

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

***“La propiedad comunitaria de los pueblos
primitivos en Argentina”***

Itati De Los Milagros Schnidrig

Trabajo final de graduación

Abogacía

AÑO 2017

Agradecimientos

Al llegar a la meta final, solo queda agradecer a mi gran familia y amigos por acompañarme en toda mi carrera. A mi mamá por estar siempre presente, pero sobre todo a mi papá porque sin su confianza y sin su apoyo este recorrido no hubiese sido posible.

Resumen

Los pueblos originarios del país gozan de protección constitucional propia de su condición de indígenas. Como consecuencia, estos pueblos tienen derecho al reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural garantizada por la propia Constitución Nacional, reformada en el año 1994. Estos derechos se vinculan principalmente con los derechos a la posesión y a la propiedad de las tierras de quienes ancestralmente habitaron estos pueblos, aun antes de la conquista de los españoles.

Como consecuencia del rechazo del modelo europeo de propiedad por parte de las comunidades que habitaban el territorio argentino al momento de la conquista, la propiedad comunitaria aborigen posee particularidades diferentes a la propiedad tradicional; lo que constituye una de las razones que complican su encuadramiento legal. Sin embargo, debe destacarse que en Argentina existe una cláusula constitucional al respecto- además de la legislación infraconstitucional – y que se han ratificado ya diversos Convenios internacionales a partir de la reforma de 1994.

De esta manera resulta trascendente analizar en este trabajo final de grado si el ordenamiento jurídico argentino es adecuado y suficiente para satisfacer las necesidades de los pueblos comunitarios y garantizar el pleno reconocimiento de sus derechos; o si por el contrario debería profundizarse o reformarse la legislación interna de nuestro país.

Debe destacarse que para los pueblos comunitarios la propiedad de sus tierras no tiene fines económicos, ni mercantiles ni es algo que se pueda negociar; sino que para ellos tiene un significado que integra a la tierra, con el hombre y el universo.

Palabras claves: propiedad comunitaria – aborigen- Constitución- Estado Nacional – Código Civil y Comercial- derecho internacional

Abstract

The indigenous people of the country enjoy constitutional protection of their status. As a consequence, these people have the right to recognition of their ethnic and cultural pre-existence guaranteed by the State in article 75, paragraph 17 of the National Constitution, which was amended in 1994. These rights are related mainly to the rights of possession and ownership of the lands of those who ancestrally inhabited these towns, even before the conquest of the Spaniards.

The indigenous community property has particular characteristics as a consequence of their rejection of European type of property. This is the reason that complicates the regulations of this right.

However, in Argentina not only exists a constitutional law, in addition to the infra-constitutional ones, but also there have been confirmed several international instruments since 1994.

Therefore it is important to analyze in this final work if the Argentinean legal system is adequate, reasonable and sufficient to meet the needs of indigenous people and to guarantee the real recognition of their rights; or if, on the contrary, our internal legislation should be modified.

The land for the indigenous people has not any economic purpose. It is not negotiable and neither a merchandise. It has a meaning that includes land, men and the universe.

Key words: community property – indigenous – Constitution – State – Civil and Commercial Code – international law.

Índice

Introducción General.....	p.8
---------------------------	-----

CAPÍTULO PRIMERO

Origen de la propiedad en Argentina

Introducción	p.13
1. Concepto de “propiedad	p.13
2. Antecedentes históricos.....	p.16
2.1 Revolución francesa de 1789	p.19
2.2 Código Civil de Francia de 1804	p.20
3. La propiedad en la Constitución Nacional	p.22
3.1 La Reforma Constitucional del año 1994	p.23
4. La propiedad en el Código Civil de Vélez Sarsfield.....	p.26
5. La propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	p.28
6. La propiedad para la Iglesia católica.....	p.30
Conclusiones parciales	p.31

CAPÍTULO SEGUNDO

La propiedad aborígen en el Derecho Internacional

Introducción	p.34
1. Significado de la propiedad comunitaria para los pueblos originarios	p.34
2. Organización de Naciones Unidas (ONU)	p.37
2.1 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas	p.39
2.2 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	p.42
3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los pueblos indígenas ...	p.45
3.1 Comisión interamericana de derechos humanos	p.49
3.2 Corte interamericana de derechos humanos.....	p.52
3.2.1 Análisis del caso “Awas Tigni vs. Nicaragua” (2001).....	p.54

Conclusiones parciales	p.56
------------------------------	------

CAPÍTULO TERCERO

La propiedad comunitaria aborígen en las Constituciones

Introducción	p.59
1. Antecedentes constitucionales de la propiedad indígena en la Argentina .	p.59
1.1 Antes de la Reforma Constitucional de 1994.....	p.62
1.2 Después de la Reforma Constitucional de 1994	p.65
2. Criticas y problemas doctrinarios vinculados al artículo 75, inciso 17 y 22 de la CN	p.69
3. La regulación legal de los derechos de la comunidad indígena en las Provincias.....	p.73
3.1 La provincia de Salta.....	p.74
3.2 La provincia de Formosa.....	p.76
3.3 La provincia de Chubut.....	p.78
4. La propiedad indígena en las Constituciones del derecho comparado.....	p.81
4.1 Chile	p.81
4.2 Bolivia.....	p.82
Conclusiones parciales.....	p.85

CAPÍTULO CUARTO

La propiedad comunitaria indígena en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en la legislación argentina

Introducción	p.89
1. La normativa nacional específica.....	p.89
1.1 Ley nacional 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes	p.90
1.2 Ley nacional 26.160 de Comunidades Indígenas.....	p.93
2. La propiedad comunitaria indígena en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en su Anteproyecto	p.95
2.1 Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación	p.96
2.2 Código Civil y Comercial de La Nación.....	p.99

3. Proyecto de ley de propiedad comunitaria del año 2015	p.102
4. La propiedad comunitaria indígena como derecho real	p.104
5. Análisis de la ejecución del derecho de propiedad indígena	p.106
5.1 Fuero competente para decidir en cuestiones vinculadas con el derecho de propiedad indígena	p.108
Conclusiones parciales	p.110
Conclusión final	p.113
Listado de referencias	p.117
1. Doctrina	p.117
2. Legislación	p.119
2.1 Legislación internacional	p.119
2.2 Legislación nacional	p.120
2.3 Legislación provincial.....	p.120
3. Jurisprudencia.....	p.120
3.1 Jurisprudencia internacional	p.120
3.2 Jurisprudencia nacional.....	p.121

Introducción general

La propiedad indígena ha resultado ser una reivindicación histórica y anhelada por la cultura propia de los primeros habitantes de este suelo. En el actual siglo veintiuno se podría afirmar que existe consenso en que el reconocimiento de la propiedad indígena es una cuestión de justicia histórica.

En este sentido, se han conocido diversas situaciones en las que los pueblos preexistentes fueron privados de sus tierras. Por lo tanto, para evaluar el motivo de este suceso es necesario reflexionar y analizar nuestro ordenamiento jurídico interno.

Se puede afirmar que gran parte del problema se debe a que estas comunidades mantienen su forma de vida propia, diferente al sistema occidental. Asimismo, no comprenden ni se adaptan al sistema jurídico de la propiedad, adoptado luego de la conquista española. Estas comunidades indígenas- por ser las primeras que habitaron el suelo argentino y en busca de conservar su cultura- poseen por derecho consuetudinario una regulación diferente en cuanto al derecho de propiedad. Consecuentemente resulta posible en la actualidad distinguir dos tipos de propiedad: la propiedad privada y la propiedad comunitaria indígena.

En el año 1994, luego de una larga lucha, esta última alcanzó jerarquía constitucional al ser incorporada al artículo 75 inciso 17 de la Carta Magna. Sin embargo, este avance sólo representa parte de un trabajo continuo que se suma a lo que ya se ha hecho en materia de reconocimiento de derechos de los pueblos originarios.

Sumado a la reforma constitucional existen variedad de leyes nacionales, provinciales e internacionales que durante mucho tiempo han reconocido derechos diferentes a los pueblos originarios. Recientemente en Argentina con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se incorporó el artículo 18 que otorga un reconocimiento expreso al derecho de propiedad y posesión de las tierras de los pueblos indígenas.

De esta manera, ante estas normativas que han cobrado vigencia en nuestro ordenamiento jurídico es que cabe preguntarse si en la actualidad el derecho interno argentino contiene una normativa legal, adecuada y suficiente para proteger los derechos de la propiedad comunitaria indígena; o si por el contrario, aún resulta necesario pensar en una reforma o profundización de la regulación vinculada con este

grupo de personas. Todo ello para amparar sus derechos y sobre todo, para garantizar en la práctica el pleno reconocimiento de la propiedad comunitaria.

Según la doctrina, autores como Zimmerman (s/f) y Abreut de Bergher (2012), coinciden en el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena por parte de los poderes públicos y el cumplimiento de sus derechos. La posesión de la propiedad indígena no solo es una relación de sujeto y cosa real, sino que para sus ancestros va más allá de su valor patrimonial. Se vincula con la cultura de estos pueblos y el significado que ellos le aluden al término de propiedad, el que no solo es espiritual sino también religioso, por lo que se espera que el Estado los respete en su integridad.

Ahora bien, respecto al tema que se desarrollará en el presente trabajo, se considera que el derecho de propiedad indígena contiene una regulación legal en el derecho interno de nuestro país que se caracteriza por ser escasa e inadecuada para la problemática en cuestión. Sobre todo se observa que en la práctica no se cumple con el debido respeto del derecho de propiedad comunitaria de estos pueblos. Es ésta la hipótesis que se sostiene en la presente investigación.

Por un lado, en la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se proponía un tratamiento del derecho indígena como parte del clásico derecho real. El mencionado Anteproyecto entendía que la propiedad de bienes de los pueblos originarios era materia del derecho civil, por cuanto estarían incluidos elementos propios de esta disciplina como el carácter absoluto del ejercicio de la propiedad, la posesión de las tierras, entre otras. Sin embargo, actualmente el nuevo Código Civil y Comercial no lo ha regulado en el capítulo de los derechos reales sino que subsiste en la parte general como una declaración abstracta que hace referencia al desarrollo de una futura ley especial.

Asimismo constituye el objetivo general de este trabajo analizar la regulación de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en el derecho interno argentino. Para lograr dicho propósito se deberán identificar las diferentes normas que regulan este derecho, como también señalar si existen carencias en las disposiciones contenidas en el nuevo Código. Seguidamente se indagarán los diferentes fallos de los tribunales argentinos e internacionales acerca de la temática abordada para luego buscar reconstruir la jurisprudencia a lo largo de la historia argentina.

Por otra parte, se intentará contrastar las distintas doctrinas existentes sobre el tema y se procurará detectar cómo interfiere la costumbre de los pueblos originarios en este derecho. Asimismo, se hará énfasis en el tratamiento de esta temática en las

legislaciones de otros países. Todo ello con el objetivo de abordar la conclusión final del presente trabajo donde se expondrá si se verificó o no la hipótesis planteada *ab initio*.

Ahora bien, con respecto al marco metodológico que se utilizará y puntualmente al tipo de estudio del presente trabajo final de grado, éste consistirá en primera medida en el tipo descriptivo por cuanto se profundizará en los aspectos teóricos de la propiedad indígena y su regulación interna en el derecho argentino, a través de las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que clarifiquen cuál sería la regulación adecuada para este derecho. Como metodología, la acorde es la cualitativa por cuanto el análisis se centrará en la descripción de un fenómeno ya conocido, desarrollado a través del estado del arte y que no constituye un tema particular, sino más bien un tema general que nos permite conocer la situación actual de la propiedad comunitaria indígena.

Puntualmente, respecto a la organización de la presente investigación, ésta se abordará en cuatro capítulos:

En el primer capítulo, se realizará un pantallazo general respecto al concepto de propiedad en nuestro derecho y a los antecedentes principales que permitan resumir la historia y la regulación de la propiedad privada como temas prioritarios en la temática elegida. Puntualmente, se describirá cómo ha funcionado y ha sido regulada la propiedad en la época de la Revolución francesa de 1789 y en el Código Civil de Francia. Asimismo, se hará hincapié en el análisis de la propiedad en la Constitución Nacional- antes y luego de la Reforma Constitucional de 1994- y sus antecedentes en el antiguo Código Civil de Vélez. Todo ello para finalizar con el desarrollo de la propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial y completar el estudio de la temática con la opinión que posee la Iglesia católica sobre este importante derecho.

En el segundo capítulo se planteará el significado de la propiedad comunitaria para los pueblos originarios. A partir de esta concepción se analizará a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como primer órgano que aborda la temática. A su vez se hará hincapié en los dos instrumentos internacionales más importantes que protegen a los indígenas: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo se debe tener en cuenta el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y sus dos órganos fundamentales. Por un lado la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos y por el otro la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todo ello, para finalizar con el análisis del primer fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia sobre el derecho de tierra y territorio aborigen.

Con posterioridad, en el tercer capítulo se procederá a analizar el derecho de propiedad comunitaria en las distintas Constituciones. Se comenzará con el análisis de este derecho antes de la Reforma constitucional de 1994, para luego continuar con el estudio de las modificaciones introducidas en 1994.

Sumado a lo dicho se brindará un análisis de las diferentes posturas que sostienen los autores sobre la incorporación y el contenido del artículo 75, inciso 17 y 22. A su vez, se estudiarán el abordaje de esta temática en algunas provincias Argentinas y países latinoamericanos, como Chile y Bolivia.

Finalmente en el último capítulo, se indagará sobre el derecho a la propiedad aborigen en el nuevo Código Civil y Comercial y en la legislación argentina en general. Se estudiará la normativa legal específica en materia de derechos indígenas y luego se hará hincapié tanto en el nuevo Código como en su Anteproyecto

Seguidamente se describirá el proyecto de ley de propiedad comunitaria del año 2015 para continuar luego con la exposición de los fundamentos que la doctrina sostiene para afirmar que el derecho de comunidad no puede ser abordado como un derecho real.

Finalmente se analizará el funcionamiento de la ejecución de este derecho; es decir, qué han tenido en cuenta los tribunales al momento de sentenciar sobre el derecho de propiedad comunitaria. Sumado a lo dicho, y por último, se hará énfasis en el fuero que resultará competente para decidir en cuestiones vinculadas con este derecho.

En conclusión, todo lo dicho tendrá como principal finalidad comprobar si la regulación del ordenamiento jurídico argentino, respecto al derecho de la propiedad comunitaria indígena, es suficiente y adecuada para garantizar el cumplimiento pleno de los derechos de los pueblos primitivos.

CAPÍTULO PRIMERO

El origen de la propiedad en Argentina

Introducción

Para hablar del derecho de propiedad en Argentina, se debe hacer referencia a una de las etapas, quizás la más evolucionada en Europa en cuanto a los derechos humanos: la Revolución francesa.

Este movimiento, que se originó en Francia a partir del siglo XIX trajo aparejados cambios; no solo en la propiedad privada y pública, sino también en otros ámbitos como la división de poderes, la libertad y la igualdad entre los ciudadanos. Así las cosas, el primer código que reguló a la propiedad como un derecho individual fue el código precedido por Napoleón Bonaparte, quien además agregó nuevos derechos y caracteres a los mencionados por la asamblea constituyente.

Se buscará en la elaboración de este primer capítulo definir el concepto de la palabra propiedad y sus antecedentes legislativos. Principalmente se analizará a la propiedad a partir de la Revolución francesa así como también se estudiará el Código de Francia como primer cuerpo de regulación civil. Con ellos, se marcó un antes y un después en la historia, sobre todo en el modelo capitalista mundial.

Asimismo, se explorará en nuestro país el papel que cumple la Constitución Nacional con respecto al derecho de propiedad. Se hará especial énfasis en la reforma constitucional de 1994, para proseguir con el análisis del Código Civil de Vélez, ya derogado y finalizar con el estudio del Código Civil y Comercial argentino.

Finalmente, se hará mención al pensamiento doctrinario de la iglesia católica y la influencia que han tenido estos ideales al momento de regular el derecho de propiedad. Con todo ello, en este primer capítulo se buscará brindar un amplio panorama de este derecho – el de propiedad- que ha sido incorporado a lo largo de los años como un derecho esencial de todas las personas. Consecuentemente, se podrá continuar en los próximos capítulos con el desarrollo del tema principal del presente trabajo: la regulación interna de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en nuestro país.

1. Concepto de “propiedad”

En este primer apartado resulta de gran utilidad comenzar por destacar que el término ‘propiedad’ tiene diversos significados, aunque similares, considerando cada

uno de los diferentes juristas e instituciones que a lo largo de la historia han buscado definirlo. Al respecto, la Real Academia Española otorga diversos significados:

1. F. Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales.
2. F. Cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz.
3. F. Atributo o cualidad esencial de alguien o algo.
4. F. Semejanza o imitación perfecta.
5. F. Defecto contrario a la pobreza religiosa, en que incurre el profeso que usa una cosa como propia.
6. F. Fil. Accidente necesario o inseparable.
7. F. Gram. significado o sentido peculiar y exacto de las voces o frases.
8. F. Mús. Cada una de las tres especies de hexacordos que se usaron en el solfeo del canto llano.¹

Ahora bien, de todas estas variantes la que importará para el desarrollo del presente trabajo se relaciona el punto 1 y 2, que implica aquella facultad o derecho de poseer algo y poder disponer de ello.

Sumado a lo dicho, resulta apropiado conocer el origen etimológico del concepto ‘propiedad’. En latín se denomina ‘*propietas*’ y se compone de tres partes. En primer lugar el prefijo *pro*, que quiere decir “movimiento hacia adelante”. En segundo lugar el adjetivo *privus* que significa “de uno solo”. Y en tercer lugar, el sufijo *tas* que revela “cualidad”. Al unir estos tres conceptos, ‘*propietas*’ se refiere a algo que tenía la “cualidad de ser para uno mismo”.²

Así las cosas, los mencionados autores-, sostienen que la propiedad en el plano jurídico es “el poder directo que se puede lograr en relación a un bien”. Esto implicaría que dicho poder le otorga a su dueño la facultad de ser titular del derecho o la capacidad de disponer del objeto teniendo en cuenta los límites que la ley les confiere. Estos objetos son todos aquellos susceptibles de apropiación y de utilidad. (Pérez Porto y Merino, 2010).

Por otro lado, el derecho romano considera a la propiedad como un derecho que está compuesto por tres facultades: *ius utendi* que es el uso, el *ius fruendi* que significa el disfrute y *ius abutendi* que hace alusión a la disposición. En este aspecto,

¹ Fuente: Diccionario Real Academia Española. Recuperado el 04/09/15 de <http://dle.rae.es/?id=UNs0WGg>

² Fuente: Pérez Porto, J. y Merino, M. (2010). Definición de Propiedad. Definición. De. Recuperado el 26 de agosto de 2017 de <http://definicion.de/propiedad/>

también los citados autores consideran que la propiedad tiene un valor sociológico o político, la que consideran como una “institución de carácter social” que está compuesta por derechos y obligaciones que regulan las relaciones entre las personas de manera individual y grupal (Pérez Porto y Merino, 2010).

Asimismo, el diccionario Enciclopédico Larousse³, amplía las anteriores características, afirmando que la propiedad no solo se encuentra limitada por la ley sino también por la voluntad del transmitente. Al derecho de poseer algo o alguien como describe la Real Academia Española, se suma el derecho de reclamar la devolución cuando el bien se encuentre en poder de otro.

Por su parte, otras fuentes coinciden con los demás juristas al considerar que el derecho de propiedad es: “el poder directo inmediato sobre un objeto o bien que ostentara el propietario de ese bien u objeto y le permitirá disponer libremente del mismo, obviamente y siempre dentro de un marco legal”⁴. Se afirma que los bienes susceptibles de ser apropiados tienen que cumplir con tres condiciones: “que sea útil, que exista en una cantidad limitada y que pueda ser ocupado”⁵.

De esta manera, merece destacarse que el derecho a la propiedad se encuentra regulado no sólo en la Constitución Nacional de cada país, sino también en las convenciones, en los tratados internacionales y hasta en la Declaración Universal de los Derechos humanos. Esta regulación implica que los propietarios pueden hacer sus reclamos de manera judicial cuando se afecte este derecho en un determinado bien.⁶

Así cómo es posible reclamar la protección del derecho a la propiedad, cabe destacarse que este derecho también se puede perder de manera total o parcial cuando no se cumplen con las obligaciones que delegan determinados organismos o instituciones.

Asimismo se distinguen dos tipos de propiedades: *la pública* y *la privada*. En cuanto a la propiedad privada se afirma que ésta “se encuentra sujeta a un cambio permanente, ya que algo que poseo se puede vender y de esta manera la titularidad de la propiedad cambia de una persona a otra”⁷. Esto quiere decir que este cambio es

³ Fuente: Diccionario El Pequeño Larousse Ilustrado. (1996)

⁴ Fuente: Definición de propiedad. *Definición ABC*. Recuperado el 29 de agosto de 2017 de <https://www.definicionabc.com/derecho/propiedad.php>

⁵ Ídem cita anterior

⁶ Ídem cita anterior

⁷ Fuente: Propiedad Privada-Pública – Definición, Concepto y Que es. *Definición ABC*. Recuperado el 29 de agosto de 2017 de <https://www.definicionabc.com/derecho/propiedad-privada-publica.php>

necesario para la producción ya que sin él no se podría realizar cualquier actividad económica. Se agrega que estamos inmersos en un sistema capitalista en el cual el derecho de propiedad privada es un derecho básico y que comparándolo con el comunismo, en este tipo de sistema la propiedad privada carece de existencia, reemplazándola por la propiedad colectiva.

Por otra parte, para definir a la propiedad pública se explica que cuando se habla de un bien que pertenece al Estado, se está ante la presencia de la propiedad pública. En este sentido, es posible afirmar que ciertos bienes y servicios no es conveniente que se encuentren en manos del sector privado por cumplir una función social, que el Estado debe proteger.⁸

Con todo lo dicho y a modo de conclusión es posible afirmar que la propiedad no solo es un conjunto de derechos y obligaciones, sino que implica poseer, disponer, o ser objeto de dominio, respetando los límites que establecen la ley y la voluntad del que posee, ya sea que se trate de un objeto público o privado.

2. Antecedentes históricos

En el presente punto se intentará brindar un panorama amplio sobre los antecedentes históricos que dieron lugar a que el término ‘propiedad’ se convierta en un derecho amparado por la ley.

Para comprender por qué la propiedad privada se impone como un modelo de organización principal de las relaciones socio-espaciales es necesario hacer hincapié en los rasgos fundamentales del proceso histórico. Para ello se debe retroceder a la época del feudalismo, debido a que fue esta etapa la que marcó el primer paso hacia la organización del territorio y la producción medieval. Asimismo estos antecedentes resultarán esenciales para comprender cómo la relación entre el hombre y la tierra se convierte en la base del capitalismo. Al respecto la doctrina afirma:

Esto luego se desestructura a partir del cercado de tierras, donde el feudo o contrato por el que un Rey o gran señor cedía a un noble una tierra o un derecho para su usufructo (dado a cambio de su fidelidad) tuvo lugar en tiempos en los que la agricultura predominaba como fuente de riqueza. La tenencia de la tierra pasaba de este modo a constituirse en el ordenador de la autoridad y de las relaciones de producción, ya que

⁸ Fuente: Propiedad Privada-Pública – Definición, Concepto y Que es. *Definición ABC*. Recuperado el 29 de agosto de 2017 de <https://www.definicionabc.com/derecho/propiedad-privada-publica.php>

los usufructuarios tenían la obligación, basada en la ley o el derecho consuetudinario, de dedicar cierta parte de su trabajo o de su producción en beneficio de su superior feudal. (Fernández Wagner, 2015, p. 44)

A partir del siglo XVIII, en Inglaterra se produce el cercado de las tierras, el que consistía en la delimitación y cierre de los terrenos comunales dando lugar así a dos tipos de propiedad: *la privada* y *la cerrada*. Estas nuevas leyes alteraron la situación de los campesinos ya que para poder disponer de ella debían pagar. Consecuentemente, muchos de ellos quedaron sin hogar y solo recibieron a cambio un trabajo provisorio, generando así una gran desocupación. Así las cosas, ya a finales del siglo, la propiedad de la tierra estaba en manos de la aristocracia inglesa (Fernández Wagner, 2015).

Sumado a lo dicho, el mencionado jurista aclara que la diferencia que radica entre el régimen señorial y el régimen feudal es que este último constituye una red de dependencias personales características de una aristocracia guerrera en desaparición. Mientras que el régimen señorial es una sujeción más antigua y duradera en el tiempo, que son los señores y los jefes que tienen el poder. El señorío vendría a ser la tierra habitada por los hombres ciudadanos. Para aclarar este punto Bloch (citado en Fernández Wagner, 2015) especifica:

En Inglaterra los campesinos habían perdido sus derechos sobre el suelo desde la Edad Media. Las explotaciones grandes habían incorporado muchas fincas pequeñas, y al resto se le pudo imponer la concentración, con formación de cotos redondos y cercados. En Francia, por el contrario, estos derechos no dejaron de reforzarse, y en la edad moderna ningún régimen pudo concebir la revolución que suponía menoscabarlos. Para los economistas del siglo XVIII, las servidumbres comunitarias eran las peores enemigas de la propiedad; se podría decir, sin embargo, que en cierto sentido la fuerza de la propiedad fue lo que les permitió sobrevivir y posibilitó la transición de la vieja a la nueva agricultura (p.44).

De esta manera, la doctrina considera que el régimen feudal marcó la manera más primitiva de inmunidad de las provincias romanas a partir de la concesión y aprovechamiento del suelo a cambio de un canon, el que con el paso del tiempo se convertiría en un impuesto obligatorio.

Así las cosas, luego de la caída del Imperio Romano de occidente y frente a la necesidad de proteger a toda Europa de las invasiones extranjeras, se desarrolla una

organización política feudal de dominio basada en lazos personales. Aquí se descarta la posibilidad de adquirir algún derecho referido a la vida social o colectiva del ciudadano (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008). En este orden de ideas la doctrina entiende al régimen feudal como una:

(...) organización política basada en la regulación de relaciones personales a través de instrumentos contractuales. Un hombre libre se encomienda a la protección de otro, comprometiendo para con él su lealtad y su servicio, y recibiendo de éste un beneficio, ya fuese un cargo, un territorio, al que posteriormente se conocerá de manera generalizada como feudo. El protector se convierte así en señor del protegido, que recibe el nombre de vasallo. Existe, al menos en teoría, un deber de lealtad y asistencia recíproca. (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008, p. 360).

Sumado a todo lo dicho los autores agregan que como consecuencia de estas políticas surgen diversos fenómenos, los que indudablemente produjeron cambios en las relaciones de carácter personal.

A este nuevo proceso se lo denominó 'patrimonialización'. A modo de ejemplo, los juristas hacen referencia a la sustitución de los servicios personales por prestaciones en dinero o en especie; quedó en desuso el homenaje, el cual podía ser múltiple es decir que un vasallo podía servir a varios señores; el carácter hereditario tampoco formaba parte de esta relación, por lo tanto ante la muerte del feudatario o la extinción del vínculo, el feudo debía volver en manos del señor feudal o podían tomar como vasallos a sus hijos.

Con el pasar del tiempo la recepción del derecho romano reemplazó este sistema por lo que hoy se denomina 'herencia y patrimonialidad de bienes' (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008). Al respecto estos autores resaltan:

(...) Una de las primeras labores que debieron enfrentar los glosadores fue la manera de conciliar el Derecho romano con la multiplicidad de figuras que existían al momento de la recepción, entre ellas, la noción de bienes de la Corona, las regalías y, sobre todo, la multiplicidad de relaciones feudo-vasalláticas existentes, y sus consecuencias para el régimen de la propiedad raíz. (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008, p. 365).

Finalmente, para concluir con esta etapa de los antecedentes históricos, se resalta que los juristas inspirados en el derecho romano han intentado hacer del dominio útil un derecho parecido a la propiedad romana, transformando la propiedad colectiva en individual, absoluta y exclusiva. Se refiere al *ius-utendi*, *fruendi* y

abutendi; considerando la doctrina a este último como poder de disposición y no como abuso. Se le reconocen límites que se vinculan con los intereses de la comunidad; sin embargo, se otorgan derechos reales sobre los inmuebles – conocidos como servidumbres, que no deja de ser similar a la esclavitud (Vidal, 2004).

2.1 Revolución francesa de 1789

Los últimos rastros del feudalismo concluyen con la Revolución francesa de 1789 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, con marcada concepción romanista. La protagonista de este movimiento fue la clase burguesa que toma el poder y establece “(...) bases políticas, económicas y sociales que permitieron configurar a la propiedad como un derecho subjetivo fundamentado en la naturaleza de la persona humana” (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008, p. 379). Fueron numerosos los cambios que produjeron este movimiento. Al respecto se afirma:

La nueva sociedad burguesa eliminó los estamentos privilegiados, estableció la igualdad jurídica de los hombres, implantó la libre circulación de los bienes y suprimió las instituciones medievales desvinculando a la tierra de viejas cargas y lastres que dificultaban su circulación, y que eran herencia de un régimen de propiedad desmembrada. En lo político, las antiguas monarquías de cuño absoluto fueron dando paso al modelo del Estado liberal burgués de derecho, mientras que en lo económico el régimen feudal fue desplazado por el emergente sistema de producción capitalista desdoblada (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008, p. 378).

Respecto a este punto, los autores recalcan que este hecho histórico tiene su causa en el mencionado ‘individualismo jurídico’, que representa el resultado de tres movimientos confluyentes, entre ellos el ‘iusnaturalismo racionalista’ de los siglos XVI y XVII.

Al respecto la doctrina considera que el progreso del pensamiento europeo es un resultado de este movimiento intelectual y político que se caracteriza por tener una actitud crítica racional del orden social y jurídico de la época.

Asimismo, se recurre a la sociedad civil que sirve para proteger los derechos del hombre, a quien se considera como un ser libre por naturaleza y titular de estos derechos que son inalienables e imprescriptibles. Esto implica que únicamente pueden

ser limitados cuando sea necesario para su cumplimiento (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008).

Sumado a lo dicho se puede concluir que todo lo mencionado anteriormente fue producto de una lucha interminable del sector agrícola por obtener algún tipo de privilegio y que no solo se favoreciera a los que estaban en el poder.

Finalmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano “(...) reconoce a la propiedad como un derecho natural del hombre, sagrado e inviolable” (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008, p. 381). De esta manera fue regulada por primera vez en dos de sus artículos:

El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad, y la resistencia a la opresión.⁹

La propiedad es un derecho inviolable y sagrado, que no le puede ser privado a nadie si no es que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige, y bajo la condición de una justa y previa indemnización.¹⁰

Como se puede observar, el derecho de propiedad luego de una ardua lucha de clases y poder fue legislado como un derecho inviolable de todos los ciudadanos, sin distinción de poder, ni raza, ni religión, ni de ningún tipo.

En este orden de ideas, la doctrina expresa que la conceptualización de la propiedad es tan amplia que se hace difícil distinguir entre las facultades que derivan de la misma y la libertad inherente de cada persona en el ámbito económico. Se aclara que la propiedad se refiere al dominio físico de las cosas, por ende se tiene exclusividad legítima sobre la misma pero su uso es limitado cuando se trata de asegurar los derechos de los demás integrante de la sociedad. (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008)

2.2 *Código Civil de Francia de 1804*

El Código Civil de Francia también representa uno de los antecedentes más importantes en el surgimiento del derecho de la propiedad, que se originó en Europa.

⁹ Artículo 2 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano

¹⁰ Artículo 17 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano

De acuerdo con la mayor parte de la doctrina “el código de Napoleón (o código napoleónico) es el actual Código Civil de Francia”¹¹. Se conoce que este documento fue el primer código de legislación universal, que se caracterizó por ser claro y sencillo. Se ha afirmado al respecto que Napoleón se ha basado en los principios de la Revolución francesa y ha incorporado algunas novedades, entre ellas la perpetuidad. La mayor parte de este instrumento legal se dedicaba a regular la propiedad, teniendo en cuenta que la división de las tierras nombradas anteriormente trajo como consecuencia el crecimiento de la clase burguesa. Así las cosas, se multiplicaron los propietarios individuales y el fraccionamiento de la tierra hizo necesario la creación de nuevas leyes y disposiciones sobre contratos, garantías, hipotecas, etc.

Debe destacarse que el Código Civil de 1804 tenía como objeto “suprimir definitivamente toda forma de derecho feudal que pudiera existir sobre la tierra” (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008, p.378).

En este sentido, la doctrina entiende que la propiedad es un derecho subjetivo que se caracteriza por ser absoluto, exclusivo y perpetuo. De este modo, el artículo 544 del citado Código la define como: “la propiedad es el derecho a disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no estén prohibidas por las leyes o reglamentos”.¹²

Esto implicaría la libertad más absoluta de goce y disposición de las cosas que le pertenecen al hombre por derecho propio, pero acotada cuando la ley establece ciertas limitaciones para proteger también los derechos ajenos (Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, 2008).

Así las cosas, de acuerdo al código napoleónico la doctrina entiende:

La concepción de propiedad plena, absoluta y por lo tanto “perfecta” significa asumir una forma de “propiedad sin intermediarios” en la relación de los hombres con la tierra, lo que significa “hacer una abstracción de muchos (individuos) y muchos derechos” como afirma Congost. El mero enunciado de una propiedad “libre de cargas”, “exclusiva”, “perfecta” como aparece en forma indiscutible en el Código Civil francés, reafirma esto; no obstante, hay artículos que supeditan tal libertad de disponer “siempre y cuando no contravenga leyes y reglamentos”, lo cual si lo ponemos en la realidad actual -por ejemplo de los códigos y legislación urbana- se corresponde con las

¹¹ Fuente: El Código Napoleón. *Cronoteca Genealógica*. Recuperado el 15/12/2016 de http://www.cronotecagenealogica.com/codigo_napoleon.html

Fuente: El origen de la propiedad individual. *Cronoteca Genealógica*. Recuperado el 15/12/2016 de: http://www.cronotecagenealogica.com/origen_propiedad.html

¹² Artículo 544 Código Civil de Francia.

limitaciones por restricciones urbanísticas, que forjan un conjunto de limitaciones muy precisas. (Fernández Wagner, 2015, p.45)

Como se puede observar el autor Fernández Wagner (2015) hace hincapié en la relación del hombre con la tierra sin intermediarios y distingue la propiedad perfecta y exclusiva siempre y cuando, por supuesto, no sea contraria a leyes y reglamentos. Sumado a esto, el jurista citado concluye afirmando que si bien la propiedad de Francia es diferente a la de Inglaterra por tratarse de dos modelos distintos (el Código Civil en Francia y el *Common Law* en Inglaterra), ambas fueron necesarias para un nuevo desarrollo económico. La propiedad individual de los ingleses y la absoluta de Francia han significado un peso fuerte para ponerle fin al modelo feudal y señorial.

3. La propiedad en la Constitución Nacional

En este apartado se procederá con el análisis del derecho de propiedad en nuestra Constitución Nacional. En primer lugar debe destacarse que este derecho se encuentra legislado en nuestro ordenamiento jurídico interno desde siempre.

Debido a la magnitud de la declaración de la inviolabilidad de la propiedad en la Constitución de 1853/60 es que los tribunales argentinos le han otorgado el alcance y contenido que merece, más precisamente con la reforma de 1949:

(...) “La inviolabilidad de la propiedad, como principio formal y declarado, sufrió una fuerte restricción en la mencionada Constitución de 1949. El artículo 17, introducido por esa reforma, dispuso que “la propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines común” (...). (Gelli, 2015. p. 262)

Sin embargo, para la destacada autora- especialista en sociología jurídica- la extensión de este derecho se encontraba vacía de contenido, tanto en esta reforma como en la declaración constitucional histórica. Solo se completó cuando se sancionaron los límites legales y las reglamentaciones del ejercicio que impone la propiedad, y cómo usar y disponer de ella. Asimismo, resulta necesario examinar este derecho desde el Código Civil y Comercial, la protección de los contratos realizados y los sistemas tributarios, de manera que complemente lo establecido por la Constitución. (Gelli, 2015).

A continuación, se abordará al derecho de propiedad desde la reforma de 1994 por ser la más reciente y la que ha marcado un rumbo diferente en la historia de nuestro país.

3.1 *La Reforma Constitucional de 1994*

En cuanto a la regulación de la propiedad en Argentina la Reforma Constitucional de 1994 enuncia en el texto de la Carta Magna - artículos 14 y 17- el derecho a la propiedad.

Se afirma al respecto que ambos artículos, al ser disposiciones que impone el Estado, se convierten en garantías de los ciudadanos; tal como lo afirma el jurista Buteler Cáceres (2005).

Debe destacarse al respecto que el sistema legislado por la Constitución Nacional luego de la Reforma de 1994 se desdobra en una protección civil y otra penal. Por una parte, respecto a la protección de la propiedad en el ámbito civil, ésta se refiere al respeto de este derecho de los particulares y encuentra amparo mediante las acciones posesorias y reales del Código Civil y Comercial de la Nación. Ahora bien, respecto a su regulación en el Código Penal, se conoce que aquí se protege a la propiedad cuando se trata de delitos mencionados en el título VI “Delitos contra la propiedad”; entre los que se legisla el hurto, robo, extorsión, estafa, usura, usurpación, etc. Al respecto la Constitución Nacional argentina establece:

Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.¹³

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que expresan el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le

¹³ Artículo 14 Constitución Nacional argentina

acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.¹⁴

Como se puede observar nuestra Carta Magna es clara en determinar que toda persona tiene derecho a usar y disponer de su propiedad. Y no sólo lo ha regulado en el artículo 14 sino que tal importancia le ha otorgado a este derecho que le ha dedicado un artículo específico para aclarar sus alcances.

En este sentido, afirma la doctrina que tal como se establece en el artículo 17 existe una protección que es de orden público, donde el Estado puede actuar también como sujeto de derecho privado. En otras palabras, esto se refiere a la relación que tiene la nación con los particulares. La expropiación es reglada por las normas administrativas, cuando el estado hace uso de su poder y califica a un bien como público. (Buteler Caseres, 2005).

Cabe aclarar, que cuando se hace referencia al artículo 4, se estaría refiriendo a las acciones que son necesarias para formar el tesoro nacional. Entre las cuales se nombran la venta y locación de tierras de propiedad Argentina.

Bidart Campos (1999) realiza un análisis de la propiedad en la Reforma Constitucional de 1994 y afirma que es un derecho individual que se encuentra protegido por el constitucionalismo moderno. Al respecto se hace hincapié en que la propiedad tiene una ‘función social’ y que para sostener y propugnar esta función se le debe exigir al Estado su cumplimiento; ya sea a su favor o como para las políticas generales de bienestar y las relaciones entre los particulares.

Así las cosas, se destaca que la propiedad en un sentido constitucional es más amplia que el dominio que regula el Código Civil. Al respecto la Corte Suprema define a este derecho como:

El término de propiedad empleado en la constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida, y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciable en dinero alcanzan a nivel de derecho patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad (Bidart Campos, 1999, p.87)

En este sentido, el autor citado entiende que “si el derecho de propiedad no es absoluto, tampoco es exclusivo ni perpetuo. No es exclusivo porque hay restricciones

¹⁴ Artículo 17 Constitución Nacional argentina

y servidumbres que afectan el goce o el uso de la propiedad. No es perpetuo porque puede extinguirse mediante la expropiación” (Bidart Campos, 1999, p.97). Esto quiere decir que aparte de tener límites civiles y administrativos, las limitaciones también son sociales (las cuales surgen de la función social de la propiedad). Entre ellos podemos nombrar, el derecho al ambiente sano (artículo 41 CN), el derecho de los consumidores y usuarios (regulado en el artículo 42 de la CN) y los que están relacionados con el trabajo y la seguridad social (artículo 41 bis CN). El fin de estos límites es constituir un orden social y económico justo para toda la sociedad.

Sumado a lo dicho, el autor citado realiza un análisis del principio de inviolabilidad que regula el artículo 17, y aclara que inviolable no significa que sea absoluta ni libre de la función social. Sino que “significa solamente que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla” (Bidart Campos, 1999, p. 96)

Respecto a la expropiación, ésta es un derecho constitucional que conlleva una indemnización previa que reemplazaría al daño que se produce por la actividad (ya sea lícita o ilícita) del Estado o de los particulares, como producto de la entrega de un derecho patrimonial, el que se cede con interés públicos o general frente al Estado (Bidart Campos, 1999).

Por otra parte, cuando se hace referencia en este artículo 17 de la Constitución Nacional a que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal, la doctrina expresa que:

La confiscación es el apoderamiento de los bienes de una persona por parte del fisco. Penalmente, es la sanción que con igual alcance se aplica a una persona condenada por delito. La constitución ha suprimido para siempre la confiscación como pena, pero si tal protección se brinda al condenado, hemos de entender que también alcanza a quienes no son delincuentes. Por eso, la cláusula funciona a nuestro criterio como abolición lisa y llana de la confiscación; vedada como pena, no puede subsistir bajo ningún otro título. De ahí que toda privación arbitraria de la propiedad se equipare a la confiscación y sea inconstitucional. Y de ahí el principio general que impone indemnizar cada vez que se priva a alguien de su propiedad: privar de la propiedad sin indemnizar equivale a confiscar. (Bidart Campos, 1999, p. 96)

Por último cuando en el analizado artículo 17 de la Constitución Nacional manifiesta que los cuerpos armados no puede hacer requisiciones ni exigir auxilio de ninguna especie, el autor aclara que para que se pueda llevar esto a cabo se deben dar

una serie de requisitos: a) en primer lugar tiene que haber causa suficiente que justifique la guerra o emergencia, b) en segundo lugar tiene que existir una ley que lo autorice y C) en tercer lugar, una debida indemnización (Bidart Campos, 1999)

Para finalizar el análisis de este derecho de propiedad que regula la Carta Magna debe destacarse que según la doctrina “El derecho de propiedad no es de los que más abundan en el derecho internacional de los derechos humanos” (Bidart Campos, 2008, pág. 131). El autor expresa que se encuentra regulada en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica y que la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer también lo hacen. Mientras tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no aborda la temática.

4. La propiedad en el Código Civil de Vélez Sarsfield

En primer lugar cabe destacarse que según la realidad que se viva, las relaciones sociales, las dominaciones políticas, la producción y las concepciones ideológicas indudablemente serán diferentes. Por tales motivos se recalca que el Código de Napoleón ha manifestado ideas individualistas justamente respondiendo al contexto de su tiempo. Mientras tanto, y como consecuencia de esta interpretación, se destaca que el Código de Vélez Sarsfield ha sido marcado por un pensamiento liberal acorde a su época. En cuanto a su contenido político y económico, éste se basa en la Constitución de 1853 de aquél momento.¹⁵

En este orden de ideas, el artículo 2506 del Código de Vélez Sarsfield¹⁶ define al dominio y utiliza este concepto para referirse también a la propiedad. Esto quiere decir que se pueden utilizar estos términos de manera indistinta; resultado a su vez la propiedad como sinónimo de derecho real y de derecho patrimonial. A propósito de ello la doctrina se ha expresado:

La propiedad en el sentido propio de esta palabra (dominio) expresa la idea de poder jurídico, el más completo de una persona sobre una cosa y puede definirse como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y a la acción de una persona (Vidal, 2004, p.151).

¹⁵ Fuente: “La función social de la propiedad en el nuevo código civil” (17/11/13). *Infonews.com*. Recuperado el 06 de septiembre de 2017, de <http://www.infonews.com/nota/109478/la-funcion-social-de-la-propiedad-en-el>

¹⁶ ARTÍCULO 2506 Código Civil de Vélez: El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

Tal como lo expresa la destacada jurista, el derecho de propiedad es el género que brinda la mayor cantidad de facultades que un derecho puede otorgar y que se vincula con los tres elementos del derecho romano: derecho de uso, derecho de goce y derecho de disposición. El carácter de absoluto y de exclusivo, fueron legislados con posterioridad, en tiempos del liberalismo y exaltación del individualismo, propio de la época. (Vidal, 2004).

Sumado a todo lo dicho continúa la autora mencionando que el artículo 2339 del viejo Código de Vélez¹⁷ clasifica al dominio en público y privado: “son cosas del dominio público del Estado aquellas que están destinadas al uso directo y general de los habitantes, o están afectadas a un fin de utilidad o comodidad común y pertenecen en propiedad al ente público” (Vidal, 2004, p. 208-281) .Sus características son la inenajenabilidad, la inembargabilidad e imprescriptibilidad.

Con todo esto, la doctrina se refiere a que- según algunos autores- los bienes del dominio público no son propiedad del Estado, sino que hace alusión a que éste ejerce el poder de policía sobre ellos y que a su patrimonio pertenecen los bienes de dominio privado que están reservados a la utilidad pública. Ellos se nombran el artículo 2342 del Código Civil¹⁸.

Por su parte, cuando el inciso 4 hace referencia a todas las construcciones hechas por el Estado y los bienes adquiridos ya sea por el Estado o los Estados, divide a los autores en dos tesis. Así las cosas, existen quienes opinan que pertenecen al dominio público del Estado todos aquellos bienes que son de utilidad pública; mientras que otros sostienen que por el contrario, son de dominio privado. Sin embargo, debe destacarse que ambas posturas concluyen que en realidad “las cosas de dominio privado que se destinan a un servicio público están fuera de comercio, es decir, participan del carácter de inenajenable propio de los bienes del dominio público” (Vidal, 2004, p.281)

¹⁷ Artículo 2339 Código Civil de Vélez: Las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares.

¹⁸ Artículo 2342 Código Civil de Vélez: Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: 1° Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño; 2° Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; 3° Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este código; 4° Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título; 5° Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios.

Esto quiere decir, que a pesar de que para algunos los bienes de utilidad pública sean de dominio público y para otros, sean de dominio privado, lo importante aquí es que justamente debido al servicio público que los caracteriza, no pueden ser enajenados.

De este modo, Vidal (2004) concluye afirmando que, en cambio, los bienes de dominio privado sí son enajenables siempre que haya previa autorización; por lo tanto, pueden ser embargados y son prescriptibles.

Gelli (2015), agrega a todo lo dicho que los derechos de propiedad y contractuales que mencionaba el Código Civil de 1869, se caracterizan por ser absolutos. Sin embargo, destaca la jurista, que la incorporación de principios como la función social, la responsabilidad objetiva y la teoría de la imprevisión fueron las causas que acentuaron a la responsabilidad y deberes.

A modo de conclusión se reconoce que la propiedad no solo es un derecho sino también un conjunto de obligaciones y deberes que deben asumir los particulares y el Estado.

5. La propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial de Nación

“Nada ha cambiado en materia de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Y si algo ha cambiado, ha sido para favorecerla”, afirma la doctora Highton (2014, p.1).

La autora al respecto manifiesta que en realidad el dominio como derecho de propiedad por excelencia ha quedado configurado de la misma manera que se encontraba en el Código Civil derogado. En otras palabras esto quiere decir que no existen diferencias y que la propuesta que surgió en el anteproyecto de incorporar un artículo que haga expresa referencia al principio de función social de la propiedad, no ha tenido lugar en el nuevo Código. Al respecto agrega el diputado nacional Eric Calcagno:

(...) La Constitución de 1949 fue derogada por un bando militar en 1956, pero la Constitución de 1994 reincorpora ese espíritu a través de la inclusión con jerarquía constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos (de noviembre de 1969), que determina que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La

ley puede subordinar tal uso y goce al interés social” (art. 21). Esta cláusula fundamental está incorporada al proyecto de Código Civil presentado al Congreso, que dispone que “la propiedad tiene una función social y, en consecuencia, está sometida a las obligaciones que establece la ley con fines de bien común” (art. 15).¹⁹

Con respecto a lo dicho, el citado diputado nacional- en su artículo periodístico citado- defiende la postura de la cámara bilateral, la que manifiesta que la función social es el fundamento del nuevo Código en cuanto al derecho de propiedad y que esta cláusula no debería faltar en la nueva legislación.

Se agrega que las instituciones varían en épocas de cambios sociales y tecnológicos jurídicos, sobre todo las referidas a la familia y la propiedad. Al respecto, se expresa: “Esta definición de función social de la propiedad se inspira en una necesidad humana que trasciende las posiciones partidarias e incluso los enfrentamientos filosóficos, y fue sustentada tanto por las corrientes socialdemócratas laicas como la doctrina social de la Iglesia”.²⁰

En síntesis, lo que quiere transmitir el diputado nacional es que tanto la propiedad pública como la privada son el resultado de todos los movimientos socialdemócratas clásicos que hubo en la historia. Y que la función social de la propiedad remarca que la individual solo es posible si hay una sociedad que la proteja y la defina como un derecho. “(...) de lo contrario caeríamos en aquel ‘estado de naturaleza’ referido por Hobbes, donde prima la lucha de todos contra todos, prevalece el más fuerte por sobre el más débil y la fuerza por sobre todo el derecho”.²¹

Ahora bien, en cuanto a las modificaciones puntuales que se han incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial, Higthon (2014) destaca en realidad los nuevos derechos de propiedad incorporados en el actual ordenamiento jurídico. En este sentido, la doctora expresa que la propiedad se favorece al incluir las llamadas “nuevas formas de dominio” como son los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y los cementerios privados. Todo esto demuestra- según la doctrina citada- que el nuevo Código se caracteriza por otorgar seguridad jurídica, ya que: “da mayor indemnidad, certeza y previsibilidad que el anterior porque contiene estas nuevas figuras de propiedad que hasta el presente, en su mayoría estaban fuera de

¹⁹ Fuente: “La función social de la propiedad en el nuevo código civil” (17/11/13). *Infonews.com*. Recuperado el 06 de septiembre de 2017, de <http://www.infonews.com/nota/109478/la-funcion-social-de-la-propiedad-en-el>

²⁰ Ídem cita anterior

²¹ Ídem cita anterior

legislación”. Sumado a ello, estos derechos se configuran como derechos reales. Así, el nuevo Código dispone:

Que el derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y demás previstas en el Código. Define el derecho real, teniendo en cuenta su esencia, como un poder. Ese poder consiste en un señorío de la voluntad y se ejerce de propia autoridad, en forma autónoma e independiente de toda otra voluntad. Resulta de igual forma claro que se ejerce directamente sobre su objeto, sea éste mueble o inmueble (Highton, 2014, p.3)

En base a todo lo dicho, la Doctora Highton concluye destacando que el derecho de propiedad en el Código Civil y Comercial de la Nación, se encuentra muy bien garantizado.

6. La propiedad para la Iglesia católica

Ahora bien, como se puede observar ya se ha analizado el contenido de la propiedad desde un punto de vista constitucional y desde la regulación civil del derecho interno de nuestro país. Sin embargo, la Iglesia católica también se ha expresado respecto al derecho de propiedad privada. En este sentido, la doctrina afirma que este derecho nunca fue resuelto de manera pacífica.

Siempre compleja, con diversas acepciones, alcances, interpretaciones, vinculada de una u otra forma al poder o poderes habido en ese largo proceso. Por ende, desde distintas vertientes disciplinarias se la ha estudiado. Desde la teología, la filosofía, la economía, la historia, la historia del derecho público, el privado, la sociología. Ninguna dejó de preguntarse la relación de la propiedad con el poder de Dios, del Monarca, del Estado, del hombre, entre los hombres, de éstos con los bienes, con la tierra, con la justicia, con el conocimiento, con la tecnología, etc. (Ramella, 2007, p. 298)

En este aspecto, la doctrina entiende que la Iglesia católica tiene una posición clara sobre el tema y lo sintetiza afirmando que la propiedad es un derecho natural y que a su vez tiene una función social.²² Sin embargo, esta última tiene un significado

²² Fuente: “Propiedad privada y cristianismo”. (06/09/16). *La Nación*. Recuperado el 01 de septiembre de 2017, de <http://www.lanacion.com.ar/838051-propiedad-privada-y-cristianismo>

diferente a lo que se analizó anteriormente con respecto a lo que establece la Carta Magna.

La acepción de la Iglesia respecto a que la propiedad constituye un derecho natural implica que todos los que nacen en esta tierra tienen derecho sobre ella para poder vivir, y si se viola este derecho natural se está cometiendo un pecado contra lo que se denomina el plan de Dios.²³

Ahora bien, en cuanto a la función social, el autor expresa que no sólo el propietario tiene derecho a beneficiarse con sus posesiones, sino que también debe cumplir con la obligación moral de extender los beneficios hacia la sociedad a la que pertenece. El papa Juan pablo II del siglo XXI postula:

Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno. Es mediante el trabajo como el hombre, usando su inteligencia y su libertad, logra dominarla y hacer de ella su digna morada. De este modo se apropia de una parte de la tierra, la que se ha conquistado con su trabajo: he ahí el origen de la propiedad individual. Obviamente, le incumbe también la responsabilidad de no impedir que otros hombres obtengan su parte del don de Dios; es más: debe cooperar con ellos para dominar juntos toda la tierra.²⁴

En fin, de acuerdo a lo que determina la Iglesia católica- y según la opinión de la doctrina que se cita anteriormente- se llega a la conclusión de que en la sociedad no se aplica el término de la función social en el sentido estricto en que la interpreta la religión. El deber moral de expandir los beneficios se reemplaza por la palabra “privada”. Por lo tanto solo tiene el goce y el uso la persona que posee la escritura, la que paga los impuestos y la que acumula bienes.

Conclusiones parciales

En el presente capítulo se ha hecho referencia en primer lugar al origen y concepto de la propiedad, otorgando los diversos significados que nos proveen actualmente diccionarios y distintos juristas que han estudiado la temática.

²³ Fuente: “Propiedad privada y cristianismo”. (06/09/16). *La Nación*. Recuperado el 01 de septiembre de 2017, de <http://www.lanacion.com.ar/838051-propiedad-privada-y-cristianismo>

²⁴ Ídem cita anterior

Con posterioridad, se han analizados los antecedentes históricos que permitirán tener una cabal comprensión de este derecho. Se otorgó especial importancia a acontecimientos como la Revolución francesa de 1789, el Código civil francés y la influencia del derecho romano respecto al avance de la propiedad en el tiempo. Se entiende que estos sucesos fueron los que llevaron a que la palabra ‘propiedad’ se convierta en un derecho para todos, sin distinción de raza ni clase social.

Por otro lado, en cuanto a la regulación de este derecho en la República Argentina, se analizó el derecho de propiedad en la Constitución Nacional y sus modificaciones realizadas a partir del año 1994, sobre todo en relación a los artículos que lo regulan.

En este sentido, se conoce que a partir de esta Reforma de 1994, el Pacto de San José de Costa Rica que hace alusión a la propiedad privada adquiere un gran valor, al ser incorporado mediante el artículo 75 inciso 22 que establece que los tratados internacionales tienen jerarquía sobre las leyes.

Ahora bien, en cuanto a la recepción de la propiedad en el antiguo Código de Vélez Sarsfield y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se hizo principal hincapié en que no han habido cambios sustanciales respecto a lo que se denomina ‘dominio’, sino que en realidad se han agregado nuevas figuras acorde a los cambios tecnológicos y sociales actuales. En general, los especialistas en la temática consideran que el derecho de propiedad se encuentra bien garantizado en la nueva legislación.

Así las cosas, a modo de conclusión lo que en realidad se ha procurado lograr en este primer capítulo ha sido brindar una breve introducción acerca de la propiedad en general en Argentina y en el derecho comparado. De este modo, podrá continuarse enfocándose en el tema que principalmente interesa en este trabajo de investigación, el que consiste en la propiedad comunitaria de los pueblos originarios.

CAPÍTULO SEGUNDO

La propiedad aborígen en el Derecho Internacional

Introducción

En el presente capítulo se pretende analizar los instrumentos y organismos que regulan los derechos de los aborígenes, principalmente la propiedad comunitaria indígena en el derecho internacional y a nivel regional, en Latinoamérica.

En primer lugar se comenzará por describir qué significado tiene el término “tierra” para los indígenas según sus valores culturales y espirituales. Es decir, se hará hincapié en este concepto debido a la diferencia que se observa con el sentido que le otorgan los occidentales a esta palabra. De hecho, esta distinta interpretación del término “tierra” ha sido relevante para que los hermanos aborígenes planteen una regulación de propiedad distinta a la que establecen los Códigos Civil de cada país.

Asimismo se analizará al aborígen como sujeto de derecho a partir de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y se estudiarán en esta oportunidad los dos instrumentos más relevantes en la temática: por un lado, el Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); por el otro, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Sumado a lo dicho, en Latinoamérica, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Pueblos Indígena se encarga de proteger a estos pueblos primitivos a través de convenios, protocolos y declaraciones.

Esta labor de protección se realiza a través de dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que se encarga de promover y defender los derechos de estas personas; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que tiene la función de juzgar sus actos. Al respecto, se nombrarán numerosos fallos en los que la Corte actuó en beneficio de la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo aquí solo se desarrollará el caso de la “Comunidad Awas Tigni vs Nicaragua”, por ser el primer y más importante fallo vinculado con la temática.

1. Significado de la propiedad comunitaria para los pueblos originarios

Para comprender que es la propiedad comunitaria aborígen, en primer lugar debe destacarse que el significado de aborígen o de indígena es indistinto, por lo tanto

se entiende a éste como al morador o primitivo originario que vive en un país. Al respecto la doctrina desarrolla el concepto brindado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas que sostiene: “estos son los descendientes de las personas que habitaban un país o una región geográfica en el momento en que llegaron poblaciones de culturas u orígenes étnicas diferentes”.²⁵

Ahora bien, en segundo lugar cierta doctrina destaca que el concepto de “tierra” y “territorio” para los aborígenes son disímiles. En este sentido se enuncia:

Sabemos que para la cultura indígena, la tierra ancestral es fuente de vida, y, es parte esencial de su identidad, por tal razón la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo. En consecuencia, como tal, no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros.²⁶

En cambio, el territorio se refiere a las áreas que poseen los pueblos indígenas de manera regular y permanente, aunque no estén poseídas de dicha forma. El territorio forma el hábitat, el ámbito tradicional donde llevan a cabo sus actividades, las que se caracterizan por ser espirituales y sagradas (Cardona y Adolfo, 2006).

Asimismo, la doctrina realiza un aporte sobre la diferencia entre la tierra de los pueblos aborígenes y la de la sociedad occidental. La discrepancia radica en que para los primeros no se le puede dar un significado de propiedad civil; mientras que para los occidentales “este concepto tiene una raíz capitalista, del liberalismo en el que cada cual posee algo que no comparte con su comunidad, sino que la explota para sí con el objetivo de obtener beneficios económicos” (Maceira, 2011, pág. 316). En otras palabras, el sistema occidental se caracteriza por la privatización mientras que los aborígenes reclaman tierras comunitarias.

Por su parte, se agrega al concepto de tierra que los aborígenes la conocen con el nombre “pachamama”, que vendría a significar “la madre de las sociedades

²⁵ Fuente: Robledo, F.J. (2002). Tutela constitucional de los derechos de nuestros pueblos indígenas. *Scielo*. Recuperado el 11 de septiembre de 2017, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200007

²⁶ Fuente: Genovesi, A. y Vidal, A. (s/f). Derecho de los pueblos aborígenes. Tierra y territorios indígenas. *Indígenas. Bioética Ediciones digitales*. Recuperado el 11 de septiembre de 2017, de <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves60.htm>

andinas”, y como toda madre tanto los hombres como las mujeres deben cuidarla e incluso criarla.²⁷

Por tanto, no está permitido enajenarla sino que es un deber conservarla para las generaciones venideras como su legado máspreciado. El territorio vincula a los indígenas con el pasado y también con el futuro; les otorga sentido de continuidad y supervivencia como también de arraigo y pertenencia.²⁸

Así las cosas, de acuerdo con una nota que realizó el diario La Nación, “el 1 de agosto se celebra el Día de la Pachamama. Se trata del festejo más popular de los pueblos originarios de América Latina. Se celebra a la Madre Tierra: “Pacha” que en aimara y quechua significa tierra, mundo, universo.”²⁹

Asimismo la doctrina anteriormente citada suma a la comparación que establece Maceira, que en la sociedad indígena los seres humanos junto a otras especies y seres son parte de la naturaleza. Por lo tanto no pueden ser objeto de explotación. “A la tierra se le debe la propia existencia y por eso hay que cuidarla, honrarla, venerarla e incluso mimarla, como cuando en época de carnavales, en algunas sociedades se la adorna y se le entregan ofrendas”.³⁰

En este sentido se considera que justamente se le debe el carácter de propiedad porque la tierra es un bien colectivo, que pertenece a todos sus miembros de la familia ampliada. Se la llama así porque no solo se consideran parientes por la sangre sino también por los lazos espirituales que los unen.

Con todo lo dicho, se concluye que la tierra forma el espacio social de su cultura, la que se transmite de generación en generación. Sin embargo, las personas no indígenas “(...) no comprenden, la necesidad de este vínculo espiritual que une a las comunidades aborígenes con sus tierras de origen, y, a menudo se ignora en la legislación existente sobre este tema”³¹

²⁷ Fuente: López, L. E. (s/f). Igualdad con dignidad. Hacia nuevas formas de actuación con la niñez indígena en América latina. El indígena y su territorio. *Colección educ.ar*. Recuperado el 11 de septiembre de 2017 de <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD9/contenidos/sobre/pon2/pag3.html>

²⁸ Ídem cita anterior

²⁹ Fuente: "Día de la Pachama: cómo es el popular ritual en homenaje a la Madre Tierra" (2017). *La Nación*. Recuperado el 10/09/2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2048261-dia-de-la-pachamama-como-es-el-popular-ritual-en-homenaje-a-la-madre-tierra>

³⁰ Fuente: López, L. E. (s/f). Igualdad con dignidad. Hacia nuevas formas de actuación con la niñez indígena en América latina. El indígena y su territorio. *Colección educ.ar*. Recuperado el 11 de septiembre de 2017 de <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD9/contenidos/sobre/pon2/pag3.html>

³¹ Fuente: Genovesi, A. y Vidal, A. (s/f). Derecho de los pueblos aborígenes. Tierra y territorios indígenas. *Indígenas. Bioética Ediciones digitales*. Recuperado el 11 de septiembre de 2017, de <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves60.htm>

2. Organización de las Naciones Unidas (ONU)

La primera organización que se encargó de proteger los derechos aborígenes en el derecho internacional es la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El fin principal de esta organización en aquellos tiempos fue constituir un límite a las discriminaciones y menoscabos que sufrían los pueblos indígenas. Con este propósito en el año 1971 a través de la subcomisión de prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías se encomendó que se hiciera un estudio sobre la situación indígena. El objetivo de éste consistió en brindar recomendaciones tanto nacionales como internacionales con el fin de eliminar todo tipo de discriminación: “En el estudio se exhortó a los Gobiernos a formular orientaciones para sus actividades relativas a los pueblos indígenas sobre la base del respeto de la identidad étnica, de los derechos y de las libertades de los pueblos indígenas”³²

Por otro lado el estudio del relator Martínez Cobo, brinda una completa definición de pueblos indígenas:

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 legales.³³

Sumado a lo dicho, la doctrina citada afirma que este concepto brindado representa una “definición práctica” ya que los propios indígenas no están de acuerdo con un concepto formal de pueblo aborígen en el plano internacional. Ellos consideran que la “autodefinición” es un derecho que les corresponde a cada comunidad.³⁴

³² Fuente: Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

³³ Fuente: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. (2013) *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Recuperado el 15/09/17 de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_SP.pdf

³⁴ Ídem cita anterior

Cabe destacarse que luego de este estudio, la ONU creó mecanismos y entidades específicas para abordar la temática. Entre ellos se encuentran: el Consejo Económico y Social (ECOSOC)- que fue creado por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y que tiene como objeto promover sus derechos- y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Este último tiene la función de examinar todo lo relativo “al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos”.³⁵

Asimismo se ha creado la función del Relator Especial, que es una figura propia de la Comisión de Derechos Humanos que tiene como fin tratar los derechos y libertades fundamentales y promulgar el respeto. Y por último, se ha conformado el denominado Mecanismo de Expertos, que lo constituyen todos aquellos que asesoran al Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión indígena, a través de estudios e investigaciones.³⁶

Por su parte, Burger y Castro (2006) agregan a lo dicho anteriormente, que se ha instaurado también el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas, que tiene como objetivo principal financiar la representación de las comunidades y organizaciones indígenas en los debates del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI).

Por otro lado, también se han creado los Fondos Voluntarios para la Primera y Segunda Década Internacional de los Pueblos Indígenas Mundiales, con la función de respaldar el programa de actividades y de financiarlos.

Así las cosas, en el citado Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos se agrega a los mecanismos que conciernen a los derechos de los pueblos indígenas, varios órganos de supervisión que tienen una función importante en cuanto a la promoción de los derechos. Al respecto se nombran:

(...)el Comité de Derechos Humanos (que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (que supervisa la aplicación de la Convención Internacional

³⁵ Fuente: Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

³⁶ Fuente: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. (2013) *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Recuperado el 15/09/17 de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_SP.pdf

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial), el Comité de los Derechos del Niño (que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)³⁷

Con todo lo dicho, la doctrina sostiene que en realidad diversos órganos se han interesado también en regular los derechos del pueblo indígena. Entre ellos cabe mencionar la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), las Conferencias de las Partes del Convenio de la Diversidad Biológica (CDB), UNICEF, la UNESCO, el grupo del Banco Mundial (BM) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), entre otros. Sin embargo, a pesar de todos los intentos por proteger los derechos humanos de los pueblos originarios continúa siendo la ONU la organización que brinda mayor atención a las necesidades de este grupo de personas. (Burger y Castro, 2006).

Por último, se agrega que dentro de la ONU existen dos instrumentos internacionales de carácter integral sobre protección y promoción del derecho aborigen. Éstos son complementarios: el Convenio 169 sobre los Derechos de los pueblos indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.³⁸

2.1 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas tiene como objetivo hacer “hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, su cultura y tradiciones, a la pervivencia cultural” (Kreimer y Figueroa, 2008, p. 11).

Esta Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 y consta de 46 artículos que buscan proteger los

³⁷ Fuente: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. (2013) *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Recuperado el 15/09/17 de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_SP.pdf

³⁸ Fuente: Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

derechos aborígenes: los derechos humanos y libertades fundamentales; la libre determinación y autogobierno; la supervivencia y desarrollo; la interpretación de la Declaración y mecanismos de supervisión.

Sin embargo en esta oportunidad solo se abordará con mayor precisión la temática vinculada con la “tierra, territorios y recursos”, que es el punto central que interesa en este trabajo de investigación. En este sentido la Declaración ha hecho un gran aporte al contribuir en su delimitación lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma 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 otra forma 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 trate³⁹.

Respecto a este punto, los autores aclaran que el primer inciso se refiere no solo a las que adquieren por posesión o utilización sino que se suma a las que se obtienen por otra forma, como por ejemplo los acuerdos o alianzas firmados entre indígenas y el Estado. Cabe señalar que esta adquisición no es en un sentido inmobiliario como establece el Código Civil argentino en cuanto a la propiedad privada (Kreimer y Figueroa, 2008).

Sumado a lo dicho, el artículo 10 de la citada Declaración⁴⁰ manifiesta el principio general de no ser desplazados ni trasladados de sus tierras sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos aborígenes. Y si esto sucede, por causas excepcionales, tienen el derecho a ser indemnizados. Por otro lado el artículo 25 se refiere al derecho de mantener y fortalecer la relación espiritual que tienen con sus tierras y territorios⁴¹. En cuanto al artículo 27, éste manifiesta:

³⁹ Artículo 26 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

⁴⁰ Artículo 10 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “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”.

⁴¹ Artículo 25 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “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

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, 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 de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.⁴²

Así las cosas, afirman los autores Kreimer y Figueroa (2008) que el proceso de reconocimiento y adjudicación para el control de las tierras y territorios- que se enuncia en este artículo- es totalmente diferente al dominio que regula el Código Civil argentino. Es éste un procedimiento especial, sea legislativo o administrativo, por acuerdo, etc.

Por último cabe mencionar el artículo 30 que establece que las tierras y territorios de los pueblos indígenas no pueden ser utilizadas para uso militar.⁴³

Finalmente, en cuanto se sostiene que son los indígenas quienes tienen que determinar las estrategias para el desarrollo⁴⁴ y a este derecho se le suma el de la reparación, principalmente y en caso de ser posible, a través de la restitución de lo que tradicionalmente hayan poseído.⁴⁵

Por otro lado, se agrega que esta Declaración de la Naciones Unidas ha sido un avance muy importante no solo en el reconocimiento de derechos individuales, sino también colectivo. Y en base al artículo 1 y 2 se considera: “Que los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y

utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”

⁴² Artículo 27 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

⁴³ Artículo 30 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “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. (...)”

⁴⁴ Artículo 32 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “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. (...)”

⁴⁵ Artículo 28 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “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, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma 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”.

las libertades fundamentales reconocidos por la normativa internacional de derechos humanos, sin que medie discriminación alguna”.⁴⁶

A todo lo dicho, los especialistas en derecho aborígen agregan que el derecho a la consulta previa por parte del Estado (artículos 8.2, 15.2, 38), el de libre determinación y el de autonomía (artículo 3) son los derechos que gozan de mayor reconocimiento, tanto en la Declaración como en el Convenio 169 de la OIT.⁴⁷

Asimismo, resulta necesario aclarar que la Declaración no es un tratado que se puede utilizar como instrumento para denunciar a los Estados ante los posibles incumplimientos. Sin embargo, sí contiene derechos que se encuentran determinados en pactos y acuerdos a nivel internacional que permiten ser utilizados como mecanismos de denuncias (Kreimer y Figueroa, 2008).

Así las cosas, considerando todo lo dicho y a modo de conclusión se puede afirmar que los pueblos originarios, por un lado son iguales a los demás pueblos y gozan como tal de todos los derechos de las personas. Pero a su vez, ciertas cuestiones vinculadas con la tierra han sido reguladas de manera diferente y merecen ser respetadas tal cual la ley lo ordena; sin olvidar el carácter comunitario de ésta.

En cuanto a la protección de los derechos aborígenes en la Declaración a pesar de parecer mínima, es éste un instrumento que ha representado un cambio de paradigma con respecto a la visión tradicional que se tenía de los derechos humanos de este grupo de personas.

2.2 Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Como segundo instrumento, más desarrollado, completo e incluso posiblemente el más importante en materia de derechos de los pueblos originarios existe el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Este tratado internacional fue ratificado por varios países entre los que se encuentra Argentina. Fue creado en el año 1989 como sucesor del Convenio 107 de

⁴⁶ Fuente: Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

⁴⁷ Ídem cita anterior

1957 y constituyó el resultado de estudios realizados por expertos que se dedicaron en estudiar en particular la vulnerabilidad de los trabajadores indígenas.

Según la doctrina, uno de sus principales objetivos es asimilar al pueblo indígena con las sociedades mayoritarias. Como consecuencia, el preámbulo establece: “(...) las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en donde viven (...)” (Amaya, 2006, pág. 33).

En este sentido, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU, Amaya (2006) establece que el Tratado en cuestión se caracteriza por contener disposiciones más avanzadas que el anterior Convenio en cuanto a la integridad cultural indígena, a la no discriminación en la sociedad y a que los estados dispongan de medidas que no afecten las tomadas por este Convenio; como también se protege a los derechos sobre la tierra, el territorio y los recursos.

Puntualmente, lo más importante de resaltar respecto al Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT es que al igual que la Declaración, se preocupa por reconocer los derechos colectivos indígenas. Al respecto se ha afirmado:

Estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales, el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas, y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres (Amaya, 2006, p. 33).

Asimismo, con respecto al derecho de la consulta previa, se afirma que sin dudas es uno de los más importantes y es un requisito fundamental para el goce de los demás derechos, tanto en el Convenio como en la Declaración de las Naciones Unidas. La consulta tiene como objetivo obligar a los Estados a que pregunten a los pueblos indígenas sobre las medidas o proyectos que los identifiquen.⁴⁸

Así las cosas, en cuanto al derecho de propiedad y posesión, el presente Convenio le dedica en la segunda parte, seis artículos. El primero expresa:

⁴⁸ Fuente: Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.⁴⁹

Esta clara recepción normativa demuestra el interés por respetar la relación de los pueblos originarios con su tierra y como se dijo anteriormente, para ello el Estado no debe tomar medidas que los afecten, sin antes ser consultados.

Sumado a lo dicho, el Convenio establece medidas para proteger este derecho de propiedad y posesión: “(...) en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”⁵⁰

Respecto a este artículo, se realiza un análisis de la norma y se afirma que ésta es amplia porque no sólo se limita al territorio en donde el indígena vive sino que se extiende a los demás territorios que de alguna manera utilizan.⁵¹

Asimismo, este ordenamiento jurídico establece en el artículo 15.1 que los aborígenes tiene el derecho de utilizar, administrar y conservar los recursos que se encuentren en sus tierras. En caso de que pertenezcan al Estado, el mismo artículo en el segundo inciso considera que:

(...) los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades⁵².

⁴⁹ Artículo 13.1 y 13.2 Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT

⁵⁰ Artículo 14.1 Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT

⁵¹ Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

⁵² Artículo 15.2 Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT

Así las cosas, el siguiente artículo 16 menciona que los pueblos indígenas no pueden ser trasladados de las tierras que ocupan y que solo se puede tomar esta medida de manera excepcional y con previo consentimiento e indemnización plena de parte del Estado. Mientras que el artículo 17 considera que se tiene que respetar la modalidad de transmisión de los derechos terrenales entre los miembros de la comunidad, propio de su tradición. Finalmente, en el caso de que se realice cualquier acción no autorizada sobre las tierras de los pueblos interesados, el artículo 18 menciona que la ley tiene que prever sanciones. Por último se menciona:

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.⁵³

A modo de conclusión y con respecto a este punto resulta posible afirmar que el Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT al haber sido ratificado por la mayoría de los países (16) se ha convertido en un instrumento fundamental que responde a la demanda de los pueblos originarios, que protege sus más importantes derechos- entre ellos el de propiedad- y que a la vez, le pone un límite a los Estados que se niegan a modificar el orden interno en cuanto a los derechos de este grupo de personas.

3. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los pueblos indígenas

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se debe destacar principalmente a la Organización de los Estados Americanos (OEA), creada en el año 1948 en Bogotá. Desde sus comienzos esta Organización se ha preocupado por la situación indígena del continente americano y como objetivo establece:

⁵³ Artículo 19 Convenio 169 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT

(...) la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y la lucha en contra de la discriminación que invalida su potencial como seres humanos a través de la destrucción de la identidad cultural e individualidad como pueblos indígenas (Colmenares 2015, p.36).

El citado autor manifiesta al respecto que ese mismo año la Asamblea General de la Organización aprobó una serie de documentos que se relacionan con la problemática aborígen. Cabe destacar que una vez que los países latinoamericanos ratifican estos instrumentos, los Estados se encuentran obligados a su cumplimiento y esto se debe a que los tratados internacionales que forman parte del derecho nacional obtienen jerarquía constitucional.

Entre los principales documentos, Colmenares (2015) hace referencia: a la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ambos instrumentos no requieren ratificación por parte de los Estados), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por último menciona al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.). Al respecto considera que:

La Convención Americana constituye el documento jurídico más importante del sistema interamericano, pues es el instrumento que se hace vinculante por establecer los primeros mecanismos efectivos de protección de tales derechos, dando origen a los dos órganos supra estatales principales del sistema interamericano, como lo son: la Comisión y la Corte Interamericana (Colmenares 2015, p.36 y 37).

Por otro lado, el segundo instrumento de gran importancia es la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. Respecto a este último, establece:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al igual que la Convención Americana reconoce derechos especialmente relevantes para los indígenas, como el derecho a profesar libremente sus ideas y creencias religiosas y de manifestarlas y practicarlas pública y privadamente (Artículo III de la Declaración), derecho a la preservación de la salud y el bienestar (Artículo XI) a los beneficios de la cultura (Artículo XIII), al reconocimiento de su personalidad jurídica y de los derechos civiles (Artículo XVII), a participar y ser electo para cargos gubernamentales y públicos (Artículo XX), el derecho de asociación para promover

ejercer y proteger sus derechos de cualquier naturaleza (Artículo XXII), a la propiedad, uso y goce de sus bienes (Artículo XXIII), el derecho a la honra y la dignidad (Artículo V) y a las garantías judiciales y debido proceso (Art. XVIII, XXV, XXVI) (Colmenares 2015, p. 35 y 36).

Sumado a lo dicho la doctrina destaca que el objetivo de la Carta de la OEA se convierte en un compromiso que deben asumir tanto la Declaración como la Convención Americana. Este consiste en: “(...) consolidar un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, así como el respeto a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal” (Rodríguez y Piñero Royo, 2006, p.154).

Sin embargo, contrariamente a lo afirmado por Colmenares (2015), los citados juristas Rodríguez y Piñero Royo (2006) destacan que ni la Carta de la OEA, ni la Declaración, ni el Convenio, ni otros instrumentos que se relacione con el sistema interamericano hacen referencia de manera directa a los derechos indígenas.

De todas maneras, más allá del reconocimiento expreso o no de sus derechos, esto no ha sido un impedimento para que tanto la Comisión como la Corte interamericana hayan interpretado los derechos a favor de los derechos colectivos indígenas.

Esta lucha histórica por reconocer los derechos de la comunidad aborígen de manera expresa ha sido tal hasta que en el año 2016, después de 17 años, la Comisión celebra la Declaración Americana sobre los Derechos Indígenas.

Este instrumento interamericano fue el primero en reconocer, promover y proteger los derechos aborígenes de manera directa. Al respecto, se afirma:

La Declaración es una contribución importante al desarrollo de estándares internacionales adoptados con miras a proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, y debe leerse en conjunto con otros instrumentos internacionales tales como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y los tratados especializados del sistema interamericano y universal de derechos humanos.⁵⁴

⁵⁴ Fuente: CIDH celebra aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2016) OEA. Recuperado el 06/10/17 de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp>

En otras palabras el mencionado texto reconoce con mayor importancia: “el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la libre determinación, a sus territorios ancestrales, a la consulta y a un consentimiento previo, libre e informado”. También se suman, entre otros, el derecho a la auto-identificación, el derecho al fortalecimiento de las culturas, tradiciones, idiomas, forma de vida, el derecho a tener acceso a la educación, etc.⁵⁵

Por otro lado, en cuanto al Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, la doctrina agrega que muchos países de América lo han ratificado y reafirmado su importancia en la jurisprudencia. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a este Convenio en el fallo de la “Comunidad Indígena Yakye Ax vs. Paraguay”⁵⁶ que en la sentencia del 17 de junio de 2015 estableció:

En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Americana, tales como el Convenio N°. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Rodríguez y Piñero Royo, 2006, p. 39).

En resumen, tanto las Declaraciones como las Convenciones de la OEA constituyen el sistema de protección de los derechos humanos en América. Puntualmente este sistema se caracteriza por ser regional y se encuentra conformado por dos organismos de suma importancia, a saber: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a estos destacados Tribunales, los autores Rodríguez y Piñero Royo (2006) manifiestan que son los órganos responsables de interpretar, supervisar y controlar a la Declaración y a la Convención. Para sus procedimientos cuentan con su propio estatuto, composición, funciones, etc. Al respecto la doctrina coincide:

La actuación de la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos resulta fundamental para visibilizar las graves violaciones de las que fueron y son objeto

⁵⁵ Fuente: “CIDH celebra aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (2016) OEA. Recuperado el 06/10/17 de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp>

⁵⁶ Corte I.D.H, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, del 17 de junio del 2005. Serie C, N° 125.

muchos pueblos indígenas en el continente americano, permitiendo el desarrollo de una doctrina judicial aplicable a los pueblos indígenas y dotando de contenido normativo a los derechos indígenas, en especial, al derecho a la tierra y al territorio.⁵⁷

Tal como se manifiesta, estos organismos son relevantes no solo para los derechos de los pueblos originarios en general sino en cuanto a sus derechos sobre la tierra y el territorio. Por tal motivo, en el siguiente punto se procurará brindar un panorama acerca de la relación de ambos organismos con el derecho de propiedad aborígen.

3.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana fue creada en el año 1959 con sede en la ciudad de Washington. A partir de aquella fecha procuró proteger y promocionar los derechos de los aborígenes mediante visitas que realizaba en los terrenos de los pueblos indígenas. Asimismo emitió diferentes normas y resoluciones y adoptó medidas cautelares a favor de los pueblos primitivos para aquellos casos en los que la vida de una persona se encontraba en riesgo o se amenazaba la supervivencia de la comunidad por la actividad minera, maderera, etc. A su vez tomó medidas para proteger a los defensores de los derechos humanos y líderes de las comunidades indígenas, que se encargan de luchar por los derechos territoriales.⁵⁸

En la jurisprudencia Argentina, se cita como ejemplo el caso de la comunidad Qom Potae Napocna Navogoh. Puntualmente esta comunidad indígena hoy conocida como “La Primavera” se encuentra en la zona de Laguna Blanca de la Provincia de Formosa desde antes de la colonización. Se afirma al respecto que este caso es “uno de los más paradigmáticos que da cuenta de la situación de violencia, discriminación y exclusión de los pueblos originarios en Argentina”.⁵⁹

⁵⁷ Fuente: Zimmerman, S. (s/f) El derecho indígena a la tierra y al territorio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 22 de septiembre de 2017, de <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-ind%C3%ADgena-la-tierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-protecci%C3%B3n-de->

⁵⁸ Ídem cita anterior

⁵⁹ Fuente: La Primavera (Potae Napocna Navogoh). (s/f) *Territorio indígena.com*. Recuperado el 20/12/17 de http://www.territorioindigena.com.ar/Casos?id_conflicto=134

Respecto de este pueblo originario se conoce que actualmente continúan su reclamo por la devolución y titulación de su territorio; lamentablemente esta lucha ha generado diversos hechos de violencia y represión.

El conflicto por la recuperación del territorio tiene origen en 1985, cuando no se entregaron correctamente las tierras cedidas originalmente por decreto de 1940. En 2010 el gobierno, de manera inconsulta, avanzó con la construcción de una universidad nacional en territorio ancestral. Ello derivó en el bloqueo de la Ruta Nacional 86 durante cuatro meses desde el 23 de noviembre de 2010 y en una brutal represión por parte de la Policía de Formosa. (...) Hasta el momento no se han entregado las tierras a la comunidad y se encuentra latente un litigio ante la CSJN.⁶⁰

Ahora bien, como resultado de la violenta represión por el corte de ruta mencionado, donde pretendían recuperar un sector de tierra tradicional, intervino la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenando al Estado argentino que se adopten medidas cautelares a favor de los pueblos aborígenes. Puntualmente indicó que:

(...) adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de los miembros de la comunidad indígena Qom Navogoh 'La Primavera', contra posibles amenazas, agresiones u otros hostigamientos por miembros de la policía, de la fuerza pública, u otros agentes estatales. Así como también se proporcionen las medidas necesarias para el retorno de Félix Díaz y su familia, en condiciones de seguridad a la comunidad.⁶¹

Asimismo, se conoce que en el marco de la ley 26.160 se declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras indígenas en el territorio nacional. Sin embargo, se ha violado el derecho a la consulta de estos pueblos originarios ya que no se le ha permitido a esta comunidad participar del relevamiento. Sumado a lo dicho se afirma que el procedimiento no ha reparado en las características propias de este pueblo en lo relativo a su relación, uso y goce de su territorio, "ya que no tuvo en cuenta ni el croquis ni las narrativas donde los indígenas

⁶⁰ Fuente: La Primavera (Potae Napocna Navogoh). (s/f) *Territorio indígena.com*. Recuperado el 20/12/17 de http://www.territorioindigena.com.ar/Casos?id_conflicto=134

⁶¹ Fuente: Zimmerman, S. (s/f) El derecho indígena a la tierra y al territorio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 22 de septiembre de 2017, de <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-ind%C3%ADgena-la-tierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-protecci%C3%B3n-de->

describieron los lugares en que desarrollan sus proyectos de vida acorde a su ontología y necesidades”.⁶²

Por otro lado, al continuar con el análisis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, otros autores agregan que éste es un órgano especializado de la OEA, y por tal motivo tiene como función principal “la promoción de la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia” (Rodríguez y Piñero Royo, 2006, p.158).

En este mismo orden de ideas, se agrega que la Comisión Interamericana considera que la protección a los pueblos indígenas se debe a razones históricas, por lo tanto recomendó a los Estados que capaciten a sus funcionarios para que puedan ejercer de manera correcta la tarea de defender sus derechos. Por otra parte, la Comisión interpreta el artículo 29 de la Convención Americana a favor de los aborígenes, ya que los considera como un grupo minoritario étnico. Al respecto, la Convención establece respecto a este artículo 29, inciso b, que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (...) (Colmenares, 2015, p. 40)

En otras palabras esto quiere decir que no solo se pueden aplicar las disposiciones constitucionales y legales de cada país miembro que favorezcan a las comunidades indígenas, sino que también se tiene que hacer uso de los instrumentos internacionales, no americanos, como el Convenio 169 de la OIT.

En cuantos a las demás funciones, la Comisión se fundamenta en lo que establece tanto la Convención como la Declaración. En tal sentido el artículo G 44 de la Convención Americana expresa: “Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte” (Colmenares, 2015, p. 41).

Por otro lado, la Comisión manifiesta en su reglamento, que se permiten peticiones individuales de los miembros de las comunidades indígenas o grupales, ya

⁶² Fuente: La Primavera (Potae Napocna Navogoh). (s/f) *Territorio indígena.com*. Recuperado el 20/12/17 de http://www.territorioindigena.com.ar/Casos?id_conflicto=134

sea porque se afecten derechos particulares o colectivos reconocidos en ambos instrumentos.

En cuanto al otorgamiento de medidas cautelares, el reglamento manifiesta en su artículo 25, que el Estado- ya sea por iniciativa propia o petición de parte- puede solicitar medidas para evitar que se produzcan daños irreparables a las personas.

Asimismo, la Comisión Interamericana se encuentra autorizada para:

(...) facilitar una “solución amistosa” de la situación planteada entre los peticionarios y los Estados en cualquier etapa del proceso, tal como lo dispone el artículo 48.1.f) de la Convención Americana, siempre y cuando las partes manifiesten su deseo en seguir tal procedimiento. (Colmenares, 2015, p. 46).

Es decir que la Comisión actúa como entidad mediadora y por lo tanto puede organizar las reuniones, negociaciones y todo tipo de acuerdo entre las partes, con el fin de respetar los derechos que se establecen en la Convención Americana.

3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal internacional que tiene su sede en San José de Costa Rica y fue creada por la Convención de 1968. A diferencia de la Comisión, no tiene competencias que protejan como tampoco que promuevan los derechos humanos. En realidad, sus funciones son diferentes.

Por un lado, la Corte es la encargada de juzgar cuando se violen de manera individual los derechos que establece la Convención Americana (denominado “procedimiento de peticiones individuales o procedimiento contencioso”) y por el otro “la de ofrecer interpretaciones autorizadas de la Convención Americana o de responder a cuestiones de derecho interno planteadas por los Estados miembros, la Comisión y otros órganos de la OEA” (Rodríguez y Piñero Royo, 2006, p. 158).

Asimismo, otra de las diferencias que resaltan los juristas es que las sentencias y resoluciones que dicte la Corte son “obligatorias”, mientras que las recomendaciones de la Comisión si bien son otorgadas por una autoridad justamente por ser recomendaciones, no son vinculantes. Al respecto se mencionan dos requisitos para que se cumpla el carácter obligatorio:

El primero es que el Estado haya ratificado la Convención Americana que, como tratado internacional, requiere de ese acto voluntario. El segundo es que el Estado haya

comunicado formalmente su intención de someterse a la jurisdicción de la Corte. Una vez que se hayan cumplido esos dos requisitos, los Estados tienen una obligación de derecho internacional de cumplir las sentencias de la Corte; esta obligación no es renunciable (Rodríguez y Piñero Royo, 2006, p. 159).

Ahora bien, la interacción de estos dos órganos existe y se observa en el plano procesal. Esto significa que la Comisión actúa como una primera instancia internacional mientras que la Corte continúa cuando se agota el proceso de esta etapa (Rodríguez y Piñero Royo, 2006).

Por su parte, la doctrina⁶³ manifiesta que son numerosos los casos relacionados al derecho de la tierra y territorio en los que la Corte Interamericana se ha demostrado a favor de los pueblos indígenas. Entre ellos, se menciona el fallo “Yakye Axa c/ Paraguay” del año 2005⁶⁴ y el “Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname”⁶⁵, entre otros. Se afirma que a partir de estas intervenciones la Corte ha expresado una serie de deberes por parte de los Estados que ratificaron la Convención:

(...) delimitar, demarcar y titular las tierras y territorios, reconociendo las diferentes modalidades que tienen las comunidades indígenas de relacionarse con las tierras, sancionar un *marco legal adecuado* a las pautas culturales de los pueblos indígenas, establecer un *procedimiento efectivo y adecuado* para la delimitación, demarcación y titulación; reconocer la *personería jurídica*, *devolver las tierras* indígenas cuando se encuentren en manos de terceros y sólo puede entregar una previa y justa indemnización a las comunidades indígenas en aquellos casos en que sea imposible la restitución de las tierras. Además, los Estados deben proteger el hábitat indígena y asegurar que las comunidades tengan control de los recursos naturales y no trasladar ni desalojar a las comunidades de sus territorios.⁶⁶

Por último, cabe destacarse que la jurisprudencia del sistema interamericano resulta de gran importancia en cuestiones vinculadas con la relación de la tierra y los recursos naturales de los pueblos indígenas en América. La base de estos fallos, fue el

⁶³ Fuente: Zimmerman, S. (s/f) El derecho indígena a la tierra y al territorio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 22 de septiembre de 2017, de <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-ind%C3%ADgena-la-tierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-protecci%C3%B3n-de->

⁶⁴ Corte .I.D.H. Caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, del 06 de febrero de 2006, Serie C No. 125 Serie C No. 142

⁶⁵ Corte .I.D.H. Caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 185

⁶⁶ Fuente: Zimmerman, S. (s/f) El derecho indígena a la tierra y al territorio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 22 de septiembre de 2017, de <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-ind%C3%ADgena-la-tierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-protecci%C3%B3n-de->

conocido caso *Awas Tigni* del año 2001 que a continuación se analizará. Así las cosas, como consecuencia de esta primera sentencia emitida por la Corte en relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas, han surgido una serie de importantes pronunciamientos, no solo de la Corte sino también de la Comisión.

3.2.1 *Análisis del Caso “Awas Tigni vs Nicaragua” (2001)*

En esta oportunidad se analizará el anteriormente citado caso “*Awas Tigni c/ Nicaragua*”⁶⁷, que representa un claro ejemplo de las dinámicas jurídicas y políticas que han perturbado el normal acceso de las tierras y territorios de los pueblos indígenas.

Este caso se inició en el año 1995 cuando la comunidad Mayanga- que se encuentra ubicada en el Norte de Nicaragua- conoce que su Gobierno le otorgó tierras que les correspondían a una empresa trasnacional para una explotación forestal. El Estado no cumplió con lo que establece el derecho internacional y no informó de manera previa a la comunidad. Es decir que actuó sin el consentimiento de los pueblos indígenas, basándose en que éstos no cuentan con el título de propiedad (Rodríguez y Piñero Royo, 2006).

Consecuentemente, la doctrina realiza una interpretación de la sentencia en cuanto a los criterios fundamentales. En primer lugar, se manifiesta que el Pacto de San José de Costa Rica no puede tutelar únicamente a la propiedad privada, por lo tanto debe entenderse que también hace alusión a la propiedad indígena. En segundo lugar, se establece que en cuanto al derecho de propiedad comunitaria de las tierras y posesión: “no es un derecho que ejerce cada miembro de una comunidad indígena de manera individual sino que, por el contrario, es un derecho cuyo titular es la comunidad en su conjunto”.⁶⁸

Por otra parte la doctrina manifiesta que el vínculo que tienen los indígenas con la tierra no es una cuestión de posesión y producción sino que se trata de un elemento espiritual del que gozan con el fin de preservarlo para las futuras generaciones.

⁶⁷ Corte .I.D.H. Caso *Awas Tigni c/ Nicaragua*, del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79

⁶⁸ Fuente: Zimmerman, S. (s/f) El derecho indígena a la tierra y al territorio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 22 de septiembre de 2017, de <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-ind%C3%ADgena-la-tierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-protecci%C3%B3n-de->

En cuarto y último lugar, se explica que los recursos son necesarios para los pueblos y comunidades indígenas ya que los han utilizado tradicionalmente para su desarrollo, su propia supervivencia y continuidad de estilo de vida.⁶⁹

Por su parte, se realiza un análisis que complementa lo establecido por el artículo 21 de la Convención América de Derechos Humanos, que consagra el derecho a la propiedad, la Corte se ha expresado al respecto:

(...) mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos (...) el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal..⁷⁰

En igual línea de pensamiento la Corte se ha manifestado respecto a los derechos de los pueblos comunitarios:

Los [pueblos] indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁷¹

Finalmente, cabe destacar que la Corte, respecto al derecho de los pueblos indígenas vinculados con la posesión y la propiedad de las tierras, territorios y recursos naturales, ha expresado:

(...) el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión

⁶⁹ Fuente: Zimmerman, S. (s/f) El derecho indígena a la tierra y al territorio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 22 de septiembre de 2017, de <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-indigena-la-tierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-proteccion>

⁷⁰ Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

⁷¹ Ídem cita anterior

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.⁷²

Esto quiere decir, que aunque la parte contraria haya justificado su violación de los derechos indígenas manifestando la falta de título de propiedad de aquellos- tal como lo establecen los Códigos Civiles- esto no ha resultado suficiente para que la Corte se manifieste a su favor. De hecho, al momento de sentenciar el excelentísimo Tribunal se ha fundamentado en instrumentos internacionales tales como el Convenio 169, instrumento que regula la posesión de las tierras indígena a través de la costumbre y la tradición.

Conclusiones parciales

En el presente capítulo se ha hecho referencia puntualmente a la propiedad aborígen en el derecho internacional. De esta manera se buscó analizar si contiene el ordenamiento jurídico mundial una regulación específica que proteja los derechos de la propiedad comunitaria aborígen.

A través del concepto de “propiedad comunitaria indígena” estudiado, se conoció que para los pueblos originarios la tierra tiene un valor espiritual y tradicional, diferente al sentido que le otorga el sistema capitalista; y como tal, no solo merece un trato diferente sino también el respeto y la aceptación de todos los demás ciudadanos.

A modo de conclusión, es posible afirmar que el resguardo de los derechos indígena ha comenzado tras el arduo trabajo de la Organización de las Naciones Unidas; quien ha sido la primer Organización que se ha encargado de proteger sus derechos y poner un límite a las discriminaciones que sufrían estos pueblos. En este sentido, principalmente se mencionó a la Declaración de las Naciones Unidas y al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, siendo este último el que contiene un valor superlativo al ser ratificado por cantidad de países en defensa de las etnias minoritarias.

⁷² Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

Es muy importante destacar que América también cuenta con organismos que representan a los pueblos originarios que se hallen en conflicto: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Puntualmente se conoció que hace poco tiempo la Comisión aprobó un documento específico latinoamericano que se encargaría de la protección de estos derechos: la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. A partir de entonces, las sentencias que establezca la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben respetarse tanto a nivel mundial como regional.

Finalmente se desarrollaron dos de los fallos más importantes- uno proveniente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que se consideran claros ejemplos de intervención por parte de los organismos internacionales a favor de los derechos de los pueblos originarios.

De esta manera, luego del desarrollo de este segundo capítulo resulta posible afirmar que a nivel internacional existe una extensa variedad de instrumentos que contienen dentro de su regulación, derechos vinculados con los pueblos originarios. Esto quedó demostrado al describir cada uno de ellos y hacer hincapié en aquellos artículos que expresamente refieren al derecho de propiedad comunitaria.

Sin embargo, corresponde continuar en los próximos capítulos con el análisis de nuestro ordenamiento jurídico interno. Es decir, es necesario indagar si realmente la recepción legal del derecho de propiedad comunitaria es adecuada y suficiente en Argentina. O si por el contrario, debiera profundizarse y/o modificarse para que en la práctica se refleje el debido respeto de este derecho de los pueblos originarios.

CAPÍTULO TERCERO

La propiedad comunitaria aborígen en las Constituciones

Introducción

En este tercer capítulo ya es oportuno realizar un análisis puntual del derecho de propiedad de la comunidad indígena en Argentina, especialmente regulado por nuestra Constitución Nacional e incluso por las Constituciones provinciales.

La Reforma Constitucional de 1994 fue ordenada mediante la ley n° 24.309, en el año 1993, debido a la urgente necesidad de reformar el derecho argentino. Esta modificación contiene más de 100 artículos, que les otorgan derechos y garantías a todos los habitantes del suelo argentino.

En esta oportunidad en particular se desarrollarán los principales cambios que ha experimentado el derecho indígena, lo que conduce a poder realizar un análisis del antes y después de la reforma. Se tendrán en cuenta, primordialmente, los antecedentes que permitieron que en la actualidad nuestra Carta Magna le dedique una parte de su regulación a proteger a este grupo de personas como pueblos originarios.

A su vez, se analizarán las distintas opiniones, críticas y problemas doctrinarios que ha generado el artículo 75, inciso 17 y 22, para los diversos juristas estudiosos de la materia.

Asimismo se estudiará la incorporación de este derecho en el ordenamiento provincial, lo que permite deducir que es atribución de cada provincia protegerlos, siempre que se respeten los derechos mínimos que establece el marco federal. Sin embargo, se buscará resumir el análisis de este punto; por lo que solo se expondrá la regulación legal de la provincia de Salta, Formosa y Chubut, ya que contienen- según la jurisprudencia- los casos más relevantes en la actualidad.

Finalmente se hará mención al funcionamiento del régimen jurídico de la comunidad aborígen en el derecho comparado de dos países de América Latina: Chile y Paraguay. Todo ello, con el fin de evaluar y comparar cómo ellos si incorporan a sus leyes y Constituciones el derecho indígena, sobre todo el de la “comunidad colectiva aborígen”.

1. Antecedentes constitucionales de la propiedad indígena en la Argentina

En primer lugar cabe destacarse que Argentina es uno de los países de América Latina que tiene menos porcentaje de población indígena según el Censo Nacional que

se ha llevado a cabo en el año 2010. Existen aproximadamente 955.032 personas que se consideran aborígenes o descendientes, lo que significa el 2,38% de la población del país. Estos pueblos se identifican como chané, chulupí, comechingón, diaguita, guaraní, mapuche, kolla, wichi, etc. Sin embargo las propias organizaciones indígenas aseguran que existían más de 30 pueblos; pero afirman que su reducción se correspondió a la etapa colonial y al proyecto de país que se definió en el siglo XIX.⁷³

La doctrina entiende que este proyecto consistió en promover la inmigración europea con el objetivo de civilizar al pueblo indígena. Este desprecio de la población autóctona fue el resultado de la campaña del desierto, que tuvo como objetivo someter al aborigen para conquistar sus tierras. En este sentido se entiende:

El Pensamiento latinoamericano del Siglo XIX estaba inmerso en la tensión que representaba, por un lado, la urgencia del progreso, y para ello, la exigencia de importar ciertas tradiciones; y por el otro, la necesidad de construir la nación con y desde los elementos que proporcionaba la propia realidad latinoamericana.⁷⁴

Esto quiere decir que para los españoles fue imprescindible, en cierta forma, la eliminación de los pueblos que habitaban las tierras de nuestro país al momento de la conquista. Su propósito era constituir un modelo de progreso argentino que llegó incluso a que consideraran que el futuro dependía de Europa y que América debía ser parte del pasado.

Ahora bien, puntualmente en cuanto al recorrido del proceso legal que ha experimentado la cuestión indígena antes de la sanción de la Constitución de 1853, la doctrina ha dividido dos etapas fundamentales:

- a) El ciclo de la conquista y la colonización exhibe numerosa y variada normativa así como la instrumentación de acciones y procedimientos muchas veces cuestionables.
- b) El ciclo de la independencia muestra una mayor profundización de esta temática, vislumbrándose ciertos atisbos de reivindicación (Alice, s/f, p. 49 y 50).

Esto significó, sobre todo en el último ciclo, un avance para nuestra sociedad. Principalmente se divisó una nueva preocupación- desde la liberación española- por atender los reclamos de los hermanos aborígenes, quienes desde el descubrimiento de

⁷³ Quiroga, F. (2016). Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Un abordaje desde el Derecho Internacional. Recuperado el 17 de diciembre de 2016. *Observatorio Regional de DDHH y Pueblos Indígenas*. Recuperado de <https://observatorio-derechosindigenas.blogspot.com.ar/2016/08/los-derechos-humanos-de-los-pueblos.html>

⁷⁴ Ídem cita anterior

América solo había sufridos hechos violentos y fueron considerados como objetos sin derechos.

Esta etapa de la independencia (desde 1810 a 1853) implicó reconocer en la Asamblea Constituyente de 1813 y en el ante proyecto de la Constitución de 1819 que los aborígenes son iguales a los demás ciudadanos, tanto en dignidad como derechos, sumado a la eliminación del tributo que pagaban. También se derogó el yanocazgo, la mita, las encomiendas y el servicio personal (Alice, s/f).

En cuanto a la propiedad, en el Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Rio de la Plata de 1813, se estableció repartir las tierras en partes proporcionadas a los padres de familia de cada tribu con la condición de que las cultivaran (Alice, s/f).

Asimismo, se destaca que de manera conjunta la iglesia y la evangelización han tratado de brindarles a los indígenas una identidad común a la del continente que los conquistó, ya que se consideraba que estas personas eran inadaptadas y representaban un problema para la Nación. Al respecto, la doctrina entiende:

El indígena representaba el atraso, la barbarie, la inercia histórica opuesta a lo moderno, lo civilizado y el progreso. Era preciso “integrarlos”, pero eliminando sus “pautas naturales”, ya que eran las responsables de la pobreza y el estancamiento en que se encontraban. Para ellos el indio representaba (y para alguno aún hoy representa) la imagen de la Argentina retrasada, era el exponente más claro del estadio de barbarie que se necesitaba superar, y esto sólo se lograría imponiendo los valores de la parte más desarrollada y moderna sobre los sectores retrasados (Maceira, 2011, p. 317 y 318)

Al continuar con los antecedentes, con respecto a la tierra, la jurista afirma que al indio se lo consideraba como un propietario, que se debía integrar de manera autoritaria, imponiéndoles un modelo similar a la sociedad capitalista.

Sin embargo, por derecho ancestral, el indio se considera dueño de las tierras. Y al negárselas por tantos años no solo se les ha violado el derecho de poder ejercer su uso comunitario sino que han alterado todos los demás derechos que están ligados a la propiedad. Entre ellos se puede nombrar, la salud, la educación bicultural y bilingüe, la vida, etc. Todos estos derechos se encuentran regulados en la actualidad en la Constitución Nacional vigente (Maceira, 2011).

Finalmente resta agregar que en el presente capítulo solo se desarrollarán los antecedentes históricos más relevantes, que son los ante proyectos Constitucionales y

las Asambleas generales. Todo ello con el fin de introducirse en el análisis del derecho de propiedad comunitaria indígena, el que para su correcto estudio se dividirá en este trabajo en dos etapas: antes y después de la Reforma Constitucional de 1994.

1.1 Antes de la Reforma Constitucional de 1994

En el presente punto se analizará puntualmente cómo se ha desarrollado el derecho de propiedad comunitaria indígena en las Constituciones anteriores a la reforma de 1994. De esta manera, la Constitución de 1819 estableció:

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 estado.⁷⁵

Se destaca aquí que, por un lado este artículo considera al indígena como un ser capaz e igual en dignidad y derechos; y por el otro -en la última frase- lo considera inferior al resto cuando ordena al cuerpo legislativo que disponga de leyes especiales para que los nativos de estas tierras se nivelen con las demás clases. Es decir, esta normativa tenía como objetivo colocar al aborigen en las mismas condiciones que el hombre de occidente. Consecuentemente este grupo de personas seguía siendo discriminado por querer mantener su cultura diferente a la europea (Abreut de Bergher, 2012).

En cuanto a la Constitución de 1826, la mencionada autora entiende que este instrumento jurídico retrocedió mucho más que su predecesora “al disponer que los derechos de la ciudadanía quedaban suspendidos por no saber leer ni escribir”. (Abreut de Bergher, 2012, p. 60). Esto significó que la mayoría de los indígenas no pudieran ser amparados por el sistema constitucional, por no entender la lengua castellana.

Es por esto que en opinión de Abreut de Bergher (2012), la igualdad a la que se refería la constitución era más declarativa que efectiva, porque colocaba al “ser incapaz” bajo el amparo de un protector.

⁷⁵ Artículo 128 Constitución Nacional Argentina de 1819

Ahora bien, en cuanto a la Constitución de 1853, la Argentina tenía como objetivo la seguridad de las fronteras, la ubicación de las tropas, las misiones, reducciones y colonias, el sometimiento de los indios, entre otros. Es decir que no cabían mayores reconocimientos. Incluso existía una norma discriminatoria que disponía: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”.⁷⁶

Asimismo, si se continúa con el análisis del artículo 64 de la Carta Magna de 1853 es posible afirmar que su antecedente fue el Proyecto de Constitución de 1813. Si bien se consagró la obligación de conversión al catolicismo de una manera distinta, es coincidente en cuanto a la atribución del Congreso. El Proyecto establecía que el Congreso tenía poder para “regular el tráfico y manejar todos los negocios con los indios que no son miembros de algunas de las Provincias Unidas, con tal que el Poder legislativo de cualquier provincia dentro de sus límites, no sea embarazado o violado”.⁷⁷

Ahora bien, la doctrina en cuanto al inciso 12 del artículo 64 de la Constitución de 1853, se ha expresado:

“Regular el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y las provincias entre sí”, evidencia que el constituyente no incluyó el comercio con las tribus indias, alejándose del texto constitucional norteamericano. Esta decisión prueba, como dice Losada, que a las comunidades indígenas no se las consideró equiparables a Estados, ni se les otorgó personalidad jurídica. (Alice, s/f, p.53)

Esto quiere decir que el avance en materia de derechos aborígenes, incorporados en las Constituciones tiene fines discriminatorios porque no respeta los ideales que mantienen los pueblos primitivos. Si bien se procuró en las distintas regulaciones igualarlos con las demás personas, educarlos y civilizarlos, este no es el objetivo que persiguen los indígenas. Estas disposiciones han demostrado claramente una intención de transformar a los aborígenes en otras personas- a semejanza de los europeos- como si fueran inferiores a sus pares.

Al respecto es necesario aclarar que todos los miembros de los pueblos originarios deben ser considerados personas iguales en cuanto a sus derechos; y a la vez, distintos en el sentido de la necesidad de respetar sus culturas y costumbres

⁷⁶ Artículo 64 inciso 15 Constitución Nacional Argentina de 1853

⁷⁷ Artículo 35 Constitución Nacional Argentina de 1853

diferentes a las de Occidente. Indudablemente esto no se ha logrado en las Constituciones hasta ahora descriptas.

Se comienza a reflejar aquí una insuficiente redacción de los cuerpos normativos constitucionales para amparar los derechos de estos pueblos, entre ellos, el de propiedad comunitaria.

Así las cosas, al retomar el tema de la regulación del derecho aborigen es menester señalar que en el año 1860 se transforma el artículo 64 en 67 pero no se modifica su contenido. Fue recién en la reforma de 1949, cuando se produjo una alteración de la cláusula. Al respecto la doctrina expresa:

La reforma constitucional de 1949 produjo un corrimiento numérico de la cláusula que pasó a ser el artículo 68, inciso 15 y además solo se mantuvo como competencia del Congreso la atribución de “proveer a la seguridad de las fronteras”. Se eliminó la norma referida a los indios. (Alice, s/f, p. 58).

Sumado a lo dicho, cabe aclarar que la supresión de una parte de este artículo solo fue temporaria, debido a que- como se conoce- en el golpe de Estado de 1956 se declaró nuevamente vigente la Constitución de 1853. Ésta se actualizó con las reformas posteriores pero excluyó la de 1949: “sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubieren quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16 de septiembre de 1955” (Alice, s/f, p. 59). Sin embargo, Argentina en distintos momentos de la historia intentó modificar el artículo 64 inciso 15 debido a su pérdida de actualidad.

De esta manera y luego de haber relatado los escasos avances en las distintas Constituciones de la República Argentina, es posible afirmar con respecto a los derechos de los aborígenes que: “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”. (Abreut de Bergher, 2012, p. 61)

Esto quiere decir que fue recién en 1983, con la vuelta de la democracia, que los indígenas lograron importantes cambios. De hecho, la ley 23.302 creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), que ha tenido como objetivo “proteger y apoyar a las comunidades aborígenes” (Kreimer y Figueroa, s/f).

A modo de conclusión respecto a lo sucedido antes de la reforma de 1994 es posible afirmar que a nivel constitucional, la relación del Estado con el aborigen ha

atravesado un proceso marcado por diferentes etapas. Se ha podido observar que a pesar de los esfuerzos por lograr amparar los derechos de los pueblos originarios, no ha resultado suficiente y adecuada su regulación respecto al derecho de propiedad comunitaria.

Consecuentemente resulta oportuno comenzar a desarrollar todo lo acontecido a partir del año 1994, ya que desde dicha reforma se puede delimitar un antes y un después en la historia de los pueblos primitivos.

1.2 *Después de la Reforma Constitucional de 1994*

Para poder entender la operatividad del derecho de propiedad comunitaria aborigen resulta necesario hacer referencia a la Reforma Constitucional de 1994 y a las atribuciones del Congreso dispuestas mediante la incorporación del nuevo artículo 75 de la Constitución Nacional. En cuanto al derecho indígena son dos los incisos que merecen ser analizados. En primer lugar, el inciso 17, el cual reza:

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.⁷⁸

En segundo lugar la reforma incorporó a través del inciso 22 a once tratados internacionales que hoy gozan de jerarquía constitucional. “De esta manera se constituyó el Bloque de Constitucionalidad Federal, en el cual la Constitución no puede dejar de lado la legislación internacional y su jurisprudencia así como su obligación de respetarla” (Maceira, 2011, p. 315). El mencionado artículo manifiesta:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la

⁷⁸ Artículo 75, inciso 17 Constitución Nacional Argentina

Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.⁷⁹

Rosatti (2017) indica que al momento de la reforma fueron tres los caminos que se podían tomar con respecto al derecho aborigen. Por un lado eliminar la vieja cláusula de convertirlos en católicos sin otra regulación que los respete; en segundo lugar considerar a los pueblos primitivos como un sector minoritario dentro del Estado Nacional; y por último- el camino elegido por el Congreso- garantizar la participación de las comunidades en la vida nacional, respetando su cultura. Se agrega al respecto “Desde el punto de vista jurídico-político, los aborígenes nacidos en nuestro país son claramente argentinos; desde el punto de vista sociocultural, son habitantes con derechos diferenciados” (Rosatti, 2017, p. 96).

Sumado a lo dicho, la doctrina agrega que la mayoría de la Comisión encargada de la Reforma constitucional optó por establecer en la constitución, “*la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas*”, como nuevo derecho y garantía. Mientras la minoría pretendía como frase el “*reconocimiento de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas*”. En realidad, la fórmula que se elige responde a un estado liberal (Gelli, 2011).

Esta nueva reforma de la Constitución marcó un avance en comparación de las anteriores ya que prevé expresamente el tema de la propiedad comunitaria aborigen y sus características en el derecho argentino. Como se pudo observar anteriormente solo

⁷⁹ Artículo 75, inciso 22 Constitución Nacional Argentina

se regulaban los derechos indígenas en cuanto a la búsqueda de igualdad con los demás ciudadanos, sin considerar la necesidad de una regulación diferente acorde a sus valores ancestrales.

Asimismo, la incorporación del inciso 22 nombra dos importantes instrumentos que se encargan de la protección indígena: la Convención Americana sobre derechos humanos y el Convenio 169 de la OIT, ya analizados en el anterior capítulo.

Respecto a este artículo la doctrina ha afirmado: “Esto es importante para nosotros ya que frente al incumplimiento por parte del Estado de algún derecho protegido en esta Convención, la víctima podrá demandar al Estado argentino, argumentando esta ratificación” (Maceira, 2011, p. 315).

Por su parte, Bidart Campos (2008) realiza un análisis del artículo 75 inciso 17 y manifiesta que cuando se habla de pueblos indígenas argentinos, se refiere a población por equivalencia.

En cuanto al reconocimiento de la “preexistencia étnica y cultural”, el autor ofrece varios aspectos. Por un lado entiende que no se debe desconocer la herencia que acumulan en sus comunidades y por el otro que no se deben aislar de la sociedad, sino integrarlos. En cuanto a la parte que se refiere a “la posesión y propiedad comunitaria” y sus caracteres, el jurista expresa que estos son necesarios para asegurar el asentamiento geográfico de estos pueblos. Por último, cabe aclarar que cuando al final del inciso se describe “que las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”, simboliza que se hacen cargo de los derechos de la minoría. (Bidart Campos, 2008)

El autor, suma a todo lo dicho, que este inciso 17 reconoce el derecho a la diferencia, que se relaciona estrechamente con el de identidad personal. Al respecto, manifiesta:

Esta nueva cláusula revestida del alcance recién aludido para nada riñe ni pugna con la abolición y prohibición de las prerrogativas de sangre y de nacimiento que mantiene el viejo artículo 16. Acá no se otorgan privilegios ni prerrogativas, sino que se asume una justa expresión del *pluralismo democrático* y del mencionado derecho a la diferencia, imprescindible en un estado democrático (Bidart Campos, 2008, p. 294).

Por lo tanto se podría decir que este reconocimiento que se enuncia significa aceptar un estilo de vida y formas diferentes de organización. Incluso, la recepción

del derecho consuetudinario del pueblo indígena podría ser considerada como un privilegio en relación con el resto de la sociedad. En cuanto a la doctrina, se manifiesta:

El reconocimiento del carácter operativo que revisten las normas constitucionales en su contenido esencial ha permitido que aun a falta de una legislación que las reglamente, se produjeran desarrollos significativos en las políticas del gobierno nacional y de algunos gobiernos provinciales, en la jurisprudencia y en las prácticas de los pueblos y comunidades indígenas, a más de veinte años de la reforma constitucional⁸⁰.

Por otro lado, a partir del análisis del artículo 75 inciso 17 resulta posible recalcar que son tres los institutos jurídicos necesarios para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas: la personería jurídica y la organización territorial; el derecho de consulta y participación; y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras, territorios y recursos.

En cuanto a este último la doctrina aquí destaca que es un tema que aún se encuentra en debate en el país. Sin embargo la indisponibilidad de las tierras indígenas continúa traducándose en la prohibición de aplicar cualquier medida por parte del Estado para originar el desalojo o la expulsión los pueblos aborígenes: “este reconocimiento constitucional, garantiza que mientras exista la comunidad no pierda las tierras y territorios en los que habitan”⁸¹

Respecto a este tema de la indisponibilidad de sus tierras, la jurisprudencia agrega:

Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etcétera [...] Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable.⁸²

Por último cabe destacarse que para Rosatti (2017), la preexistencia histórica y los cambios que tuvieron que atravesar las comunidades aborígenes desde la conquista española representaron un fundamento moral suficiente para el

⁸⁰ Fuente: Derecho de los pueblos indígenas en la Argentina. Una compilación (2015). *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*. Recuperado el 26/09/2017 de <http://www.jus.gob.ar/media/3114381/derechos-de-los-pueblos-indigenas-121115.pdf>

⁸¹ Ídem cita anterior

⁸² Juzg. Civ. Com. y Minería Nro. 5. Sec. Única. San Carlos de Bariloche. “Sede, Alfredo y otros c/Vila, Herminia y otros s/desalojo”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2004).

reconocimiento de los derechos establecidos por el artículo 75, inciso 17. Visto de otro modo, se podría considerar un privilegio del que no gozan los demás ciudadanos.

Consecuentemente resulta posible afirmar que la Reforma Constitucional de 1994, en relación con el derecho de propiedad comunitaria aborígen, ha sido considerada ampliamente beneficiosa para la satisfacción de las necesidades de los pueblos originarios argentinos.

2. Críticas y problemas doctrinarios vinculados al artículo 75, inciso 17 y 22 de la CN

La Constitución Argentina de 1994 agregó- tal como ya se ha visto- entre otras normativas, el mencionado artículo 75. Se entiende en relación con las modificaciones que: “consiste en incorporar a la parte orgánica una serie de valores, principios y derechos que obligadamente envían a la parte dogmática” (Bidart Campos, 2008, p. 289).

En primer lugar, cabe destacarse que el inciso 17 es el que contiene los principales derechos de las comunidades aborígenes argentinas⁸³, mientras que el inciso 22 señala los instrumentos internacionales de derechos humanos que han adquirido jerarquía constitucional⁸⁴ y entre ellos, se encuentran aquellos que han procurado la protección de las comunidades indígenas.

⁸³ Artículo 75, inciso 17 Constitución Nacional: 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

⁸⁴ Artículo 75, inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. (...).

Así las cosas, con respecto a estos dos incisos la doctrina se ha manifestado a favor y en contra, como también ha hecho su aporte al momento de interpretarlos.

Puntualmente, en relación con la primera parte del inciso 17, cierta doctrina afirma que es inequívoca porque el “reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos fue realizada por el convencional constituyente de 1994” (Gelli, 2011, p. 190). En realidad a lo que se refiere la autora es que el Congreso tiene la obligación de garantizar a través de las legislaciones, los derechos aborígenes y no meramente expresarse al respecto. Esto se vincula con lo que se ha dicho en reiteradas oportunidades respecto a que la legislación interna de nuestro país sería inadecuada o insuficiente ya que- aunque se expresen los derechos de los pueblos originarios- no se garantizan efectivamente en la práctica.

En este sentido, en opinión de Ekmekdjian (2016), el reconocimiento no es una atribución ni competencia del Senado sino una declaración que debería estar en la primera parte de Carta Magna, y no en el artículo 75. Es decir, se manifiesta:

En segundo término este reconocimiento es una obviedad ya que los pocos grupos nativos de América que sobrevivieron al genocidio colonial y poscolonial, existen y preexistieron a la República Argentina, Confederación Argentina o Provincias Unidas del Río de la Plata y a sus antecesores en el periodo colonial (Virreinato del Río de la Plata, Gobernación Intendencia del Río de La Plata, etc.), lo admita o no una cláusula constitucional (Ekmekdjian, 2016, p. 501).

Por otro lado, la doctrina entiende que en el estado liberal democrático “el principio igualitario constituye un punto de partida en virtud del cual todos los ciudadanos reciben similar tratamiento legal, en situaciones equivalentes” (Gelli, 2011, p. 191).

Para la autora, la consagración de la igualdad que regula el artículo 16 de la Carta Magna⁸⁵ se puede interpretar de dos maneras. Por un lado, se hace referencia a la igualdad formal, que puede estar vacía de contenido si no se aclara que su significado y alcance implica “iguales circunstancias”. Mientras que por el otro, el significado material que alude a la igualdad de tratamiento a pesar de las diferencias de sexo, raza, nacionalidad, etc. (Gelli, 2011)

⁸⁵ Artículo 16 Constitución Nacional Argentina: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas

Sumado a lo dicho, en cuanto a las características de “no enajenable, intransmisible, inembargable y no tributable” del reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, la citada jurista también se ha manifestado al respecto. Afirma que si bien se modifican los principios del Código Civil que regulan la propiedad privada para favorecer la tierra de las comunidades aborígenes, estos caracteres limitan a las comunidades en cuanto a su desarrollo, por cerrar líneas de créditos privados; salvo que se apliquen políticas públicas para resolver la cuestión. De hecho, expresa: “Sin embargo, no basta con efectuar declaraciones en la Constitución Nacional, reconocimientos en las constituciones locales y sancionar las leyes pertinentes si, al mismo tiempo, no se instrumentan vigorosas políticas públicas al respecto” (Gelli, 2011, p. 193). Esto demuestra la clara necesidad de aquellas medidas que en la práctica garanticen los derechos de los pueblos originarios.

Sumado a lo dicho, Ekmekdjian (2016) considera que uno de los problemas jurídicos más graves del artículo 75 inciso 17 es la parte que reza: “la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Para el autor, al no encontrarse esta propiedad comunitaria regulada en el Código Civil, se la tiene que definir en una ley especial. Al respecto se pregunta si esto significa que ninguna comunidad podrá adquirir la propiedad privada que regula el Código Civil. Asimismo, el jurista se interroga si serán censadas las tierras que les corresponde por tradición, entre otras manifestaciones. Por lo tanto, nuevamente se refiere aquí este autor a la necesidad de una más específica regulación del derecho de propiedad comunitaria en nuestro ordenamiento jurídico, que permita definir realmente a este derecho y ponerlo en práctica.

En cuanto al extracto que expresa “entrega de otras tierras aptas para el desarrollo humano”, se considera que esta afirmación no tiene una base sólida debido a que las tierras las poseen por tradición, por lo tanto no deben estar censadas. En efecto, tanto las tierras tradicionales como las que se entreguen son inalienables, intransmisibles, no susceptibles de embargo u otro tipo de gravámenes. De esta manera, la doctrina sostiene:

Esta parece ser una cláusula directamente operativa. Es totalmente injusta y fue más allá del objeto que se pretendía con ella: preservar el *hábitat* natural de los grupos aborígenes evitando su desarraigo forzado. En efecto, se han puesto a estas tierras fuera del comercio impidiendo, por ejemplos que sus propietarios puedan gestionar créditos, dando la tierra en garantía; excediendo los límites de la acción afirmativa, al crearles un

status groseramente violatorio del principio de igualdad, si se los compara con otros grupos sociales que actualmente también están discriminados (Ekmekdjian, 2016, p. 504).

Por otro lado afirma Maceira (2011) que otro problema que tienen los magistrados con respecto al inciso 17 en general es que tratan de interpretarlo con los mismos criterios de la propiedad privada clásica que regulaba el Código Civil. Sin embargo, no tienen en cuenta que el valor de la tierra comunal es muy diferente a la visión que tuvo Vélez Sarsfield. Al respecto, la doctrina afirma:

Estas dificultades deben superarse con una correcta mirada constitucional, que reconozca algo bastante obvio pero muchas veces inadvertido: el Código Civil es una norma de inferior jerarquía tanto de la Constitución como de los Tratados de Derechos Humanos como el Convenio 169 de la OIT, al que debe agregarse la reciente Declaración de los Derechos Indígenas de las Naciones Unidas, y las decisiones tomadas por los tribunales internacionales de Derechos Humanos (por ejemplo y muy especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos). (Maceira, 2011, p. 319).

Por último, la doctrina finaliza el análisis de la última parte del inciso 17, que declara que las provincias tienen autorización para ejercer concurrentemente las atribuciones que establecen. Esta definición trae aparejada una complicación “porque no se advierte entonces si las leyes reglamentarias que se dicten deben ser de hecho común o bien leyes provinciales” (Ekmekdjian, 2016, p. 505).

Asimismo, en opinión de la doctora y especialista en Sociología jurídica, Gelli (2011), se puede decir que esta última parte del inciso trae aparejado un conflicto. Por un lado, el inciso asegura la participación de las comunidades en las gestiones que se refieren a los recursos naturales. Por el otro, el artículo 124 de la Constitución Nacional manifiesta que le corresponde a las provincias el dominio de sus recursos originarios. Esto lleva a una superposición de derechos constitucionales, que para la jurista son irrevocables. La autora considera que el reconocimiento provincial es más fuerte porque habla de dominio y no de participación.

Ahora bien, en relación con la jerarquía de los tratados internacionales, que regula el inciso 22 del artículo en referencia, la doctrina sostiene que: “los jueces argentinos tienen problemas para entender las cuestiones indígenas que éstos plantean, argumentando que la norma de la Constitución, es “ilusoria”, “no operativa”, “confusa”, “compleja”, “oscura”, etc.” (Maceira, 2011, p. 319). Esto ocurre porque al

momento de sentenciar descuidan lo establecido por el inciso 22 del artículo 75 que le otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales. Sobre esta cuestión se manifestó la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Eben Ezer c/ Salta”⁸⁶.

Así las cosas, y a modo de conclusión, se puede afirmar que el inciso 17 de la Constitución Nacional- vinculado con el derecho de propiedad comunitaria indígena- es un derecho que si bien resulta esencial para garantizar la tierra y territorio de los pueblos primitivos, para muchos autores su redacción no es la más adecuada o eficaz y hasta parece ser escasa. Asimismo, para otros juristas surge un problema para la comunidad cuando al inciso 17 se lo analiza sin la interpretación correcta de los tratados internacionales incorporados mediante el inciso 22 de la Carta Magna.

Esto permite deducir que aquí resulta necesario una mejor redacción de este artículo o tal vez una norma que regule su implementación; es decir, que permita poner en práctica el debido respeto del derecho de propiedad comunitaria de los pueblos originarios.

3. La regulación legal de los derechos de la comunidad indígena en las provincias

En el siguiente punto se procurará brindar un amplio panorama de lo que manifiesta la última parte del artículo 75 inciso 17: (...) “Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Al respecto, se entiende que las provincias- siempre que respeten los derechos mínimos que regula el marco federal- tienen competencia para el desarrollo jurídico de los derechos de los pueblos indígenas. Por supuesto, la Constitución Nacional es la base de los derechos que no deben desconocer ni las constituciones provinciales ni las leyes complementarias⁸⁷.

Es necesario afirmar que todas las provincias argentinas, incluso la ciudad autónoma de Buenos Aires, abordan la temática en sus respectivas Constituciones provinciales. Sin embargo, en esta ocasión solo se desarrollarán las provincias que

⁸⁶ C.S.J.N., “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta – Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo” SAIJ. (2008)

⁸⁷ Fuente: “Derecho de los pueblos indígenas en la Argentina. Una compilación” (2015). *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*. Recuperado el 26/09/2017 de <http://www.jus.gob.ar/media/3114381/derechos-de-los-pueblos-indigenas-121115.pdf>

expresamente se han manifestado respecto a los derechos de la comunidad indígena, tanto en sus cuerpos normativos como en su jurisprudencia.

3.1 Provincia de Salta

Salta es una de las provincias con más cantidad de pueblos originarios en su territorio. Los derechos indígenas se encuentran legislados en el Capítulo primero de la Constitución provincial, denominado “Declaraciones Generales y Forma de Gobierno”. Precisamente su texto contiene expresas disposiciones de los pueblos indígenas:

Pueblos Indígenas. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.⁸⁸

En la primer parte del articulado se afirma que Salta reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos primitivos que habitan la provincia, reconoce el deber de obtener personería jurídica por parte de cada organización y a la vez los legitima para actuar en lo administrativo y judicial de acuerdo a lo que establece la ley. Asimismo ordena la creación de un registro especial para los aborígenes y les reconoce la identidad como el derecho a la educación bilingüe. En cuanto a las tierras fiscales, les asegura la posesión y propiedad comunitaria, tal como lo establece la ley suprema con las mismas características: no se podrá enajenar, ni transmitir ni gravar.

⁸⁸ Artículo 15 Constitución de la Provincia de Salta

Por su parte, el inciso segundo expresa que el Gobierno generaría mecanismos para que los pobladores participen y busquen soluciones en todo lo vinculado con la tierra fiscal.

Así las cosas, numerosas son las leyes provinciales que se dedican a proteger el derecho de la propiedad aborígen. Al respecto, la ley 7.121 “de desarrollo de los pueblos indígenas en Salta” del año 2001, en el tercer capítulo manifiesta: “el instituto provincial de los pueblos indígenas de Salta deberá realizar un relevamiento de los asentamientos indígenas actuales precisando su ubicación geográfica con la indicación de sus integrantes”.⁸⁹

Al mismo tiempo la citada legislación regula que también se deberán hacer los trámites necesarios para la adjudicación, explotación y entrega de las tierras a los indígenas y que deberá ser de manera gratuita.

Sumado a lo dicho, la jurisprudencia se ha manifestado en un fallo que beneficia a las comunidades wichi de “El traslado”, “El Escrito” y “Zopota”, producto de una demanda que presentaron estos pueblos, en la que reclaman por los desmontes que sufrían sus tierras por parte de una empresa de soja. Fue la Cámara Federal de Apelaciones de Salta la que reconoció de manera parcial este derecho. Puntualmente se le ordeno al Estado que:

Inicie de inmediato la demarcación y delimitación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades” mencionadas “conforme a los usos y pautas culturales reconocidas” por la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁹⁰.

En este caso los jueces decidieron no tratar el tema vinculado con la obtención de la titularidad definitiva de esas tierras por parte de la comunidad, por considerar que pueden existir “derechos contrapuestos por las partes invocadas”. Sin embargo, a pesar de la parcialidad del fallo, se expresaron tanto abogados como miembros de la comunidad y afirmaron estar satisfecho por la decisión. De hecho, resaltaron que solo queda velar por el cumplimiento de la dicha sentencia.⁹¹

⁸⁹ Artículo 13 Ley 7.121 de desarrollo de los pueblos indígenas en Salta

⁹⁰Fuente: “Las tierras de los wichis” (27/03/2011) *Página 12*. Recuperado el 10/10/2017 de <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-164962-2011-03-27.html>

⁹¹ Fuente: Rodríguez, C. (27/03/11). Las tierras de los wichis. *Página 12*. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-164962-2011-03-27.html>

3.2 *Provincia de Formosa*

La Constitución de Formosa data del año 1957 y ha atravesado dos reformas: la del año 1991 y 2003. Según la doctrina la redacción de la Carta Magna original se caracterizó por ser paternalista. Esto se debe a que no consideraba a los indígenas como un grupo de personas que tienen su propia cultura y cosmovisión⁹². Fue recién en la constitución de 1991, que se estableció:

(...) La Provincia reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos en esta Constitución; y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos, así como su efectivo protagonismo en la toma de decisiones que se vinculen con su realidad en la vida provincial y nacional. Asegura la propiedad de tierras aptas y suficientes; las de carácter comunitario no podrán ser enajenadas ni embargadas. La utilización racional de los bosques existentes en las comunidades aborígenes requerirá el consentimiento de éstos para su explotación por terceros y podrán ser aprovechados según sus usos y costumbres, conforme con las leyes vigentes⁹³.

Por otro lado, la reforma de 2003 incorporó lo establecido en la Constitución de 1994 y consecuentemente se modificó el preámbulo, en donde se reconoce la diversidad. Éste manifiesta:

(...) Nos, el Pueblo de la Provincia de Formosa, a través de sus representantes, reunidos en Convención Constituyente, con el objeto de plasmar el modelo formoseño para un proyecto provincial, reafirmando la auténtica identidad multiétnica y pluricultural, garantizando el fortalecimiento de los poderes públicos, una mayor participación de los habitantes de la Provincia por sí y a través de las organizaciones libres del pueblo, en la administración de la cosa pública y para constituir un estado federal moderno, bajo la forma de gobierno representativa, republicana, democrático-participativa y social, desde una concepción humanista y cristiana e invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, sancionamos la siguiente: Constitución de la Provincia de Formosa.

Sumado a lo dicho el artículo 79 antes citado también se transformó, con fundamento en el mismo texto que contiene el artículo 75 del inciso 17 de la Carta

⁹² Fuente: Navarro, S. (2014). Formosa... Ese Mosaico cultural (Primera Parte). Identidad formoseña pueblos originarios. *ADF Educa*. Recuperado de <http://adfeduca.com.ar/formosa-ese-mosaico-cultural-primera-parte/>

⁹³ Artículo 79 Constitución de la Provincia de Formosa de 1991

Magna Nacional, y como se puede observar, incorporó el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos originarios, la personería jurídica de las comunidades y el derecho de posesión y propiedad con sus caracteres de no enajenable, ni transmisible, ni embargable.

En cuanto a las leyes provinciales de Formosa, la que mayor influencia tuvo fue “la ley integral del aborigen n° 469” del año 1984. Esta ley -desde la mirada del ámbito nacional- fue la primera legislación que brindó una mirada distinta para el indígena y en aquella época fue considerada la más avanzada.

Por lo dicho, este ordenamiento jurídico se convirtió en la base para otras legislaciones e incluso para la reforma constitucional de 1994. Sus objetivos eran: la preservación social y cultural de las comunidades aborígenes, la defensa de su patrimonio y sus tradiciones, el mejoramiento de sus condiciones económicas, su efectiva participación en el proceso de desarrollo nacional y provincial.⁹⁴

Al respecto, se transcribe a continuación uno de los artículos más sobresalientes respecto a los derechos de los pueblos indígenas:

Esta ley tiene por objeto la preservación social y cultural de las comunidades aborígenes, la defensa de su patrimonio y sus tradiciones, el mejoramiento de sus condiciones económicas, su efectiva participación en el proceso de desarrollo nacional y provincial; y su acceso a un régimen jurídico que les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos.⁹⁵

Ahora bien, en cuanto a la jurisprudencia cabe destacarse que en Formosa los tribunales también se han expedido respecto a los derechos de estas comunidades; sin embargo, estos fallos rechazan o no resuelven de manera inmediata ni eficaz los derechos de las comunidades aborígenes. Tal es el caso de la Comunidad indígena Toba La Primavera⁹⁶, ya desarrollado con anterioridad, que desde el año 1985 no ha encontrado respuestas a su reclamo de las tierras que les corresponderían por decreto del año 1940; el litigio continúa ante la CSJN. Se suma a su reclamo el avance por parte del Gobierno, que desde el año 2010, procede a la elaboración de una universidad nacional en territorio ancestral, sin consultar previamente. Todo ello

⁹⁴ Fuente: Navarro, S. (2014). Formosa... Ese Mosaico cultural (Primera Parte). Identidad formoseña pueblos originarios. *ADF Educa*. Recuperado de <http://adfeduca.com.ar/formosa-ese-mosaico-cultural-primera-parte/>

⁹⁵ Artículo 1 ley n° 469, Ley integral del aborigen

⁹⁶ C.S.J.N. “Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros s/ Medida cautelar” *SAIJ*. (2015)

derivó en el bloqueo de la Ruta Nacional 86 a modo de protesta, frente a lo que solo recibieron a cambio violencia y represión por parte de la policía de Formosa. Aún se encuentran sin una sentencia beneficiosa.⁹⁷

3.3 *Provincia de Chubut*

Esta provincia ha legislado en su Constitución provincial los derechos de los pueblos indígenas, puntualmente en el capítulo II dentro de los derechos sociales que comprenden desde el artículo 23 al 38.

La Provincia reivindica la asistencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto de su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia: 1. La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. 2. La propiedad intelectual y el producido económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando son utilizados con fines de lucro. 3. Su personería jurídica. 4. Conforme a la ley su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan.⁹⁸

Como se puede observar Chubut también se ha preocupado por reconocer a esta comunidad el respeto de su dignidad y por promover los derechos vinculados con sus costumbres y educación. Se les reconoce- a las comunidades indígenas preexistentes- la posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que ocupan y se regula su inenajenabilidad, transmisibilidad, inembargabilidad, etc.

Puntualmente respecto a esta provincia, se considera de gran utilidad desarrollar el conflicto que padecen las comunidades mapuches con el empresario Benetton por ser un caso reciente y altamente controvertido. Al respecto, se afirma:

La historia que hoy confronta a los Benetton con el Pueblo Mapuche se originó en los años 1870-90 con la apropiación territorial foránea con la guerra, genocidio y crímenes

⁹⁷ Fuente: La Primavera (Potae Napocna Navogoh). (s/f) *Territorio indígena.com*. Recuperado el 20/12/17 de http://www.territorioindigena.com.ar/Casos?id_conflicto=134

⁹⁸ Artículo 34 Constitución provincial de Chubut

de lesa humanidad del recién nacido Estado argentino, el que facilitó fraudulentas maniobras financieras, administrativas y políticas para consolidar una de las mayores concentraciones de tierras de la Argentina.⁹⁹

Ahora bien, si se intenta definir el conflicto en la actualidad se debe comenzar por afirmar que se trata de una lucha por el desalojo de las comunidades mapuches que habitan las tierras patagónicas, adquiridas por Benetton; Es decir que aquí habría una supuesta violación a “la identidad, al principio de igualdad, al territorio, al desarrollo, a los recursos, incluidos en la Constitución nacional, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”.¹⁰⁰

Con el paso de los años, los mapuches adquirieron en el año 2007 la porción de tierra que les corresponde por tradición pero la citada empresa, hoy italiana, se opone a entregarlas.

Es menester destacar que cierta doctrina ha defendido arduamente los derechos de las comunidades indígenas y ha trabajado intensamente para que los mapuches (en este caso) gocen de la protección de sus tierras. Se ha afirmado al respecto: “el Estado Nacional y el Estado de Chubut están violando Derechos Humanos fundamentales de la comunidad mapuche de Cushamen y de otras comunidades indígenas como de sus integrantes cuando intentan o consienten pasivamente desalojos”.¹⁰¹

En este sentido, se considera que por tratarse de un Estado democrático, los mapuches tienen el pleno derecho de posesión de las tierras. Esto encuentra su fundamento en la vigencia de la Constitución Nacional Argentina y de los tratados de derechos humanos que adquieren jerarquía constitucional mediante el artículo 75, inciso 22. Específicamente, la doctrina considera que el Estado tiene la obligación de cumplir con lo establecido:

(...) en el Derecho positivo vigente -fuente de toda legalidad en el Estado de Derecho y que, por lo tanto, obliga, en primer lugar, al Estado que lo administra- conforme a las siguientes fuentes legales: artículos 33 y 75 inc 17 e inc. 22 de la Constitución de la

⁹⁹ Fuente: Kosovsky, F. (s/f). La Comunidad contra la Compañía: Mapuche vs. Benetton & C. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 01 de octubre de 2017, de <http://www.vocesenelfenix.com/content/la-comunidad-contra-la-compa%C3%B1a-AD-mapuche-vs-benetton-co>

¹⁰⁰ Ídem cita anterior

¹⁰¹ Fuente: Gallardo, H. (s/f). Sobre las comunidades mapuches, las tierras, su posesión, la Constitución de la República Argentina y los derechos humanos. *Glocal Abogados*. Recuperado el 01 de octubre de 2017, de <http://www.glocalabogados.com/sobre-las-comunidades-mapuche-las-tierras-su-posesion-la-constitucion-de-la-republica-argentina-y-los-derechos-humanos/>

Nación Argentina, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ambos suscriptos por la República Argentina, artículo 34 de la Constitución de la provincia Argentina de Chubut, las leyes federales N° 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes y Ley 26.160 que Declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país.¹⁰²

Esto quiere decir que se debe tener presente al momento de resolver cuestiones vinculadas con los derechos de los pueblos comunitarios tanto a las fuentes nacionales como a las internacionales que los protegen. Es decir- y en coincidencia con la doctrina- este derecho pertenece a un Estado democrático y se encuentra regulado en la Carta Magna Nacional, por lo que de ninguna manera debe ser menoscabo.

Asimismo, el doctor Kosovsky (s/f), abogado de los pueblos mapuches, realiza un balance del caso y advierte que existe un retraso por parte del Estado provincial en implementar y adecuar las normas institucionales que reconocen el derecho indígena. Respecto al Estado Nacional manifiesta que el retroceso se da en “impulsar activamente la revisión y reversión administrativa y judicial de las concesiones fraudulentas, para estar a la altura de los compromisos y discursos en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas”.¹⁰³

Así las cosas, finalmente se destaca que este tema de Benetton y de la comunidad mapuche ha sido analizado de manera amplia sin profundizar en detalles que seguramente serían importantes pero que en nada suman para la presente investigación. Sumado a lo dicho, se reconoce que este tema representa una cuestión extremadamente política y económica que no contribuye al análisis del presente trabajo.

¹⁰² Fuente: Gallardo, H. (s/f). Sobre las comunidades mapuches, las tierras, su posesión, la Constitución de la República Argentina y los derechos humanos. *Glocal Abogados*. Recuperado el 01 de octubre de 2017, de <http://www.glocalabogados.com/sobre-las-comunidades-mapuche-las-tierras-su-posesion-la-constitucion-de-la-republica-argentina-y-los-derechos-humanos/>

¹⁰³ Fuente: Kosovsky, F. (s/f). La Comunidad contra la Compañía: Mapuche vs. Benetton & C. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 01 de octubre de 2017, de <http://www.vocesenelfenix.com/content/la-comunidad-contra-la-compa%C3%B1%C3%AD-mapuche-vs-benetton-co>

4. La propiedad indígena en las constituciones del derecho comparado

En este último punto se procurará brindar un panorama amplio sobre las diferentes legislaciones de algunos países latinoamericanos, más precisamente sobre Chile y Bolivia, por considerarlos a ambos casos interesantes de análisis.

4.1 Chile

Respecto a Chile se puede afirmar que es el único país de América del Sur que no contiene en su Constitución disposición alguna que regule los derechos aborígenes. Este ha sido el compromiso del Estado Chileno con los pueblos originarios desde el regreso de la democracia de 1990. Sin embargo, a pesar de que se han presentado seis proyectos de reforma, todos han fracasado hasta la actualidad.

En este sentido la doctrina expresa que el proyecto no se ha podido llevar a cabo porque no se le consulta a los pueblos indígenas, tal como lo establece el artículo 6 del Convenio 169.¹⁰⁴

Esto quiere decir que al momento de proteger sus derechos, las comunidades originarias cuentan únicamente con legislación infraconstitucional. Entre ellas la ley 20.249, que crea el espacio marino costero de pueblos originarios; la ley 20.117 que reconoce la existencia y atributos de la etnia diaguita y la calidad de indígena diaguita; la ley 16.441 que crea el departamento de isla de Pascua y un sin fin de decretos relacionados a la temática. Para destacar su importancia se analizará a continuación la ley 19.253, dictada en el año 1993.

Esta ley denominada “ley indígena” establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, tal cual lo prescribe el mismo ordenamiento jurídico. Puntualmente establece los principios generales entre los que se encuentra la definición de los indígenas de Chile.¹⁰⁵

Sumado a lo dicho, la citada ley hace referencia a la creación de un Registro Público de Tierras Indígenas por parte de la corporación, encargado de inscribir

¹⁰⁴ Fuente: El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. (11/12/16). *El mostrador*. Recuperado el 03 de octubre de 2017, de <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/12/11/reconocimiento-constitucional-de-los-pueblos-indigenas/>

¹⁰⁵ Artículo 1 Ley indígena 19.253.- El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. (...)

aquellas a las que refiere el artículo 12. El objetivo es acreditar la calidad de tierra indígena y negar la inscripción con fundamento. El presidente de Chile es el encargado de regular el funcionamiento del registro¹⁰⁶.

Debe destacarse al respecto que la doctrina se ha manifestado en contra de la normativa del país chileno. Se ha afirmado que ésta se caracteriza por la falta de reconocimiento del título indígena según lo establecen los instrumentos internacionales: “La única posibilidad de un reconocimiento de este tipo se encuentra en el artículo 12 n° 2 de la ley 19.253”.¹⁰⁷ Sin embargo, esta legislación incorporó barreras en este tema al exigir por parte de las comunidades posesión escrita, actual y efectiva. Al respecto la ley establece:

Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.¹⁰⁸

Asimismo, se considera que si se interpretaran las normas internacionales de una manera armónica con las Constituciones, con las leyes y con las enseñanzas de las Corte Interamericana de Derecho Humanos, los indígenas podrían acceder a sus tierras y territorios que han ocupado, en mejores condiciones.

De esta manera, no se pretende la total restitución de las tierras, pero se argumenta “que los patrones jurídico-culturales contenidos en la ley 19.253, en especial, en lo relativo al título indígena, no se compadecen con la tradición jurídica indígena y su costumbre”.¹⁰⁹

4.2 Bolivia

Por su parte, Bolivia es el país de América Latina que tiene más porcentaje de población indígena; para otorgar más precisión el 62% del país se reconoce como tal,

¹⁰⁶ Artículo 15 Ley indígena 19.253

¹⁰⁷ Fuente: Cavallo, G. (2005). El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. *Scielo*. Recuperado el 01 de octubre de 2017, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010

¹⁰⁸ Artículo 12, inciso 2 Ley indígena 19.253

¹⁰⁹ Fuente: Cavallo, G. (2005). El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno. *Scielo*. Recuperado el 01 de octubre de 2017, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010

según el último censo del año 2001. A su vez desde el año 2005, por primera vez este país cuenta con un presidente indígena, el señor Evo Morales.¹¹⁰

Se ha afirmado que uno de los propósitos de este Gobierno ha sido realizar cambios profundos que beneficien a los pueblos originarios. Sin embargo algunas reformas ya adoptadas han generado conflictos entre diferentes sectores.¹¹¹

En cuanto al marco jurídico internacional, se afirma que Bolivia ya ha ratificado aquellos “tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Naciones Unidas)”.¹¹²

Asimismo la citada fuente afirma que la última reforma Constitucional Política del Estado (CPE) del año 2007 ha tenido como objeto incorporar derechos aborígenes, en base al nuevo modelo de Estado de organización. Puntualmente se afirma:

La nueva Constitución, que deberá ser objeto de un referéndum, incorpora un amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de un nuevo modelo de Estado plurinacional e intercultural que afecta a la naturaleza y organización de todos los poderes e instituciones del Estado. El texto hace suyos los principios de la Declaración de la ONU, incluyendo la “libre determinación [de los pueblos indígenas] en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales” (artículo 2).¹¹³

En cuanto a estos derechos, principalmente el vinculado con la tierra y territorios, se encuentra regulado como “derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”. Puntualmente el proyecto constitucional incluye novedosas “fórmulas de reconocimiento de derechos de autonomía y jurisdicción; derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales; y derechos a la identidad cultural y a la

¹¹⁰ Fuente: Ramírez Patiño, K. Y. (2012). Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas altamente vulnerables en Bolivia y la equidad en salud. *Scielo*. Recuperado el 03 de octubre de 2017 de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-29662012000200016

¹¹¹ Fuente: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. (2007) *Asamblea General. Naciones Unidas*. Recuperado el 10/10/2017 de <http://cebem.org/cmsfiles/publicaciones/informeONUBolivia.pdf>

¹¹² Ídem cita anterior

¹¹³ Ídem cita anterior

educación intercultural”. Sumado a lo dicho incorpora la participación indígena en la estructura funcional del Estado.¹¹⁴

Por su parte, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia afirma que “es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.” Seguidamente continúa con los derechos que se les atribuyen, dentro de los cuales -con respecto a la propiedad indígena- se mencionan: el de la libre determinación y territorialidad, el de la titulación colectiva de las tierras y territorios, la protección de sus lugares sagrados, a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, a la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.¹¹⁵

En cuanto a la legislación nacional, la doctrina afirma que Bolivia cuenta con la Reforma Agraria de 1953 que les otorgó título de propiedad a muchos pequeños propietarios indígenas. Sin embargo, esta reforma también impactó de manera negativa en la creación de minifundios y surcofundio (porción aún menor), debido a que las mini propiedades se fragmentaron aún más, por vía de herencia. Mientras que en las tierras bajas, la propiedad fue distribuida por los Gobiernos de facto - de manera discrecional- a favor de los agropecuarios y de la industria forestal.¹¹⁶

En noviembre de 2006 se aprobó la “Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria” (ley nº 3545) y se introdujeron cambios al régimen anterior.

Esta Ley favorece el reagrupamiento de la pequeña propiedad agraria, así como la distribución de tierras a los pueblos indígenas que no poseen tierra suficiente o requieren de tierras adicionales para complementar su territorio. Para ello, la Ley incorpora como causal de reversión el incumplimiento de la función económico-social

¹¹⁴ Fuente: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. (2007) *Asamblea General. Naciones Unidas*. Recuperado el 10/10/2017 de <http://cebem.org/cmsfiles/publicaciones/informeONUBolivia.pdf>

¹¹⁵ Artículo 30 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

¹¹⁶ Fuente: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. (2007) *Asamblea General. Naciones Unidas*. Recuperado el 10/10/2017 de <http://cebem.org/cmsfiles/publicaciones/informeONUBolivia.pdf>

de la propiedad, y toda tierra expropiada por causa de utilidad pública pasa a ser dotada “exclusivamente a favor de pueblos indígenas y/o originarios” que carezcan de tierras suficientes (artículo 43).¹¹⁷

Sin embargo, a pesar de todos los cambios y los esfuerzos vinculados con los derechos indígenas, continúan en la actualidad los problemas acerca de la titulación de las tierras comunitarias de origen (TCO), debido a la falta de presupuesto.

Mientras tanto en el altiplano, los aborígenes reclaman que no se les ha considerado el derecho de propiedad indígena y que se les reconocen superficies insuficientes o que no reflejan sus territorios tradicionales. Por otro lado, en las tierras bajas de oriente se reflejan irregularidades en cuanto al proceso de tierras y la apropiación indebida por parte de los empresarios agropecuarios.¹¹⁸

Finalmente, según manifiesta la doctrina citada esta falta de tierras y territorios genera como consecuencia un gran problema para las comunidades indígenas, que es el de la salud. Se considera que esto se debe también a la falta de participación de estos pueblos en las decisiones que toma el Estado, a pesar de que Bolivia ha ratificado los instrumentos internacionales que protegen los derechos indígenas.

Conclusiones parciales

En el avance de todo este tercer capítulo se han desarrollado y analizado las diferentes disposiciones que nuestro ordenamiento jurídico argentino ha dedicado- desde los comienzos de la historia- a los pueblos originarios. Resulta posible afirmar que la reforma de 1994 ha sido una de las más importantes en materia de derecho de propiedad de los pueblos comunitarios.

Precisamente fue mediante la incorporación del artículo 75, inciso 17 que se reconoce expresamente la existencia de esta comunidad y su personalidad jurídica; así como también se les garantiza el respeto a su identidad y el derecho a la educación bilingüe.

¹¹⁷ Fuente: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. (2007) *Asamblea General. Naciones Unidas*. Recuperado el 10/10/2017 de <http://cebem.org/cmsfiles/publicaciones/informeONUBolivia.pdf>

¹¹⁸ Fuente: Ramírez Patiño, K. Y. (2012). Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas altamente vulnerables en Bolivia y la equidad en salud. *Scielo*. Recuperado el 03 de octubre de 2017 de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-29662012000200016

En cuanto a la propiedad, se otorga reconocimiento a la posesión de las tierras de manera comunitaria (algo totalmente ajeno a lo conocido como propiedad regulada en el mismísimo Código Civil argentino). Luego se exploró que el inciso 22 del citado artículo 75 es el que incorpora a la legislación argentina una serie de instrumentos de derechos humanos que adquieren jerarquía superior a las leyes.

Consecuentemente estos dos incisos- que por cierto han recibido críticas de distintos doctrinarios- se complementan con el propósito de regular y proteger el derecho de los pueblos primitivos.

Al respecto la doctrina se ha manifestado a favor del artículo 75, inciso 17 pero también en contra de éste, ya que se sostiene que existen falacias y cuestiones aún pendientes de resolver, argumento que comparto en lo personal. Dentro de estas cuestiones, se puede nombrar lo citado por algunos juristas que han expresado la necesidad de que el pueblo comunitario posea una regulación diferente, lo que por supuesto no los limita a gozar de los demás derechos constitucionales. Por otro lado, existen quienes afirman y coinciden, que sus disposiciones en realidad sí son las adecuadas, solo que los jueces al momento de fallar no interrelacionan los dos incisos y solo aluden al número 17, olvidando los tratados internacionales que tanto han beneficiado a los aborígenes. Mi opinión personal al respecto, es que los jueces deberían estar más capacitados en la cuestión indígena, para resolver de manera eficiente los conflictos por los que atraviesan las comunidades.

Con posterioridad, se realizó un análisis general de algunas provincias, ya que todas ellas tienen la atribución de regular los derechos de los pueblos comunitarios, siempre que- por supuesto- los nuevos derechos que se creen no sean inferiores a los que expresa la Carta Magna.

Así las cosas, si bien es cierto que el derecho indígena goza de protección Constitucional federal a partir de 1994 y que fue ratificada en tratados internacionales, no lo es menos que en la actualidad existen casos que aun el Estado no ha podido resolver ni dar una respuesta que proteja realmente los derechos de estas comunidades. Consecuentemente este grupo lleva años de lucha, que muchas veces se ha tornado violenta, para obtener la posesión de las tierras que les pertenecen por derecho propio.

Por último, se analizó el tema de los pueblos primitivos en algunos países americanos, con el fin de conocer la legislación de aquellos y principalmente sus constituciones para descubrir si difieren a la que establece el Estado argentino.

Todo lo desarrollado demuestra, que a pesar de existir cantidad de legislación que incluye los derechos de los pueblos originarios y entre ellos el de propiedad comunitaria, aún no se cuenta en nuestro ordenamiento jurídico interno con una clara, suficiente y adecuada legislación que permita poner en práctica y garantizar este derecho de propiedad, como un derecho comunitario y diferente a la conocida propiedad privada.

Se observa que existen por un lado todos los tratados internacionales mencionados que Argentina ha ratificado- e incluso incorporado en la propia Constitución Nacional-; y por el otro, las disposiciones de la Carta Magna, sumado a lo regulado en las constituciones de cada provincia, más la legislación infraconstitucional. No se discute que todas estas normas regulan- aunque de distinta manera- los derechos de los aborígenes; sin embargo, en la actualidad la lucha de los pueblos originarios por el reconocimiento de la propiedad comunitaria de sus tierras continúa sin encontrar respuesta.

CAPÍTULO CUARTO

La propiedad comunitaria indígena en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la legislación argentina

Introducción

En este último capítulo se estudiarán puntualmente las normas nacionales que buscan proteger a la propiedad comunitaria. En primer lugar, se hará mención a la norma n° 23.302 de Asuntos Indígenas y luego a la ley n° 26.160 de Comunidad Indígena. Respecto a esta última debe destacarse que es una norma de emergencia que busca proteger la tierra y los territorios de los pueblos primitivos y que a pesar de su ineficacia ya ha sido prorrogada en reiteradas ocasiones. Este año nuevamente se ha logrado una tercera prórroga por su vencimiento.

Asimismo, se analizará el derecho de propiedad comunitaria aborígen en el Anteproyecto del Código unificado y en su redacción definitiva en el nuevo Código Civil y Comercial. Resulta importante recalcar que la cámara bicameral pretendía incorporar a la “propiedad indígena” como un derecho civil privado y no comunitario.

Por su parte, el artículo 18 que regula el derecho de las comunidades indígenas remite a la creación de una ley especial que se dedique a la protección del mismo. Por tal motivo, en el año 2015 se presentó un proyecto de ley en el Congreso.

Sumado a lo dicho, en este cuarto capítulo se dedicará un apartado especial para analizar las diferencias del derecho de propiedad comunitaria indígena con el derecho real y los motivos por lo que la doctrina niega que el primero se asimile a este último.

A su vez, se explorará el foro competente en las causas vinculadas con indígenas y se analizarán cuáles son las acciones -amparadas por la Constitución- que les permiten reclamar por sus derechos ante los tribunales.

En conclusión, en este último capítulo se hará hincapié principalmente en los derechos de los pueblos originarios y en la necesidad de una regulación especial que sirva para proteger sus derechos vinculados con la propiedad comunitaria en el día a día y que se refleje en la práctica. Es decir, se pretende estudiar con profundidad si las normas, incluido el Código Civil y Comercial, son suficientes para garantizar el correcto desarrollo de los pueblos aborígenes y la protección de sus derechos humanos más básicos, sobre todo el de propiedad comunitaria.

1. La normativa nacional específica

El inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional Argentina, en su último párrafo, expresa que es competencia del Estado nacional dictar leyes con el

objetivo de proteger la identidad y pluralidad cultural. Esto significa que es de suma importancia que se implementen políticas públicas que sean efectivas para proteger los derechos indígenas, tanto a nivel federal como provincial.

Cabe mencionar que en nuestro país existe una amplitud de leyes específicas que incluyen los derechos de los pueblos aborígenes; entre ellas: la ley 24.375 sobre diversidad biológica, que se dictó el mismo año que última reforma constitucional; la ley 25.607 de difusión de los derechos de los pueblos indígenas; la ley 25.517 de restos mortales; la ley 21.071 del año 2001 que aprobó el Convenio 169 de la OIT; la ley 18.248 sobre el nombre de las personas naturales, con sus respectivas reformas; la ley 26.331 de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos, promulgada el 19 de diciembre de 2007 y la ley 26.206 de educación nacional del año 2006.

Como se puede observar el Estado ha dictado cantidad de leyes para proteger los derechos de los pueblos originarios. Sin embargo, en este trabajo final de grado solo se analizará la ley sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes, por ser la que crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas en Argentina y la ley Nacional 26.160 de Comunidades Indígenas, por tratarse allí la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan estas comunidades.

1.1 Ley Nacional 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes

En primer lugar, se analizará la ley 23.302 sobre Política indígena y apoyo a las Comunidades aborígenes, sancionada en 1985, a partir de la cual se creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), con el objeto de asegurarles a estas comunidades los derechos que garantiza la Constitución Nacional, los reconocidos por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y los Convenios de Derechos Humanos Internacionales.¹¹⁹

Debe destacarse que el Convenio 169 de la OIT establece: "Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus

¹¹⁹ Fuente: Sifon Urrestarazu, M. J. (s/f). Amparo por omisión de la autoridad pública y declaración de inconstitucionalidad de la omisión lesiva. *Indígenas. Bioética*. Recuperado el 12 de octubre de 2017 de <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves50.htm>

derechos de propiedad y posesión”¹²⁰. Por lo tanto, resulta una obligación del Estado determinar qué tierras pertenecen a las comunidades indígenas, para poder garantizar su protección. Asimismo, la ley 23.302 manifiesta:

Créase el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas como entidad descentralizada con participación indígena, que dependerá en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social. El Poder Ejecutivo designará a su titular y deberá constituirse dentro de los 90 días de la vigencia de la presente ley. Contará con un Consejo de Coordinación y un Consejo Asesor (...).¹²¹

De esta manera, respeto de lo establecido por el mencionado artículo es posible afirmar que la Argentina cuenta con un órgano propio que se encargaría de proteger los derechos aborígenes, incluso los de la propiedad.

Puntualmente este Instituto Nacional tiene obligaciones o atribuciones que se encuentran citadas en la ley, entre ellas: actuar como organismo de aplicación de la presente ley, dictar su reglamento, llevar un Registro Nacional de las Comunidades Indígenas, etc.¹²²

Sumado a lo dicho, representa el objeto de la ley 23.302:

OBJETO. Declarase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes.¹²³

¹²⁰ Artículo 14, inciso 2 Convenio 169 de la OIT

¹²¹ Artículo 5 ley 23.302 sobre Política indígena y apoyo a las Comunidades aborígenes

¹²² Artículo 6° — Corresponde al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas:

a) Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos;

b) Dictar su reglamento funcional, normas de aplicación y proponer las que correspondan a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo;

c) Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales y prestar el asesoramiento necesario para facilitar los trámites. Las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, relativas a la inscripción de las comunidades, así como a su cancelación, serán apelables ante la Cámara Federal del lugar dentro del plazo de diez (10) días;

d) Elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de las tierras, de educación y de salud;

e) Proponer el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y asesorar en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país.

¹²³ Artículo 1 ley 23.302 sobre Política indígena y apoyo a las Comunidades aborígenes

Es necesario resaltar que la legislación bajo análisis encuentra relevante la creación de un Registro Nacional de Comunidades Indígenas (establecido en el artículo 6 de la ley 23.302) que permita la obtención de la personería jurídica de estos pueblos a través de su inscripción en dicho Registro, tal como lo expresa el constituyente de la Carta Magna.

Ahora bien, en concordancia con lo prescripto por la ley se instrumentó el decreto N° 155 del año 1989 con el fin de otorgar a la autoridad de aplicación las facultades a las que hace alusión la normativa. Con posterioridad se dictó el decreto N° 791/2012, encargado de modificar el artículo 23 del capítulo VIII, referido a los planes de viviendas. La nueva ley 25.799 que modifica la mencionada ley 23.302 lo redacta de la siguiente forma:

El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas gestionará la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas rurales y urbanas para los titulares de las tierras adjudicadas por esta ley, ante organismos nacionales, e internacionales que desarrollen planes habitacionales de fomento.¹²⁴

De esta manera, la doctrina manifiesta que el Estado Nacional considera de interés nacional que se reconozcan las comunidades indígenas como tales por descender de pueblos que habitan el territorio argentino al momento de la conquista española y colonización. Al respecto el artículo 2 establece, que la personería jurídica se le reconoce a las comunidades radicadas en el país. Esto quiere decir, en opinión del jurista que “es necesario entonces como primer paso estudiar la existencia de cada pueblo aborigen en el siglo XVI en nuestro territorio para, recién una vez reconocido como poblador en esa época, inscribir su personería jurídica como «originario»” (Porcel, 2012, Apartado: III. Requisitos para ser considerados ‘pueblos originarios’).

¹²⁴ Artículo 23 ley 25.799 que modifica ley 23.302 de Protección de Comunidades aborígenes

1.2 Ley nacional 26.160 de Comunidades Indígenas

En cuanto a la normativa vinculada con el derecho de propiedad indígena, el único avance importante ha sido el que se ha producido en el año 2006, con la sanción de la ley 26.160.¹²⁵

La citada ley se refiere en su primer artículo a la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, por el plazo de cuatro años¹²⁶.

Por su parte, el segundo artículo suspende la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras¹²⁷. En relación al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), se dispone:

Durante los 3 (TRES) primeros años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas deberá realizar el relevamiento técnico — jurídico— catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promoverá 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.¹²⁸

Como se puede observar desde 1985 con la sanción de la anteriormente descripta ley 23.302 se ha procurado que exista un relevamiento catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por los indígenas. De hecho, en 2006 -con la sanción de esta nueva ley de emergencia- nuevamente se hace hincapié en la importancia de este relevamiento.

Sin embargo, a pesar de las expresas instrucciones legales que ordenan realizar y registrar las propiedades de estas comunidades y de que la ley fue sancionada con dicho objetivo, esto aún no se ha cumplido. Puntualmente, de acuerdo con una nota que ha realizado la senadora nacional Giacoppo (2017) en 11 años el INAI no ha

¹²⁵ Fuente: Ramírez, S. (s/f). Las deudas de nuestra democracia con los pueblos indígenas. *Voces en el fénix*. Recuperado el 06 de octubre de 2017 de <http://www.vocesenelfenix.com/content/las-deudas-de-nuestra-democracia-con-los-pueblos-ind%C3%ADgenas>

¹²⁶ Artículo 1 ley 26.160— Declárase 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 inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 (CUATRO) años.

¹²⁷ Artículo 2 ley 26.160— Suspéndase por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1°.

La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada.

¹²⁸ Artículo 3 ley 26.160

cumplido con el empadronamiento de las comunidades. Sumado a lo dicho, se ha demostrado mediante un informe que ha llevado a cabo la Auditoría General de la Nación que de 1.500 comunidades que existen en el país, solo se han registrado 500. En opinión de la citada doctora, “(...) muchas de las comunidades no han tenido las posibilidades de acceder a esta información y tener el acompañamiento por parte del Estado. Esta situación es la que motivado, desde hace 11 años, las sucesivas prórrogas.”¹²⁹

Por su parte el artículo 4 de la ley 26.160 ordena la creación de un Fondo Especial para la asistencia de las comunidades indígenas¹³⁰, de treinta millones de pesos, cuya administración se le asigna al INAI según lo dispone el artículo 5. Todo ello a los efectos de solventar el relevamiento técnico, jurídico, catastral de las tierras que ocupen tradicionalmente estas comunidades, el trabajo profesional que se lleve a cabo en causas judiciales o extrajudiciales y los programas de regulación dominial.

Ahora bien, desde destacarse que esta ley que en 2006 se dictó en situación de emergencia, ya ha sido prorrogada en diversas ocasiones: en el año 2009, en el año 2013 y nuevamente -y por unanimidad -en noviembre de este año 2017. Al respecto, la doctrina entiende:

A pesar de la relevancia de esta ley y del impacto que hubiera tenido una pronta ejecución, y a pesar también de que la misma contaba con presupuesto asignado para realizar un trabajo complejo, que requería de personal experto y de un tiempo considerable para realizar un relevamiento con participación de los pueblos indígenas, tal como lo estableció su reglamentación, fue necesario conceder prórrogas debido al escaso avance que no permitió cumplir en los plazos establecidos con la tarea asignada.¹³¹

¹²⁹ Fuente: “GIACOPPO: Ley 26.160 una deuda histórica con los pueblos indígenas” (27/09/2017) *Diario G24*. Recuperado el 18/10/17 de <https://www.diariog24.com/giacoppo-ley-26-160-una-deuda-historica-los-pueblos-indigenas/>

¹³⁰ Artículo 4º ley 26.160— Créase un Fondo Especial para la asistencia de las comunidades indígenas, por un monto de \$ 30.000.000 (PESOS TREINTA MILLONES), que se asignarán en 3 (TRES) ejercicios presupuestarios consecutivos de \$ 10.000.000 (PESOS DIEZ MILLONES).

Dicho fondo podrá ser destinado a afrontar los gastos que demanden:

- a) El relevamiento técnico —jurídico— catastral de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades indígenas.
- b) Las labores profesionales en causas judiciales y extrajudiciales.
- c) Los programas de regularización dominial.

¹³¹ Fuente: Ramírez, S. (s/f). Las deudas de nuestra democracia con los pueblos indígenas. *Voces en el fénix*. Recuperado el 06 de octubre de 2017 de <http://www.vocesenelfenix.com/content/las-deudas-de-nuestra-democracia-con-los-pueblos-ind%C3%ADgenas>

Esta norma- como se dijo- se vencía el 23 de noviembre del corriente año; sin embargo, la Cámara de diputados escuchó los reclamos de las comunidades originarias, y por unanimidad, se prorrogó por tercera vez consecutiva. La misma regirá por cuatro años más.

Puntualmente, según se ha expresado la doctora Silvina Ramírez, abogada de la Asociación de Abogados y Abogadas de Derechos Indígenas (AADI):

(...) “la ley nació para ponerle paños fríos a las cuestiones territoriales” y, aunque sostuvo que “los desalojos se produjeron igual” en los últimos años, también destacó la importancia de la continuidad de esta norma como un primer paso para la entrega de títulos.¹³²

A pesar de la prórroga, será necesario mejorar los procedimientos y los recursos con los que cuenta el INAI para lograr este objetivo, con la principal intención de lograr proteger los derechos de los pueblos originarios y de evitar desalojos violentos.

2. La propiedad comunitaria indígena en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en su Anteproyecto

En este apartado se abordará la recepción de la propiedad comunitaria en el Código Civil y Comercial de la Nación y en su Anteproyecto. Para ello se analizarán los artículos más significativos receptados en el citado ordenamiento jurídico y se describirán las distintas posturas doctrinarias respecto a la propiedad comunitaria indígena.

En opinión de Daniel Fernández (2015)- presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas- es preciso recalcar que el anterior Código de Vélez Sarsfield del año 1871 fue redactado a pedido del entonces presidente Domingo Faustino Sarmiento. Por lo tanto, en ninguno de sus artículos se ha regulado, ni nombrado la palabra indígena. Puntualmente Fernández afirmó:

¹³² Fuente: Está por vencer una ley que suspende desalojos a pueblos originarios: ¿qué puede pasar si no se renueva? (2017) *Chequeado.com*. Recuperado el 18/10/17 de <http://chequeado.com/el-explicador/esta-por-vencer-una-ley-de-emergencia-que-suspende-desalojos-a-pueblos-originarios-que-puede-pasar-si-no-se-renueva/>

Era preciso que no figuraran para permitir a las minorías poderosas avanzar en sus planes de apoderamiento masivo de tierras, sin riesgos legales presente o posteriores. Su modo de adquisición fue a través de las campañas militares de sometimiento a las comunidades y pueblos que habitaban el territorio sur pampeano.¹³³

2.1 *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*

La comisión redactora del Anteproyecto- precedida por el Dr. Lorenzetti como presidente, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci- pretendía introducir a la “propiedad comunitaria indígena” dentro el libro número VII, de Derechos Reales, Título V: Propiedad comunitaria indígena.¹³⁴

La incorporación de este derecho dentro de los derechos reales, en opinión de la Comisión Redactora, tiene su fundamento en que el “código se basa en un paradigma no discriminatorio”, lo que significa que se concibe al hombre en términos iguales sin ningún rango de discriminación.¹³⁵

De esta manera es posible comenzar con el análisis del Anteproyecto y observar que algunos de sus artículos merecen ser analizados, tal como lo han hecho diferentes autores que han criticado su redacción.

El Anteproyecto brinda en su articulado una definición de propiedad comunitaria: “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 indígena”.¹³⁶

Para la doctrina el problema del mencionado artículo radica en que no se habla de tierra ni territorios como lo establece la Constitución y como lo piden los pueblos originarios. Con esta redacción se estaría negando la posibilidad de reconocer comunidades indígenas en las tierras urbanas, ciudades o municipios; ya que la propiedad comunitaria solamente recaería sobre un inmueble rural. Por otro parte, cuando se hace alusión a que el inmueble debe ser destinado a la preservación de la

¹³³ Fuente: “El nuevo Código Civil repara una omisión histórica al reconocer la propiedad comunitaria indígena” (01/08/15). *Telam*. Recuperado el 18/10/17 de <http://www.telam.com.ar/notas/201508/114813-el-nuevo-codigo-civil-repara-una-omision-historica-al-reconocer-la-propiedad-comunitaria-indigena.html>

¹³⁴ Fuente: Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación. (2015). *La Voz*. Recuperado el 08/10/2017 de http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf

¹³⁵ Ídem cita anterior

¹³⁶ Artículo 2028 Anteproyecto de Código Civil y Comercial

cultura y el hábitat comunitario se estaría violando la autonomía indígena, exigiendo requisitos que ni el derecho de dominio clásico los considera.¹³⁷

Ahora bien, según otra doctrina el concepto de propiedad comunitaria debe analizarse en conjunto con la titularidad, al considerar que la Constitución Nacional estableció prohibiciones para impedir que los grupos económicos abusen del estado de indefensión de las comunidades indígenas. Es decir, Lezcano (2015) afirma: “Esta finalidad no se vio reflejada en las formas de constitución de este tipo de propiedad, que en el Anteproyecto no brindaba ningún medio de consulta para su constitución como derecho real” (p.65). Al respecto, el artículo que regulaba los modos expresa:

Modos de constitución. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: a. por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan; b. por usucapión; c. por actos entre vivos y tradición; d. por disposición de última voluntad. En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito.¹³⁸

Las formas o modos de constitución representan uno de los aspectos más grave de la reforma. Tal como lo menciona el artículo, el reconocimiento por parte del Estado no sería declarativo sino constitutivo. Esto significa que las comunidades no son propietarias si falta el acto administrativo. Al respecto, se niega que sea necesario este reconocimiento del Estado:

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.¹³⁹

¹³⁷ Fuente: Gomiz, M. M (s/f). Nuevo Código Civil: una reforma sorda y ciega, pero no muda. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 08 de octubre de 2017 de <http://www.vocesenelfenix.com/content/nuevo-c%C3%B3digo-civil-una-reforma-sorda-y-ciega-pero-no-muda>

¹³⁸ Artículo 2031 Anteproyecto de Código Civil y Comercial

¹³⁹ Fuente: Gomiz, M. M (s/f). Nuevo Código Civil: una reforma sorda y ciega, pero no muda. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 08 de octubre de 2017 de <http://www.vocesenelfenix.com/content/nuevo-c%C3%B3digo-civil-una-reforma-sorda-y-ciega-pero-no-muda>

Por su parte, sumado al modo de constitución de la propiedad comunitaria, el artículo 2029 expresa que el titular del derecho de propiedad es la comunidad indígena registrada como persona jurídica.¹⁴⁰

Ahora bien, en opinión de la doctrina esta normativa contradice no solo lo que establece la Constitución sino también lo regulado por los tratados internacionales de derechos humanos, que expresan que “las comunidades indígenas son propietarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Por lo tanto, estas comunidades no necesitarían estar registradas como personería jurídica para ser consideradas titulares de sus tierras. (Lezcano, 2015)

Otro aspecto vinculado al derecho de propiedad y que por cierto ha resultado muy polémico es el requisito de inscripción para que sea oponible a terceros. En opinión de este autor no es el adecuado debido a que algunas comunidades originarias se caracterizan por migrar y por la división de sus miembros.

Sumado a lo dicho, el Anteproyecto expresa los caracteres de la propiedad comunitaria y las facultades asociadas con ella.

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.¹⁴¹

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.¹⁴²

En cuanto a la crítica de estos artículos, Benedetti (2012) se muestra de acuerdo en que se diferencie la imprescriptibilidad por parte de un tercero, como también la exclusión del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad

¹⁴⁰ Artículo 2029 Anteproyecto de Código Civil y Comercial. 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.

¹⁴¹ Artículo 2032 Anteproyecto de Código Civil y Comercial

¹⁴² Artículo 2033 Anteproyecto de Código Civil y Comercial

indígena, así como la inembargabilidad e inejectutabilidad. Sin embargo, en cuanto a que no se permite transferir la explotación a terceros, el autor considera que de manera expresa se debió disponer la no enajenación de la propiedad indígena en el artículo.

Tras este análisis, es posible afirmar que el marco legal, que se pensó para regular la propiedad comunitaria indígena en el nuevo ordenamiento jurídico civil y comercial, nada ha expresado sobre la reivindicación por la pérdida de territorios por parte de los pueblos originarios, como así tampoco de la entrega de tierras aptas y suficientes, tal como manda el artículo 75 inciso 17 de la Constitución.

Asimismo se agrega “no basan este derecho en la libre determinación ni se establece que se registrá por la cosmovisión de cada pueblo considerando a los pueblos indígenas como un todo homogéneo negando las diferencias entre cada uno de ellos”.¹⁴³

De esta manera, a modo de conclusión de este apartado es posible afirmar que la propuesta de Anteproyecto por parte de la Comisión Bilateral fue fallida o escasa en diversos aspectos. Sin embargo, es importante distinguir que sirvió de avance en todo lo vinculado con los derechos indígenas. No caben dudas de que queda un largo camino por recorrer.

2.2 Código Civil y Comercial de La Nación

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que empezó a regir el 1 de agosto del año 2015 contiene 2.671 artículos. De todos ellos solo uno regula a la propiedad comunitaria indígena: el artículo 18. Allí se indica la necesidad de crear una ley específica para regular la propiedad, de acuerdo a lo establece la propia Constitución Nacional Argentina.

Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.¹⁴⁴

¹⁴³ Fuente: Gomiz, M. M (s/f). Nuevo Código Civil: una reforma sorda y ciega, pero no muda. *Voces en el Fénix*. Recuperado el 08 de octubre de 2017 de <http://www.vocesenelfenix.com/content/nuevo-c%C3%B3digo-civil-una-reforma-sorda-y-ciega-pero-no-muda>

¹⁴⁴ Artículo 18 nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Esto significa que el Código reconoce a la propiedad indígena y otorga derecho a la posesión y propiedad comunitaria, aunque modifica lo que proponía la Comisión de Reformas dirigida por el Dr. Lorenzetti, por no considerarla como un derecho real autónomo que merezca un articulado propio.

Al respecto la doctrina se ha manifestado a favor de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el nuevo Código Civil y Comercial, sin embargo afirma que con este concepto novedoso: “Lamentablemente no se da respuesta a la problemática de la “Emergencia indígena” para las Comunidades indígenas que fuera declarada por la ley 26.160 y sus sucesivas prórrogas” (Abreut de Bergher, 2012. p.26).

Por su parte, otra jurista destaca que el proyecto de reforma fue inconstitucional, porque se vulneraba el derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas, el que se encuentra garantizado por la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos (DNUPI). Al respecto, se afirma:

(...) De manera que la sanción del anteproyecto sin que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y participación de conformidad con el texto constitucional y con las normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, convertiría en nulo el texto que se apruebe (Vely, 2013, p.2).

Todo lo dicho en la cita anterior explica el motivo que ha tenido mayor influencia a la hora de decidir no incluir en el Código Civil y Comercial el derecho de propiedad indígena como un derecho real autónomo, que haga alusión a la creación de una ley especial. “Ello tiene como principal efecto supeditar el ejercicio de un derecho fundamental como el de la propiedad comunitaria a la sanción de una ley especial que respete el carácter de Nación y pueblo organizado de las comunidades originarias” (Lezcano, 2015, p. 70).

Asimismo, el autor considera que al no incluirlo como un derecho real es necesario que se cree un régimen registral e inmobiliario especial y diferente del derecho real de dominio clásico, que se adecue al sistema de derecho real de las comunidades indígenas (Lezcano, 2015).

Ahora bien, al comienzo de la presente investigación se ha planteado el interrogante respecto a si contiene el derecho interno argentino una normativa adecuada, razonable y suficiente para proteger los derechos de la propiedad

comunitaria indígena. Es posible en esta instancia afirmar que en realidad, aunque existe diversidad de leyes en nuestro país al respecto, solo son dos únicamente las que hacen referencia a la propiedad comunitaria indígena. No solo hay escases de norma sino que las mismas no son precisas, específicas, suficientes y adecuadas para la correcta protección de los derechos aborígenes

Es decir que aunque se ha intentado avanzar en la protección de los derechos indígenas e incluso se ha contemplado el derecho de la propiedad comunitaria en el nuevo Código Civil y Comercial, es cierto que: “Hasta el presente, la regulación de la cuestión se efectuó por medio de la ley 23.302, modificada por la Ley 25.799 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”. (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015, p.47). Indudablemente la normativa al respecto no es suficiente.

Ahora bien, puntualmente es menester destacar que “el moderno concepto del derecho a la igualdad procura establecer medidas de acción positivas que actúan sobre la realidad procurando morigerar o superar las diferencias estructurales verificadas”. (Herrera, et. al, 2015, p.47)

En realidad, la norma contenida en el artículo 18 del Código Civil y Comercial¹⁴⁵ se encuentra destinada a generar medidas que permitan a los integrantes de las comunidades indígenas contar con recursos básicos suficientes e idóneos como para superar las diferencias estructurales que padecen. (Herrera, et. al, 2015). Continúa la doctrina citada al afirmar:

Si bien el Anteproyecto avanzaba en la regulación de la propiedad comunitaria, en el art. 9° de la ley 26.994, de sanción del CCyC, se dispuso que “los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial”; ello en razón de considerarse que la complejidad del tema y su vinculación con cuestiones de derecho público exigía una regulación autónoma, fuera del Código de derecho privado. (Herrera, et. al, 2015, p.48)

Como se puede observar, se hace mención a una ley específica en la materia debido a la complejidad del tema; sin embargo, los años pasan y no se cuenta con ninguna normativa semejante. De hecho, se intenta prorrogar una ley que ha sido

¹⁴⁵ ARTÍCULO 18 Código Civil y Comercial: Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

pensada para una situación de emergencia porque es la única que regula de manera más precisa todo lo atinente a los derechos de los pueblos indígenas.

Sumado a lo dicho, solo se ha presentado un proyecto de ley específica de comunidades indígenas en el año 2015 y aun a casi a dos años de presentarse aquel proyecto, el Estado Nacional no ha brindado respuesta alguna. Consecuentemente no caben dudas respecto a que el derecho interno de nuestro país se caracteriza por contener una normativa escasa e inadecuada para la problemática en cuestión.

3. Proyecto de ley de propiedad comunitaria del año 2015

El 3 de diciembre de 2015 diputados y senadores de distintos bloques parlamentarios presentaron el primer “Proyecto de Ley de Propiedad Comunitaria Indígena”, el que nace como una alternativa ante un proyecto que promovió el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI):

Recoge como propias las críticas que muchas de estas organizaciones realizaron a la propuesta del organismo dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, al que consideraron un retroceso para sus ya limitados derechos a la propiedad comunitaria de sus tierras, sin que fueran siquiera consultados¹⁴⁶.

El aspecto más importante de este proyecto, a diferencia de la Comisión de la Reforma del Código Civil, es que la presentación y la elaboración han sido realizadas de manera conjunta con las organizaciones de los pueblos originarios. Esto quiere decir, que no se habría violado el derecho de consulta previa que manifiestan los instrumentos internacionales.

El proyecto tiene como principal objetivo que se reconozca el derecho de autonomía territorial de los pueblos y comunidades originarias, y establece que la propiedad comunitaria indígena debe considerarse como el fundamento jurídico para la definición del territorio que es base de su subsistencia, de su producción, cultura, identidad, desarrollo social y subsistencia.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Fuente: “Se presentó el Proyecto de Ley de Propiedad Comunitaria Indígena” (04/12/15). *La Izquierda Diario*. Recuperado el 08/10/2017 de <https://www.laizquierdadiario.com/Se-presento-el-Proyecto-de-Ley-de-Propiedad-Comunitaria-Indigena>

¹⁴⁷ Ídem cita anterior

Para este proyecto de ley, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación en 2014 significó un avance en la materia si se considera su anterior Código, resulta necesario reglamentar la propiedad comunitaria indígena, con el fin de obtener garantías jurídicas y territoriales.¹⁴⁸

Sumado a lo dicho, debe destacarse que este proyecto incorporó elementos que son esenciales e irrenunciables: el proceso de consulta y consentimiento libre, previo e informado para cualquier actividad que se lleva a cabo en territorio indígena; la definición de posesión que depende de la cosmovisión de cada comunidad; y que dentro de cada marco territorial tienen el derecho de ejercer de manera autónoma el uso, posesión, administración y el desarrollo de los bienes naturales que necesitan para vivir.¹⁴⁹

Por otro lado, la nueva ley pretende un auto-reconocimiento de la identidad de los pueblos originarios de manera dinámica, permanente y ascendente. La Constitución, establece que el Estado tiene q otorgar tierras aptas y suficientes para el desarrollo, por lo que en esta norma se pretende que sean incluidas en el “Instituto de la Propiedad Comunitaria Indígena”. El título de las tierras tiene que ser gratuito y debe otorgarse a través de un proceso sencillo. Y por último, dentro de los puntos más importantes, el sujeto de derecho es el pueblo originario a través de sus organizaciones y sus comunidades.¹⁵⁰

A su vez, el Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios (ENOTPO) manifiesta “La iniciativa legislativa que presentamos se enmarca en las disposiciones constitucionales y supra legales existentes, estableciendo un alcance y definiciones que ya han sido avalados por numerosa doctrina y jurisprudencia.”¹⁵¹

Sumado a lo dicho, de acuerdo a una entrevista que se realizó a Feliz Díaz-referente de la comunidad Qom- durante una conferencia de prensa, se manifiesta:

Queremos lograr que se apruebe porque es una necesidad que tiene que ver con la vida, con la vida de las comunidades, la vida de los pueblos indígenas, la vida de los

¹⁴⁸ Fuente: Pueblos originarios impulsaron proyecto de ley de propiedad comunitaria indígena (2015). *Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Originarios*. Recuperado el 08/10/2017 de <http://enotpo.blogspot.com.ar/2015/11/pueblos-originarios-impulsaron-proyecto.html>

¹⁴⁹ Fuente: Pueblos originarios impulsaron proyecto de ley de propiedad comunitaria indígena (2015). *Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Originarios*. Recuperado el 08/10/2017 de <http://enotpo.blogspot.com.ar/2015/11/pueblos-originarios-impulsaron-proyecto.html>

¹⁵⁰ Ídem cita anterior

¹⁵¹ Ídem cita anterior

territorios que están en una situación muy crítica, por los conflictos que hemos tenido, la inseguridad jurídica de nuestras tierras. Se nos considera ocupantes, como si fuéramos inmigrantes en nuestras propias tierras. (...) Cuando viene un usurpador no tenemos título de propiedad para denunciar la usurpación y a nosotros sí nos denuncian y la justicia sí avanza contra nosotros por ‘no respetar la propiedad privada’¹⁵².

Consecuentemente, al considerar que el mismo artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación hace referencia a una futura ley especial, se entiende que este proyecto representaría un avance para nuestra legislación. Sin embargo, este proyecto continúa sin convertirse en ley por lo que aun no se ha dado respuestas a las necesidades de los pueblos comunitarios que desde hace tiempo se encuentran a la espera de una solución jurídica, eficiente y veraz en materia de derecho de propiedad.

4. La propiedad comunitaria indígena como derecho real

En este punto se analizarán los fundamentos que sustentan el porqué el nuevo Código Civil y Comercial no admitió a la propiedad comunitaria como un nuevo derecho real. Al respecto la doctrina realiza un análisis comparativo y señala que la tipicidad, tal como surge del artículo 75 inciso 17 de la CN, reconoce la posesión y propiedad comunitaria desde una jerarquía constitucional. Es decir:

No existe una definición legal sobre la naturaleza jurídica de la “posesión comunitaria”. Sin embargo, es claro que la misma tiene rango constitucional, y constituye un derecho diferente *-in specia-* a los derechos reales y a los derechos personales establecidos para la propiedad y posesión sobre las cosas en el Código Civil.¹⁵³

Esto quiere decir que “la posesión comunitaria de los Pueblos Indígenas no es la posesión individual del Código Civil”, afirma la citada doctrina. Para aclarar este apartado, se considera que es necesario pensar en la posesión del sistema románico-germánico de nuestro derecho civil, que entiende que ésta recae sobre las “cosas que

¹⁵³ Fuente: Zamudio, T. (2012) Opinión legal solicitada por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja. *Indígenas. Bioética*. Recuperado el 11 de octubre de 2017 de <http://indigenas.bioetica.org/not/nota61.htm>

están en el comercio”. Por lo tanto, existiría una contradicción con lo que establece el texto constitucional, que se aleja de la disposición patrimonial de las tierras comunitarias indígenas. De esta manera, resulta posible afirmar que la posesión y la propiedad comunitaria de los indígenas son categorías jurídicas diferentes que deberían tener una normativa adecuada.¹⁵⁴

Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica del derecho de propiedad de los pueblos comunitarios resulta esencial considerar que es un derecho especial y diferente a los derechos reales. De hecho, en el anteproyecto del año 2012, la idea del legislador era llenar un vacío legal ya que muchas veces para la solución de los conflictos debía recurrirse a las normas del dominio. Agrega la doctrina “este precepto constitucional en realidad consagra una nueva forma de propiedad diferente a la napoleónica que contenía el Código Civil de Vélez, la propiedad colectiva” (Abreut de Bergher, 2016. p.39). Tema éste que ha sido desarrollado en el primer capítulo de la presente investigación. Al respecto la citada jurista agrega:

Esta figura legal no es un condominio, como tampoco un dominio, por cuanto queda abstraída de las normas del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad. Tiene características propias, que no condice con la propiedad individual que consagra el dominio. Las graves restricciones a las que se encuentra sometido este derecho lo alejan definitivamente del dominio, al ser esencialmente intransmisible (Abreu de Bergher, 2016, p.43).

Para aclarar este punto, resulta de utilidad citar el artículo 2506 del Código de Vélez que establecía que “el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.” Por lo tanto, para cierta doctrina no resulta posible aplicar esta figura a las tierras indígenas ya que conforme a la definición, el titular del derecho real recae sobre un sujeto, mientras que la Constitución reconoce a la propiedad comunitaria carácter colectivo.¹⁵⁵

Sumado a lo dicho, respecto a la figura legal del condominio se afirma que “dado que la definición hace referencia a más de un titular del derecho sobre cosa

¹⁵⁴ Ídem cita anterior

¹⁵⁵ Fuente: Genovesi, A. y Vidal, A. (s/f). Derecho de los pueblos aborígenes. Tierra y territorios indígenas. *Indígenas. Bioética Ediciones digitales*. Recuperado el 11 de septiembre de 2017, de <http://indigenas.bioetica.org/mono/inves60.htm>

indivisa, tampoco es aplicable ya que en el caso de las comunidades indígenas constituyen una sola persona jurídica de carácter público no estatal”.¹⁵⁶

Por otro lado, con respecto al derecho de usucapión la doctrina entiende que el derecho de propiedad de las comunidades indígenas como es intrasmisible, inenajenable e inembargable, no es susceptible de usucapión. Al respecto las citadas autoras entienden que esta figura legal tampoco se puede aplicar a la propiedad de los pueblos comunitarios debido al reconocimiento constitucional de las tierras como propias por parte de los pueblos originarios. Por tanto, no conforma una cosa ajena.¹⁵⁷

Por último Abreut de Bergher (2016) agrega que la propiedad comunitaria indígena es inejecutable al ser intrasmisible, por ende no puede ser gravada con derechos reales de garantía.

Consecuentemente, una vez aclaradas las citadas diferencias, si se pretende incluir al derecho de propiedad indígena como un tipo de derecho real, se entiende que esto no será posible porque los caracteres del sistema occidental son distintos a la cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. Por ende se considera necesario que, antes de tomar medidas legislativas sobre la temática, se indague y se profundice en la ideología indígena.

Con todo lo dicho y a modo de conclusión, es posible afirmar que la principal diferencia entre la propiedad comunitaria indígena y el derecho de dominio clásico radica en que esta última es de carácter privado.

5. Análisis de la ejecución del derecho de propiedad indígena

La Reforma Constitucional de 1994, la creación de la ley nacional n° 26.160 de Comunidades Indígenas y la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación permitirían afirmar que las comunidades indígenas del territorio argentino se encontrarían protegidas y amparadas por el sistema jurídico-legal de este país. Sin embargo, tal como ya se ha expresado, esta legislación no ha sido suficiente y específica a la hora de proteger el derecho de propiedad de los pueblos comunitarios.

¹⁵⁶ Ídem cita anterior

¹⁵⁷ Ídem cita anterior

Esto quiere decir que surgen como consecuencia una serie de problemas y cuestiones, que será importante desarrollar como cierre de la presente investigación.

Incluso, a pesar de que los pueblos originarios cuentan con un catálogo de instrumentos -tanto nacionales como internacionales - para la protección de sus derechos, las comunidades aún se encuentran con serias dificultades al momento de presentar demandas judiciales ante los tribunales. Esto se debe, en opinión de Maceira (2011), a que los jueces consideran que no deben seguir los criterios de la Corte Interamericana al momento de fallar y tienen problemas para interpretar las cuestiones indígenas. Por lo tanto, la citada autora entiende que en realidad la justicia considera a la norma constitucional como “no operativa” al no hacer caso a lo prescripto por el artículo 75, inciso 22. De hecho, todo se relaciona con la manera en que el Estado argentino considera a estas comunidades.

A su vez, la doctrina agrega que otro de los problemas se vincula con querer adaptar los criterios de propiedad del Código Civil sin tener en cuenta que el concepto de tierra para los indígenas “desborda” nuestro ordenamiento; es decir, que es totalmente diferente al que se conoce en el derecho civil. La cosmovisión de Vélez Sarsfield entiende a la propiedad con criterios occidentales.

Estas dificultades deben superarse con una correcta mirada constitucional, que reconozca algo bastante obvio pero muchas veces inadvertido: el Código Civil es una norma de inferior jerarquía tanto de la Constitución como de los Tratados de Derechos Humanos como el Convenio 169 de la OIT, al que debe agregarse la reciente Declaración de los Derechos Indígenas de las Naciones Unidas, y las decisiones tomadas por los tribunales internacionales de Derechos Humanos, (por ejemplo y muy especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos). (Maceira, 2011, p.319).

Respecto a lo dicho la jurista Ramírez (2008) agrega que en realidad, a pesar de que el problema de la judicialización radica en la expropiación del conflicto por parte de los abogados y que los tiempos del sistema jurisdiccional son distintos al de las comunidades originarias, la vía judicial continúa siendo la más efectiva para resolver este tipo de problemas.¹⁵⁸

De hecho, la doctrina afirma que si bien existe un desarrollo legislativo que ha significado un avance en relación a las demandas interpuestas por los pueblos

¹⁵⁸ Fuente: Ramírez, S. (2008) Derechos de los Pueblos Indígenas: Protección Normativa, Reconocimiento Constitucional y Decisiones Judiciales. *Scielo*. Recuperado el 10/10/17 de <http://www.scielo.org.co/www.banrepcultural.org/%20blaavirtual/revistas/.../estado.htm>

originarios, aun subsisten dificultades por parte del Estado y esto se debe a que faltan “políticas públicas” orientadas a satisfacer estos derechos (Virosta y Gutierrez Villar, 2011).

Por último se afirma que los partidos políticos no suelen reconocer los derechos aborígenes y que por lo tanto no forman parte de su organización política tradicional. Por tal motivo, la lucha del indígena suele sumarse a la del campesinado para no sentirse oprimidos políticamente. Se citan las palabras de Barre (1981) “el origen de los partidos políticos modernos es capitalista, por lo que nunca va a poder representar a los pueblos originarios que no comparten los mismos objetivos ni reclaman lo mismo”. (Virosta y Gutierrez Villar, 2011).

A su vez Maceira (2011), considera que la única solución a la falta de políticas públicas sobre esta materia es la existencia de un consejo o comisión provincial, formado por representantes de las comunidades indígenas- elegidos por sus propios miembros- y que transmitan sus reclamos, para que tengan voz y voto. Todo esto bajo la idea de un “Estado pluricultural” que garantice los derechos enunciados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales.

En conclusión, el problema de la ejecución del derecho de propiedad de los pueblos comunitarios radica en la falta de conocimiento por parte de las autoridades encargadas de brindar soluciones -quienes en la mayoría de los casos la asimilan a la propiedad del derecho civil- y a la falta de políticas públicas para abordar esta temática.

5.1 Fuero competente para decidir en cuestiones vinculadas con el derecho de propiedad indígena

Para comenzar con el desarrollo de este tema es necesario recordar que la regla general afirma que todos los derechos comunes deben ser aplicados por los tribunales ordinarios, y que excepcionalmente lo debe hacer la justicia federal; por lo que las leyes que atribuyen su competencia son de interpretación restrictiva.¹⁵⁹

Sin embargo es menester preguntarse qué ocurre con el derecho indígena y la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Debe considerarse que su

¹⁵⁹ Fuente: Zamudio, T. (2012) Opinión legal solicitada por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja. *Indígenas. Bioética*. Recuperado el 11 de octubre de 2017 de <http://indigenas.bioetica.org/not/nota61.htm>

competencia puede ser de dos tipos: originaria o exclusiva, que es cuando tiene el conocimiento del caso sin la intervención de otro tribunal y apelada.¹⁶⁰

Al respecto la Constitución enuncia estas atribuciones del Poder Judicial de manera taxativa en el capítulo segundo:

Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.¹⁶¹

En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros, cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originariamente y exclusivamente¹⁶².

La doctrina se ha manifestado al respecto y considera que es necesario que el derecho invocado que se disputa pertenezca originariamente y no por cesión o mandato.¹⁶³ Al respecto la doctrina entiende:

El contenido político de esta interpretación dotaría a los Pueblos indígenas de una herramienta potente para dar mayor fortaleza a sus reclamos, ya que podrían plantear directamente sus demandas frente a la máxima instancia judicial del Estado, sin tener que agotar un largo camino jurisdiccional.¹⁶⁴

Por otro lado, la citada autora Ramírez (2008)- profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de la UBA- en su trabajo sobre los derechos de los

¹⁶⁰ Fuente: Ramírez, S. (2008) Derechos de los Pueblos Indígenas: Protección Normativa, Reconocimiento Constitucional y Decisiones Judiciales. *Scielo*. Recuperado el 10/10/17 de <http://www.scielo.org.co/www.banrepcultural.org/%20blaavirtual/revistas/.../estado.htm>

¹⁶¹ Artículo 116 Constitución Nacional argentina

¹⁶² Artículo 117 Constitución Nacional argentina

¹⁶³ Fuente: Zamudio, T. (2012) Opinión legal solicitada por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja. *Indígenas. Bioética*. Recuperado el 11 de octubre de 2017 de <http://indigenas.bioetica.org/not/nota61.htm>

¹⁶⁴ Fuente: Ramírez, S. (2008) Derechos de los Pueblos Indígenas: Protección Normativa, Reconocimiento Constitucional y Decisiones Judiciales. *Scielo*. Recuperado el 10/10/17 de <http://www.scielo.org.co/www.banrepcultural.org/%20blaavirtual/revistas/.../estado.htm>

pueblos indígenas, manifiesta que existe una postura contraria a lo manifestado anteriormente, ya que entiende que la enumeración del artículo 116 y 117 es taxativa. Por lo tanto considera que aquellas causas en las que sean parte los pueblos originarios, son atribución de las provincias. Esto sucedió en el caso del Pueblo Toba¹⁶⁵, de 2007, en donde la Corte Suprema de Justicia hizo lugar a una medida cautelar debido a la desnutrición que padecían los miembros de dicho pueblo. En este fallo, si bien se argumentó que el derecho de la vida estaba en juego, no se reconoció tener competencia originaria.

Finalmente es importante destacar que la protección de los derechos indígenas requiere la existencia de un Estado que asuma la diversidad como un perfil desigual, en primer lugar. Asimismo es requisito que el Estado interactúe y contemple un tratamiento diferente al momento de sentenciar. De esta manera, se garantizaría que los derechos aborígenes no sean vulnerados.¹⁶⁶

Conclusiones parciales

En este último capítulo se ha analizado la regulación específica del derecho de propiedad de los pueblos comunitarios en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la legislación argentina.

En primer lugar se hizo mención de la normativa nacional específica que comprende principalmente las leyes n° 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes y la ley n° 26.160 de Comunidades Indígenas. Se afirmó que la primera de ellas ha logrado la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y ha declarado de interés nacional la atención y el apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas del país. Mientras que la ley 26.160 ha sido una legislación de emergencia dictada en 2006 y que en realidad ha sido prorrogada en reiteradas oportunidades, ya que busca lograr el relevamiento de las tierras que son propiedad de los pueblos originarios. Como se pudo observar, esta última ley no es eficiente porque como tal, es de emergencia y no soluciona el problema que existe entre las comunidades y el Estado o los particulares. Por todo lo dicho, considero que

¹⁶⁵ C.S.J.N. “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”. SAIJ. (2007)

¹⁶⁶ Fuente: Ramírez, S. (2008) Derechos de los Pueblos Indígenas: Protección Normativa, Reconocimiento Constitucional y Decisiones Judiciales. *Scielo*. Recuperado el 10/10/17 de <http://www.scielo.org.co/www.banrepcultural.org/%20blaavirtual/revistas/.../estado.htm>

es necesario que se cree una ley que reemplace a la de emergencia. Esta debería ser específica, justa, razonable y suficiente para responder a los reclamos de los hermanos aborígenes, siempre que se pueda probar que dichas tierras les corresponden por derecho propio.

Con posterioridad se procedió al análisis del actual Código Civil y Comercial de la Nación y de su Anteproyecto. En cuanto a éste se ha afirmado que su principal característica fue la incorporación de una definición de propiedad comunitaria como derecho real que recayera sobre un inmueble rural. Por supuesto, fue éste un artículo que ha recibido innumerables críticas, tal como se ha desarrollado.

Ahora bien, en cuanto al nuevo Código Civil y Comercial, se ha destacado que el artículo 18 es el que brinda protección a los pueblos originarios. Se dispone allí el reconocimiento de la posesión y la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. A su vez, el citado artículo menciona la necesidad de la creación de una ley especial acorde a lo que ordena el artículo 75 inciso 17 de la Carta Magna., cuestión en la que coincido totalmente.

Como resultado de este requerimiento, un grupo de diputados, senadores y representantes aborígenes presentaron un proyecto de ley ante el congreso. Todo esto con el fin de dar respuesta efectiva a los pueblos aborígenes sobre la disputa del derecho de propiedad. Sin embargo, a pesar de que han transcurrido ya dos años desde la presentación de aquel proyecto, los pueblos indígenas aun no cuenta con una solución legal- ni mucho menos ley específica- por parte del Estado.

Luego se ha profundizado el análisis del derecho de propiedad comunitaria para diferenciarlo del derecho de propiedad contemplado en el anterior Código Civil. Es decir, se brindaron los fundamentos que sostienen los distintos doctrinarios para considerar que este derecho no puede ser considerado un derecho real. Como opinión personal, puedo decir que el derecho de propiedad comunitaria es un derecho de rango constitucional, que merece un reglamento propio, porque en nada se parece la propiedad comunitaria con la que regula la propiedad tradicional.

Asimismo, se ha analizado la manera en que procede la ejecución de este derecho. Al respecto se puedo afirmar que los tribunales de nuestro país no poseen criterios uniformes y acordes con las necesidades de la comunidad aborígen, debido a que no conocen sus ideologías y costumbres.

Finalmente se procedió con el análisis del fuero competente del derecho de propiedad aborígen para indagar si la competencia es de las provincias o de la Corte

Suprema de Justicia, y si en este último caso es originaria o derivada. Tal como se ha dicho, los distintos autores brindan sus fundamentos para sostener una u otra opinión.

A modo de conclusión y ya finalizando el último capítulo de esta investigación es apropiado afirmar que aunque el derecho interno de nuestro país durante años ha intentado ofrecer protección a los pueblos originarios, su legislación no es completa ni eficaz; y en la práctica se observa un verdadero incumplimiento del derecho de propiedad comunitaria de los pueblos originarios. Se destacan carencias y falta de reglamentación específica acorde para la protección que este grupo de personas necesita y merece. Todo ello debido a que así lo prescribe nuestra propia Constitución Nacional.

Conclusión final

Ya en la conclusión final es posible afirmar que en todo este trabajo final de grado se ha estudiado el especial significado que le otorgan los pueblos originarios a la propiedad comunitaria indígenas. Más específicamente a los términos “tierra” y “territorio”. A partir de esta concepción, es que surge la necesidad de contar con una regulación diferente para la protección de los derechos indígenas; que sea distinta a la occidental y específica para los pueblos comunitarios.

De esta manera se ha estudiado que la propiedad colectiva representa uno de los principales motivos de lucha de los aborígenes. “(...) el territorio es nuestra vida, hogar de nuestra futura generación. Cuidémosla así demostrar nuestro amor y respeto a nuestros hijos y nietos que están viniendo atrás nuestro caminando sobre nuestras huellas” es el mensaje para todas las comunidades que brindó Félix Díaz (2017), líder de la Comunidad Potae Napocna Navogoh (La primavera) de la provincia de Formosa.

Reside aquí el motivo por el que hace décadas estos pueblos vienen luchando: por el reconocimiento de reivindicaciones vinculadas con el derecho de posesión sobre los territorios ancestrales. Tal como se ha afirmado, se considera que les corresponde por derecho propio. Sin embargo, ya se ha observado que esta lucha no ha sido ni es fácil por causas que se fundan en motivos políticos, económicos y hasta por cuestiones religiosas.

Así las cosas, desde hace siglos el territorio indígena se ha convertido en una presa tanto para el sector público estatal como para los particulares que pretenden- a través de sus empresas- acaparar los recursos que provienen de sus tierras. De hecho, los sectores en donde se asientan estas comunidades son áreas ricas en recursos naturales como los bosques, el petróleo, el agua potable, las minas, etc.

En cuanto a los temas desarrollados en esta investigación, en un primer lugar se comenzó analizando de manera introductoria a la propiedad individual. Todo esto con el fin de conocer que existen dos tipos propiedades diferentes que merecen tratos disímiles: por un lado la propiedad privada y por el otro la propiedad colectiva indígena.

Asimismo se analizó el concepto de “propiedad occidental” junto con los antecedentes históricos que dieron lugar a que se convierta en un derecho amparado por la ley. Se pudo comprender que tanto la Revolución francesa de 1789 como el

Código Napoleónico fueron causas fundamentales para la inclusión de dicho derecho.

A su vez se estudió a la propiedad en la Constitución Argentina, antes y después de la Reforma Constitucional de 1994. A lo que se sumó en análisis de este derecho en el antiguo Código de Vélez y cómo ha sido incorporada en el nuevo Código unificado del año 2015.

Por otro lado resulta importante destacar que la Iglesia también ha realizado aportes tales como el considerar que todas las personas gozan del derecho a la propiedad por considerarlo un derecho natural.

A continuación, en el segundo capítulo se hizo hincapié sobre la cosmovisión que tienen los aborígenes respecto a la tierra. Allí se estudió que la primera organización a nivel internacional que se encargó de proteger sus derechos fue la Organización de las Naciones Unidas (ONU); puntualmente a través de dos instrumentos internacionales de carácter integral: el Convenio 169 sobre los Derechos de los pueblos indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

En suma, se analizó en este capítulo que dentro de América existe un Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas. Principalmente, se profundizó en la función y participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Finalmente, se realizó un análisis del primer fallo emitido por la Corte Interamericana, en el que este excelentísimo tribunal se expide sobre el acceso de tierras y territorios de los pueblos indígenas. No solo fue el primer caso en el que se sentenció a favor de las comunidades indígenas, sino que sirvió como modelo para la jurisprudencia tanto a nivel mundial como para nuestro país.

Ya en el tercer capítulo de la investigación se ha comenzado a encontrar respuestas al planteo original de este trabajo. Se estudió puntualmente el derecho indígena a nivel nacional y se brindaron los antecedentes que fueron las bases para que nuestro país incorpore el derecho de los pueblos comunitarios a nivel Constitucional. Asimismo se analizó la Constitución, antes y después de 1994. Se ha podido observar que ha sido precisamente la incorporación del artículo 75, inciso 17 y 22 lo que ha logrado marcar la diferencia en la lucha aborígen.

En tal sentido, ha sido ésta una manera en la que el Estado argentino ha demostrado su preocupación real por el derecho en cuestión. La Constitución reconoce

la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les reconoce personería jurídica a las comunidades, como también la posesión y propiedad de las tierras que utilicen tradicionalmente y la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo. Expresa que no podrán ser enajenables, trasmisibles ni susceptibles de gravámenes ni embargos.

Sumado a lo dicho, en este tercer capítulo se brindó un amplio panorama de algunas constituciones provinciales, ya que las provincias gozan de competencia para desarrollar el derecho en cuestión; siempre que sus normas no desconozcan lo establecido por la ley suprema.

Por último se estudió la propiedad en el derecho comparado: en países como Chile y Bolivia. Todo ello con el fin de obtener conocimiento de su regulación sobre el derecho aborígen y poder compararlo con Argentina.

Para finalizar, ya en el capítulo cuarto, se desarrollaron los contenidos relacionados con el derecho de propiedad indígena en la normativa específica. Se ha observado que en realidad de la cantidad de normas que existen en nuestro país, solo dos de ellas intentan proteger a la tierra y territorio aborígen. Por un lado la ley nacional 23.302 de Asuntos Indígenas y por el otro la ley nacional 26.160 de las Comunidades Indígenas. A lo que se suma que esta última si bien trata evitar los desalojos de los pueblos originarios, solo es una ley de emergencia. Esto quiere decir que se creó para un momento determinado y que aunque continúa prorrogándose, no ha sido pensada para proteger los derechos de los pueblos comunitarios de manera definitiva y perdurando en el tiempo.

Se han estudiado en profundidad en este capítulo los motivos por lo que los legisladores han querido este derecho de comunidad como un derecho privado en nuevo Código Civil y Comercial y porqué solo se le terminó dedicando un artículo. Asimismo se han analizado los fundamentos jurídicos que demuestran el porqué el derecho de comunidad no puede ser considerado un derecho real, ya que no es compatible con el pensamiento de los pueblos primitivos.

Para finalizar este último capítulo se brindó un panorama sobre el foro competente del derecho en cuestión para el reclamo de los derechos aborígenes menoscabados.

Ahora bien, como se ha podido observar con el desarrollo de todo este trabajo resulta posible corroborar la hipótesis mencionada *ab initio*, que considera que el

ordenamiento jurídico argentino contiene una regulación legal que es escasa, inadecuada e insuficiente para la problemática en cuestión.

No discuto que exista legislación que regule la protección de los derechos de los pueblos comunitarios, sino que en realidad considero que debería crearse una ley específica que funcione de marco regulatorio para todas las provincias de Argentina y que brinde consistencia y seguridad jurídica a estas comunidades; sobre todo, si se piensa en sus tierras que día a día se encuentran amenazadas.

A pesar de esta necesidad o carencia legislativa precisa, es menester destacar que la perseverancia en la lucha por parte de los aborígenes para que se les reconozcan sus derechos no ha sido en vano. Como se ha observado, desde el derecho internacional son numerosos los instrumentos que amparan a los pueblos primitivos. Derechos como la salud, la educación bilingüe, la cultura, los recursos naturales, la tierra, etc. encuentran respuestas en estos elementos.

Sin embargo, pareciera ser que en nuestro país, la jerarquía que adquieren los tratados internacionales y la adaptación del derecho invocado en la Constitución, no ha sido suficiente para dar respuestas favorables a las comunidades originarias. Y consecuentemente, esto se refleja en la jurisprudencia y en el día a día.

No discuto que nuestro país ha demostrado su preocupación por la temática en cuestión, incluso cuando se ha errado en querer hacer de un derecho colectivo un derecho privado. Ahora solo resta, como manda el artículo 18 del Código Civil y Comercial, la formación de una ley especial que regule, ampare y sirva como instrumento de defensa para los pueblos originarios, principalmente respecto a su derecho de propiedad comunitaria.

No debe olvidarse que los aborígenes –sus ancestros- han estado aquí desde antes de la llegada europea, se han negado a ser colonizados, han cuidado, cultivado e incluso hecho crecer esta tierra. Ellos son los que hace siglos esperan una respuesta legal que los proteja frente al menoscabo de sus derechos más básicos.

Listado de referencias

1. Doctrina

- Abreut de Begher L. (2012), La propiedad comunitaria indígena. *Derecho Uba*. Recuperado el 09 de octubre de 2017 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/abreut.pdf>
- Abreut de Begher L. (2012), La propiedad indígena Lecciones y Ensayos. *Derecho.Uba*. Recuperado el 15/11/2016 de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/abreut.pdf>
- Abreut de Begher L. (2016). Los cambios del código Civil y Comercial sobre los derechos reales. *Derecho Uba*. Recuperado el 10 de octubre de 2017 de <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/abreut.pdf>
- Alice, B. L (s/f). *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*. Tomo 1. Santa Fe: imprenta Lux.
- Benedetti, M. A. (2012) Recolonizando la diferencia: la “propiedad indígena” en el proyecto de unificación de códigos de fondo de derecho privado. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 13.
- Bidart Campos, G. J. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. (1ª ed. 1ª reimpresión). Buenos Aires: Ediar
- Bidart Campos, G. J. (1999) *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo 2. Buenos Aires: Ediar
- Burger J. y Castro, D.M. (2006). Pueblos indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de protección, agencias e instancias. En Berraondo, M. (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos. Instituto de Derechos Humanos*. (109-132). Bilbao. España: Universidad de Deusto. Recuperado de <http://www.olacom.org/wp-content/uploads/2016/04/pueblosIndigenas.pdf>
- Buteler Cáceres, J. A (2005). *Manual de derecho civil: Parte general*. Córdoba, Argentina: Advocatus.
- Cardona, A. y Adolfo, G. (2006). El territorio y su significado para los pueblos indígenas. [Versión electrónica]. *Revista Luna Azul*. (23). 28-32.

- Colmenares, O.R. (2015). Derecho de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano Cuestiones Jurídicas. *Redalyc.org*. Recuperado el 22 de septiembre de 2017. <http://www.redalyc.org/html/1275/127546588003/>
- Cordero Quinzacara, E. y Aldunate Lizana, E. (2008). Historia del pensamiento jurídico. Evolución histórica del concepto de propiedad. [Versión electrónica]. *Revista de estudio histórico-jurídico*, (30), 345-385
- Ekmekdjian, M. A (2016). *Tratado de derecho constitucional*. Tomo IV. (3ª ed. actualizada por Pablo Luis Manili). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fernández Werner, R. (2015). La construcción social de la propiedad privada en la evolución histórica reciente del país y la región. [Versión electrónica]. *Revistas Digitales FAUD*. (2), 45-53
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. (4ª Ed. Ampliada y actualizada. 3ª reimp.). Buenos Aires: La Ley.
- Gelli, M. A (2015). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. (4ª Ed. 8ª reimp.). Buenos Aires: La Ley.
- Herrera, M, Caramelo, G. y Picasso, S. (2015) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *SAIJ*. Recuperado el 10/10/17 de [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf)
- Highton, E.I (2014). El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Nuevocodigocivil.com* Recuperado el 06 de septiembre de 2017, de <http://www.nuevocodigocivil.com/el-derecho-de-propiedad-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-por-elena-i-highton-3/>
<http://adfeduca.com.ar/formosa-ese-mosaico-cultural-primera-parte/>
- Kreimer, O. y Figueroa, V. (2008). Los derechos de los Pueblos Indígenas explicados para todos y para todas. *Unicef*. Recuperado el 03 de octubre de 2017 de https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf
- Lezcano, J.M (2015). La propiedad comunitaria indígena y su caracterización. Análisis del Código Unificado sancionado y su anteproyecto. *SAIJ*. Recuperado el 08 de octubre de 2017 de <http://www.saij.gob.ar/juan-manuel-lezcano-propiedad-comunitaria-indigena-su-caracterizacion-analisis-codigo->

unificado-sancionado-su-anteproyecto-dacf150293-2015-04/123456789-0abc-defg3920-51fcanirtcod

- Maceira, M. R. (2011) El Estado argentino y los pueblos originarios. El respeto por la propiedad comunitaria. [Versión electrónica]. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. (Número Especial). 312-322.
- Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. (8ª Ed. Actualizada). Buenos Aires: Zavalía.
- Porcel, R. E. (2012). Propiedad comunitaria de pueblos originarios en la reforma del Código Civil. *Microjuris*. Recuperado el 05 de octubre de 2017 de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2012/08/26/propiedad-comunitaria-de-pueblos-originarios-en-la-reforma-del-codigo-civil/>
- Ramella, S. F. (2007). Propiedad en función social en la Constitución de 1949. [Versión electrónica]. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (35), 297-354
- Rosatti, H. (2017). *Tratado de derecho constitucional*. (2ª Ed. Revisada). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni
- Vely, F. (2013). Incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el código civil argentino. *Ccycn.congreso.gob*. Recuperado el 09 de octubre de 2017 de http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS_022_FLORENCIA_VELY.pdf
- Virosta, L. y Gutiérrez, V. (2011). Las políticas públicas ante las diferentes concepciones de los Derechos Humanos. *SAIJ*. Recuperado el 10 de septiembre de 2017, de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf110122-virosta-las_politicas_publicas_ante.htm

2. Legislación

2.1 Legislación internacional

- Convenio 169 - Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo.

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- Ley indígena 19.253, Chile
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

2.2 *Legislación nacional*

- Constitución Nacional, Reforma Constitucional año 1994
- Código Civil de Vélez Sarsfield
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Ley n° 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las comunidades Aborígenes
- Ley 25.799 modificación de ley de Política Indígena y Apoyo a las comunidades Aborígenes.
- Ley n° 26.160 de Posesión y Propiedad de las Tierras que ocupan las Comunidades Indígenas.
- Decreto N° 155 / 1989 - Sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes.

2.3 *Legislación provincial*

- Constitución de la Provincia de Salta
- Constitución de la Provincia de Formosa
- Constitución provincial de Chubut
- Ley n° 7.121 de desarrollo de los pueblos indígenas en provincia de Salta
- Ley n° 469 integral del aborigen en provincia de Formosa

3. *Jurisprudencia*

3.1 *Jurisprudencia internacional*

- Corte I.D.H, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, del 17 de junio del 2005. Serie C, N° 125.

- Corte .I.D.H. Caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, del 06 de febrero de 2006, Serie C No. 125 Serie C No. 142
- Corte .I.D.H. Caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 185
- Corte .I.D.H. Caso *Awas Tigni c/ Nicaragua*, del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79

3.2 *Jurisprudencia nacional*

- Juzg. Civ. Com. Y Minería Nro. 5. Sec. Única. San Carlos de Bariloche. “Sede, Alfredo y otros c/Vila, Herminia y otros s/desalojo” INFOJUS. (2004).
- C.S.J.N., “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta – Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo” SAIJ. (2008)
- C.S.J.N. “Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros s/ Medida cautelar” SAIJ. (2015)
- C.S.J.N. “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”. SAIJ. (2007)