

# **TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

## **PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA**

**¿En qué medida el ordenamiento legal Argentino garantiza la efectiva tutela de este instituto?**

**Carrera: Abogacía**

**Alumno: Esteban José Betes**

**Diciembre de 2015**

## **Resumen Ejecutivo**

El presente trabajo analiza el instituto de la propiedad comunitaria indígena en Argentina a partir de la realidad que atraviesan las comunidades en sus territorios ancestrales.

Esta indagación permite aproximarse a la profunda significación que los pueblos originarios otorgan a la tierra como elemento constitutivo de su cosmovisión y también contribuye a contextualizar la multiplicación de conflictos territoriales a partir de la especulación inmobiliaria y la lucha por acaparar recursos por parte de particulares, empresas y el propio Estado.

El respeto por la diversidad cultural y el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas está ligado a la consolidación de sus propias instituciones y organizaciones comunitarias. Para que ello sea una realidad tangible la propiedad comunitaria de la tierra requiere ser debidamente reconocida y reglamentada.

## **Abstract**

This paper analyzes the Institute for indigenous community property in Argentina from the reality facing the communities in their ancestral territories.

This examination allows approaching the profound significance giving indigenous peoples the earth as a constituent element of their worldview and also contributes to contextualize the multiplication of territorial disputes from real estate speculation and the struggle for resources by individuals, businesses and the State itself.

Respect for cultural diversity and the recognition of the ethnic and cultural pre-existence of the indigenous peoples is linked to the consolidation of their own institutions and community organizations. To make it a tangible reality community ownership of the land needs to be properly recognised and regulated.

## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	4
<b>Marco Metodológico</b> .....	6
<b>1. Consideraciones Generales</b>	
1.1 Concepto de Tierras y Territorios.....	7
1.2 Concepto Funcional de la Tierra para la Cosmovisión Indígena.....	8
1.3 Antecedentes legales en materia de tierras y territorios Indígenas.....	9
1.3.1 Antecedentes legislativos en materia de territorio Indígena.....	9
1.3.2 La legislación nacional y provincial antes de la reforma Constitucional de 1994.....	10
<b>2. Marco legal en materia de tierras y territorios indígenas</b>	
2.1 Normativa Internacional Vigente. Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo.....	13
2.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	16
2.3 La Reforma Constitucional de 1994.....	17
2.4 Ley de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.....	21
<b>3. La propiedad comunitaria indígena en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en su anteproyecto</b>	
3.1. Código Civil y Comercial de La Nación. Propiedad comunitaria indígena.....	23
3.2. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Posturas doctrinarias.....	24
<b>4. Operatividad del derecho de propiedad comunitaria indígena</b>	
4.1 Propiedad comunitaria indígena. Fuero competente para la resolución de los conflictos.....	29
4.1.1 Las acciones que tutelan el derecho a la propiedad comunitaria indígena.....	30

4.1.2 Los presupuestos de legitimación activa de las Comunidades Indígenas para la procedencia de la acción.....	31
4.2 La propiedad comunitaria indígena como derecho real.....	31
4.2.1 Las facultades de la comunidad titular del derecho real sobre los recursos naturales.....	32
<b>5. Análisis Jurisprudencial sobre Propiedad Comunitaria Indígena</b>	
5.1 Jurisprudencia Internacional.....	34
5.2 Jurisprudencia Nacional.....	40
5.2.1 Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	40
5.2.2 Tribunales Superiores Provinciales.....	43
<b>6. Conclusiones.....</b>	<b>47</b>
<b>7. Listado de Bibliografía</b>	
7.1. Doctrina.....	50
7.2. Legislación.....	54
7.3. Jurisprudencia.....	57

## Introducción

El presente trabajo de investigación se propone determinar la medida de la efectiva aplicación de las normas que tutelan el derecho de propiedad comunitaria indígena, en el marco de la relación entre estos pueblos y el Estado argentino.

La propiedad comunitaria indígena, en nuestro país, reconoce como antecedente la ley 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, sancionada en 1985. En 1992 mediante ley 24.071 se ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Desde entonces dicho Convenio, ha gravitado significativamente en la elaboración de las leyes y políticas en materia de derechos de los pueblos indígenas. En 1994 estos derechos fueron incorporados al texto de nuestra Constitución Nacional mediante el art. 75 inciso 17.<sup>1</sup> Así mismo reviste relevancia normativa, la Ley 26.160, sancionada en 2006, denominada ley de emergencia de la posesión y propiedad comunitaria indígena, suspendiendo los desalojos de dichas tierras y creando el Instituto de Asuntos Indígenas (INAI).

No obstante estos avances en el ámbito legislativo, la incorporación de dichos parámetros jurídicos a las prácticas judiciales no resulta significativa. Así, la realidad no concuerda con el discurso jurídico reconocido en las legislaciones, lo que constituye un ejemplo más de falta de aplicación efectiva de la ley, es decir, de ausencia, cuando menos parcial, de un Estado de derecho. (Huber, 2008).

Esta situación perpetuada a través de políticas discriminatorias y excluyentes devienen en la pérdida progresiva de territorios ancestrales de los pueblos indígenas, en la disgregación de sus comunidades, y en la privación a sus miembros de los derechos más básicos (ONU, 2005).

Las comunidades indígenas en el país, conformadas por unos doscientos mil pobladores originarios (INDEC 2003/2004), reclaman el reconocimiento de aproximadamente doce millones de hectáreas de tierras que ocupan tradicionalmente en el territorio argentino (Porcel, 2012).

---

<sup>1</sup> Fuente: Pagina web del I.N.A.I., Marco Normativo. Recuperado el 01/11/2014 de: <http://www.desarrollosocial.gob.ar/Uploads/i1/Institucional/8.%20Marco%20normativo.pdf>

Tomando en consideración lo expuesto precedentemente, se analiza el grado de efectividad de la tutela de la propiedad comunitaria indígena. Se estudia su aplicación a través de los fallos que integran nuestra jurisprudencia, así como su alcance mediante los documentos e informes que organismos y organizaciones nacionales e internacionales elaboraron al respecto.

Este trabajo comprende dos partes. La primera de ellas, abarca los dos capítulos iniciales, en ellos se definen los conceptos indispensables, para abordar el posterior análisis, desde una interpretación de la cosmovisión indígena y a continuación se examinan los antecedentes y la evolución normativa en materia de tierras y territorios indígenas.

En la segunda parte, compuesta por los capítulos tres y cuatro, se investiga, respecto del fuero competente al derecho de propiedad comunitaria indígena. Se examinan así mismo, las acciones y vías recursivas inherentes al ejercicio del derecho que nos ocupa, propendiendo a verificar la operatividad del derecho de propiedad comunitaria indígena. Posteriormente se realiza el análisis de la jurisprudencia, cotejando la recepción que en ella posee la normativa vigente en materia de propiedad comunitaria indígena.

Finalmente, la conclusión refleja el grado de operatividad alcanzado por el derecho de propiedad comunitaria indígena a partir de la muestra de casos estudiados y la bibliografía consultada ponderando los resultados obtenidos con los informes presentados por las organizaciones nacionales e internacionales abocadas a promover, monitorear, divulgar y analizar el cumplimiento de la normativa referida a los derechos de los pueblos originarios.

## **Marco Metodológico**

A los efectos de valorar cómo se recepta el instituto de la propiedad comunitaria indígena en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, este trabajo valora los Tratados Internacionales, en especial el Convenio n° 169 de la OIT y la convención de la CIDH, el artículo 75 inc.17 de la Constitución Nacional reformada en 1994, las Constituciones provinciales, la legislación y jurisprudencia tanto nacional como provincial, y la incorporación de la propiedad comunitaria indígena al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Se valoran además, doctrina, comentarios a fallo, reportes, informes, notas periodísticas, documentos de organizaciones, agencias y ONGs, nacionales e internacionales. La estrategia de recolección y análisis de datos empleada es la de Revisión Documental, que incluye el análisis de las fuentes primarias y secundarias descriptas ut supra. El periodo de estudio se extiende desde mediados de los 1980 hasta nuestros días. El nivel de análisis abarca la legislación Provincial, Nacional, e Internacional, incluyendo la Constitución Nacional Argentina.

# Capítulo 1

## 1. Consideraciones Generales

Es importante destacar que el derecho internacional identifica como pueblos indígenas a aquellos que descienden de pueblos que pre-existen a los estados actuales, conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida, y que tienen autoconciencia de su propia identidad.

En el presente capítulo se exponen los conceptos claves, imprescindibles a los efectos de efectuar una adecuada comprensión de los contenidos desarrollados en los capítulos siguientes. Para ello es preciso soslayar el concepto jurídico de propiedad para adoptar aquel imbuido de la cosmovisión indígena cuyos lineamientos analizaremos con detenimiento en las próximas páginas destacando la importancia de comprender la historia de estos pueblos y su ancestral arraigo a la tierra que habitan.

### 1.1 Concepto de Tierras y Territorios

Al decir de Cruz Rueda (2008) la tierra se entiende como una porción material – el espacio físico– del territorio, en la cual se pueden realizar diversas actividades humanas. Así mismo esta autora sostiene que el concepto de territorio contiene al de tierra, pero comprende además otros atributos, como el poder y por consiguiente el control de los recursos humanos y naturales (como los biológicos y los del suelo y subsuelo).

El concepto de territorio involucra una combinación de elementos políticos, económicos, sociales y culturales que le dan un valor distinto al de la tierra, de ello resulta la posibilidad del ejercicio de poder de quien tiene su posesión y control.

“De esta manera, la cuestión territorial constituye un referente central para comprender las dinámicas jurídicas y políticas que han marcado la relación del Estado con las comunidades indígenas y de éstas entre sí, y por consiguiente el sentido de las normas jurídicas en una comunidad”. (Cruz Rueda, 2008, pág. 45)

## 1.2 Concepto Funcional de la Tierra para la Cosmovisión Indígena

La concepción del territorio en la cosmovisión de los pueblos originarios ocupa un lugar preponderante porque su cultura y formas de vida se nutren de la tierra que habitan. Desde una perspectiva espiritual y cultural, la relación que los une con la tierra resulta trascendental para sus vidas.

En este sentido, “Arcos define el territorio indígena como el horizonte espacial en el que colectividades étnicas se despliegan y plasman su historia, sus anhelos de futuro, representaciones y sus relaciones de poder.” (Arcos, 1998, citado por Cruz Rueda, 2008, pág. 45)

Por su parte, Giménez (2000) concibe al territorio como el marco espacial que permite al grupo social garantizar su reproducción y la cobertura de sus necesidades vitales tanto materiales como simbólicas.

El concepto desarrollado Giménez también incluye otros elementos que son constitutivos de la cosmovisión originaria. Esto se observa claramente cuando define a la tierra “como lugar de inscripción de una historia o una tradición colectiva, la tierra de los antepasados, el recinto sagrado, repertorio de geosímbolos, bien ambiental, patrimonio valorizado, solar nativo, paisaje natural y símbolo metonímico de la comunidad.” (Giménez, 2000, citado por Cruz Rueda, 2008, pág. 45)

Si nos situamos en el plano de los derechos humanos no podemos dejar de soslayar la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (2007) que afirma la existencia de una estrecha relación espiritual de estos pueblos con su entorno. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos valoró este vínculo en una sentencia que involucra a la comunidad Mayagna Awas Tingni contra el Estado nicaragüense:

“[...] 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>2</sup>

La demanda en cuestión se presentó a raíz de que el Estado nicaragüense no demarcó los territorios de la Comunidad Awas Tingni ni tampoco tomó recaudos para asegurar los derechos de propiedad de las tierras ancestrales de este pueblo. Paralelamente, otorgó sin consentimiento una concesión de las tierras de la Comunidad. El fallo de la Corte condena a Nicaragua por violación del derecho a la protección judicial y exige a su Estado que arbitre medidas legislativas y administrativas para demarcar y otorgar títulos de las propiedades de las comunidades indígenas tomando en cuenta sus valores, usos y costumbres (Ramírez, 2006, pag. 68).

Es preciso destacar la vinculación espiritual que los pueblos originarios establecen con sus territorios como una expresión de la relación de mutua pertenencia en la que comunidad y territorio se integran una en el otro y viceversa, conformando para estos pueblos un rasgo esencial de su identidad.

### **1.3 Antecedentes legales en materia de tierras y territorios Indígenas**

A continuación, realizaremos un recorrido cronológico de la evolución histórica del instituto que nos ocupa. Es preciso revisar los avances legislativos en materia de territorios Indígenas en el régimen nacional e internacional para tener una aproximación de nuestra área de estudio. En consecuencia, analizaremos la normativa pertinente y estudiaremos la penetración de dichos antecedentes en los cuerpos normativos de las provincias de nuestra República.

#### **1.3.1 Antecedentes legislativos en materia de territorio Indígena**

En la asamblea del año 1813 se declaró extinguida la mita y el yanaconazgo mediante el reconocimiento de los indios como personas libres y con igualdad de derechos a los demás ciudadanos. Algunas décadas después, nuestra Carta Magna de

---

<sup>2</sup> Corte I.D.H., Sentencia Comunidad Mayagna Awas Tingni C/ Estado de Nicaragua, del 31 de Agosto de 2001, Serie C, N° 79, par. 149.

1853, en su artículo 67, inc.15, exigió trato pacífico hacia estas comunidades y promovió su conversión al catolicismo.

Los pueblos originarios se hallaron en desigual situación cuando la escritura incidió plenamente en el reconocimiento de la propiedad de la tierra. En tal sentido, debe tenerse presente el sentido de la escritura como reproductora de los modelos de dominación cuando se valora el documento escrito como fuente de verdad legal e histórica en oposición a la verdad declarada oralmente, que se acerca más a la visión de las comunidades (Trincherro, 2000).

La concepción sobre la propiedad privada de la tierra del “hombre blanco” en la práctica significó una suerte de invisibilización de la cosmovisión de los originarios sobre el territorio. “En cuanto al reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena el Código Civil de Vélez Sarsfield no establece este tipo de propiedad comunitaria, por lo que debería ser definido en una norma especial”, Bidart Campos (1996, pág. 1205).

Sin embargo, la ausencia de una regulación específica que respete la propiedad comunitaria indígena fue interpretada como un avasallamiento sobre sus derechos en el carácter de pobladores preexistentes al Estado argentino. Bidart Campos (1996) aclara respecto al concepto de propiedad comunitaria que éste no implica la prohibición de la propiedad privada, ni del desarraigo voluntario de quienes quieran separarse de la comunidad. Lo que se prohíbe es el desarraigo forzado de los habitantes tradicionales.

### **1.3.2 La legislación nacional y provincial antes de la reforma Constitucional de 1994.**

A partir del retorno a la democracia tras el último golpe cívico-militar, en 1983, los movimientos indígenas se revitalizaron y lograron importantes objetivos. Por ejemplo, la Ley 23.302 de 1985 creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) con el objetivo de proteger y apoyar a las comunidades indígenas. (Kreimer, 2008)

La sanción de dicha norma se fundamentó en la posibilidad de brindar apoyo a los aborígenes residentes en nuestro país, defenderlos y permitirles el desarrollo como comunidad, dentro del proceso socioeconómico de la Nación. La regulación promueve el respeto de sus valores y establece planes que permiten el acceso a la propiedad de la tierra. Fomentando su producción de variadas formas preservando sus pautas culturales.

Tal como adelantamos, la Ley 23.302 establece también la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). La norma original preveía la organización del INAI como entidad descentralizada con participación indígena, que dependería en forma directa del entonces Ministerio de Salud y Acción Social. Sin embargo, la efectiva implementación del Instituto -que data de 1989- no se ajustó a lo estipulado en la Ley.

Para comprender la evolución legislativa provincial y nacional antes de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 presentamos el siguiente cuadro:

<b>AÑO</b>	<b>LEYES INDIGENISTAS</b>	<b>JURISDICCIÓN</b>
1985	Ley 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes	Nacional
1984	Ley 426 Integral del aborígen	Formosa
1986	Ley 6373 de Promoción y Desarrollo del aborígen	Salta
1987	Ley 3258 Ley del aborígen	Chaco
1988	Ley 2287 Integral del Indígena	Rio Negro
1989	Ley 2727 instituye un Régimen de Promoción Integral de las Comunidades Guaraníes existentes en la Provincia	Misiones
1991	Ley 3657 Establecimientos de normas tendientes a la preservación social y cultural de las Comunidades Aborígenes	Chubut
1993	Ley 11078 Ley de comunidades aborígenes	Santa Fe

Fuente: Monbello (2002)

Tal como se observa en la tabla precedente, entre mediados de la década de 1980 y principios de los 1990 se dio a lo largo del país, aunque con resultados dispares, un proceso de adecuación legislativa que implicó un reconocimiento expreso a las comunidades originarias de cada región. Monbello lo explica del siguiente modo:

“(…) las leyes provinciales si bien no son idénticas, en su conjunto apuntan al desarrollo del sector indígena visibilizándolos como aquellos sujetos con mayor nivel de vulnerabilidad dentro de la población Argentina. En este sentido en los textos de las leyes abundan las referencias a la “extrema pobreza”, la “miseria”, “marginalidad” y atraso del sector indígena en relación al conjunto de la población. En concordancia con estas conceptualizaciones las leyes tienden a garantizar, por ejemplo, “la propiedad de la tierra” y otros “recursos productivos” en igualdad de derechos con los demás ciudadanos”. (Monbello, 2002, pág. 11)

Por último, y a los fines de recapitular los contenidos hasta aquí desarrollados, no podemos soslayar la importancia del concepto de territorio atendiendo a la cosmovisión indígena, así como a la relación espiritual que los pueblos originarios entablan con la tierra, conformando con ella una identidad característica.

Recién en las últimas décadas del siglo XX es que los pueblos originarios alcanzaron un reconocimiento normativo más amplio en nuestro país aunque no se consagró debidamente el derecho a la propiedad comunitaria del territorio. El caso de las comunidades indígenas es paradigmático en virtud de que a partir de su status de pueblo con rasgos distintivos demandan al Estado la formulación de políticas específicas. No obstante ello, pertenecen al sector de mayor vulnerabilidad social, lo que pone en evidencia que el avance normativo no tuvo su correlato en la reglamentación de su ejercicio.

## Capítulo 2

### Marco legal en materia de tierras y territorios indígenas

En el presente capítulo abordaremos los avances más significativos de las últimas décadas en el ámbito del Derecho Internacional a partir de los Convenios N° 107 y N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. El recorrido supranacional se completa a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A su vez, dedicamos un apartado especial a analizar los cambios introducidos en el derecho argentino mediante la Reforma Constitucional de 1994, el cual finaliza analizando la Ley de emergencia en materia de posesión y propiedad comunitaria indígena.

#### **2.1 Normativa Internacional Vigente. Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo.**

En los instrumentos internacionales el Derecho indígena está prácticamente ausente hasta después de la segunda mitad del siglo XX. Los primeros intentos en el ámbito internacional por parte de los Estados a los fines de codificar sus obligaciones respecto a los pueblos originarios y de reconocer sus derechos cristalizaron hacia 1957 con la adopción del Convenio 107 de la OIT (*Convenio relativo a la Protección e Integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*).

Este instrumento es el primero en su tipo a nivel internacional y fue ratificado por 27 países. Actualmente se encuentra en vigencia en 18 naciones. Si bien el Convenio 107 recibiría luego serios cuestionamientos por parte de los pueblos indígenas, en una primera etapa significó un importante avance en la materia dado que abarca una amplia gama de temas: derecho a la tierra, educación, derechos laborales, salud y seguridad social, medios de comunicación, entre otros.

Tal como reconoció tres décadas después la distinguida Organización internacional, el Convenio 107 adolece de un sesgo integracionista que es un reflejo del discurso desarrollista de la época en que se creó. Fue así como en 1986 el Consejo de Administración de la OIT emitió un dictamen en el que se planteó la necesidad de una

revisión de sus postulados dado que el enfoque integracionista del Convenio “estaba obsoleto”.

La revisión del Convenio 107 dio lugar al Convenio 169 (1989), actualmente en vigencia. Esta herramienta legal refleja la importancia que adquirieron los pueblos originarios en el ámbito internacional y un cambio de agenda respecto a las discusiones sobre el derecho indígena. El nuevo instrumento consta de 44 artículos, separados en 10 Partes. Una de ellas, la parte II, regula el derecho de propiedad y posesión de tierras, territorios y recursos naturales que ocupan los pueblos aborígenes.

El Convenio 169 fue denominado *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, e incorpora entre otros importantes avances:

“(…) el criterio de auto reconocimiento de la calidad de indígena y su pertenencia a los grupos étnicos (art. 2). Principalmente se tuvo en consideración el derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación; debiendo los Estados al aplicar la legislación nacional respetar a esos pueblos originarios, en esencia, sus costumbres o su derecho consuetudinario (arts. 3, 4, 5, 6 y 8)”. (Abreut de Begher, 2012, pág. 61-62)

El Convenio incorpora cuestiones esenciales para el reconocimiento de los derechos indígenas, tales como el derecho colectivo a la posesión y propiedad de la tierra. Entre otras importantes dimensiones se contempla la protección del derecho a la existencia colectiva, a la identidad cultural y a la participación; el derecho a la administración de justicia y a la libre determinación interna.

En su artículo 13 inc. 1 el Convenio 169 señala que:

“[...] los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

En tanto que el inc. 2 del citado artículo, agrega: “La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la

totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

Por su parte, el artículo 14 inc. 1 indica que:

“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.”

Es importante destacar que la protección de la norma es amplia. No se limita únicamente a la tierra que ocupan las comunidades para vivir, sino que dicho resguardo se extiende a aquellos otros territorios que utilizan de alguna otra manera.

Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar que el artículo 15 del referido Convenio 169 establece el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales. En tanto que el artículo 16 protege a las comunidades aborígenes de traslados injustificados; mientras que el artículo 17 regula lo referido a la modalidad de transmisión de los territorios y obliga al Estado a impedir la ocupación de sus tierras por extraños a su comunidad, para evitar el sometimiento de los pueblos indígenas.

A su turno, el artículo 18 insta a prever sanciones para toda intrusión a los territorios de los pueblos mencionados. Por su parte, el artículo 19 dispone que los programas agrarios les otorguen tierras en caso de que les sea necesario para desarrollar su vida en comunidad, o ante crecimiento demográfico.

Como bien sabemos, es esencial para los pueblos originarios el uso de la tierra y recursos naturales, ya que se hallan estrechamente relacionados a la propia vida de dichos pueblos, no solo en lo que respecta a su subsistencia material, sino también, en cuanto a su identidad cultural y espiritual que mantienen con su entorno.

En Argentina, el Convenio 169 fue incorporado a la legislación nacional mediante la Ley N° 24.071 en 1992 y siendo ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional el 3 de julio de 2000, entrando en vigencia un año después. Si bien su incorporación es

un signo indubitable de las transformaciones en la relación Estado-pueblos originarios, la realidad indica que “sin lugar a dudas se encuentra subutilizado y en muchos casos es desconocido por los jueces cuando deben resolver un conflicto” (Ramírez, 2006, pág. 78).

## **2.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**

La *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* fue aprobada por la Asamblea General de dicho organismo el 13 de septiembre de 2007 por 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Registra como antecedentes directos a la Convención 107 y la Convención 169 de la OIT.

La Declaración aborda el derecho de las comunidades a vivir con dignidad, a sostener y fortalecer sus propias instituciones, cultura y tradiciones, a la autodeterminación de su propio desarrollo conforme con sus necesidades e intereses, entre otros.

Además, se incluyen los derechos individuales y colectivos, derechos a la identidad, salud, educación, empleo y lengua. El instrumento reconoce los derechos relacionados con los medios de subsistencia y su desarrollo, y el derecho a las tierras, territorio y recursos. Tal como señala el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, si bien la Declaración no tiene fuerza jurídica obligatoria conserva un efecto vinculante dirigido a la promoción, respeto y cumplimiento de los derechos de los pueblos originarios en los países firmantes.

En la Declaración la cuestión de la tierra y el territorio aparece en varios artículos. Por ejemplo, el artículo 8 inc.2 indica que los Estados deben prevenir y resarcir actos encaminados a desposeerlos de sus tierras, territorios y recursos. En una línea similar, el artículo 10 se señala que los pueblos originarios no serán desplazados de sus territorios por la fuerza.

A su vez, respecto a la relación espiritual que tienen los pueblos indígenas con la tierra, en el artículo 25 se expresa que:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.”

Para finalizar, creemos importante destacar que La Declaración aborda específicamente la cuestión de la propiedad indígena. En efecto, el artículo 26 expresa que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que poseen y tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. El Estado, en tanto, debe asegurar el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras “respetar debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate” (cfr. art. 26).

Tras el rechazo inicial que recibió la Declaración en cuatro países con una significativa población indígena, como Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, durante el 2010 estas naciones anunciaron finalmente su adhesión.

Esta reticencia por parte de algunos países pone de relieve que aún existe desconfianza e incertidumbre sobre las consecuencias que podría acarrear estos reconocimientos en el futuro. Sin embargo, se vislumbra un lento aunque progresivo respaldo internacional para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas que requiere ser profundizado.

### **2.3 La Reforma Constitucional de 1994**

La reforma constitucional desarrollada en Argentina en 1994 introdujo cambios significativos al modificar una concepción de Estado que se reflejaba particularmente en un artículo y constituía un rasgo de dominación y paternalismo<sup>3</sup>. El nuevo texto marcó un avance más en los cambios normativos de los últimos años que se estaban produciendo en la materia.

---

<sup>3</sup> Aludimos al art. 67 inc.15 de la Constitución de 1853 en cuanto menciona la conversión de los indígenas al catolicismo. Ver capítulo I del presente trabajo “Antecedentes legislativos en materia de territorio Indígena”.

Conviene aquí reproducir el artículo 75 inc.17 de la Constitución Nacional reformada para brindar luego una aproximación acerca de las modificaciones introducidas:

"Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones."

De esta forma, se reconoce la preexistencia de los pueblos originarios en nuestro territorio, lo que se convierte en un punto de partida para incorporar los demás derechos involucrados. Es importante destacar que este artículo reconoce no sólo la posesión y propiedad de los territorios sino también el uso y goce de los recursos naturales de esas tierras. Todo lo cual representa los elementos centrales de la organización interna de las comunidades.

Un aspecto a destacar de esta reforma constitucional está relacionado con la posibilidad de que las propias organizaciones indígenas puedan desarrollar demandas judiciales, lo que permite a las comunidades contar con una herramienta más de lucha y presión para evitar el avasallamiento de sus territorios.

Sin embargo, es necesario destacar que el citado artículo también recibió cuestionamientos por "cierta ambigüedad en sus prescripciones, (lo) que hace necesario una regulación posterior" (Ramírez, 2006, pág. 79). Ramírez considera que estas deficiencias podrían haberse evitado mediante una adecuada formulación. En cambio, reconoce como un acierto que permita un amplio margen de actuación a las organizaciones indígenas y a los operadores jurídicos sensibles a esta problemática.

Las modificaciones introducidas a la Carta Magna son el fruto de aportes realizados por diferentes sectores sociales y el trabajo de numerosas organizaciones

indígenas, que promovieron con su activismo la discusión de sus reivindicaciones en la Convención Constituyente (Monbello, 2002).

Si emprendemos un examen analítico del artículo 75 inc.17 segmentando sus aspectos más relevantes, podemos observar lo siguiente:

“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos [...]”

De este axioma se desprende una reivindicación histórica que coloca en la máxima jerarquía de nuestro sistema jurídico los derechos de los pueblos originarios. Para Bidart Campos esto no significa ningún privilegio (de sangre, nacimiento, origen étnico o racial): “Es simplemente, aplicar la regla inveterada de que a quienes se emplazan en circunstancias diferentes no se los ha de nivelar a todos igualitariamente porque, de ser así, en vez de igualdad imponemos la desigualdad” (1996, pág. 1207).

En otro pasaje, el artículo agrega:

“[...] Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural [...]”

El fragmento precitado expresa un cambio desde el antiguo paradigma de la asimilación hacia un paradigma pluricultural, actualmente predominante en América Latina. Así, se apunta al reconocimiento y respeto de las diferencias y se sientan las bases para una educación multilingüe.

A continuación, el artículo 75 inc.17 indica:

“[...] reconocer la personería jurídica de sus comunidades [...]”

Una primera lectura sobre este punto podría orientarse hacia un reconocimiento de las comunidades originarias como sujetos de derecho, que obtendrán así legitimación activa y podrían accionar legalmente en defensa de sus derechos.

Por contrapartida, desde una interpretación más restrictiva y de tono controversial, podría encenderse una luz de alarma en relación a la mención explícita sobre la personería jurídica de las comunidades. Desde una mirada crítica, esta

expresión les impone a los pueblos originarios una determinada forma organizativa ingresando así en una contradicción con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT.

Más adelante, el articulado alude al aspecto medular que aborda este trabajo:

“[...] y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano [...]”

Es decir que este enunciado debe interpretarse en consonancia con lo preceptuado al respecto en el Convenio 169 de la OIT. De este modo, resulta comprendida la totalidad del hábitat y se contempla la especial relación que estos pueblos perfeccionan con sus territorios ancestrales. A su vez, de su redacción podría deducirse que en caso de necesidad el Estado dispondrá la entrega de otras tierras.

A continuación, define las características particulares de la propiedad comunitaria:

“[...] ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos [...]”

Para una parte de la doctrina, esta reforma constitucional “reconoció un nuevo derecho real, ya que se trata de un derecho sobre una cosa propia, que se ejecuta en relación directa con la propiedad de nuestras comunidades indígenas.” (Lezcano, 2015, pág. 64).

Según esta corriente de interpretación, se equipara a la “tierra” comunitaria – como objeto de derecho- con la cosa en el sentido del artículo 2311 del Código Civil de Vélez. Es así como pueden tratarse algunos puntos en común con el derecho real de dominio aunque con características distintivas. Por ejemplo, la perpetuidad se atribuye a la comunidad indígena y no se extingue en caso de no uso. A diferencia del dominio revocable, no puede subordinarse a plazos ni transmitirse por vía sucesoria (Lezcano, 2015).

Por último, el artículo 75 inc.17 enuncia:

“[...] Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

En este punto el legislador se refiere a la explotación de los recursos naturales, derecho que la Nación delegó a las provincias, por ello estas ejercen concurrentemente tales derechos.

Resulta relevante subrayar que las constituciones provinciales también han reconocido la preexistencia de los pueblos originarios y regulado cuestiones centrales como el régimen de tierras, entre otros derechos, en sintonía con la Constitución Nacional reformada de 1994.

Como corolario, podemos decir que estas transformaciones en la faz jurídica implican indudables avances para las reivindicaciones indígenas aunque aún quedan muchas tareas pendientes para traducirlas en hechos concretos. El Estado tiene una misión trascendente encaminada a la reducción de la brecha entre normatividad y realidad que viven las Comunidades.

#### **2.4 Ley de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas**

El único avance legislativo referido a los derechos territoriales que se ha producido en los últimos años ha sido, en el año 2006, la sanción de la ley 26.160 (Ramírez, 2009). Esta Ley en su artículo 1º, declara la emergencia en materia de posesión y propiedad comunitaria de las tierras indígenas. En su artículo 2º, suspende la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos que tengan por finalidad el desalojo o desocupación de dichas tierras. Su artículo 3º designa al INAI para realizar el relevamiento técnico – jurídico – catastral de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas. Su artículo 4º dispone la creación de un Fondo Especial de treinta millones de pesos, cuya administración asigna al INAI a los efectos de solventar el relevamiento, las tareas profesionales en causas judiciales o extrajudiciales y los programas de regularización dominial.

Esta ley fue reglamentada mediante el Decreto 1122/2007 que designa al INAI como autoridad de aplicación de la ley 26.160, estipula que la emergencia declarada alcanza tanto a las comunidades Indígenas inscriptas en el Re.Na.C.I. , como a aquellas no registradas, así mismo dispone que se garantizara el respeto por la cosmovisión y las pautas culturales de cada pueblo y la participación del Consejo de Participación Indígena en la elaboración y ejecución de los programas de relevamiento aludidos (Kosovsky, 2011).

En consecuencia del decreto 1122/2007, el INAI mediante la Resolución 587/07 que creó el Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas (Re.Te.C.I.).

La norma que nos ocupa y su reglamentación, se proyectaron como una protección contra los desalojos compulsivos a los que se vieron sometidos los pueblos y comunidades indígenas en los últimos años. Un segundo objetivo de la Ley 26.160 es la concreción de un programa de relevamiento jurídico catastral para encaminarse hacia una regularización de la propiedad comunitaria indígena.

## Capítulo 3

### **La propiedad comunitaria indígena en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en su anteproyecto**

En el presente capítulo abordaremos la sucinta recepción que la propiedad comunitaria halló en el Código Civil y Comercial recientemente sancionado, para continuar analizando los artículos más significativos y las más recientes discusiones doctrinarias en torno a la propiedad comunitaria indígena que se sucedieron en el marco del anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **3.1 Código Civil y Comercial de La Nación. Propiedad comunitaria indígena**

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la propiedad comunitaria indígena solo mereció una escueta mención, en la que se indica que la regulación de ese instituto se realizará mediante una ley acorde a lo preceptuado por la Constitución Nacional. Ello surge del texto de su artículo 18, que se transcribe a continuación:

“Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.”

Esta modificación del Anteproyecto originario deja en pie el reconocimiento de la propiedad indígena pero ya no resulta posible concebirla como un derecho real autónomo con un articulado propio. Si bien la Comisión de Reformas presidida por el Dr. Lorenzetti incorporaba avances en esta materia, ello también implicaba una vulneración del derecho de consulta y del reconocimiento como sujeto no estatal de las comunidades. Tal como explicara Vely<sup>4</sup> durante su exposición ante la Comisión Bicameral de Unificación de Códigos:

“[...] la sanción del Anteproyecto sin que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y participación de conformidad con el texto

---

<sup>4</sup> Vely, Florencia, “Incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil argentino”, exposición ante la Comisión Bicameral de Unificación de Códigos, 14/02/2013, [en línea] [http://ccync.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS\\_022\\_FLORENCIA\\_VELY.pdf](http://ccync.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS_022_FLORENCIA_VELY.pdf)

constitucional y con las normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, convertiría en nulo el texto que se apruebe.”

Para evitar una degradación de su identidad cultural, costumbres y cosmovisión es que el Estado tiene el deber de consultar y dar participación a los pueblos indígenas antes de adoptar medidas que puedan incidir en el normal desenvolvimiento de sus vidas.

Este escenario adverso derivó en que finalmente el Código sancionado no incluyera como derecho real autónomo a la propiedad comunitaria indígena (Lezcano, 2015). La consecuencia más importante es que ahora el ejercicio de este derecho fundamental queda supeditado a la sanción de una ley especial con una correcta caracterización y configuración que respete el carácter organizativo de las comunidades originarias.

Oportunamente, las propias organizaciones indígenas consideraron inadecuada a esta reglamentación proyectada a raíz de que la posesión y propiedad indígena difieren de la posesión y propiedad civil e incluso pueden resultar incompatibles.

En el acápite siguiente desarrollaremos los puntos salientes del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sobre la cuestión de la propiedad comunitaria indígena, lo que pone de relieve las más recientes discusiones doctrinarias en la materia.

### **3.2 Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Posturas doctrinarias en torno a la propiedad indígena**

Antes de desarrollar el articulado y su análisis respectivo, consideramos prioritario adentrarnos a la temática a partir de una noción introductoria. En tal sentido, la Dra. Highton concibe a la propiedad comunitaria como una modalidad de propiedad colectiva compuesta por “una pluralidad de individuos que actúan como un haz de voluntades, constituyendo un autónomo grupo social y frecuentemente una actividad laboral inteligentemente organizada, dirigida a la consecución del bien de la comunidad” (1994, pág. 306).

A partir de aquí podemos avanzar recuperando algunos de los argumentos que dieron sustento a la fallida propuesta de reforma. En sus fundamentos el Anteproyecto expresaba:

“En cuanto a la enumeración de los derechos reales y a fin de estar a la altura de una realidad que hace hincapié en los derechos colectivos y participados, se adiciona la propiedad comunitaria indígena. Se propone un derecho comunitario, de sujeto plural o colectivo, pero indeterminado en cuanto a sus componentes.” (Perez Pejic, 2012, pág. 2)

Si nos situamos en el Anteproyecto podemos observar que algunos artículos recibieron críticas en su redacción. A continuación, reproducimos el artículo 2028 que ofrece una definición del concepto de propiedad comunitaria indígena:

“Artículo 2028.- **Concepto.** La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.”

Ahora bien, este concepto debe ser analizado junto al de titularidad considerando que la Constitución Nacional fija prohibiciones para impedir abusos contra las comunidades por parte de agentes económicos interesados en sus territorios y/o recursos. Según Lezcano (2015, pág. 65) “esta finalidad no se vio reflejada en las formas de constitución de este tipo de propiedad, que en el Anteproyecto no brindaba ningún medio de consulta para su constitución como derecho real.”.

Para Levy (2013) el problema radica en que no se establece ninguna concepción particular en relación a la posesión y propiedad indígena. Para las comunidades la tierra y el territorio tienen un valor relacionado con la identidad cultural y la vida, no le asignan un valor económico ni se plantean una voluntad de sometimiento sobre la “cosa”. De allí que Levy caracterice a la propiedad comunitaria indígena en el marco de una estrecha relación de tipo espiritual y sagrada.

Podemos agregar que el referido artículo menciona exclusivamente los inmuebles rurales desconociendo los derechos indígenas en zonas urbanas, periurbanas y semi-rural (Benedetti, 2012, pág. 5).

La nota distintiva del artículo 2029 es que no alude a los “pueblos indígenas” - como si enuncian la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales- sumado a la referencia como persona jurídica de derecho privado:

“Artículo 2029.- **Titular.** El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad.”

Se refiere a la ‘comunidad’ adjetivada como ‘indígena’ “pero calificada, desde la parte general del código (art.148.h), como “persona de derecho privado” al enumerarla junto a asociaciones civiles, mutuales, fundaciones, consorcio de propiedad horizontal, etc.”, explica Benedetti (2012, pág. 6).

Por su parte, el artículo subsiguiente dispone:

“Artículo 2030.- **Representación legal de la comunidad indígena.** La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.”

De esta forma, se pone de relieve una desmedida injerencia estatal al subordinar al sujeto titular a todas las restricciones administrativas comunes y ordinarias.

Respecto a los modos de constitución, se estableció la siguiente redacción:

“Artículo 2031.- **Modos de constitución.** La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

- a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria;
- b) por usucapión;
- c) por actos entre vivos y tradición;
- d) por disposición de última voluntad.

En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito.”.

El requisito de la inscripción registral podía tornarse ineficiente en caso de aprobarse esta norma dado que algunas comunidades originarias se caracterizan por una migración constante y división de sus miembros. A su vez, si se considera que el reconocimiento de los derechos a los territorios indígenas es resultado de un reconocimiento anterior como pueblos preexistentes, este derecho no debiera estar subordinado a la cesión por parte del Estado.

Otro aspecto muy polémico de este artículo es que opera un reconocimiento estatal de la posesión inmemorial comunitaria en lugar de referirse a la posesión tradicional, tal como indica la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales en la materia. Levy (2013) considera que esta redacción implica una suerte de negación de este derecho dado que el término ‘tradicional’ alude a los modos de ejercer la posesión, mientras que ‘inmemorial’ se refiere al tiempo de su ejercicio.

Los artículos 2032 y 2033 se transcriben en conjunto en virtud de un tratamiento unificado:

“Artículo 2032.- **Caracteres.** La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.”

“Artículo 2033.- **Facultades.** La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.”

Las críticas sobre estos artículos se focalizan en que la redacción original estaría impregnada de una “línea iusprivatista” en la que se relativizaría la manda constitucional que mantiene a los territorios indígenas excluidos del comercio.

Benedetti (2012) si bien rescata la imprescriptibilidad “por parte de un tercero” y su exclusión del “derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena” (art.2032) tanto como su “inembargabilidad” e inejecutabilidad (art.2034 in fine), discrepa respecto a que no sería suficiente indicar que no se permite transferir la explotación a terceros (art. 2033 in fine). Para este autor se debió disponer expresamente la no enajenación de la propiedad indígena.

Tras este recorrido por el marco legal proyectado de la propiedad comunitaria indígena -que finalmente fue excluido de la versión sancionada- se observa una insuficiente producción legislativa que precariza el acceso a la Justicia para efectuar los reclamos que correspondieren. Al respecto, cabe destacar el pronunciamiento de la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas señalando que se debe actualizar, en la medida necesaria, la normativa legal para que no sea contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional, la legislación federal y los estándares internacionales en materia de pueblos indígenas (Consejo de DDHH, 2011).

A modo de cierre del capítulo podemos decir que desde la conformación de las primeras instituciones hasta nuestros días, la relación del Estado argentino con los pueblos indígenas ha atravesado distintas etapas. Podemos identificar un primer momento marcado por una relación de dominación y paternalismo, pasando luego por marchas y contramarchas hasta llegar a la situación actual en la que se discute la construcción de un Estado multicultural. En igual medida, es importante distinguir los avances en el plano normativo de la capacidad de trasladarlos a las prácticas concretas. Sobre este último aspecto aún queda un largo camino por recorrer.

## Capítulo 4

### **Operatividad del derecho de propiedad comunitaria indígena**

En el presente capítulo analizamos distintos aspectos vinculados al fuero competente al derecho de propiedad comunitaria indígena. A su vez, se presentan y examinan las acciones y vías recursivas inherentes al ejercicio del derecho que nos ocupa.

Una cuestión siempre presente en los debates doctrinarios sobre la temática abordada se relaciona con la operatividad de la Constitución Nacional en situaciones de conflictos. En líneas generales, los juristas acuerdan en atribuir a las normas constitucionales ‘operatividad mediata’ considerando que su enunciado protege y garantiza derechos. Zamudio (2012, pág. 1) explica que “en cuanto a su ejercicio será necesario ejecutarlos a través de técnicas procesales adecuadas, instándolos ante el órgano judicial competente, y éste no puede negar su aplicación al caso concreto que lo provoca.”

Por lo tanto, en una problemática tan sensible como la propiedad comunitaria indígena, el ejercicio de ese derecho debiera encontrar canales de resonancia en la Justicia que insten a su protección. En este sentido, es importante recordar que desde 1992 la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los tratados internacionales suscriptos por Argentina donde se fijan derechos son de directa aplicación.

En un artículo de reciente publicación, Salgado (2015) recordaba acertadamente que la Corte en su actual composición ha fallado en este sentido en reiteradas oportunidades, particularmente en causas vinculadas a violaciones de derechos humanos.

#### **4.1 Propiedad comunitaria indígena. Fuero competente para la resolución de conflictos**

Para introducirnos en este tema podemos observar que la regla consiste en que todo el derecho común lo apliquen los tribunales ordinarios y sólo en casos excepcionales y enumerados lo haga la justicia federal, resultando las leyes que atribuyen su competencia de interpretación restrictiva.

Por otra parte, al no poder ejercer la competencia federal más allá de las disposiciones fijadas por la Constitución Nacional y explicitadas en la ley, se dice que debe ser expresa, como consecuencia de estas dos notas se admite que es limitativa, taxativa o restrictiva entendiéndose que no pueden extenderse los supuestos legales (Zamudio, 2012).

En esta línea, la Ley 48 de *Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales* establece en su artículo octavo que:

“[...] para las causas entre una provincia y vecinos de otra, o entre una provincia y un súbdito extranjero, o entre un ciudadano y un extranjero, o entre vecinos de diversas provincias; para surtir el fuero federal, es preciso que el derecho que se disputa pertenezca originariamente, y no por cesión o mandato, a ciudadanos extranjeros o vecinos de otras provincias respectivamente.”

Sin embargo, la jurisprudencia argentina ha establecido que la competencia federal procede siempre que haya un interés nacional en juego, lo cual podría respaldar la pretensión territorial, toda vez que la demanda aún planteada contra propietarios particulares, pone en tela de juicio la garantía constitucional a la inviolabilidad de la propiedad privada. Así, los conflictos relativos a la propiedad comunitaria indígena podrían canalizarse a través del fuero federal. Los intereses constitucionales en juego y el alcance de la sentencia a dictarse dan a la acción la entidad suficiente para su probable admisibilidad (Zamudio, 2012).

#### **4.1.1 Las acciones que tutelan el derecho a la propiedad comunitaria indígena**

La primera gran limitación que se les presenta a los pueblos originarios al momento de concurrir a los tribunales es la falta de formación de los jueces en la materia. En virtud de que no existe una regulación específica la justicia argentina se muestra muchas veces refractaria ante los reclamos. La falta de claridad se traslada a las sentencias. Se obtienen respuestas contradictorias y disímiles que ponen en duda la tutela efectiva de los derechos indígenas.

Tanto las organizaciones indígenas como los operadores jurídicos en distintos ámbitos reclaman el establecimiento de acciones judiciales específicas para lograr un

acceso a la Justicia igualitario que permita obtener resoluciones funcionales. Sin ir más lejos, nuestra Corte Suprema de Justicia ha hecho lugar a acciones de amparo para la tutela de cuestiones vinculadas con la tierra y los territorios a partir del caso de la comunidad Eben Ezer.

Ante este vacío, éste antecedente abre una posibilidad para plantear que justamente la acción de amparo puede constituirse en una vía para canalizar estas demandas. Tal como sucede en algunos países de la región, la acción de amparo podría ser “el mecanismo idóneo para proteger el derecho a la tierra y al territorio indígena, dado el grave peligro y amenaza para la vida indígena que la demora en las soluciones concretas puede llegar a ocasionar” (Zimmerman, 2015, pág. 169).

Si analizamos que acciones pueden emprenderse para proteger estos derechos también podemos encontrar precedente instar en primer término una acción meramente declarativa, dirigida al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural. Zamudio (2012) sostiene que estando prevista en los ordenamientos procesales, con su liquidez y autonomía lograría la tutela jurisdiccional, acreditando la certeza de la situación de derecho invocada.

#### **4.1.2 Los presupuestos de legitimación activa de las Comunidades Indígenas para la procedencia de la acción**

El reconocimiento de la comunidad indígena, como sujeto de derecho, se obtiene en virtud del artículo 19 del Decreto reglamentario de la ley 23.302, ya que las comunidades indígenas inscriptas en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, tienen su personería jurídica reconocida con los alcances del inciso 2do del párrafo segundo del artículo 33 del Código Civil Velezano, es decir, se les reconoce como personas jurídicas de derecho privado.

#### **4.2 La propiedad comunitaria indígena como derecho real**

Si tomamos en cuenta que la propiedad comunitaria indígena fue excluida del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación como derecho real autónomo, podemos señalar que su tipicidad como tal surge de su consagración constitucional (art. 75 inc.17 de la CN) al reconocer la posesión y propiedad comunitaria de la tierra.

Entendemos, de acuerdo con Abreut, que la norma constitucional al reconocer el derecho de propiedad comunitaria indígena genera que el título se encuentre constituido por la disposición de la ley. En palabras de esta autora:

“[...] la ley funciona como fuente mediata del nacimiento del derecho real de propiedad indígena, en razón de la posesión ancestral que detentan las comunidades indígenas.” (Abreut, 2010, pág. 89)

En las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Córdoba, 2009), a través de la Comisión de derechos reales, se declaró que la propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de raigambre constitucional cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural. En aquellas jornadas se aconsejó el dictado de una ley especial para su inserción y sistematización dentro del ordenamiento jurídico a raíz de la insuficiencia de la Ley 23.302.

En la reciente unificación del Código Civil y Comercial de la Nación queda de relieve la diferencia que subyace entre la propiedad comunitaria indígena y la figura del derecho de dominio clásico, esencialmente privatista. Dicho en otras palabras, estamos en presencia de una propiedad colectiva que difiere de la propiedad individual, la que podría denominarse como propiedad constitucional en un sentido restringido.

#### **4.2.1 Las facultades de la comunidad titular del derecho real sobre los recursos naturales**

Los pueblos originarios son los titulares del derecho de propiedad comunitaria indígena y como tales poseen determinadas facultades sobre sus tierras y territorios. Así, el artículo 75 inc.17 de la Constitución Nacional asegura a los pueblos indígenas la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que la afecten.

El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas debe estar sujeto al derecho a la consulta previa (art. 18 y 19 Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas), lo que se establecería como su derecho al control sobre los recursos naturales.

Cabe destacar el informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de diciembre de 2011 (Órgano supervisor del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que indica:

“[...] el Comité lamenta también las deficiencias en los procesos de consulta con las comunidades indígenas afectadas, que en algunos casos han dado lugar a la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionalmente ocupados o utilizados por esas comunidades, sin su consentimiento previo, libre e informado, y sin una indemnización justa y equitativa, en violación de la constitución (art. 75) y del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.”

Las comunidades indígenas dependen de sus tierras y recursos para vivir por lo que deben establecerse los medios para garantizar su existencia como comunidad. Generalmente, los pueblos indígenas habitan zonas con recursos hídricos, mineros, forestales, entre otros, por lo que es de sumo interés tanto para ellos como para el Estado. Entendemos que debe primar un diálogo entre las comunidades, el Estado nacional y provincial para la gestión de dichos recursos.

## Capítulo 5

### Análisis jurisprudencial sobre Propiedad Comunitaria Indígena

La relación entre los distintos órdenes de la Justicia y los pueblos originarios está marcada por tensiones y desconfianzas mutuas. El recorrido que realizamos en el presente capítulo permite una aproximación a la cuestión de la propiedad comunitaria indígena en tanto problemática común que no reconoce fronteras, tal como queda de relieve en las sentencias, que aquí abordamos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El análisis jurisprudencial resultaría incompleto si no consideráramos la situación de Argentina en la materia. Es por ello que se incluyen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y fallos de los Tribunales Superiores de algunas provincias.

#### 5.1 Análisis de jurisprudencia internacional

La trascendencia y rigurosidad de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pone de relieve, en esta oportunidad, a raíz de violaciones contra los territorios indígenas acaecidas en Nicaragua y Surinam. A continuación presentamos los aspectos más destacados en cada caso.

- *Corte I.D.H., Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua, del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79*

A los fines de clarificar los hechos investigados y los intereses en pugna se torna necesario analizar el caso desde una perspectiva cronológica, sin más que describir los hechos y verificar las posturas vertidas en el conflicto.

En junio de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos envió a la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua que se originó en una denuncia recibida en el año 1995. La Comisión presentó el caso con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención.

La acusación se basaba en que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales del pueblo indígena Awas Tingni, ni ha elegido medidas certeras que aseguren y garanticen los derechos de propiedad de la Comunidad indígena en sus tierras ancestrales y recursos naturales. La demanda también denunciaba al Estado nicaragüense por haber otorgado tierras de la Comunidad sin su consentimiento y por no garantizar un recurso efectivo para responder a los reclamos indígenas respecto a sus derechos de propiedad.

La Comisión invocó los artículos 50 y 51<sup>5</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. A su vez, requirió a la Corte que declarara que el Estado de Nicaragua debe fijar un procedimiento que permita la demarcación y el reconocimiento certero de los derechos de propiedad de la Comunidad Mayagna. También, instó a la nación centroamericana a cesar cualquier otorgamiento de concesión para el aprovechamiento de recursos naturales en las tierras ocupadas por Awas Tingni, hasta tanto se resuelva la cuestión.

En el tramo final la Comisión solicitó a la Corte que condene al Estado de Nicaragua a abonar una indemnización compensatoria de los daños materiales y morales que sufrió la Comunidad. Los gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el Sistema Interamericano también fueron consignados en el requerimiento. En consecuencia, se promueve la reducción a cero de los gastos erogados por la Comunidad para afrontar el conflicto.

En el año 1997, se celebró una audiencia ante la Comisión en la que los peticionantes manifestaron que las operaciones forestales en las tierras de la Comunidad no se habían detenido. Además, solicitaron la realización de un diagnóstico en la

---

<sup>5</sup> Artículo 50.- 1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo de fije el estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inc. 1, e) del art. 48. 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51.- 1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

situación en el territorio. El Estado nicaragüense se negó a verificar dicha actividad forestal.

Al año siguiente, Nicaragua comunicó a la Comisión que los peticionantes habían presentado una solicitud de ejecución de la sentencia dictada en 1997 por el tribunal supranacional ante la Corte Suprema de Justicia de ese país. En esta oportunidad, el Estado nicaragüense reafirmó su posición orientada a sostener que no se han agotado los recursos internos del país centroamericano y exigió a la Comisión que se abstenga de intervenir el caso de marras. Es decir, se inclina por no delegar competencia.

Los argumentos esgrimidos por Nicaragua pueden sintetizarse de la siguiente forma: el Estado ha reconocido los derechos de las comunidades indígenas consagrados en su Constitución y otras normas legislativas, y también ha brindado idéntico cumplimiento a las disposiciones legales precedentes. Por lo tanto, según su particular visión del conflicto, su actuación se ajusta a derecho en el orden jurídico nacional y en las normas de procedimientos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En tal sentido, Nicaragua ratificó que la Comunidad de Awas Tingni ejerció los derechos consignados en la ley que los protege y accedió a los recursos que la normativa le confiere. Ante este alentador panorama, el Estado centroamericano solicitó a la Comisión Interamericana que dé por concluido el caso.

Sin embargo, en 1998 la causa llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Durante la celebración de la audiencia pública dos representantes de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni explicaron la importancia vital de la relación de los miembros de la Comunidad con las tierras que ocupan. Añadieron que no sólo se trataba de una cuestión de subsistencia sino que cualquier afectación del territorio impacta en el desarrollo familiar, cultural y la libre elección de la religión en su hábitat común.

En otro tramo de la audiencia, los originarios se explayaron caracterizando su territorio al que definieron como una totalidad sagrada, impoluta, incorrupta que cobija no sólo a los miembros vivos de la Comunidad sino también los restos mortales de sus

antepasados, así como sus divinidades y cultos. Entre otras consideraciones, explicaron que los cerros conservan un significado especial porque los elevan hacia sus dioses.

El Tribunal de la CIDH falló con siete votos a favor y uno por la negativa contra Nicaragua. La sentencia condenatoria confirma que el Estado centroamericano violó el derecho a la protección judicial de la propiedad consagrado en el artículo 25<sup>6</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni[...].

En síntesis, se exige al Estado -de conformidad con el artículo 2<sup>7</sup> de la (CADH)- la adopción en su derecho interno de medidas legislativas, políticas administrativas y de cualquier otro carácter que sean conducentes para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario.

Ahora bien, si analizamos el fallo desde una perspectiva estrictamente jurídica resulta preocupante la conducta sostenida por el Estado nicaragüense antes, durante y después de la sustanciación de la demanda. La negación del avasallamiento sistemático de los territorios indígenas en sus diferentes modalidades representa una revictimización de la Comunidad y plantea un grave antecedente hacia el futuro.

A esta altura, cabe preguntarnos cuanta importancia se le otorga al derecho consuetudinario en este tipo de conflictos. El siguiente caso permite echar luz sobre esta cuestión a través de una casuística similar a la analizada.

- ***Corte I.D.H., Sentencia Pueblo Saramaka vs. Surinam, del 28/11/2007, Serie C, N° 172***

---

<sup>6</sup> Art 25 Convención Americana de DDHH: inc. 1: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

<sup>7</sup>Art. 2 Convención Americana de DDHH: Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte una demanda por presuntas violaciones cometidas por el Estado de Surinam contra los miembros del pueblo aborigen Saramaka.

La Comisión planteó su acusación sobre tres líneas argumentales: a) que el Estado no adoptó medidas efectivas para reconocer el derecho al uso y goce de las tierras que han ocupado y usado tradicionalmente los originarios; b) que presuntamente se ha violado el derecho a la protección judicial al negarles acceso efectivo a la Justicia; y c) falta de cumplimiento respecto al deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar los derechos conculcados.

Los representantes de los pueblos Saramaka añadieron a estas acusaciones que el Estado no reconocía la personalidad jurídica de su pueblo, lo que implica una violación al artículo 3 de la Convención Americana. Además, exigieron diversas medidas de reparación y el reembolso de las costas y gastos incurridos en el procesamiento del caso a nivel interno y a nivel internacional.

A su turno, el Estado negó cada una de las acusaciones deslindado responsabilidades por violación al derecho de propiedad (artículo 21, CADH). La defensa de Surinam alegó que el Estado reconoce a la comunidad y que no se violó la protección judicial porque ese país cuenta con recursos legales efectivos, entre otros argumentos.

Incluso, el Estado intentó lograr que la causa no prospere planteando excepciones preliminares que no tuvieron acogida favorable en la Corte. A saber: falta de legitimación de los peticionarios originales ante la Comisión, falta de legitimación de los representantes ante la Corte, no agotamiento de recursos internos, entre otros.

En el caso de marras, La Corte consideró que el Estado debía reconocer al pueblo Saramaka la capacidad de ejercer plenamente sus derechos de manera colectiva con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, asegurándole el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal establecido.

Se insta a Surinam a adoptar medidas legislativas o políticas y de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta la forma particular en que este pueblo se percibe

colectivamente siendo capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

La falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka impedía que sus representantes pudieran promover recursos judiciales en calidad de comunidad para ejercer el derecho a la propiedad comunal de sus miembros. Ésta fue una de las principales violaciones que se atacan en el fallo condenatorio contra el Estado de Surinam. A su vez, la sentencia de la Corte fundamenta su decisión en el artículo 63 inc. 1<sup>8</sup> de la Convención Americana (CADH) a los fines de ordenar las medidas relevantes para reparar los daños.

Por otra parte, dado el tamaño y la diversidad geográfica en la que habita el pueblo Saramaka y, en especial, la naturaleza colectiva y comunitaria de las reparaciones que se ordenaron, el Tribunal de la CIDH observa que los miembros del pueblo aborigen en cuestión son identificables de conformidad con la ley consuetudinaria Saramaka. Con lo cual la Corte considera que no es necesario nombrar individualmente a los miembros del pueblo Saramaka a fin de reconocerlos como parte lesionada.

En definitiva, la sentencia de la CIDH resolvió que el Estado de Surinam violó el derecho de propiedad (artículo 21 de la CADH) y el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la CADH) en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno esos derechos.

El fallo analizado vuelve a colocar en el centro del debate el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra. Estos paulatinos avances muestran la necesidad de proporcionar remedios adecuados a conflictos profundos que generan escenarios de tensión permanente. En la concreción de estos cambios resulta indelegable el rol preponderante que ejercen los organismos internacionales y, en particular, los Estados nacionales.

---

<sup>8</sup> Artículo 63.-inc 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

## **5.2 Análisis de jurisprudencia nacional**

En el ámbito de nuestro país las perspectivas para los pueblos indígenas en relación a sus reivindicaciones sobre el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra no son demasiado alentadoras. La presión de corporaciones forestales, petroleras y mineras, la codicia de los particulares, sumados a la inacción de Estado en sus distintos órdenes de gobierno amenaza la integridad del territorio y la supervivencia armónica de las comunidades. A continuación, presentamos el análisis de dos significativas sentencias dictadas por la Corte Suprema de la Nación. Este panorama se completa a través de un breve compendio de causas relevantes sustanciadas en Cortes provinciales.

### **5.2.1 Corte Suprema de Justicia de la Nación**

En los siguientes fallos observamos cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación insta al respeto y aplicación de los derechos territoriales indígenas en dos jurisdicciones con una fuerte presencia de población originaria: las provincias de Chubut y Salta.

- *C.S.J.N., "Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo", Sentencia N- 251254556-54. P. 611. XLIV (2014)*

La Corte Suprema revocó una resolución emitida por el máximo Tribunal de la provincia de Chubut. El fallo destaca la vigencia de la norma supra legal que tutela los derechos de los pueblos indígenas -Convenio 169 de la OIT- y remite las actuaciones al tribunal de origen a los fines de que se dicte nueva sentencia en un conflicto territorial entre una comunidad mapuche-tehuelche y un privado de la zona.

La causa se originó en 2007 cuando el Instituto de Colonización de Chubut autorizó la transferencia de tierras de la Comunidad Aborigen de Lagunita Salada, Gorro Frigio y Cerro Bayo a un privado, Camilo Rechene. La operación se llevó a cabo de manera inconsulta con los pobladores originarios.

Por tal motivo, la Comunidad Aborigen Mapuche-Tehuelche presentó una acción de amparo ante el Juzgado de Familia de Puerto Madryn. En los fundamentos del reclamo judicial se invocó el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios,

y la obligación a ser consultados antes del dictado de cualquier medida que los afecte directamente.

El tribunal de grado suspendió la transferencia de tierras a través de una medida cautelar. Sin embargo, la acción de amparo sería luego rechazada en cada una de las instancias hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En la sentencia se señala que el Superior Tribunal de Justicia de Chubut:

“[...] omitió absolutamente el tratamiento del planteo restante fundado en la vulneración del derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas, tutelado en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución nacional, así como en el Convenio 169 de la OIT.”

Si bien la Corte Suprema no se expidió sobre la cuestión de fondo -la disputa territorial- dejó sin efecto la sentencia provincial que otorgaba razón al privado. Al efecto, devolvió la causa al Superior Tribunal de Justicia chubutense para que éste emita un nuevo fallo respetando las pautas establecidas por la Corte y los tratados internacionales en la materia suscriptos por nuestro país.

El conflicto suscitado en la Comunidad Aborigen de Lagunita Salada exhibe con absoluto desparpajo la violación por parte del Estado del derecho a participar y ser consultados previo a la aplicación de cualquier medida que afecte a los pueblos originarios y a sus territorios.

- ***C.S.J.N., "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo". C. 2124. XLI. (2008)***

El máximo Tribunal del país revocó en 2008 una sentencia que rechazó una acción de amparo deducida por la comunidad indígena Eben Ezer contra la provincia de Salta y el Ministerio de Empleo y Producción. En la instancia previa, la Corte de Justicia de Salta había desestimado el reclamo argumentando que al momento del planteo ya había operado el período de caducidad.

La causa se originó a partir de la ley provincial 7274 que desafectó a terrenos fiscales como reserva natural y permitía que el Poder Ejecutivo salteño pudiera ponerlos

en venta por vía de un proceso licitatorio. Ante esto, los representantes de Eben Ezer denunciaron violaciones del derecho a la vida y a la propiedad comunitaria de la tierra, al tiempo que invocaron que su supervivencia dependía de los recursos naturales existentes en uno de los lotes en juego y del corredor ecológico que representa el restante.

En primera instancia, el Juzgado en lo Civil y Comercial de Décima Nominación había entendido que los actores “bajo el ropaje de la falta de respeto al mecanismo legal establecido para las licitaciones (...) pretende[n] en realidad evitar la venta de los lotes fiscales fundada en la inconstitucionalidad de la ley que la permite y autoriza”. En consecuencia, consideró que el caso no era de su competencia -amparándose en el artículo 153.II.c de la Constitución de Salta- y las actuaciones fueron remitidas a la Corte provincial, previa apelación.

La Corte salteña, por mayoría, había confirmado la decisión de primera instancia mediante un pronunciamiento en el que señalaba que la comunidad Eben Ezer había promovido una acción de inconstitucionalidad que le correspondía resolver originariamente. A su vez, concluyó que tanto la medida cautelar requerida –acción de amparo- como la acción de inconstitucionalidad debían ser rechazadas in limine por resultar operativa la caducidad prevista en el artículo 704 del Código Procesal Civil y Comercial de Salta.

La Corte Suprema de la Nación revocó esta resolución indicando que cuando las disposiciones de una ley resultan claramente violatorias de derechos humanos acogidos en la Constitución Nacional:

“(...) la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía constitucional vulnerada; porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de prececer su acto u omisión arbitrarios de una norma previa –por más inconstitucional que ésta fuese- para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una oportuna restitución del ejercicio del derecho esencial conculcado.”

El alto Tribunal le atribuyó un carácter disvalioso a la sentencia provincial ante los singulares bienes jurídicos que estaban comprometidos. En sintonía con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa de la

Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay, el fallo agrega: “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 disponibles”. Por lo tanto, estos elementos constituyen su medio de subsistencia e integran su cosmovisión, religiosidad e identidad cultural.

En síntesis, la Corte advirtió finalmente que los magistrados deben tomar en consideración la “protección judicial” prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y que los recursos de amparo no deben resultar “ilusorios o inefectivos”. Este último señalamiento cobra mayor relevancia si se toma en cuenta que el Convenio 169 de la OIT dispone que deberán instituirse procedimientos adecuados en cada país para encauzar las reivindicaciones territoriales formuladas por los pueblos indígenas.

### **5.2.2 Tribunales Superiores Provinciales**

Las sentencias presentadas a continuación confirman las dificultades que enfrentan los pueblos originarios para hacer valer sus derechos sobre la propiedad comunitaria indígena. Lejos de ofrecer respuestas uniformes, la actuación de la Justicia muestra avances y retrocesos tal como queda de manifiesto en los casos analizados pertenecientes a las provincias de Chaco y Mendoza.

- *S.T.J. Chaco, Sala I, "Leiva, José Eleuterio; Leiva, Hugo Alberto; Leiva, Valentina Beatriz y Leiva, Alicia Rosana - s/acción de amparo". Sentencia N° 265 (2014)*

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chaco confirmó una sentencia que ordena a una empresa agropecuaria la restitución inmediata de cinco mil hectáreas a una comunidad moqoit. El fallo destaca que el territorio indígena debe entenderse como un derecho colectivo que hace a la “supervivencia” y “continuidad” de los pueblos originarios.

En el año 2011, la empresa agropecuaria Bajo Houndo se instala en 5000 hectáreas del paraje Raíz Chaqueña, territorio de la comunidad Moqoit amparándose en

un supuesto boleto de compraventa. La comunidad, en tanto, denuncia que había sido engañada.

El juzgado de primera instancia que intervino en la causa ordenó la escrituración de las tierras a nombre de la empresa. El Pueblo Moqoit apeló el fallo y la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Sáenz Peña de Chaco revocó el fallo del tribunal a quo y dispuso la restitución del inmueble a la comunidad indígena.

La sentencia subraya la vigencia y operatividad del artículo 75 inc. 17 de la Carta Magna y confirma la relevancia del Convenio 169 de la OIT para los pueblos indígenas. En uno de los pasajes más trascendentes del fallo se indica que:

“El Convenio 169 de la OIT contiene relevantes disposiciones sobre protección judicial, en particular respecto de tierras, territorios y recursos naturales, siempre sobre el eje del derecho a la participación, la consulta y el consentimiento de estos pueblos, frente a las decisiones que pueden afectar sus derechos. Se deberán hacer consultas a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas que los afecten. Los estados tienen el deber de consultar con los pueblos indígenas.”

No obstante, la causa siguió adelante a raíz de la apelación formulada ante el Superior Tribunal de Justicia chaqueño por parte de la empresa agropecuaria. Finalmente, el máximo Tribunal provincial ratificó la sentencia de cámara ordenando restituir las tierras a la comunidad moqoit.

En los fundamentos del fallo se remarca la obligatoriedad de respetar y aplicar los artículos de la Constitución nacional y de Chaco referidos a derechos indígenas. Además, se destaca la vigencia del Convenio 169 de la OIT y se avanza en la forma en que el Poder Judicial debe entender las disputas territoriales: “Se debe tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo”.

- *S.T.J. Mendoza, "Comunidad Mapudungun-Recurso Extraordinario" (2012)*

En un fallo inédito a nivel provincial, la Suprema Corte de Mendoza desestimó en 2012 un juicio de desalojo entablado por un particular contra una familia mapuche que habita 20 kilómetros al sur de la ciudad de Malargüe.

La causa se originó a fines de 2007 cuando los privados Antonio Muñoz y Luisa González iniciaron una demanda por desalojo contra Ángela Ramírez de Ortiz y su familia, pertenecientes a la comunidad Mapuche Mapudungun. El inmueble en disputa era un campo de más de 124 hectáreas ubicado sobre la ruta nacional 40, en inmediaciones de Malargüe. Los actores adujeron ser los dueños invocando la propiedad del inmueble mediante un título supletorio.

El panorama se presentaba muy complejo para los intereses indígenas dado que la Primera Cámara Civil de Apelaciones de la Segunda Circunscripción Judicial de San Rafael había fallado en contra de la señora Ramírez. La defensa de ésta planteó la suspensión de la ejecución arguyendo improcedencia de los recursos interpuestos. Es importante destacar que la señora Ramírez es analfabeta, criancera y artesana. La mujer vive en el puesto desde su nacimiento y hoy tiene 82 años de edad.

En un primer momento, la familia de Ramírez se inscribió en la comunidad Mapudungun durante el Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas realizado en Malargüe y luego cambió a la comunidad El Altepal. Esta modificación fue cuestionada en el fallo de Cámara.

Sin embargo, la Suprema Corte mendocina subraya en su sentencia que lo ciertamente relevante es que la comunidad conservó de manera tradicional el lugar y por ello les pertenece. Se reconoce así la propiedad comunitaria indígena como garantía de desarrollo cultural de los integrantes de los pueblos originarios siguiendo los postulados previstos en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

En uno de sus pasajes más destacados, la sentencia alude al territorio como una condición para la vida de las comunidades. “La propiedad comunitaria es una propiedad al servicio de la comunidad real, viva”, expresa la Corte a partir de una cita de Elena Highton.

El fallo se refiere a la propiedad comunitaria de la tierra como un “derecho irrenunciable, inenajenable”. En tal sentido, se lo conceptualiza como “un derecho investido a un sujeto colectivo o a los miembros en conjunto con relación a su asentamiento físico, pues los pueblos indígenas desvinculados de su tierra pierden su cultura”.

El máximo Tribunal de Mendoza concluye que la comunidad Mapuche, así como las demás comunidades indígenas, mantiene una relación especial con el territorio que resulta indispensable para la reproducción de la cultura originaria. En consecuencia, la resolución de Cámara fue desestimada y se falló a favor de la familia Ramírez y la comunidad Mapuche a la que pertenecen.

A modo de cierre del presente capítulo, podemos destacar que la resolución de los conflictos por la propiedad comunitaria de la tierra representa una demanda impostergable para los pueblos originarios. El cercenamiento de los territorios atenta contra su supervivencia al privarlos de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia y formas de vida. Tal como quedó de manifiesto en los capítulos I y IV del presente trabajo: así como la tierra que ocupan les pertenece, ellos a su vez pertenecen a la tierra.

Más allá de las particularidades de cada comunidad y jurisdicción, el análisis jurisprudencial emprendido permite dar cuenta de una situación de vulnerabilidad y avasallamiento. Los avances paulatinos reseñados –no exentos de contramarchas- ponen de relieve la necesidad de proporcionar remedios adecuados a conflictos profundos que generan escenarios de tensión permanente. En la concreción de estos cambios resulta indelegable el rol preponderante que ejercen los organismos internacionales y, en particular, los Estados nacional y provinciales.

## 6. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo final de grado analizamos la profunda significación que los pueblos originarios otorgan a la propiedad comunitaria de la tierra como elemento central de su cosmovisión y subsistencia. De manera indubitable, podemos decir que la propiedad colectiva del territorio representa una de las principales aspiraciones de las luchas indígenas.

Desde hace décadas, estos pueblos pugnan por el reconocimiento de reivindicaciones en relación a los derechos de posesión sobre sus territorios ancestrales. Sin embargo, los territorios indígenas se convirtieron en un codiciado botín a medida que la especulación inmobiliaria y la lucha por acaparar recursos por parte de particulares, empresas y el propio Estado han experimentado un notable crecimiento en las últimas décadas, y se han acelerado aún más en los últimos años.

Si observamos que las comunidades suelen habitar extensas áreas donde predominan bosques, reservas acuíferas y zonas de extracción de minerales o petróleo es posible arribar a una ecuación en la cual las posibilidades de reconocimiento de la propiedad comunitaria de la tierra resultan inversamente proporcionales al interés económico sobre el territorio en disputa.

La multiplicación de los conflictos territoriales protagonizados por los pueblos indígenas en los últimos años se refleja en algunos de los siguientes trágicos ejemplos: en 2009, con el asesinato del líder comunitario Javier Chocobar durante un intento de desalojo de la comunidad indígena Chuschagasta en Tucumán; en 2010, con el violento desalojo de la comunidad indígena PaicilAntreao, en Villa la Angostura, que culminó con varias personas heridas; en 2010, la muerte de un comunero, el maltrato y detención de niños, mujeres embarazadas y ancianos sumado a la quema de veinte viviendas fue el luctuoso saldo de la represión policial en Formosa ante los reclamos territoriales de la comunidad qom Potae Napogna Navogoh (La Primavera).

En este delicado escenario donde persisten situaciones irregulares sobre los títulos y su concesión, falta de reconocimiento respecto a la posesión y explotación de los territorios indígenas, extranjerización de la tierra y una respuesta de los tribunales que no siempre constituye un remedio adecuado a conflictos de larga data, la tensión

permanente a la que se ven sometidas las comunidades vuelve a poner de relieve el rol que debe cumplir el Estado para garantizar la libre disponibilidad de los recursos propios como una materia inseparable del derecho a la posesión y propiedad comunitaria.

No todas son malas noticias. La persistencia de las luchas indígenas ha servido como motor de cambio y tanto los Estados nacionales y provinciales como los organismos internacionales han receptado algunas de estas demandas en instrumentos de diverso alcance que analizamos en páginas anteriores.

En tal sentido, el Estado argentino ha mostrado luces y sombras respecto a la cuestión analizada. Si bien el reconocimiento normativo de los derechos indígenas a través de los tratados internacionales incorporados a nuestro bloque de constitucionalidad (artículo 75 inc. 22, CN) significa un importante avance, debemos igualmente subrayar que no se ha sancionado legislación alguna que regule el ejercicio de estos derechos de manera uniforme en el territorio nacional. Valga como ejemplo para ilustrar este estado de situación que ninguna ley provincial de tierras contiene disposiciones de reconocimiento de la posesión y propiedad indígenas.

Al momento de reflexionar sobre la trascendencia del instituto analizado es importante destacar que la cultura y formas de vida que desarrollan los pueblos originarios conforman un complejo entramado de prácticas y saberes que no pueden escindirarse del territorio que estos habitan.

La posibilidad de pensarse como pueblo con una identidad proyectada hacia el futuro está fuertemente ligada a la consolidación de sus propias instituciones y organizaciones comunitarias. Para que ello sea una realidad tangible la propiedad comunitaria de la tierra debe ser reconocida y reglamentada.

El respeto por la diversidad cultural y el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas demanda la toma de decisiones políticas que dejen de dar la espalda a innumerables situaciones de vulnerabilidad y avasallamiento que se repiten a lo largo y ancho de nuestro país.

Argentina necesita saldar parte de la deuda histórica que tiene con las comunidades brindándoles herramientas para la gestión de sus propios recursos y la

regularización de la posesión y propiedad de tierras y territorios que habitan de manera tradicional. Hoy, más que nunca, resulta impostergable dotar de operatividad a los postulados constitucionales que resguardan la propiedad comunitaria indígena para garantizar la efectiva tutela de este vital instituto.

## 7. Listado de bibliografía

### 7.1. Doctrina

- Abreut de Begher L. (2012), La propiedad indígena *Lecciones y Ensayos, Nro. 90*. Recuperado el 21/09/2014 de:  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/abreut.pdf>
- Alterini J., Corona P. y Vázquez G. (2005). *Propiedad Indígena* (1º Ed.), Buenos Aires, Argentina. Coedición Librería Histórica y Editorial Educa.
- Andorno L. (2005), *Comunidades indígenas. Posesión y propiedad de tierras por los pueblos indígenas. El artículo 75 inc. 17, Constitución Nacional*, L.L.2005-C. Buenos Aires: La Ley.
- Auditoría General de la Nación. (2011, Junio). *Informe de la sobre la situación de los Pueblos Indígenas en la Argentina*. Derechos Indígenas. Recuperado el 23/11/2014 de:  
[http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat\\_view/19-informes-y-dictámenes?limit=5&order=name&dir=ASC&start=5](http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat_view/19-informes-y-dictámenes?limit=5&order=name&dir=ASC&start=5)
- Barrientos Aragón, C. (2011). *Cosmovisión Dominante, Cosmovisión Indígena y Territorio*. Recuperado el 20/11/2014 de: <http://base.d-ph.info/es/fiches/dph/fiche-dph-8779.html>
- Benedetti, M. A. (2012, agosto) “Recolonizando la diferencia: la “propiedad indígena” en el proyecto de unificación de códigos de fondo de derecho privado”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 13. Escuela de Derecho. Buenos Aires: Universidad Torcuato Di Tella.
- Bidart Campos G. (1996). *Los derechos de los Pueblos Indígenas Argentinos*. L.L. 1996-B. Buenos Aires: La Ley.
- CEACR OIT, 2012. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A), Argentina Convenio sobre pueblos indígenas. Recuperado el 02/10/2014 de:

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_205508.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205508.pdf)

- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (ODHPI), Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ), Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS), Grupo de Apoyo Jurídico para el Acceso a la Tierra (GAJAT), Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES), Equipo Patagónico de Abogados y Abogadas en Derechos Humanos y Estudios Sociales (EPHADES), Secretaría con relación de Pueblos Originarios de la CTA, Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (ENDEPA), Movimiento de Profesionales para los Pueblos (MPP), Organización de Comunidades de Pueblos Originarios (ORCOPO), Comisión de Juristas Indígenas en la Rep. Argentina (CJIRA), Asociación de Abogados de Derechos Indígena (AADI), Comisión Provincial por la Memoria, Fundación para el Desarrollo en Justicia y Paz (FUNDAPAZ), Defensoría General de la Nación, Catedra Libre de Pueblos Originarios UNPSJB, Comisión de Pueblos Originario e Inmigraciones de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Trabajo Social de la UNLP, Comisión de Derechos de los Pueblos Originarios y neo constitucionalismo de la UBA. (2011, diciembre) *Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina: la agenda pendiente*. Fuente: Centro de Estudios Legales y Sociales. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/InformeAnaya.pdf>
- CERD (1997) *Recomendación general N° 23*. 51° período de sesiones, Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de las Naciones Unidas, ACNUR. Recuperada el 04/10/2014 de: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3571.pdf?view=>
- Cruz Rueda, E. (2008) *Derecho indígena. Dinámicas jurídicas, construcción del derecho y procesos de disputa*. Colección Interdisciplina. México: Instituto Nacional de Antropología e Historia.
- ENDEPA (2013, Julio) *Nueva advertencia sobre la inejecución de la ley 26.160 - La brecha entre las declaraciones y la realidad en materia de derechos territoriales indígenas*. Informe N° 2 del Equipo Nacional de Pastoral Aborígen

sobre la ley 26.160. Recuperado el 19/09/2014 de:  
[http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat\\_view/19-informes-y-dictámenes?limit=5&order=name&dir=ASC&start=5](http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat_view/19-informes-y-dictámenes?limit=5&order=name&dir=ASC&start=5)

- Fernández D. (s.f.). Ponencia presentada por el INAI, ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. *Derechos Indígenas.org.ar*. Recuperado el 23/11/2014 de:[http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc\\_view/142-ponencia-del-inai-ante-la-comision-bicameral?tmpl=component&format=raw](http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc_view/142-ponencia-del-inai-ante-la-comision-bicameral?tmpl=component&format=raw)
- Kreimer, J. O. (2008). *Los derechos de los Pueblos Indígenas explicados para todos y para todas*. Buenos Aires, Argentina. UNICEF.
- Lezcano, J. M. (2015, abril) *La propiedad comunitaria indígena y su caracterización. Análisis del Código Unificado sancionado y su Anteproyecto. Revista Reformas Legislativas*. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial. Año I. N° 2. Ediciones Infojus. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/juan-manuel-lezcano-propiedad-comunitaria-indigena-su-caracterizacion-analisis-codigo-unificado-sancionado-su-anteproyecto-dacf150293-2015-04/123456789-0abc-defg3920-51fcanirtcod>
- Lorenzetti R., Highton de Nolasco E. y Kemelmajer de Carlucci A. *Fundamentos de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Fuente: [nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com). Recuperado el 20/11/2014 de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- Monbello, L. C. (2002, Octubre) *Evolución de la política indigenista en Argentina en la década de los noventa*. Proyecto Self-Sustaining Community Development in Comparative Perspective coordinado por el Center for Latin American Social Policy. Neuquén, Argentina. Universidad del Comahue.
- OHCHR. Folleto N° 2, *Los pueblos indígenas, las Naciones Unidas y los derechos humanos*. Recuperado el 12/09/2014 de: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/guide.htm>.

- ONU (2011) *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Consejo de Derechos Humanos. 18° Periodo de Sesiones. 11/07/2011. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/146/42/PDF/G1114642.pdf?OpenElement>
- ONU (2011) *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social. 47° Periodo de Sesiones. Fuente: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/om/guia\\_ddmm/docs/escr\\_12\\_arg\\_co\\_3\\_sp.pdf](http://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/docs/escr_12_arg_co_3_sp.pdf)
- Perez Pejic, G. (2012) *El derecho real de propiedad comunitaria indígena (estudios sobre su estructura y naturaleza)*. Congreso de Derecho Privado, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/elementos-de-derechos-reales-gonzalo-perez-pejic.pdf>
- Picasso E. (2012). *Resistencia y Derechos Indígenas en Argentina, Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el 75 inc. 17 de la Constitución Nacional*. Ponencia presentada en el caso: "Comunidad Mapuche Mellao Morales c. CORMINE SEP s/Nulidad de contrato". ENDEPA Cuadernos N° 3. Recuperado el 12/09/2014 de: [http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc\\_download/127-picasso-elena-ponencia-caso-comunidad-mapuche-mellao-morales-](http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc_download/127-picasso-elena-ponencia-caso-comunidad-mapuche-mellao-morales-)
- Porcel R. (2012). *Propiedad comunitaria de pueblos originarios en la reforma del Código Civil*. MJ-DOC-5974-AR. Ed. Microjuris.com Argentina. Recuperado el 23/09/2014 de: <http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/26/propiedad-comunitaria-de-pueblos-originarios-en-la-reforma-del-codigo-civil/>
- Ramírez, S. (2006) *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Trinchero, H. (2000) *Los dominios del demonio*. Buenos Aires. Eudeba.

- UNICEF - *Guía de los Derechos de los Pueblos Indígenas explicados para todos y para todas la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas*. Recuperado el 07/10/2014 de: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos\\_indigenas.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf)
- Vely, Florencia, *Incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil argentino*, exposición ante la Comisión Bicameral de Unificación de Códigos, 14/02/2013, [en línea] [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS\\_022\\_FLORENCIA\\_VELY.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS_022_FLORENCIA_VELY.pdf)
- Zamudio, Teodora (2012) *Opinión legal solicitada por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*. Fuente: Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en: <http://indigenas.bioetica.org/not/nota61.htm>
- Zimerman, S. (2015) *Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio en Argentina*. Dossier *Propiedad comunitaria indígena*. Kosovsky, Fernando (Comp.). Colección Extensión, serie Sociedad/Política. 1º Edición. Comodoro Rivadavia, Universitaria de la Patagonia. EDUPA.
- XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *Propiedad comunitaria indígena. Reales: Formas coparticipativas de propiedad. Tendencias actuales*. Comisión Nro. 5. Universidad Nacional de Córdoba, 2009.
- XXIV Jornadas de Derecho Civil. *El derecho real de propiedad comunitaria indígena. Conclusiones*. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 26, 27 y 28 de septiembre de 2013. Recuperado el 23/10/2014 de: <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/02/12/2013/doctrina-del-dia-el-derecho-real-de-propiedad-comunitaria-indigena#sthash.GBkpg3t7.dpuf>

## 7.2 Legislación

- ✓ Legislación Internacional

OIT, 1989. Convenio 169 - Sobre Pueblos Indígenas y Tribales

OHCHR, 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos.  
<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

OHCHR, 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

✓ Legislación Nacional

\*Constitución Nacional (Reforma Constitucional año 1994) Art. 75, inciso 17.

\*Ley N° 23.302 / 1985 - Política Indígena y Apoyo a las comunidades Aborígenes.

\*Ley N° 24.071 Ratificatoria del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

\*Ley N° 24.375 Ratificatoria del Convenio sobre Diversidad Biológica.

\*Ley N° 24.544 Ratificatoria del Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe.

\*Ley N° 26.160 / 2006 - Posesión y Propiedad de las Tierras que ocupan las Comunidades Indígenas.

\*Decreto N° 155 / 1989 - Sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes.

\*Decreto N° 757 / 1995 - Adjudicación de tierras a Comunidades Indígenas del Chaco.

\*Decreto N° 1455 / 1996 - Modificase la dependencia del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

\*Decreto N° 1294 / 2001 - Aprobación del modelo de convenio de préstamo para el proyecto de desarrollo de comunidades indígenas.

\*Decreto N° 401 / 2003 - Patrimonio cultural. Declaración de utilidad pública. Monumentos, lugares y documentos históricos.

\*Decreto N° 410 / 2006 - Aprobación de estructura organizativa del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

\*Decreto N° 1122 / 2007- Reglamentación Ley N° 26.160 de Emergencia en materia de Posesión y Propiedad de las Tierras que tradicionalmente ocupan las Comunidades Indígenas.

\*Decreto N° 702 / 2010 - Incorporación estructura organizativa del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas de la Dirección de Afirmación de Derechos Indígenas.

✓ Constituciones Provinciales:

Provincia de Buenos Aires (Reforma Constitucional año 1994) Art. 36 INC.9.

Provincia de Chaco (Reforma Constitucional año 1994) Art. 37.

Provincia de Chubut (Reforma Constitucional año 1994) Art. 34; Art. 95.

Provincia de Formosa (Reforma Constitucional año 1991) Art. 79.

Provincia de Jujuy (Reforma Constitucional año 1986) Art. 50.

Provincia de La Pampa (Reforma Constitucional año 1994) Art. 6, 2° Párrafo.

Provincia de Neuquén (Reforma Constitucional año 1994) Art. 23 Inc. D.

Provincia de Río Negro (Reforma Constitucional año 1988) Art. 42.

Provincia de Salta (Reforma Constitucional año 1998) Art. 15.

✓ Legislación Provincial

Provincia de Buenos Aires: Ley Provincial N° 13.115 Adhesión al Régimen de la Ley N° 25.607 sobre Campaña de Difusión de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Provincia de Chaco: Ley Provincial N° 4.790 Crea Registro de Nombres Indígenas de la Provincia. Ley Provincial N° 4.801 Modifica artículos 13 y 14 de la Ley N° 3.258 (del aborigen). Ley Provincial N° 4.804 Crea el Registro Especial de Comunidades y Organizaciones Indígenas.

Provincia de Chubut: Ley Provincial N° 3.247 Comisión Provincial de Identificación y Adjudicación de Tierras a las Comunidades Aborígenes. Ley Provincial N° 3.623 Adhesión a la Ley Nacional N° 23.302 de Protección de Comunidades Aborígenes. Ley Provincial N° 3.657 Creación del Instituto de Comunidades Indígenas. Ley Provincial N° 4.899 Adhesión Provincial a la Ley Nacional N° 25.607 sobre la Campaña de Difusión de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Provincia de Jujuy: Programa de Regulación y Adjudicación de Tierras a la Población Aborigen de la Provincia de Jujuy.

Provincia de La Pampa: Ley Provincial N° 1.228 Adhiriendo la Provincia de La Pampa a la Ley Nacional N° 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes.

Provincia de Mendoza: Ley Provincial N° 5.754 Adhesión a la Ley Nacional N° 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. Ley Provincial N° 6.920 Reconoce la Preexistencia Étnica y Cultural del Pueblo Huarpe Milcallac de la Provincia de Mendoza.

### **7.3 Jurisprudencia**

#### ✓ Jurisprudencia Internacional

Corte I.D.H., Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua, del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.

Corte I.D.H., Sentencia Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, del 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125.

Corte I.D.H., Sentencia Pueblo Saramaka vs. Suriman, del 28/11/2007, Serie C, N° 172.

Corte I.D.H., Sentencia Comunidad indígena Kakmok Kasek vs. Paraguay, del 24/8/2010, Serie C, N° 124.

Corte I.D.H., Sentencia Pueblo indígena Kitchua de Sarayaku vs. Ecuador, del 27/6/2012, Serie C, N° 230.

✓ Jurisprudencia Nacional

C.S.J.N. “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’ Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, Fallos 325:1745 (2002).

C.S.J.N. “Asociación Civil Ayo La Bomba y otro c/Provincia de Formosa y otro”, Fallos 328:3657 (2005).

C.S.J.N. “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta-Ministerio de Empleo y la Producción”, Fallos C 2124. XLI (2008).

C.S.J.N., “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo”, Sentencia N- 251254556-54. P. 611. XLIV (2014)

C.C. y C. de Jujuy, Sala 1ª, “Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes. Pueblo Cochinoca c/Pcia. de Jujuy”, del 14/11/2001. Fuente: Asociación de abogados de derecho indígena AADI. Recuperada el 06/11/2012 de: [www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat\\_view/13-jurisprudencia-nacional-internacional/20-jurisprudencia-nacional](http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat_view/13-jurisprudencia-nacional-internacional/20-jurisprudencia-nacional)

S.T.J. de la Provincia de Río Negro, “CO.DE.CI. de la Provincia de Río Negro; s/Amparo”, del 16/08/2005. Fuente: Asociación de abogados de derecho indígena – AADI - Recuperada el 06/11/2012 de: [www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat\\_view/13-jurisprudencia-nacional-internacional/20-jurisprudencia-nacional](http://www.derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat_view/13-jurisprudencia-nacional-internacional/20-jurisprudencia-nacional)

S.T.J. Chaco, Sala I, "Leiva, José Eleuterio; Leiva, Hugo Alberto; Leiva, Valentina Beatriz y Leiva, Alicia Rosana - s/acción de amparo". Sentencia N° 265 (2014)

S.T.J. de Mendoza, "Comunidad Mapundungun-Recurso Extraordinario" (2012)

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR  
TESIS DE POSGRADO O GRADO  
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Esteban José Betes
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	13.124.914
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA ¿En qué medida el ordenamiento legal Argentino garantiza la efectiva tutela de este instituto?
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	Esteban@betes.com.ar
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de toda la Tesis</b> (Marcar SI/NO) <sup>[1]</sup>	SI
<b>Publicación parcial</b> (informar que capítulos se publicarán)	-

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha:** Buenos Aires, 02 de Diciembre de 2015.

---

Firma

Aclaración: Esteban José Betes

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada  
en esta dependencia.

---

Firma

---

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

---

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.