

CONFLICTOS ENTRE LA PROPIEDAD TERRITORIAL COLECTIVA DE PUEBLOS INDÍGENAS Y LA PROPIEDAD PRIVADA INDIVIDUAL. REFLEXIONES A LA LUZ DEL CASO DEL RESGUARDO INDÍGENA DE ORIGEN COLONIAL CAÑAMOMO LOMAPRIETA, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA T-530 DE 2016

CONFLICTS BETWEEN THE COLLECTIVE TERRITORIAL PROPERTY OF INDIGENOUS PEOPLES AND INDIVIDUAL PRIVATE PROPERTY. REFLECTIONS IN LIGHT OF THE CASE OF THE INDIGENOUS RESERVATION OF COLONIAL ORIGIN CAÑAMOMO LOMAPRIETA, REGARDING THE T-530 SENTENCE OF 2016

CONFLITOS ENTRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL COLETIVA DE POVOS INDÍGENAS E A PROPRIEDADE PRIVADA INDIVIDUAL. REFLEXÕES À LUZ DO CASO DA RESERVA INDÍGENA DE ORIGEM COLONIAL CAÑAMOMO LOMAPRIETA, QUANTO À SENTENÇA T-530 DE 2016

Francisco Hernando Vanegas Toro

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especializado en Análisis y Evaluación de Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Colombia y en Derecho de Tierras por la Universidad Externado de Colombia.

vanetoro2019@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-9904-5836>

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 1 de diciembre de 2022

Disponible en línea: 1 de enero de 2023

Sugerencia de citación: Vanegas Toro, F. H. (2023). Conflictos entre la propiedad territorial colectiva de pueblos indígenas y la propiedad privada individual. Reflexiones a la luz del caso del resguardo indígena de origen colonial Cañamomo Lomapieta, a propósito de la sentencia T-530 de 2016. *Razón Crítica*, 14, 1-34. <https://doi.org/10.21789/25007807.1980>

Resumen

Los crecientes reclamos de los pueblos indígenas por la recuperación de sus tierras ancestrales han despertado viejos conflictos entre diversas formas de titularidad que confluyen y se superponen en los territorios reclamados a título colectivo. Mientras que el derecho estatal, con la fuerza que le imprime su carácter hegemónico, atribuye plena legalidad a los derechos individuales, la historia indica que se han empleado medios fraudulentos y violentos para despojar a las comunidades y que se ha organizado durante

siglos un régimen jurídico y político para legalizar y legitimar este despojo. Sin embargo, con la constitucionalización de un marco jurídico especial para los pueblos indígenas y la consolidación del sistema internacional de protección de sus derechos territoriales, la presunción de legalidad del despojo ha perdido formalmente su vigencia —aunque para algunos conserve legitimidad— y, en su lugar, se abrió paso una presunción de legalidad de la propiedad colectiva ancestral.

En el presente artículo demostraré que el principio de prevalencia de la propiedad privada individual rige las decisiones estatales cuando las comunidades persiguen la protección y la garantía de la propiedad colectiva, con lo cual termina el Estado emulando una concepción de la propiedad privada absoluta y alejada de su función social*. Adicionalmente, propongo indagar si la existencia de rutas administrativas y normativas especiales para el reconocimiento de los derechos colectivos puede ser, a la vez, una separación estratégica de los reclamos indígenas a través de un entramado normativo que no comprometa la propiedad privada consolidada a lo largo del proyecto republicano de exterminio indígena. Es decir que construir un régimen normativo especial puede facilitar la estructuración de regímenes jurídicos de propiedad segmentados (indígena–no indígena) con una influencia asimétrica entre uno y otro, bajo la cual el régimen jurídico de propiedad privada individual influencia procesal y sustancialmente el régimen jurídico de propiedad privada colectiva, sin permitir que este último influya o ponga en cuestión la propiedad privada individual. En el ámbito práctico, se produce un derecho especial indígena que satisface los reclamos de trato diferencial y multiculturalismo, separado estratégicamente del régimen jurídico dominante que asegura la protección de la propiedad privada individual.

Para situar cómo operan las tensiones entre dos dimensiones de la propiedad me sirvo de fragmentos ilustrativos que corresponden al caso del resguardo indígena de origen colonial Cañamomo Lomapieta, cuya vigencia legal fue ratificada por la Corte Constitucional a través de la sentencia T-530 de 2016. El artículo está dividido en seis partes: un contexto del resguardo que inspira gran parte de esta reflexión; una exposición sucinta de la protección de la propiedad colectiva en el sistema interamericano de derechos humanos; la identificación de las principales tensiones entre propiedad privada individual y propiedad colectiva, así como las pautas de la Corte IDH para su abordaje; los límites formales para la garantía del derecho a la propiedad privada colectiva en el ámbito interno; un abordaje sobre los límites de la presunción de legalidad de la propiedad privada individual en territorios ancestrales; un análisis sobre los límites del derecho a la ocupación ancestral en el resguardo de origen Colonial Cañamomo Lomapieta y los límites del derecho especial indígena en materia de protección de tierras y territorios

Palabras clave: propiedad territorial colectiva; pueblos indígenas; propiedad privada individual; conflicto, ciencias sociales.

* Eduardo Cordero señala que, con el surgimiento de la función social de la propiedad privada, las potestades reguladoras del Estado trascienden su papel como árbitro entre particulares o como barrera frente a los actos que puedan afectar la sociedad para convertirse en un actor con la facultad de imponer límites necesarios para el logro de fines colectivos (Cordero y Aldunate Lizana, 2008).

Abstract

With this article I will demonstrate that the principle of prevalence of individual private property governs state decisions when communities pursue the protection and guarantee of collective property. With this, the State emulates a conception of absolute private property that is far removed from its social function¹. Additionally, I propose to research whether the existence of special administrative and regulatory routes for the recognition of collective rights can be, at the same time, a strategic separation of indigenous claims through a regulatory framework that does not endanger the private property consolidated throughout the republican project of indigenous extermination. In other words, building a special regulatory regime can facilitate the structuring of segmented legal property regimes (indigenous–non-indigenous) with an asymmetric influence between one and the other. Under this structure, the legal regime of individual private property procedurally and substantially influences the legal regime of collective private property, without allowing the latter to influence or question individual private property. In practical terms, a special indigenous law is produced to

satisfy the claims of differential treatment and multiculturalism, strategically separated from the dominant legal regime that ensures the protection of individual private property.

Keywords: collective territorial property; indigenous peoples; individual private property; conflict; social sciences.

Resumo

Neste artigo, demonstro que o princípio de prevalência da propriedade privada individual rege as decisões estatais quando as comunidades buscam a proteção e a garantia da propriedade coletiva, com o que o Estado acaba simulando uma concepção da propriedade privada absoluta e afastada de sua função social. Além disso, proponho questionar se a existência de rotas administrativas e legais especiais para reconhecer os direitos coletivos pode ser, ao mesmo tempo, uma separação estratégica das reivindicações indígenas por meio de um entrelaçado legal que não comprometa a propriedade privada consolidada ao longo do projeto republicano de extermínio indígena. Em outras palavras, construir um regime legislativo especial pode facilitar a estruturação de regimes jurídicos de propriedade segmentados (indígenas-não indígenas) com uma influência assimétrica entre um e outro, sob a qual o regime jurídico de propriedade privada individual influencia processual e substancialmente o regime jurídico de propriedade privada coletiva, sem permitir que este último influencie ou coloque em questão a propriedade privada individual. No âmbito prático, é produzido um direito especial indígena que satisfaz as reivindicações de tratamento diferencial e de multiculturalismo, separado estrategicamente do regime jurídico dominante que garante a proteção da propriedade privada individual.

Palavras-chave: propriedade territorial coletiva, povos indígenas, propriedade privada individual, conflito, ciências sociais.

Contexto y antecedentes del resguardo Cañamomo Lomaprieta

Sobre la vertiente oriental de la cordillera Occidental, en el extremo occidental del departamento de Caldas se encuentra Riosucio. Juan Bautista Boussingault, refiriéndose en 1824 al hoy municipio, escribió:

la altitud es de 1818 metros y el promedio de temperatura de 20°; es una explanada poco tendida adonde llegaba por el Sur un camino que la comunicaba con Cartago; por el Norte el camino conducía a la población india de Chamí, cerca de los límites del Chocó. Río Sucio está en la base de una magnífica roca de sienita porfídica. (Caicedo, 2018, p. 79)

La misma roca que hoy se conoce como Ingrumá, un cerro vestido de neblina, lacrimoso, de cara al pueblo y coronado, como tantos de este territorio, por una cruz. Ingrumá, junto a Carhunco, Batero y Sinifaná, escenifican un cinturón espiritual para los pueblos indígenas de este rincón de Caldas. A menos de 10 km de allí, descendiendo entre tierras sembradas de café, caña, frutales y el oro bajo los pies, se llega a la vega del Río Supía, donde se erige el municipio que lleva el mismo nombre del río.

Entre los dos municipios se extiende lo que hoy es Cañamomo Lomaprieta. Reconocido por la corona desde 1627, tras siglos de despojo territorial quedó reducido a 4 837 ha, donde habitan aproximadamente 22 000 comuneras y comuneros en “una amalgama de negros, indígenas y gente de ancestro mixto”, como lo describió Nancy Appelbaum (2007).

La resistencia a la disolución

Uno de los rasgos definitorios de Cañamomo Lomapieta ha sido el uso estratégico de los dispositivos normativos del Estado y del derecho propio para proteger la propiedad privada colectiva y sobrevivir a las políticas de disolución. A lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, las autoridades indígenas procuraron salvaguardar la propiedad colectiva de sus tierras a través de la ley caucana 90 de 1859 sobre protección de indígenas y la Ley 89 de 1890 sobre la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada (Appelbaum, 2007, p. 208).

No obstante, la defensa territorial —en vigencia de la Ley 44 de 1873— del gran resguardo de Supía y Cañamomo, que para entonces se extendía hasta el distrito de San Juan de Marmato, sufrió una de las mayores pérdidas territoriales en su historia. El 80 % del territorio fue entregado por el gobierno a terratenientes y empresas mineras. Sobre el territorio restante, los funcionarios, colonos y terratenientes ejecutaron una nueva fase de despojo con la complicidad de los juzgados, alcaldías y otros funcionarios que ayudaron a legalizar la apropiación privada de las tierras del resguardo y promover su disolución (Gärtner, 2005; Lopera, 2010; Caicedo, 2018).

Según Nancy Appelbaum (2007), Cañamomo fue uno de los territorios indígenas de Riosucio donde más se dieron invasiones de colonos y ventas de porciones de tierra, pasando por encima de la protección legal por ser tierras del resguardo. Este pasado le dio forma a un territorio con una compleja superposición de derechos de propiedad en cabeza tanto de miembros de la comunidad indígena como de particulares. Adjudicaciones de derecho de usufructo hechas por el resguardo a favor de integrantes de la comunidad, escrituras públicas, documentos privados, folios de matrícula inmobiliaria, resoluciones de adjudicación en común y *pro indiviso* en el marco de las leyes de reforma agraria y, posteriormente, predios recuperados por el resguardo que hoy permanecen a nombre de la Agencia Nacional de Tierras son algunos de los derechos que se superponen, coexisten y se duplican en una urdimbre que se gestó debido a las acciones y omisiones del Estado y los particulares.

En medio de esta urdimbre, los cañamomos han defendido su vínculo histórico, cultural, económico, ambiental y político con el territorio. Primero, reconstruyeron en 1936 el título colonial a través de la prueba supletoria consagrada en la Ley 89 de 1890; luego, resistieron, junto al resguardo Nuestra Señora Candelaria de La Montaña, también colonial, a los procesos de disolución promovidos por el Estado; después, enfrentaron una agónica disputa judicial por el reconocimiento de su título colonial y de la ocupación ancestral. Justamente, a través de una acción de tutela para proteger el territorio frente a la injerencia de empresas mineras fue que se logró un pronunciamiento histórico para la comunidad: la sentencia T-530 de 2016. Con esta sentencia, la Corte reconoció la existencia del título colonial y ordenó a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) delimitar y formalizar el resguardo siguiendo los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de protección de la ocupación ancestral.

En este contexto, las autoridades del resguardo han formulado una propuesta de interlegalidad para poner en diálogo simétrico los mecanismos del derecho propio para el ordenamiento y saneamiento territorial con el marco jurídico nacional e internacional en materia de protección de los territorios ancestrales. Por su parte, la ANT insiste en reestructurar el resguardo reconociendo los derechos de la comunidad solo sobre las áreas efectivamente ocupadas por esta y sobre las cuales no se superponen derechos de propiedad de terceros o “escrituras menores” en la conceptualización del mayor Ernesto Tapasco. Mientras que el Estado beneficia a estas últimas con la presunción de legalidad, impone a la comunidad indígena la carga de acreditar la legalidad de su ocupación ancestral del territorio.

En el proceso de formalización propuesto por la autoridad de tierras, lo que aflora es el reducido alcance de los derechos de territorialidad ancestral y la prevalencia de procedimientos y principios hermenéuticos, orientados a salvaguardar la propiedad privada individual por encima de la propiedad territorial colectiva, contrariando la orden judicial que reconoce el título colonial, así como las obligaciones convencionales del Estado en materia de protección de la ancestralidad y la pervivencia de las comunidades indígenas.

Fragmentos del pasado. El poder del derecho para silenciar los derechos

El 24 de agosto de 2022, el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio (Caldas) falló a favor de un reclamante de mejoras sobre un predio localizado dentro del territorio ancestral del resguardo y ocupado actualmente por personas de la comunidad.¹ La jueza desconoció el derecho de propiedad colectiva, argumentando que en el Folio de Matrícula Inmobiliaria (el registro de la propiedad) aparecía como titular una institución financiera. No fue suficiente que, en otros procesos judiciales sobre el mismo predio, ya se hubiese determinado que este se encontraba dentro del territorio ancestral y estaba ocupado por la comunidad indígena.

En este caso, la decisión judicial tuvo un efecto paradójico sobre los derechos territoriales. Para las autoridades del resguardo, este fallo desconoce la ocupación ancestral dando prevalencia a la propiedad privada individual consagrada en el registro de la propiedad, pero este enfoque adoptado por el despacho judicial libró al resguardo de ser condenado al pago de mejoras, porque, a criterio de la jueza, tal obligación está en cabeza del titular de derecho de dominio y no del ocupante actual. Dado que el proceso no versaba sobre el derecho de propiedad en sí mismo, las autoridades indígenas decidieron no apelar la decisión, pues, aun cuando no estaban conformes con un nuevo desconocimiento judicial de la ocupación ancestral, la interpretación de la jueza los libró de ser declarados responsables por el pago de las mejoras reclamadas.

¹ En el sistema de derecho propio del resguardo, las porciones de terreno asignadas a cada familia son definidas como mejoras y no como predios. El terreno es un espacio físico que *mejora* las condiciones de vida de la familia y de la comunidad y a él se adhieren las plantaciones o construcciones que establezcan allí los comuneros. Para el derecho propio, la palabra predio denota una propiedad privada, delimitada y desarticulada del espacio comunitario que desliga a las familias de su conexión con el territorio.

Para la jueza, el razonamiento jurídico se encontraba estrictamente apegado a la legalidad, pues en el caso lo que se discutía eran derechos de mejora plantados sobre propiedad privada individual. Un criterio similar han tenido otros jueces en casos que involucran el territorio ancestral del resguardo, cuyas decisiones son legales a la luz del derecho estatal hegemónico, pero contrarias al derecho propio de las comunidades y al régimen de protección de la propiedad territorial colectiva en Colombia y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al estudiar casos similares en los que se ha discutido a través de la jurisdicción civil el derecho de propiedad colectiva del resguardo frente a terceros, puede demostrarse que las controversias se han dirimido empleando una hermenéutica sustantiva y procedimental amparada en las definiciones hegemónicas del derecho de propiedad privada individual para la cual se reclama un carácter cuasi absoluto² frente a la propiedad indígena (Cordero y Aldunate Lizana, 2008).

Este fenómeno no es un asunto exclusivo del ámbito judicial. A través de decretos ejecutivos, el Estado ha terminado por acudir a la figura jurídica de la presunción de legalidad de la propiedad privada individual y derivar una protección prevalente frente a cualquier limitación proveniente de reivindicaciones asociadas a la ocupación ancestral. Este criterio se ha convertido en cláusula de cierre de los derechos de propiedad colectiva ancestral³ o de los reclamos de propiedad de origen colonial⁴ para concluir que las comunidades indígenas solamente pueden predicar derechos de propiedad colectiva y ocupación ancestral sobre aquello que no pertenece o no está ocupado por un particular.

La prevalencia de este criterio interpretativo expresa un déficit de protección del derecho de propiedad colectiva frente a terceros que va en contravía de los desarrollos jurisprudenciales de la corte constitucional⁵ y de los criterios desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

Del derecho de propiedad a la protección de la tenencia colectiva de la tierra. Alcances del derecho a la propiedad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La noción decimonónica del derecho de propiedad como un derecho absoluto (Cordero y Aldunate Lizana, 2008) fue uno de los instrumentos jurídicos e ideológicos que sirvieron para justificar la desintegración de los resguardos y las formas de ocupación colectiva de las comunidades indígenas (Ariza, 2009) Esta tendencia tuvo un viraje valioso con la emergencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos que, después de la Segunda Guerra

² Los jueces han llegado a desconocer la personalidad jurídica del gobernador del resguardo para actuar, intentando ponerlo al margen del proceso donde se debaten derechos de terceros al interior del resguardo. Tratándose de obras, proyectos o actividades a desarrollarse en territorio ancestral, ha sido necesaria la intervención de la Corte Constitucional para garantizar la protección prevalente de los derechos de propiedad colectiva. Ver sentencias T-698 de 2011 (construcción de antenas de comunicaciones en territorio ancestral) y T-530 de 2016 (otorgamiento de contratos de concesión minera e impulso a procesos de formalización minera en territorio ancestral).

³ Ver el Decreto 2333 de 2014, Artículos 3 y 5.

⁴ Ver el Decreto 1824 de 2020, Artículo 2.14.7.6.19.

⁵ Ver sentencias T-188 de 1993; SU-510 de 1998, T-387 de 2013, T-129 de 2011, así como el Auto 004 de 2009.

Mundial, abrieron un campo para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y, en particular, de las formas de tenencia colectiva de la tierra.

Sin ánimo exhaustivo, quiero destacar los principales elementos del derecho de propiedad, enfatizando en los rasgos distintivos del derecho de propiedad territorial colectiva desarrollados en extenso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) a partir de la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). Estos elementos demarcan los mínimos convencionales que debe atender el Estado pero que, en ejercicio de su poder soberano, han terminado diluidos entre fórmulas para encerrar la propiedad privada colectiva en el margen de la inocuidad.

La Convención Americana de Derechos Humanos⁶, en su artículo 21, define la propiedad privada de la siguiente manera:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley. (OEA, 1969)

El concepto de propiedad adoptado por la Convención alude a cuatro elementos esenciales: el uso y goce de los bienes, la subordinación al interés social y la protección frente a cualquier restricción que surja por razones de utilidad pública, imponiendo al Estado la obligación de indemnizar cuando se limite el derecho de propiedad. A partir de este concepto, los órganos del Sistema Interamericano han interpretado su alcance en distintas vías.

Por ejemplo, la Comisión IDH en el informe 39 de 1996 contra el Estado de Argentina acudió a dos definiciones de la propiedad: de un lado, la propiedad es entendida como el “derecho de disponer de algo de cualquier manera legal, de poseerlo, usarlo e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho” (párr. 26); en una segunda acepción, complementaria de la inicial, define la propiedad como “el dominio o derecho indefinido de usar, controlar y disponer, que se pueda ejercer lícitamente sobre cosas u objetos determinados” (párr. 26). Estas acepciones enfatizan en el derecho a disponer libremente de los bienes, así como a protegerlos frente a la intromisión de terceros que pretendan limitar el ejercicio del derecho.

Por su parte, el investigador chileno Nicolás Perrone, en su estudio sobre la propiedad privada como derecho fundamental a partir del análisis del voto concurrente del juez García Ramírez en la sentencia del caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni, destacó que la propiedad, como derecho humano, implica una protección prevalente en tanto esté vinculada con

⁶ Ver la Ley 16 de 1972, mediante la cual se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos.

“la dignidad humana y cuyo respeto está íntimamente relacionado con la posibilidad de cada sujeto de poder realizar su plan de vida”⁷ o proyecto de vida (Perrone, 2013, p. 356).

Con ocasión de la interpretación evolutiva⁸ del artículo 21 de la CADH, la protección del derecho de propiedad consagrada en la Convención se ha hecho extensible a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, adaptando los conceptos de uso y goce a la forma como las comunidades conciben la tierra, el territorio y los bienes naturales del subsuelo. Bajo esta perspectiva, a través de la jurisprudencia de la CIDH se han agregado nuevos elementos a la comprensión del artículo 21 de la Convención en lo concerniente a comunidades indígenas y tribales:

- La tierra y el territorio es el soporte material y espiritual de los vínculos culturales históricos en tanto pobladores originarios (Comunidad indígena Yakie Axa vs. Paraguay, 2005).
- El vínculo cultural y espiritual con las tierras supone también el vínculo con los bienes naturales y el hábitat que les rodea.
- La pervivencia como pueblo organizado, el desarrollo de sus planes de vida y la transmisión a las generaciones futuras dependen de la permanencia del vínculo físico y espiritual con sus tierras (Cernic, 2013).
- La propiedad colectiva está mejor dotada, por su naturaleza, para cumplir con la función social que le es exigible a todo tipo de propiedad (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001).⁹
- La propiedad indígena no depende de la formalización o de la existencia de un título otorgado por el Estado; basta el uso, la posesión y ocupación ancestral para que el Estado formalice la propiedad, la delimite y garantice su registro (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001).
- La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. (Comunidad indígena sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006; Pueblo indígena xucuru y sus miembros vs. Brasil, 2018).
- La propiedad colectiva es también propiedad privada que figura en cabeza de una colectividad (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001).¹⁰

⁷ En el caso colombiano, esta noción de propiedad como derecho humano es la que subyace al artículo 85 de la Ley 160 de 1994, a través de la cual se ordena al Estado colombiano dotar a las comunidades de las tierras indispensables para garantizar la pervivencia como pueblos, de acuerdo con sus planes de vida.

⁸ Según las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH, la interpretación de su contenido debe adaptarse a la necesidad de reconocimiento y protección de las formas particulares de vida de los pueblos indígenas.

⁹ Voto concurrente razonado del juez Hernán Salgado Pesantes: “Este derecho a la tierra, reivindicado por los indígenas, se inscribe en el derecho a la propiedad; sin embargo desborda este concepto tradicional en el que prima la relación individual. Por otro lado, la propiedad comunal o colectiva cumple de mejor manera con la exigencia insoslayable de la función social porque ésta es parte de su naturaleza” (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001).

¹⁰ Peritaje de Roque de Jesús Roldán Ortega: “La propiedad indígena es una propiedad privada que figura en cabeza de un grupo, de una comunidad o de un pueblo indígena” (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001).

En suma, la propiedad privada colectiva, que no es solamente posesión y producción, predica un universo físico, epistemológico y simbólico que expresa formas particulares de vivir, de “ser, ver y actuar en el mundo” con una historicidad anclada a la ocupación originaria, la cual, sin abandonar la abstracción cartográfica que marca un adentro y un afuera, no se reduce a los límites fijos representados gráficamente a través de polígonos (Comunidad indígena yakie axa vs. Paraguay, 2005, párr. 135) Por lo tanto, tal como lo ha expresado la Corte IDH, es deber del Estado incorporar en todos los ámbitos de su actuación el principio de reconocimiento y protección de las formas de territorialidad colectiva indígena:

(...) los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. (Comunidad indígena yakie axa vs. Paraguay, 2005, párr. 146)

Los rasgos particulares de la propiedad comunal expresan un modo de vida que interpela de manera directa patrones de ordenamiento político, social, económico, cultural, ambiental y epistemológico de la sociedad, los cuales se producen y reproducen en torno a la propiedad privada individual. Por esta razón, la propiedad comunal y los derechos subyacentes son confrontados sistemáticamente, al punto de que su ejercicio se convierte en una agónica disputa que, cuando se traslada al ámbito administrativo y judicial al interior de los Estados, se enfrenta con frecuencia a ejercicios hermenéuticos que terminan por legitimar y reproducir las relaciones de poder en las que se inscribe el sistema de propiedad privada individual (Palacios, 2011).

En cuanto al carácter privado de la propiedad colectiva, significa que los bienes colectivos pertenecen a la comunidad como sujeto jurídico de naturaleza especial, cuya pervivencia étnica depende de dicha propiedad. El dominio, uso y usufructo corresponde a la comunidad, representada legalmente por sus órganos tradicionales, la cual dispone de estos y los administra autónomamente según las reglas del derecho propio y con los límites establecidos por la constitución y las leyes, en condiciones similares a la forma como lo hace un individuo con los bienes de su propiedad. Se trata, entonces, de una propiedad privada destinada a satisfacer necesidades colectivas y, en el caso de las comunidades indígenas, cuenta con un régimen de protección nacional e internacional reforzado que implica la prevalencia sobre la propiedad privada individual, salvo en casos excepcionales.

Por sus características, el régimen de propiedad privada colectiva ha emergido como realidad social disruptiva en un contexto de fortalecimiento de la “mentalidad propietaria individualista”, cuyo agente principal es el individuo y su rol es contribuir en la reproducción del sistema económico (Palacios, 2011). Con ocasión de las tensiones emergentes y ante la sistemática violación del derecho a la propiedad comunal por parte de los Estados, la Corte CIDH ha creado unas reglas para abordar los conflictos entre propiedad privada colectiva y propiedad privada individual.

Propiedad privada individual vs. propiedad privada colectiva. Pautas de la Corte IDH para el abordaje de los conflictos de titularidad

“Una escritura menor no puede prevalecer sobre una escritura mayor”.

Ernesto Tapasco¹¹

Don Ernesto Tapasco, exgobernador del cabildo del resguardo de origen colonial Cañamomo Lomapieta y uno de los miembros mayores del Consejo de Gobierno, empleó esta expresión para explicar que le resultaba contrario al sentido común el hecho de que los títulos privados “plantados” en contra de la voluntad de la comunidad sobre el territorio ancestral del resguardo tuviesen más valor que la escritura pública mediante la cual se protocolizó el título de origen colonial, la cual da cuenta de su existencia como resguardo desde el año 1627.

Ante el aparente dilema entre los títulos privados individuales y la propiedad privada colectiva del resguardo, el mayor Ernesto reiteró, con su acostumbrada solemnidad, que no podía quitarse “un centímetro más de tierra”. Para ello, siempre estuvo dispuesto a vivir “en armonía con los diferentes”, si con ello se garantizaba que el Estado no desmembraría el territorio ancestral a través del procedimiento administrativo de reestructuración¹².

Sus palabras siguen sin ser escuchadas por el Estado, quien se ha mantenido en una inercia hermenéutica contraria a los estándares internacionales de protección de la propiedad territorial colectiva y a las reglas para resolver conflictos de titularidad en territorios ancestrales.

Pautas de la Corte IDH

La Corte IDH ha definido pautas para la resolución de estas tensiones, las cuales parten de una premisa básica: la propiedad territorial colectiva ostenta un interés social superior y, en consecuencia, su protección es un imperativo que admite restricciones solamente en tanto se encuentren encaminadas a satisfacer un interés público superior. Para que sean compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, las restricciones deben cumplir con 4 requisitos: “ser (a) establecidas por ley; (b) necesarias; (c) proporcionales, y (d) su fin debe ser el de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay, 2005).

¹¹ El mayor Ernesto falleció el 18 de noviembre de 2021 a causa del COVID-19 y sus cenizas hoy reposan en el cerro sagrado de Sinifaná.

¹² La reestructuración es un procedimiento administrativo especial consagrado en los Decretos 2164 de 1995 y 1824 de 2020, compilados en el Decreto 1071 de 2015. A través de la reestructuración se suprimen las áreas con títulos de dominio privado individual y se formaliza exclusivamente aquello sobre lo cual no existen otras titularidades. Este procedimiento se adelanta aplicando la presunción de legalidad de la propiedad privada individual. Al final del proceso, los territorios ancestrales se convierten en lo que la comunidad ha denominado un “territorio dalmata”.

El abordaje de estos conflictos implica la adopción de métodos y parámetros normativos acordes con la especial relación entre el ser colectivo y su territorio y con un hecho irrefutable: la reproducción de la vida y las demás dimensiones de la existencia indígena dependen del goce efectivo del derecho sobre sus territorios ancestrales. En consecuencia, un abordaje que privilegie la visión individualista de la propiedad o pretenda situarla en una forzada simetría conduce inevitablemente a acelerar la desaparición de los pueblos.

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. (Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay, 2005, párr. 147)

El principio de protección prevalente a la propiedad colectiva faculta al Estado para restringir el derecho de propiedad privada de particulares, aplicando el criterio del interés público imperativo si con dicha restricción se protegen intereses colectivos como la diversidad étnica y cultural, el patrimonio cultural y la sana existencia de un modelo constitucional intercultural.

Ahora bien, la protección prevalente de la propiedad territorial colectiva, como es un referente obligado para el abordaje de los conflictos y el diseño de las políticas de ordenamiento territorial, no constituye una regla de interpretación absoluta. Como *ultima ratio*, el Estado también cuenta con la posibilidad de proteger la propiedad privada y así lo ha expresado la Corte IDH:

Esto no significa que siempre deba prevalecer la propiedad comunitaria indígena sobre la particular, pero en los casos en que justificadamente las comunidades indígenas se vean privadas de su territorio tradicional, dichas comunidades deben, de ser posible, conforme indica el artículo 16.4 del Convenio 169, “recibir tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”. La Corte ha expresado que “la elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”. (Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay, 2005 y Caso saramaka vs. Surinam, citados por la CIDH en Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, 2020, párr. 95).

La protección preferente de la propiedad colectiva como punto de partida y no como *ultima ratio* tiene efectos procesales y sustanciales singulares. El principal, invertir la presunción de legalidad a favor de la ocupación ancestral.

Se presume la legalidad de “la escritura mayor”

En el caso colombiano, con frecuencia los funcionarios gubernamentales y los titulares de derechos de propiedad privada individual argumentan que el paso de los años hace prescribir cualquier derecho de las comunidades a reclamar el territorio ancestral, máxime si durante el tiempo que perdieron la posesión se expidieron normas que legalizaron la propiedad privada no indígena. Señalan, erradamente, que no le es oponible al Estado o a un particular la inalienabilidad e imprescriptibilidad de la propiedad territorial indígena si esta no estaba expresamente consagrada en la constitución o las leyes. Este fue uno de los recientes argumentos de la Agencia Nacional de Tierras para conducir tácitamente hacia una presunción de legalidad a favor de la propiedad privada surgida al interior del resguardo de origen colonial Cañamomo Lomapieta¹³.

Es común el argumento de la pérdida de la ocupación y el uso como razón suficiente para presumir —como sucede en el caso colombiano— que otro tipo de titularidades surgidas sobre los territorios étnicos prevalecen sobre la ancestralidad, bajo el entendido de que esta se pierde cuando la comunidad ha perdido la ocupación y existen títulos privados sobre el territorio. La precaria implementación del Decreto 2333 de 2014 en el caso de Colombia es una expresión inequívoca de la institucionalización de este imaginario. Este decreto tiene por objeto “establecer los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas”.

Después de 8 años de implementación, según la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (CNTI) se han radicado más de 120 solicitudes de protección, pero solamente se ha proferido una resolución de protección provisional para el territorio ancestral de la comunidad indígena jai dukama del pueblo embera katio, ubicada en el municipio de Ituango. El inmenso rezago en la protección tiene que ver con la regla de interpretación aplicada por la ANT, según la cual solamente se protegen como tierras ancestrales aquellas que no tengan títulos de propiedad privada, conforme a la siguiente premisa: “los derechos de terceros deben ser respetados conforme a la ley y a la Constitución. Por ello, la propiedad privada adquirida conforme a derecho, no se puede ver afectada con pretensiones de protección de territorios ocupados ancestralmente” (Resolución 20225100110896 de 17 de mayo de 2022).

Mantener esta regla de interpretación es un yerro manifiesto e inexcusable cuando, además de la jurisprudencia interamericana citada en recientes líneas, la voz del artículo 2 del Decreto 2164 de 1995 (hoy compilado en el barroco Decreto 1071 de 2014) establece expresamente que los territorios indígenas “son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales.” Más claro no canta un gallo, diría mi abuela.

¹³ En un documento con número de radicado 20191030244883 del 17 de enero de 2020, la ANT afirmó lo siguiente: “con anterioridad a la instauración del orden constitucional definido por la Carta del 1991, las tierras de los resguardos carecían del atributo de inalienabilidad reconocido por el artículo 63 de esta”. En consecuencia, “es perfectamente posible que el título de un resguardo expedido por una autoridad colonial o republicana, respecto del que no se tenga dudas sobre su existencia, haya perdido posteriormente su vigencia.

Desde el punto de vista de la Corte IDH, es obligación convencional del Estado colombiano eliminar la presunción favorable a la propiedad privada¹⁴. En su lugar, se deben establecer las razones jurídicas e históricas que explican la pérdida de la posesión, ocupación o uso por parte de las comunidades indígenas; luego, se debe precisar si los títulos de propiedad individual nacieron en la vida jurídica revestidos de legalidad y establecer si quienes los ostentan pueden calificarse como “terceros inocentes”.

Esta perspectiva guarda congruencia con dos de las premisas desarrolladas por la Corte IDH:

- a. los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que su propiedad del territorio no sea, *en principio*, susceptible de ser opacada por derechos de propiedad de terceros.
- b. los terceros que no tengan un título de propiedad de buena fe no cuentan con expectativas legítimas ni con derechos de propiedad bona fide. *Tal es el caso, por ejemplo, de ocupaciones por colonos, o de otorgamientos de tierras a personas, sin consideración por los pueblos indígenas que siempre han vivido allí.* (CIDH, 2009, párr. 118)¹⁵

Ahora bien, cuando se acredite que la comunidad perdió la posesión en contra de su voluntad y las tierras fueron trasladadas “legítimamente a terceros inocentes” el Estado debe optar de manera preferente por la recuperación de dichas tierras, teniendo en cuenta que:

La restitución de las tierras y territorios de los cuales los pueblos se han visto privados sin su consentimiento, es uno de los principios internacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales”. En síntesis, la pérdida de posesión, no significa *per se*, que las comunidades hayan perdido los derechos de propiedad sobre sus territorios. (CIDH, 2009, párr. 123)

Esta protección prevalente del derecho a la propiedad colectiva y la restitución está vigente aun cuando las tierras que se encuentran en manos privadas hayan sido registradas, se acredite un historial traditicio de dominio que involucre un número plural de propietarios y se encuentren explotadas económicamente. Por concluyentes que aparenten ser estas circunstancias a favor de la propiedad de particulares, el Estado debe optar por la recuperación y garantizar la titulación, delimitación, demarcación y registro de las tierras recuperadas. Al respecto, en la sentencia sobre el caso de la comunidad indígena sawhoyamaxa vs. Paraguay, la Corte IDH dispuso lo siguiente:

¹⁴ En este punto, la Corte IDH ha sido enfática en reconocer que existen circunstancias donde no es posible la recuperación de las tierras o, en caso de ser recuperadas, siempre se debe garantizar el derecho a la indemnización a favor del tercero.

¹⁵ En el Cañamomo Lomapieta, el Estado adjudicó tierras a particulares pese a la ocupación ancestral de la comunidad y en contravía de la normatividad agraria. Estas propiedades no cuentan con expectativas legítimas para su reconocimiento y son susceptibles de revocatoria directa según lo dispuesto en el artículo 2.14.20.4.1, Decreto 1071 de 2015.

La Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. (Comunidad indígena sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, párr. 138)

Siguiendo el hilo argumental de la Corte, antes de tomar una decisión que resulte regresiva para los derechos territoriales

Debe hacerse un ejercicio de ponderación para establecer limitaciones a uno u otro de los derechos de propiedad en conflicto, a la luz de los estándares de legalidad, necesidad, proporcionalidad y objetivo legítimo en una sociedad democrática, teniendo en cuenta las especificidades del pueblo indígena respectivo. (CIDH, 2009, párr. 119)

Ahora bien, esta ponderación no tendrá que realizarse en todos los casos donde surjan estas tensiones. En el caso *xucuru vs. Brasil* la Corte estableció que esa ponderación no es necesaria donde exista, en el derecho interno, protección constitucional para las tierras indígenas.

En este sentido, la Corte constata que en Brasil, la ponderación anteriormente descrita no es necesaria, atendiendo a la Constitución Federal y su interpretación por parte del Supremo Tribunal Federal, la cual otorga preeminencia al derecho a la propiedad colectiva sobre el derecho a la propiedad privada, cuando se establece la posesión histórica y lazos tradicionales del pueblo indígena o tradicional con el territorio. Es decir, los derechos de los pueblos indígenas u originarios prevalecen frente a terceros de buena fe y ocupantes no indígenas. (Pueblo indígena *xucuru* y sus miembros vs. Brasil, 2018, párr. 127)

En cuanto al tiempo del que disponen las comunidades para solicitar la restitución del territorio ancestral, mientras subsista una relación material, cultural o espiritual con el territorio, el derecho permanece aún en los casos en los que existan otras ocupaciones de larga data o en los que el Estado haya constituido derechos de propiedad privada individual a través de decisiones judiciales y administrativas.

En adición a lo anterior, en todo momento las comunidades podrán acreditar su vínculo jurídico a través del título de propiedad histórica o de cualquier otra manera (CIDH, 2009, párr. 128). Finalmente, cuando se hayan agotado todos los mecanismos para la restitución de las tierras despojadas y se pueda acreditar la imposibilidad de dicha restitución por razones objetivas y justificadas, el Estado está en la obligación de compensar a las comunidades con “tierras de igual extensión y calidad” (Comunidad indígena *sawhoyamaya* vs. Paraguay, 2006, párr. 128).

No cabe duda de que, en el contexto de internacionalización de los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la propiedad territorial colectiva se convirtió en un interés social superior que, por lo menos formalmente, puso en cuestión la inveterada idea de la

propiedad individual como única forma de propiedad privada protegida por el derecho y como la forma prevalente de la relación con la tierra. Gracias a los desarrollos legales y jurisprudenciales, la posesión tradicional se convirtió en un título equivalente al otorgado por el Estado, el cual adquiere la obligación de titular, delimitar, demarcar y registrar las tierras ocupadas ancestralmente, además de recuperar las tierras colectivas que pasaron a manos de terceros de forma legal o ilegal, dejando como *ultima ratio* la compensación a favor de las comunidades.

Por su parte, cuando el marco jurídico nacional vigente carezca de procedimientos acordes con los estándares interamericanos, o cuando el contenido sustantivo de las leyes que regulan la propiedad conduzca al despojo o la regresividad de los derechos territoriales colectivos, es obligación del Estado adaptar su normatividad interna a dichos estándares, según lo dispuesto en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH¹⁶.

Sin duda, estos criterios de interpretación no funcionan en abstracto. Su utilidad práctica está condicionada por complejas realidades territoriales como la colombiana, donde se superponen y confluyen territorialidades colectivas —afro, indígenas y campesinas— que comparten la condición de marginalidad y una visión contrahegemónica de la vida, procesos de apropiación individual por campesinos y campesinas herederos del despojo y el desplazamiento, propiedades familiares que suman varias décadas de tradición, proyectos productivos legales, acumuladores ilegales de tierras y un largo etc. Con todo esto, lo que no resulta sostenible jurídicamente, ni desde un punto de vista de la verdad y la reparación histórica, es partir de una presunción de legalidad de la propiedad privada individual frente a reclamos de ocupación ancestral o, como lo decía el mayor Ernesto Tapasco, pensar que “una escritura menor” vale más que una “escritura mayor”.

Una constitución imberbe para un problema ancestral

“El derecho a nuestro territorio ancestral está en el derecho colonial, en los archivos, en la ocupación histórica, en los instrumentos internacionales y en la constitución. La Sentencia T-530 de 2016 lo que hizo fue ratificar la vigencia de nuestro título. No entendemos por qué insisten en reestructurar el territorio para favorecer a los particulares”.

Mayor Héctor Jaime Vinasco.¹⁷

¹⁶ “La obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los estándares interamericanos de derechos humanos permite garantizar el efecto útil de los instrumentos interamericanos” (Comisión IDH, 2021, p. 17).

¹⁷ El mayor Héctor Vinasco es uno de los gobernadores más jóvenes que ha tenido el resguardo de origen colonial Cañamomo Lomapieta. Ha dedicado buena parte de su vida a la defensa de los derechos territoriales.

A menudo se le escucha decir al mayor Vinasco que quisiera tener varias vidas para ver titulado el territorio y, después de eso, dedicarse a hacer todo aquello que, en esta lucha agónica por impedir el despojo, debe aplazarse a la espera de alguna de esas vidas postergadas que sueña tener. Las palabras del Mayor Vinasco expresan la perplejidad generalizada entre las comunidades al constatar que los enunciados constitucionales y convencionales relativos a la protección de la propiedad colectiva de los territorios étnicos son una promesa que requiere varias vidas para verse materializada.

Seguramente, hacen falta varias generaciones más para alcanzar el goce efectivo del derecho de propiedad colectiva. Mientras tanto, a pesar de contar con un reconocimiento constitucional y convencional, la propiedad privada colectiva seguirá siendo un campo de disputa, en el cual la inveterada protección de la propiedad privada individual como relación de poder y totalidad (de Sousa Santos, 2009) se impone a una constitución joven hija del neoliberalismo, que oscila entre la protección formal de los derechos de propiedad colectiva y el hermetismo social ante los cambios que eso implica.

La Constitución Política de Colombia consagró el principio fundamental del pluralismo (artículo 1), los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural (artículo 7), la protección reforzada a los territorios ocupados o titulados a las comunidades indígenas (artículo 63), el reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales (artículo 286) y el gobierno propio de los territorios según sus usos y costumbres (Artículo 330). En lo que concierne a la propiedad privada, el artículo 58 consagró la protección de la misma y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores a menos que existan motivos de interés social o utilidad pública que entren en conflicto, caso en el cual el interés privado deberá ceder al interés público o social.

De conformidad con lo establecido en jurisprudencia reiterada por la Corte Constitucional¹⁸, el derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural, concebido desde el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado, impone a este, entre otras obligaciones, acatar lo dispuesto en el artículo 13 superior, garantizando que la igualdad se haga real y efectiva en todos los ámbitos de la vida de las comunidades. Este mandato implica el respeto a la integridad y a la dignidad de la vida cultural de las comunidades, el cual se manifiesta en el ejercicio de los derechos de autonomía y gobierno propio, de conformidad con sus propios valores culturales, así como el ejercicio del derecho de propiedad colectiva sobre las tierras ocupadas y los resguardos.

A pesar del esfuerzo jurisprudencial para desarrollar el contenido y alcance de los mandatos constitucionales, las floridas expresiones que dieron nacimiento a un nuevo orden social y político tienen ahora un contenido equívoco y se han venido deshojando a fuerza de hermenéuticas arbitrarias y regresivas que hacen más lejana la realización de los derechos. Aun con el joven marco constitucional, el problema es esencialmente el mismo: el débil brazo de la joven constitución se enfrenta a la resistencia histórica de un entramado social y burocrático

¹⁸ T-1105 de 2008 y T-063 de 2019.

hermético frente a cambios que perturben el orden anclado en la propiedad privada. Así, el Estado y buena parte de la sociedad se niegan a interactuar en un plano simétrico con formas de concebir la tierra, el territorio y la vida visiblemente contrarias al proyecto económico, social y político hegemónico. Por lo contrario, su mayor esfuerzo es robustecer la vigilancia policiva sobre las comunidades para asegurarse de que el ejercicio de su derecho de propiedad colectiva no sobrepase los límites permitidos (de Sousa Santos, 2009).

En este sentido, enunciados como el pluralismo jurídico, la diversidad étnica y cultural, la autonomía, el gobierno propio y la libre determinación son protegidos en la medida en la que estén cada vez menos vinculados con la ancestralidad de las comunidades y en tanto no interpelen el orden de la propiedad que se instauró a través de la colonia y la república, el cual hoy sirve de soporte al capitalismo neoliberal (López, 2019). Cuando dichos enunciados interpelan el orden, se activan los límites constitucionales a los derechos étnicos como cláusula de cierre para mantener al indígena subsumido en el “corpus político” de la nación y evitar, entre otras amenazas, el “renacimiento de la cuestión de los títulos de posesión” (Ariza, 2009, p. 145). Una vez se evidencia que las reclamaciones superan los límites permitidos, emerge el poder de la hermenéutica para encausar el desvarío. Es lo que Garzón López ha llamado “los filtros del derecho hegemónico”, uno de los cuales consiste justamente en “interpretar los derechos indígenas desde una visión individualista y monocultural, privilegiando las normas, valores, prácticas y principios que provee la cultura de la legalidad de tradición occidental” (López, 2019, pág. 236).

El peso de institución de la propiedad privada individual ha dejado marcas aún frescas en las prácticas de las autoridades administrativas y judiciales y en buena parte de la sociedad, la cual se cierra herméticamente frente a cualquier cambio que pueda poner en riesgo sus privilegios. De este modo, tres décadas después de proferida la Constitución Política, y a pesar de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, las comunidades siguen escuchando el mantra estatal según el cual se presume la legalidad de la propiedad privada individual por encima de la propiedad colectiva de los territorios ancestrales.

El pasado amordazado

Casos como el de Cañamomo Lomaprieta hacen parte de trayectorias territoriales étnicas que riñen con el proyecto de ordenamiento territorial nacional, fundado sobre diversas prácticas de despojo y sobre la idea de amordazar el pasado cuando este no se subsume en la historia oficial¹⁹. En este sentido, el silenciamiento de los títulos coloniales, de la historia de ocupación territorial y de los sucesivos despojos son la cara oculta del hermetismo ante los cuestionamientos a la inveterada noción de propiedad privada individual.

¹⁹ En las últimas décadas, la historia sobre el despojo se contrajo al marco temporal del conflicto armado. Sin embargo, la historia del despojo va más allá de los tiempos y las causas elevadas a rango legal en el marco de la justicia transicional. Nancy Appelbaum, Gloria Lopera, Luis Javier Caicedo, Fernando González y Diego Agudelo han descrito en extenso las estrategias para dividir los resguardos de origen colonial de Riosucio y Supía y las prácticas de despojo que sirvieron a este fin.

Rodolfo Stavenhagen, a través de su peritaje en el caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, sintetiza la historia amordazada del despojo:

La historia de América Latina ha consistido en un despojo prácticamente permanente de comunidades indígenas por intereses externos. Se dan presiones para que, en el interior de las comunidades, quienes tienen derecho de usufructo u ocupación titulen esas parcelas de alguna manera; pero al reconocerla el Estado como propiedad privada se puede vender o alquilar y eso rompe con la tradición de la comunidad. La historia de la práctica y de la política de los Estados en América Latina, con respecto a la tierra indígena, es larga y dramática. Antes de la conquista y de la colonización y antes de la formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas y sus tierras formaban un todo único. A esto se vino a superponer el Estado Nacional, el cual en la mayoría de los países asume una propiedad sobre tierras que ancestralmente correspondían y corresponden a los pueblos indígenas.

En los siglos XIX y XX, los Estados declararon grandes espacios geográficos del territorio americano como tierras baldías, como tierras nacionales y autoasumieron el derecho de disponer de esas tierras, sin tomar en consideración los derechos originarios, los derechos históricos, y la presencia física de pueblos indígenas organizados de diferentes maneras en estas tierras desde tiempos inmemoriales. Los problemas surgen cuando los Estados deciden titular estas tierras o dar concesiones o permitir desmontes, autorizar la utilización de estas tierras para otras finalidades determinadas por intereses económicos diversos. En esos momentos es cuando muchos pueblos indígenas se dan cuenta de que no son, jurídicamente hablando, los dueños auténticos de los territorios que tradicionalmente ocupan. (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001, p. 24)

Cuando las autoridades del resguardo Cañamomo Lomapieta le hablan a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) del derecho colonial y la ilegalidad de los títulos privados, la respuesta de la entidad ratifica la lectura de Stavenhagen. Así puede leerse en una de sus comunicaciones:

Durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo pasado, las leyes **siempre** tendieron al fraccionamiento del resguardo en aras de la consolidación definitiva del modelo de propiedad privada, lo que condujo a que algunos territorios colectivos terminaran diluidos con la imposición gradual de las normas civiles.²⁰

La ANT parte de una afirmación imprecisa por cuanto en dicho período también hubo, aunque en menor medida y a contracorriente de la tendencia privatizadora, leyes que protegieron la propiedad comunal indígena, empezando por el Decreto del 20 de mayo de 1820²¹ hasta llegar a la Ley 89 de 1890²². En cualquier caso, ni en el siglo XIX ni en el siglo XX²³ Cañamomo Lomapieta fue disuelto. No obstante, la entidad se vale de su propio error para

²⁰ En documento con número de radicado 20191030244883 del 17 de enero de 2020.

²¹ Se lee en el precitado decreto: "se devolverán a los naturales, como propietarios legítimos, todas las tierras que formaban sus Resguardos, según sus títulos, cualquiera que sea el que aleguen los actuales tenedores".

²² Ver la Ley 90 de 1859 del estado soberano del Cauca.

²³ Para la primera mitad del siglo XX véanse: ley 55 de 1905, ley 60 de 1916, ley 104 de 1919, ley 38 de 1921, ley 19 de 1927 y ley 81 de 1958.

sustentar la presunción de legalidad de la propiedad privada individual e imponer a la comunidad la carga de la prueba de la vigencia legal del título de origen colonial.

En el contexto de Cañamomo Lomapieta, presumir la legalidad de la propiedad privada significa negar la ancestralidad, desconocer el principio de primero en el tiempo y primero en el derecho y ocultar un hecho indicador conocido públicamente: el despojo sistemático de la propiedad colectiva a manos de actores privados y del Estado, quienes durante siglos se valieron de diversos instrumentos legales —o no— para adquirir dichas tierras (Escobar, 2002; Appelbaum, 2007; Caicedo, 2018, Lopera, 2020).

Amordazar ese pasado tiene, entre otras consecuencias, la obstrucción del acceso a la verdad histórica sobre el despojo durante la vida republicana. Además, limita el diseño de medidas de reparación acordes con los daños, legaliza el despojo de territorios de ocupación ancestral, profundiza las fracturas sociales, impide garantizar a las comunidades que no se repetirán hechos de similar naturaleza y profundiza el riesgo de desaparición física y cultural.

Acerca de la improcedencia de la presunción de legalidad sobre la propiedad privada individual en territorios ancestrales

“¿De cuáles baldíos habla el Estado, si nunca dejamos de estar aquí?”

Mayor Carlos Eduardo Gómez²⁴.

No es procedente establecer una presunción de legalidad sobre la propiedad privada individual en territorios ancestrales por tres razones básicamente: la propiedad colectiva tuvo un régimen de protección especial que limitó la propiedad particular al cumplimiento de requisitos legales, so pena de nulidad; se trata de bienes imprescriptibles declarados como tal con anterioridad a la Constitución de 1991; y, finalmente, no pueden ser objeto de adjudicación por parte del Estado a favor de particulares porque nunca llegaron a ser baldíos de la nación.

Presumir significa dar por cierto un hecho o derecho antes de que se pruebe; se trata de un “razonamiento orientado a eximir de la prueba” (Corte Constitucional, 12 de julio de 2005). Esto sucede cuando hay condiciones que nos inducen a ver que, en la generalidad, las cosas ocurren de determinada manera. Según Devis Echandía, citado por Toya (1994), la presunción “es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos” (p. 97).

²⁴ El mayor Carlos Eduardo Gómez es exgobernador del resguardo e integrante del Consejo de Gobierno. Bajo su mandato se interpuso la acción de tutela por violación del derecho fundamental a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado en el otorgamiento de contratos de concesión minera, la cual culminó con la emblemática sentencia T-530 de 2016.

El régimen de protección a las tierras de resguardo ha permitido solo excepcionalmente la apropiación privada de las tierras comunales indígenas desde la colonia y hasta nuestros días. Cuando las normas lo permiten, consagran requisitos sin los cuales los títulos devienen nulos. La inalienabilidad e imprescriptibilidad de las tierras de resguardo ha sido el rasgo predominante de este tipo de propiedad (Cabildo de Indígenas de Ipiales vs. Isaías Reina, 1962; Martini y Mayorga, 2004).

Si la generalidad es que los resguardos y las tierras ancestrales son inalienables e imprescriptibles, no existe una base fáctica para dar por hecho que la propiedad privada en su interior es legal. Por el contrario, lo que se ha probado a través de la investigación histórica y en procesos judiciales es que los territorios indígenas han enfrentado sistemáticamente el despojo jurídico y material.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-780 de 2007, reiteró que una de las finalidades de las presunciones es corregir desequilibrios entre las partes respecto del acceso a la prueba. Para la Corte, la principal finalidad de esta institución procesal es

corregir la desigualdad material que pueda llegar a existir entre las partes respecto del acceso a la prueba, y proteger a la parte que se encuentre en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, para lo cual el legislador releva a quien las alega en su favor de demostrar el hecho deducido, promoviendo, de esta forma, relaciones procesales más equitativas y garantizando bienes jurídicos particularmente importantes. (Corte Constitucional, 26 de septiembre de 2007)

El estado de debilidad manifiesta de las comunidades indígenas frente a los particulares que se encuentran en sus territorios ancestrales o aspiran acceder a ellos es un hecho conocido de antaño que ha implicado respuestas del Estado para limitar los efectos dañinos de la asimetría. Sin ir más lejos, la Ley 89 de 1890 en su artículo 12, advirtió que las parcialidades indígenas se enfrentaban a la pérdida de sus títulos “por maquinaciones dolosas y especulativas de algunas personas”, ante lo cual estableció mecanismos especiales para reconstruir sus títulos y limitar la comercialización de sus mejoras.

En tiempo reciente, la Corte Constitucional, a través del Auto 004 de 2009, llamó la atención sobre el riesgo de desaparición étnica, física y cultural de los pueblos indígenas con ocasión del desplazamiento forzado por cuenta del conflicto armado y sus factores subyacentes y vinculados, entre los que se encuentra el establecimiento de proyectos económicos de distinta naturaleza sobre sus territorios.

Para corregir estos y otros desequilibrios, la Corte Constitucional precisó que los derechos de los pueblos indígenas tienen rango de norma constitucional²⁵ y que, en tanto sujetos de especial protección constitucional, es deber de las autoridades prodigar un trato especial favorable en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política²⁶.

²⁵ Sentencias SU-510 de 1998; T-514 de 2009; T-235 de 2011.

²⁶ Sentencia T-235 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Bajo estas consideraciones, carece de soporte fáctico y jurídico la presunción de legalidad de la propiedad privada en tierras de ocupación ancestral. Por el contrario, siguiendo la regla de la Corte Constitucional, dado el desequilibrio procesal y la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas, son estos los que deberían relevarse de la carga de la prueba de la ocupación ancestral y darse por cierta, *prima facie*, su relación histórica, material, cultural y jurídica con el territorio.

Los territorios de ocupación ancestral son imprescriptibles y nunca ingresaron al dominio del Estado

Durante el siglo XX tomó fuerza la idea de que las tierras sin un título de propiedad eran baldíos. Todas las tierras, inclusive las ocupadas por indígenas, fueron consideradas baldíos que nunca salieron del dominio del Estado. Hoy es incuestionable que las tierras de los indígenas que no fueron abandonadas por estos nunca se convirtieron en tierras realengas (Martini y Mayorga, 2004; LeGrand, 2016; Caicedo, 2018).

En el mismo sentido, ha insistido el profesor Jairo Guerrero, quien en una exposición reciente viralizada a través de la red social WhatsApp bajo el intítulo “Mi concepto (Jairo Guerrero) y sustentación del porqué los territorios indígenas no son baldíos, (...)”, compartió la siguiente explicación:

Qué es el concepto de baldíos? Las tierras que no han salido del patrimonio del Estado colombiano. Si nosotros vamos a mirar (...) hay una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de septiembre de 1962 del juicio del Cabildo Indígena de Ipiales sobre Isaías Reina, donde ellos concluyen después de una extensa exposición histórica que, no hay dudas que las tierras indígenas jamás pertenecieron ni a la corona española, ni a la república, de tal suerte que mal podría hablarse de que dichas tierras salieron del patrimonio nacional en cualquier época. ¿Qué quiere decir esto si nos vamos al derecho indiano? El libro XII de la Ley XVI y el Libro IV del Consejo Supremo de Castilla que lo sacaron en 1773, el cual consta de 12 libros, 340 títulos y 4044 leyes desde 1532, que expidió la corona española, a 1774, en estas normas todo hablaba muy claro: posesión y ocupación de los indígenas, generaban propiedad, inclusive ni se requería en un principio papel, por eso le decían a los españoles: “si existen indígenas ahí con ocupación o posesión, nosotros no podemos legislar, ni entregar tierras, porque esas tierras son propiedad de esas comunidades indígenas, entonces ¿qué pasó?: que hicieron el desalojo y después los españoles dijeron “ya no hay indígenas” (...). (Guerrero, 11 de julio de 2022)

La sentencia citada por el profesor Guerrero²⁷ se integra a otras decisiones judiciales²⁸ que han servido de fundamento a resguardos como Cañamomo Lomapieta para oponerse a que las tierras de ocupación ancestral sean declaradas baldíos de la nación y, adicionalmente,

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 24 de septiembre de 1962. Disponible en *Gaceta Judicial*, Tomo C (2261, 2262, 2263 y 2264), pp. 64-75.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Corte Plena. Acuerdo No. 52 del 21 de noviembre de 1919. Disponible en *Gaceta Judicial*, Tomo XXVII (1406), pp. 177-182; Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 13 de abril de 1921. MP. Rodríguez P. Disponible en *Gaceta Judicial*, Tomo XXVIII (1479), pp. 343-344; Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 5 de diciembre de 1921. MP. Ramón Rodríguez Diago. Disponible en *Gaceta Judicial*, Tomo XXIX (1503), pp. 122-124; Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 22 de febrero de 1937. MP. Eleuterio Serna. Disponible en *Gaceta Judicial*, Tomo XLIV (1914 y 1915), pp. 774-781; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 1972. Radicado: CE-SEC3-EXP1972-N663.

para exigir la revocatoria directa de los actos administrativos de adjudicación de estas tierras a título individual.

La Corte Suprema puso de presente que las tierras ocupadas por los pueblos indígenas son imprescriptibles desde mucho antes de la Constitución de 1991 y, en consecuencia, la transferencia de derecho de dominio realizada sobre las mismas adolece de nulidad absoluta cuando se efectuó sin la plena observancia de las normas vigentes al momento de dicha transferencia:

En lo referente a la prescripción del dominio de las tierras de Resguardos, cabe considerar: A) Las Parcialidades o comunidades de indígenas constituyen una de las más importantes instituciones del Derecho Indiano, ya que con ellas persiguió la monarquía la defensa del Indio. La legislación para las Indias respetó siempre la propiedad de la tierra que habitaban las tribus indígenas, cuando prescribía reducir a los indios a vivir en comunidad “*se ordenaba expresamente que no se les quitasen las tierras que antes hubieren tenido*”

(...) Lo que predominó (...) de una manera casi exclusiva, fue una propiedad comunal, y por eso los legisladores españoles, recogiendo inteligentemente normas vivas del derecho consuetudinario, estructuraron toda la vida económica de los pueblos o reducciones de indios sobre la base de los resguardos.

El resguardo lo constituye una unidad económica, estaba integrado por el término municipal de cada pueblo de indios, de cada reducción; era un bien, *en conjunto, inalienable*” [Cursivas propias].

Leyes dictó la República casi año tras año, desde 1821 a 1890, y desde entonces a hoy tampoco han sido escasas para reconocer y garantizar ese usufructo previo, seguido de una distribución definitiva.

No hay rastro en las leyes de España de que la prescripción del Derecho histórico peninsular hubiese ingresado a las instituciones del Derecho indígena [Cursivas propias].

(...) ha sido doctrina nacional la de que el dominio de las tierras de Resguardos pertenece a las respectivas parcialidades de indígenas.

(...) la Corte ha llegado a la conclusión de la *imprescriptibilidad*, considerando que así lo imponen la situación jurídica y la función social de tales bienes. No puede afirmarse que están fuera del comercio de una manera estricta, porque son objeto de remates públicos en los casos de los artículos 16 de la Ley 89 de 1890 y 4 de la Ley 81 de 1958; se dan en usufructo, con arreglo al artículo 79, ordinales 49 y 5 de la Ley 89 de 1890 y 49, parágrafo 19 de la Ley 81 de 1958, y se distribuyen parcelados, en propiedad, entre los mismos indígenas. Lo que ocurre, simplemente, es que como lo dispone el artículo 29 de la Ley 89 de 1890, están sujetos a un régimen de excepción que implica el dicho carácter de la *imprescriptibilidad*, *mientras no se haya extinguido el Resguardo conforme a la ley*.

De acuerdo, pues, con la doctrina del presente fallo, no son prescriptibles las tierras de las Parcialidades o Comunidades de Indios. Pertenecen ellas a las Parcialidades mientras estas existan, y dejan de existir, bien por el objetivo natural de tales tierras, o sea, la división prevista en las Leyes 89 de 1890, 104 de 1919, 38 de 1921, 19 de 1927 y 81 de 1958, y Decreto extraordinario número 1421 de 1940; o bien por falta de títulos y de la prueba supletoria de estos, con derecho de los indios usufructuarios, para que les sean adjudicadas las parcelas como baldíos nacionales. Mientras no ocurra ninguno de estos eventos que marcan el fin de la Parcialidad y el comienzo del dominio privado y exclusivo de los terrenos en cabeza de los indios, las tierras, precisamente por pertenecer a las Parcialidades, son imprescriptibles por los mismos indígenas, gocen o no de ellas, y a fortiori por los extraños (Cabildo de indígenas de Ipiales contra Isaías Reina y otros, 1962, p. 62).

Visto lo anterior, resulta peregrina y contraria a las obligaciones convencionales del Estado la tesis según la cual la imprescriptibilidad de los territorios de ocupación ancestral nace con la Constitución Política de 1991. Ahora bien, de admitirse que el Estado pudiese reclamar como baldíos las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, es claro que el único destino legal para estas tierras ha sido y es la adjudicación a favor de estas, tal como lo ha previsto el artículo 39 de la ley 60 de 1916, el artículo 29 de la ley 135 de 1961, el artículo 69 de la ley 160 de 1994 y el artículo 9 del Decreto 2664 de 1994²⁹.

Definitivamente, es insostenible la presunción de legalidad de la propiedad privada individual en territorios de ocupación ancestral. Por el contrario, siguiendo lo establecido por la doctrina y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como la normatividad republicana, es la ocupación ancestral la que reclama el amparo de dicha presunción.

Entre la sofisticación del derecho y los artificios del poder. Límites del derecho a la ocupación ancestral en el resguardo de origen colonial Cañamomo Lomaprieta

“Así es muy difícil, ellos insisten en desconocer nuestro título y en reestructurar. Y eso no lo vamos a permitir.

No vamos a ceder ni un centímetro de tierra”.

Mayor Aníbal Restrepo.³⁰

²⁹ El 30 de septiembre de 1955 la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Alberto Zuleta Ángel, decidió el recurso de casación en el juicio ordinario contra Heriberto Mingán sobre oposición a la adjudicación de unos terrenos baldíos. Dispuso la Corte: “Que es cierto, como lo dice el recurrente, que el artículo 39 de la ley 60 de 1916 prohíbe adjudicar terrenos ocupados por indígenas, y que de conformidad con la resolución ministerial que declaró inexistente el Resguardo de Consacá, ‘no podrán adjudicarse los terrenos de la Parcialidad a personas extrañas a la misma’, pero que como lo observa el Tribunal, la citada disposición legal ‘en el fondo, no hace sino ratificar el principio general de la adjudicación de los baldíos a los ocupantes a título de colonos; si los indios ocupan baldíos, es obvio que la adjudicación debe hacerse a ellos y no a terceros’” [Cursivas propias].

³⁰ El mayor Aníbal Restrepo es exgobernador e integrante del Consejo de Gobierno del resguardo indígena de origen colonial Cañamomo Lomaprieta. El mayor tuvo una notable participación en los procesos de recuperación de tierras del resguardo que habían sido despojadas por el Estado a través de procesos judiciales. Una mención merecerían también centenares de mayores y mayores que, junto a su descendencia, hicieron parte de estos procesos colectivos. Me permitiré mencionar a dos autoridades estrechamente vinculadas con el mayor Aníbal Restrepo y los procesos de recuperación: la mayor Amparo Trejos y el historiador indígena Alirio Hernández.

Los enunciados normativos no son una verdad, son el intento de expresar adecuadamente una aspiración que se realiza hasta donde el poder hegemónico lo permita. En medio del sofisticado tejido normativo que, sin perjuicio de contradicciones internas, ha protegido los territorios ancestrales, el Estado colombiano ha impuesto arbitrariamente los límites al derecho. En el caso de Cañamomo Lomapieta, se quebrantaron las leyes que protegían las tierras ocupadas por indígenas través de dos procedimientos: la constitución de empresas comunitarias campesinas³¹ y las adjudicaciones de “baldíos” a terceros a título individual.

Parcelación del predio El Peñol

El predio El Peñol hace parte del territorio ancestral del resguardo de origen colonial Cañamomo Lomapieta. Desde finales del siglo XIX, algunas familias de la élite local disputaron con éxito la propiedad del predio a la parcialidad³²; sin embargo, en el marco de los procesos de recuperación de tierras emprendidos en la década de 1970, la comunidad logró recuperar el predio y en el año de 1977 el INCORA lo adjudicó a 47 comuneros del resguardo mediante la figura de empresa comunitaria campesina, bajo un régimen de propiedad privada en común y proindiviso.

El origen de esta figura hunde sus raíces en el artículo 19 de la Ley 4 de 1973, modificatoria del artículo 50 de la Ley 135 de 1961, mediante la cual el Estado seguía en su intento de formalizar la propiedad rural y organizar económicamente los procesos de colonización dirigida. Al respecto, establecía el citado artículo:

Tanto en su labor de colonización dirigida como en las que lleve a cabo para parcelar propiedades, el Instituto procurará la constitución de empresas comunitarias, de sistemas asociativos de producción o de unidades agrícolas familiares. (Ley 4 de 1973, art. 19)

Se trataba de sistemas asociativos concebidos para familias campesinas que aspiraban formalizar la propiedad privada individual y para los indígenas cuya propiedad colectiva había sido disuelta bajo la Ley 81 de 1958 (artículo 4, parágrafo 1). Los resguardos, parcialidades indígenas y comunidades civiles mantenían un régimen de propiedad privada colectiva que era reconocido expresamente en las leyes agrarias. De allí que la Ley 81 de 1958 (artículos 3 y 9), la Ley 135 de 1961 (artículos 29 y 94) y la Ley 4 de 1973 (artículo 23) dieran un tratamiento cualitativamente distinto a esta forma de propiedad y ordenaban al Estado integrar a los títulos colectivos, los predios colindantes con los resguardos y las comunidades para dotar de tierras suficientes a estas.

³¹ Esquema asociativo promovido después del proceso de reforma agraria de 1961 mediante el cual se titulaba la tierra a un número plural de campesinos, en común y pro indiviso, para incorporar la tierra a un proyecto de producción colectivo (Melo y Sánchez Ramos, 1972).

³² Tras un fallo del Tribunal Superior de Manizales, el cual reconoció a la comunidad indígena como propietaria de El Peñol, en 1934 la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión y reconoció a la familia Toro como propietaria del predio (Lopera, 2021).

Este era justamente el caso del predio El Peñol: un predio que luego de sucesivos intentos de despojo había sido recuperado por la comunidad y que, para 1977, estando bajo el dominio del INCORA, debía ser integrado al resguardo de origen colonial a título colectivo. No obstante, la institucionalidad agraria, en un abierto abuso del poder, optó por imponer a la comunidad un régimen de propiedad privada bajo la figura de empresas comunitarias campesinas.

Adjudicación de tierras a título individual en vigencia de leyes que reservaron los baldíos para ser titulados a comunidades indígenas

Actualmente, se registran al interior del polígono del resguardo Cañamomo Lomapieta 2022 predios con diversos tipos de titularidad. En el marco de las acciones para facilitar el proceso de delimitación y titulación ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia T-530 de 2016, el resguardo efectuó el análisis registral a partir de una muestra aleatoria de 90 predios para tener una aproximación inicial a la realidad jurídica de los títulos privados³³. Más de 36 folios dan cuenta de propiedades que nacieron en la vida jurídica sin contar con un título originario que las acredite como propiedades con dominio pleno.

Además de lo anterior, la comunidad constató la existencia de las resoluciones de adjudicación 0077 y 0079 del 28 de febrero de 1983, así como las 0148 y 0149 del 30 de marzo de 1981, mediante las cuales se transfirieron a título privado tierras de ocupación ancestral indebidamente calificadas como baldíos sin que existiera registro de autorización de la División de Asuntos Indígenas para que los aparentes baldíos fuesen entregados a título privado, requisito sustancial consagrado en el artículo 29 de la Ley 135 de 1961, vigente para el momento de la adjudicación.

Separación estratégica del derecho. Atrapados en la telaraña del derecho especial

Colombia se precia de ser uno de los países con mayores avances en materia de reconocimiento y protección de los derechos étnicos. En lo que concierne a los contenidos básicos del derecho de propiedad indígena sobre sus tierras y territorios y los mecanismos para su protección, se ha conformado un vigoroso *corpus iuris* que define las obligaciones del Estado y los particulares, dando forma a lo que puede denominarse un derecho especial de propiedad colectiva. En la realidad, este derecho tiene un alcance limitado frente a la sociedad mayoritaria y el derecho estatal. Lo que se aprecia a través de las reclamaciones administrativas, los estrados judiciales y las cotidianidades locales es la coexistencia jerarquizada de dos regímenes jurídicos de propiedad segmentados que se desenvuelven entre fricciones conceptuales y legales: el régimen de propiedad privada individual y el régimen de propiedad privada colectiva.

³³ Informe entregado por la abogada Laura Marín del resguardo indígena de origen colonial Cañamomo Lomapieta en el mes de diciembre de 2020. El análisis no profundiza en el estudio de los títulos que respaldan los distintos actos o negocios jurídicos tradicionales de dominio ni los de falsa tradición.

El derecho de propiedad privada colectiva ha terminado por separarse estratégicamente del régimen de propiedad privada individual. Esto garantiza que la propiedad y los derechos que de ella se derivan existan al margen de un sistema que ha entronizado la irrefutabilidad de la propiedad privada individual como “valor absoluto” (Palacios, 2011).

Ahora bien, la separación no es en sí misma un problema, lo cuestionable deviene de la ineficacia planificada del contenido sustantivo y procedimental del derecho a la propiedad privada colectiva. La idea de una ineficacia planificada parte de seis constataciones básicas:

- a. Los instrumentos normativos relativos a la constitución, saneamiento, ampliación y reestructuración de territorios ancestrales, y los más recientes encaminados a la protección de la ocupación ancestral, tienen como punto de partida irrefutable la presunción de legalidad de la propiedad privada.
- b. El papel del Estado se ha centrado en los procedimientos administrativos para la formalización de la propiedad colectiva sin disponer suficientes recursos humanos y económicos ni mecanismos eficaces para proteger la ocupación ancestral mientras culminan los trámites administrativos.
- c. No existen puentes para el diálogo entre el derecho propio en materia de ordenamiento y protección territorial y el derecho estatal, imposibilitando la interlegalidad.
- d. La normatividad vigente se ha interpretado al margen del régimen colonial y los antecedentes republicanos de protección a la ocupación ancestrales.
- e. El desacato permanente a la doctrina creada a través de la jurisprudencia y los mandatos del bloque de constitucionalidad en cuanto a la protección de la ocupación ancestral.
- f. Algunos jueces y autoridades administrativas se resisten al uso de instituciones jurídicas consagradas en el código civil, idóneas para facilitar la formalización y protección territorial que resultan más eficaces.

Esta realidad convierte al derecho especial en una poderosa telaraña que da a los pueblos indígenas la ilusión del derecho mientras sus territorios siguen amenazados. Esa ineficacia planificada ha hecho del régimen especial para la propiedad privada colectiva un instrumento limitado para efectos de la superación del despojo estructural a las comunidades, pero suficiente para mantener la preminencia del derecho de propiedad privada individual. Para su reproducción se ha valido de una burocracia estatal enajenada por una mentalidad decimonónica que limita su capacidad para concebir ajustes o cuestionamientos a la estructura de propiedad privada individual consolidada a lo largo de siglos.

Para ampliar el análisis sobre los efectos de la segmentación, es valiosa la apreciación de la profesora Gloria Lopera:

El hecho de que el "derecho especial" que protege la propiedad territorial indígena y "derecho agrario ordinario" hayan corrido por caminos paralelos, sin encontrarse, ha contribuido a la ineficacia del primero. Por lo general, los expertos en temas agrarios se concentran en la legislación sobre baldíos y parten de la premisa según la cual todas las tierras sin títulos de propiedad privada individual son baldíos de la nación lo que implica dar por buena la tesis de que, durante la colonia, las tierras carentes de títulos de propiedad privada eran realengas y, en tal virtud, pasaron a ser propiedad del Estado tras la independencia. El hecho de que estos dos campos hayan corrido en ocasiones por caminos paralelos, sin encontrarse, ha permitido, por ejemplo, miles de fallos en que jueces de la república adjudicaron baldíos de la nación vía prescripción a particulares, desconociendo claramente la imprescriptibilidad, por encontrarse en territorios de ocupación ancestral. (Entrevista con la profesora Gloria Lopera, 15 de septiembre de 2022)

La segmentación de los regímenes de propiedad amerita una mirada crítica para determinar si las instituciones jurídicas diseñadas para el reconocimiento formal de la propiedad indígena constituyen un elemento reparador o si, en realidad, han operado como instrumentos para facilitar procesos de reconfiguración territorial, acumulación por desposesión y salvaguarda de la propiedad privada.

Hasta el momento, ha resultado poderosamente útil para el Estado y los particulares compeler al indígena al ejercicio de sus derechos por cauces procesales y administrativos de eficacia reducida, cuya ilusoria implementación ha permitido la reducción de sus tierras a manos de privados y la expansión de la subjetividad privatista como un cáncer que se encarga por sí solo de desintegrar los territorios y sus culturas.

Dos casos ilustrativos

Dilación injustificada de la formalización de territorios ancestrales

Los procedimientos de constitución, saneamiento, ampliación, reestructuración, conversión de reservas a resguardos y protección de territorios ancestrales pueden tomarse en ocasiones más de cuatro décadas³⁴. La CNTI calcula que “le tomaría a la Agencia 21 años atender las 501 solicitudes de titulación en el rezago histórico, y 67 años atender las 403 solicitudes de ampliación pendientes de trámite” (CNTI, 2019, p. 6).

La sistematicidad de los obstáculos para acceder a la formalización a través de los procedimientos “especiales” han llevado a la CNTI a solicitar la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional en materia territorial como mecanismo para poner fin a la denegación de derechos. Esa, sin duda, es una opción que, sin embargo, no necesariamente garantizará salir de la telaraña de la separación estratégica entre marcos procedimentales y sustantivos de carácter “especial” para la salvaguarda de los derechos de las comunidades indígenas y el marco jurídico ordinario para la protección de la propiedad privada.

³⁴ La CNTI cita el caso de la comunidad aiwa tuparro nacuanedorro del pueblo sikuani, cuya solicitud de constitución como resguardo se tomó 40 años (CNTI, 2019).

Límites a la interlegalidad. Prohibido sanear desde el derecho propio

Me serviré una vez más de la experiencia del resguardo indígena de origen colonial Cañamomo Lomapieta para demostrar cómo actúa la segmentación o separación de regímenes jurídicos para limitar el ejercicio de los derechos territoriales.

La protección de los mecanismos de derecho propio para la protección territorial tiene varias décadas de reconocimiento en el ámbito internacional. El resguardo Cañamomo Lomapieta ha apelado a este derecho para buscar el saneamiento interno de la propiedad colectiva ante la falta de voluntad estatal para garantizar la formalización del territorio ancestral. La burocracia estatal le ha salido al paso, mientras que la apropiación particular del territorio continúa.

La protección internacional de las modalidades propias de transmisión de los derechos territoriales entre los pueblos indígenas fue consagrada expresamente en el Convenio 107 de 1957 de la OIT, el cual señala:

1. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social. (OIT, 1957, art. 13)

Con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, esta modalidad de protección se mantuvo bajo nuevos términos a través de los artículos 8, 14 y 17, sustituyendo en este último la expresión “derechos de propiedad” por las “modalidades de transmisión” de los derechos sobre la tierra, pero, en esencia, siguió bajo el mismo principio: el respeto del derecho humano a la libre determinación de los pueblos, la autonomía en materia de ordenamiento del territorio en tanto autoridades legítimamente constituidas y la obligación del Estado de garantizar el goce efectivo de este derecho. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (2007) incorporó este asunto en los siguientes términos:

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. (art. 26)

Estos tres instrumentos internacionales reflejan tres paradigmas diferentes (asimilacionista, culturalista y de libre determinación³⁵) a través de los cuales se constata la decisión de proteger especialmente, entre otros derechos, el de contar con la autonomía jurisdiccional para el ordenamiento y saneamiento de los territorios.

³⁵ Entrevista con la profesora Gloria Lopera, 15 de septiembre de 2022.

Atrapados en la telaraña

El proceso de donación de tierras con título privado para incorporarlas al título colectivo es una modalidad de formalización desde el derecho propio que se perfecciona con la sola entrega de la escritura a favor del resguardo para recibir a cambio una adjudicación que lo convierte en titular del derecho colectivo al territorio con todas sus mejoras y anexidades, sin necesidad de otras formalidades como la inscripción en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos. Sin embargo, las autoridades indígenas constataron que la falta de inscripción en el registro tenía consecuencias no deseadas que mantendrían la inseguridad jurídica sobre el territorio:

1. El acto no era oponible frente a terceros.
2. Impedía que a los predios se les aplique el régimen de inembargabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad y la exención en el pago de tributos.
3. Como corolario de lo anterior, debilitaba la autoridad del resguardo y sus facultades jurisdiccionales en ejercicio del derecho propio ante la imposibilidad de proteger el territorio y los intereses de sus comuneros frente a terceros.

Al constatar esto, desde el año 2008 las autoridades del resguardo ajustaron los procedimientos vigentes y diseñaron una estrategia de saneamiento en el marco de la interlegalidad que fuera la síntesis del reconocimiento a las modalidades propias de transmisión de los derechos sobre las tierras y los procedimientos notariales y registrales de la jurisdicción ordinaria para dotar de plena eficacia jurídica al proceso de saneamiento del territorio. Bajo la modalidad propuesta, la cesión de derechos de propiedad privada a favor del resguardo se realizó mediante un acta que se adecuó a los requisitos legales establecidos en la normatividad de registro.

Al momento de solicitar formalmente la inscripción del Acta de entrega de predio para saneamiento del resguardo en el Folio de Matrícula Inmobiliaria del resguardo, la oficina de registro se negó a inscribirlas. La oficina de Registro Público y la Superintendencia de Notariado y Registro desconocieron la validez de las donaciones efectuadas en el campo del derecho propio y, adicionalmente, negaron a los comuneros la facultad para disponer libremente de sus tierras para sanear el resguardo.

En dicha oportunidad, la Superintendencia de Notariado y Registro (SINR) expuso un argumento acorde con una lógica monista del derecho que encerraba al resguardo en la telaraña del “derecho especial”:

(...) Para la ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas, se debe seguir el procedimiento regulado en el capítulo III del Decreto 2164 de 1995, y la resolución que se expida como culminación del mismo por la autoridad competente es el documento idóneo para la inscripción en el registro de instrumentos públicos. (...) llama la atención a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riosucio, Caldas, para que no acepte instrucciones que pretendan sanear o ampliar un resguardo indígena, así sea por escritura pública; puesto que se trata de un procedimiento administrativo ante el INCODER y el documento sujeto a inscripción es una resolución sobre el particular (SINR, 2009, p. 3).

Esta decisión fue respaldada posteriormente por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, la cual, a instancias de una acción popular promovida por el resguardo contra la decisión de la SINR, concluyó lo siguiente:

De la normatividad transcrita y de los hechos probados, se desprende con suficiente claridad que es el INCODER el llamado a adelantar el procedimiento administrativo especial para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de resguardos indígenas; una vez agotado dicho procedimiento y de ser ello viable, se procederá por parte de la autoridad competente a realizar el acto protocolario y publicitario de registro. (Tribunal Administrativo de Caldas, 12 de abril de 2012)

Han pasado 10 años desde entonces y la autoridad de tierras no ha formalizado el resguardo de origen colonial Cañamomo Lomaprieta, impidiendo cualquier avance en el proceso de saneamiento interno del resguardo. Tampoco se han hecho los ajustes normativos necesarios en el ámbito interno para garantizar la aplicación de lo previsto en el Convenio 169 de la OIT. Mientras tanto, encerrados en la telaraña del derecho especial, el despojo avanza, la expansión de la subjetividad privatista sobre la comunidad crece y la Agencia Nacional de Tierras insiste en imponer al resguardo la carga de probar la vigencia legal de su ocupación ancestral, aplicando simultáneamente la presunción de legalidad sobre más de 2 000 títulos identificados al interior del territorio.

Referencias

Agencia Nacional de Tierras. (2020, 17 de enero). Documento con número de radicado 20191030244883.

Agencia Nacional de Tierras. (2022, 17 de mayo). *Caso de la comunidad de Barrulia*. Resolución 20225100110896.

Appelbaum, N. (2007). *Dos plazas y una nación: raza y colonización en Riosucio, Caldas, 1846-1948*. ICAN.

Ariza, L. J. (2009). *Derecho, saber e identidad indígena*. Siglo del Hombre Editores.

Cabildo de indígenas de Ipiales vs. Isaías Reina y otros. Sala de Casación Civil. (24 de septiembre de 1962).

Caicedo, L. J. (2018). *Cinco siglos de historia de Riosucio (Caldas). Con énfasis en la formación del territorio*. UTP. <https://doi.org/10.22517/9789587225426>

Cernic, J. L. (2013). Obligaciones de los Estados en materia de derechos territoriales indígenas. *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos*, 11, 41-74.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999, 26 de febrero). *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. OEA.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA.

Comisión Nacional de Territorios Indígenas. (2019). *Informe: Estado de Cosas Inconstitucional de los derechos territoriales de los pueblos indígenas*. https://entindigena.org/documents/Informes/COM_ESTADO-DE-COSAS-INCONSTITUCIONAL-DE-LOS-DERECHOS-TERRITORIALES-DE-LOS-PUEBLOS-INDIGENAS-14092020.pdf

Comunidad indígena yachie axa vs. Paraguay. Caso Serie C No. 125. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. (17 de junio de 2005).

Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua. Caso Serie C No. 79. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. (31 de agosto de 2001).

Comunidad indígena sawhoymaxaxa vs. Paraguay. Caso Serie C No. 146. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. (29 de marzo de 2006).

Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Caso Serie C 400. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas (6 de febrero de 2020).

Cordero, E. y Aldunate Lizana, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 30, 345-385.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-780. 26 de septiembre de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-731. 12 de julio de 2005.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-530. 27 de septiembre de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11.673 Argentina. Informe N° 39/96. 15 de octubre de 1996.

Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 21. 18 de julio de 1978.

Decreto 2164 de 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas. 7 de diciembre de 1995.

Decreto 2333 de 2014. Por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas. 19 de noviembre de 2014.

Escobar, L. F. (2002). *Ocupación, poblamiento y territorialidades en la Vega de Supia, 1810-1950*. Ministerio de Cultura.

Gärtner, A. (2005). *Los misteres de las minas: crónica de la colonia europea más grande de Colombia en el siglo XIX, surgida alrededor de las minas de Marmato, Supía y Riosucio*. Universidad de Caldas.

LeGrand, C. (2016). *Colonización y protesta campesina en Colombia (1850-1950)*. Universidad Nacional de Colombia.

Ley 4 de 1973. Por la cual se introducen modificaciones a las Leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y 1ª de 1968. Se establecen disposiciones sobre renta presuntiva, se crea la Sala Agraria en el Consejo de Estado y se dictan otras disposiciones. 29 de marzo de 1973.

Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Diario Oficial No. 33780.

Ley 89 de 1890. Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. 25 de noviembre de 1890.

Lopera, G. (2010). Territorios, identidades y jurisdicciones en disputa: La regulación sobre los derechos sobre la tierra en el resguardo Cañamomo-Lomapieta. *Universitas humanística*, 69, 61-81. <https://doi.org/10.22380/20274688.819>

Lopera, G. (2020). Creando posesión vía desposesión. Visitas a la tierra y conformación de resguardos indígenas en la Vega de Supía, 1559-1759. *Fronteras de la Historia*, 25(2), 120-156.

Lopera, G. (2021). *We have the land titles. Indigenous litigants and privatization of resguardos in Colombia, 1870s–1940s* [Tenemos los títulos de propiedad. Litigantes indígenas y privatización de resguardos en Colombia, 1870-1940]. [Tesis de doctorado no publicada]. Florida International University.

López, P. G. (2019). Pluralismo jurídico, jurisdicción y colonialidad jurídica: alcances y límites del reconocimiento indígena. En P. G. López y O. Mejía (coords.), *Pueblos Indígenas y Estado. Avances, límites y desafíos del reconocimiento indígena* (pp. 233-260). Ediciones Abya-Yala.

Martini, P. y Mayorga, F. (2004). Los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras de comunidad. Del Nuevo Reino de Granada a la República de Colombia. En M. Losano (Ed.), *Un giudice e due Leggi. Pluralismo Normativo e conflitti agrari in sud america* [Un juez y dos Leyes. Pluralismo normativo y conflictos agrarios en América del Sur] (pp. 35-75). Giuffré.

Marzoni vs. Argentina. Caso No. 11 673. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (15 de octubre de 1996).

Mayorga García, F. (2016). La propiedad territorial indígena en el Estado Soberano del Cauca (1858-1885). En O. Cruz y J. L. Soberanes (Coords.), *Historia del Derecho. X Congreso de historia del derecho mexicano. Memorias* (pp. 151-190) (Tomo I). Universidad Nacional Autónoma de México.

Melo, M. S. y Sánchez Ramos, C. (1972). *Las empresas comunitarias campesinas en Colombia*. IICA.

Organización de las Naciones Unidas. (2007, 13 de septiembre). Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

Organización de los Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

Organización Internacional del Trabajo. (1957, 26 de junio). *Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales*. C-107 de 1957.

Palacios, M. (2011). *¿De quién es la tierra?: Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930*. Fondo de Cultura Económica.

Perrone, N. (2013). Artículo 21. Derecho a la propiedad privada. En E. Alonso (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino* (pp. 355-370). La Ley y Universidad de Buenos Aires.
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino.pdf>

Pueblo indígena xuxuru y sus miembros vs. Brasil. Caso Serie C No. 346. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. (5 de febrero de 2018).

Quinzacara, E. C. y Aldunate Lizana, E. (2008). Evolución Histórica del Concepto de Propiedad. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 30, 345-385.
<https://doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013>

Resolución 4018 de 2009 [Superintendencia de Notariado y Registro]. 28 de mayo de 2009.

Resolución 20225100110896 [Agencia Nacional de Tierras]. Protección del Territorio Ancestral de la comunidad Barrulia del Pueblo Sikvani, 17 de mayo de 2022.

Resolución 20225100173706 [Agencia Nacional de Tierras]. Por la cual se decide sobre el reconocimiento y la protección provisional de la posesión del territorio ancestral y/o tradicional de la comunidad indígena Jai Dukama del pueblo EmberaKatio, ubicada en el municipio de Ituango, departamento de Antioquia. 04 de julio de 2022.

de Sousa Santos, B. (2009). Una epistemología del sur. CLACSO.

Toya, S. Z. (1994). Las presunciones en el derecho civil. *Derecho PUCP*, 48, 95-116.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199401.005>

Tribunal Administrativo de Caldas. Fallo de Segunda Instancia. Acción Popular No. 0005102 (12 de abril de 2012).