

“La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo”

Juan Carlos Fernández¹

¹Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNCOma, General Roca, Río Negro, Argentina.

Mail de contacto: juan.fernandez@uncoma.fade.edu.ar

RESUMEN

En este trabajo nos proponemos, en un primer momento, definir sucintamente las características del modelo de decisión judicial respecto a las pretensiones de comunidades indígenas y tribales en relación al territorio y los recursos naturales existentes en el mismo. Para ello, y considerando la doctrina del control de convencionalidad de oficio, que postula una necesidad de adecuación de los criterios de decisión estatales a los fallos de la Corte Interamericana, describimos los principios básicos de la jurisprudencia convencional en la materia.

Advirtiendo que la elaboración del sistema interamericano tiende a asimilar fuertemente la propiedad comunitaria indígena con el derecho real de dominio del derecho hegemónico, postulamos en un segundo momento la posibilidad de revisar dicha concepción merituando el recurso al concepto de “bienes colectivos” como modelo de reconocimiento de derechos territoriales y sobre recursos naturales a las comunidades indígenas y tribales.

Palabras clave: Propiedad comunitaria indígena – derechos humanos – bien colectivo

ABSTRACT

In this paper we propose, at first, to define succinctly the characteristics of the model of judicial decision regarding the claims of indigenous and tribal communities in relation to the territory and the natural resources existing in it. To do this, and considering the position adopted by the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Court of Justice in Argentina in relation to the control of conventionality, which postulates a need to adapt the decision criteria of the State to the judgments of the Inter-American Court, we describe the basic principles of conventional jurisprudence in the matter.

Noting that the elaboration of the inter-American system tends to strongly assimilate the indigenous community property to the right of property of the hegemonic law, we postulate in a second moment the possibility of revising this conception, using the concept of "common goods" as a model of recognition of territorial rights to indigenous and tribal communities.

Keywords: indigenous collective property – human rights – common goods

1. El control de convencionalidad en materia de propiedad comunitaria indígena

En el derecho vigente argentino no resulta posible conceptualizar la extensión del derecho de propiedad comunitaria indígena sin remontarse a la definición que del mismo ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

Ello es así dado que desde el caso “Almonacid Arellano y otros vs Chile”, de 26 de septiembre de 2006, la CorteIDH ha institucionalizado el concepto de control de convencionalidad al sostener que: “(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Dicha tesis no ha sido contestada por los órganos judiciales argentinos, sino que, por el contrario, a través de numerosos precedentes judiciales la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) ha ratificado el esquema de control de convencionalidad de oficio, habiendo definido en la causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, de 27 de noviembre de 2012, que “(...) los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22) , incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.

Cabe enfatizar que a los efectos de determinar la adecuación convencional de las normas estatales, el órgano judicial debe tener en consideración no sólo las normas formales de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana y otros organismos competentes internacionales, lo que fuera

ratificado por la CorteIDH, entre otros, en el caso "Fontevéchia y D'Amico v. Argentina", en sentencia de fecha 29 de noviembre de 2011.

Por otra parte, es necesario destacar que los derechos y garantías que la CorteIDH se entiende convocada a interpretar no son solamente los derivados del CIDH, sino que conforme al art. 29 inciso b) del mismo, la competencia de la CorteIDH se extendería aún a la interpretación y aplicación de derechos fundamentales reconocidos en otras normas jurídicas.

Sostuvo en este sentido la CorteIDH que: "(...) al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(...) El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

Debe tenerse en cuenta, además, que en virtud del artículo 29.b) de la Convención ninguna disposición de ésta puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana (...)" - Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafos 127 a 130 -.

Este criterio de interpretación evolutiva permite a la CorteIDH determinar el concepto de propiedad protegido convencionalmente en el art 21 CIDH, considerando las especiales particularidades que tiene la relación de las comunidades indígenas y tribales con su territorio en el marco del Convenio 169 OIT.

Conforme con lo expuesto, resulta claro que la tarea de definir la extensión de los derechos de los pueblos originarios sobre el territorio y los recursos naturales existentes en el mismo, requiere ineludiblemente definir los criterios que ha adoptado la CorteIDH para decidir en esa materia.

2. Los criterios de decisión de la CorteIDH en materia de reclamos territoriales y sobre recursos naturales realizados por comunidades indígenas

Resulta posible esquematizar los criterios de decisión de la CorteIDH en los siguientes términos:

a) Consideración del derecho consuetudinario indígena como fuente de derecho básica, en cuanto el mismo no se oponga al derecho internacional de los derechos humanos o demás derechos reconocidos en el Estado concernido.

La importancia del derecho consuetudinario indígena para resolver los conflictos suscitados en relación a los recursos naturales ha sido destacada por la CorteIDH desde sus inicios, habiéndose constituido en la base del reconocimiento del derecho de propiedad comunitario sobre la tierra, ante la falta de una norma expresa que así lo reconociera en el CIDH.

Así, sostuvo la CorteIDH que: “(...) l derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.” - Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 151 -.

b) Las comunidades indígenas no son pueblos en el sentido propio atribuido al término en el derecho internacional público.

Habida cuenta de la importancia que detentaría el hecho de que se reconociese a los pueblos originarios el conjunto de atributos que le son propios a los pueblos en el marco del derecho internacional público, y la incidencia que ello conllevaría para el régimen de los recursos naturales y el principio de la soberanía estatal y permanente sobre los mismos, destacamos que la CorteIDH ha omitido expedirse respecto al carácter de pueblo de las comunidades indígenas y tribales, en el sentido que se otorga a dicho término en el derecho internacional público.

Sostuvo en esta línea que: “(...)la Comisión ha puntualizado que no pretende que los saramacas constituyan actualmente una comunidad con subjetividad internacional, sino que la autonomía que reclama para la tribu es de derecho público interno. La Corte no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Surinam relativas a

derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca (...)" - Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párrafo 58 -.

c) La falta de un adecuado procedimiento estatal para lograr el reconocimiento territorial implica una violación del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art 25 CIDH.

En forma sistemática, la CorteIDH ha sostenido que los Estados deben garantizar vías administrativas y judiciales adecuadas para que las comunidades indígenas y tribales peticionen y eventualmente obtengan el reconocimiento de los derechos territoriales y sobre recursos naturales, que reclaman. Este recurso debe ser efectivo y permitir la resolución de la petición en un plazo razonable, pues de otro modo se consideraría incumplido por el Estado su obligación de garantizar el debido proceso legal y el principio de tutela judicial efectiva.

Sostuvo así que: "(...) el Estado señala, básicamente, que ha cumplido con sus obligaciones constitucionales y legales para garantizar y facilitar a los miembros de la Comunidad el acceso a los mecanismos administrativos en el proceso de reivindicación de sus derechos a la propiedad comunitaria de la tierra, pero sus instituciones administrativas han encontrado dificultades para responder efectivamente el reclamo de los miembros de la Comunidad indígena debido a la complejidad del caso.

(...) Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha considerado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas

(...) Al analizar el proceso administrativo de reivindicación de tierras indígenas en el presente caso, la Corte examinará, en primer término, la existencia formal de un recurso que permita solicitar la reivindicación de tierras indígenas. En segundo término, compete a la Corte analizar la efectividad del mencionado recurso, lo que implica examinar, *inter alia*, el respeto al principio del plazo razonable. Para ello, la Corte recuerda que para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. "- Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 55 y sgtes -.

d) El procedimentalismo como criterio formal para dirimir los casos traídos a su conocimiento. La falta de resolución expresa sobre la cuestión de fondo.

En la misma senda pergeñada en los párrafos anteriores, en cuanto se entiende que la condena al Estado Nacional demandado se basa en la inexistencia de procedimientos adecuados para resolver los planteos de reivindicación territorial o de participación en la gestión de los recursos naturales, la CorteIDH ha omitido expedirse sobre las cuestiones de fondo planteadas, relativas a la determinación concreta del sujeto a quien le correspondería el dominio o participación en la gestión de los recursos naturales, y en qué extensión y grado. En forma expresa ha indicado que no le corresponde determinar la extensión del territorio de una comunidad indígena, en competencia con otra comunidad, o la relación de prevalencia entre la propiedad comunitaria indígena y el derecho real de dominio civil.

En efecto, las condenas de la CorteIDH se fundan en el incumplimiento de un procedimiento administrativo y/o judicial efectivo, en lugar de fundarse en la falta de reconocimiento de un derecho sustancial en relación al territorio o el dominio o gestión de los recursos naturales.

Resolvió así tempranamente la Corte que: “(...) conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendido, la Corte estima que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado:

1. delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y
2. se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.

En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte en aplicación del artículo 29.b de la Convención, la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado

concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.(...) Por la razón anterior, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Corte considera que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas. Asimismo, como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni.” - Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafos 152 y sgtes. -.

Más tarde, y en relación a la pretensión de comunidades indígenas sobre tierras formalmente privadas, sostuvo que: “(...) a la Corte no le compete determinar cuál es el territorio tradicional de la Comunidad indígena Yakye Axa, pero sí establecer si el Estado ha respetado y garantizado el derecho a la propiedad comunal de sus miembros (...) Por la razón anterior, corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras, de conformidad con los párrafos 137 a 154 de la presente Sentencia (...) Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad,

conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad(...) -Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 215 y parte resolutive de la sentencia.

“Ahora bien, la Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado paraguayo.”- Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafos 135 y sgtes -.

e) La protección del art 21 CIDH abarca tanto la propiedad como la posesión comunitaria. La potestad reglamentaria sobre el derecho de propiedad comunitaria indígena.

Pacíficamente ha entendido la CorteIDH que la protección que el art 21 del CIDH depara al derecho de propiedad abarca no solo a la propiedad formal indígena, sino incluso a la posesión tradicional aún no reconocida formalmente, como también a los recursos existentes en ese territorio.

Dijo en este sentido la CorteIDH que: “(...) para determinar si dichas circunstancias constituyen una privación del derecho al uso y goce de la propiedad, la Corte debe considerar, naturalmente, si la aldea de Moiwana pertenece a los miembros de la comunidad, tomando en cuenta para ello el concepto amplio de propiedad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal. Las partes en el presente caso están de acuerdo en que los miembros de la comunidad no tienen un título legal formal – ni colectiva ni individualmente – sobre sus tierras tradicionales en la aldea de Moiwana y los territorios circundantes. Según lo manifestado por los representantes y por Surinam, el territorio pertenece al Estado residualmente, ya que ningún particular o sujeto colectivo tiene título oficial sobre dichos terrenos. Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexos comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar

plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

(...) En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una "relación omnicompreensiva" con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes (...) debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad. Los límites exactos de ese territorio, sin embargo, sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas (...)" - Caso "Comunidad Moiwana vs Surinam", sentencia de 15 de junio de 2005, párrafo 129 y sgtes.-.

La consecuencia de reconocer la protección que el art 21 del CIDH brinda a la propiedad privada, es la posibilidad de reglamentar el derecho comunitario indígena dentro de los límites que dicho art. 21 permite.

Así, sostuvo la CorteIDH que: "(...) si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en el territorio Saramaka podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los Saramakas, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka. El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros (...). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (...). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas.

No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el

derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.” - Caso “Pueblo Saramaka vs Surinam”, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafo 126 y sgtes.

3. La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo

Como se infiere de la descripción efectuada en el parágrafo anterior, la evolución del derecho convencional en materia indígena se ha direccionado hacia la asimilación de la propiedad comunitaria al derecho real de dominio clásico, otorgándole prácticamente la totalidad de sus mismos atributos —en particular el carácter exclusivo y excluyente del uso por parte de terceros— y, como consecuencia, tornándola igualmente reglamentable a efectos de coordinar su uso y goce con la satisfacción del resto de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. Resulta igualmente relevante destacar que los operadores jurídicos han entendido que el único instituto apto para satisfacer las reclamaciones territoriales indígenas es la propiedad, omitiendo el reconocimiento del derecho de uso —pero sin propiedad—, previsto en el art. 14 del Convenio 169 OIT, y que resulta aplicable en aquellos casos en que existen divergencias entre distintos integrantes de los pueblos originarios respecto a la extensión de la propiedad comunitaria reclamada por cada uno.

Por nuestra parte, estimamos que la pretensión teórica de asimilar la posesión o la propiedad comunitaria indígena al tipo jurídico clásico, decimonónico y exclusivista del derecho real de dominio resulta disfuncional para garantizar el progresivo empoderamiento de la totalidad de los integrantes de un pueblo indígena o tribal determinado.

En efecto, desde el punto de vista de los derechos reales, el derecho civil hegemónico puede ser visto como un sistema de división de todos los recursos naturales —y el recurso suelo en primer lugar— en partes homogéneas y posterior regulación de un sistema apropiación de éstas. Para este esquema, todo recurso que se pueda dividir se puede apropiar.

Sin embargo, la propiedad comunitaria indígena que el Convenio 169 OIT y la jurisprudencia de aplicación reconocen sobre el territorio indígena, incluiría no solo dicho territorio, sino la biodiversidad total y otros recursos naturales, por lo que la pretensión de asimilarlo total y absolutamente al dominio civil clásico implica tratar analógicamente institutos que no lo son.

Pero, aún más, hoy podría sostenerse que el derecho de dominio previsto en la legislación civil argentina debe ser aprehendido como tal sólo en cuanto tiene una función ambiental, esto es, en la medida que pudiese ser integrado dentro del marco del ambiente entendido como bien colectivo. Ello así atento a que todo derecho real y contractual debiera interpretarse a la luz del art. 14 del Código Civil y Comercial aprobado por Ley 26.994, de modo que una posible concepción del instituto de la propiedad comunitaria indígena por fuera de los cánones socio-ambientales previstos en la última norma citada podría devenir antijurídica.

Postulamos entonces la necesidad de analizar si la propiedad comunitaria indígena puede ser entendida como un bien colectivo —en la medida que el patrimonio ambiental y cultural que detenta pertenece a una pluralidad indefinida de sujetos, comenzando por los mismos integrantes del pueblo indígena concernido, pero también incluyendo al resto de los ciudadanos del Estado que, por ejemplo, podrían tener acceso al patrimonio cultural situado en territorio indígena—.

Recordamos, en sustento de lo expresado, que el profesor Gonzalo Sozzo (“Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Ed Rubinzal Culzoni, 2007-3, 2008, Santa Fe) entiende que el ambiente y el patrimonio cultural pueden ser considerados como un bien colectivo, y en el mismo sentido, por ejemplo, el Convenio Europeo del Paisaje, suscripto en Florencia el 20 de octubre de 2000, manifiesta en sus considerandos que “[...] el paisaje desempeña un papel importante de interés general en los campos cultural, ecológico, medioambiental y social, [...] que es un componente fundamental del patrimonio natural y cultural europeo [...] que el paisaje es un elemento importante de la calidad de vida de las poblaciones [...] que su protección, gestión y ordenación implican derechos y responsabilidades para todos”, con lo cual dota al paisaje de una serie de caracteres que le harían pasible de ser calificado como bien colectivo.

Somos conscientes de que la aplicación directa y total de la serie de caracteres que la doctrina postula para los bienes colectivos (por ejemplo, la necesidad de uso común sustentable y la imposibilidad de excluir a terceros del uso y goce) afectaría seriamente la calidad reivindicatoria que los pueblos originarios postulan respecto al territorio y a los recursos naturales allí existentes, por lo que entendemos que dichos caracteres podrían ser susceptibles de reglamentación particularizada en algunos casos (por ejemplo, para tornar compatibles el derecho de acceso al patrimonio cultural del resto de los habitantes del Estado y el

derecho de dominio originario que los pueblos indígenas puedan tener sobre el territorio en que se encuentran, o el derecho de acceso al recurso paisajístico de los habitantes y el derecho de dominio de los pueblos originarios sobre el territorio concernido).

No obstante, destacamos que la consideración de la propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo en primera instancia reviste utilidad para considerar la calidad del bien dentro del pueblo originario mismo, esto es sin relación alguna con los otros ciudadanos del Estado.

En efecto, el pueblo indígena no puede ser confundido con la forma de “persona jurídica” que forzosamente se les obliga adoptar para poder insertarse en el derecho hegemónico, inclusive para poder acceder a la titularidad de las tierras. El pueblo indígena es una realidad sociológica mucho más profunda, y no cuadra a ésta la presión del molde de la personería jurídica civil. Por ello es que considerar a la propiedad comunitaria como un bien colectivo habilitaría el uso y goce del territorio por los reales integrantes del pueblo y en su totalidad, eliminándose la posibilidad de excluir a algunos indígenas del uso y goce del territorio comunitario por el mero hecho de no conformar formalmente la asociación civil que se creó para peticionar en el marco del derecho hegemónico.

De este modo, la propiedad comunitaria detentaría los caracteres que son propios de los bienes colectivos (uso común sustentable, imposibilidad de excluir a otros integrantes del pueblo originario de su uso y goce, etc.), que habilitan que los integrantes de un pueblo indígena no puedan ser excluidos de su uso y goce, so pretexto de que formalmente no integran la “persona jurídica” que eventualmente han creado para reclamar ante las autoridades administrativas y judiciales.

En fin, postulamos que resulta altamente probable que la aplicación de la noción de bien colectivo al complejo caso estudiado habilite soluciones que ayuden a superar —o al menos minorar— las tensiones existentes entre los Estados y los pueblos indígenas por el dominio y la gestión de los recursos naturales, y a la par las tensiones existentes dentro del mismo pueblo indígena, en cuanto deshecha la posibilidad de la titularidad y el uso exclusivo y excluyente de la propiedad comunitaria por determinados indígenas en detrimento de otros.