, se realiza una relación amplia sobre los hechos, entre síntesis se aprecia que la comunidad indígena tuvo a bien realizar el reclamo territorial de sus miembros, que el procedimiento administrativo de reivindicación de sus tierras no fue efectivo y no mostró una posibilidad real para que los miembros de dicha comunidad recuperaran sus tierras; y, que como consecuencia de la no restitución de su territorio tradicional derivaron afectaciones a la identidad cultural de los miembros de la comunidad y a otros derechos fundamentales; entre otros, la vida, a una vida digna (acceso y calidad del agua, alimentación y servicios de salud) la integridad personal y al reconocimiento de la personalidad jurídica.

<p><b>Derecho a la propiedad comunitaria.</b></p>	<p>La legislación Paraguaya reconoce y garantiza expresamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas.</p>	<p>Aún cuando los miembros de la Comunidad solicitaron la reivindicación de sus tierras no se había logrado una solución definitiva por situaciones de hecho.</p>	<p><b>La restricción al derecho de propiedad comunitaria derivó en la violación de otros derechos humanos.</b></p>
---	---	---	--

\* \* \*

## II. Primera aproximación: Pleno ejercicio de derechos desde la visión liberalista

Acercándonos un poco al pensamiento liberal, Nino (2007) nos dice que partiendo de la base que el Estado está impedido para interferir con la autonomía personal del individuo con el fin de que escoja un plan de vida ideal “mejor”, medidas a las llama perfeccionistas; se parte de la base de que las regulaciones o interferencias permitidas (además de las que eviten daños a terceros), serán aquellas que buscan fomentar la autonomía del individuo por decisiones que pudiere tomar sin la debida y necesaria información o que tome en situaciones de debilidad de voluntad, a las que llama “paternalistas”.

En ese sentido nos habla de condiciones constitutivas de la capacidad de actuar: a) condiciones fácticas y normativas, b) condiciones intrínsecas y extrínsecas al agente; y c) condiciones positivas y negativas. Nino (2007:25) dice que aún quienes suponen que la libertad está constituida por una serie de derechos y garantías normativas, no aceptarían que esa libertad está materializada con sólo adscribir validez a un sistema normativo ideal que otorga dichos derechos, sino sólo cuando esos derechos y garantías están receptados en un sistema jurídico vigente y eficaz que garantice el libre ejercicio de esos derechos. Por otro lado, las condiciones normativas de carácter positivo o social dependen de una serie de hechos (conductas pasivas y activas) de otros.

En este orden de ideas, bajo esta primera aproximación del pensamiento liberal la pregunta a determinar será la siguiente: ¿Bastará con la garantía normativa que supone el reconocimiento de los derechos en el ordenamiento jurídico interno? O por el contrario, ¿Es necesario el libre ejercicio de esos derechos a través de una serie de hechos? La respuesta es clara, en el caso que nos ocupa no basta con el reconocimiento formal a nivel normativo del derecho a la propiedad comunal de las tierras indígenas, pues, la desigualdad estructural a la que se encuentran sometidas dichas comunidades (circunstancias de hechos) impidió el libre goce del ejercicio.

\* \* \*

### **III. Segunda aproximación. Punto de partida: Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento.**

Ahora bien, ¿por qué si la legislación Paraguaya reconoce y garantiza expresamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, y una vez determinado que dicho reconocimiento fue insuficiente, podemos empezar a pensar en una posible violación al principio de igualdad por parte del Estado? Partimos de la base de que las personas son iguales ante la ley; y, por tanto, el Estado tiene la obligación de evitar tratos desiguales injustificados o realizar distinciones arbitrarias. En síntesis, el principio de igualdad ante la ley, según la interpretación que le han dado diversas Cortes Supremas, entre ellas la de Argentina, México y Estados Unidos, refleja lo que la doctrina ha denominado como “principio de no discriminación” (Owen Fiss, 2002).

No obstante lo anterior, el estándar de “igualdad ante la ley como igualdad de trato en igualdad de circunstancias” no es suficiente por sí mismo, pues debe ser completado: el Estado también tiene la labor de evitar la perpetuación de situaciones de exclusión o de sometimiento de grupos. Owen Fiss (1999) habla de una versión diferente de igualdad, ya no como no-discriminación, sino como no sometimiento o no-exclusión, a lo que llama el principio de apoyo a los grupos desventajados.

En el mismo sentido, Roberto Saba (2000:166) da cuenta y distingue de la visión de igualdad cercana al pensamiento liberal clásico de carácter individualista de la visión de igualdad de carácter estructural donde resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que exhiban un fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentra expuesto un determinado sector de la sociedad; y donde el Derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas.

Por lo anterior, es que la relación de hechos que realiza la sentencia de la CoIDH resulta de vital importancia, pues, nos permite apreciar la violación sistemática y la situación de desigualdad estructural a la que se encuentra sometido el grupo desventajado: la comunidad indígena de Xákmok Kásek.

En ese sentido, desde la presentación de la demanda la Comisión Interamericana alegó que el caso ilustraba la persistencia de factores de discriminación estructural en el ordenamiento jurídico de Paraguay, pues, aún cuando el Estado cuenta con avances generales dentro de su ordenamiento jurídico en reconocer los derechos de los pueblos indígenas, persisten disposiciones jurídicas en el ordenamiento interno que se aplicaron en el caso, y que determinaron el funcionamiento del sistema estatal de forma discriminatoria privilegiando la protección del derecho a la propiedad privada “racionalmente productiva” sobre la protección de los derechos territoriales de la población indígena (CoIDH: Párrafo 265).

La violación a diversos derechos violados en relación con el principio de igualdad y no discriminación se da conforme al principio de interdependencia de los derechos humanos a partir de la base del derecho de propiedad sobre la tierra comunitaria. La

situación de los miembros de la comunidad está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras, pues la ausencia de posibilidades de abastecimiento y auto-sostentabilidad de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las precarias acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma distinta a sus pautas culturales y en pobreza extrema, lo que a su vez provoca una amplia desigualdad estructural (Maurino, 2007).

### Desigualdad estructural: Contexto social e histórico



Conforme a lo anterior, es viable apreciar que la Corte encontró grandes indicios para determinar una situación grave de opresión social, desigualdad estructural, sometimiento y exclusión de las comunidades indígenas, que estuvo determinado por una situación permanente de peligro y constatada vulnerabilidad; no sólo respecto de la propiedad de sus tierras sino también respecto del goce y ejercicio de derechos humanos y servicios básicos (CoIDH: Párrafos 183 a 193). Es decir la situación de opresión y por tanto de discriminación, desdoblada a la luz de la afectación a una serie de derechos se dio como sigue:

- (i) Falta de acceso y calidad del agua. La Corte constató que el Estado suministró una cantidad muy inferior a lo que exigen los estándares internacionales, exponiendo a la comunidad a riesgos y enfermedades.

- (ii) Alimentación. Sufrieron de graves restricciones, pues no se permitió contar con hacienda propia (ganado vacuno o de otra índole). Se entregaron kits de alimentos a las familias indígenas; sin embargo, las raciones alimentarias suministradas tenían deficiencias nutricionales y además es inconsistente.
- (iii) Salud. La comunidad no tenía una asistencia médica adecuada y los niños no recibían las vacunas correspondientes. Las medidas adoptadas en materia de Salud tendían a ser temporales y transitorias, y el Estado no había garantizado la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la comunidad.
- (iv) Educación. Precarias condiciones de la escuela donde asistían los niños y las medidas estatales no son suficientes para mejorar las condiciones de vulnerabilidad a la que se encuentran sometidos.

Por otro lado, vale la pena por lo que a este apartado concierne la mención que en el caso realiza el Juez Augusto Fogel Pedrozo en su voto disidente, pues, a su juicio “si bien existe cierta discriminación de parte de la población hacia los indígenas por una herencia del colonialismo, no existe un acuerdo deliberado ni consenso de aplicación de una política racista ni discriminatoria”, por lo que a su juicio no existe un incumplimiento al deber de no discriminar. En mi opinión, su pronunciamiento es un tanto delicado, pues, implica una cierta regresión sobre los alcances del principio de igualdad, en especial en su vertiente de no exclusión o no sometimiento. La pregunta sería, para que exista discriminación ¿resulta necesaria la existencia de un acuerdo deliberado o un consenso de aplicación de una política pública racista o discriminatoria? Porque además reconoce “una cierta discriminación” y una “falta de adecuación de la legislación para garantizar el acceso de las comunidades indígenas a tierras ancestrales”.

En mi opinión, deja de observar la situación de desigualdad estructural -de la que me ocuparé más adelante- y en parte reduce a un problema de igualdad ante la ley, donde ubica en un plano de igualdad formal a las comunidades indígenas. Visto de otra forma, resulta un tanto incongruente reconocer el problema de acceso de las comunidades indígenas a tierras ancestrales a través de la legislación actual (problema de hecho) y por tanto negar el carácter de opresión social que fomenta dicho impedimento; y por otra, asegurar que no estamos en presencia de un incumplimiento al deber de no discriminar.

\* \* \*

#### **IV Corolario: Ejercicio de derechos desde el liberalismo y violación al principio de igualdad como no exclusión. Armonización de dos posturas.**

Hasta aquí, podemos llegar a conclusiones preliminares que nos permitan tener una pauta concreta para iniciar el análisis de la argumentación llevada a cabo por la CoIDH en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. En síntesis son las siguientes:

- (i) La libertad no está materializada con sólo adscribir validez a un sistema normativo ideal que otorga ciertos derechos, sino sólo cuando esos derechos y garantías están receptados en un sistema jurídico vigente y eficaz que garantice el libre ejercicio de esos derechos. Luego entonces, se vulneró la libertad de la comunidad indígena en una relación intrínseca libertad-igualdad. La igualdad y la libertad no son principios contradictorios e irreconciliables (Dworkin, 2000, Nino, 2007), por el contrario existe un compromiso en materia de derechos humanos con ambos principios.
- (ii) El estándar básico de “igualdad ante la ley y no discriminación” resulta insuficiente para evaluar aquellas circunstancias donde se presentan fenómenos de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentra expuesto un determinado sector de la sociedad. Por tanto, al encontrarnos frente a un grupo claramente desventajado, será necesario tomar en cuenta la incorporación de datos históricos y sociales.<sup>7</sup>
- (iii) En su caso, la implementación de medidas afirmativas se encontrarían plenamente justificadas.

Bajo este marco teórico-contextual es que la CoIDH llevó a cabo la argumentación para determinar la responsabilidad estatal como veremos en el siguiente punto.

<b>Derecho a la propiedad comunitaria.</b>	La legislación Paraguaya reconoce y garantiza expresamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas.	Aún cuando los miembros de la Comunidad solicitaron la reivindicación de sus tierras no se había logrado una solución definitiva por situaciones de hecho.
--	--	--

\* \* \*

## V. Argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el caso de la sentencia en estudio se encuentra que la argumentación que siguió para tal efecto la Corte se dio bajo los siguientes puntos: (i) Discriminación de jure o de facto; (ii) distinción de los ámbitos de aplicación de las cláusulas de igualdad; y el (iii) Vínculo entre las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Veamos:

### 5.1. Discriminación de jure o de facto. La igualdad como no discriminación y la igualdad como no sometimiento.

La sentencia deja claro que la discriminación se puede dar cuando menos a través de dos vías: De jure o de facto. La CoIDH concluye que los miembros de la comunidad indígena Xákmok Kásek padecieron una discriminación de facto; es decir, que no proviene de una regulación normativa, sino de las condiciones de hecho a las que se enfrentan: (i) falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; (ii) la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad como la alimentación, agua, salud y educación; y (iii) la prevalencia de una visión de propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas. Estos puntos quedan exhaustivamente expuestos, no sólo a través del análisis que se hace en concreto sobre el deber de respetar y garantizar los derechos sin discriminación, sino a través de la relación de hechos que para tal efecto realiza la sentencia.

Estas circunstancias de hecho a la que hace alusión la CoIDH, son las que sirven de fundamento para entender el principio de igualdad como no sometimiento o no exclusión (Owen Fiss 1999, Saba, 2000). La igualdad en cuanto virtud política (...) no demanda una actitud sino instituciones concretas, de manera que nuestra consideración de igualdad debe

ir más lejos: debe describir el estado de hechos al que debería tender una sociedad (Dworkin, 2000:63).

En ese sentido, la argumentación de la Corte, toma en consideración los siguientes ejes centrales: (i) Es necesario tomar en cuenta las particularidades y características de la comunidad, así como su situación de vulnerabilidad (CoIDH: párrafo 270); (ii) Los Estados deben abstenerse de realizar acciones a crear situaciones de discriminación de jure o de facto (CoIDH: párrafo 271); (iii) Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias (CoIDH: Párrafo 271).

## 5.2. Distinción de los ámbitos de aplicación de las cláusulas de igualdad

La Convención Americana establece en los artículos 1.1. y 24 las cláusulas de igualdad (CoIDH: párrafo 272); en ellos, la Corte diferencia entre una posible violación al artículo 1.1 respecto de una violación al artículo 24 de la Convención Americana en los siguientes términos:

	<b>Artículo 1.1</b>	<b>Artículo 24</b>
Pero	Un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional.	La discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna.

además de los ámbitos de aplicación propiamente, la distinción que realiza la Corte, es en mi opinión, una distinción basada esencialmente en la interpretación y alcance que se le de al principio de igualdad, ya sea como no discriminación o como no sometimiento.

## 5.3. Responsabilidad del Estado. Vínculo entre las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

De manera general, la Corte declara el incumplimiento –respecto de la igualdad y no discriminación- a garantizar los derechos de la Comunidad Indígena sin discriminación conforme al artículo 1.1. de la Convención Americana. En ese sentido la Corte dice que “cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser

considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma” (CoIDH: párrafo 268). De esta forma apreciamos un incumplimiento a una obligación general a través de un trato discriminatorio, lo que deja en claro el vínculo indisoluble entre la obligación general y el principio de igualdad.

En ese sentido Owen Fiss (1999:146) dice que la ley o práctica que agrava (o perpetua) la posición subordinada de un grupo especialmente desaventajado resulta prohibido por la Cláusula de Igual protección; y que por tanto, la acción estatal discriminatoria sería aquella conducta estatal que empeora el estatus de un grupo especialmente desventajado. Si la acción estatal es discriminatoria, y por tanto se empeora el estatus de un grupo especialmente desventajado, conlleva necesariamente e indiscutiblemente el incumplimiento a diversas obligaciones estatales entre otras, las de respetar y garantizar los derechos humanos.

Conforme lo anterior no sólo se evidencia la situación de desigualdad estructural, sino que la sentencia reconoce expresamente en su párrafo 274 que además “El Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir la exclusión a la que se encuentran sometidas las comunidades indígenas”:

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Carlos S. Nino, “Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 17-44.
2. Caso Comunidad Indígena de Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
3. Gustavo, Maurino, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un*

*constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 313-343.

4. Owen Fiss, “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Roberto Gargarella(comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 137-167, versión original: “Groups and theEqualProtectionClause”, en *Philosophy and PublicAffairs*, Volumen 5, 1976. (Lectura de otro trimestre que conviene retomar para esta sesión).
5. Owen Fiss, *Una comunidad de iguales*, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002, pp. 7-44. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. TheConstitutionalProtection of New Americans*, BeaconPress, Boston, 1999.
6. Roberto P. Saba, “Igualdad de trato entre particulares”, en *Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, en prensa, pp. 1-51.
7. Roberto P. Saba, “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 695-742.
8. Roberto Saba, “(Des)igualdad Estructural”, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 163-197.
9. Ronald Dworkin, “¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?”, en Paul Barker (comp.), *Vivir como iguales. Apología de la Justicia Social*, Paidós, Buenos Aires, 2000, pp. 57-80.
10. Ronald Dworkin, “La discriminación inversa”, en *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 326-348. (orig.: Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth & Co. Ltd., Londres).
11. Víctor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp.19-64.