

## Propiedad, propiedades y propiedad indígena

*Property, properties and indigenous property*

SERGIO FUENZALIDA BASCUÑÁN<sup>1</sup>  
*Universidad Central*

RECEPCIÓN: 30/11/14 • ACEPTACIÓN: 30/11/14

**RESUMEN** El artículo revisa la evolución conceptual que a través de la historia ha tenido la noción de propiedad, para detenerse en la concepción de propiedad indígena que ha acuñado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el horizonte ya no de la cosa, sino de la persona.

**PALABRAS CLAVE** Derecho de propiedad, propiedades, propiedad indígena, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos fundamentales.

**ABSTRACT** The article reviews the history of the evolution of the concept of property finally coming to the conception of indigenous property that was coined by the Inter-American Court of Human Rights no longer based on the perspective of a ‘thing’, but rather that of a ‘person’.

**KEYWORDS** Ownership, properties, indian property, Inter-American Court of Human Rights, fundamental rights.

---

1. Abogado. Miembro del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Chile. Magister en Derecho Constitucional e Instituciones Públicas por la Universidad Diego Portales (c). Email: sfuenzalidab@ucentral.cl.

## La propiedad(es) de los antiguos. La propiedad de los moderno

El concepto de propiedad moderno que se cristalizó en el movimiento codificador del siglo XIX, y del cual seguimos en buena parte siendo tributarios, arranca de una concepción históricamente determinada y filosóficamente contingente. No hay nada de permanente ni de *verdadero* en el conjunto de atribuciones o poderes que asociamos habitualmente a la idea de propiedad. Su enfoque desde los poderes del individuo propietario tampoco arranca de un elemento necesario en la relación entre las personas y las cosas. Es puraperspectiva, pura cultura traducida en un instituto jurídico. Cultura, por cierto, que es inseparable del poder<sup>2</sup>.

Comencemos por lo primero, el concepto de derecho subjetivo. Este concepto ha impregnado todo nuestro discurso jurídico de modo tal que casi todo lo jurídico lo comprendemos a partir de sujetos (públicos o privados) dotados de poderes, atribuciones, soberanías o facultades, cuyos respectivos campos de acción requieren de ser coordinados, jerarquizados o conciliados de acuerdo a algún mecanismo que haga posible la vida en común. La misma matriz que se utiliza para comprender los elementos que configuran un derecho humano se utiliza para comprender un derecho emanado de un contrato civil. En todos ellos podemos reconocer, por una parte, «el sujeto titular de la facultad o poder y la persona obligada, o sea, el individuo en quien recae la obligación de cumplir con un deber»; por otra parte, «la relación misma, es decir, la facultad o poder que genera una obligación o un poder recíproco»; en tercer lugar, la existencia de «un orden jurídico (el llamado derecho objetivo) que se traduce en una norma jurídica por la que se reconoce la facultad de uno de los sujetos y el deber jurídico del otro»; finalmente, «la existencia de un «órgano» capaz de dilucidar el conflicto que puede presentar la eventual falta de cumplimiento de la relación planteada entre los sujetos reconocidos por la norma jurídica»<sup>3</sup>.

El derecho de propiedad, de acuerdo a la concepción que se consagró en la codificación del siglo XIX y que perdura en parte importante hasta el día de hoy, responde con precisión a ese modelo; podríamos decir que es su arquetipo. En él la libertad del individuo encontraría su propia esfera, su campo de acción y a la vez su seguridad. Se reúnen bajo su regazo los poderes más

---

2. FOUCAULT (1999).

3. SALDAÑA (1996). Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/86/art/art13.htm>>. [Sin fecha de consulta].

intensos sobre la cosa: de usar, gozar y disponer de ella; de un modo al mismo tiempo exclusivo y perpetuo. Su fuente se hallaría afuera de la comunidad política; sería un derecho natural y por lo mismo estaría a resguardo del poder estatal. Patrocinaría la relación de la persona con la mayor cantidad de bienes exteriores y, asimismo, como el lecho de Procusto, el «sujeto propietario «sería siempre igual a sí mismo, ya sea se trate de un individuo o una personas moral<sup>4</sup>.

Esto, naturalmente, no fue así siempre. Todo ese pesado edificio conceptual encuentra sus orígenes en un tiempo; en una lucha, en una estrategia. El mismo concepto de derecho subjetivo encuentra un origen histórico. Al decir de Villey, este nace de la disputa entre el Papa Juan XXII con la orden franciscana en el siglo XIV a propósito de la querrela sobre la naturaleza jurídica de la tenencia que tenía la orden sobre los bienes que ocupaba. Ahí el fraile Guillermo de Occam postuló por primera vez, para rebatir a los postulados papales, que el derecho no se correspondía con «el bien que os toca según la Justicia» de acuerdo a un orden natural previamente dado- que el jurista debía desentrañar y adjudicar según la vieja concepción romana-clásica que defendía el obispo

---

4. VILLEY (1984). La codificación moderna del derecho tuvo por principal objetivo asentar las bases de una profunda transformación social y económica de acuerdo a los lineamientos del liberalismo burgués. El Código Civil francés, que sirvió de modelo a la codificación europea continental y latinoamericana, «[m]ediante dos de sus ejes, la propiedad y el contrato, extirpó las instituciones merced a las cuales se había perpetuado el control aristocrático de la tierra, introduciendo otras que abrieron a la burguesía un amplio acceso a la propiedad y a la explotación de la riqueza». Se prohibieron los fideicomisos «que habían sido instrumentos de concentración de la riqueza en manos de la aristocracia y que, al mismo tiempo, habían impedido la utilización plena de los recursos. Se eliminaron los mayorazgos y los derechos de primogenitura, instalándose el principio de igualdad entre los coherederos», con lo cual se fragmentaron las grandes propiedades y se cancelaron la relación entre el linaje aristocrático y la propiedad de la tierra, abriéndose el acceso de ellas a la burguesía. Asimismo, «[l]as relaciones de propiedad se regularon en función de la explotación burguesa de los recursos, o sea la máxima explotación económica; se estableció que los particulares, como principio, tienen la libre disposición de bienes que les pertenecen, bajo las modificaciones establecidas por la ley (art. 537». Por último, [e]n el centro del sistema se colocó a la propiedad, cuyo contenido era «la facultad de gozar y disponer de la cosa del modo más absoluto, mientras no se le dé un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos» (art. 544)». RAMOS (1997) p. 101 y 102.

de Roma en ese momento-sino que identificó el derecho con «el poder que se tiene sobre un bien»<sup>5</sup>.

Ello rompió con la concepción clásica que fundaba la ciencia jurídica a partir de un orden contenido en el cuerpo social y donde el derecho era precisamente lo que es justo, lo que a cada uno corresponde, lo suyo de cada cual «en *proporción* a sus méritos o a sus necesidades o a la función que ocupe en la sociedad; o teniendo en cuenta otros factores»<sup>6</sup>. En esa concepción clásica, no se partía desde el sujeto para confirmar su poder, no se contaba con la noción de un derecho subjetivo, antropocéntrico, nacido desde el individuo como un facultad natural, como «una libertad, una oportunidad de actuar»<sup>7</sup> sobre algo. Por el contrario, el derecho tenía por materia los contornos, las formas que disciplinaban las relaciones supraindividuales; traducía y regulaba el orden natural de la comunidad; encontraba su fundamento y su propio campo de acción en lo objetivo.

Son dos formas radicalmente diversas de pensar el derecho por parte del moderno y del clásico. El primero identifica al derecho con el «poder mismo, a la cualidad del sujeto, al *dominium* que éste tiene sobre las cosas: esto son los poderes, absolutos en principio o indefinidos, que preferimos investir con la autoridad significada por el término derecho». El segundo, por el contrario, «reserva el sello de lo jurídico al objeto una vez limitado, sobre el cual deberá recaer ese derecho, a los límites que el Arte jurídico traza entre las zonas de los poderes»<sup>8</sup>. Ello, naturalmente, tiene efectos muy directos sobre la forma de comprender la relación de las cosas con los hombres. El primero, el moderno, parte desde el sujeto y de sus amplias atribuciones sobre todo lo que le rodea. El segundo, el clásico, parte desde la cosa y de sus distintas utilidades y aprovechamientos, las que son reconocidas y protegidas en la medida que correspondan en justicia a su dueño<sup>9</sup>.

---

5. VILLEY (1976) p.177.

6. VILLEY (1984) p. 80.

7. VILLEY (1984) p. 157.

8. VILLEY (1976) p.160.

9. De acuerdo a Guzmán Brito, para el derecho romano «[l]a posibilidad amparada por el derecho de identificar una cosa corporal para obtenerla y tenerla, y de ejercer actos sobre ella que impliquen el máximo de aprovechamiento de sus ventajas o utilidades, recibe el nombre de «dominio». «Esta plenitud de beneficios que implica el dominio es tal que los juristas romanos no distinguen entre la cosa objeto del dominio

La concepción clásica, al estar enfocada en la realidad y no en un sujeto abstracto y sus poderes, reconoce amplias maneras de pertenencia o, si se quiere, diversas modalidades de «propiedad». Así, se dice que en él «en el Derecho romano la propiedad es la más plena pertenencia personal de las cosas (res), pero se identifica con las cosas mismas y es, por lo tanto, diversa según sea la cualidad jurídica de las cosas sobre las que recae. Por tal razón, la propiedad no es un *ius in re*, sino la misma res: no se vindica la propiedad, sino la res (*reivindicatio*)». De esta manera, «el contenido del derecho de propiedad se refiere a la realización de un conjunto de actos –jurídicos o materiales, y más o menos variables en su intensidad– de forma legítima respecto de una cosa, a voluntad del titular, y la posibilidad de desarrollar estos actos está condicionada por las cualidades del bien»<sup>10</sup>.

Por su parte, en el mundo medieval la lectura del derecho en relación con la cosa y sus distintos tipos aprovechamientos era especialmente acusada. En el contexto medieval es donde nace la noción de dominio útil y la teoría del dominio dividido, de la mano de la ciencia jurídica de los glosadores, y que arranca de la misma práctica altomedieval de carácter marcadamente agrario, donde junto con la propiedad plena coexisten variadísimas formas de tenencia de la tierra, muchas de ellas comunitarias derivadas del aprovechamiento de baldíos, montes o pastizales, que daban lugar a una propiedad de disfrute<sup>11</sup>. Las relaciones de vasallaje nacidas en el alto medioevo son traducidas por los glosadores a categorías del derecho romano de propiedad, y se divide así la propiedad entre un dominio directo que pertenecía al señor y el domi-

---

y un derecho de dominio por separado; cosa y dominio se confunden, pues, a punto de servir ambas denominaciones para denotar la misma realidad; de este modo se puede decir «mis dominios» con referencia a las cosas, y «mi cosa» o «esta cosa es mía» con referencia al derecho, y en una transferencia lo trasladado no es el derecho sino la cosa misma. Con todo el dominio es una situación jurídica no de hecho, porque no se trata de la tenencia de una cosa y de su máximo aprovechamiento, sino de la posibilidad de tenerla y aprovecharla oponible a todos en virtud de un «modo de adquirir» eficaz que funda el éxito de una acción «acción reivindicatoria» (*reivindicatio*). En este sentido podemos decir tratarse de la posibilidad de una tenencia y de un aprovechamiento «justos», esto es, protegidos por el *ius*». GUZMÁN (2012) p. 449 y 450.

10. CORDERO y ALDUNATE (2008). Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552008000100013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552008000100013&script=sci_arttext)>. [Sin fecha de consulta].

11. FERNÁNDEZ (1982). Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119325>>.

nio útil que refirió a los titulares (vasallos) en relación a los distintos tipos de aprovechamientos sobre la cosa<sup>12</sup>. Se reconocía de este modo una titularidad dominical a la situación del efectivo cultivador de la tierra y se ofrecía en consecuencia protección jurídica. Desarrollo forense que, como remarca Grossi, es la expresión de la mentalidad feudal donde prima lo objetivo y lo efectivo, y que se traduce en formas jurídicas que sancionan los tipos de ejercicios positivos sobre la cosa, las situaciones de utilidad que involucraran la sustancia de la cosa (no solo la enfiteusis). A quienes así detentan la tierra se les dota de los atributos reconocidos al propietario por la antigua tradición. «Por ello se dice que son dominios relativos a la *utilitas rei, dominiautilia perodominia*»<sup>13</sup>.

Todo lo cual, naturalmente, respondía a un tipo especial de mentalidad, que arrancaba de una concepción del mundo donde el arte del jurista consistía precisamente en recoger la realidad, la costumbre<sup>14</sup> y a partir de ahí adjudicar

---

12. Los profesores Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate lo explican así «Uno de los efectos más importantes del feudalismo fue la particular forma que asume el dominio territorial en las áreas a las que se extendió. La mayor parte de la propiedad inmueble de la época pasa a incorporarse a las relaciones de vasallaje como beneficio. Se produce así un desmembramiento de la propiedad raíz entre diversos titulares: aquél en quien se origina el beneficio (y que por lo tanto es fuente del derecho del vasallo y mantiene un derecho sobre el feudo) y aquel que la recibe en beneficio, que adquiere las facultades que hoy llamaríamos de uso y goce. Pero el vasallo adquiere también un haz de facultades de disposición, que eventualmente le permitirán entregar a sus vasallos las tierras que ha recibido en feudo, constituyéndose como señor. Al mismo tiempo, y aun cuando no se dé este fenómeno de sub-infeudación, el vasallo tiene sobre las tierras recibidas en feudo un poder o señorío que le permite disponer al interior del mismo, autorizando la ocupación de tierras por hombres libres, o bien entregándolas a sus siervos para su cultivo (obviamente, contra deberes de retribución de parte de las especies). El mapa de las zonas feudales, por lo tanto, permite apreciar una propiedad desmembrada hasta en cuatro o cinco niveles: la titularidad nominal del señor, el título del vasallo sobre las tierras recibidas de su señor, eventualmente un segundo título del sub-vasallo respecto de las tierras que recibe de su señor cuando éstas no están en su dominio directo, sino que forman parte de su feudo, y por último los títulos de aprovechamiento final para quienes ocupan o trabajan efectivamente las tierras (...). CORDERO y ALDUNATE (2008). Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552008000100013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552008000100013&script=sci_arttext)>.

13. FERNÁNDEZ (1982) p. 526.

14. Grossi señala que en la civilización medieval «el orden jurídico es (...) una rea-

lo que era justo para cada cual. Y su gramática respondía a la ordenación de la parte en función del todo y la participación de los miembros de la comunidad en el bien común. Por lo mismo, la libertad como poder indeterminado del sujeto para la configuración del mundo exterior aún no adquiriría carta de ciudadanía.

Debió pasar mucho tiempo antes que eso; debió cambiar la mirada sobre el hombre y su relación con las cosas para que la propiedad tal como la entendemos ahora pudiera hacer su debut. Y esto es básico de comprender, la propiedad o las propiedades, nos dice Grossi, «antes que paisajes son mentalidades». Y añade el jurista italiano, «en ella quizás más que en ningún otro instituto del Derecho, se exalta y se exaspera cuanto se está ahora diciendo de lo jurídico, porque ella, rompiendo la trama superficial de las formas, se liga necesariamente por un lado, a una antropología, a una visión del hombre en el mundo, por otro, gracias a su estrechísimo vínculo con los intereses vitales de particulares y de clases, a una ideología». Por estas razones, la propiedad más que ningún otro instituto es «mentalidad, es más, mentalidad profunda»<sup>15</sup>.

### **La función social de la propiedad. La diferenciación en razón del objeto**

Como se sabe, la concepción decimonónica de propiedad, ha sufrido fuertes embates.

En la concepción codificada la propiedad era entendida de manera tan amplia y expansiva que ella era difícil de distinguir del ejercicio de la libertad general del sujeto. La propiedad, se puede decir, es solamente el sujeto en acción, «el sujeto a la conquista del mundo»<sup>16</sup>. Por lo mismo, como en general respecto de la libertad, la propiedad sólo reconoce aquellas limitaciones que se justifica-

---

lidad deóntica, es decir escrita en la naturaleza de las cosas, realidad exquisitamente *radical*, ya que brota pujante en las raíces de la sociedad y por ello se identifica con la costumbre, con los hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una civilización histórica; ciertamente, por esto, se presenta siempre bajo el lema de la complejidad; realidad que nace, vive, prospera, se transforma fuera de la influencia del poder político, el cual, gracias a su incompletud, no tiene excesivas pretensiones, respeta el pluralismo jurídico, respeta el consorcio de fuerzas que lo provocan». GROSSI (2003) p. 29.

15. GROSSI (1992) p. 57 y 59.

16. GROSSI (1992) p. 130.

ban en la necesaria coordinación con otros individuos. Por ello, las restricciones a ellas son «entendidas como deberes negativos de ‘no hacer’ establecidos en razón del interés privado, es decir, se ocupaban de resolver los conflictos interindividuales, desatendiéndose del interés social de la comunidad»<sup>17</sup>. Como se dijo, el concepto se apoyaba en el sujeto titular antes de que en el objeto y por lo mismo son «indiferentes las cualidades y accidentes del bien, pues lo que interesa son las facultades o poderes del propietario que se conciben bajo una categoría unitaria caracterizada por una indefinición genérica de tales poderes (uti, frui, abuti), paradigmas de la utilización económica ‘soberana’»<sup>18</sup>.

Esto naturalmente se enmarca dentro de un contexto, de una mentalidad: el *homoeconomicus* de la sociedad capitalista. La propiedad entendida así es fértil para los objetivos del sistema económico: «un instrumento ágil, descarnado, funcionalísimo, caracterizado por la *simplicidad y la abstracción*»<sup>19</sup>. La propiedad es *simple* como reflejo del sujeto moderno que se funde en la

---

17. CORDERO (2008). Disponible en: <[www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200014&script=sci_arttext)>.

Para López y López, en la concepción de la codificación civil las limitaciones a la propiedad «son externas, ajenas a la potestad del sujeto propietario, y vienen residenciadas en la necesidad de considerar jurídicamente existentes a los otros, sean los otros propietarios, sea el otro soberano actuante sobre las cosas, el Estado, en función de prerrogativas que le son propias, pero fuertemente marcado por su base de Estado-monoclasista, y precisamente de la clase propietaria. Y como en la soberanía política surge la necesidad de llevar a puerto jurídico las relaciones internacionales, en la propiedad que conciben los Códigos, el primer elemento limitador, *ratione iuris privatorum*, son las relaciones de vecindad: puras relaciones exteriores entre los que ad intra son soberanos, gobernadas por un principio de reciprocidad. En cuanto al Estado, en esa época paleocodificadora, se ve reducido a las modestas funciones atribuidas a los reglamentos de policía, que buscan ante todo mantener un mínimo orden del statu quo propietario; y la expropiación forzosa del momento es más bien una garantía de que la propiedad no puede ser confiscada, sino solo transformada en un corresponsivo, pagado además previamente, antes que un instrumento ordinario de la consecución del interés público. Todo ello contribuye a la coherencia del modelo, en tanto en cuanto modelo ideal, y justifica de sobra la frase-adagio, que refleja un significativo concepto especular: «A l’Etatla souveraineté, auctoy en la propriété». LÓPEZ Y LÓPEZ (1998) p. 1641.

18. LÓPEZ Y LÓPEZ (1998) p. 502.

19. GROSSI (1992) p. 129. (las cursivas son nuestras).

universalidad de unos rasgos uniformes<sup>20</sup>. Es *abstracta* porque traduce la incondicionalidad del mismo sujeto que ya no depende en nada de su cuna, sino del sólo hecho de ser hombre<sup>21</sup>.

Esta concepción tan estrechamente vinculada a la idea decimonónica de libertad, y que tenía un claro correlato constitucional, debía necesariamente ser cuestionada al poco tiempo de haber sido recogida en los Códigos en el marco de la ofensiva general que sufrió el régimen liberal. Las ideas socialistas, comunistas y social cristianas que irrumpen en la escena de finales del siglo XIX ponen en cuestión ese régimen basado exclusivamente en la libertad de los sujetos individuales, y que limitaba la acción política del Estado a proveer seguridad y lograr la coordinación entre las distintas iniciativas económica de las personas. Ofensiva ésta que repercute con especial intensidad en la idea de propiedad: en el corazón de ella, dirán algunos, se instala ahora la idea del deber<sup>22</sup>.

Con la llamada «cuestión social» se inicia un giro de primera importancia para la institución de la propiedad. De su fundamento en la naturaleza racional del hombre, con independencia del Estado, como expresión de la libertad humana, se pasa a su estructuración legislativa en función de los intereses sociales asociados al uso y aprovechamiento de las cosas, y al lugar que los distintos tipos de bienes ocupan en el entramado social y económico. El Có-

---

20. Por ello, al decir de López y López, el concepto de propiedad liberal es perfectamente lógico «porque desde el instante en que se parte de la perspectiva del sujeto, libre, igual, y soberano, y a ello obligaban las proclamaciones contenidas en las iusnaturalistas Declaraciones de derechos, y las enunciaciones de derechos de las Constituciones liberales, no cabe sino una formulación simple y unitaria del ámbito de poder del titular sobre las cosas; desde el punto y hora en que el sujeto es inescindible e indivisible, y la propiedad no es más que una extrinsecación de su yo en las cosas del mundo exterior, tal extrinsecación, tal poder, no puede ser más que inescindible e indivisible, es decir unitario». LÓPEZ Y LÓPEZ (1998) p. 1644.

21. La concepción codificada de la propiedad, por lo mismo, constituye un modelo absolutamente irreal «porque una potestad totalmente plena es imposible, y la misma realidad de las normas nos pondrá de manifiesto que, aunque se parta de que la propiedad es el más pleno derecho posible, su contenido efectivo es, más allá de la formulación de la regla general, extraordinariamente variable, es decir no unitario, no simple, no inescindible, no siempre igual a sí mismo, como (y de nuevo surge la insalvable contradicción) lo es el sujeto que se proyecta sobre las cosas con el derecho de propiedad». LÓPEZ Y LÓPEZ (1998) p. 1644 y 1645.

22. GROSSI (1992) p. 505.

digo, por lo mismo, pierde su centralidad; surgen decenas de «regulaciones especiales» que fragmenta la propiedad. Ella deviene en múltiple según la van conformando los estatutos jurídicos según el servicio que presten las diversas categorías de bienes en el conjunto social.

De un poder absoluto sobre la cosa, la propiedad pasa a ser entendida como «un poder funcional en el que las facultades de goce y disposición, para ser merecedoras de la tutela del Derecho, no pueden ir acompañadas de cualquier interés, sino tan sólo de aquellos intereses predeterminados por la propia Constitución [social], para cuya satisfacción ha sido funcionalizado el derecho mismo»<sup>23</sup>. Se reconfigura legalmente su contenido y para ello se utilizan diferentes mecanismos: se reducen las atribuciones del dominio de modo general y definitivo en relación a ciertas categorías de bienes; se establecen una serie de condiciones para el ejercicio de las atribuciones propietarias; y se fijan «obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el derecho subjetivo»<sup>24</sup>.

Como lo ha expresado el Tribunal Constitucional español (sentencia 37/1987), bajo la función social del dominio, la propiedad se configura ahora «como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o finalidad que cada categoría de bienes objeto del dominio, está llamada a cumplir». Por ello, continúa la sentencia, «la fijación del contenido esencial de la propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida ésta no como límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

---

23. DOMÍNGUEZ (1999). Disponible en: <[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168495670&esArticulo=true&idRevistaElekida=1109168490972&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome\\_RJU&siteName=CM\\_Revista\\_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome\\_RJU](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168495670&esArticulo=true&idRevistaElekida=1109168490972&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU)>.

24. LÓPEZ Y LÓPEZ (1988) p. 1654.

La propiedad, por lo mismo, deja de ser concebida como un concepto unitario. Se habla de diferentes propiedades, cada una sujeta a distintos estatutos fijados en razón de la aptitud social de cada tipo de bien y las diferentes necesidades de los sujetos. La ley, en ese contexto, en consecuencia, no se limita a restringir el derecho de propiedad. La ley viene a configurar el contenido de la propiedad, y no de una propiedad sino que de muchos regímenes propietarios en razón de los distintos fines que pueden satisfacer las diversas clases de bienes.

Bajo este contexto, entonces, se impone un pluralismo dominical en razón del particular destino asignado a diferentes categorías de bienes dentro de un orden social de derecho que se quiere proyectar o preservar.

Veremos ahora que el desarrollo reciente en materia de derechos de los pueblos indígenas desarrolla una nueva forma de pluralismo propietario, pero esta vez fundado en la identidad cultural de sus titulares.

## **La propiedad indígena. La diferenciación en razón del sujeto**

### **3.1 Comunidad, sujeto y derechos humanos**

Como veíamos, la propiedad moderna traducía una concepción de un sujeto abstracto, uniforme y universal. Ahora veremos cómo la irrupción de los derechos de los pueblos indígenas, del modo cómo se ha ido gestando, y especialmente como ha encontrado reconocimiento en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha ido poniendo fuertemente en cuestión esa pretendida cualidad.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas parte de la base de que la realidad del ser humano está ineludiblemente imbricada en una cultura y en una historia, lo que relativiza fuertemente la validez de aquellos descubrimientos universales y atemporales que serían los derechos humanos en la forma clásica de concebirllos. Por lo mismo, los derechos indígenas cuestionan la concepción universalista de los derechos humanos fundadas en un individuo abstracto, sin referencia a su situación singular, como atributos poseídos por «todos los *individuos* por el *mero hecho* de ser humanos y, por tanto, *al margen* de las características que nos singularizan y diferencian uno de otros»<sup>25</sup>, derechos inherentes a la naturaleza humana, los cuales serían deducidos de

---

25. ETXEVERRIA (2006) p. 65.

ésta como «derechos a-temporales y a-culturales que se *descubren* y formulan en un momento dado y que valen para siempre y para todos - para todas las culturas, que tendrán que acomodarse a ello»<sup>26</sup>.

Por lo mismo, los derechos indígenas someten a un escrutinio genético las formulaciones tradicionales de los derechos humanos de modo de indagar cuánto de ellas responden simuladamente a concepciones propias e intereses de una cultura en particular, como verbigracia la concepción occidental de la propiedad privada que, de acuerdo ha dicho Bartolomé Clavero, entrañaría la renuncia al control colectivo de los territorios y así a la propia autonomía y a la cultura indígena<sup>27</sup>. Porque detrás de una concepción de los derechos humanos también pueden haber muchas máscaras. Como destaca Xavier Etxeverría, a propósito de esto, si bien la doctrina tradicional de los derechos humanos, la del universalismo individual abstracto, «hablaba de individuos sujetos de derecho como ciudadanos en un Estado neutro frente a las identidades particulares que remitía a la privacidad», en la práctica «construía Estados nacionales, esto es, Estados que, siendo la mediación necesaria para el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, se regían -se rigen- por una determinada identidad cultural (con su lengua, su historia, sus instituciones, su referencia a un territorio, etc) que queda así fortalecida»<sup>28</sup>. Los estados y su estructura jurídica, por tanto, ni fueron ni son actualmente, estados «etnoculturalmente» neutrales, lo cual alcanza también a los derechos humanos, y naturalmente al derecho de propiedad<sup>29</sup>.

La verdad, es que acontrario de lo postulado por el iluminismo, los hombres somos seres culturales. Llegamos a ser humanos «por esquemas culturales en virtud de las cuales ordenamos y dirigimos nuestras vidas» y ello supone que poseemos «una dimensión comunitaria irrenunciable». «Nuestra autonomía no parte de cero: necesita unos arraigos y unos horizontes culturales que

---

26. ETXEVERRÍA (2006) p. 71.

27. CLAVERO (1994) p. 20 y siguientes.

28. ETXEVERRÍA (2006).

29. En este sentido no hay que olvidar toda la caterva de políticas implementadas por los estados nacionales, en materia jurídica, cultural, educacional, y lingüística, fue desarrollada con la clara intención de promover lo que Kymlicka llama una «cultura societal». Cultura, ésta, que constriñó los distintos modelos de vida dentro de una cohesión lingüística e institucional y que no surgió por propia iniciativa, sino como resultado de políticas estatales deliberadas, y, las más de las veces, compulsivas. KYMLICKA (2003) p. 39 y 40.

son comunitarios», señala Xavier Etxeverría<sup>30</sup>. La identidad de cada uno, por lo mismo, no puede comprenderse sin hacer referencia al medio social en que se desenvuelve.

Por lo mismo, los llamados «sujetos individuales» no se constituyen como entes aislados. Como lo destaca el filósofo canadiense Charles Taylor, un rasgo decisivo de la vida humana es su carácter fundamentalmente dialógico. «Nos transformamos en agentes humanos plenos, capaces de comprendernos a nosotros mismos y por tanto de definir nuestra identidad por medio de nuestra adquisición de enriquecedores lenguajes humanos para expresarnos». «Siempre definimos nuestra identidad -señala el mismo autor- en diálogo con las cosas que nuestros otros significantes [los otros que nos importan] desean ver en nosotros, a veces en lucha con ellas». Y agrega: «considérese lo que entendemos por identidad: es quienes somos, `de adonde venimos´. Como tal, es el trasfondo contra el cual nuestros gustos y deseos, opiniones y aspiraciones adquieren sentido. Si algunas de las cosas que yo aprecio más me son accesibles sólo en relación con las personas que amo, entonces ella se vuelve parte de mi identidad»<sup>31</sup>.

La vida humana, entonces, se da en un trasfondo de significación común, en una cultura. Joseph Raz nos dice que «puede no ser más que un hecho natural el que nuestro mundo esté organizado en gran medida alrededor de grupos con culturas de gran penetración. Pero resulta un hecho con consecuencias trascendente. Significa, en primer lugar, que la calidad de miembro de tales grupos es de gran importancia para el bienestar individual, ya que afecta en gran medida a nuestras oportunidades, nuestra capacidad de emprender relaciones y objetivos marcados por la cultura. En segundo lugar, significa que la prosperidad de la cultura es importante para el bienestar de sus miembros. Si la cultura está en decadencia, o si es perseguida o discriminada, las opciones y oportuni-

---

30. ETXEVERRIA (2006) p. 72.

31. TAYLOR (1993) p. 52 y siguientes. Para Taylor en contrapartida a esta constatación de la existencia humana como dialógica, el ideal «monológico», subjetivista o atomista, subestima gravemente el lugar que ocupa lo dialógico en la vida humana. Dice Taylor a propósito de esa concepción monológica de la existencia humana: «Quiere confinarlo todo lo que sea posible a la génesis. Olvida cómo nuestra concepción de las cosas buenas de la vida puede transformarse por gozarlas en común con las personas que amamos; como algunos bienes sólo quedaron a nuestro alcance por medio de ese goce común»

dades abiertas a sus miembros se reducen, se vuelven menos atractivas, y sus objetivos tienen menores posibilidades de éxito»<sup>32</sup>. De ahí que «la duramente postulada individualidad de los derechos humanos se nos muestra llamada a articularse de manera inevitable y en su justo equilibrio (aunque cabiendo variaciones plurales) con su enmarque en las colectividades de pertenencia», nos dice Etxeverría<sup>33</sup>.

### 3.2 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre propiedad indígena

Teniendo en cuenta lo dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido reinterpretando los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, especialmente en relación al derecho de propiedad, en razón precisamente del especial tipo de «sujetopropietario». Así, en el caso *Yackye Axa Vs Paraguay* destacó como «consideración previa» a la interpretación de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo siguiente:

---

32. RAZ (2001) p. 147. Por su parte Taylor señala que la constitución de la identidad de la persona o del grupo a que pertenece, dentro de una sociedad más amplia y con valores diferentes, puede resultar problemática y estar fuertemente condicionada por el reconocimiento social. La identidad, entendida como «algo equivalente a la interpretación que hace una persona de quien es y de sus características definitorias fundamentales como ser humano», se moldea en parte por el reconocimiento que viene de los demás. Un determinado reconocimiento, o la ausencia de éste, o un *falso* reconocimiento de los demás sobre una persona o un grupo de personas, puede provocar en estos un verdadero daño, «una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo». Lo cual puede adquirir una magnitud que constituya «una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado o reducido». Las personas y colectivos que sufren este fenómeno, se dice, internalizan esa imagen de inferioridad, ese retrato degradante, siendo esta autodepreciación uno de los instrumentos más poderosos de su propia opresión. De ahí entonces que la suerte del individuo y del grupo de que forma parte, en la mayor parte de las veces, corren de forma paralela. Una cultura respetada y floreciente redonda en individuos autos valorados y autónomos. Y viceversa, individuos de estas características florecen en culturas con esas características. TAYLOR (2003) p. 61 a 67.

33. ETXEVERRIA (2006) p. 72.

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado<sup>34</sup>.

Y esta misma idea, bajo la concepción de un derecho a la identidad cultural, la volvió a reiterar la Corte IDH en su última sentencia en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*:

«Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos»<sup>35</sup>.

Bajo esos supuestos se ha interpretado el derecho a la «propiedad privada» cuando ha sido aplicado a las tierras indígenas. La Corte ha leído esa institución jurídica no desde la exégesis occidental sino que ha puesto especial atención a la relación que se establece entre los pueblos indígenas y los territorios donde tradicionalmente han habitado. Así ha señalado, por ejemplo, que:

---

34. *Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay* (2005).

35. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador* (2012).

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>36</sup>.

También ha dicho que:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural<sup>37</sup>.

Y específicamente en relación a la posesión sobre las tierras tradicionales indígenas, la Corte ha entendido que el «derecho a la propiedad privada» ampara esa posesión en razón de su propio derecho consuetudinario, abriendo su jurisprudencia a otras fuentes del derecho:

La noción del dominio y de la posesión indígena sobre sus tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del artículo 21 de la Convención. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su

---

36. *Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni con Nicaragua* (2001).

37. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya con Paraguay* (2006).

vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.

Existe una discriminación de facto en contra de la comunidad indígena cuando el Estado da prevalencia a una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello su identidad cultural y amenazando su subsistencia física»<sup>38</sup>.

Por eso para la Corte IDH «la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana»<sup>39</sup>. Y esto tiene consecuencias en relación al *título* del dominio: «la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado»<sup>40</sup>; como, asimismo, en cuanto a la especial *modalidad* de la propiedad indígena: «el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal»<sup>41</sup>. La posesión tradicional indígena, en consecuencia, no sólo es apta como título de propiedad sino que también configura una particular modalidad de dominio (colectiva).

El fundamento de la propiedad en el caso indígena provendría de su especial identidad cultural y de sus propias concepciones jurídicas sobre lo que es de cada quien. Es la especial relación de la tierra como la base fundamental de la cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica de los indígenas lo que debe ser reconocida bajo el amparo del artículo 21 de la Convención Americana. Y no en la modalidad individualista de la formulación codificada, sino bajo el control colectivo de la propiedad.

Y de esta especial relación con la tierra se derivarían otros derechos especiales para los pueblos titulares de sus tierras de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, como son los derechos sobre sus recursos naturales, el derecho a la consulta e incluso el derecho a oponerse a la realización de proyectos de-

---

38. *Comunidad Indígena XákmokKásek. con Paragua* (2010).

39. *Comunidad Indígena Yakyé Axa con Paraguay* (2005).

40. *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay* (2006).

41. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni con Nicaragua* (2001).

sarrollo en sus tierras en ciertos casos.

En su sentencia *Saramaka Vs. Surinam* -donde se dirimía la convencionalidad de concesiones otorgadas a terceros por el Estado de Surinam para la explotación forestal y minera sobre el territorio del pueblo Saramaka- la Corte IDH amplió la protección de la propiedad a los recursos naturales de los territorios indígenas y realizó una serie de distinciones a la hora de decidir el alcance de dicha protección en relación a concesiones estatales en tierras indígenas.

A juicio de la Corte Interamericana de una interpretación adecuada del artículo 21 de la Convención Americana se impone proteger no sólo la conexión intrínseca que existe entre los integrantes de los pueblos indígenas y tribales y su territorio, sino que esa protección se extiende a los recursos naturales que se encuentran en y dentro de sus tierras, incluido los que se hallan bajo la superficie, que han sido usados tradicionalmente por ellos y que son necesarios para su propia supervivencia. Y bajo ese supuesto es que debe dirimir la legitimidad o no de parte del Estado para otorgar concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales que se encuentran en el territorio indígena.

La Corte señala que si bien toda actividad de exploración o extracción en el territorio indígena podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia del pueblo de que se trata, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que prive al Estado de emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio indígena. La protección del derecho a la propiedad no es absoluta y, por lo tanto, los derechos de los integrantes de los pueblos indígenas o tribales a sus territorios, incluidos los derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en él, pueden ser restringido por el Estado respetando las condiciones generales que autorizan a restringir un derecho, esto es que la restricción haya sido previamente establecida por ley, sea necesaria, proporcional y que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Los contornos de esa restricción, bajo las circunstancias específicas y excepcionales tratándose de un pueblo indígena o tribal, están dados por la necesidad de asegurar su subsistencia como colectivo, de tal forma que puedan continuar viviendo según su modo de vida tradicional y preservar su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas. Y ese objetivo se puede cumplir a juicio de la Corte cumpliendo con tres requisitos: 1) asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en

relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio, obligación que se materializa mediante la consulta indígena; 2) garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y 3) garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Adicionalmente a ello, para el caso de tratarse de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio indígena, de acuerdo a la Corte en esos casos el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo tribal o indígena, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.

En otro orden de cosas, la Corte ha dirimido la situación que aqueja a los pueblos indígenas cuando han perdido la posesión de sus tierras y éstas han pasado legalmente a manos de terceros. En esos casos los indígenas no pierden la posibilidad de invocar su propiedad sobre las mismas y exigir que les sean restituidas. La Corte IDH al respecto ha dicho que tanto la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas como la de los particulares están bajo la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana<sup>42</sup> y en los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. 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<sup>43</sup>. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana<sup>44</sup>. Por lo mismo, en caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos

---

42. *Comunidad Indígena Yakyé Axa con Paraguay* (2005).

43. *Comunidad Indígena Yakyé Axa con Paraguay* (2005).

44. *Comunidad Indígena Yakyé Axa con Paraguay* (2005).

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<sup>45</sup>.

## Conclusiones

El derecho de propiedad toca a un tema tan clave para cualquier sociedad como es la relación de las personas con las cosas. En ella está en juego la relación del hombre con el mundo se podría decir. Su regulación por lo mismo está atravesada por profundos intereses y, además, por los modos precisos de entender el mundo, el rol de las personas y la sociedad en cada momento histórico. Con la mentalidad profunda de una colectividad como se dijo atrás.

El mundo antiguo situó la propiedad dentro de un esquema general de justicia en que los bienes, dependiendo de sus características, encontraban una regulación específica en atención a su lugar en el todo, en conformidad, por un lado, a las exigencias que la comunidad podía imponer a las partes, como, por otro lado, la debida participación de los miembros de la comunidad en el bien común. El factor determinante era la naturaleza de la cosa, los aprovechamientos que ella ofrecía en el concreto esquema social y económico. Su regulación arrancaba de una perspectiva objetiva.

El proceso de codificación decimonónica, por su parte, consagró un esquema propietario que partía de un sujeto libre, abstracto y uniforme, y proyectó esas mismas características en el dominio, entendido como la concreción de unos poderes ilimitados del individuo sobre los bienes. La ley quedaba en este contexto relegada a coordinar las relaciones de vecindad y el papel del Estado se ceñía a custodiar a los ciudadanos-propietarios. El individuo burgués era el protagonista de esta trama y de lo que se trataba era de que pudiera encarnar

---

45. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la comunidad en cuestión, 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 indígena no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán determinadas 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. *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay* (2006) párr. 212

su rol para una representación que llevaba mucho tiempo preparando.

La cuestión social, no obstante, estropeó ese delicado entramado. Al poco tiempo surgieron fuertes críticas a la concepción liberal y la porfiada fuerza de las cosas, con su obstinado pluralismo volvió a señalar las diferencias entre las personas y las divergencias entre las cosas. En la cara idea del poder sobre los bienes, se volvió a instalar la idea del deber. El derecho dejó de estar sometido al poder individual para retomar su papel en el diseño de lo común, y la naturaleza de las cosas retomó su papel en la regulación jurídica.

El derecho de los pueblos indígenas, por su parte, vino y viene a disputar la concepción acultural y genérica de los derechos de las persona, y en primer lugar el de propiedad. Reafirma el carácter intersubjetivo de la existencia humana y la indefectible identidad dialógica de la persona. Denuncia la mascarada que implican los derechos humanos en su concepción iluminista y aboga por su contaminación con la realidad de los colectivos humanos.

La Corte Interamericana, a su vez, recoge el guante e interpreta el derecho de propiedad a la luz de la especial relación que tienen los indígenas con su tierra y a partir de ahí diseña un estatuto dominical que se acerca probablemente más a la idea de señorío o imperio sobre unas tierras que de propiedad propiamente tal. La verdad, menos importa el rigorismo que la realidad. Menos importan los estereotipos que la debida protección al vulnerable. Eso los glosadores medievales lo tenían perfectamente claro.

## Referencias

- CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo. *Evolución histórica del concepto de propiedad*. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552008000100013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552008000100013&script=sci_arttext)>. [Sin fecha de consulta].
- CORDERO, Eduardo. *De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad*. Disponible en: <[www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-68512008000200014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-68512008000200014&script=sci_arttext)>. [Sin fecha de consulta].
- CLAVERO, Bartolomé. *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo Veintiuno, 1994. 210 p.
- DOMÍNGUEZ, José Antonio. *Sobre la funcionalización del derecho de propiedad*. Disponible en: <[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168495670&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490972&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fho](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168495670&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490972&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fho)>

- me\_RJU&siteName=CM\_Revista\_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\_RJU>. [Sin fecha de consulta].
- ETXEVERRIA, Xavier. *La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación común*. En BERAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p 63-83.
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999. 168 p.
- FERNÁNDEZ, Margarita. *Los aprovechamientos concurrentes sobre una misma finca rústica en Extremadura: una manifestación de la supervivencia actual del denominado en la edad media dominio dividido*. Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119325>>. [Sin fecha de consulta].
- GUZMÁN, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012. (Tomo I). 802 p.
- GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 96 p.
- GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 1992. 136 p.
- KYMLICKA, Will. *La Política Vernácula: Nacionalismo, Multiculturalismo y Ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003. 452 p.
- LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel. *El derecho de propiedad. Una relectio*. En Revista: Anuario de Derecho Civil. Ministerio de Justicia / Boletín Oficial del Estado, BOE. 1998. p. 1637-1691.
- RAZ, Joseph. *La ética en el ámbito público*. España: Gedisa, 2001. 442 p.
- RAMOS, Carlos. *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, 199. 408 p.
- SALDAÑA, Javier. *Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/86/art/art13.htm>>. [Sin fecha de consulta].
- TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. 246 p.
- TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*. España: Fondo de Cultura Económica, 2003. 246 p.
- VILLEY, Michel. *Notas sobre el concepto de propiedad*. En *Revista de Derecho Público*. Santiago de Chile: Universidad de Chile. N° 35, 1984. p 35-36.

VILLEY, Michel. *El derecho subjetivo en Guillermo de Occam*. En *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976. p 149-190.

#### Jurisprudencia citada

*Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni con Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf)>, [Sin fecha de consulta].

*Comunidad Indígena Yakyé Axa con Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas). Serie C No. 125. Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)>, [Sin fecha de consulta].

*Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)>, [Sin fecha de consulta].

*Comunidad Indígena XákmokKásek con Paraguay* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)>, [Sin fecha de consulta].

*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)>, [Sin fecha de consulta].