

---

## **LAS TIERRAS INDÍGENAS Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA. APLICACIÓN DEL JUICIO DE PONDERACIÓN ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

*Juliana Carolina Rodríguez-Patarroyo\**

**Palabras clave:** Tierras indígenas; inversión extranjera; Corte Interamericana de Derechos humanos y juicio de ponderación

### **Resumen**

Informes temáticos evidencian que con la llegada del siglo XXI la exploración y la explotación a los recursos naturales aumentó significativamente en América Latina y el Caribe. Extracciones mineras y petroleras, así como la creación de monocultivos de caña de azúcar; palma de coco o soja han ocasionado altos impactos medio ambientales como también afectaciones a los derechos humanos en perjuicio de la población directamente afectada<sup>57</sup>. Para la presente investigación abordaremos este contexto con relación a los derechos humanos de las comunidades indígenas y grupos tribales que han sido vulnerados siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) una instancia regional el último mecanismo protección.

### **Abstract**

Thematic reports show that with the arrival of the 21st century, the exploration and exploitation of natural resources increased significantly in Latin America and the Caribbean. Mining and oil extraction, as well as the creation of sugar cane monocultures; coconut palm or soy have caused high environmental impacts as well as affect human rights to the detriment of the directly affected population. For this research, we will address this context with respect to indigenous communities and tribal groups where their rights have been violated and which therefore have gone before the Inter-American Court of Human Rights as the ultimate protection mechanism.

### **Introducción**

A partir de los años 90's la firma de tratados para la protección a los inversionistas extranjeros generó un atractivo jurídico para invertir en países de América Latina. Organizaciones internacionales como el Banco Mundial, la Cooperación y el Desarrollo Económico apoyaron esta iniciativa con el ánimo de atraer

---

\* Investigadora en formación en el Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT). Master en protección internacional de los derechos Humanos de la Universidad de Alcalá (España). Master des protection des droits et des libertés fondamentaux de l'université Franche-Comté (Francia). Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia).

<sup>57</sup> CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", 31 de diciembre de 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industrialsextractivas2016.pdf>



el mayor número de inversiones para la región. Para ello, el Estado debía asegurar que las inversiones no estuviesen afectadas por decisiones políticas o cambios arbitrariamente gubernamentales. En este mismo periodo, la Corte IDH inicia su competencia contenciosa para conocer de aquellos casos donde se alaga el incumpliendo a las obligaciones estatales de respeto y garantía los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Ahora bien, tanto los tratados en materia de derechos humanos como los tratados de inversión producen consecuencias de tipo jurídico, político y económico para el Estado. De modo que, resulta interesante analizar desde la perspectiva tanto del inversionista como de las comunidades indígenas la manera en que se fragmenta el Derecho Internacional al activarse distintas instancias internacionales que buscan dirimir la tensión entre los intereses jurídicos de dichos sujetos cuando de explotación a los recursos naturales se trata. Bajo este contexto se pretende analizar la tensión entre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y, el derecho a la propiedad privada del inversionista.

Esta colisión entre estos dos intereses jurídicos obliga al Estado a efectuar un balance para sopesar qué derecho es necesario proteger y qué derecho podría ser restringido de manera excepcional y temporal. Para ello, la Corte IDH en su precedente jurisprudencial desarrolla la teoría del juicio de ponderación. Este Test no consiste en anular un derecho frente a otro, su principal función es mitigar los efectos que se producen a la hora de generar cambios en el ejercicio del derecho a restringir<sup>58</sup>. De allí que Alexy propone tres pasos a tener en cuenta al momento de aplicar el test de ponderación: a) identificar el nivel de afectación que representaría limitar a cada uno de los derechos en colisión; b) establecer el impacto positivo que genera a cada derecho en tensión si se llegase a satisfacer plenamente y c) definir el grado de satisfacción que implicaría satisfacer un derecho capaz de justificar la restricción o no satisfacción del otro derecho<sup>59</sup>. Los anteriores pasos tendrán como objeto y fin proteger los derechos humanos que se encuentran en colisión sin que implique la anulación absoluta de ninguno de los derechos<sup>60</sup>.

Una vez evaluado los anteriores aspectos, Alexy establece tres elementos que componen una ponderación de derechos y que la Corte IDH incorpora en su

---

<sup>58</sup> Vázquez, Daniel. "Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar." México: Instituto de investigaciones jurídicas (2016) p. 102.

<sup>59</sup> *Ibidem* p. 71.

<sup>60</sup> *Ibidem* p. 76.



jurisprudencia: la necesidad, la proporcionalidad, la finalidad y la legalidad<sup>61</sup>. No obstante, la Corte IDH en materia de explotación a los recursos naturales en tierras colectivas no basta con analizar los anteriores criterios, y es así como añade un quinto elemento: garantizar la supervivencia de la comunidad indígena o tribal.

## Desarrollo

### El derecho de propiedad en su dimensión privada y colectiva

En la CADH la propiedad como derecho se regula en el artículo 21 estableciendo que: “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social<sup>62</sup>”. Aplicando el método hermenéutico de la literalidad, se observa que en principio el artículo 21 regula el derecho desde un carácter individual. Sin embargo, bajo la aplicación del método de interpretación evolutiva de los tratados y la aplicación del *principio pro homine*, la Corte IDH a partir del caso *Awas Tingni contra Nicaragua* 2001 amplió el ejercicio del derecho para incluir la dimensión colectiva que ejerce las comunidades indígenas y grupos tribales sobre el territorio ancestral. Ello con el objeto de dar protección y garantía a un derecho colectivo que en principio no se contemplaba al momento de la realización de la CADH.

Ahora bien, desde una dimensión individual la Corte IDH en casos tales como *Ivcher Bronstein contra Perú* 2001 definió el concepto “bienes” estableciendo que son “[...] cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor<sup>63</sup>”. De lo anterior se pueden extraer varias reflexiones: primero, que un “bien” es todo aquello que representa un valor sea objetivo o subjetivo que ha de ser cuantificable en términos económicos; por otro lado, analizando la teoría de los orígenes legales en América Latina, es necesario recordar que la definición de bienes elaborado por la Corte IDH es el resultado de un consenso respecto a la normativa interna de los Estados en la materia. Además, el actual derecho civil de los países de la región es el resultado de una herencia histórica del derecho europeo, más concretamente

---

<sup>61</sup> Robert Alexy, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* p. 8.

<sup>62</sup> OEA, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, artículo 21.

<sup>63</sup> *Ivcher Bronstein contra Perú*, Corte IDH, *Reparaciones y Costas*, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C No. 74 párr. 122.



del derecho civil francés<sup>64</sup>. Dentro de este legado jurídico, el dueño del dominio tiene el derecho a usar, disfrutar y disponer de la cosa al punto de tener la atribución de donar, abonar o destruir el bien<sup>65</sup>.

Lo anterior, hace que la relación sujeto-objeto sea de carácter vertical en donde el dueño es quien tiene el poder y domina la cosa. Existiendo así una relación meramente utilitarista. Para Roger Merino Acuña, este tipo de concepciones son el resultado de un trasplante jurídico que no necesariamente coincide con la realidad latinoamericana<sup>66</sup>. En América Latina, la diversidad racial ha ocasionado una diversidad cultural que resulta necesario tener en cuenta a la hora de regular el derecho interno. En Estados como Guatemala y Bolivia las comunidades indígenas representan el 45% y 48% de la población nacional<sup>67</sup>. Esto haría pensar que el derecho interno debe necesariamente dar prioridad a la cosmovisión indígena sobre cualquier otra manera de concebir el entorno. Sin embargo, esto no siempre sucede<sup>68</sup>.

Ahora bien, desde la dimensión colectiva, en sentencias tales como *Nuestra Tierra contra Argentina* 2020, la Corte IDH reitera la siguiente definición sobre el concepto de propiedad colectiva:

[...]entre las personas indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica<sup>69</sup>.

Del anterior extracto jurisprudencial se pueden identificar varios elementos importantes: primero, el derecho a la propiedad colectiva tiene un origen *ius naturalista*. Es decir, que tal derecho no depende del reconocimiento jurídico estatal, sino que nace por la mera existencia de ser indígena. Por otra parte, se evidencia una relación interdependiente entre comunidad-tierras, siendo las tierras comunales una piedra

<sup>64</sup> Acuña Merino, “Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos Indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 141 (2014): 935-964.

<sup>65</sup> Code civil art. 544 « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

<sup>66</sup> Merino Acuña, “Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos Indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 141 (2014): 935-964.

<sup>67</sup> Pasquali Marina, “Los países con la mayor cantidad de población indígena de América”, 6 de noviembre de (2019), <https://es.weforum.org/agenda/2019/11/los-paises-con-la-mayor-cantidad-de-poblacion-indigena-de-america/>

<sup>68</sup> En la sección dogmática de la Constitución de Bolivia de 2009 se observa la inclusión y el valor jurídico que representa la sociedad indígena. No obstante, la constitución de Guatemala de 1993 no incluye esta dimensión de la manera en que debería ser abordado.

<sup>69</sup> Comunidad *Mayagna (Sumo) Awás Tingni contra Nicaragua*, Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C No. 79 párrs. 148, 149 y 151 y Caso comunidades indígenas *miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) contra Argentina*, Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, serie C No 400 párr. 93.



angular para el ejercicio de otros derechos humanos tales como la identidad cultural, la consulta previa, la vida entre otros. Por último, se observa que existe una relación horizontal de sujeto-sujeto donde las tierras y los miembros de la comunidad son seres que merecen respeto y protección. Por tanto, las tierras no se conciben con fines utilitaristas, sino que son parte integrante de la comunidad.

### **Aplicación del juicio de ponderación en los intereses jurídicos del inversionista y la comunidad indígena**

Uno de los aspectos característicos del derecho a la propiedad ya sea bajo la dimensión individual o colectiva es que es un derecho susceptible de restricción. La Corte IDH en su precedente jurisprudencial reconoce a la propiedad como un derecho no absoluto y por tanto puede ser convencionalmente restringido para darle prevalencia a un interés público<sup>70</sup>.

En lo referente a la restricción del derecho a la propiedad por razones de utilidad pública o de interés social, la variedad interpretativa del termino hace que estos conceptos sean abordados desde diversos ámbitos como lo son: el jurídico; el político; el sociológico; el ideológico y el filosófico<sup>71</sup>. Elementos indispensables para la creación de un marco conceptual<sup>72</sup>. De esta interdisciplinariedad se suma la complejidad de la aplicación de sinónimos para dichos conceptos tales como: interés colectivo; bienestar común; bien general; utilidad pública; utilidad común; bien colectivo; interés general entre otros<sup>73</sup>. Otro factor a tener en cuenta es la finalidad de estos vocablos que varía según si se aborda como principio; factor; limitante; salvedad o prohibición.

Ahora bien, en materia de explotación a los recursos naturales, las aprobaciones de inversiones extranjeras no resultan incompatibles con el Sistema Interamericano<sup>74</sup>. No obstante, la problemática surge cuando los estudios; la aprobación y la ejecución de una inversión no cumple con los parámetros interamericanos de protección a los derechos humanos de la comunidad. Es entonces cuando entran en tensión los intereses jurídicos del inversionista y los intereses jurídicos de las comunidades indígenas.

---

<sup>70</sup> En el Sistema Interamericano existe un conjunto de derechos que no pueden ser suspendidos ni restringidos bajo ninguna circunstancia. Algunos de ellos son: la vida; la integridad personal; las garantías judiciales; los derechos de los niños entre otros. Para mayor información consultar el artículo 27.2 de la CADH.

<sup>71</sup> La interdisciplinariedad de dicho concepto se puede observar en la Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra nota 61, párr. 29 "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad".

<sup>72</sup> Pulgarín-Arias Andrés-Felipe; Bustamante-García Hernán-Carlos; Zapata-Zuluaga Luz-Mery, "Noción de interés público en las constituciones de Iberoamérica", *Contaduría Universidad de Antioquia*, (2019) 13- 42. Doi: <https://doi.org/10.17533/udea.rc.n75a01>.

<sup>73</sup> Ibidem

<sup>74</sup> Pueblo Saramaka contra Surinam, Corte IDH, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 49.



Como consecuencia de ello, la Corte IDH emplea el test de ponderación. Método interpretativo que se aplica cuando dos o más derechos humanos tienen conflicto de interés jurídicos. El test busca sopesar el valor jurídico de estos derechos y decidir qué derecho va a ser restringido y qué derecho va a tener mayor prevalencia. Para ello, la ponderación consiste en aplicar los criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y la finalidad que serán analizados uno por uno<sup>75</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH la legalidad hace referencia a que una restricción a los derechos humanos debe estar previamente subordinada por la ley. Referente al criterio de necesidad, esta consiste en restringir el derecho acorde a un interés público imperativo. Por su parte, la proporcionalidad se traduce en que la restricción del derecho debe ajustarse estrecha y objetivamente al fin legítimo por alcanzar y por tanto su limitación debe ser aplicada de la manera más leve posible y la finalidad consiste en que la limitación del derecho debe cumplir con el objeto último de la CADH<sup>76</sup>.

Ahora bien, en un contexto de explotación a los recursos naturales dentro de territorios ancestrales, se observa que tanto la propiedad privada del inversionista y la propiedad colectiva de la comunidad tienen el mismo peso jurídico<sup>77</sup>. Ambos derechos se encuentran regulados en la misma norma jurídica. Sin embargo, limitar el derecho a la propiedad colectiva genera un mayor impacto y afecta otros derechos tanto individuales como colectivos en perjuicio de las personas miembros de la comunidad. Por tanto, resulta necesario que el Estado refuerce la protección a los derechos de las comunidades indígenas con el fin de evitar vulneraciones graves e irreversibles.

De allí, que a partir del caso *Saramaka contra Surinam 2007*, la Corte IDH adecua el test de ponderación para aquellos casos donde el derecho a la propiedad colectiva de pueblos indígenas está en juego. Para ello, adiciona un quinto elemento el cual consiste en garantizar la subsistencia de las personas miembros de la comunidad cuando el Estado haya decidido restringir sus derechos y dar paso al proyecto de inversión<sup>78</sup>.

Si bien, en la sentencia la Corte IDH no define qué se entiende por subsistencia, es en la sentencia de interpretación del 2008 del mismo caso donde reconoce que la

---

<sup>75</sup> Comunidad Indígena *Yakye Axa contra Paraguay*, Corte IDH, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C No. 125 párrs. 145.

<sup>76</sup> *Ibidem*

<sup>77</sup> Comunidad Indígena *Yakye Axa c. Paraguay* párrafos 149-150.

<sup>78</sup> *Pueblo Saramaka contra Surinam*, Corte IDH, Excepciones, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C No. 172 párrs. 91.



expresión subsistencia no se limita a la mera supervivencia física, sino que debe ser entendida como la capacidad de los pueblos indígenas para preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio. De esta manera, el Estado garantiza la continuidad de la comunidad conforme a su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, costumbre, creencia y tradiciones no sean afectadas gravemente<sup>79</sup>. Con lo anterior, la Corte IDH abre una puerta jurídica para que las comunidades indígenas y grupos tribales de la región exijan una serie de garantías específicas cuando un Estado decida implementar un proyecto de extracción dentro de sus tierras ancestrales.

### **Conclusión**

Aunque la prevalencia del modelo hegemónico extractivista es latente en los Estados de la región, lo cierto es que este tipo de actividades económicas genera serios impactos ambientales y sociales que repercuten en los derechos humanos colectivos e individuales de las personas miembros de las comunidades indígenas y tribales.

Por otra parte, con respecto al derecho de propiedad ejercido desde un carácter colectivo por parte de las comunidades indígenas y grupos tribales comprende otros aspectos que jurídicamente no contiene la propiedad individual; la tierra como un ente que merece protección; la relación interdependiente entre la comunidad y el territorio; el factor generacional entre la comunidad como responsable del cuidado por la tierra, entre otras características hace que la Corte IDH emita una serie de garantías específicas para la protección a los derechos de las comunidades indígenas y de sus miembros.

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte IDH reconoce que el derecho a la propiedad colectiva es base fundamental para el desarrollo cultural, espiritual, económico y social de una comunidad indígena o grupo tribal. No obstante, este es un derecho susceptible de restricción. Por tanto, cuando el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades autóctonas entra en conflicto con el derecho a la propiedad privada del inversionista, la Corte IDH establece que los Estados deben aplicar un juicio de ponderación que a su vez fue adaptado por la Corte IDH para incluir un quitón elemento de ponderación. Este nuevo criterio consiste en garantizar la supervivencia de las comunidades indígenas en caso de que la inversión prevalezca sobre la protección del territorio ancestral.

---

<sup>79</sup> Pueblo Saramaka contra Surinam, Corte IDH, Interpretación de la sentencia de Excepciones, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C No. 185 párr. 37.



## Bibliografía

- Merino Acuña, “Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos Indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 141 (2014): 935-964.
- Pulgarín-Arias Andrés-Felipe; Bustamante-García Hernán-Carlos; Zapata-Zuluaga Luz-Mery, “Noción de interés público en las constituciones de Iberoamérica”, *Contaduría Universidad de Antioquia*, (2019) 13- 42. Doi: <https://doi.org/10.17533/udea.rc.n75a01>.
- Pasquali Marina, “Los países con la mayor cantidad de población indígena de América”, 6 de noviembre de (2019), <https://es.weforum.org/agenda/2019/11/los-paises-con-la-mayor-cantidad-de-poblacion-indigena-de-america/>
- Alexy, Robert. *La construcción de los derechos fundamentales*. Ad-Hoc, (2010).
- Vázquez, Daniel. "Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar." *México: Instituto de investigaciones jurídicas* (2016).

## Tratados

- OEA, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

## Jurisprudencia

- Ivcher Bronstein contra Perú, Corte IDH, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C No. 74.
- Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, Corte IDH, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C No. 79.
- Pueblo Saramaka contra Surinam, Corte IDH, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.
- Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay, Corte IDH, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C No. 125.
- Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) contra Argentina, Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, serie C No 400.





### **Informes temáticos**

CIDH, “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, 31 de diciembre de 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasestractivas2016.pdf>

