

artículo de investigación

Propiedad privada y territorio indigenista: la dicotomía individualismo-colectivismo

Eduardo Sirtori Tarazona¹

Universidad de Salamanca

 <https://orcid.org/0000-0001-7449-2130>

Raul Viviescas Cabrera²

Universidad Sergio Arboleda

 <https://orcid.org/0000-0002-8691-0755>

Pablo Daniel Hernández Iguarán³

Universidad Sergio Arboleda

 <https://orcid.org/0000-0002-5846-0689>

Resumen: Este artículo tiene por objetivo elaborar un análisis comparativo entre el régimen de propiedad privada e indigenista en Colombia. Para lograrlo se han fijado antecedentes de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, así como un marco jurídico-conceptual de los territorios indígenas y su carácter colectivo. Por tanto, se intenta una aproximación comparativa del régimen privado e indigenista a partir del marco teórico del derecho de dominio derivado de la tradición romana y acogido por el sistema civil colombiano. Se concluye que existen notables diferencias entre ambos regímenes desde la dicotomía individualismo-colectivismo, pero también hay semejanzas como los límites para el ejercicio del derecho. La metodología utilizada fue descriptiva, toda vez que el objetivo general de este documento está constituido por un objeto fenomenológico (derecho de dominio) el cual se pretende caracterizar.

Palabras clave: atributos de la propiedad, colectivismo, derecho de propiedad privada, individualismo, propiedad indígena, territorio.

Abstract: This article aims to develop a comparative analysis of the private and indigenous property regime in Colombia. To achieve this, antecedents have been established on the rights of indigenous peoples in Colombia and a conceptual framework of indigenous territories and their collective character. A close approximation of the private and indigenous regime is attempted based on the theoretical framework of domain rights derived from the Roman tradition and embraced by the Colombian civil system. It is concluded that there are notable differences between both regimes from the individualism-collectivism dichotomy. Nonetheless, there are also similarities, such as the limits for the exercise of the right. The methodology used was descriptive since this document's general objective is constituted by a phenomenological object (domain right), which it is intended to characterize.

Keywords: property taxes, collectivism, private property rights, individualism, indigenous property, territory.

Recibido: 29/01/2021 | **Aceptado:** 20/12/2021 | **Disponible en línea:** 20/12/2021

Como citar este artículo: Sirtori, E.; Viviescas, R y Hernández, P. (2021). Propiedad privada y territorio indigenista: la dicotomía individualismo-colectivismo. *Jangwa Pana* 20(3). doi:

¹ Correo electrónico: e_sirtori@usal.es; eduardosirtori.t@gmail.com

² Correo electrónico: raul.viviescas@usa.edu.co; raulviviescasc@gmail.com

³ Correo electrónico: paablohernandez9812@gmail.com

Introducción

La conquista de los españoles, tal vez uno de los grupos minoritarios más golpeados por el fenómeno colonial fueron las comunidades indígenas, quienes, a pesar de ser los primeros habitantes en Latinoamérica, tuvieron que persistir a las prácticas de clasificación, explotación y dominación de su población (Quijano, 2007). En esta etapa histórica, este patrón de dominación operó a través de dispositivos que buscan de deslegitimar la tradición y conocimiento indígena, instalando una serie de credos, leyes e impuestos que legitimaba el despojo.

Para 1819, acabado el proceso de emancipación de la Nueva Granada, se crearon muchas constituciones y con ellas las concepciones sobre el sujeto y el territorio indígena empezó a mutar. Desde los inicios de esta evolución político-legal de la concepción de territorio indígena, este ha sido un tema de estudio relevante desde la postura antropológica y jurídica. Dado que las diversas formas de entender y experimentar el territorio crean una suerte de realidad ambivalente que debe sobrevivir en varios Estados. Por ejemplo, para el pueblo Ticuna no hay fronteras entre Brasil, Perú y Colombia; mientras que para estos Estados existe una división territorial y se debe respetar la soberanía de cada nación (Vieco, J, Franky, C, Echeverri, J, 2000).

Por tanto, en este trabajo se quiere abordar la noción de propiedad de forma ambivalente: desde el régimen de derecho privado y también desde las normas de derecho de las comunidades indígenas. Para efectos del desarrollo se ha estructurado el trabajo en tres partes: En el primer momento parte se fijan los antecedentes históricos y jurídicos de la propiedad indígena a nivel internacional y nacional. En el segundo, se destacan las normas y tratados convencionales, internacionales y nacionales que desarrollan los elementos esenciales del concepto de propiedad colectiva. En el tercer capítulo, se elabora una aproximación comparativa del concepto de propiedad privada frente al equivalente en el derecho indigenista. Hablamos de concepto equivalente, porque, como se verá no son nociones completamente equiparables debido a los atributos y elementos distintivos de cada régimen, tales como el derecho de disposición y el carácter inalienable. Por último, se concluye que el rasgo patrimonial e individualista propio de la propiedad privada contrasta con el carácter colectivo e inalienable de la propiedad indígena.

Materiales y métodos

Se recurre a una metodología de enfoque cualitativo, analítico-descriptivo y a herramientas como el análisis bibliográfico, normativo y jurisprudencial. En cuanto a las herramientas de análisis descriptivo, además de la revisión bibliográfica, se recurrió a la entrevista con el objeto de dar cuenta de la visión indígena de territorio, específicamente desde la concepción Wayuu, completados con los aportes académicos-descriptivos de Polo (2017 y 2018). También se hizo un análisis dogmático-jurídico a las categorías axiológicas del derecho necesarias para el desarrollo de la problemática planteada, acompañadas de una revisión de elementos normativos internacionales como los tratados de Organización Internacional del Trabajo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En conjunto con lo anterior, se hace un breve análisis de la evolución jurídico-constitucional reciente en el derecho colombiano, puntualmente se revisó los textos constitucionales del 1886 y 1991 junto con los dictados de

la Corte Constitucional en lo referente a el alcance y el reconocimiento de la propiedad indígena en Colombia.

Antecedentes jurídicos del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

La Constitución Política de 1886 es uno de los antecedentes históricos constitucionales más recientes que deja en evidencia la opresión social a los grupos colectivos más desfavorecidos desde la conquista. Por ejemplo, la religión adoptada en su preámbulo la Religión Católica, Apostólica y Romana reconocida y defendida por los partidos para desarrollar los fines del Estado; por tanto, para 1886 era un estado confesional, que no reconocía las cosmovisiones del mundo de los grupos indígenas.

Así mismo en su Artículo decimo se afirma: “Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia vivir sometidos a la constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades” (Constitución, 1886). Esta manifestación es excluye a las comunidades indígenas, como quiera que, se impone las leyes y no se reconoce las costumbres y el derecho propio esta comunidad; además, se pide el respeto y obediencia a la autoridad constitucional, mientras que no se reconoce a las autoridades indígenas de ninguna comunidad tradicional, ni siquiera a las comunidades en sí.

La exclusión y discriminación de los grupos indígenas, no era un suceso únicamente suscitado en Colombia, también en todos los países de Latinoamérica, que adoptaron esa posición del jurídico monista, es decir, que el Estado es el único órgano productor de derecho, por lo tanto, se desconocía de los usos y costumbres de las comunidades étnicas, así como su capacidad de autodeterminación y de producir derecho. El monismo que fungía como paradigma dominante empezó a tener efectos puntuales para los indígenas, como la imposibilidad de decidir sobre los aspectos que le afectarían directa o indirectamente. Aspecto como el mencionado por López (2004): “en varios países se ha facilitado la presencia de empresas transnacionales de extracción (forestal, petrolera, minera) en territorios indígenas, a las cuales los Estados han entregado altas facultades, restringiendo la de los pueblos indígenas que los habitan” (p.173).

Dicha apropiación del territorio ancestral era un peligro inminente a la subsistencia de las culturas ancestrales, puesto que, el territorio es para los indígenas una fuente primaria para su existencia, en estos desarrollan sus costumbres el uso del suelo para su subsistencia. La opresión y exclusión de estos grupos constituían un llamado a las naciones a adoptar medidas que tuvieran como objeto la protección de sus instituciones, el derecho ancestral y el territorio de cada comunidad.

Fue la Organización Internacional del Trabajo con el Convenio 107 de 1957, en su Artículo 11 que afirma: “Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas” (Organización Internacional del Trabajo, 1957).

Este artículo, fue la primera expresión normativa que protege los derechos de propiedad de las comunidades indígenas en Colombia, toda vez que suscribió el tratado, pero su ratificación no vino sino diez años después, con la expedición de la Ley 31 del 1967.

Las reformas agrarias han sido sin duda alguno un reto estructural para los países, comoquiera que, en ellas se desarrollan la renovaciones territoriales y sociales de los grupos sociales que subsisten en un determinado territorio; Colombia emprendió este proceso con la Ley 135 de 1961 que pretende “eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico”. (Ley 135, 1961, art. 1)

La reforma agraria fue desarrollada posteriormente para afianzar y defender el derecho de los territorios indígenas, reconocido por el artículo 11 del Convenio 107 de 1957, y trae consigo el importante concepto de “resguardos indígenas” en el Decreto 2001 del 1988:

Es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que, con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas tradiciones culturales. (Decreto Reglamentario 2001, 1988, art. 2)

Así, la definición trae intrínseco el reconocimiento del territorio, los usos y costumbres e instituciones de las comunidades indígenas; en primer lugar encuadra a las comunidades indígenas como un conjunto de personas que comparten cosmovisiones, así mismo, les otorga un territorio delimitado donde puedan manejar sus costumbres, pero le brinda a este territorio una categoría distinta como bien afirma una “propiedad comunitaria” o dicho de mejor manera una “propiedad colectiva”, en la cual no debería haber títulos individuales, si no únicamente se debe entender que la tierra es de todos en las parcialidades indígenas.

Posteriormente, la OIT en su afán por la protección de los pueblos indígenas crea el Convenio 169 en el año 1989, el cual Colombia y los demás países de la Comunidad Andina, y entre otros países europeos y africanos suscriben. Esta normativa internacional cuenta con dos pilares fundamentales “el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan” (Organización Internacional del Trabajo, 1989). Esta estructura normativa internacional, reconoce en los países suscriptores, las entidades administrativas y judiciales de las comunidades indígenas, su derecho consuetudinario, y el territorio donde rigen dichos derechos (Artículo 13).

Al tiempo, se crea la figura de la Consulta Previa, la cual la Corte Constitucional ha otorgado la calidad de “derecho fundamental colectivos de las comunidades indígenas” siempre que una decisión menoscabe sus derechos; lo anterior ha sido una gran herramienta para la protección a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas.

El Convenio 169 de la OIT, fue fuente de la Constitución Política de 1991, porque gracias a éste, cambia el paradigma dominante del monismo jurídico hacia una noción más pluralista, ya que se reconocen con la ley 21 del 1991 la cual ratificó el Convenio 169 de OIT, las

instituciones, el territorio y el derecho de las comunidades indígenas en Colombia. Aunque este cambio represente un avance jurídico importante, gracias al espacio de reconocimiento jurídico-institucional que permitió, su alcance se ha visto limitado dado la supervivencia de una visión colonial, etnocéntrica e incluso monista en la actuación del Estado (Sanchez Botero, 2009)

Con relación al territorio, la parte II de la normativa internacional es abundante con respeto a los derechos, en razón a que, reconoce: (i) el derecho a la propiedad, (ii) el derecho a los recursos naturales existentes en la tierra (iii) los derechos espirituales que reposa en los resguardos y por fuera de estos y (iv) el derecho al medio ambiente sano de los territorios que habitan.

La Constitución Política del 1991, también realizó acotaciones con los territorios indígenas en el Artículo 63 en el cual les da la calidad a los resguardos indígenas de “inalienable, imprescriptibles e inembargables” (Const., 1991, art. 63); así mismo en el Artículo 329 afirma “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable” (Const., 1991, art. 329); y en el Artículo 330, se les otorga esa autonomía administrativa y judicial a las comunidades indígenas en su territorio.

Esta conquista normativa desarrolla constitucionalmente el Convenio 169 de la OIT, puesto que, les reconoce una autonomía a las comunidades indígenas además comparte la idea de que el territorio indígena es como lo afirma el Decreto Reglamentario 2001 de 1988 una “propiedad colectiva”, y que en dicha propiedad existen unas reglas o derecho ancestral enjuiciado y desarrollado por las autoridades tradicionales de su cultura.

Concepto de Propiedad Colectiva:

El concepto de propiedad colectiva o comunitaria ha sido desarrollado por el orden interno colombiano, la Constitución de 1991 lo trae en el Artículo 319 y el Decreto Reglamentario 2001 de 1988 lo incluye en el concepto de “resguardo”, como “territorio comunitario”; pero a pesar de que se crea el concepto constitucionalmente, no se le han dado una definición legal y este concepto contiene algunas diferencias significativas e innovadoras diferentes al concepto tradicional o continental de propiedad.

Juan Álvaro Echeverri (2000) brinda un acercamiento al concepto de Propiedad Colectiva.

Ese espacio geográfico es memoria, es efectivamente escritura de ese proceso de creación que está ocurriendo todo el tiempo: en la crianza de los hijos, en las relaciones sociales, en la resolución de problemas, en la curación de las enfermedades (p. 175).

De lo anterior acotación podemos colegir dos cosas: *i*) el concepto indígena de la tierra no es estático, sino más bien dinámico, porque la tierra es un desarrollo de la vida y de sus creencias; se puede decir que la vida es soluble con evolución de la tierra, por lo tanto, si estas comunidades no habitan en su territorio se perderían sus costumbres.

ii) El concepto de tierra para los indígenas tiene un desarrollo en el pasado que nutre a las nuevas generaciones, es por ello que no se puede desplegar este concepto con un sentido individualista, porque las cosmovisiones de las comunidades no comprenden a la tierra como un bien material que puede ser enajenado de manera fácil, sino que se entiende que la tierra tiene intrínsecos elementos espirituales, intelectuales y cognitivos, que desarrollan sus usos y costumbres, brindando a las nuevas generaciones la oportunidad de seguir evolucionando y desarrollando estos conceptos.

Por ejemplo, la Guajira, un departamento ubicado en el norte de Colombia, habita la comunidad indígena Wayúu. Para ellos la Guajira no es únicamente Colombia, también su territorio se extiende por Venezuela, los indígenas que habitan en este territorio tienen sus usos y costumbres latentes entre ambas naciones. Al respecto Polo (2017) detalla aspectos relevantes relacionados a la cultura Wayuu, especialmente en su sistema de justicia. En uno de sus textos recopila distintos saberes ancestrales de la comunidad mencionada y respecto al territorio indígena afirma:

El sentido de pertinencia de la tierra del wayuu está ligado a (...) Ese lugar asociado al territorio ancestral con fuente de agua dulce y un cementerio donde reposan los restos mortales de sus antepasados. Al ser un legado de sus ancestros este territorio se considera de propiedad colectiva de la etnia. (p. 87).

Este concepto de propiedad colectiva encaja en la propuesta de Juan Alberto Echeverry (2000), toda vez que según las acotaciones de Polo (2017), para los Wayúu existen tres elementos fundamentales para enjuiciar la propiedad colectiva de su clan (i) una fuente de agua (ii) un cementerio y (iii) ser legado por sus ancestros; los dos primeros elementos son además de factores para determinar la propiedad, sitios sagrados, en los cuales se transmite la cultura, las creencias y convicciones de cada clan Wayúu.

Por ejemplo, para los Wayúu los entierros tienen un valor cultural significativo, los ritos de sus muertos, después de diez años de fallecida una persona perteneciente a un clan, una niña Wayúu próxima a desarrollarse, tiene que sacar los restos de su familiar. Por otro lado, para los Wayúu el pastoreo de chivos o cabras es una tradición que consiste en llevar a los chivos a un “ojo de agua” y un pasto fértil para su hidratación y alimentación”. Dichos comportamientos ancestrales son ritualidades Wayúu que se desarrollan en su territorio, y que sin su tierra sería imposible la transmisión cultural, y esta carencia de conocimiento y costumbre podría causar la pérdida de una cultura (Hernandez, comunicación personal, 11 de diciembre de 2018).

Con estos dos ejemplos se pretende ilustrar: (i) la importancia de la categoría colectivista del territorio, (ii) la importancia de un ambiente sano en el territorio para el saludable comportamiento de sus costumbres (iii) el dinamismo del territorio como fuente y transmisión de conocimiento y (iv) la solubilidad entre el concepto de territorio y subsistencia.

El reconocimiento de esta propiedad colectiva y comunitaria no ha sido únicamente adoptado por el Convenio 107 de la OIT, y la Carta Magna de 1991 de Colombia, más recientemente,

otra concepción amplia en torno a la propiedad indígena fue la Declaración De Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas, la cual rescata valores similares a los señalados por la OIT: como el derecho de la propiedad, con especial énfasis a su derecho a la tierra (artículos 25 al 30) y así como el aprovechamiento y desarrollo de sus territorios (Artículo 32).

Al respecto, otro aporte relevante es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH de ahora en adelante), que en providencia hito en el análisis del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, destacó la estrecha vinculación de las tradiciones indígenas con las tierras y recursos vinculados a su cultura procurando su protección:

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. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Ahí mismo, Ahora frente al derecho consuetudinario y relación con la propiedad, señala la siguiente:

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro

Un ejemplo de la solidificación de estos criterios son los expuestos en la providencia del caso Saramaka vs. Surinam. Ahí se trata la cuestión del pueblo indígena de Saramaka, el cual le fue arrebatado su territorio ancestral colectivo sin el consentimiento, previo, libre e informado, lo que generó una vulneración al derecho a la consulta previa y el territorio colectivo. Este caso recibió el amparo de la CIDH a un a pesar de que el estado de Surinam no reconocía ese derecho dado la no ratificación del tratado 169 de la OIT. Así la Corte concluye que el derecho al territorio de los pueblos originarios se encuentra garantizado por derechos humanos y que los Estados deben respetar la concepción de territorio indígena y tienen la obligación de "garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente".

Por otro lado, La Corte Constitucional Colombiana también acoge el concepto de propiedad colectiva en sentencia SU-510 de 1998 dictada por el magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde se sostiene:

La Corte no ha dudado en reconocer, con base en las declaraciones constitucionales e internacionales respectivas, que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad. (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-510, 1998)

Lo desarrollado por la Alta Corporación deja en evidencia que la propiedad colectiva no es únicamente un derecho, sino que la Corte le ha otorgado la categoría de Derecho Fundamental. Esta categoría superior tiene unas repercusiones en la vida jurídica, y brinda un medio procesal expedito y sumario para su protección como la acción de tutela, por lo tanto, cada vez que se vulnere este derecho se podría defender haciendo uso de dicho medio de control si no cuenta con otro mecanismo de defensa igual de expedito para su protección inmediata.

Esta clasificación es en protección de la subsistencia de las comunidades indígenas, toda vez que estos son sujetos de especial protección constitucional, y su subsistencia es prioridad para el Estado Social de Derecho y Pluralista que expone el artículo primero de la Carta Política.

Así mismo la Corte Constitucional Colombiana ha mencionado en sentencia T-693 del 2011 con magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, de acuerdo con el desarrollo normativo internacional y nacional, y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Constitucional, los derechos derivados de la propiedad colectiva:

(i) El derecho a la constitución de resguardos en territorios que las comunidades indígenas han ocupado tradicionalmente; (ii) El derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos; (iii) El derecho a disponer y administrar sus territorios; (iv) El derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio y (v) El derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica. (Corte Constitucional, Sala Septima, T-693, 2011)

La propiedad colectiva es un derecho fundamental principal de las comunidades indígenas, pero dicho derecho fundamental cuenta con unos derechos accesorios para su protección saludable, en primer lugar, las comunidades deben contar con un procedimiento libre de escollos que les permita formalizar su propiedad colectiva en nombre de la comunidad indígena, dicho procedimiento es regulado por el Decreto 2001 de 1988. Así mismo, la propiedad indígena como se mencionó no únicamente tiene un valor material, también cuenta con un valor espiritual que lo reconoce el Convenio 169 de la OIT en su parte II, la cual reconoce las áreas sagradas fuera y dentro del resguardo.

Un resguardo debe contar con autoridades internas propiamente reconocidas por la comunidad indígena, que administran la vida de la comunidad indígena, por lo tanto, en un resguardo se debe respetar a las autoridades y sus prácticas y ritos matutinos.

El derecho al disfrute de la explotación de los recursos renovables es parecido, al uso y disfrute del concepto continental de propiedad, la única diferencia es que mientras en el concepto de propiedad para el derecho romano la disfruta el titular del bien, y en el concepto indígena este disfrute debe ser para toda la comunidad.

El derecho que tienen las comunidades a un ambiente sano es de suma importancia, porque su vulneración, podría causar un grave deterioro en la vida de las comunidades, toda vez que de la tierra se extraen los alimentos, de las fuentes de agua se hidratan, y si estas están contaminadas se podrían traer enfermedades a la comunidad y poner en peligro su existencia.

La dicotomía individualismo- colectivismo. Aproximaciones a una comparación

Para establecer un análisis comparativo del régimen jurídico del derecho de propiedad indígena y el de propiedad privada en el derecho civil colombiano, es necesario conceptualizar los elementos que integran este último.

Es fundamental destacar que el derecho de propiedad civil e indígena son conceptos que no guardan una equivalencia exacta, es decir, la noción de territorio o propiedad indígena no tiene los mismos elementos definitorios de la propiedad privada. No obstante, lo que se intenta en este capítulo es establecer una aproximación comparativa de ambas figuras poniendo el acento en el derecho privado y explorando desde dicho marco teórico la propiedad indígena solo en tanto a instituciones comparables.

Como punto de partida debemos señalar el carácter inalienable de la propiedad indígena. Este rasgo esencial riñe con el espíritu esencialmente liberal del derecho de dominio el cual desde sus orígenes romanos fue concebido absoluto. Todo lo anterior para significar que, aunque propiedad privada e indígena son instituciones similares no son equivalentes en cuanto a sus efectos y elementos conceptuales, por tanto, el siguiente ejercicio comparativo se hará como un intento de aproximación a la noción occidental.

Esta situación ha sido puesta de presente por Martínez de Bringas (2009) quien sostiene:

El problema que se plantea de fondo es que la propiedad dispone de un régimen legal propio que expresa determinados valores culturales; el fundamento y las consecuencias que se derivan del mismo, responden a un patrón cultural determinado. Por ello, la propiedad privada es una institución jurídica que *a priori* presenta serios problemas de compenetración con el sentido indígena de hábitat. Existe una disfuncionalidad de raíz en este debate intercultural puesto que la apropiación táctica de ciertos sentidos y consecuencias de la propiedad por parte de los pueblos indígenas, supone forzar los sentidos de una institución hasta su desvirtuación y deformación, lo que invierte y hace problemático el pacto intercultural. Así, mientras el derecho occidental construye el concepto de propiedad a partir de las posibilidades que otorga el derecho civil, los sistemas normativos indígenas construyen el concepto de territorio intrínsecamente adosado al concepto de pueblo (indígena), pero desde las posibilidades que otorgan derechos políticos públicos, como la autonomía, condición de posibilidad para gestionar soberanamente los territorios indígenas. (p. 28)

Como es bien sabido es el derecho una creación romana, a partir de la cual se han derivado diferentes sistemas jurídicos entre los cuales destacamos dos grandes familias: *civil law* y *common law*. Dentro del *common law* se encuentran el Reino Unido, Estados Unidos y los antiguos países de la *common wealth*, entre otros.

La tradición del *civil law*, que a su vez se ha subdividido en la corriente francesa y alemana. El sistema alemán y el francés guardan notables diferencias debido a su orientación filosófica diversa; el primero estuvo imbuido por Savigny (2018), la Escuela Histórica del derecho y los pandectistas.

Los pandectistas organizaron la materia de una manera diferente, pues reinterpretaron el Digesto (*pandectas*) intentando armonizarlo con las leyes de las diferentes regiones del entonces Imperio Alemán. El derecho civil alemán fue codificado tardíamente y después de múltiples discusiones como la acaecida entre Thibaut y Savigny (2018)

En materia del derecho de dominio el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) establece que el modo prima sobre el título, relegando a este último a un segundo plano. Por el contrario, en el sistema francés, el título prima sobre el modo de acuerdo con el *code* de Napoleón. Colombia recibe el influjo francés gracias a Don Andrés Bello, quien se inspiró en *code* para la creación de su código civil, el cual se adoptó en varios países de Latinoamérica como Chile, Colombia, Panamá y en su día Venezuela, sin contar la influencia de esta obra jurídica en otros ordenamientos de la región.

No ocurrió así con Argentina o Brasil, los cuales integraron elementos propios del BGB o de otros ordenamientos jurídicos, tal como lo hizo Velez Sarfield. El Código brasileiro fue obra del Maestro Teixeira Freitas; ambos cuerpos normativos fueron sustituidos por nuevos códigos que recogen elementos de diversos ordenamientos del *civil Law*.

El derecho de dominio en Colombia acoge una posición eclética: título y modo son necesarios, pero quien primero perfeccione el modo (tradición) a través del registro, será el dueño.

Pero retornemos al punto de partida: el derecho romano. Aun cuando existan matices y diferencias en las dos grandes familias de sistemas jurídicos acerca del desarrollo y concepto actual del derecho de dominio, todos convergen en los clásicos atributos asignados a la propiedad, los cuales varían de contenido de un ordenamiento jurídico a otro, pero conservan su esencia conceptual.

Los atributos de la propiedad son *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*. Estos atributos pueden converger o existir por separado atendiendo a las limitaciones al derecho de dominio que se impongan. Cuando convergen otorgan el estatus de plena propiedad.

El *ius utendi* alude a la tenencia física o material del bien. Consiste en la facultad de servirse de la cosa (Velázquez, 2000). El *ius fruendi* para obtener sus frutos o productos, es decir, la explotación o aprovechamiento de los rendimientos naturales y civiles de la cosa. El *ius*

abutendi es la facultad de disponer libremente de la cosa, esto es, enajenarla, constituir una garantía sobre la misma o cualquier otro acto de disposición sobre el objeto.

Estos atributos de origen romano constituyen elementos comunes a todo derecho de propiedad de todo sistema jurídico enmarcado dentro de un sistema *democrático liberal*. Es necesario tomarlos en consideración para establecer su comparación con la propiedad en el derecho indigenista. El *ius utendi* y *ius fruendi* están integrados al concepto de propiedad indígena, pero ¿podríamos decir lo mismo del *ius abutendi* o facultad de disponer del bien? En torno a este atributo es posible establecer una diferencia inicial con el régimen civil: la posibilidad de disponer del bien en cuanto a su enajenación está limitada por el ordenamiento jurídico (Const., 1991, art. 329) y por la voluntad colectiva de la comunidad.

Sin embargo, esta situación aparece con mayor claridad cuando se aborden las características del derecho de dominio: exclusivo, perpetuo y absoluto. El código civil colombiano define el derecho de dominio así:

Artículo 669. <Concepto de Dominio>. <Aparte tachado Inexequible> El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella ~~arbitrariamente~~, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

A partir de la definición del código civil es posible establecer los caracteres del derecho de dominio: absoluto, perpetuo y exclusivo. Se analizarán estos caracteres en torno a su análisis comparativo respecto a la propiedad indígena.

Carácter absoluto: este elemento tiene origen en el derecho romano clásico, el cual es sindicado por algunos de primitivo, pero en realidad corresponde a la visión liberal romana en la que primaba la libertad individual del ciudadano romano (Schulz F.,1960).

Por absoluto se entiende el poder de disposición de la cosa no siendo contrario a la ley o ajeno a derecho, como lo dispone el 669. Las limitaciones de ley van desde la función social y ecológica asignada a la propiedad en el artículo 58 de la C.N hasta el respeto del derecho ajeno. En el derecho romano estas funciones estaban ausentes y por tanto el dueño podía disponer de la cosa arbitrariamente, facultad que fue limitada en el caso colombiano por la Corte Constitucional a través de sentencia C-595 de 1998.

El carácter absoluto del derecho de dominio no es ajeno a la propiedad indígena. La comunidad puede disponer de la cosa dentro de los límites que para ella ha establecido el ordenamiento jurídico. si bien la propiedad indígena está supeditada a la función social y ecológica de la propiedad, a través del Derecho a la Consulta Previa se constituye una protección reforzada al carácter absoluto de este tipo de propiedad, ya que, en el régimen civil, si median motivos de interés público o ecológico, la vía a seguir es la expropiación sin otro trámite especial.

Carácter exclusivo: este elemento alude a la facultad del dueño de repeler cualquier interferencia o limitación a su derecho de dominio. Líneas arriba, cuando se mencionaban los atributos del derecho de dominio, se decía que sólo era propietario pleno quien reunía los tres atributos: *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*.

Pues, bien, desprenderse de uno de estos atributos limita el derecho de dominio y otorga un carácter relativo al elemento exclusividad. Así, por ejemplo, la constitución de una servidumbre puede operar tanto en el régimen civil, como en el indigenista, sea en beneficio de otra comunidad indígena o de otro propietario no indígena.

Con todo, la propiedad indígena, si bien exclusiva, está fuera del comercio por ministerio de la Constitución Política por tanto el *ius abutendi* no podría tenerse como atributo de la propiedad indígena. En lo que hace al *ius fruendi*, es menester hacer dos precisiones: la primera es que, dado el carácter inalienable de la propiedad indígena, la constitución de limitaciones al derecho real de dominio, como en el caso de un usufructo, no es viable desde la perspectiva del registro en el folio de matrícula inmobiliaria.

Tampoco es imaginable, en principio, dado que la agricultura es una de las principales actividades de producción del pueblo indígena y, por tanto, ceder la explotación de sus tierras aparece como algo infrecuente. La segunda, es que, con todo, nada impide que la comunidad celebre un acuerdo, sea con otra comunidad o través de un convenio bilateral de colaboración.

La exclusividad en la cosmovisión romana también tenía la connotación de que solo una persona podía ser el titular del derecho de dominio. Esa persona debía ser *sui iuris*, es decir, no debía estar bajo la tutela del *pater familias* o haber padecido una *capiti diminutio minima* (Iglesias, s.f; Schulz,1960). Adicionalmente, los romanos no concebían la copropiedad, ni la propiedad colectiva (Schulz,1960).

Estas situaciones guardan similitud con la estructura social indígena; el gobernador del resguardo es quien detenta la representación de la comunidad y, por tanto, individualmente no es posible la adquisición de una propiedad colectiva.

Sobre este punto establece el Decreto 2001 del 1988:

Es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena que, con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas tradiciones culturales. (Decreto Reglamentario 2001, 1988, art. 2)

Carácter perpetuo: este elemento se refiere a la duración del derecho de propiedad, el cual está en cabeza del dueño. El dominio tampoco se extingue por el no uso de la cosa. Este atributo de la propiedad privada del régimen civil poco aporta a la construcción indígena bajo una lógica de correspondencia conceptual exacta; se insiste en que el abordaje comparativo parte de una aproximación desde el marco teórico del régimen privado. Sobre este punto anota Martínez de Bringas (2009):

Respecto al término “permanente” éste debe ser entendido desde una perspectiva histórica y sociocultural, trascendiendo la consideración temporal de los derechos tal y como son comprendidos por el Derecho occidental; por tanto, no vinculados a la duración de la vida humana o del portador del derecho referido. Es aquí donde la territorialidad muestra su doble rostro, individual y colectivo; así como su doble dimensión, trans-temporal (más allá de la temporalidad de la vida humana) y trans-espacial (más allá de la geografía occidental) (s.p)

Con todo, el proyecto de código civil impulsado por la Universidad Nacional (2020) incluye dos normas que, de ser, aprobadas, modificarían este carácter de la propiedad. Por una parte, el artículo 271 establece que el dueño de una cosa que haya abandonado su conservación podrá ser requerido por la autoridad competente. De otra, el artículo 272 consagra la facultad de expropiación a favor de la nación si un predio urbano o rural no es explotado por espacio de 5 años.

Estas normas no afectan en nada la propiedad indígena que es inalienable, imprescriptible e inembargable. El carácter perpetuo en la propiedad indígena se manifiesta en la duración del derecho de dominio mientras exista una comunidad titular del mismo, pues, a diferencia del régimen civil, la muerte del propietario no genera una sucesión en favor de sus herederos, sino que el bien cambia de administración ante la falta absoluta o fallecimiento del gobernador del cabildo.

Sobre este punto Martínez de Bringas (2009) anota:

Hablar de derechos territoriales indígenas absolutos y exclusivos supone contraponerlo con la necesidad de pacto y colaboración con otras lógicas, necesidades y derechos, como son derechos comunitarios, supracomunitarios o deberes colectivos, estos últimos escapan también a la lógica en que éstos son comprendidos en la cosmovisión occidental. Desde esta fina síntesis entrecruzada, podemos acercarnos al terreno condicionado para poder dialogar con las concepciones occidentales de propiedad. Sin embargo, el carácter hermético, positivo y totalizante que denotan términos como “absoluto y exclusivos”, resultan poco útiles para dar medida de la perspectiva y dimensión de los derechos territoriales indígenas. (pp. 23-24)

Ahora, bien, se hace necesario aclarar que cada pueblo indígena se rige por costumbres diferentes y por ende responde a una noción propia de derecho consuetudinario. Por ejemplo, en lo que atañe a la etnia wayuu anota Polo (2018):

En el sistema normativo wayúu no existen autoridades de elección popular; las mujeres tampoco pueden ser autoridad civil. Sin embargo, la mujer es la figura asociada al territorio; por eso, no existe lo que se llama patrimonio en nuestra cultura pues los bienes pertenecen a la mujer; sólo sus hijos heredan sus bienes (p.114)

Esta anotación pone de presente la ausencia del patrimonio como bien de la personalidad en la cultura Wayuu. Se trata de una noción occidental que no existe en la etnia wayuu y por

tanto no es posible establecer una comparación. La patrimonialidad como nota distintiva del derecho de propiedad contrasta con la colectividad y bien común propios de la propiedad indígena.

Como vemos en esta visión genealógica, hay una clara concepción logocéntrica en cuanto a como se concibe y como se ha construido y avanzado el debate en torno al individualismo occidental y colectivismo indígena. Es decir, aunque se ha presentado avances jurídicos a escala internacional y local en el derecho, este aun se distancia de una materialización pluralista de los derechos y del territorio. Si bien el análisis se volcó a trazar la visión jurídico-conceptual alrededor de los encuentros y desencuentro entre la noción individual y colectivistas de la tierra; no se desconoce que estas distancias conceptuales tienen efectos prácticos importantes que afectan notablemente a los pueblos indígenas.

En torno a este debate existen posturas más de coloniales que abordan la misma coyuntura, pero que hacen un mayor énfasis a la carga lingüística del derecho y la interculturalidad como herramientas o dispositivos que *organizan la resistencia* y por tanto propenden hacia una deconstrucción decolonial de los conceptos que han enmarcado el desarrollo jurídico para poder transitar hacia un verdadero pluralismo (Balbotín-gallo, 2021). Ahora, sin desconocer la importancia y pertinencia de estas nociones, este trabajo se sienta sobre la distancia cultural que ha llevado a una construcción de territorio basado en una experiencia u cosmovisión distintas, pero no insuperables, para poner de manifiesto la posibilidad de acercar la ya avanzado jurídica y conceptualmente en este campo y concretarlo, como la experiencia de CIDH lo ha demostrado.

Conclusión

Como se ha podido evidenciar el régimen jurídico de propiedad en materia civil e indigenista guardan considerables diferencias. La ausencia de carácter patrimonial en el derecho de propiedad indigenista destaca como una diferencia fundamental entre ambos sistemas. Mientras los indígenas no ven la propiedad como un derecho que apareja riqueza o poder de disposición por su carácter eminentemente colectivo, ambiental y ancestral, en el derecho privado la ausencia del rasgo patrimonial desnaturalizaría dicha institución.

La cosmovisión indígena rompe con la dogmática tradicional del derecho civil occidental ya que no contempla como atributos el carácter exclusivo o absoluto. El carácter exclusivo contraviene a la propiedad colectiva puesto que el modo de vivir indígena supone una vida en comunidad, sin la cual pierde sentido su rol. Para el sujeto occidental la vida en comunidad es solo una opción más; si bien la dimensión social es importante, es posible vivir con un mínimo de contacto social sin ninguna sanción por parte de la comunidad.

Aun guardando estas diferencias, desde el estudio de los elementos del derecho de dominio en el derecho civil colombiano y romano se pueden establecer algunas similitudes. Por ejemplo, la propiedad indigenista no es ajena al carácter absoluto del derecho de propiedad. Otrora se afirmaba que el propietario podía disponer del bien de forma arbitraria; como se ha puesto de presente, hoy el ordenamiento establece unas fronteras legales que deben respetarse: el interés general y las funciones sociales, económicas y ecológica. Desde luego que en tratándose de territorios indígenas debe operar el mecanismo de consulta previa, pero

esto no supone el desconocimiento de las funciones que a la propiedad le ha asignado la Constitución. La forma como se dinamizan los bienes en la sociedad occidental y en los territorios indigenistas es diametralmente opuesta. En el sistema capitalista el dinero constituye una medida de cambio y la principal herramienta para obtener bienes y servicios; en la mayor parte de comunidades indígenas hay un reparto de tareas, roles y jerarquías con base en las cuales se distribuye la producción del territorio, el cual a su vez es *propiedad* de todos. Con todo, esta comparación cobra relevancia cuando la observamos con un enfoque de derecho comparado entre los sistemas jurídicos occidentales e indigenistas.

Referencias

- Balbontin-Gallo, C. (2021). El derecho indígena al territorio. Argumentos para una deconstrucción decolonial del Derecho y su reconstrucción intercultural. *Utopía Y Praxis Latinoamericana*, 26(93), 65-86. Recuperado a partir de <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/35587>
- Congreso de Colombia (04 de marzo de 1991) Ley que aprueba el Convenio 169 de la OIT. [Ley 21 de 1991]
- Congreso de Colombia (15 de diciembre de 1961) Ley sobre reforma social agraria. [Ley 135 de 1961]
- Congreso de Colombia (19 de julio de 1967) Ley que aprueba el Convenio 107 de la OIT. [Ley 31 de 1967]
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis
- Corte Constitucional, Sala Septima. (23 DE septiembre del 2011) Sentencia T-693, 2011. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional, Sala Plena (18 de septiembre de 1998) Sentencia SU-510. [MP Eduardo CIFUENTES MUÑOZ]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2001) Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 79.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2007). Caso del pueblo Saramaka. vs. Surinam, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172.
- Figuroa, N., y Jayariyu, G. (2015). Mirada a la cultura wayúu, base de su sistema normativo. *Verbum*, (9), 109-117. Recuperado en 17 junio de 2019, de: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/verbum/article/view/204>
- Hernandez M. (2018). Entrevista con palabrero de la comunidad wayuu. Comunicación personal. (11 de diciembre de 2018).
- Iglesias J. (s.f) *Derecho Romano*. Editorial: Ariel. Barcelona, España
- Jaramillo Jaramillo y Rico L. (2001) *Derecho civil. Bienes. Derechos reales*. Edición: Leyer. Bogotá, Colombia
- Martínez de Bringas, Asier. (2009). La deconstrucción del concepto de propiedad: Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 14(45), 11-29. Recuperado en 30 de septiembre de 2020, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162009000200003&lng=es&tlng=pt.

- Organización Internacional del Trabajo (05 de junio de 1957) Convenio sobre pueblo indígenas y tribales [Convenio 107]
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107
- Organización Internaciona del Trabajo (27 de junio de 1989) Convenio sobre pueblo indígenas y tribales [Convenio 169]
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169
- Figuerola, N. (2017). Pilares y valores de la cultura Wayúu. *Verbum*, (11), 41-52.
Recuperado a partir de
<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/verbum/article/view/635>
- Polo. F (2018) Sistema Normativo Wayuu Modulo Intercultural. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda. Recuperado de
<https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/1083/Sistema%20normativo%20Way%3BAu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Saivigny F. y Thibaut A. (2018) *La polémica sobre la codificación*. Editorial: Jurídicas Olejnik. Santiago de Chile.
- Sánchez Botero, Esther. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. *Nueva antropología*, 22(71), 31-49.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362009000200003&lng=es&tlng=es.
- Schulz F. (1970) *El derecho romano clásico*. Editorial: Bosch. Barcelona, España.
- Universidad Nacional (2020) El proyecto de código civil colombiano.
- Velásquez L. (2000) *Bienes*. Ed. Temis: Bogotá, Colombia
- Vieco. J, Franky. C, Echeverri.J. (2000) Territorialidad Indígena y Ordenamiento en La Amazonia. Recuperado de 15 de febrero de 2019, de
<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/19951/9588051851.pdf?sequence=1&isAllowed=y>