

UNIVERSIDAD SIGLO 21



ABOGACÍA

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

“Propiedad comunitaria de los pueblos originarios”

Daniela Carina Salas

2016

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de los fundamentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales que permitan definir la naturaleza jurídica de la propiedad comunitaria de los pueblos originarios. Existen diversas interpretaciones tendientes a caracterizar la relación de los pueblos originarios con el territorio y la misión del Estado en relación al otorgamiento de garantías para el goce de los derechos fundamentales.

El anteproyecto del Código Civil y Comercial incluyó en su versión preliminar la definición de un articulado por el que se otorgó a la propiedad comunitaria, el tratamiento de Derecho Real, lo cual fue rechazado en el debate legislativo.

Las características únicas de este tipo de propiedad configuran condiciones para definir una regulación normativa que tenga en cuenta la jerarquía constitucional asignada a la propiedad comunitaria en coherencia con los pronunciamientos de organismos internacionales en defensa de los derechos de los indígenas.

En éste trabajo se indagarán los fundamentos y argumentos de las distintas posiciones doctrinarias en relación a la propiedad comunitaria indígena. Se buscará analizar si es un derecho real dominial tradicional o si constituye un nuevo tipo de propiedad. Para ello se constatarán las distintas posiciones de la jurisprudencia relacionada al tema, el análisis legislativo, los antecedentes parlamentarios y el derecho comparado relativo a la temática.

Palabras Clave: aborígen – propiedad comunitaria - constitución nacional- tratados internacionales- derecho real.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal, doctrinal and jurisprudential basis to define the legal nature of the communal property of indigenous peoples. There are several interpretations tend to establish the relationship of indigenous peoples with the territory and the mission of the State in relation to guarantees provision for the enjoyment of fundamental rights.

The draft of Civil and Commercial Code included, in its preliminary version, a group of articles that provided treatment to the community property as Real Law, which was rejected in the legislative debate.

The unique features of this type of property give the conditions to define legal regulation which includes the constitutional status of the community property in line with the pronouncements of international organizations in defending of indigenous peoples rights.

The unique features of this type of property characteristics set conditions to define a legal regulation that takes into account the constitutional status assigned to community ownership in line with the pronouncements of international organizations in defending the rights of indigenous peoples.

In this work the bases and arguments from different doctrinal positions related to indigenous community property are researched. It will analyze if it is a traditional dominial real property right or if it constitutes a new type of property There fore different doctrine and jurisprudence positions related to the legislative analysis, parliamentary history and comparative law will be displayed on the subject.

Keywords: aboriginal - community property - national constitution - international treaties- real right.

INDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1: PROPIEDAD COMUNITARIA	13
1.1. Antecedentes normativos	15
1.2. Definiciones conceptuales.....	20
1.3. Evolución de los derechos adquiridos por los pueblos originarios	24
1.4. Interpretación jurídica de la propiedad comunitaria	26
Conclusiones Parciales.....	28
CAPÍTULO 2: REGULACIÓN NORMATIVA EN ARGENTINA	31
2.1. Código Civil y Comercial de la Nación	33
2.2. Anteproyecto de Código Civil y Comercial.....	34
2.3. Proyectos anteriores	35
2.4. Naturaleza jurídica de la propiedad comunitaria	38
Conclusiones Parciales.....	43
CAPÍTULO 3: POSICIONES DOCTRINARIAS	45
3.1. Derecho Privado.....	47
3.2. Críticas al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación	49
3.3. Doctrinas constitucionales	56
Conclusiones parciales.....	59
CAPÍTULO 4: JURISPRUDENCIA	61
4.1. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua.....	63
4.2. Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.....	65
4.3. Comunidad Indígena HoktekT´Oi Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación.....	66
4.4. Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes- Pueblo Cochinoca c/ Provincia de Jujuy.....	67
Conclusiones Parciales.....	69
CAPÍTULO 5: LEGISLACIÓN COMPARADA	71
5.1. Perú	73
5.2. Colombia.....	75
5.3. Bolivia.....	79
5.4. Nicaragua	80
Conclusiones Parciales.....	82
CONCLUSIÓN FINAL	85
Conclusiones.....	87

ANEXOS	91
ANEXO I: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	93
ANEXO II: Proyecto de ley	104
BIBLIOGRAFÍA	109

INTRODUCCIÓN

La población indígena en la Argentina fue sistemáticamente negada y excluida a lo largo de la historia del país. La usurpación de sus territorios a partir del siglo XIX fue acompañada por un proceso simbólico de reducción de sus diversas identidades culturales a una única identidad impuesta: la de “indio”, como equivalente a “bárbaro” (Fernandez & Virosta, 2011).

Recién a fines del Siglo XX, en razón de un profundo cambio filosófico jurídico, la atención recayó sobre ellos en tanto personas, con derechos humanos iguales al resto de los habitantes de nuestro país. Se vislumbra un constitucionalismo “comunitario” que supera el reconocimiento de los derechos individuales del siglo XVIII y XIX, para reconocer el derecho a la propiedad comunitaria sobre sus territorios ancestrales de acuerdo a su condición de pueblos originarios del continente americano.

En Argentina, el derecho a la propiedad comunitaria indígena fue expresamente consagrado en el art. 75 inc17 de la Constitución Nacional con la reforma del año 1994¹, a modo de reparación histórica. Se reconoce la existencia previa de dicha propiedad para enmarcar y proteger el vínculo que los indígenas tenían con sus tierras, por ser ellos los primeros ocupantes de las mismas.

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora en su Título Preliminar el artículo 18, donde se reconoce la posesión y propiedad de las tierras a las comunidades indígenas de conformidad con lo dispuesto con el art. 75 inc 17 de la Constitución Nacional.

La situación que plantea este nuevo escenario aún no tiene un final definitivo porque todavía quedan interrogantes sobre su implementación. Tal como analiza Abreut de Begher (2012), aún existe una profunda brecha entre el reconocimiento de los derechos y su pleno ejercicio. En tal sentido, Argentina ante el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (UNPFII), expuso la idea que las leyes y los acuerdos internacionales constituyen la estructura amplia para reconocer derechos y garantías a las poblaciones originarias. Sin embargo, recaló que es muy poca la aplicación de esas normas a nivel nacional y provincial (Kreimer & Figueroa, 2008).

¹ Artículo 75 inciso 17, Constitución de la nación argentina: “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 afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

Desde el punto de vista doctrinario, se plantea un debate respecto de la naturaleza de los derechos conferidos a los pueblos originarios, en relación a la propiedad de las tierras. Al respecto, existen voces que hablan a favor de la técnica jurídica implementada por el nuevo código, mientras que otras voces realizaron fuertes críticas a la misma. Los primeros establecen que el reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas tiene naturaleza jurídica privada, constituyendo un derecho real, ya que se ejerce sobre inmuebles que no forman parte del dominio público. Con esta doctrina, se califica a la propiedad comunitaria con matices propios tales como: no enajenable, intransmisible, inembargable y no tributable lo que modifica los principios consagrados tradicionalmente sobre propiedad privada, y con ello se favorece el resguardo de la tierra ancestralmente adquirida y la identidad cultural integralmente considerada. Es decir que la propiedad indígena es un derecho real con matices propios, pero derecho real al fin (Gelli, 2013).

Por otro lado, otra corriente doctrinaria reconoce que es altamente inconveniente la regulación en el Código Civil y Comercial de la propiedad indígena. No considera la diferencia entre los conceptos clásicos de propiedad y la nueva conceptualización, al considerar ésta últimos aspectos espirituales de naturaleza extra patrimonial (Vázquez, 2012). En este sentido, la propiedad indígena se acerca conceptualmente más al dominio público del Estado que al dominio clásico, ubicándose dentro de la órbita del derecho público más que en el derecho privado. Las comunidades son -para esta visión- personas jurídicas de naturaleza pública, aunque no estatal, y están reguladas por principios normativos del derecho administrativo tales como el interés general o público, principio de auto tutela, de oficialidad, entre otros.

El desarrollo del presente trabajo tiene por objeto el análisis de los argumentos que sostienen la incorporación del derecho de propiedad comunitaria indígena como un derecho real dentro del Código Civil y Comercial (en adelante CCCN).² A la vez se analizan los fundamentos a favor de su determinación como una institución dentro del derecho público administrativo. Por ello es que nos preguntamos: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la propiedad comunitaria de los pueblos originarios?

El impacto producido por la determinación a favor de uno u otro será crucial, pues los efectos jurídicos serán distintos como también los derechos y obligaciones que de él emerjan. Las comunidades indígenas hace muchos años que están esperando la regulación de este

²Código Civil y Comercial, ley 26.994, Honorable Congreso de la Nación, sancionado con fecha 01/10/2014.

derecho y es importante para ellos que esto se haga de la mejor manera en atención a sus intereses.

Tomando como punto de partida, el interrogante señalado, diremos que jurídicamente la cuestión comienza en el año 1994 momento en el que se consagra la reforma a la Constitución de la Nación, y la misma incorpora entre otros el inciso 17 del artículo 75 del cuerpo precedente, uno de los incisos con mayor relevancia en el que se va a centrar el trabajo a realizar. Cabe destacar que tenemos un nuevo Código Civil y Comercial que incorpora en el Título Preliminar el artículo 18 donde se reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras a las comunidades indígenas de conformidad con lo dispuesto con el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

El análisis del fenómeno requiere de un marco metodológico descriptivo, cualitativo dirigido a la exploración, descripción y entendimiento para profundizar en la riqueza interpretativa de las distintas posturas doctrinarias. Para ello, las fuentes materiales bibliográficas sobre legislación, doctrina y jurisprudencia serán de suma utilidad como también el análisis sistemático que se haga de las mismas.

El proceso de investigación realizará un recorrido por los distintos Instrumentos Internacionales, donde cada vez más se viene predicando sobre la necesidad de que las legislaciones internas de los países con comunidades indígenas se adecúen a ellas. Al mismo tiempo se verifica el tratamiento otorgado por otros países latinoamericanos y el análisis de la jurisprudencia nacional e internacional al respecto.

Finalmente se contrastarán las diversas posturas doctrinarias que permitan adoptar un criterio personal válido para el efectivo goce de los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras. En particular, se demuestran los fundamentos y argumentos que sostienen que la propiedad comunitaria indígena constituye un derecho de propiedad distinto del derecho real dominial tradicional, lo cual requiere de un ordenamiento específico que regule los derechos emergentes de tal instituto jurídico.

CAPÍTULO 1: PROPIEDAD COMUNITARIA

Capítulo 1: Propiedad comunitaria

El presente capítulo analiza las bases jurídicas que sustentan los derechos de los pueblos originarios en relación a las tierras que ocupan. A tal fin, se realiza un recorrido de los antecedentes normativos en materia internacional, identificando los organismos e instrumentos que sostienen la regulación de este instituto jurídico.

1.1. Antecedentes normativos

Es necesario, a los fines de comprender la situación actual del derecho interno en relación al reconocimiento y respeto a las comunidades indígenas, hacer referencia a los antecedentes y realidades en el ámbito internacional. Ello, ha influido en mayor medida para llegar a la actual regulación y concluir legislativamente con una respuesta desde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT)³, del año 1957, fue la primera norma internacional que reconoce la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas. Argentina, ratificó este convenio en el año 1960, pero sus disposiciones no fueron cumplidas cabalmente. Tanto es así que 25 años más tarde se dictó la Ley N° 23.302⁴ sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Indígenas, donde no se menciona ese derecho, pese a que ya estaba establecido en el Convenio mencionado (Salgado, 2015).

Con posterioridad, la OIT, mediante el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁵, creó el antecedente inmediato que fue utilizado posteriormente por nuestra Constitución Nacional. Fue ratificado por Argentina a través de la Ley 24.071 del año 1992, pero cuya real vigencia comenzó en el año 2001 con el depósito de

³ Convenio N° 107 sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes (1957). Organización Internacional del Trabajo. Ratificado por Argentina el 18/01/1960, denunciado el 3 de julio de 2001, en virtud de la ratificación del Convenio N° 169.

⁴ Ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Indígenas. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada 30/09/1985 y promulgada 08/11/1985.

⁵ Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo (1989). Ratificado por Ley 24.071, Honorable Congreso de la Nación Argentina, B.O. 20/04/1992, cuyo depósito de ratificación data del año 2001.

su ratificación. Este convenio revisa al precedente, N° 107, y señala un cambio de concepción, establece que la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales continúa siendo el objetivo principal pero esta vez basado en el “respeto a sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias”. Sostiene que “tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su identidad y con la facultad de determinar por si mismos la forma y el ritmo de su desarrollo” (Swepston, Jolidon, Thornberry & Andersen, 2003, p. 5).

Este ordenamiento es uno de los más importantes dentro de la política internacional sobre pueblos indígenas y tribales, en él se destaca claramente “el deber de los Estados de reconocer la posesión y propiedad de la tierras que tradicionalmente ocupan” (Salgado, 2015, p. 2); así como también la relación especial entre estos pueblos y las tierras o territorios que ocupan o utilizan, haciendo hincapié en la relación medio ambiente-comunidad indígena. A estos fines se les reconoce a estos pueblos una serie de derechos que establece la ley para alcanzar los fines propuestos (Steiner & Uribe, 2014).

Desde el año 1992, el más alto tribunal nacional ha entendido que los tratados internacionales jerárquicamente están por encima de las leyes nacionales y provinciales y, “...que establecen derechos, son aplicables directamente.” En este sentido “el Convenio 169 no es el único que sostiene el derecho a la propiedad y posesión” pero se aclara que “es el único que lo dice expresamente, pero hay otros, incluso incorporados en la Constitución Nacional, de los cuales también se deduce ese derecho”, tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), también llamada Pacto de San José de Costa Rica (Salgado, 2015, p. 3). Este último nada dice sobre los pueblos indígenas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)⁶, en el año 2001, dictó una sentencia que marcó un hito significativo para la historia de estos pueblos, donde hace una interpretación evolutiva del artículo 21 de la CADH, el cual se refiere a la propiedad privada, y establece que abarcaría también al derecho de los pueblos indígenas a que se les reconozca la propiedad de las tierras, la Corte IDH dijo: “la sola existencia de la posesión debe bastar para que el Estado reconozca la propiedad”⁷(Salgado, 2015).

A diferencia de lo que sucede en el ámbito interno de un Estado, en el derecho internacional no hay tribunales que apliquen los tratados que existen, sino, por el contrario, cada tratado tiene un Comité de aplicación y supervisión. Es importante hacer esta referencia

⁶La Convención Americana establece dos órganos de aplicación que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

⁷ Corte I.D.H., “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia del 31 de agosto de 2001.

y destacar que éstos órganos también han establecido el derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas y la Corte Suprema Argentina ha sostenido al respecto “que los órganos del Estado argentino deben interpretar los tratados internacionales guiándose por las opiniones de los órganos de aplicación de esos tratados” (Salgado, 2015, p. 4).

De entre los órganos a los que se hace referencia, en primer lugar podemos citar al Comité de Derechos Humanos, que es el órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, y en segundo lugar el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que es el órgano de interpretación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁹, ambos se encuentran ratificados por Argentina e incorporados a la Constitución. Si bien no contemplan expresamente derechos sobre estos pueblos podemos decir que:

El Pacto en su artículo 27¹⁰ se refiere a la protección de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, y el Comité ha considerado reiteradamente que los pueblos indígenas se encuentran comprendidos entre las disposiciones de ese artículo y que en los casos en que la cultura de dichos pueblos se encuentre ligada a su relación con la tierra, debe reconocérseles el derecho a la propiedad de ellas (Salgado, 2015, p. 4).

Asimismo, el Comité de la Convención Internacional mencionada con anterioridad ha sostenido desde 1990 que los Estados deben respetar tanto la propiedad y la posesión indígenas, como su derecho al control sobre los recursos naturales, contemplando de esta manera la protección de sus derechos (Salgado, 2015).

En coherencia con las previsiones del Convenio 169, en el año 2007, la

⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles, Políticos y su Protocolo Facultativo. Ratificado por ley N° 23.313. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el día 17/04/1986 y promulgada el día 06/05/1986.

⁹Convención Internacional Sobre Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Racial. Suscripta en la ciudad de Nueva York el 13 de julio de 1967. Ratificada por ley 17.722, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 26 de abril de 1968

¹⁰ Art. 27 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles, Políticos y su Protocolo Facultativo. Ratificado por ley N° 23.313. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el día 17/04/1986 y promulgada el día 06/05/1986: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ambos documentos son compatibles y se reafirman mutuamente, en cuanto al reconocimiento y protección de los pueblos indígenas en el mundo. Por primera vez se reafirma que el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas es un derecho humano por su relación intrínseca con la naturaleza (Vázquez, 2012).

Esta declaración, a pesar de no ser un tratado internacional y por consiguiente carecer de fuerza vinculante, tiene relevancia legal, ya que reconoce y clarifica los derechos humanos incorporados en otros tratados legalmente vinculantes (Vázquez, 2012).

Estos tratados internacionales a los que venimos haciendo referencia, son incorporados a nuestro derecho interno luego de la reforma constitucional en el año 1994 a través del artículo 75 inc. 22¹¹. En lo que a los derechos de los pueblos originarios se refiere, esta reforma también incorpora el inciso 17 a dicho artículo, que refiriéndose a las atribuciones del Congreso, establece que le corresponde:

Reconocer la preexistencia étnica y cultura de los pueblos indígenas argentinos (...) garantizar el respeto a su identidad cultural (...) 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, trasmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos (...)¹².

Esta incorporación “subsana una deuda histórica, superó la posición etnocéntrica del positivismo decimonónico al reconocer los derechos individuales de los indígenas y también los de su comunidad, como su preexistencia al estado nacional”. Esta reforma tuvo su origen en el neo constitucionalismo cuyo “modelo jurídico pluricultural... (...) hizo que la condición del indígena se revirtiera” (Begher, 2012, p. 66/69). Esta idea nace como una reacción a la concepción tradicional alejándose “de la propiedad individual, napoleónica, para tener un contenido diferente, al ser comunitaria, con perfiles propios.” (Begher, 2012, p. 58). Como ya advertimos, esta norma llega a dar respuesta, aunque sea de manera primigenia, a un reclamo histórico de estos pueblos.

Otro precedente internacional relevante es el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe, aprobado por ley

¹¹ Art. 75, inc.22. Constitución Nacional de 1994. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹² Art.75, inc. 17, Constitución Nacional de 1994. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

24.544¹³, y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) también conocida como la “Cumbre para la Tierra”, que tuvo lugar en Rio de Janeiro, Brasil del 3 al 14 de junio de 1992, en donde se reconoció a todas las comunidades y sociedades el derecho a un ambiente sano, como así también las responsabilidades de los Estados de velar por ese derecho y permitir la explotación, subsistencia, sin alterar profundamente el medio ambiente. Esta normativa expresa una sentida preocupación y dirección de la actividad tendientes a proteger a las comunidades (Steiner & Uribe, 2014).

En estas jornadas, pueblos indígenas y organizaciones gubernamentales dejaron establecidos ciertos principios y adoptaron instrumentos Internacionales, tales como el Convenio sobre Diversidad Biológica, aprobado por ley 24.375¹⁴, que constituye un gran avance para los Estados firmantes en el reconocimiento de un valor fundamental entre la estrecha relación que existe entre las comunidades indígenas respecto de los recursos biológicos, y que se encuentra una conveniencia en compartir tanto los conocimientos tradicionales como las innovaciones para conservar la diversidad biológica, entre otros.

Desde el punto de vista de las normas nacionales que reglamentan el ejercicio de los derechos constitucionales se destaca, la ya mencionada Ley N° 23.302¹⁵ sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes (Ley De La Rúa), la que distaba de ser una respuesta a las necesidades históricas de estos pueblos, pero que intentó poner en marcha un instituto de naturaleza gubernamental quien era el encargado de llevar a cabo la política indígena en nuestro país, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), quien además tendría a cargo el Registro de estas Comunidades. No se resolvía la situación, ya que hablaba de una adjudicación de las tierras que ocupaban las comunidades, con la posibilidad de “otorgarles” otras, no definiendo un derecho de posesión o propiedad (Highton, 1994, pág. 277).

A criterio personal, la citada consiste en una legislación de contenido colonialista, que intenta integrar y asimilar los pueblos indígenas a nuestras pautas culturales tratando de conjugar asimismo planes de salud, vivienda y derechos previsionales, sin obtener respuestas

¹³Ley 24.544. Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 13/09/1995. B.O. 20/10/1995.

¹⁴Ley 24.375. Convenio sobre Diversidad Biológica. Sancionada el día 07/09/1994 y promulgada el día 03/10/1994. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁵ Ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Indígenas de 1985. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada 30/09/1985 y promulgada 08/11/1985.

ni operatividad para solucionar los reclamos de esos pueblos respecto de las tierras trabajadas y poseídas desde antaño.

Por otra parte, es dable mencionar en este estudio, la Ley Nacional 26.160¹⁶, que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes por el término de cuatro años. Asimismo en este texto se ordena la suspensión de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras (arts. 1 y 2). En cuanto a la posesión, indica que debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada, comprometiéndose el Estado por el término de tres años a través del INAI a realizar un relevamiento técnico –jurídico– catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas para promover las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales.

1.2. Definiciones conceptuales

Los instrumentos jurídicos que reconocen derechos de los pueblos originarios identifican las diversas acepciones conceptuales que integran la terminología utilizada para su referencia.

Todas las normas que hemos visto en el título anterior han equiparado las nociones de posesión con propiedad; al respecto nos gustaría señalar las diferencias entre ambos conceptos.

Ambas son nociones de derecho privado, del derecho civil, del derecho de las relaciones de los individuos particulares entre sí. La posesión es una relación de hecho entre una persona y una cosa, es decir, señala el hecho de que una persona tiene el poder sobre una cosa, la domina, diríamos, con exclusión de los demás. La propiedad es una relación de derecho, que

¹⁶Ley 26.160 de Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de las Tierras. Honorable Congreso de la Nación Argentina, sancionada en el año 2006. Reglamentada mediante Dec. Presidencial 1122/2007. Prorrogada mediante leyes 26.554 y 26.894 hasta el año 2017.

implica que aquella posesión es legítima, reconocida y protegida por el Estado como derecho de propiedad. De modo que para el derecho civil puede haber posesión ilegítima, sin título de propiedad, y posesión legítima, con derecho al título (Salgado, 2015, p. 5).

Sin embargo, para los indígenas, la posesión implica la propiedad. Estos conceptos son inescindibles, por tanto el Estado debe reconocer la posesión y protegerla, tal como lo hace con el derecho de propiedad. He aquí la primera diferencia con el derecho privado (Salgado, 2015).

El concepto esbozado por el Convenio 169, define a los pueblos indígenas de la siguiente manera:

(...) considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas¹⁷.

Es de destacar que este Convenio establece una diferencia, y que nuestro país acoge respecto de dos conceptos sobre territorio que resultan fundamentales a la hora de analizar esta problemática, lo cual representa una base sustancial para la interpretación de las diversas posiciones doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad comunitaria.

En particular, el artículo 13 del citado define el término territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”,¹⁸ mientras que las tierras incluidas en esta regulación comprenden también a “las tierras que no están exclusivamente ocupadas por los pueblos indígenas pero a las que han tenido tradicionalmente acceso por sus actividades tradicionales y de subsistencia”¹⁹. En virtud de las normas que emergen del Convenio se establece el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad y posesión de esos territorios, con derechos a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en los mismos,

¹⁷Artículo 1. Apartado “b”, Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo (1989). Ratificado por Ley 24.071, Honorable Congreso de la Nación Argentina, B.O. 20/04/1992, cuyo depósito de ratificación data del año 2001.

¹⁸Art. 13, et al. 15.

¹⁹Art.14.1. et al. 15.

y se les reconoce también el derecho a ser indemnizados en el caso de haber sido desplazados de ellos.

Por otro lado, el sistema de las Naciones Unidas no ha adoptado una definición oficial de indígenas debido a la diversidad de los pueblos indígenas. Los mismos se han opuesto a la adopción de una definición formal en el plano internacional, “insistiendo en la necesidad de preservar la flexibilidad y respetar el deseo y el derecho de cada comunidad indígena a la autodefinición”. En tal sentido, “La ex Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Erica Daes (1995, p. 4)²⁰, reflejó esta postura al afirmar que los pueblos indígenas han padecido las definiciones que otros les han impuesto” (Gargett, 2013, p. 6).

Cabe destacar el trabajo realizado por el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, José Martínez Cobo, en donde realiza una descripción de los pueblos indígenas, citada con frecuencia:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica en las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales²¹.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²² (OACDH) define que el indígena:

“...es la persona que pertenece a una población autóctona por auto identificación (conciencia de grupo) y que es reconocida y aceptada por esta población en calidad de uno de sus miembros (aceptación por parte del grupo). Esto otorga a las comunidades autóctonas el derecho y el poder soberano de decidir cuáles son sus miembros, sin injerencia externa (Gargett,

²¹ Fuente: Foro Permanente Para Las Cuestiones Indígenas De Las Naciones Unidas – *los pueblos indígenas, en sus propias voces*. Recuperado el 26/09/2016 de <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/indigenas/>.

²² Organismo especializado del sistema de Naciones Unidas que tiene como objetivo promover y proteger los derechos humanos en el mundo.

2013, p. 7).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), perteneciente a la Organización de los Estados Americanos (OEA), ha considerado pertinentes para comprender el concepto de indígena, los siguientes factores:

a. La prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;

b. La perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones;

c. La conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y

d. Una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no²³.

Por último se destaca la Ley Provincial N° 10.316²⁴, que crea el “Registro de Comunidades de Pueblos Indígenas de la Provincia de Córdoba”, la cual nos acerca en su artículo segundo, un concepto sobre Pueblo y Comunidad Indígena, definiendo al primero como:

Un conjunto de comunidades identificadas con una historia común desde sus primeros habitantes, durante las sociedades aldeanas o en el período de contacto hispano indígena, hasta la formación del Estado Nacional. Se reconocen como tales a los pueblos Comechingón, Sanavirón y Ranquel.

Y al segundo de los conceptos como:

un conjunto de familias o grupos convivientes que se auto reconocen e identifican como pertenecientes a un Pueblo Indígena, que habitaron y habitan lo que hoy es el territorio de la Provincia de Córdoba y que presentan una organización social propia referenciada a tradiciones, usos y costumbres comunes.

²³Fuente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Recuperado el 02/09/2016 de: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm>

²⁴Ley 10.316 sobre Registro de Comunidades de Pueblos Indígenas de la Provincia de Córdoba. Sancionada con fecha 11/11/2015. B.O. 01/12/2015.

Si bien la jurisprudencia será tratada con mayor detenimiento en el capítulo 4 del presente trabajo, me gustaría hacer mención en esta oportunidad a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad AwasTingni contra el Estado de Nicaragua, ya que da una decisión sobre lo que debe entenderse por propiedad comunitaria:

[...] 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 futuras²⁵.

De lo expuesto se deduce la existencia de diversos fundamentos que marcan definiciones disímiles respecto de la terminología apropiada para la referencia de estas comunidades. A los fines del presente trabajo, se utilizan en forma indistinta los conceptos desarrollados en los apartados precedentes.

1.3. Evolución de los derechos adquiridos por los pueblos originarios

La evolución de la legislación responde al cambio cultural y jurídico de la sociedad internacional en su conjunto lo que ha posibilitado la aceptación del indígena como un otro diferente, pero igual —con su propia identidad y cultura—: la igualdad a la que se refiere el Art. 1º de la Declaración Universal de DDHH: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”²⁶. Pero esto no siempre fue así.

²⁵Corte I.D.H., Comunidad AwasTingni vs. Nicaragua, (2001), Organización de los Estados Americanos (OEA), párrafo 149.

²⁶Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 10/12/1948.

Durante la época de la colonización española y hasta comienzos del XIX, “la relación del Estado con los aborígenes fue una relación que pasó por varias fases, desde una paternalista hasta la de choque frontal, apreciándose una relación asimétrica entre los indios y el “hombre civilizado” o europeo” (Begher, 2012, p. 58). En esta época las leyes y ordenanzas amparaban la condición jurídica del indígena, pero la realidad mostraba que las intenciones de los monarcas y asesores no eran llevadas a cabo (Highton, 1994).

Ciertos institutos del período hispánico como mita, encomiendas, yanaconazgos y servicios personales, que lesionaban la autonomía y la igualdad de trato legal con los aborígenes fueron eliminados por la Asamblea General Constituyente del año XIII. Dispuso además que se los tenga a los mencionados por hombres libres y en igualdad de derechos en relación a los demás ciudadanos (Sagües, 2007).

La Constitución Nacional (en adelante CN) de 1819 estableció en su artículo 128 que:

Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea. El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del estado²⁷.

No obstante esta equiparación en la letra de la ley, en la realidad seguían siendo discriminados por tener una cultura diferente a la europea.

La CN de 1826 fue más allá que su predecesora, al disponer que los derechos de la ciudadanía quedaban suspendidos “por no saber leer ni escribir”, lo cual en los hechos abarcaba a la mayoría de los indígenas, quienes no podían cumplir con ese mandato constitucional por no entender, ni escribir, en la lengua castellana (Beguer, 2012, p. 60).

Finalmente, la CN del año 1853, en su artículo 67, inc. 15, incluía entre las atribuciones del Congreso que éste debía “proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”²⁸; ésta cláusula, a criterio personal, deja entrever una clara discriminación hacia el indígena como

²⁷ Art. 128 de la Constitución Nacional de 1819. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

²⁸ Art. 67, inc. 15, Constitución Nacional de 1853. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

persona, producto de la situación política que se vivía en esa época donde lo que interesaba era el sometimiento del indio, ubicación de tropas, misiones y colonias. Como se podrá observar se ofrece un modelo jurídico mono cultural, con pretensiones de asimilación del indígena al modelo cultural occidental (Begher, 2012).

Recién a fines del Siglo XX, como consecuencia de un cambio filosófico jurídico, la atención recayó sobre el indígena como persona, con los mismos derechos que los demás habitantes de nuestro país e incluso se les reconoció a los pueblos originarios del continente americano el derecho de propiedad comunitaria sobre sus territorios ancestrales. Sin embargo, cabe aclarar, que hasta la reforma constitucional de 1994, los tribunales argentinos, no amparaban al indígena y sus comunidades porque desconocían ese derecho al no existir en nuestro ordenamiento jurídico, “no se les reconocía los efectos jurídicos a la posesión ancestral de sus tierras “después de la reforma se reconoció “la personería jurídica de las comunidades indígenas (...) y se ordenó su registración en el Registro de la Propiedad Inmueble...” (Begher, 2012, p. 75/76)

En este proceso hacia un reconocimiento efectivo de derechos para estas comunidades se identifica que los Tratados Internacionales ya mencionados al comienzo de este capítulo constituyen instrumentos que representan un compromiso político internacional de derechos humanos para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas que fueron antecedentes que nutrieron nuestra legislación interna. Constituyen el *broche de oro* en esta evolución.

1.4. Interpretación jurídica de la propiedad comunitaria

Dilucidar el contenido y alcance de un concepto en el ámbito jurídico no constituye una tarea fácil para juristas y otros operadores del derecho. Manteniendo lo expuesto en apartados anteriores el término propiedad comunitaria indígena refleja una suerte de vaguedad o incompreensión que conduce a analizar estos conceptos.

El derecho consagrado en la Constitución Nacional implica, en cuanto se refiere al derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, otorgar la titularidad de las tierras a estas comunidades que históricamente las ocuparon y ocupan. En su caso, la norma prevé la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Este derecho implica que la propiedad de estas tierras será limitada, no serán enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos (Zamudio, 2016).

En particular, se hace referencia a comunidad como conjunto de familias socialmente organizadas, con un origen cultural común que integran un pueblo indígena del que forman parte. En relación a la titularidad de derechos, el artículo 4 del Código Civil y Comercial de la Nación (CC y C) otorga a las personas el ejercicio de los mismos sobre los bienes que integran su patrimonio. La norma resulta coherente con el derecho de propiedad establecido en los arts. 14 y 17 CN²⁹ así como el art. 21 de la CADH³⁰(Caramelo, Picasso, & Herrera, 2015).

El nuevo Código atribuye a la propiedad el carácter de derecho real. En tal sentido, se trata de un poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre un objeto mueble o inmueble, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia además de las previstas específicamente en el Código. El ejercicio del derecho real conlleva la explotación económica de la cosa, originada en la relación de apropiación entre un sujeto y una cosa (Highton de Nolasco, 2014).

El término propiedad comunitaria no resulta de fácil interpretación, siendo la propiedad un derecho real, aunque en este caso, al ser “comunitaria” implica que pertenece a ese conjunto de familias al que se hizo referencia ut supra, lo cual representa un contexto particular (Ivanoff, 2015). Ante esta cuestión, se presentan diversas situaciones como por ejemplo el caso de que la comunidad esté habitando tierras fiscales, en donde la ley establece que el Estado debe otorgarle título, según el orden de adjudicación que la ley prescribe. En los casos en que esas tierras sean depósitos o se encuentren con minas o metales preciosos, en la actualidad la titulación de ellas constituye un acto meramente formal ya que podrán habitarlas pero no explotarlas. Si dichas tierras se encuentran en manos privadas, el Estado debe expropiarlas mediante una Ley Nacional, que posteriormente le adjudicará a título gratuito. No contempla la legislación el caso de las comunidades que hoy no habitan sus tierras tradicionales, sería el caso de aquellas que hayan migrado a centros urbanos u otras tierras, en cuyo caso el Estado debe aplicar el criterio de entregar tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano (Figuroa, 2005).

Ante esta situación la comunidad debe estar inscripta como tal en el Registro que a esos fines ha creado la Ley 23.302, y ha puesto a cargo de la Autoridad de Aplicación (INAI),

²⁹Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional de 1853. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

³⁰Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, (OEA). Ley 23.054. Sancionada el día 01/03/1984 y promulgada el día 19/03/1984. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

lo que se considera constituye una violación a los derechos consagrados, ya que la comunidad existe como tal antes de su registración o reconocimiento por parte del Estado.

De lo expuesto se obtienen los primeros presupuestos por los que se considera que la propiedad comunitaria a la que se refiere la Constitución Nacional es de carácter público, no estatal, y que le otorga al indígena un derecho a habitar las tierras, compartir los beneficios que de ellas se deriven, y que han venido ocupando o explotando desde tiempos inmemoriales sus ancestros. Se trata de obtener un provecho colectivo frente a una propiedad que le corresponde por el hecho de constituir esa comunidad, sin poner en su cabeza la carga de demostrar sus derechos sobre la misma. Incluso en la posibilidad de otorgarle otras tierras que sirvan para la explotación y habitación, se identifica que el contenido es de reivindicación de sus derechos conculcados, en una suerte de indemnización cuando no es factible otorgarle las tierras que históricamente les correspondían (Caramelo, Picasso, & Herrera, 2015).

Es ilustrativa la referencia a aquellas tierras de las comunidades indígenas que hoy constituyen parques o reservas naturales y que son de dominio público por sus características físicas, biológicas, geológicas. En este sentido los Parques Nacionales, como las reservas naturales, constituyen una realidad que implican, en opinión personal, un menoscabo y atropello a los derechos de las comunidades respecto de esos territorios, y fundamentalmente les aniquilan todo tipo de expectativa en cuanto al desarrollo y aplicación de sus conocimientos biológicos en dichas zonas y tierras, de fundamental importancia para obtener innovaciones en materias ambientales (Zamudio, 2016).

Conclusiones Parciales

Históricamente las comunidades indígenas han sido desplazadas e ignoradas tanto por el gobierno como así también por la sociedad civil, ellos que han sido las bases de nuestras sociedades, con su fuerza de trabajo, energía, conocimientos y fortaleza, nos han dejado una gran herencia que no supimos defender. A partir de la reforma constitucional de 1994, empezó nuestro país a dispensarles otro trato, y emprendió la ardua tarea, (aún hoy en proceso), de efectivizar el reconocimiento de los derechos a las comunidades indígenas, e incorporarlas (porque habían sido desplazadas) a la sociedad.

Las bases fueron sentadas entonces por el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, con principios netamente asistenciales y con el deseo de saldar una deuda histórica.

Este gran paso tiene un antecedente fundamental en el Derecho Internacional, precisamente en el Convenio 169 de la OIT, que recién en el año 2000 fue incorporado al derecho positivo argentino de manera operativa.

Otra referencia importante es la Ley 23.302³¹, que configura otro acercamiento al objetivo de protección y reconocimiento a las comunidades indígenas. Regula derechos y establece una serie de exigencias que se consideran exacerbadas para alcanzar los objetivos de la misma, teniendo un corte netamente político al crear una Institución como es el RE.NA.CI. (Registro Nacional de Comunidades Indígenas), dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, en donde se establecen los requisitos para la inscripción de estas comunidades y a partir de la misma, se le podrá reconocer o “adjudicar” los derechos consagrados por la Constitución Nacional y por la ley.

En tal sentido, se considera un formalismo extremo, ya que de por sí estas comunidades son titulares de los derechos de propiedad sobre sus territorios, recursos naturales, conocimientos biológicos, sin la necesidad de que se encuentren inscriptos o no en un Registro.

En principio, los pueblos originarios no resultan acreedores de derechos como consecuencia de la legislación vigente. Estas comunidades existen antes del Estado, por lo que su reconocimiento en la Carta Magna, implica su preexistencia étnica y cultural. Asimismo, no existen ordenamientos que definan la naturaleza jurídica de la propiedad comunitaria, por lo que corresponde desentrañar la interpretación de la misma, sobre la base del análisis de la doctrina y jurisprudencia internacional.

³¹Ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Indígenas. 1985. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

CAPÍTULO 2: REGULACIÓN NORMATIVA EN ARGENTINA

Capítulo 2: Regulación normativa en Argentina

En el presente capítulo se analiza detenidamente el ordenamiento jurídico argentino, en pos de un reconocimiento genuino y verdadero de las comunidades aborígenes y sus derechos. Reconocer expresamente su existencia en el orden legislativo implica el respeto de sus derechos y de sus tierras, que constituyen una riqueza inescindible de su cultura e identidad.

En particular, se realiza una indagación de la recepción que ha tenido en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la institución de estas comunidades originarias. El análisis de los debates parlamentarios y la evolución del proyecto de inclusión permitirán definir si esta nueva regulación ha venido a llenar un vacío legal y a dar soluciones específicas a la manda constitucional.

2.1. Código Civil y Comercial de la Nación

El derecho a la propiedad comunitaria consagrado en la ley y en el texto constitucional, donde comienza a ser plenamente reconocida, debe compatibilizarse con los conceptos del derecho acerca de la propiedad, tal como se entiende en el derecho privado. Y no ha sido un tema menor para los integrantes de estas comunidades, cuya identidad, esencia y subsistencia estuvo y está ligada a la tierra.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CC y C) ha consagrado en su artículo 18, los derechos de las comunidades indígenas en los siguientes términos:

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 Nacional³².

Asimismo, la Ley 26.994³³ aprueba el CC y C, aunque dispone como norma transitoria que el derecho a la propiedad comunitaria será objeto de una ley especial. Con esta norma, los avances que presenta el nuevo código quedan supeditados al debate posterior que

³²Artículo 18. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina. B.O. 08/09/2014. Vigencia, 01/08/2015.

³³ Ley 26.994 et al.

defina la naturaleza de estos derechos y los mecanismos para hacerlos efectivos (Ivanoff, 2015).

Del análisis de tales presupuestos jurídicos se verifica que la regulación del instituto por el que se define el tratamiento de la propiedad comunitaria resulta insuficiente. Al respecto, la cuestión vuelve a quedar irresuelta, ya que subordina a otra ley su regulación.

Si bien se intentó dar operatividad a la norma fundamental, acercando una regulación de derecho privado, se considera, a criterio personal que la solución efectiva ha quedado trunca.

2.2. Anteproyecto de Código Civil y Comercial

Se destaca en el análisis de esta norma, que el Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino contemplaba una regulación minuciosa de la propiedad comunitaria indígena, y se regulaba desde los artículos 2.028 a 2.036, a los fines de complementar el artículo 18 *supra* mencionado. Frente a esta regulación de derecho privado, las comunidades indígenas y el mismo debate parlamentario en las cámaras, rechazaron establecer como un derecho real la propiedad comunitaria indígena, ya que de esa forma creían que se estaba restringiendo el ejercicio pleno de sus derechos. Se pretendía el otorgamiento de un trato de derecho público, con prerrogativas aún más amplias que el de un derecho privado (Beguir, 2014).

El texto originario del proyecto se basaba en dos principios:

1) La consagración de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida de conformidad con lo dispuesto en uno de los títulos pertenecientes a la materia de los derechos reales, y

2) El derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva.

En relación al primer punto, el proyectado artículo 2.028 disponía que "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"³⁴, estableciendo, los siguientes artículos los modos de constitución y caracteres de aquella, así como la forma y alcance de la representación legal de la comunidad.

³⁴ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 Disponible en: <http://www.colabogados.org.ar/archivos/proyecto-codigo-civil-y-comercial-8842012.pdf>

A su vez, en relación al segundo punto, a partir del texto constitucional que asegura la participación de las comunidades en "la gestión referida a sus recursos naturales"³⁵, el artículo precisaba que dicho ejercicio lo es a título de derechos de incidencia colectiva.

Suprimida, pues, la regulación acerca de la naturaleza jurídica y caracteres de la propiedad comunitaria al abrogarse el referido Título V del Libro Cuarto dedicado a los Derechos Reales, el artículo 18 del CC y C ha quedado como una reiteración simplificada del texto constitucional, posponiendo nuevamente a la espera de la ley que regule este caso particular (Ivanoff, 2015).

Dado que la regulación del instituto se halla sin resolución aún, se hace referencia a las conclusiones de las últimas Jornadas de Derecho Civil celebradas en septiembre de 2013 en Buenos Aires, las que con razón, señalaron que "la propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural" que, "en su aspecto exclusivamente patrimonial es un derecho real, sin perjuicio de su dimensión cultural", resultando conveniente su incorporación en el Código Civil (puntos, respectivamente, 1, 2 y 9), postura esta última que contradice lo resuelto en anteriores jornadas en donde no se aceptaba su incorporación al Código Civil y Comercial (Abreut De Begher, 2013).

Esta variabilidad de pareceres revela que no se ha configurado todavía un consenso suficiente en torno de este tópico y es entonces la inquietud que ha motivado la realización del presente trabajo.

2.3. Proyectos anteriores

Para la elaboración del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial los juristas a su cargo han tenido a la vista los antecedentes más significativos del derecho comparado, la doctrina de los autores nacionales y extranjeros con mayor prestigio académico, la opinión de los congresos de juristas, y los criterios de la jurisprudencia.

Basándose, según ellos mismos afirman en sus fundamentos, en los siguientes proyectos de reformas:

- El Anteproyecto de 1926 preparado por Juan Antonio Bibiloni,

³⁵Art. 75, inc. 17. Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

- El Proyecto de 1936,
- El Anteproyecto de 1954, redactado bajo la dirección del Dr. Jorge Joaquín Llambías,
- El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987 (Proyecto 1987)
- El Proyecto de 1993 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación (Proyecto 1993 CF).
- El Proyecto preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92 (Proyecto 1993 PEN),
- El Proyecto de 1998, preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 (Proyecto 1998). “Esta base fue enriquecida por numerosos trabajos críticos de la doctrina y decisiones jurisprudenciales que también se tuvieron en consideración.

Según se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, la Comisión, integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, cumpliendo con los objetivos y plazos señalados por el Decreto Presidencial 191/2011, comenzó su trabajo de manera inmediata a su designación, y se convocó a una amplia participación en dos niveles:

- a) se permitió que el público en general hiciera propuestas hasta un plazo determinado, y todas ellas fueron motivo de análisis y discusión.
- b) Se formaron grupos de trabajo para permitir una amplia participación de todos los especialistas del país y varios del área latinoamericana. Mediante estos grupos de labor se ha tenido en cuenta la opinión de más de cien juristas representativos de todas las tendencias y todas las regiones del país. A medida que se fue avanzando con la redacción de las partes generales, la Comisión las distribuyó para que todos opinaran. Una vez recibidas las observaciones, se volvió a discutir. Puede decirse que la elaboración del Anteproyecto tuvo una amplísima participación de los especialistas y de la comunidad, asimismo, hubo un proceso muy dinámico de discusión con los distintos grupos, para aprovechar al máximo la inteligencia colectiva³⁶.

³⁶ Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial. Disponible en: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>

En este libro correspondiente a los Derechos Reales, como se señala *ut supra*, se proyectaba incluir un derecho real nuevo, con características propias, y consagrarlo de manera autónoma. A estos fines la comisión propuso:

Un derecho comunitario, de sujeto plural o colectivo, pero indeterminado en cuanto a sus componentes; y este sujeto es la comunidad indígena registrada. Se considera necesario introducir en el Código este derecho real porque, de lo contrario, cuando se adquieren las tierras, se asignan títulos de dominio que, mayormente, surgen de usucapiones³⁷.

Ello ocurre pues, pese a la Constitución, el tema se resuelve a través de derechos reales conocidos, con estructura propia pero se considera que este derecho constituye una institución cuyos caracteres y naturaleza está determinado en la manda constitucional que da base a este instituto, que es el de propiedad comunitaria indígena (Vázquez, 2012).

Los antecedentes que se valoraron a los fines de elaborar el Proyecto de Reforma, la que quedó en la pretensión de la creación de un nuevo derecho real, fueron la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, en especial los Convenios N° 107 y 169 de la OIT³⁸, la Jurisprudencia Nacional y Provincial, como la de la Corte IDH, a las que se hace referencia más adelante, las constituciones americanas, la legislación extranjera y la doctrina vernácula.

La comisión entendió que la manda constitucional en su artículo 75, inc.17, que reconoce la posesión y propiedad comunitaria indígena sobre las tierras que tradicionalmente ocupan es operativa, por lo que resulta imprescindible otorgar los cauces adecuados para su implementación.

La interpretación que hace jurisprudencia por provenir de la mayoría de los tribunales del país, encuadra la propiedad indígena como un derecho real, y con motivo de ello se aplica subsidiariamente las normas del dominio. Los conflictos suscitados y la falta de normativa específica que regule el instituto en su totalidad, hacen palpable la insuficiencia de la solución; y, si es un derecho real, consideraron que debía incluirse en el código con tipicidad propia en el Libro de los Derechos Reales. Ésta incorporación constituía la manera adecuada de admitir la coexistencia de formas culturales distintas y de convertir en derecho positivo el ideario indígena junto al criollo. Según la Comisión, se mantiene el status especial de la comunidad indígena protegida constitucionalmente y en consecuencia es inalienable,

³⁷ Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial. Recuperado de: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>

³⁸ Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificada por ley 24.071, Honorable Congreso de la nación argentina, sancionada con fecha 02/03/1992

intransmisible, insusceptible de gravámenes de garantía, medidas cautelares o prescripción adquisitiva por parte de terceros.

La titularidad de la propiedad comunitaria, estaría en cabeza de la comunidad organizada y registrada como persona jurídica con debido control estatal. El Anteproyecto indica cuáles son los modos de constitución del derecho real y sus caracteres, las facultades de quien es titular y hace referencia al aprovechamiento de los recursos naturales con incidencia en los hábitats indígenas. La Comisión cree cumplir un cometido acorde al reconocimiento de los derechos fundamentales de todos los habitantes, inclusive de los pueblos originarios que habían sido postergados y olvidados en la legislación general básica de todos los argentinos.

Lo expuesto, constituyen ideas que han quedado trunca al haberse desestimado dicha reforma y solo admitir la inclusión de otra norma como es el artículo 18, lo cual representa, a criterio personal una utopía o deseo a cumplir, sin regular de manera seria la manda constitucional.

2.4. Naturaleza jurídica de la propiedad comunitaria

Entre las causas que han dilatado la implementación de mecanismos para el efectivo reconocimiento de la propiedad comunitaria, tienen origen en la conceptualización de los principios que sustentan este instituto jurídico. En tal sentido, el debate se suscita en relación a la definición de los presupuestos que permitan conceptualizarlo como un derecho real, personal o humano.

A los fines de comprender las causas que promueven la existencia de una multiplicidad de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, se identifican los siguientes aspectos según lo dispuesto por Kosovsky e Ivanoff (2015):

) Derecho privado: implica la definición de la propiedad comunitaria como un derecho real. En tal sentido, el objeto del mismo deben ser cosas que estén en el comercio, tratándose de derechos con contenido básicamente patrimonial y de índole económico. En relación a la propiedad comunitaria, la adopción de tales presupuestos implica reconocer tales derechos sobre el “inmueble rural” ocupado por la comunidad.

) Derecho personal: según lo regulado por Vélez Sarsfield en el Código Civil, se identifican los derechos de la personalidad, inmaterial y relativos a los aspectos de la vida de las personas. El análisis del alcance de tales derechos limita su aplicación al caso de la

propiedad de los pueblos originarios por su carácter de comunitaria y no personal de la misma.

J) Derecho humano: la adopción de este criterio supone la asignación de los derechos emergentes de la Constitución Nacional, otorgados a modo de reparación histórica, reconociendo la preexistencia de los pueblos originarios respecto del Estado Nacional. En tal sentido, el art 75 inc 17 se refiere al derecho humano de la tierra y el territorio. Estos pueblos, no se consideran propietarios de las tierras que ocupan, son parte de la naturaleza.

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 futuras³⁹.

El desarrollo de los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales a favor de los citados conceptos para encuadrar la naturaleza de la propiedad comunitaria se extiende al ordenamiento a utilizar para legislar sobre la temática. En tal sentido, existen posiciones a favor de la existencia de ordenamientos específicos frente a la necesidad de inclusión en normas de fondo como el Código Civil y Comercial. Lo cierto es que existe la necesidad de dar seguridad jurídica a las comunidades indígenas mediante la regulación inextensa de la propiedad comunitaria.

Los civilistas, en la Comisión de Derechos Reales de las Jornadas Cordobesas de Derecho Civil de 2013 en la ciudad de Buenos Aires, se pronunciaron en el sentido de que la propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (conf. art.75, inc.17, CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural (Abreut de Begher, 2012)

Este entendimiento fue un verdadero salto cualitativo respecto de las anteriores Jornadas de Derecho Civil y un ostensible avance sobre esta temática, orientada a dar solución a los graves conflictos que ocurren en diferentes puntos del país y que dio motivo a la declaración de la Emergencia indígena, de conformidad con la ley 26.160 y sus sucesivas prórrogas. En cuanto al objeto del derecho real de propiedad comunitaria indígena se puede establecer que son:

Las tierras que tradicionalmente ocupan y las que adquieran aptas para su desarrollo en los términos del art.75 inc.1, y los Convenios Internacionales vinculantes para la República Argentina. Respecto de los caracteres de la

³⁹Corte I.D.H. Caso “AwasiTingni”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 149.

propiedad comunitaria indígena, no es una propiedad individual, sino comunitaria; perpetua; imprescriptible; indivisible; intransmisible; inejecutable; no sujeta a derechos reales de garantía (Abreut de Begher, 2012, p. 03)

Como conclusión, en las citadas Jornadas, se consideró que la inclusión de la propiedad comunitaria en los términos del Derecho Real, implica el reconocimiento de los siguientes caracteres⁴⁰:

Exclusividad: ya que su único titular es la comunidad indígena respectiva.

Perpetuidad: es decir, sin límite temporal alguno, lo cual estaría consustanciado con las creencias de esas comunidades respecto al valor de las mismas. Distintos autores debaten la revocabilidad, la posibilidad de expropiación de las mismas y posiblemente con el mismo avance de la población y sus necesidades, se plantean puntos de conflicto.

Indivisibilidad e imprescriptibilidad: Este derecho real fue caracterizado a su vez como indivisible e imprescriptible, al valorar a la comunidad como sujeto, basado en una unidad de pertenencia e identificación por sobre los individuos; quienes a su vez, por ser miembros de ella y a través de sus representantes, podrían haber reclamado sus derechos.

En cuanto a los modos de adquisición de la propiedad comunitaria indígena, se ha decidido que pueden ser de dos formas:

a) Reconocimiento del Estado Nacional, Provincial y/o Municipal de las tierras que tradicionalmente ocupan. Es responsabilidad del Estado la reparación de los derechos de terceros interesados de buena fe que pudieran resultar afectados.

b) Actos entre vivos, actos de disposición de última voluntad y prescripción adquisitiva de otras tierras aptas para su desarrollo.

Finalmente, se decidió respecto de la extinción de este derecho real que "la propiedad comunitaria subsiste mientras no se extinga la comunidad indígena".

La consideración de la propiedad como derecho real, con todos sus caracteres y consecuencias jurídicas, implica la existencia de un sujeto del derecho real, con una titularidad especial, en donde el sujeto es colectivo -“la comunidad indígena”- conformado por una pluralidad de individuos pertenecientes a una misma comunidad. Es decir, tal como lo define el art. 2 de la Ley 23.302 de 1985 como “...los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización...”.

⁴⁰ Jornadas cordobesas de Derecho Civil (2013) Comisión de Derechos Reales.

La Organización de las Naciones Unidas los reconoce como poblaciones anteriores con características identificadoras particulares y propias en donde incluyen estilos tradicionales de vida, organización social, leyes tradicionales, costumbres e instituciones políticas propias.

De esta manera se considera que es imprescindible lograr una armonización del ordenamiento jurídico en su totalidad, acorde a los principios internacionales y constitucionales ya que respetan los criterios propios de éstas comunidades que incluyen no solamente los valores económicos, sino otros valores como ser culturales, espirituales.

Se entiende que la causa de los derechos reales son los hechos y actos jurídicos necesarios para adquirir estos derechos. Con respecto a los hechos jurídicos, la existencia previa de la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, está refrendada a partir del reconocimiento que hace el Estado en la Constitución Nacional. Por ello, se habla de un derecho real especial de fuente constitucional. De conformidad con sus caracteres, el Estado Nacional reconoce que estas tierras serán intransferibles y perpetuas y garantiza la posibilidad de regularizar futuras tierras para promover el desarrollo humano en las comunidades indígenas tal como lo expresa el artículo 75 inc. 17.

Según Ivanoff (2015) la constitucionalización del derecho de propiedad comunitaria indígena de las tierras y territorios de estos pueblos, está basada en un reconocimiento estatal de al menos dos circunstancias: la preexistencia de estos pueblos al Estado argentino y la reparación histórica por el proceso de colonización con despojo territorial sufrido durante siglos.

Si bien el Nuevo Código Civil y Comercial recepta el derecho de las comunidades indígenas en su artículo 18 debiendo ser analizado desde una perspectiva internacional y constitucional, finalmente se eliminó el instituto de la propiedad comunitaria indígena considerada como derecho real, que en un principio fue positivizado e incorporado dentro del sistema del derecho privado por el Anteproyecto del Código Civil y Comercial. Es probable que esta decisión obedezca a las múltiples críticas de reconocidos juristas, doctrinarios e incluso de las mismas comunidades indígenas y a la defectuosa regulación en su articulado, buscando que la propiedad comunitaria no sea equiparada a la propiedad privada por poseer caracteres propios y tener fuente constitucional e internacional.

Resulta de interés el aporte doctrinario del Convencional Constituyente Díaz en relación al art. 75 inc 17 de la CN:

Otorga rango constitucional a dos cuestiones innovadoras en nuestro sistema jurídico 1. El otorgamiento de status de sujeto de derecho a las comunidades

de los pueblos indígenas como ente colectivo especial (pero que en nada afecta la situación jurídica de los indígenas como personas individuales), y 2. La aceptación de una relación nueva y distinta entre esos sujetos colectivos y la tierra. Y que los Convencionales entienden que este modo tradicional de posesión comunitaria que practican los pueblos indígenas no cabe en las palabras del Código Civil vigente y que el fin de reconocer esa relación a nivel constitucional evita el conflicto entre los dos sistemas jurídicos cuando permite que ello se resuelva con la prescripción oportuna de una serie de normas específicas que respeten tal modalidad específica. Entonces estamos diciendo claramente que el Congreso de la Nación debe hacerse cargo de que hay un modo diferente de ejercer la posesión de la tierra y que deberá dictar las leyes que aten las consecuencias jurídicas a este modo diferente.⁴¹

De lo expuesto, se deduce que el reconocimiento de los derechos con jerarquía constitucional requiere de la regulación específica de normas tendientes al ejercicio efectivo de los mismos.

No es posible ignorar que este instituto requiere de una regulación urgente y que probablemente ésta era una oportunidad única. Así lo expresó la Dra. Highton de Nolasco en una entrevista para el Diario Página 12⁴², mencionando los siguientes términos, a los que se adhiere:

Lo que lamenté mucho que quedara afuera del Código es la propiedad indígena. Era un criterio básico expresado en pocos Artículos. No es correcto el criterio de que con la Constitución alcanza. Todos los derechos constitucionales tienen que estar regulados. Prevalió el criterio de una ley especial, que no sé si se hará. El problema hoy es que como no está regulada la propiedad originaria de la tierra se accede por el dominio, por usucapión o por adjudicación. Hay muchos intereses en juego y sigue faltando una regulación mínima.

⁴¹ Convención Nacional Constituyente, inserción solicitada a la 29° reunión, 3° Sesión Ordinaria, 11 de agosto de 1994.

⁴² Entrevista realizada a la Dra. Highton de Nolasco por Irina Hauser, en el diario Página 12, pag.2, el 02/11/2014. *Un debate como nunca se vio*. Recuperado el 12/09/2016, de <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/1-70317-2014-11-02.html>.

Conclusiones Parciales

En virtud de los fundamentos expuestos, se considera que la Reforma Constitucional del año 1994, marcó un hito, fue el turno del reconocimiento de las comunidades indígenas como verdaderos sujetos titulares de derechos, y como centro cultural y social base de la sociedad actual.

Su regulación en el derecho interno hasta la actualidad sigue generando discusiones y desacuerdos entre los diferentes actores sociales, incluidos sus propios protagonistas. El tratamiento dado por la legislación interna no llegó a conciliar los distintos intereses ni a respetar a rajatabla la manda constitucional. Siendo las leyes posteriores a la reforma una cosmovisión por parte del Estado en la regulación y distribución de las tierras que desde antaño les pertenecen. En el año 2012 se vislumbra en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, el intento por regular de una manera la cuestión y dar un marco legal propio en una ley Nacional de la importancia como es el Código. La cuestión de la propiedad comunitaria indígena quedó trunca, al no aprobarse la regulación propuesta incluyéndola como un nuevo derecho real.

Se estima que el inc. 17 del art. 75 tiene plena calidad operativa, porque no se puede posponer el ejercicio de un derecho que se reconoce existente desde tiempos inmemoriales, más allá que por una cuestión de orden social se promulgue luego una ley que esclarezca los modos para llevar a cabo su contenido. Sería una contradicción insalvable en un estado de Derecho.

Considerarlo como un derecho constitucional de contenido público, implicaría que se le apliquen las normas de derecho público, en cuanto a sus formas de adquisición, uso y goce y de extinción del derecho.

CAPÍTULO 3: POSICIONES DOCTRINARIAS

Capítulo 3: Posiciones Doctrinarias

El análisis de las diversas concepciones respecto a la naturaleza jurídica de la propiedad comunitaria expresada en el capítulo anterior, da cuenta de la profundidad de los conceptos y multiplicidad de versiones para la regulación de la misma.

En el presente capítulo, se analizan los fundamentos de los principales referentes doctrinarios con el fin de dilucidar las bases que sustentan el instituto jurídico de la propiedad comunitaria y su regulación en Argentina.

3.1. Derecho Privado

En el nuevo Código Civil y Comercial la Nación se ha reducido a un solo artículo el tratamiento de este tema tan importante, y que por nuestros días adopta más relevancia frente a la escasez de recursos naturales para la producción y el trabajo. No ha prosperado el anteproyecto inicial con respecto a la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como un derecho real.

En particular, Germán Bidart Campos (1996), señala que el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución se hace eco del derecho constitucional a la diferencia, que constituye una manera tener derecho a una identidad personal, aunque imbuido en una expresión correcta del pluralismo democrático. Se califican los derechos de los pueblos indígenas, como "derechos especiales" por sus "fuertes vínculos culturales forjados a través de los tiempos anteriores a la formación de nuestra Constitución histórica y por el prolongado y continuo desprecio que los despojó de sus vidas, tierras y costumbres hasta colocarlos en las deplorables condiciones actuales" (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001, p. 323/343).

Por su parte, Lorenzetti (2012, p. 04), remarca y sienta las bases a la nueva concepción:

Los códigos tradicionales regulan únicamente los derechos individuales. En el Código Civil y Comercial se reconoce la categoría de derechos de incidencia colectiva (artículo 14) y se introducen criterios para armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (artículo 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (artículo 240). El paradigma colectivo pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos.

La visión desde la constitución del Derecho Privado, la regulación del Derecho Privado Colectivo, y la integración de fuentes (el diálogo de fuentes), son modalidades generales de este Código Civil y Comercial que en definitiva resulta un aporte a la protección del derecho ambiental, de las comunidades y de los derechos colectivos. Incluimos en esta reflexión los derechos de las comunidades indígenas.⁴³

Así el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes individuales o colectivos, debe ser: 1) compatible con los derechos de incidencia colectiva; 2) debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público; 3) y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial (Abreut de Begher, 2012).

La regulación de este derecho dentro de la órbita del Derecho Privado permite un mayor resguardo de la seguridad jurídica de los interesados. Justamente, el reconocimiento dentro de la esfera del derecho privado de la propiedad indígena – al recaer sobre cosas pertenecientes al dominio privado –, hace que las comunidades indígenas únicamente puedan ser privadas de sus tierras en virtud de una sentencia dictada por un juez, fundada en una ley que las hubiera declarado previamente de utilidad pública, y previa indemnización, conforme lo expresa Marienhoff (2011). Y esa fue la intención del legislador al reconocer este derecho de propiedad especial. Negarles este carácter, podría hacernos incurrir en una discriminación inversa.

Es de destacar la postura de juristas como Alterini, Corna Vázquez (2005) quienes en su obra, caracterizan como sujeto titular del derecho enunciado en la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 17 a las comunidades indígenas, en las cuales se materializa el derecho que en abstracto corresponde a los pueblos indígenas argentinos, pues a las primeras se les reconoce personalidad jurídica. Entendiéndose a la inscripción como meramente declarativa. La demarcación de las tierras debe ser una decisión consensuada entre las autoridades del Estado y los pueblos indígenas. Califican a la propiedad comunitaria como un derecho real autónomo, teniendo una relación directa con las tierras, que sería de contenido patrimonial, el régimen de orden público establecido en la Constitución Nacional y el derecho de persecución y preferencias oponibles *erga omnes*.

Encuentran una relación entre el indígena con la tierra que conlleva un punto de partida espiritual más profundo. Esta relación es una realidad ancestral que demuestra la

⁴³ Artículo 240, Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina

concepción de la tierra opuesta a la visión patrimonial e individualista del sistema de propiedad individual, y constituye la naturaleza comunitaria de la propiedad indígena con un sujeto titular colectivo. Estos autores reconocen la preexistencia de los pueblos a la Constitución Nacional y por ende la adjudicación de las tierras viene de antaño y son antecesoras a la Constitución, reconociendo a estas comunidades un derecho real sobre sus tierras. En el caso de poder ser entregadas estas tierras a las comunidades indígenas debe ser indemnizada por el Estado, y como antecedente se nombra a la Ley 4124 de Redención de Capellanías⁴⁴, o la supresión de la esclavitud que sin constituirse en expropiación dieron lugar a una reparación económica al particular por parte del Estado. Los autores ponen énfasis en descartar por completo como fuente a la prescripción adquisitiva, pues en este caso se adquiere por un título, los aportes probatorios (posesión ininterrumpida, exigencias impositivas, etc.) resultan incompatibles con la realidad indígena, y la posterior libre disposición de la propiedad adquirida no se verifica. Afirman que en el supuesto de las “tierras sustitutas por traslado” la fuente de la propiedad sería el acto de adjudicación y si la entrega de tierras se lleva a cabo en razón de la Ley 23.302⁴⁵ de 1985, la adquisición es derivada (Alterini et al, 2005).

El fundamento de la garantía constitucional es la reparación histórica a los pueblos indígenas por pérdidas espirituales y materiales. Se reconocen en este sentido los caracteres de la propiedad comunitaria como los de: perpetuidad, no se extingue por el no uso, ni puede subordinarse a plazos; exclusividad, teniendo como único titular la comunidad indígena. Además de que con motivo de garantizar el derecho de arraigo y contribuir a la perdurabilidad de las culturas autónomas, las tierras no son enajenables, ni transmisibles, ni susceptibles de gravámenes o embargos. Tampoco estos autores consideran factible otorgar el uso y goce de tierras a terceros por parte de las comunidades indígenas debido a los fines tuitivos de su consagración (Ivanoff, 2015).

3.2. Críticas al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

El Título V del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, presentado por la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de Reforma, actualización y

⁴⁴ Ley 4124, Redención de Capellanías. Honorable Congreso de la nación argentina, sancionada con fecha 24/09/1902.

⁴⁵ Ley 23.302, Asuntos Indígenas. Honorable Congreso de la nación argentina, sancionada con fecha 30/09/1985. B.O. 12/11/1985

unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, propuso la regulación en relación a la propiedad comunitaria indígena, a través del texto asignado a los artículos 2028 al 2036. En los próximos apartados se presenta el texto y sus correspondientes críticas esbozadas por reconocida doctrina.⁴⁶

Los principios emergentes del primer concepto asignando el carácter de derecho real, sobre el inmueble rural, representan el principal fundamento por el que se rechazó la incorporación de este texto legal al nuevo Código. En particular, Alvarado (2015) expresa que este texto demuestra las bases en relaciones propias del derecho privado de occidente (Derecho Romano), que nada tienen que ver con la cosmovisión indígena sobre propiedad comunitaria (que incluye tierras y territorios conjuntamente).

Asimismo, entre los fundamentos emitidos por la Comisión respecto de las normas del Anteproyecto se identifica la inclusión de un derecho real nuevo, con características propias, para establecerlo como autónomo. Se consideró necesario introducir en el código este derecho real porque, de lo contrario, cuando se adquieren las tierras, se asignan títulos de dominio que, mayormente, surgen de usucapiones. Ello ocurre pues, pese a la Constitución, el tema se resuelve a través de derechos reales conocidos, con estructura propia. Y esta es y debe ser una propiedad comunitaria con las características que surgen de la Constitución. Por ende, corresponde determinarlo y reglamentarlo en el título de los derechos reales (Lorenzetti, Highton de Nolasco, & Kemelmajer de Carlucci, 2012, pág. 249).

En relación a los citados artículos del anteproyecto, se han definido críticas vinculadas con el carácter de persona jurídica asignado a la comunidad. Según lo expuesto, la propiedad comunitaria se encuentra supeditada al reconocimiento de personería e inscripción en un registro. Estas disposiciones se contraponen a la normativa constitucional e internacional que establece que las comunidades indígenas son las propietarias de sus tierras,

⁴⁶ Artículo 2028, Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: “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”

Artículo 2029.- Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: 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.”

Artículo 2030.- Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: “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 establecen 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.”

sin que para ello deban cumplir con ningún requisito formal. El deber de registración actuaría como un aspecto condicionante para el pleno goce de derechos.

Las críticas tendientes a eliminar la registración y reconocimiento de la comunidad se sustentan en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) quien ha fallado: el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas (Kosovsky & Ivanoff, 2015).⁴⁷

Según la posición de Paula Alvarado (2015) los citados modos de constitución responden al carácter de Derecho Real asignado por el proyecto bajo análisis. Asimismo, la autora sostiene que se trata de derechos humanos de los pueblos originarios, por lo que resultan inadmisibles los modos de constitución enumerados, postura a la que se adhiere (Kosovsky & Ivanoff, 2015).

Por otra parte, el reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, sólo es oponible a terceros luego de la inscripción registral, por lo que el mismo no sería declarativo sino constitutivo. Es decir que, si no hay un acto administrativo estatal, las comunidades no serían propietarias de las tierras que ocupan, lo cual resulta expresamente contrario a las garantías constitucionales adquiridas.

En relación a los fundamentos expuestos por la Comisión se hace referencia a la interpretación que hace jurisprudencia por provenir de la mayoría de los tribunales del país, quienes han considerado a la propiedad indígena como un derecho real, y con motivo de ello se aplican subsidiariamente las normas del dominio, por lo que corresponde su regulación en el citado código. A criterio de la Comisión, esta incorporación constituye la manera adecuada de admitir la coexistencia de formas culturales distintas y de convertir en derecho positivo, el ideario indígena junto al criollo, aunque se mantiene el status especial e inalienable de la comunidad indígena protegida constitucionalmente (Lorenzetti, Highton de Nolasco, & Kemelmajer de Carlucci, 2012)

⁴⁷ Artículo 2031. Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: “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.”

Las disposiciones del anteproyecto reafirman las críticas citadas, ya que responden a los fundamentos por los que se reconoce el instituto de la propiedad comunitaria como un derecho real, postura rechazada según lo expuesto en párrafos precedentes.⁴⁸

En general, se critica el intento de incorporar a la propiedad comunitaria indígena como un derecho real, equiparándolo con el clásico derecho de dominio (más conocido como propiedad individual); con la propiedad horizontal o con los tiempos compartidos. Esto significaría que le serán aplicables a esta propiedad todas las cláusulas de los Títulos I y II del Código, que son generales a todos esos derechos reales y que no parten ni aprecian con sentido la relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus tierras, ni de la importancia que esta tiene para la supervivencia de estos pueblos como pueblos organizados. En ningún momento se establece una diferenciación entre la posesión civil y la indígena pese a que responden a orígenes distintos y se ejerce y prueba de diferentes modos (Kosovsky & Ivanoff, 2015).

Finalmente, la introducción de las citadas normas en la órbita del Código Civil y Comercial de la Nación responde a un proceso cuestionado por la doctrina y las propias comunidades indígenas.

Luego de la designación de la Comisión de Reforma, a través del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) N° 191/2011, se otorgó un plazo de 365 días para su elaboración. El 27 de marzo de 2012, la Comisión entregó el Anteproyecto disponiendo de las citadas normas en relación a las comunidades indígenas y la propiedad comunitaria de las que son titulares.

⁴⁸ Artículo 2032.- Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: “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.- Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: “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.”

Artículo 2034.- Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: “Prohibiciones. La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.”

Artículo 2035.- Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: “Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta. El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.”

Artículo 2036.- Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la nación: “Normas supletorias. En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.”

El Poder Ejecutivo introdujo modificaciones al Anteproyecto y lo envió, con carácter de Proyecto de Ley, al Senado, ingresando con el número de expediente 57/12. En el marco del trámite legislativo, se aprobó la creación de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación compuesta por 15 diputados y 15 senadores nacionales que, según su reglamento y en un plazo de 90 días, debía emitir un dictamen. En ese ámbito, durante el año 2012, se realizaron 13 audiencias públicas, desarrolladas en diversas provincias del país con el fin de generar amplias instancias de participación ciudadana. Se presentaron, en calidad de expositores, representantes de Pueblos y Comunidades Indígenas, como también miembros de la sociedad civil, que expusieron críticas (y propuestas) de suma importancia (Kosovsky & Ivanoff, 2015, pág. 98).

Todo este proceso, que se llevó a cabo en el Anteproyecto de ley, estuvo signado por la falta de consulta previa, libre e informada, ausencia de participación y expresión de consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas. En el ámbito del Congreso de la Nación se generó una discusión puesto que el Proyecto analizado por la Comisión Bicameral fue sometido a un amplio proceso de consulta y participación de la ciudadanía a través del procedimiento de audiencias públicas. Estos procedimientos consistieron en la presentación oral y escrita de ponencias sobre cada uno de los aspectos críticos del Proyecto de Reforma, por parte de la ciudadanía, expertos, académicos, sociedad civil, grupos afectados particularmente en sus derechos, etc., frente a los miembros de la Comisión Bicameral en el Congreso de la Nación, Universidades Nacionales, etc.

El INAI sostuvo ante las Naciones Unidas que las audiencias públicas implicaron una modalidad de cumplimiento, por parte del Estado Argentino, del derecho de consulta y participación en cabeza de los Pueblos Indígenas, aunque reconocida doctrina se manifestó en contrario (Alvarado, 2015).

El derecho a la consulta previa y a la participación está reconocido en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, es un derecho y un principio fundamental del derecho indígena y aparece contemplado con mayor precisión en el Convenio 169 de la OIT de 1989. Asimismo, se encuentra receptado en el artículo 19 de la Declaración de la Naciones de las Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece que los Estados deberán: “ celebrar consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados (...)

antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”⁴⁹

En tal sentido, la OIT define que la consulta y la participación son medios por los cuales los pueblos indígenas pueden incidir plenamente en la adopción de las decisiones que les afectan, para lo cual deben reunirse según Alvarado (2015, p. 88/89) las siguientes condiciones:

- ✓ Carácter previo: la consulta debe realizarse antes de la adopción de la medida a consultar, quedando sin efecto este requisito si el proyecto ya se encuentra en marcha.
- ✓ Obligatoriedad: corresponde al Estado, en todos sus niveles, la responsabilidad en relación al procedimiento de consulta a los pueblos indígenas sobre toda medida legislativa o administrativa que involucre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.
- ✓ Buena fe: el procedimiento de consulta se debe realizar en un contexto de confianza entre las partes, basado en el diálogo por el que deben prevalecer la buena fe, lealtad y honestidad entre el Estado y los Pueblos indígenas. En tal sentido, se deben admitir las instituciones que los representan y respetar los plazos y procedimientos internos, propiciando el debate de las comunidades antes de tomar decisiones.
- ✓ Libertad: la voluntad de los pueblos indígenas debe expresarse genuinamente; libre de toda coerción, intimidación o manipulación.
- ✓ Información adecuada: corresponde al Estado la obligación de brindar toda la información completa, adecuada y veraz sobre las consecuencias económicas, sociales y culturales a largo plazo de la medida consultada. No resulta suficiente el desarrollo de audiencias o reuniones informativas. Por el contrario, se debe generar un diálogo intercultural que genere las condiciones para alcanzar acuerdos.
- ✓ Adecuación cultural: las consultas deben considerar el desarrollo de procedimientos respetando los modos tradicionales de organización y de toma de decisiones de los pueblos indígenas.
- ✓ Amplitud: se deben otorgar garantías a la participación y plena expresión de las opiniones de los Pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, tanto tradicionales como contemporáneas.
- ✓ Accesibilidad: corresponde al Estado la disposición de los recursos presupuestarios y logísticos necesarios para permitir la plena participación de los

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Recuperado de: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm>

pueblos indígenas consultados. Deben arbitrarse los medios para que todos tengan la posibilidad de estar presentes personalmente o a través de sus representantes en las discusiones alrededor de la consulta.

Según lo expuesto por la Dra. María Micaela Gomiz, Abogada, Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI) y miembro de la Comisión Directiva de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI) (extraído de Kosovsky e Ivanoff, 2015) desde todo punto de vista legal, el proyecto nació viciado ya que fue elaborado sin ninguna consulta o participación previa de los pueblos indígenas y dicha omisión no ha sido tampoco subsanada en el trámite legislativo actual.

Destacando que toda vez que el texto del Convenio N° 169 de la OIT –que tiene jerarquía supra legal– es claro en cuanto a la obligación de consultar mediante procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones representativas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Ni la Comisión Redactora del anteproyecto, ni el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que revisó el texto, como tampoco el Congreso Nacional, han establecido o realizado un procedimiento de consulta con los pueblos indígenas.

La citada doctrina sostiene que la tendencia constitucional latinoamericana marca un largo camino para el desarrollo de ordenamientos ajustados a las normas de carácter internacional. En relación a las normas del Anteproyecto y el texto que en definitiva quedó legislado en el Código Civil y Comercial de la Nación, plantea un retroceso a las ideas imperantes desde hace más de dos décadas. No sólo desconoce la preexistencia de derechos sustantivos, sino que carece de identificación de los pueblos indígenas como sujeto político y como sujetos colectivos con derechos diferenciados (Kosovsky & Ivanoff, 2015).

Según la doctrina, la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, establecen dos cuestiones centrales para reconocer la propiedad comunitaria indígena: Que la posesión indígena implica propiedad, haya reconocimiento explícito estatal o no; y que esa posesión indígena es sustancialmente diferente a la posesión del Código Civil. En cambio el proyecto reduce los derechos indígenas al ámbito privado de las cuestiones de propiedad entre particulares y asimila las comunidades a las asociaciones civiles que se someten a las reglas y controles de las autoridades administrativas, contrariamente a la “preexistencia” garantizada en la Constitución.

El Consejo Plurinacional Indígena, espacio de articulación de organizaciones nacido luego de la histórica marcha indígena de mayo de 2010, difundió un documento en el que puntualiza que: toda regulación de la propiedad comunitaria indígena que se refiera a la posesión y propiedad indígena como posesión y propiedad civil, es alarmante, por tratarse de conceptos incompatibles. La Propiedad Comunitaria no puede quedar encorsetada en un Código Civil y debe ser reglamentado en una ley especial.

Regularlo como derecho real en el Código Civil y Comercial, constituye una falta constitucional, y sería a criterio de estas posturas una desjerarquización del poder constitucional plasmado en la Carta Magna.

3.3. Doctrinas constitucionales

Es toda una cuestión discernir si el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre las tierras que ocupan y sobre las cuales se les reconocen su ocupación ancestral forman parte del dominio público del Estado o, por el contrario, deben estar dentro del dominio privado, lo cual incidirá en su encasillamiento – según la postura que se adopte – dentro de la esfera del derecho público – administrativo – o, por el contrario, del derecho privado – civil –. El constitucionalista Quiroga Lavié (2001, págs. 325-340) postula la aplicación a la “propiedad comunitaria” del régimen del dominio público establecido por el derecho administrativo al ser “dado en concesión de uso y usufructo a las comunidades que posean esas tierras. Si bien la Constitución habla de propiedad, al tratarse de una propiedad fuera del comercio, porque las tierras no pueden ser enajenadas ni transmitidas, se convierte en dominio público dado en concesión de uso y usufructo”. Sustenta este autor el encasillamiento de la propiedad indígena dentro del dominio público por entender que los inmuebles sobre el cual se ejerce el derecho son inenajenables e imprescriptibles y únicamente dados en “concesión o uso”. Tales circunstancias hacen que se encuentren bajo la égida del derecho administrativo y no del derecho privado.

La jurisprudencia estableció que el “derecho a la propiedad comunitaria y ancestral” de las tierras que tradicionalmente ocupaban la comunidad indígena KomKñe Mu de la reserva Ancalao⁵⁰, resulta ser “... reconocido por el constituyente es plenamente

⁵⁰J.CC. yM N° 5 de Bariloche, Pcia. de Río Negro en autos “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Hermida y otros; s/desalojo” (12/8/2004)

operativo...” Debe respetarse ni bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa.”⁵¹

De todos modos, se ha señalado que la ratificación mediante la Ley 24.071 del Convenio 169 de la OIT constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional. Indica que “Es altamente improbable que los integrantes de la comunidad indígena hayan realizado actos posesorios típicos del código civil después de la conquista y la inmigración, por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos...”. “...los demandados tienen título para poseer ya que la propia ley los legitima en tanto integrantes de la comunidad indígena”. Con relación al título explica que no debe ser entendido en sentido instrumental o formal, como documento probatorio del dominio, sino “como causa legítima de transmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etc.)...aquí la causa legítima”⁵².

La sentencia del Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, con competencia en Familia de la V Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquén, por sentencia dictada el 18/8/2004 autos “Comunidad Mapuche Huayquillan c/Brescia Celso y otro s/prescripción adquisitiva” Expte. 7250/1, sostuvo frente a la prescripción adquisitiva planteada por la Comunidad Mapuche de Huayquillan que “La Carta Magna reconoce a los indígenas, entre otros, el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 75 inc. 17 CN), lo cual podría entenderse como un régimen especial sin suficientes precisiones con respecto a las normas del Código Civil”.⁵³

En la parte dispositiva el juez de la causa falló “Haciendo lugar a la demanda promovida por la Comunidad Mapuche Hayquillan, y por los fundamentos considerados en los apartados I y II del presente, declaro adquirido el dominio por la actora respecto del inmueble denominado catastralmente ...inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la matrícula N°..., Loncopue. Todo ello según las medidas y linderos que constan en el plano de mensura, registrado ante la Dirección Provincial de Catastro con fecha...” [...] “Firme la presente y previo a acompañarse certificado de dominio y abonar la tasa de justicia toda vez que el accionante ha mejorado de fortuna mediante esta resolución, procédase a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad Inmueble y a la cancelación de la anterior

⁵¹Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5, “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Hermida y otro; s/desalojo” Bariloche, Pcia. de Río Negro el 12/8/2004

⁵² Ibídem

⁵³Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, con competencia en Familia en autos “Comunidad Mapuche Huayquillan c/ Brescia Celso y otro s/prescripción adquisitiva” Expte. 7250/1 (18/8/2004)

inscripción registral...”⁵⁴. Reconoce este fallo la propiedad indígena con características similares a la propiedad individual del código civil (art. 2.506), aun cuando se la coloca en cabeza de una comunidad aborígen registrada, y la operatividad de la cláusula constitucional, pero termina fundando el fallo en las normas del Código Civil.

En un fallo dictado se resolvió:

Ordenar la cumplimentación en el plazo de 60 días de las siguientes obligaciones constitucionales y legales:...a cargo de la Dirección de Tierras y Colonización en coordinación con el CO.DE.CI: de iniciar las siguientes tareas conforme al inc. 17 del art. 75 de la CN, las leyes nacional N° 23.302, Provinciales N° 2287 y N° 2553 y el Decreto N° 310/98: a) identificación a los actuales pobladores de la Reserva Lipetren; b) determinación periférica, mensura y deslindes de la superficie de la Ley N° 694 y las tierras aptas aledañas que se requieran para la ampliación en función de las necesidades de las Comunidades reconocidas que allí pueblan; c) establecer y proyectar la situación dominial y los criterios de ejecución ya sean colectivos o individuales según resulte de la amplia y adecuada información, consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidas en el presente decisorio.⁵⁵

El citado fallo reconoce como base legislativa a la Ley integral del indígena rionegrino. Según Fernando Kosovsky (2015) Río Negro es una provincia pionera en el reconocimiento de estos derechos, debido a que la citada ley (Ley 2287)⁵⁶ “representa un quiebre paradigmático en el sistema jurídico argentino por ser la primera norma que receptó los principios de autonomía e igualdad real, porque instauró el derecho a la restitución integral de los territorios indígenas imponiéndole al Estado el deber de buscar verdad histórica sobre los despojos consagrándolo como un derecho específico de los indígenas y estableció la obligación estatal de accionar para hacer efectiva la restitución” (Kosovsky & Ivanoff, 2015, pág. 187).

Como consecuencia de la necesidad de actualización de los términos legales de la ley rionegrina, existe un proyecto de ley que representa un interesante punto de partida para el análisis de sus presupuestos y aplicación con carácter nacional. A tal fin se presenta en el

⁵⁴ Op. cit 6.

⁵⁵ STJ de Río Negro, in re “CO.DE.CI. de la Provincia de Río Negro; s/Amparo” del 16/08/2005

⁵⁶ Ley 2287, Tratamiento integral de la situación jurídica, económica y social, individual y colectiva de la población indígena. Honorable Legislatura de Río Negro, sancionada con fecha 15/12/1988

Anexo II el desarrollo del proyecto, considerando de interés los siguientes aspectos (Kosovsky & Ivanoff, 2015):

✓ La instrumentación de la Propiedad comunitaria indígena significa una ruptura con la política estatal que viene fomentando la disgregación de las Comunidades a través de la entrega de permisos o títulos individuales, para sustituirla por la propiedad comunitaria de las tierras: la tierra no “será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...”. En tal sentido se afirma que la PCI es una garantía vinculada al reconocimiento de la identidad colectiva como pueblos preexistentes diferenciándola de las formas civiles de propiedad.

✓ En Río Negro se ha iniciado un proceso de consulta y participación previa en el cual se está difundiendo el proyecto. Dirigentes indígenas involucrados en el proceso han advertido la importancia de contar con dictámenes especializados como insumos para ser difundidos a través de las organizaciones, comunidades y representantes indígenas a fin de facilitarles los elementos de conocimiento para poder opinar con información previa (art. 6 del Convenio 169 de la OIT). Sería esencial que tales debates deban ser registrados y difundidos por medios audiovisuales permitiendo su acceso masivo por los medios televisivos o radiales a la población indígena.

✓ Al inicio del proyecto se declara oportunamente que la propiedad comunitaria indígena es de orden público y de origen constitucional.

Se admite que el citado proyecto de ley requiere de un proceso de revisión por parte de especialistas, a los fines de definir el cumplimiento de las normas constitucionales, aunque se reconoce como un válido punto de partida para dar continuidad a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

Conclusiones parciales

Para Ekmekdjian (2015) la mayor parte del inciso 17 del artículo 75 de la CN es declarativa (no así el reconocimiento de la personería jurídica), pero en principio no implicaría prerrogativas de sangre, salvo algún posterior exceso en su aplicación. Califica a la norma como compleja en un doble aspecto, por el tema que trata y por el modo en que ha sido constitucionalizado, y empeña su suerte a la voluntad política (Kosovsky & Ivanoff, 2015).

En la doctrina existen diversas posturas relativas al carácter constitucional de la propiedad comunitaria. Para Dalmazzo (2015) el art. 75, inc. 17 no tiene sentido y constituye en una excepción al principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional. Para Ekmekdjian (2015) se reconoce una preexistencia obvia de las comunidades indígenas y se somete riesgosamente la seguridad interior de la Nación. En cambio para Alterini (2005) constituye un reconocimiento para las comunidades indígenas y para Quiroga Lavié (2001) importa la consagración de derechos de incidencia colectiva en el texto constitucional a raíz de un trato diferencial necesario a favor de las comunidades indígenas que en nada resiente al artículo 16 de la Constitución Nacional.

El reconocimiento de la preexistencia de estas comunidades lleva a pensar que constituye un concepto que no encuadra rigurosamente en una ley que regula los derechos reales tales como lo definía el Código de Vélez Sarsfield. No es correcto considerarlo en la postura de encasillarlos en dominio público por su carácter de inalienables, inembargables e intransferibles, ya que no serían respetados los conceptos fundamentales.

La regulación de la propiedad comunitaria en el C.C. y C. no presenta importantes avances, por el contrario, constituye un reconocimiento actualizado de las normas constitucionales. Asimismo, el debate por el que se decidió la eliminación del articulado incluido en el Anteproyecto ha motivado la participación de diversos sectores, con una exposición fundada de motivos por los que se busca determinar el carácter de este instituto jurídico.

En tal sentido, se adhiere a la posición doctrinaria que rechaza el reconocimiento de la propiedad comunitaria como un derecho real, reconociendo la necesidad de legislar en forma específica los procedimientos para hacer efectivo el ejercicio de los derechos emergentes del Derecho Constitucional. A tal fin, el proyecto de ley presentado en la Provincia de Río Negro representa un interesante punto de partida.

CAPÍTULO 4: JURISPRUDENCIA

Capítulo 4: Jurisprudencia

Siguiendo con el estudio del tratamiento otorgado a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios, se analiza en el presente capítulo el desarrollo de los argumentos utilizados en el ámbito judicial.

Es imprescindible la referencia de la jurisprudencia, al derecho en la práctica, en la realidad, ya que a través de ésta es factible identificar el desarrollo del derecho, no bastando con recurrir a la literalidad de la ley.

Sin dudas la labor de la Corte IDH es y ha sido una formidable fuente de justicia, doctrina y equidad, por lo que se hace referencia a los casos que han llegado a este Alto Tribunal destacando sus principales fundamentos.

En cada uno de los casos la Corte ha hecho una interpretación evolutiva de la CADH, de tal suerte que las normas previstas en ésta, aun cuando no fueron diseñadas en un inicio para abarcar las particularidades propias de los pueblos indígenas, guardan consonancia con los avances en el derecho internacional y en el derecho nacional de los estados partes (esto es textual de Steiner & Uribe, 2014, p. 953).

Se identifican los principales fallos que resultan de la jurisprudencia internacional considerando que los mismos mantienen la jerarquía constitucional luego de la incorporación de los tratados a la Carta Magna. Asimismo, el desarrollo de los argumentos en el ámbito nacional permite echar luz a los presupuestos jurídicos utilizados por las partes involucradas, en defensa a los derechos fundamentales de los pueblos originarios.

4.1. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua⁵⁷

La Corte ante una denuncia efectuada por la Comisión puso en marcha su andamiaje, considerando que el Estado de Nicaragua había violado los derechos de esta comunidad Mayagna AwasTingni, ya que no había delimitado y demarcado la propiedad comunal que les pertenecía, otorgando por consiguiente concesiones a terceros para que explotaran los bienes

⁵⁷ Corte I.D.H., Sentencia “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, del 31 de agosto de 2001.

y recursos ubicados en estas tierras y violando todas las prerrogativas reconocidas a estas comunidades respecto de sus tierras.

En sus fundamentos, la Corte ha hecho una interpretación del artículo 21 de la Convención⁵⁸ que protege el derecho a la propiedad privada, considerándolo extensivo y aplicable a los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua (Stainer & Uribe, 2014).

Se destaca que la resolución condenatoria al Estado de Nicaragua, se basó en el derecho consuetudinario de estas comunidades. La Corte indicó que como producto de la costumbre “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”⁵⁹.

Sin dejar de mencionar en cuanto al avance de la comunidad internacional en el reconocimiento de los derechos a estas comunidades indígenas, la labor de las Naciones Unidas a través del Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT, pero aún falta un paso más, el hacer operativas estas normativas, lo que en los hechos aún no hemos podido verificar.

La discriminación sufrida por esta comunidad fue tenida en cuenta por la Corte, que consideró insuficiente el reconocimiento por parte de la Constitución Nacional y Leyes Internas de este país la demarcación y delimitación sobre la propiedad de las tierras. En consecuencia el Tribunal ordenó al Estado que adoptara en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana:

Las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas.⁶⁰ (Steiner & Uribe, 2014, p. 1008).

⁵⁸Artículo 21. C.A.D.H. Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

⁵⁹Corte I.D.H., Sentencia “Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua”, op. cit., párr. 151.

⁶⁰Corte I.D.H., Sentencia “Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua”, op. cit., párr. 164 y punto resolutivo 3.

Asimismo impone una indemnización pecuniaria a modo de reparación del daño inmaterial ocasionado, en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad y de común acuerdo con ésta.

Se comprendió en el caso una realidad social y cultural diferente, que pocas veces se ha tenido en cuenta, discriminando y dando la espalda a una realidad, que es la de las comunidades y pueblos indígenas que han habitado nuestros territorios. La Corte entendió que para estas comunidades 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. Entiendo que esta es la resolución adecuada, con el solo hecho de proteger el derecho consuetudinario de estas comunidades, estamos respetando sus derechos humanos, luego, se sigue que todo otro tipo de trato constituye una discriminación en su sentido más peyorativo.

Conforme a lo expresado por el Juez Hernán Salgado Pesantes en su voto, es dable de destacar su reflexión en los siguientes términos, a los fines de poder dilucidar nuestra postura respecto del planteo inicial:

Este derecho a la tierra, reivindicado por los indígenas, se inscribe en el derecho a la propiedad; sin embargo desborda este concepto tradicional en el que prima la relación individual. Por otro lado, la propiedad comunal o colectiva cumple de mejor manera con la exigencia insoslayable de la función social porque ésta es parte de su naturaleza.⁶¹

4.2. Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay⁶²

En este caso, la Corte coloca en una situación de responsabilidad internacional al Estado Paraguayo, por no reconocer y negarse a devolver las tierras que ancestralmente ocupaban estas comunidades y que fueron concedidas a terceros. En virtud del reclamo de esta comunidad por sus tierras, se consideraron violados los artículos 25 y 8.1 de la Convención Americana, así como de las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, ratificado por el Paraguay el 10 de agosto de 1993, especialmente el art. 13. En virtud de esta ratificación el Estado tiene la obligación de proveer a la Comunidad indígena Yakye Axa de un recurso efectivo para solucionar su reclamación territorial, además de garantizar que la

⁶¹ Conf. Voto Juez Hernán Salgado Pesantes, Fallo: “*AwasTingni c/Estado de Nicaragua*”, Corte I.D.H. Año: 2001.

⁶²Corte I.D.H., Sentencia “*Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*”, del 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125.

Comunidad sea oída con las debidas garantías y finalmente determinar un plazo razonable para garantizar los derechos y obligaciones sometidos a su jurisdicción.

Se comprobó la ineficacia del procedimiento administrativo paraguayo para hacer frente a las violaciones de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, lo que constituye en sí misma una trasgresión del instrumento por parte del Estado Parte. En el año 1993 la Comunidad indígena Yakye Axa inició los trámites para obtener la reivindicación de su territorio, sin que hasta el año 2005 se le haya dado una solución definitiva y satisfactoria a su reclamo.

En su resolución, la Corte ordena al Estado a delimitar y entregar las tierras que ancestralmente ocupaban estas comunidades, en un plazo máximo de tres años. En el caso que las tierras estuviesen ocupadas por terceros, el mismo Estado deberá arbitrar las formas de expropiarlas o adquirir tierras de similares condiciones para su adquisición y posterior entrega a la comunidad.

Con un criterio acertado esta Corte vuelve a reivindicar los derechos de las comunidades respecto de la posesión y propiedad de sus tierras que ancestralmente poseían, bastando como título entonces su ocupación y explotación en la antigüedad, conformando con la comunidad misma una unión no solo material o territorial sino económica, cultural y espiritual, pudiéndolo ver como una unidad.

4.3. Comunidad Indígena HoktekT’Oi Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación⁶³

En este supuesto, los miembros de la comunidad Wichi interpusieron acción de amparo para impugnar dos decretos emitidos por el Poder Ejecutivo salteño, que autorizaba actividades de desmonte a terceros sobre el territorio de esta comunidad. La Corte de Justicia de la Provincia de Salta declaró procedente la acción de amparo; por este motivo el Estado provincial apeló la decisión ante la Corte Suprema de Justicia De La Nación. El máximo tribunal finalmente confirma la sentencia de la Corte Provincial, rechazando el recurso interpuesto.

⁶³C.S.J.N., in re “Comunidad Indígena HoktekT’Oi Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación”, del 8 de septiembre de 2003.

En este caso se planteaba la colisión entre la ley 13.273⁶⁴, que establecía los requisitos y cuidados que debían propender al medio ambiente quienes realizaran las actividades de desmontes, la cual era cumplida por el Estado, y las mandas constitucionales del art. 75 inc. 17 junto con el Convenio 169 de la OIT, que reconocían el derecho sobre sus tierras ancestrales y la participación en la toma de decisiones relativas a los recursos naturales situados en esas tierras, dándole prevalencia a las normas de mayor jerarquía y preponderando una defensa aguerrida de los derechos consagrados a favor de las comunidades indígenas.

Así se determinó que estas tierras no podían ser explotadas, (aún con autorización del Estado Provincial Salteño) por pertenecer a estas comunidades aborígenes, y como consecuencia, se debía respetar su destino. No podían ser molestadas o turbadas en el ejercicio de su derecho de propiedad, dándole a este derecho un tinte real, conjugándolo con las mandas constitucionales.

Ya en ese estadio del derecho interno el Alto Tribunal había consagrado el respeto a estas comunidades y sus derechos reconocidos en los Instrumentos Internacionales y que no podían ser violentados por el accionar del Estado.

4.4. Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes- Pueblo Cochinoca c/ Provincia de Jujuy⁶⁵

En el caso de referencia el reclamo de estas comunidades aborígenes se basa en una demanda de titulación de tierras, alegando su posesión pacífica e ininterrumpida por más de 20 años, las cuales habitaron y explotaron para su vida y subsistencia. El Estado provincial contesta la demanda y señala que la comunidad adquirió personalidad jurídica en el año 1996, por lo que no pudo haber transcurrido el periodo veinteñal para que se dé la figura de la prescripción. La Cámara consideró que las comunidades son preexistentes al Estado Nacional y que se debe garantizar su derecho a las tierras que tradicionalmente ocupan y que vienen ejerciendo históricamente sin importar la fecha su nacimiento como personas jurídicas.

Se aplica en esta resolución una institución de derecho privado, que tiene base en una persona física, o varias de ellas, pero en este caso debe aplicarse a una comunidad cultural y social de intereses y afectos distintos. La comunidad indígena es considerada propietaria por

⁶⁴ Ley 13.273, Honorable Congreso de la nación argentina, sancionada con fecha 25/09/1948

⁶⁵ Cám. Civil y Com. de la Provincia de Jujuy, sala Primera, Sentencia “Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes- Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy”, del 14 de septiembre del año 2001.

la posesión pacífica e ininterrumpida de forma ancestral e históricamente, correspondiéndoles las mismas.

El tribunal encuadra este derecho como un derecho real, ya que la posesión ancestral de los territorios es tomada como una forma de adquisición de este derecho. Por lo que considera que se trata de un derecho innegable, y que además encuentra sustento en la Manda Constitucional del Art. 75 inc 17, en el Convenio 169 de la OIT, en las normas sobre prescripción adquisitiva del Código Civil Argentino, La Ley Nacional 23.302 y Ley Provincial 5030 de Jujuy de aprobación del convenio de regularización y adjudicación de tierras a las poblaciones aborígenes de Jujuy.

5.6. Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/desalojo⁶⁶

Se trata de una demanda de desalojo interpuesta por propietarios de una finca contra miembros de la comunidad KomKiñe Mu, los cuales habían trabajado para los actores. Ya concluida la relación laboral los miembros de esta comunidad se resisten al desalojo, argumentando la posesión ancestral de sus tierras.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de San Carlos de Bariloche (Río Negro) reconoce que la posesión ancestral es título suficiente para impedir el desalojo por ante quienes alegan tener título de propiedad, por estar reconocida por la Constitución Argentina y Convenio N° 169 de la OIT. Dicho Convenio constituye, de acuerdo al Tribunal, la reglamentación actual del art. 75, inc.17. Así lo dice textualmente:

El vocablo “título” no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de la trasmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etcétera: ver, por ejemplo, Salas-Trigo Represas, "Código Civil Anotado", comentario a los artículos 2789 y siguientes). Aquí, la causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado.⁶⁷

⁶⁶Juzg. 1ª Inst. Civ. Com. Y Minería N° 5, Secretaría única, Provincia de Río Negro, en autos: “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/desalojo”, (12/08/2004).

⁶⁷Juzgado CC y M n° 5 de Río Negro en autos: "Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ desalojo" (Expte. 14012, Emilio Riat), sentencia del 12 de agosto de 2004.

El tribunal afirma que:

La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional.⁶⁸

Conclusiones Parciales

En materia de jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume la misión de intervenir para garantizar el derecho de los pueblos originarios. En relación a la propiedad comunitaria, el reconocimiento de este organismo resulta indiscutible, basando sus argumentos en la preexistencia de las comunidades y el valor cultural del territorio para garantizar su permanencia. En tal sentido, la Corte en sus sentencias ha reiterado la responsabilidad del Estado, en relación a la adecuación de los ordenamientos que permitan la protección del territorio como parte del patrimonio cultural.

Con respecto a la jurisprudencia nacional, se mantienen los lineamientos internacionales en cuanto al otorgamiento de garantías en relación a la propiedad de las tierras de los pueblos originarios. Sin embargo, persisten las discusiones respecto del ámbito de aplicación del derecho privado, frente a la necesidad de legislar en forma independiente institutos del derecho constitucional, como es el caso que compete.

En general, no se identifica un criterio generalizado que defina el reconocimiento constitucional de la posesión y propiedad de las tierras y territorios comunitarios. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación carece de una sentencia que fije parámetros concretos para constituirse en antecedentes que otorguen validez para los tribunales inferiores. Por lo expuesto, se identifica que la justicia nacional no ha tomado protagonismo en materia de protección de las tierras y territorios indígenas, a diferencia del compromiso asumido por los tribunales internacionales como la Corte I.D.H.

⁶⁸ *Ibíd*em

En síntesis, las constantes amenazas que vulneran los derechos fundamentales de los pueblos originarios, la indefinición del Código Civil y Comercial en relación al carácter de la protección y las diversas posiciones doctrinarias, presentan un panorama que requiere de la disposición de ordenamientos coherentes y específicos en relación al tema tratado.

CAPÍTULO 5: LEGISLACIÓN COMPARADA

Capítulo 5: Legislación comparada

Avanzando en las necesidades de regulación de la propiedad comunitaria de los pueblos originarios resulta de especial interés el análisis del tratamiento otorgado por otros países latinoamericanos.

La lucha por el territorio y consagración de los derechos fundamentales de los pueblos que originariamente pertenecieron a estos territorios ha generado importantes logros legislativos que servirán como fundamentos para continuar incorporando normativa al ámbito nacional.

5.1. Perú

La realidad del Perú muestra la numerosa parte de la población que pertenece a comunidades indígenas, posee 71 etnias, 67 idiomas, agrupados en 17 familias lingüísticas, y al menos 11 pueblos en situación de aislamiento voluntario o en contacto inicial, ubicados en las regiones de Loreto, Cusco, Madre de Dios y Ucayali. Hacer referencia entonces a la legislación respecto de la situación de las tierras y de la propiedad de estos pueblos originarios es un tema sensible en toda la comunidad Peruana, de un arraigo muy fuerte a su historia.

Este país reconoce legislativamente a las comunidades indígenas en la Constitución del año 1919, casi un siglo después de instaurada la República, donde fue la primera vez que se hace referencia a la existencia de estas comunidades, pero nunca fueron reconocidos sus derechos territoriales.

La Constitución de 1993, promulgada por la dictadura de Alberto Fujimori, recortó los derechos territoriales de los pueblos indígenas, mientras que el anterior cuerpo legal (la Constitución de 1979), otorgaba a las tierras de éstas comunidades el carácter de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Este ordenamiento solo dejó vigente el carácter de la imprescriptibilidad de la tierra, dejando abierta la posibilidad de la privatización de las mismas.

En el año 1995 el Estado de Perú, ratificó el Convenio N° 169 de la OIT por Resolución N° 26.253, al que se le otorgó rango constitucional y, por tanto, es de obligatorio cumplimiento para el mismo. Pero en la práctica no se ha llevado a cabo ni efectivizado. La

Ley de Consulta ha dado al Vice ministerio de Interculturalidad, del Ministerio de Cultura, el carácter de órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

La Constitución vigente (del año 1993) establece que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural; asimismo protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (Art. 2); reconoce la necesidad de la educación intercultural bilingüe y la fomenta según las características de cada zona; preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país (Art. 17); reconoce como idiomas oficiales el castellano, quechua, aimara y las demás lenguas aborígenes (Art. 48) y consagra el derecho de propiedad comunal sobre la tierra (Art. 89).

Asimismo, es de destacar lo contemplado en el artículo 88 de la Constitución del Perú que establece la personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas como entidades autónomas en su organización, en el trabajo comunal, en el uso y la libre disposición de sus tierras, en lo económico y administrativo. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Nativas y establece que la propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono según previsión legal. En la Constitución peruana no se reconoce expresamente a los pueblos indígenas como sujeto jurídico, sino solo a las Comunidades Nativas y Campesinas.

Sin embargo, la normativa interna si ha desarrollado conceptos y definiciones específicas sobre los pueblos indígenas u originarios: la Ley de Protección de la Diversidad Biológica y de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas N° 27.811, define el concepto de pueblos originarios y establece que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, reconoce su cultura y territorio; la Ley General del Ambiente N° 28.611, (Artículo 70) reconoce al pueblos indígena y el derecho a su participación. Y Finalmente la Ley N° 28.736 reconoce a los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y de contacto inicial (Artículo 2).

Es de destacar a la Ley de Consulta Peruana, que señala “el derecho de los pueblos indígenas u originarios para que sean consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y

regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”⁶⁹.

La OIT y la Corte IDH han señalado reiteradamente que la consulta no necesita de una ley o un reglamento para ser ejercida, consideramos a esta ley restringida al Convenio 169 de la OIT, mientras que el artículo 20 de la Ley de Consulta obliga al Viceministerio de Cultura a crear una base de datos oficial de los pueblos indígenas, quien será el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Se ve politizado en este aspecto el control y cumplimiento de la manda constitucional y de la propia ley.

Si bien la ley ha sido dictada con la finalidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas y fortalecer la aplicación del Convenio 169 de la OIT, algunas de las organizaciones indígenas más importantes de Perú la han rechazado ferozmente, tras meses de intenso debate.

Entre los puntos más controvertidos de esta legislación se encuentra la decisión de consultar a los pueblos indígenas sobre proyectos que afecten a sus territorios y a sus derechos solo después de que se haya concedido un contrato. Otra de las cláusulas que ha sido refutada con ímpetu es que la consulta no es necesariamente vinculante, lo que significaría que un proyecto que ha sido rechazado por los habitantes indígenas afectados podría seguir adelante.

En muchas partes de Perú, los pueblos indígenas, incluidas las tribus no contactadas, han visto sus tierras divididas por bloques de gas y petróleo, o subastadas para centrales hidroeléctricas. Aunque muchas empresas en Perú respetan los derechos de los pueblos indígenas de cara al exterior, buena parte de ellas emplean la fuerza y la coerción para asegurarse de que sus proyectos sean provechosos en desmedro de los derechos fundamentales de estas personas.

5.2. Colombia

Continuando con el análisis de las legislaciones latinoamericanas en materia de reconocimiento y protección de las comunidades indígenas y de sus derechos territoriales, se hace referencia ahora a Colombia, y a su Carta Magna del año 1991, que ha modificado a la anterior, que venía rigiendo desde el año 1886, consagrando nuevos principios, siendo una

⁶⁹ Art. 2, Ley N° 29785, Honorable Congreso del Perú, aprobada el 23 de Agosto de 2011, promulgada el 6 de Septiembre de ese año.

Constitución de corte netamente humanista, haciendo énfasis en la dignidad humana como fin último y supremo.

Se estableció, en cuanto a nuestro trabajo refiere, la diversidad étnica y cultural de los colombianos, y al mismo tiempo los deberes del Estado con respecto a la protección de esta diversidad. Declara que las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos reconocidos por este cuerpo legal, lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos⁷⁰ en cabeza de las comunidades indígenas.

La Constitución Política igualmente dio especial protección a los valores culturales y sociales encarnados en las comunidades indígenas que aún subsisten en el país. La importancia de estos valores se pone presente de manera directa en el Artículo 7, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Por su parte, el artículo 8 establece la obligación del Estado de proteger la riqueza cultural de la Nación; y en el artículo 9 se refiere al respeto de la autodeterminación de los pueblos. También podemos decir que se les da mayor protección a las comunidades, tratando de no afectar sus economías ni su cultura, según lo expresa el artículo 330 que a continuación se transcribe:

Tratándose de la explotación de recursos naturales, prevé que dicha explotación se hará sin desmedro de la integridad social, económica y cultural de las comunidades indígenas y además prevé la participación de los representantes de las comunidades en las decisiones que se adopten.⁷¹

Colombia también ha ratificado el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.⁷² Este Convenio, como ya se ha dicho en los primeros capítulos, deroga al anterior N° 107 del año 1957, introduciendo mayores elementos con respecto a la participación y a la identidad indígena.

En concordancia con la Constitución Nacional, la Ley N° 21, en su artículo 4, ordena adoptar medidas que preserven a las personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente de los pueblos indígenas. El Artículo 6, del mismo cuerpo normativo, manifiesta

⁷⁰ Los resguardos indígenas son definidas por ese cuerpo legal como aquella institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales. (libro dossier pág. 150 - María Cecilia Jezieniecki)

⁷¹ Artículo 330, Constitución Nacional Colombiana. Honorable Congreso de Colombia.

⁷² Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificada por ley 21, Honorable Congreso de Colombia, sancionada con fecha 4 de marzo de 1991

que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante los procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones representativas cuando se prevean mediadas legislativas o administrativas que le afecten directamente y establecer los mecanismos por medio de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población.

Entre las leyes más importantes, formales y materiales, que hacen parte y que consagran mandatos expresos sobre la protección de las comunidades indígenas, se destacan: la Ley N° 89 de 1890, que ya reconocía la existencia de las comunidades o parcialidades indígenas al permitir su representación mediante los cabildos, la Ley N° 2 de 1959, y la Ley N° 99 de 1993.

Concordante con la Constitución Nacional, la Ley N° 99, del Ministerio de Medio Ambiente, ordenaba que la explotación de los recursos naturales debía hacerse sin desmedro de la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras, y para este caso, el artículo 76 establece que las decisiones se toman previa consulta a los representantes de dichas comunidades, teniendo en cuenta que han desarrollado relaciones sociales, culturales y económicas con los recursos naturales. En este sentido, la citada ley, desarrolla el mandato Constitucional y concreta la función del Estado en cuanto al reconocimiento de la participación y protección especial de los derechos, integridad, diversidad étnica y cultural, en el contexto ambiental de los proyectos.

Es dable hacer una breve referencia a los tipos de propiedades que existen en Colombia, la que puede ser privada, estatal o pública. La propiedad privada es definida (art. 699 Código Civil) como el derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad privada puede ser individual, colectiva o comunitaria. La propiedad es individual cuando pertenece a una persona natural o jurídica, en los términos del artículo 58 de la Constitución y 699 del Código Civil. Se garantiza este tipo de propiedad, al igual que los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos por leyes posteriores. Esta propiedad puede disgregarse en nuda o mera propiedad y usufructo.

La propiedad privada es colectiva cuando su titular es un grupo de personas que ejercen simultáneamente el dominio sobre el bien. Son propiedad colectiva los resguardos (Artículo 63 y 329 CN) y los bienes adjudicados a las comunidades negras de la Zona del Pacífico (Artículo 55 transitorio CN y la Ley 70 de 1993 Artículo 7). Este tipo de bienes son inalienables (no se pueden negociar), imprescriptibles (no se pueden adquirir o extinguir por prescripción), e inembargables (no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos).

La propiedad privada es comunitaria según el Artículo 58 CN, el que establece que " el Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad". Se trata del dominio que tienen las cooperativas y demás organizaciones similares, que sin ser inalienables, imprescriptibles ni inembargables, tienen como titular a una pluralidad de personas y el bien está destinado a la satisfacción de intereses comunitarios.

En relación a los derechos sobre la tierra, se realiza una abstracción de la propiedad privada que en cualquier región del país posea un indígena a título individual, caso en el cual se equipara al resto de los habitantes del territorio; los indígenas son dueños de los resguardos, que como se anotó anteriormente son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

En este sentido la Corte Constitucional, afirmó respecto de las limitaciones de los resguardos que son un derecho colectivo que debe, en todo caso, ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales necesarios para preservar el medio ambiente y los recursos renovables. El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales debe ser ejercida con plena responsabilidad.

Resulta interesante la publicación del Banco Mundial al respecto:

Colombia es uno de los países que ha puesto el ejemplo para establecer un marco político y legal que apoye la participación indígena. La constitución reconoce los derechos de las comunidades indígenas para controlar sus tierras, recursos naturales y sus asuntos políticos internos tales como: 1. Decidir sobre el uso de la tierra y recursos de la comunidad. 2. Resolver disputas internas. 3. Negociar programas de salud, educación y otros programas con corporaciones de desarrollo regional y del gobierno nacional.⁷³

Se estima que es sumamente valorable el reconocimiento en la legislación y en la Carta Magna a los derechos de estas comunidades relegadas durante años, considerando que si en la práctica no se llevan a cabo acciones efectivas, se convierte en letra muerta y toda idea de Derecho desaparece rápidamente.

⁷³ UPME “Llegislación sobre derechos y comunidades indígenas.” Recuperado de: http://www.upme.gov.co/guia_ambiental/carbon/areas/minorias/contenid/minoria3.htm

5.3. Bolivia

Otro de los casos para destacar es la labor llevada a cabo en Bolivia. El Congreso Nacional de este país, en el año 1991, ratificó la suscripción del Convenio N° 169 de la OIT⁷⁴, que rápidamente se constituyó en la referencia central para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. La aprobación de este Convenio por Bolivia, fue el primer paso en el reconocimiento de sus derechos en la legislación nacional, seguido por la Reforma Constitucional aprobada en 1994.

Es de destacar que en el artículo primero ya existió un cambio de perspectiva y mirada hacia el pueblo boliviano, como es el reconocimiento del Estado de Bolivia como una República multiétnica y pluricultural, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos, haciendo de base para el desarrollo posterior de la legislación. Luego, en el artículo 171 del mismo cuerpo legal, nos encontramos con otro complemento de la regulación, en donde se reconoce la existencia constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos especiales, presentándose dos connotaciones muy importantes:

- 1) Los pueblos indígenas son sujetos de derechos, y no solamente individuos pertenecientes a un grupo étnico.
- 2) Se les reconoce un conjunto de derechos colectivos, que en el caso boliviano, la misma Constitución señala:

Los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbre e instituciones.⁷⁵

En cuanto a lo que el tema tierras se refiere, “este país reconoce la propiedad colectiva de la tierra, noción que es recogida tanto en la Constitución Nacional como en las leyes que regula la materia agraria” ...” lo que brinda un piso importante de reconocimiento y torna operativos dichos derechos” (Jezieniecki, 2015, p.141).

Se destaca asimismo la Ley de Medio Ambiente N° 1333, del 27 abril de 1992, que fue la primera en utilizar, con valor de categoría jurídica, el concepto de Pueblo y Comunidad Indígena. El área protegida que incorpora esta ley, es el territorio indígena, entonces el

⁷⁴ Ley 1257, Honorable Congreso del Estado pluricultural de Bolivia, sancionada con fecha 11 de junio de 1991.-

⁷⁵ Constitución del Estado pluricultural de Bolivia. Honorable Congreso de la nación boliviana

concepto de participación y consulta se modifica en tanto se trata de tierras privadas en las cuales sus titulares tienen derechos colectivos específicos -y no comparables a los de otros propietarios privados- en lo que se refiere a la naturaleza de ese derecho de uso y disposición, al desplazamiento o expropiación.

Los principios instituidos en el Convenio 169 de la OIT, han sido incorporados en los mecanismos establecidos en la consulta pública del Reglamento de la Ley de Medio Ambiente, así como lo dispuesto en la Ley de Hidrocarburos.

Es válido mencionar además al Decreto Supremo N° 29.033, del 23 de abril de 2007, que regula de manera específica las actividades hidrocarburíferas, cuando éstas son realizadas en tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias o tierras de ocupación y acceso, sentando jurídicamente de manera más amplia los principios aplicables para cualquier emprendimiento que podría involucrar a la población indígena.

El Decreto establece que es el Ministerio de Hidrocarburos y Energía, la entidad responsable de llevar adelante la consulta a los pueblos indígenas. Esta consulta tiene que estar coordinada con el Viceministerio de Biodiversidad, Recursos Forestales y Medio Ambiente y con el Viceministerio de Tierras (esta última mantiene algunas de las funciones que en la anterior estructura del ejecutivo tenía el Ministerio de Asuntos indígenas y Pueblos Originarios).

En lo interno, en cada entidad territorial indígena –Ayllu, Marka, Tenta, Cabildo, etc.- se ha engendrado un proceso intenso de elaboración de normas- concretado en Reglamentos, Estatutos y otros- que combinan reglas del derecho estatal con usos y costumbres. Surge así un nuevo sistema jurídico indígena, que en los hechos implica el ejercicio de su autonomía.

Según lo expresa Ramiro Molina Barrios y Alcides Vadillo Pinto (Molina Barrios & Vadillo Pinto, 2007), éste es un capítulo inconcluso, la historia de los derechos de los pueblos indígenas se está escribiendo.

5.4. Nicaragua

Se resalta que en este país existen 22 pueblos indígenas en tres regiones (Pacífico, Centro y Norte), y que los mismos han constituido un Consejo de Pueblos Indígenas del PCN, máximo órgano representativo de los indígenas de estas zonas. Dicha coalición de pueblos trabaja en un Anteproyecto de Ley, conocido con el nombre de “Ley de Autonomía de los Pueblos Indígenas del PCN”, que tiene como principal objetivo ayudar a proteger las

tierras comunales de los indígenas, respetar a sus autoridades ancestrales y promover la autodeterminación de éstos, así como la preservación de sus costumbres y tradiciones.

La Carta Magna de Nicaragua reconoce a los pueblos indígenas, y dentro de sus principios fundamentales, el artículo 5, indica textualmente:

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como de mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica (Caribe) se establece el régimen de autonomía en la presente constitución.

La Constitución de la República de Nicaragua de 1987, reformada en el año 1995, reconoce la multiétnicidad y fundamenta el régimen de autonomía para las comunidades indígenas y afro descendientes de la Costa Atlántica (Ley N° 28). Asimismo, dio lugar a la ley que desde el año 2003 regula la propiedad de las tierras indígenas: Ley N° 445 de Régimen de Propiedad Comunal de las Tierras de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Coco, Bocay Indio y Maíz.

En la actualidad los pueblos indígenas han logrado preservar muchas de sus costumbres heredadas de generación en generación, las que son conocidas como derecho consuetudinario, según manifiesta el coordinador del Consejo de los Pueblos Indígenas del Pacífico Centro y Norte de Nicaragua, Justo Felipe Ruiz (2015). Además, añade que actualmente se trabaja para fortalecer a nivel de base a los líderes indígenas, para la aplicación de los convenios que han venido a mejorar el entendimiento de su cultura y conocimiento ancestral.

Respecto del Convenio N° 169, podemos decir que Nicaragua lo ratifica el día 6 de mayo de 2010, a través de la Asamblea Nacional, con el fin de reconocerles a los pueblos originarios sus aspiraciones por asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, el respeto a sus culturas y de su desarrollo económico.

Otro instrumento internacional con el que cuentan las comunidades indígenas en este país es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ratificado por el Estado de Nicaragua en el año 2007, lo que les permite a estos pueblos del

Pacífico, Norte y Centro, exigir a los legisladores mejor condición de derecho y una ley específicamente para los pueblos de esta zona.

Ejemplos claros de derecho consuetudinario son las elecciones de las autoridades de cada pueblo indígena, como en el Caribe, la elección de un síndico (grupo de líderes), quien representa el interés del pueblo en torno a los recursos naturales, guarda en su poder los títulos reales, los documentos y los sellos de la comunidad. Otro caso en el Pacífico, es el de Nancimí, que elige a su Consejo de Ancianos de manera vitalicia; y estos trabajan en conjunto con la Junta Directiva de la comunidad, electa por un tiempo determinado, la cual es la encargada de administrar las tierras comunales.

Para Javier Mendoza, responsable de comunicación del Consejo de los Pueblos Indígena del Pacífico, centro y norte de Nicaragua, la lucha por la reivindicación de los derechos de las comunidades indígenas y el reconocimiento de sus autoridades ha sido larga, pero se ha logrado avanzar. Y como consecuencia de estas luchas se ha logrado resultados, ya que actualmente se encuentran en proceso de inscripciones de todos los Concejos de Ancianos, Alcaldes de Vara y de las Juntas Directivas de los pueblos indígenas del Pacífico, Centro y Norte, con el fin de que el Estado los reconozca (Hernández Martínez, 2013).

Existen dos Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que beneficiaron a Pueblos Indígenas Nicaragüenses y a las que se hace referencia más adelante, son los siguientes: “Awastingi y Yatama”.

Conclusiones Parciales

Sería faltar a la realidad no hacer mención en este trabajo sobre la legislación y la situación de los indígenas en América Latina; desde la época de la colonización europea estas tierras han venido sufriendo la más violenta exterminación del nativo y de su cultura. Situación en la que la legislación no los amparaba. A principio de los años noventa se avizora por esta zona del mapa que, sobre la base sentada por el Convenio 169 de la OIT, los estados comenzaron un proceso de reformas constitucionales, tendientes a incorporar y reforzar el reconocimiento de derechos, más aún asentados en la nueva realidad que exigía adecuarse a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. En este proceso de “adecuación” los estados consagraron en las Cartas Constitucionales el reconocimiento de los derechos a las comunidades indígenas o aborígenes, como tales. Es decir como comunidad, y como titulares de derechos hasta el momento sin reconocimiento. Sin embargo dicha consagración no bastó

a los fines de hacer efectivos dichos derechos. Los lineamientos generales otorgados debieron ser reglamentados por leyes especiales que consideraran las particulares características de la propiedad, y la cultura de estos grupos.

Más allá de su inscripción o no en un registro particular sobre la cuestión indígena que en la mayoría de los países se estableció para dar un orden. La jurisprudencia por su parte, sobre la base de los cuerpos legales mencionados no dio la espalda a los reclamos cada vez con más énfasis efectuados por las comunidades, admitiendo sus derechos y mandando a los Estados Parte a legislar y dar soluciones a la problemática con sus territorios, la explotación de los recursos en ellos contenidos y regular su participación dentro de la sociedad política; exigencias que fueron llevadas a los Tribunales para su resolución.

Se considera de vital importancia para el fortalecimiento de estas comunidades la labor desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos citados.

CONCLUSIÓN FINAL

Conclusiones

Es necesario hacer referencia en este espacio a la particularidad de la materia que se analizó en el presente trabajo, en particular cuando las culturas indígenas otorgan al territorio un valor espiritual en el cual se propician los recursos para el desarrollo de las prácticas que consideren adecuadas.

Para la cosmogonía indígena (más allá de la diversidad de culturas), la tierra no tiene un tinte patrimonialista, no se la ve como mercancía que se puede apropiarse y usar ilimitadamente; su estrecha vinculación con la tierra es consustancial de la existencia misma del grupo, razón por la cual se debe entender como la base material para la continuidad de su acervo cultural.

Vulnerar la relación con la tierra constituye más allá de una discusión doctrinaria un atentado a su cultura y al bagaje cultural que traen consigo. Las necesidades de las comunidades indígenas se materializan en el reclamo de que el Estado reconozca de una vez y para el futuro su personalidad de carácter público, acompañado de una legislación especial del instituto de la propiedad comunitaria, particular, *aggiornada*, respetuosa de los derechos consagrados en los Instrumentos Internacionales y en la Constitución Nacional, realizándose con la participación indígena efectiva.

Es interesante la postura de la Ministro Garros Martínez, al sostener que el respeto a los derechos culturales indígenas no puede resultar en una violación de otros derechos humanos también con status constitucional. El reconocimiento del derecho a las tierras ancestrales por parte de los indígenas sobre inmuebles del dominio público del Estado, ya sea en reservas, o dadas en concesión o uso, o dentro de las tierras fiscales, no impidió el permanente avasallamiento de sus derechos, e incluso anulación de ellos, desde la colonización hasta la sanción de la Ley 23.302.

Es necesario citar la clásica obra de Allende, en relación a los derechos reales expresando la necesidad de restringir el principio a las normas del Derecho Civil, a los fines de aplicar el ordenamiento propicio para su goce.

Este tipo de posiciones doctrinarias dieron origen a la indefinición por la que atraviesa la consideración jurídica de la propiedad comunitaria. En tal sentido, el planteamiento del instituto jurídico que define la naturaleza de este derecho, define las condiciones para hacer efectivo su goce.

La doctrina aplicada en el Anteproyecto del C. C. y C. en el afán de completar la manda constitucional reconoció la existencia de un derecho real cuyo principal objeto es la tierra. Con este criterio, el territorio se delimita y registra generando la posesión y propiedad sobre el inmueble, objeto de este derecho real. Acertadamente, esta posición no fue aprobada para su inclusión, dejando esta temática pendiente de regulación en el marco de una ley específica.

Por otra parte, existe doctrina destacada en favor de mantener los principios constitucionales por los que las comunidades aborígenes son preexistentes al Estado, por lo que el reconocimiento del territorio forma parte del deber fundamental del mismo. Con este criterio, queda sin efecto la posibilidad de legislar este instituto en el ámbito local.

Según la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con igual jerarquía la propiedad comunitaria es suprema, por lo que las normas que se dicten con fundamento en los mismos deben respetar el pleno goce de tales derechos. En tal sentido, resulta inminente la necesidad de legislar en forma específica este instituto para plasmar tanta información respecto del alcance de los derechos adquiridos.

Los juristas están contestes en afirmar que el orden público juega un papel preponderante dentro de la órbita de los derechos reales pues, en materia de derechos reales, la libertad individual sufre una serie restricción, al no permitir la ley establecer otros derechos reales que los expresamente previstos. La principal consecuencia en los derechos reales radica en el *numerus clausus*. En ese sentido, “sistema de *numerus clausus*”, “sistema de creación legal de los derechos reales” y “tipicidad de los derechos reales”, son expresiones equivalentes.

Mientras en el régimen de los derechos personales impera el principio de la autonomía de la voluntad, en el de los derechos reales se encuentra dominado por el principio del orden público, dejando apenas un estrecho margen para la voluntad de los particulares.

Conforme a este ese entendimiento, se considera que la propiedad indígena quedó consagrada por vía constitucional y no puede quedar reducida a un texto legal de menor jerarquía, y que si bien no encuadra en el concepto de bienes del estado constituyen una categoría sui generis a la que debe brindarse una regulación específica.

En relación a este criterio personal, resulta válido reflexionar y esbozar aquí un concepto de propiedad indígena expresando que es el poder jurídico real que tiene la comunidad indígena sobre su propiedad ancestral, que tiene carácter patrimonial y está regulado principalmente por normas de orden público y, por consiguiente, es de contenido primordialmente institucional. Las normas que lo regulan son sustancialmente de orden

público, establecen entre la comunidad aborigen (sujeto activo) y sus tierras una relación directa e inmediata que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario el mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación, una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius preferendi*.

Encuadramos así el derecho que los indígenas tienen sobre sus territorios, dentro de un ámbito del derecho de una naturaleza particular, peculiar, que comparte los caracteres y las acciones que brinda el ordenamiento jurídico a los derechos reales y a los bienes públicos. Por tal motivo requiere de una legislación específica que incorpore coherentemente la normativa nacional e internacional.

En tal sentido, el art. 14 inc. 1, Convenio N° 169 OIT define el carácter ancestral de la tierra como fuente de vida y es parte esencial de su identidad; por esos mismo la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo, y no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros en las condiciones que prevén los sistemas de derecho napoleónicos.

En relación a lo expuesto, los presupuestos jurídicos particulares sobre los que se asienta el instituto de la propiedad comunitaria requiere del trato serio y sincero, impulsando una Ley Especial, que considere los aspectos particulares de esta realidad, y que sea respetuosa de la Constitución Nacional, del Convenio 169 de la OIT , de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de Tribunales, que es donde “se vive” el Derecho.

ANEXOS

ANEXO I: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Resolución aprobada por la Asamblea General [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)] 61/295.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:

La Asamblea General, Tomando nota de la recomendación que figura en la resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos, de 29 de junio de 2006, en la que el Consejo aprobó el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Recordando su resolución 61/178, de 20 de diciembre de 2006, en la que decidió aplazar el examen y la adopción de medidas sobre la Declaración a fin de disponer de más tiempo para seguir celebrando consultas al respecto, y decidió también concluir su examen de la Declaración antes de que terminase el sexagésimo primer período de sesiones, Aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que figura en el anexo de la presente resolución. 107 a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

Anexo

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General, guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta.

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales.

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad.

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas.

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación.

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos.

Reconociendo también la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados.

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran.

Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.

Reconociendo que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente.

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo.

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en consonancia con los derechos del niño.

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional.

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados.

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional.

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe.

Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados.

Destacando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Estimando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera.

Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía de región en región y de país a país y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales.

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1 Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las

Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴ y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 2 Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3 Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4 Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5 Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 6 Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7 1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; 6 c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9 Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Artículo 10 Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas. 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos. 2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 14 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. 2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación. 3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus

comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17 1. Los individuos y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable. 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para empoderarlos. 3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo y, entre otras cosas, de empleo o salario.

Artículo 18 Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19 Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 20 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios

medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo. 2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21 1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 22 1. En la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas. 2. Los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23 Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar 10 activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud. 2. Las personas indígenas tienen igual derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente que este derecho se haga plenamente efectivo.

Artículo 25 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 y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que

poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. 11

Artículo 27 Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30 1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. 2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas

interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. 2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34 Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35 Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36 1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras. 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho.

Artículo 37 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos. 2. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38 Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39 Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40 Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 41 Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42 Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia.

Artículo 43 Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44 Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígena.

Artículo 45 Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46 1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. 2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática. 3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.

ANEXO II: Proyecto de ley

PROYECTO DE LEY: Reconócese el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena. Crea el mecanismo para la entrega de títulos de propiedad comunitaria a favor de comunidades indígenas o de una organización de pueblos indígenas.

PARTE RESOLUTIVA DEL PROYECTO

El objeto del proyecto de ley tiene por objeto fundamental brindar mayor seguridad jurídica a las comunidades indígenas cuyos territorios han sido delimitados y marcados conforme las prescripciones de la ley nacional N° 26.160. Se busca brindar el contenido, los principios y el procedimiento destinados a instrumentar el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena. Se reconoce las características especiales que conlleva el título de propiedad comunitaria, de acuerdo con los estándares jurídicos nacionales e internacionales. Por ello el artículo segundo prevé a la propiedad comunitaria, como un derecho de carácter colectivo, de fuente constitucional y cuyo régimen es de orden público. Es inembargable, insusceptible de gravámenes, inenajenable, intrasmisible e imprescriptible (artículo 1°).

Por ello, se propicia la entrega del título de propiedad comunitaria de las tierras que han sido objeto de estudio en el marco del Programa de Relevamiento Territorial de comunidades indígenas, ley nacional N° 26.160 ejecutado en la Provincia de Río Negro en forma conjunta entre el CODEC.I y el INAI, y cuya carpeta técnica hubiera sido debidamente aprobada mediante acto administrativo éste último, en su carácter de organismo de aplicación de la Ley Nacional N° 26.160 (artículo 2°).

Asimismo, se prevén aquellas situaciones en que algunas comunidades no hubieran sido aún relevadas instando a pedido de éstas la registración en la Dirección de Catastro y Topografía y en el Registro de la Propiedad del Inmueble de la Provincia de Río negro, la posesión y propiedad comunitaria correspondiente con el territorio de la comunidad solicitante a fin de proceder a la posterior confección de la mensura y otorgamiento del título de propiedad comunitaria indígena en los términos del artículo anterior. Asimismo, se prevé la inscripción ante los organismos mencionados de aquellos territorios que han sido reconocidos por sentencia judicial firme y aquellos casos en que el Estado Nacional o Provincial hubiera reconocido u otorgado la propiedad a una comunidad determinada (artículo 2°).

El artículo 3° prevé la entrega del título de propiedad comunitaria a favor de una o más Comunidades Indígenas o de una Organización de Pueblos Indígenas, con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, respetando para ello el debido consentimiento libre, previo e informado de los sujetos de derechos involucrados.

El artículo 4° dispone que las comunidades deben tener la personería jurídica.

El artículo 5° establece que la carpeta técnica producto del relevamiento deberá encontrarse aprobada por INAI, en su carácter de organismo de aplicación de la ley N° 26.160 mediante acto administrativo de dicho organismo.

Por su parte, el artículo 6° prevé la obligatoriedad de crear en el ámbito de la Dirección de Catastro y el Registro de la Propiedad provinciales un registro a fin de la pertinente inscripción de los respectivos títulos de propiedad comunitaria.

Los artículos 7° y 8° prevén la creación de una Unidad Ejecutora Provincial integrada por representantes del gobierno ejecutivo y legislativo, y la debida representación indígena. Será la instancia encargada de llevar adelante el proceso de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena y los trámites pertinentes que dicha misión requiere (inscripción de la cartografía ante la Dirección de Catastro de la Provincia, inscripción ante el Registro de la Propiedad del Inmueble, notificación a los sujetos de derechos, entre las principales).

Por su parte, el artículo 10° prevé que la escritura traslativa de dominio será efectuada a través de la Escribanía General de la Provincia de Río Negro.

En función de todo el marco jurídico en materia de reconocimiento de derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena, a nivel internacional, nacional y provincial, no caben dudas que ésta ley resulta ser una clara obligación del legislador que no debe ni puede dilatarse en absoluto. Debe realizarse una interpretación armónica de todas las normas que reconocen el nuevo marco jurídico, y es obligación del Estado, en todos sus órdenes, adecuar sus normas internas (leyes, resoluciones, decretos, actos administrativos) a este marco jurídico que no es ni más ni menos que una reparación al genocidio perpetrado contra los pueblos indígenas de Latinoamérica, y particularmente al pueblo mapuche-tehuelche en esta región del cono sur.

La presente ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento destinados a instrumentar el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena, de conformidad con el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, las obligaciones establecidas en la ley N° 24.071 que aprueba el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre

pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; el artículo 42 de la Constitución Provincial y la ley Integral Indígena D 2.287 .

Por ello:

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO
SANCIONA CON FUERZA DE
LEY

Artículo 1º. Propiedad Comunitaria Indígena. Se establece que la propiedad comunitaria indígena, en su carácter de derecho colectivo, constitucional y de orden público, es inembargable, inenajenable, intrasmisible, imprescriptible y no puede ser gravada por derechos reales de garantía, conforme los regímenes jurídicos de derechos humanos y los usos y costumbres de los pueblos indígenas de la Provincia de Río Negro.

Artículo 2º. Características. La propiedad comunitaria indígena comprende a aquellos inmuebles ocupados tradicionalmente por las Comunidades Indígenas, y sobre la que ostentan una posesión caracterizada por el uso comunitario de aguadas, zonas de agricultura, crianza de animales, sitios de asentamientos, itinerarios tradicionales de caza y recolección, cementerios y lugares sagrados, siendo ella solo una enumeración meramente enunciativa, y que se encuentre relevada en el marco del relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto por la ley N° 26.160, y su prorroga ley N° 26.554, ambas ratificadas por leyes provinciales N° 4.275 y N° 4.753.

En aquellos supuestos de comunidades que aún no han sido relevadas y a pedido de éstas, deberá dejarse asentado en la Dirección de Catastro y Topografía y en el Registro de la Propiedad del Inmueble de la Provincia de Río negro, la posesión y propiedad comunitaria correspondiente con el territorio de la comunidad solicitante a fin de proceder a la posterior confección de la mensura y otorgamiento del título de propiedad comunitaria indígena en los términos del artículo anterior.

Asimismo, deberá procederse a la inscripción ante los organismos mencionados de aquellos territorios que han sido reconocidos por sentencia judicial firme y aquellos casos en que el Estado Nacional o Provincial hubiera reconocido u otorgado la propiedad a una comunidad determinada.

Artículo 3º. Titularidad de la Propiedad Comunitaria Indígena. La titularidad de la propiedad comunitaria Indígena, se instrumentará a favor de una o más Comunidades Indígenas o de una Organización de Pueblos Indígenas, con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, respetando para ello el debido consentimiento libre, previo e informado de los sujetos de derechos involucrados.

Artículo 4°. Personería Jurídica. Las Comunidades Indígenas deberán, en forma previa al inicio del trámite de reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria, contar con personería jurídica debidamente inscrita en el organismo competente.

Artículo 5°. Aprobación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Las carpetas técnicas producto del relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto por la ley N° 26.160 y ley N° 26.554, ambas ratificadas por leyes provinciales N° 4.275 y N° 4.753, deberán ser aprobadas por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

Artículo 6°. Creación del Registro Especial. La Dirección de Catastro y Topografía y el Registro de la Propiedad del Inmueble de la Provincia de Río Negro, anotarán y registrarán las propiedades comunitarias indígenas en un Registro Especial que crearán a ese efecto.

Artículo 7°. Unidad Ejecutora Provincial. Crease la Unidad Ejecutora Provincial la que estará integrada por el Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas, la Dirección de Tierras, la Comisión Investigadora para el Relevamiento de Transferencias de Tierras Rurales creada por ley N° 4.744, los representantes del Consejo de Participación Indígena por la Provincia de Río Negro ante el INAI y los representantes de las organizaciones políticas indígenas del pueblo Mapuche. La Unidad Ejecutora deberá integrarse en un plazo de noventa (90) días a partir de la sanción de la presente ley.

Artículo 8°. Funciones de la Unidad Ejecutora Provincial de la Propiedad Comunitaria Indígena. La Unidad Ejecutora deberá:

1. Registrar ante la Dirección de Catastro de la Provincia de Río Negro la cartografía comunitaria resultante del relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto en el artículo 3° de la ley N° 26.160 y ley N° 26.554 reconocida de la manera establecida por el artículo 6°, y las demás situaciones previstas en el artículo 2° de la presente ley. La cartografía mencionada será considerada a todos los efectos legales como mensura, de conformidad a lo previsto en la ley nacional N° 3.483.

2. Notificar fehacientemente el acto de registración a las Comunidades Indígenas u Organizaciones de los Pueblos Indígenas y a los titulares registrales, en su carácter de partes legitimadas.

3. Llevar adelante todos los actos necesarios tendientes a lograr el reconocimiento y la instrumentación de la posesión y propiedad comunitaria indígena en el territorio de su jurisdicción.

“Propiedad comunitaria de los pueblos originarios”

4. Intervenir ante la Escribanía General de Gobierno para que por su intermedio se otorgue la escritura traslativa de dominio a la comunidad indígena u organización política indígena.

5. Solicitar la inscripción de la propiedad comunitaria indígena en el Registro de la Propiedad Inmueble Provincial.

Artículo 9º. La escritura traslativa de dominio será otorgada por el representante legal de la Escribanía General del Gobierno de la Provincia de Río Negro, de manera gratuita para las comunidades indígenas u organizaciones de los Pueblos indígenas.

Artículo 10. Derogase los artículos 18, 19, 20 y 21 de la ley N° D 2.287.

Artículo 11. Dispónese que esta ley es de Orden Público.

Artículo 12. De forma.

Coautores: Cesar Miguel, Silvia Horne.

BIBLIOGRAFÍA

o Doctrina

- J Abreut de Begher, L. (2012). La propiedad comunitaria indígena. Buenos Aires: La Ley-UBA.
- J Abreut De Begher, L. (2013). El derecho real de la propiedad comunitaria indígena. Publicado en La Ley el 11/10/2013. Recuperado el 16/05/2015.
- J Alterini, J., Corna, P., & Vazquez, G. (2005). Propiedad indígena. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina.
- J Alvarado, P. (2015). Dossier Propiedad Comunitaria Indígena. *Regulación de la propiedad comunitaria indígena en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (2012-2013)*. páginas 88 a 101. Editorial Universitaria de la Patagonia.
- J Beguer, L. (2014). Impacto de la reforma sobre los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial. . Obtenido de La Ley on line SJA 2014/12/10-3;JA2014-IV
- J Bidart Campos, G. (1996). Los derechos de los pueblos indígenas argentinos. Buenos Aires: La Ley.
- J Caramelo, G., Picasso, S., & Herrera, M. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- J Comisión de Derechos Reales. (2013). Jornadas Cordobesas de Derecho Civil. Córdoba.
- J Daes, E. (1995) Nota de la Presidenta-Relatora sobre los criterios que podrían aplicarse al examinar el concepto de pueblos indígenas (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3/), pág. 4.
- J Gelli, M. (2013). Constitución De La Nación Argentina Comentada y Concordada, 4ª edición ampliada y actualizada, tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- J Gomiz, M. M. (2015). Dossier Propiedad Comunitaria Indígena. *El derecho constitucional de propiedad comunitaria indígena en la jurisprudencia argentina*. páginas 123 a 144. Editorial Universitaria de la Patagonia.
- J Hernández Martínez, A. (10 de 2013). Actuales pueblos indígenas de Nicaragua.
- J Highton, E. (1994). El camino hacia el nuevo derecho de los Pueblos Indígenas a la propiedad comunitaria. Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Santa Fe.

- J Ivanoff, S. L. (2015). La Propiedad Comunitaria Indígena: reflexiones en torno a su inclusión en la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Expediente, N° 7 .
- J Jezieniecki, M. C. (2015). Dossier Propiedad Comunitaria Indígena. *Propiedad comunitaria indígena: una mirada desde la legislación comparada*. páginas 144 a 163. Editorial Universitaria de la Patagonia.
- J Salgado, J. M. (2015). Dossier Propiedad Comunitaria Indígena. *Tierras y territorios indígenas*. páginas 1 a 20. Editorial Universitaria de la Patagonia.
- J Kosovsky, F., & Ivanoff, S. L. (2015). Propiedad Comunitaria Indígena. Primera Edición. Comodoro Rivadavia: EDUPA. Kosovsky, F., & Ivanoff, S. L. (2015) Dossier Propiedad comunitaria indígena Ponencia presentada el 4 de septiembre de 2015 organizada por la Cátedra libre de pueblos originarios, Secretaría de Extensión de la Universidad Nacional de la Patagonia y la Asociación Argentina de Abogados/as de Derecho Indígena -AADI- Comodoro Rivadavia, Chubut.
- J Lorenzetti, R. (2012). Presentación del Proyecto "Código Civil y Comercial de la Nación". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- J Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E., & Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires.
- J Marienhoff, M. (2011). Tratado de Derecho Administrativo. Cuarta Edición actualizada. Tomo IV. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- J Molina Barrios, R., & Vadillo Pinto, A. (2007). Los derechos de los Pueblos Indígenas en Bolivia. Una Introducción a las normas, contextos y procesos. Centro Bolivariano de Estudios Multidisciplinarios.
- J Quiroga Lavié, H., Benedetti, M., & Cenicacelaya, M. (2001). Derecho Constitucional Argentino. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- J Vázquez, G. (2012). Propiedad Comunitaria Indígena en el Proyecto. Obtenido de La Ley, cita online: AR/DOC/3338/2012
- J Zamudio, T. (2016). Derecho de los Pueblos Indígenas. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves17.htm>

○ Documentos electrónicos

- J UNDRIP. (2013). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Manual para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_SP.pdf
- J CIDH. (2016). Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm>
- J Fernandez, N., & Virosta, L. (2011). Pueblos Originarios y Derechos Humanos. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de http://www.jus.gob.ar/media/1129142/28-cartilla_pueblos_originarios.pdf
- J Highton de Nolasco, E. (2014). El derecho de propiedad bien resguardado. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de <http://www.lanacion.com.ar/1741316-el-derecho-de-propiedad-bien-resguardado>
- J Hauser, I. (2014). Un debate como nunca se vio. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/1-70317-2014-11-02.html>
- J Kreimer, O., & Figueroa, V. (2008). Los Derechos De Los Pueblos Indígenas Explicados Para Todas Y Para Todos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y su relación con normas fundamentales del derecho internacional. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de http://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf
- J Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- J UNPFII. (2004). El concepto de Pueblos indígenas. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_data_background_es.htm
- J Steiner, C., & Uribe, P. (2014). Convención Americana sobre derechos humanos comentada. Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/ConvencionAmericanaSobreDerechos20141209.pdf>
- J Zamudio, T. (2016). Derecho de los Pueblos Indígenas. Recuperado el 12 de 09 de 2016, de <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves17.htm>

○ Legislación

- J Convención Americana de Derechos Humanos.
- J Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- J Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo.
- J Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- J Constitución de la Nación Argentina.
- J Ley Nacional N° 26.160 de Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de las Tierras.
- J Ley Nacional N° 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes.
- J Código Civil y Comercial de la Nación.
- J Ley Provincial N° 10.316 sobre Registro de Comunidades de Pueblos Indígenas de la Provincia de Córdoba.

○ Jurisprudencia

- J Corte I.D.H. Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Recuperado el día 12/05/2015 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- J Corte I.D.H. Caso “Yatama Vs. Nicaragua”, Sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127. Recuperado el día 12/05/2015 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- J Corte I.D.H. Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Recuperado el día 12/05/2015 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- J C.S.J.N. Caso “Comunidad Indígena HoktekT’Oi Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación”, Sentencia del 8 de septiembre de 2003. Recuperado el día 12/05/2015 de: <http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/07/2003-09-08-wichi-amparo.pdf>
- J Cám. Civ. y Com. de la Provincia de Jujuy, sala Primera, Caso “Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes- Pueblo Cochino vs. Provincia de Jujuy”, Sentencia del 14 de septiembre del año 2001. Recuperado el día 12/05/2015 de:

[http://derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc_download/9-cciv-y-com-jujuyy-sala-lo-pueblo-cochinoca-vs-provincia-de-jujuy.](http://derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc_download/9-cciv-y-com-jujuyy-sala-lo-pueblo-cochinoca-vs-provincia-de-jujuy)

**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:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	DANIELA CARINA SALAS
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	33.350.399
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Danisasalas6@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <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>	

“Propiedad comunitaria de los pueblos originarios”

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:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SÍ
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

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: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

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.