

UNIVERSIDAD
SIGLO
La educación evoluciona



EL PARADIGMA JURÍDICO DE LA PROPIEDAD
COMUNITARIA EN ARGENTINA.

Trabajo Final de Graduación

Abogacía

Año: 2019

Marta Inés Canale Fernández

Resumen

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas siempre han sido materia de conflictos, algunos incluso, armados. Los pueblos indígenas han sido desplazados de sus territorios, forzados a vivir en parques nacionales o lugares estrictamente delimitados.

Hasta la reforma constitucional de 1994, nuestro país no poseía mucha legislación que regulara esta situación y sólo contaba con la Ley 23.302 del año 1985 como único recurso legal disponible para tutelar, entre otros, los derechos territoriales de las comunidades indígenas y ofrecer soluciones a los conflictos de ella derivada.

Así, la problemática en torno a la tierra de los pueblos originarios exige estar enmarcada no sólo dentro del concepto de “etno-territorio”, sino considerando también los derechos a la identidad y a la autodeterminación que por su parte han venido reclamando.

En tal sentido, el presente trabajo de investigación apuntará a responder si el derecho de propiedad comunitaria indígena constituye un nuevo derecho real a partir de su consagración en nuestro derecho positivo por la reforma constitucional del año 1994. Y, en tal caso, si dicha consagración ha implicado reformas en nuestro ordenamiento interno; y cuál ha sido, en consecuencia, la receptividad de las mismas en las posteriores decisiones judiciales, a fin de constatar, si a la fecha, se han logrado alcanzar los objetivos tutelares oportunamente propuestos.

Palabras claves: propiedad indígena comunitaria – pueblos originarios – sistema de propiedad indígena

Abstract

The territorial rights of indigenous peoples have always been the subject of conflicts, some even armed. Indigenous peoples have been displaced from their territories, forced to live in national parks or strictly delimited places.

Until the 1994 constitutional reform, our country did not have much legislation to regulate this situation, but until that moment our country only had Law 23,302 of 1985 as the only legal resource available to protect, among others, the territorial rights of indigenous communities and offer solutions to the problems arising from it.

Thus, the problems surrounding the land of indigenous peoples demands to be framed not only within the concept of "ethno-territory", but also considering the rights to identity and self-determination that for their part they have been claiming. In this sense, the present research work will aim to answer whether the indigenous community property right constitutes a new real right from its consecration in our positive law by the constitutional reform of the year 1994. And, in such a case, if said consecration has implied reforms in our internal ordering; and what has been, consequently, the receptivity of the same in the later judicial decisions, in order to verify if at the present time the tutelary objectives proposed in a timely manner have been achieved.

Keywords: indigenous community property – indigenous people – indigenous property system

Índice

Introducción	6
Capítulo 1:	10
Antecedentes de la Propiedad Comunitaria Indígena en nuestro país.	10
Introducción.....	11
Antecedentes de la Propiedad Comunitaria Indígena en Argentina	11
1.1.1. Antecedentes históricos.....	12
1.1.2. Antecedentes sociológicos	14
1.2. La propiedad y su conceptualización en las comunidades indígenas.....	17
1.2.1. Normas que amparan la propiedad.....	18
1.2.2. Convenio 169 de la OIT., a los fines de comprender la propiedad comunitaria indígena en Argentina	19
1.2.3. Reforma Constitucional de 1994, en cuanto a lo que la propiedad de las comunidades indígenas se refiere	20
1.2.4. Leyes 23.302 y 26.160, como fundamento del amparo a la propiedad de las Comunidades Indígenas.....	22
Conclusión.....	23
Capítulo 2:	25
Propiedad Comunitaria Indígena.	25
Introducción.....	26
2.1. El derecho de Propiedad Comunitaria frente al concepto tradicional de Propiedad Privada.....	27
2.2. Propiedad comunitaria indígena.....	30
2.3. Regulación normativa del sistema de propiedad indígena	32
2.3.1. La propiedad comunitaria indígena y el anteproyecto del Código Unificado.....	35
2.4. La propiedad comunitaria indígena y su incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación	39
2.5. Opiniones doctrinarias sobre la propiedad comunitaria indígena y el anteproyecto del Código Civil	43
Conclusión.....	46
Capítulo 3:	49
Comunidades indígenas y propiedad comunitaria	49
Introducción.....	50
3.1. Jurisprudencia respecto de los principios que rigen la “Propiedad Comunitaria” .	51
3.1.1. Legitimación Procesal de las Comunidades Indígenas Organizadas	57
3.2. Proyecciones Legislativas sobre la Propiedad Comunitaria Indígena	59

Conclusión.....	62
Capítulo 4: La propiedad comunitaria indígena en el Derecho Comparado.....	64
Introducción.....	65
4.1. La Propiedad Comunitaria Indígena en el sistema interamericano de los Derechos Humanos.....	65
4.2. En la República Argentina.....	73
4.3. En la República de Colombia.....	78
4.4. En la República de Chile.....	81
Conclusión.....	84
Conclusiones finales.....	86
Bibliografía.....	90

Introducción

Hasta la incorporación de la figura de la Propiedad Comunitaria en el texto constitucional, por la reforma del año 1994, nuestro país sólo contaba con la Ley 23.302 del año 1985 como único recurso legal disponible para tutelar, entre otros, los derechos territoriales de las comunidades indígenas y ofrecer soluciones a la problemática de ella derivada. A pesar que, el Convenio 169 de la O.I.T., del año 1989, y nuestra actual Carta Magna garantizan “la protección de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”¹ los pueblos indígenas, estas normas conservan aún hoy un carácter declarativo genérico debido a que no ha existido un desarrollo legal especial adecuado que les den efectividad, más allá de su reciente consagración en el Código Civil y Comercial.

Asimismo, si bien algunos pocos tribunales provinciales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación han sido consecuentes en sus decisiones con los derechos de los pueblos originarios, la mayoría de los procedimientos judiciales no se han adecuados para dar cumplimiento a la consagración de los derechos tutelados por la referida normativa. Salvo raras excepciones, los juzgados y fiscalías de las regiones con presencia indígena suelen mostrarse remisos a aplicar el artículo 75 inciso 17 de la Constitución, y el Convenio 169 de la O.I.T. No obstante ello, debe rescatarse que dicho marco normativo se ha constituido en “el puntapié inicial para un cambio de paradigma jurídico en la Argentina”², conformando el contexto para una reparación integral histórica que exige estrechar la significativa distancia que existe entre los textos jurídicos y las decisiones administrativas, legislativas y judiciales.

Resulta indispensable entonces que aquel “marco constitucional” sea comprendido desde los distintos niveles estatales y sectores sociales como un nuevo derecho vigente y de jerarquía superior a las normas de derecho común que para muchos parecerían ser, aún hoy, inderogables.³ Así, la falta de adecuación de las leyes de hidrocarburos y del código de minería a las nuevas pautas constitucionales de reconocimiento, por ejemplo, también resulta una clara muestra de ello.⁴

¹ Constitución Nacional, artículo 75, inciso 17

² Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (2008). Informe de situación de los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en la Provincia de Neuquén. Recuperado de http://www.hcdcoloner.gov.ar/civitas/modulos/noticias/adjuntos/adjunto_4390_1.pdf

³ Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (2008). Informe de situación de los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en la Provincia de Neuquén. Recuperado de http://www.hcdcoloner.gov.ar/civitas/modulos/noticias/adjuntos/adjunto_4390_1.pdf

⁴ Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (2008). Informe de situación de los Derechos

Contrariamente, a nivel nacional, el Movimiento Indígena logra intervenir en el aporte a debates vinculados a nuevas propuestas que confluyan en la posibilidad de integrar este nuevo derecho a la realidad concreta de cada pueblo. Por lo que, consecuentemente, no deben perderse de vista las distintas condiciones jurídicas que según el titular de dominio de las mismas, tienen las tierras que habitan las comunidades: tierras fiscales provinciales, tierras fiscales nacionales, otras bajo la Administración Parques Nacionales y otras tituladas ilegítimamente a nombre de terceros.⁵

Paralelamente, la problemática en torno a la tierra de los pueblos indígenas exige estar enmarcada no sólo dentro del concepto de “etno-territorio”, sino considerando también los derechos a la identidad y a la autodeterminación que por su parte han venido reclamando los pueblos originarios.⁶ La comprensión paradigmática de la propiedad comunitaria indígena se sustenta desde el derecho a la igualdad, al tiempo que importa un “vínculo jurídico normativo entre el acceso a la tierra, los pueblos indígenas como sujetos de derecho, y el respeto por la vida digna” (García Veritá, 2015, pág. 74).

En tal sentido, la pregunta de investigación apuntará a responder si el derecho de propiedad comunitaria indígena, constituye un nuevo derecho real a partir de su consagración en nuestro derecho positivo por la reforma constitucional del año 1994, y en tal caso, si dicho derecho ha recibido un tratamiento adecuado tanto para su desarrollo legal como en su respectiva aplicación tutelar y en la dinámica de resolución de conflictos. Es decir, si configura este derecho una herramienta jurídica suficiente y apropiada para desarrollar una política de resguardo de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios.

El presente trabajo se propone desarrollar un detenido análisis de la escasa y hasta contradictoria normativa que regula al derecho de Propiedad Comunitaria en el ámbito del derecho positivo argentino; considerando la conveniencia o no de su regulación por el Código Civil y Comercial, como también la metodología aplicada para su tratamiento dentro del Capítulo 4 del Título Preliminar (referido a los Derechos y Bienes) en vez de su inclusión y abordaje dentro del capítulo destinado a los Derechos Reales.

Respecto de las características que le son propias a esta figura legal, se proyecta

Humanos del Pueblo Mapuche en la Provincia de Neuquén. Recuperado de http://www.hcdcoloner.gob.ar/civitas/modulos/noticias/adjuntos/adjunto_4390_1.pdf

⁵ Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (2008). Informe de situación de los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en la Provincia de Neuquén. Recuperado de http://www.hcdcoloner.gob.ar/civitas/modulos/noticias/adjuntos/adjunto_4390_1.pdf

⁶ Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (2008). Informe de situación de los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en la Provincia de Neuquén. Recuperado de http://www.hcdcoloner.gob.ar/civitas/modulos/noticias/adjuntos/adjunto_4390_1.pdf

exponer e intentar definir si constituye o no un nuevo un derecho real y, de ser así, su calificación como un verdadero derecho de propiedad o como nuevo derecho real que requiere ser establecido o redefinido en otros términos. Asimismo, resulta imprescindible considerar en consecuencia, su posicionamiento frente a los números clausus. Por último, se analizarán también sus particularidades y desarrollo dentro del ámbito del derecho comparado latinoamericano y tratados internacionales, como su tratamiento jurisprudencial.

Al respecto, el objetivo general será analizar las características inherentes de la Propiedad Comunitaria, su ubicación en el marco del derecho positivo argentino y su posicionamiento frente a los derechos reales.

Mientras que, los objetivos específicos consistirán en examinar, desde una perspectiva histórica, la problemática de los pueblos indígenas en nuestro país en torno a la posesión y propiedad de la tierra, analizar el desarrollo legal de la propiedad comunitaria, desde su consagración constitucional hasta su reciente incorporación al Código Civil y Comercial. Además, se considerará la incidencia del derecho internacional y del derecho comparado latinoamericano en la consagración de este instituto en nuestro ordenamiento jurídico, y se identificarán las características propias que definen al derecho de propiedad comunitaria indígena, se analizará la posibilidad de constituir un nuevo derecho real que deba ser redefinido en otros términos.

A su vez, se examinará la conveniencia de su regulación por el Código Civil y Comercial, así como también la necesidad de desarrollar e implementar un marco legal especial que complete la efectividad de la tutela que ofrece la figura de la propiedad comunitaria. Se analizará la incorporación del derecho de propiedad comunitaria indígena en las distintas disposiciones legales sobre recursos naturales, y finalmente, se determinará la procedencia y suficiencia de la figura legal para el efectivo resguardo de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios.

El propósito del presente trabajo de investigación está dirigido a indagar, conocer y explicar el tratamiento que los Pueblos Indígenas recibieron a lo largo de la historia, respecto de su relación con las tierras que ocupaban; y cómo el Derecho argentino, dentro de un marco normativo internacional, comienza a reconocer y a hacer lugar a la figura legal de la Propiedad Comunitaria Indígena.

Dado que pretende darse un detalle minucioso de lo indicado, con el respaldo de información lo más completa posible, identificando al instituto legal en estudio frente al resto

del ordenamiento jurídico y explicar su incidencia en el mismo y en la jurisprudencia; la tipología a utilizar será exploratoria, descriptiva y explicativa.

La estrategia metodológica que se pretende utilizar en el desarrollo de este trabajo será cualitativa, ya que en el propósito de la misma no se encuentra el interés de realizar ninguna estadística o medición. Sólo está dirigida a indagar, describir y comprender las características propias de la Propiedad Comunitaria indígena, su contexto y desarrollo normativo, como también su receptividad jurisprudencial. Para la realización de este trabajo de investigación, la técnica de recolección de datos esencialmente utilizada, es la observación de datos y documentos con el propósito de analizar las fuentes primarias y secundarias anteriormente mencionadas para dar cuenta del fundamento y caracteres propios de la Propiedad Comunitaria Indígena. Con respecto al análisis de la información, la técnica utilizada será el análisis documental y de contenido debido a que constituyen las técnicas más adecuadas para captar el sentido de la figura legal antes referida, mediante la interpretación y análisis de las fuentes primarias, secundarias y/o terciarias.

El Capítulo I abordará los antecedentes de la Propiedad Comunitaria Indígena en nuestro país, las normas que la consagran y las reformas introducidas por la reforma constitucional de 1994.

El Capítulo II, por su parte, analizará la Propiedad Comunitaria Indígena, sus características y análisis, tanto frente al concepto tradicional de Propiedad Privada como frente a los derechos reales.

El Capítulo III tratará la jurisprudencia existente en la materia sobre ello, la legitimación procesal y las proyecciones legislativas sobre la temática.

El Capítulo IV abordará el Derecho Comparado, a los fines de analizar cómo se ha tratado esta temática en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por su parte, cada uno de los capítulos referidos presentará su propia conclusión respecto de la temática abordada, que posteriormente abonarán y definirán la conclusión final de todo lo aquí desarrollado.

Capítulo 1:

Antecedentes de la Propiedad Comunitaria Indígena en nuestro país.

Introducción

Atendiendo a los derechos humanos, debe hacerse alusión en primer lugar al derecho a la igualdad, el cual en sus postulados enuncia que toda persona tiene derecho a ser considerada como un individuo único, al tiempo de recibir, por su parte, el mismo trato que el resto de los individuos en su misma condición.

En este sentido, cobra importancia lo que es el derecho que toda persona tiene a ser tratada como un ser único, sin ver limitadas sus facultades ni formas de vida, es decir, se le impone al Estado el deber de resguardar este derecho que a su vez se encuentra altamente ligado con lo que es el libre desarrollo de la personalidad, derecho que tiene toda persona con la finalidad de poder hacer y actuar conforme desee.

Congruentemente con este precepto, existe por parte de los organismos internacionales y la propia Constitución Nacional una prohibición clara, tajante y extremadamente efusiva a la discriminación de los ciudadanos, bien sea ésta por su sexo, idioma, ideología política, religión y finalmente por su raza o cultura.

Así, es prioritario comprender que dicha discriminación no debe ser aplicada ni por los particulares ni mucho menos por los entes del Estado, siendo que tales actos discriminatorios acarrearán en sí mismos consecuencias. En consecuencia, resulta relevante el derecho a la no discriminación a los efectos de esta investigación, por cuanto la misma está dirigida a conocer lo referente a los derechos que tienen los pueblos indígenas a tener un acceso a tierras o al derecho de propiedad como derecho absoluto que a su vez debería de encontrarse tutelado por el derecho Argentino.

Antecedentes de la Propiedad Comunitaria Indígena en Argentina

En primer término, y partiendo de un concepto general, sin ahondar en detalles o especificaciones técnico-jurídicas, se entiende a la propiedad como derecho absoluto, es decir, como el derecho irremediamente reconocido, por toda persona bien sea natural o jurídica, que va estrechamente ligado a los diversos bienes que una persona tiene y sobre los cuales disfruta no solo del derecho de tener y gozar de los frutos, sino también del derecho a disponer de dichos bienes. Derecho de propiedad que ha sido atendido como un fundamento del derecho natural, que reconoce o tutela las posibilidades que tiene una determinada persona para hacer suyo un bien, adquiriéndolo bien sea de manera originaria o derivativa.

Por su parte, resulta oportuno enfocarse en lo que es el derecho de las comunidades indígenas y el deber de respeto a estas comunidades y a sus derechos propiamente dichos, atendiendo de especial modo las costumbres y creencias propias de cada etnia, y considerando cada comunidad como única y como titular irremediable de sus derechos humanos y políticos; y en lo referente al tema que aquí se pretende desarrollar, el derecho de propiedad, estudiando las formas en las que se ve representada la propiedad, es decir, de forma colectiva o de manera individual.

Ha sido un trabajo realmente importante el de los legisladores Argentinos, al plasmar normativamente un nuevo enfoque de implicación en el respeto de los derechos humanos, y muy especialmente el derecho de los pueblos indígenas. En este sentido, es importante atender lo contemplado sobre la materia legal, en la que se ha dicho:

En las últimas décadas ciertas leyes pioneras en las provincias han ido reconociendo conceptos significativos hasta marcar claros avances en tal sentido, tales como la modificación de la Constitución Nacional en su artículo 75, inc. 17, y las actuales leyes nacionales, tales como la 24.071 (Adla, LII-B, 1551) que aprobó el Convenio 169 de la OIT sobre política indígena y Tribales en Países Independientes, o la ley 23.302 (Adla, XLV-D, 3647) en apoyo a las Comunidades Aborígenes y creación del INAI, entre otras importantes leyes.

Esta evolución legal de la materia ha sido acompañada por numerosos fallos y en general también por un mayor desarrollo de la sensibilidad general en el respeto de la preexistencia étnica y cultural de las comunidades aborígenes, que han ido logrando ser pioneros en la lucha de los reconocimientos desde hace ya muchos años (...) Pese a esta evolución, cuando se pasa del análisis jurídico y legal, al campo de aplicación de los conceptos, nos encontramos con un mundo por descubrir y una barrera clave: la manipulación política (Zambrano y Molinari, 2011, p. 1).

1.1.1. Antecedentes históricos

Sobre este punto Kozak y Valdés (2016), han expuesto que en lo que se refiere a los pueblos indígenas y la forma en la cual se han visto éstos a lo largo de la historia, ha sido importante el estudio de las diversas culturas de una manera más abierta, para que no sean considerados una anomalía cultural contraria a la sociedad vigente.

No menos trascendente ha sido la forma en la que se ven perjudicadas las comunidades indígenas, en razón de actos violentos que han tenido como principal objetivo desposeerlas de sus tierras y de lo que las mismas representan, y violándose de esta manera lo que se consagra como la autonomía de estos pueblos y el respeto a la cultura aborígen; evidenciándose en los

actos intervencionistas que pueden ejercer no sólo los nativos entre sí sino también los órganos u organismos del poder público, constituyendo esto una clara violación al derecho de la autodeterminación y libertad de las comunidades indígenas.

Continúan los referidos autores, indicando que al estar en presencia de lo que son las comunidades indígenas, surge tanto la necesidad como la obligación de hacer especial señalamiento de las guerras o conflictos que surgen por desavenencias en razón de la titularidad del territorio y en consecuencia de ello, la derivación de daños y muertes a los propios nativos, provocando estas acciones las limitaciones a los derechos de la vida, de la propiedad y la propia seguridad, viéndose vulnerado el respeto a la diversidad y al libre desenvolvimiento de la personalidad y cultura indígena propiamente dicha, siendo esto para promover la fundamentación de la cultura establecida por un grupo social.

En este sentido, resulta oportuno traer a colación que:

Debemos prevenir que la propiedad comunitaria indígena puede abordarse desde la óptica del derecho constitucional, así como desde el derecho privado, como un derecho subjetivo en cabeza de la comunidad indígena que reconoce este "derecho especial de propiedad" sobre sus tierras. En la especie, creemos que el decisorio del tribunal de Mercedes es correcto, conforme al derecho vigente, y daremos las razones para ello.

Los indígenas en Argentina, si bien no son tan numerosos como en otros países, constituyen un sector importante de nuestra sociedad que ha participado en momentos decisivos de la vida nacional. Las comunidades son parte integrante de nuestra cultura y en cuanto tal deben ser recuperadas, valoradas y respetadas (...). En realidad, se estima que un porcentaje importante vive en asentamientos rurales, aproximadamente entre el 3% y 5% del total de la población de nuestro país.

En las dos últimas décadas, los espacios públicos fueron caja de resonancia de debates políticos y académicos en contrario. El mito de la uniformidad poblacional argentina aún prevalece a comienzos del siglo XXI como argumentación impulsada desde una historiografía banal, con fuertes ecos en un sentido común que sigue persuadido de que negros e indios se fueron diluyendo en las sucesivas oleadas de inmigración europea llegadas al país desde mediados del siglo XIX (Kozak y Valdés, 2016, p.2).

Originariamente, en los primeros tiempos de nuestra organización como nación, se aprecia claramente una negación normativa, doctrinal y jurisprudencial, que en ningún aspecto contradecían o resultaban ajenas a la concepción y tratamiento jurídico imperante en el resto de Hispanoamérica.

A nivel continental no se consideraba que los propios pueblos originarios tuvieran un

peso o preponderancia necesarios para lograr destacar entre una población sin rasgos distintivos. Con total ausencia de igualdad y de ser reconocidos en sus derechos como personas, los indígenas eran salvajes que debían ser combatidos (Lezcano 2018).

Sin embargo, debe destacarse el peso que tiene para la Argentina las diversas comunidades indígenas, a las cuales de una u otra forma se buscó amparar y proteger no sólo en la constitución sino en legislaciones especiales, con la finalidad que las minorías pudieran verse representadas, protegidas y tuteladas, considerándose un factor de importancia el desarrollo de los derechos colectivos, individuales y reales, todos ellos con el fin último de ser considerados una parte esencial de una población.

Las grandes divergencias y modificaciones que ha sufrido la historia latinoamericana y propiamente la historia de la República Argentina, ha permitido considerar un gran avance la inclusión de los grupos indígenas que en tiempos pasados constituían una minoría que se veía bastante golpeada o vapuleada respecto al común denominador de los ciudadanos, que al requerir una respuesta del Estado era atendida con mayor celeridad que para el caso de las comunidades indígenas.

1.1.2. Antecedentes sociológicos

Con respecto a este punto, resulta oportuno considerar que la sociología es la ciencia social que estudia básicamente, entre otros aspecto estructurales, la conducta de la sociedad, cómo se ve afectada la sociedad por las acciones de las personas, cuál es la forma en la que dichas conductas pueden producir un cambio en la sociedad, adicionándole a esta circunstancia cuales pudieran ser las consecuencias o el impacto de dichas conductas, y sobre la forma en la que se manejan o deben manejarse las conductas de cada una de las personas que pudieran verse involucradas en las diversas investigaciones.

En este sentido, lo expuesto por Kozak y Valdés (2016), cuando consideran que algunas de las comunidades que componen la Argentina, ha venido adoptando en sus formas de trato social, prácticas de anteriores comunidades históricas, citando como un claro ejemplo de ello la cultura romana, la cual hacía una gran exclusión de las personas, basada en diversos factores, que para dicho momento no eran atendidas propiamente como discriminatorias.

Sin embargo, en los tiempos de la antigua Roma, si bien se consideraba mucho lo que venía a ser la clase o formas de agrupación, no resulta menos cierto que dicha cultura, se basaba principalmente en lo que es la posición del hombre, haciéndose exclusión en primer

lugar en razón del sexo, la raza, condición social y cultura finalmente, siendo esta última la discriminación que más interesa a la presente investigación.

Sobre lo anterior Kozak y Valdés (2016) acertadamente han considerado que la legislación Argentina como hecho social, en sus inicios la legislación civil, como norma de gentes o derecho común, venía a traer consigo una pequeña respuesta a la situación de las minorías y atención a estas de modo que se le diera un respeto a sus derechos sin importar la clasificación en la que se enmarquen.

En la misma línea, los referidos autores, consideraron de manera acertada, que la normativa civil de la Argentina servía para reconocer a las minorías, sus derechos, obligaciones y más aún que se consideren como válidas sus opiniones y acciones, siendo un grupo reconocido no sólo legislativamente, sino también de hecho por las comunidades que hacen vida en la Argentina.

En atención a lo expresado, es inevitable sopesar que la legislación ha sido válidamente modificada, en pro del derecho de las minorías y el reconocimiento de estas como parte del respeto a los derechos humanos, considerados como norma fundamental para todos los Estados que de una u otra forma han suscrito los diversos tratados internacionales.

Sería injusto no realzar el avance de esta materia en nuestro país, quien en su historia y en el respeto a la sociedad minoritaria, constituida por los pueblos indígenas, ha sostenido su compromiso con los tratados internacionales y derechos humanos al tiempo que se evidencia falta de aplicación de dichas normas en sociedades hermanas.

A los fines de atender la modificación en la sociedad argentina, surge la necesidad de desarrollar más ampliamente lo que son las normas marco comprendidas en diversos tratados internacionales, aplicadas a la Constitución Nacional y normas que servían para desarrollar la tutela de dichos derechos, tal como viene a serlo el Código Civil, que fungía como norma principal del derecho de gentes.

Evidenciando tal avance el progresivo abandono de lo que venía a ser la corriente discriminatoria de los romanos, que entre su doctrina sobre el trato social, se encontraba la subdivisión de la población y la discriminación de los ciudadanos. Aun cuando se habla del Código Civil de Vélez, como una norma práctica de aplicación a las diversas comunidades, ha quedado considerado que:

Debemos recordar que la ausencia de los derechos indígenas en el Código Civil de Vélez puso en serio apuro la efectividad de la garantía constitucional. Las

comunidades indígenas en nuestro país —y en el mundo— han sobrellevado desde el reconocimiento constitucional el riesgo de interpretaciones judiciales erráticas y precedentes judiciales que han hecho lecturas alejadas de la voluntad del constituyente.

De allí que hubiésemos impulsado y adherido al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que incorporaba preceptos indígenas, pues se trataba de una legislación de fondo, obligatoria para las provincias y la administración de justicia, la cual a partir de su sanción no podían desconocer. Era evidente que nos encontrábamos en presencia de una oportunidad histórica única que, lejos de desjerarquizar sus derechos, los ubicaba en un plano de cumplimiento efectivo.

En ese sentido, se ha calificado como una gran decepción renunciar al avance sobre la propiedad indígena en el Código Civil y Comercial (...), que naturalmente reconoce su origen como derecho real constitucional, ya que lo que se pretendía era su genuino reconocimiento, la protección efectiva, en fin, evitar el vaciamiento de su contenido (Kozak y Valdés, 2016, p.3).

En atención a lo expuesto por los referidos autores, resulta oportuno considerar que si bien es cierto el Código Civil de Vélez, era una norma que se aplica sin discriminación alguna a los diversos miembros de la colectividad, la misma resultó perjudicial para las comunidades indígenas, las cuales veían menoscabados sus derechos, siendo que la Sociedad y las normas comunes a ellas no eran adaptables a lo que venían a ser las costumbres de los diversos pueblos indígenas.

Considerando los autores comentados, que en la aplicación directa que se hace del Código Civil como norma marco, existe una violación a lo que son derechos y garantías constitucionales las cuales van dirigidas al resguardo de los derechos de unas comunidades que si bien es cierto, representan una minoría comparativamente hablando con el resto de los componentes de una sociedad organizada, no es menos cierto que las mismas encuentran el asidero jurídico de su protección en lo que son tratados de derechos humanos y normas de carácter Constitucional y por ende inderogables por la norma general como lo es el Código Civil de Vélez.

Siendo que si bien el Código Civil de Vélez ha sido una norma que ha tenido un alto nivel de adaptabilidad a la sociedad que lo demandaba y aplica, no es menos cierto, que existe la necesidad de una modificación en la norma para que la misma pueda complementarse y servir para tutelar los derechos de los pueblos indígenas, que si bien es cierto, componen la minoría en la Argentina, no es menos cierto que son importantes y deben ser valorados y respetados.

1.2. La propiedad y su conceptualización en las comunidades indígenas

En este punto resulta importante considerar que la propiedad es un derecho absoluto o total, es decir, un derecho que en forma alguna acepta o admite limitaciones para su ejercicio, el cual se considera o se distingue de la posesión como situación de hecho.

Para lograr diferenciar con mayor claridad la posesión respecto a la propiedad, es importante conocer las facultades del propietario, tales son la facultad de tener, gozar de los frutos y disponer del bien, facultad esta última que es la esencial o la principal que debe considerarse para el propietario a diferencia del poseedor quien no puede hacer uso pleno de estas tres atribuciones, especialmente la última de ellas, por lo cual, el poseedor no puede disponer en forma alguna del bien.

En cuanto, a la propiedad como derecho, debe tenerse como un derecho absoluto, que en forma alguna puede verse limitado por un tercero, bien sea un agente privado o parte del Estado que funge como el responsable de ejecutar la política pública.

Sin desmedro de lo anterior, es menester en este punto considerar que las limitaciones al derecho de propiedad son mínimas, estas son las que se vinculan con limitaciones establecidas en las leyes correspondientes y en causas de utilidad pública, casos estos en los que se ve como se limita la propiedad como un derecho privado en pro de los derechos de un colectivo y con el fin de amparar a una colectividad que necesita tener una respuesta.

Sin embargo, tal limitación al derecho de propiedad no puede tener lugar de manera arbitraria, sino que debe ser de manera consensuada y previa indemnización en caso de los daños que pudiera ocasionarse por la desposesión del bien.

Ahora bien, conforme a los pueblos indígenas, a estos se les debe considerar como parte de los primeros pobladores del territorio y en consecuencia, surge la gran incógnita de la forma en la que deben tutelarse sus derechos.

Atendiendo principalmente lo que es el derecho primigenio que tienen estas pequeñas partes de la población para ejercer y ejecutar todo lo que corresponde a sus atribuciones como propietarios, siendo importante también conocer lo que ha sido la legislación patria que ha considerado como esencial el respeto y la tutela de este tipo de derechos no solo individualmente hablando sino también lo que corresponde a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En este sentido, resulta imperante considerar lo que es entendido como propiedad

colectiva, en este sentido, la autora González (2014), ha considerado que al hablar de propiedad, debe hablarse de la posibilidad del intercambio, por cuanto, se encuentran estrechamente relacionados ambos términos con el de propiedad, ya que en los pueblos indígenas este era un mecanismo para la adquisición de propiedad, haciendo también especial alusión al término de comunidad, siendo que, se considera que generalmente las comunidades indígenas, contemplaban este tipo de propiedad, donde las tierras eran compartidas entre varios miembros de una misma comuna.

Ahora bien, si bien es cierto, debe partirse de la existencia de diversas comunidades y de la posibilidad de la propiedad colectiva y compartida, no es menos cierto que resulta obligatorio atender los derechos de las comunidades indígenas, de forma clara y legal, en atención a ello, es necesario estudiar la actividad del Estado en este ámbito, para comprender cuales son los medios legales aplicados para dichos supuestos de hecho.

1.2.1. Normas que amparan la propiedad

En el mismo orden de ideas, corresponde considerar que en materia de derecho siempre debe existir una norma que regule un supuesto de hecho, ello a los fines de tener un mecanismo que permita solventar o resolver cualquier situación que pudiera provocar alteraciones a la paz social en la cual debería de encontrarse cimentado un Estado.

En lo que ha sido el derecho de gente, siempre se ha buscado la tutela de los derechos de los ciudadanos, no solo el derecho en materia de familias sino a su vez en los derechos reales, entre los cuales destaca con gran fortaleza el derecho de propiedad, considerado el derecho real por excelencia.

Estos tipos de derechos han sido resguardados conforme se ha podido evidenciar en el antecedente histórico que se ha estudiado, en el Código Civil de Vélez, el cual si bien promueve lo que es el derecho de gentes y tutela los derechos de los ciudadanos es una norma que verdaderamente no da respuesta a la situación de hecho de las comunidades indígenas quienes no han conseguido el respaldo necesario.

Con ocasión a lo anterior, es necesario traer a colación que progresivamente la legislación argentina e internacional, citándose a tal fin:

- El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- La Reforma Constitucional del año 1994.

- Las leyes 233.302 y 26.160.

Normas, estas fundamentales para el estudio de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, ello a los fines de ver la evolución que este reconocimiento jurídico ha tenido hasta el día de hoy.

1.2.2. Convenio 169 de la OIT., a los fines de comprender la propiedad comunitaria indígena en Argentina

El día 03 de julio de 2001, entra en vigor en nuestro país el Convenio 169 OIT, referido a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y que el Estado argentino ratificara mediante la Ley 24.071.

El referido Convenio establece la obligación de los Estados de impulsar y establecer las medidas que resulten necesarias para *determinar* las tierras que los Pueblos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de estos derechos, disponiendo para ello procedimientos adecuados para la resolución de los conflictos (14.2 y 14.3). Esta obligación del Estado de demarcar, delimitar y titular los territorios comunitarios tiene en la Argentina un cumplimiento parcial y muy cuestionado por las Comunidades y organizaciones de los Pueblos Indígenas.⁷

Por su parte, han considerado sobre este punto Kozack y Valdés (2014), que esta normativa internacional ha sido importante para la Argentina, siendo que fue acogido en la legislación interna, estableciendo y facilitando los principales lineamientos que deben prevalecer por parte del Estado frente a la atención de las históricas demandas de los pueblos originarios.

Asimismo, los autores en referencia han considerado en su investigación sobre el referido convenio que hay que atender en el concepto de tierras su sentido *lato*, es decir, comprenderlo desde el extenso contenido de tal término, considerando que al hablar de tierras, es necesario hablar del territorio que ocupaban las diversas etnias indígenas y que conforme a sus tradiciones ideológicas son de su propiedad y mal pueden ser excluidos de ellas.

Hasta aquí, puede inferirse que la legislación Argentina comenzó a dar un reconocimiento a las creencias, culturas y tradiciones las comunidades indígenas, al considerar que sus derechos son inherentes a la persona y a su vez de obligatorio respeto para

⁷ ENDEPA – Equipo Nacional de Pastoral Aborigen. Recuperado de <http://www.endepa.org.ar/hace-17-anos-rige-en-argentina-el-convenio-169-de-la-oit-sobre-pueblos-indigenas/>

todos; entre ellos se destaca el derecho de propiedad comunitaria, el cual es esencial para el reconocimiento de la tan postergada dignidad de los pueblos indígenas.

En relación a este punto, es pertinente indicar que:

Este convenio pasó inadvertido para nuestra judicatura en sus primeros lustros pero gracias a la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - tanto la Comisión Interamericana de DDHH como la Corte interamericana de Derecho Humanos- su relevancia es cada vez mayor.

La traducción más concreta de este convenio está en dos institutos incorporados al derecho de los pueblos aborígenes: La Consulta Previa y el Consentimiento Previo, libre e informado (Gómez, 2013, p.1).

Conforme a lo que ha venido expresando el referido autor, puede evidenciarse que el convenio de la OIT, vino a ser la fuente de un cambio en lo que era la legislación en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas, es decir, dicho convenio es el fundamento de un cambio legislativo que acerca a las comunidades el acceso a sus derechos.

1.2.3. Reforma Constitucional de 1994, en cuanto a lo que la propiedad de las comunidades indígenas se refiere

Atendiendo lo que se ha propuesto esta investigación, surge la necesidad de constatar cómo ha sido objeto de aplicación la reforma constitucional del año 1994, como fundamento del derecho que tienen los pueblos o comunidades indígenas de ser y verse representados en los diferentes conjuntos de normas sobre los cuales se encuentra cimentada la República.

Resulta relevante recalcar que el Convenio 169 de la OIT, ha sido el fundamento para la reforma constitucional, para tomar en mayor consideración a las minorías indígenas, es decir, es la piedra angular de la modificación del ordenamiento jurídico Argentino, con la finalidad de atender de una manera cierta la necesidad de inclusión demandada por dichas minorías.

En atención a esta modificación González (2014), ha expresado que entrando al año 1994, es cuando se produce en favor de las minorías una modificación importante en el contenido de lo que es la Carta Magna de Argentina, con la finalidad de la adaptación de las nuevas normas contentivas de derechos humanos en lo que la Constitución contemplaba.

Conforme a esto, la autora, ha señalado como un hecho importante o destacable que la Constitución sea una norma con mayor sintonía con los diversos tratados contentivos de derechos humanos que de una u otra forma ayudan a una determinada colectividad.

Asimismo, se da cumplimiento a los tratados internacionales suscritos por Argentina que la obliga a adaptar las normas de derecho interno a los contenidos establecidos en los diversos tratados internacionales.

Considerando lo *supra* mencionado, hace reflexionar sobre lo que representan estas modificaciones para el beneficio de los grupos minoritarios o diversos que se encontraban indefensos o que se veían abandonados por parte del Estado y de la propia legislación siendo que el grupo que se veía considerado como el débil jurídico por excelencia como son los pueblos indígenas, no veían resguardados sus intereses en forma alguna.

En este sentido González (2014), en su análisis ha pensado que la modificación de la Constitución en el año 1994, fue un avance, por cuanto, dicha modificación es el inicio de una nueva etapa donde se abren nuevas posibilidades para las minorías que verían tutelados sus derechos de una manera clara, con instituciones diseñadas a la medida de las necesidades o requerimientos que estos pudieran exigirles.

Sin embargo se hace mediante la reforma a la Constitución el expreso reconocimiento de cada uno de estos pueblos o minorías que se han visto abandonados, excluidos y abandonados por la legislación, sin una protección expresa a sus derechos y menos aún a sus costumbres y formas de ejercicio de derechos entre los cuales destaca el derecho de propiedad.

En virtud de lo antes expuesto, es pertinente traer a colación que:

Las doctrinas comunitaristas y multiculturalistas, subrayaron el papel central de la cultura en la identidad de los pueblos y las personas. A partir de aquí, la tradición liberal fue puesta también en crisis, sobre todo por proponer la práctica de una política de inacción estatal frente a la diversidad cultural, por sostener la legitimidad —o justicia— de las "políticas neutrales" (o de falta de compromiso, o "no toma de partido") en favor de minorías culturalmente desventajadas.

Así, pues, para el Derecho argentino el punto de inflexión de este proceso de cambio paradigmático en esta materia fue, sin dudas, el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, al consagrar "el derecho a la inclusión social de los pueblos originarios" en calidad de derecho fundamental. Es así que el Estado argentino ha tomado partido directo por la bandera de la inclusión social, razón por la cual todos sus operadores están obligados a hacer que en la práctica este derecho se realice. Más, en especial, creemos que ello obliga a los jueces a aplicar estos instrumentos en sus sentencias, con la máxima extensión posible en el sistema (González, 2014, p.3).

En consecuencia, de lo antes expuesto se advierte claramente que a partir de la reforma de la Constitución en 1994, se produjeron cambios significativos en lo referente al

reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, por tantos años postergados. Dicha Constitución les ofrece ahora el marco legal adecuado para que, desde el desarrollo de un nuevo tratamiento normativo, se amparen y respeten sus idiomas, culturas y costumbres, más allá del mero derecho a la tierra que tradicionalmente han ocupado.

1.2.4. Leyes 23.302 y 26.160, como fundamento del amparo a la propiedad de las Comunidades Indígenas

Atendiendo que la reforma constitucional es la que a primeras luces permite la modificación de normas y creación de otras que sirvan como fundamento de los derechos de las comunidades indígenas, surge la necesidad de analizar lo que vinieron a representar las normas supra mencionadas, como apoyo proporcional al derecho de las comunidades indígenas.

En este sentido, cabe señalar que las leyes antes mencionadas, representan la materialización de los preceptos constitucionales del derecho a la igualdad y tutela judicial de los derechos de las comunidades o pueblos indígenas.

Las normas 23.302 y 26.160, vienen a ser un avance importante para el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, atendiendo a los principios de igualdad y respeto a las costumbres de las comunidades indígenas, siendo estas normas, parte esencial del sistema legal de protección de las comunidades indígenas y de su derecho de propiedad.

En primer lugar resulta pertinente citar lo que contemplan los autores Kozak y Valdés (2014), quienes sobre dichas normas han considerado que al menos respecto a la Ley 23.302, se empieza a dar participación a los pueblos indígenas, incluyéndoles en las diversas decisiones que el gobierno tome sobre materias que pudieran afectar de alguna manera su autonomía y costumbres, otorgándoles presencia en diversos comités encargados de obras.

Asimismo, Zambrano y Molinari (2011), han expresado que la precitada norma 23.302, es una norma importante en el reconocimiento en la diversidad entre las comunidades y las diversas etnias indígenas, las cuales de una u otra forma se ven beneficiadas por esta norma representativa, atendiendo a la parte de reconocimiento de las diversas figuras dentro de dicha cultura.

Esta norma que si bien fue previa a la reforma constitucional del año 1994, se adapta a la perfección a los preceptos, siendo que luego de la promulgación de esta, se produce la

creación de un ente que se encargaría de todo lo referente a las diversas colectividades indígenas, derechos y culturas, siendo ese ente una especie de promotor y defensor de las costumbres y derechos, atendiendo de una manera muy somera lo que se refiere a la tenencia y propiedad de bienes y terrenos de los pueblos indígenas.

Ahora bien, sobre la ley 26.160, Kozack y Valdés (2014), han considerado que la misma tiene como finalidad u objeto principal, el considerar las situaciones que de importancia y que tienen carácter de impostergables y que su resolución debe ser de manera inmediata, de igual modo, esta norma a la par de la anterior, crea diversos organismos que dan una especie de tutela o protección a las comunidades indígenas.

Manifiestan los referidos autores, que esta norma viene con la finalidad de involucrar de una manera más clara, precisa y vinculante a las comunidades con el Estado propiamente dicho, con el fin último de generar una interacción que de buenos resultados en lo que sería el respeto y tutela de los derechos de las comunidades indígenas, incluyendo en dichos derechos no solo los derechos patrimoniales sino también, los derechos al libre culto y la libertad de expresión de las comunidades, las posibilidades que deben tener de proteger y decidir sobre sus bienes.

Puede concluirse que la finalidad última de dicha norma es la de dar respuesta a lo que son las necesidades de las comunidades indígenas, sin embargo, analizando la creación de las instituciones y las modificaciones de esta normativa por medio de la creación de nuevas normas, puede concluirse que la misma se encuentra en mora con respecto a las comunidades y lejos de dar una solución asertiva pudiera ser más un contratiempo para las comunidades.

Conclusión

Considerando el derecho de los pueblos indígenas, debe atenderse en primer lugar a los derechos humanos propiamente dichos, por cuanto, de estos derechos humanos devienen en la raíz de cualquier otro reconocimiento que se pretenda, es decir, los derechos a la igualdad, derecho a la libertad de credo, raza, idioma y cultura.

A lo largo del presente capítulo, se han abordado los antecedentes históricos de la propiedad indígena, así como el tratamiento que han tenido sus derechos a lo largo de la historia, se destaca la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios. Ello es importante toda vez que el abordaje de esta última cuestión por dos motivos ha permitido conocer lo trascendental que son sus tierras para su identidad cultural y

para su integridad y continuidad como pueblo indígena. Los pueblos indígenas viven de la tierra, hallando y extrayendo de ella todo lo necesario para su supervivencia, lo cual permite comprender la relevancia del reconocimiento y protección de su derecho de propiedad.

Asimismo, permite concluir que tal derecho debe ser tutelado mediante una regulación específica que tenga especialmente en cuenta su modo distintivo en el ejercicio de su posesión. Si bien ello se ha contemplado por cuanto se han suscripto numerosos convenios internacionales y visto por parte del Estado la situación que acontecía en lo que se refiere a las comunidades indígenas, es que surge la necesidad de aplicar la modificación de los criterios, en cuanto, a la representación de estas comunidades, el Estado por medio de las leyes 23.302 y 26.160, buscó garantizar una mejor protección a las comunidades indígenas, las cuales ciertamente de primera mano, se puede decir que fue positiva. Sin embargo, quedó en deuda, siendo que las instituciones creadas no lograban dar una respuesta totalmente asertiva a las necesidades de las comunidades y menos aún a la protección del derecho de propiedad de estas últimas.

Surge la necesidad de dar respuesta a lo que es el derecho de los pueblos indígenas a ser atendidos, representados y considerados dentro de lo que es una comunidad, reconociéndose además que los pueblos indígenas son en primer lugar parte esencial de las raíces de la Argentina, siendo que de ellos proviene gran parte de su población, aun cuando posteriormente se produjera el mestizaje.

Es necesario destacar que la loable labor del gobierno argentino, en materia de protección de los derechos de las comunidades indígenas, se ve empañada por la inactividad de las instituciones creadas para dar respuesta a las diversas problemáticas que estas comunidades viven, siendo necesario atenderse de manera muy especial lo que es la actividad e inactividad de dichas instituciones para dar una respuesta certera a las comunidades.

Capítulo 2:

Propiedad Comunitaria Indígena.

Introducción

En la actualidad, las comunidades indígenas representan un pequeño porcentaje de la población argentina. Las mismas han sido identificadas como conglomerados o conjuntos de personas que desarrollan su vida en base a las costumbres y culturas más antiguas del país, es una comunidad que tiene su procedencia en los orígenes de la historia argentina y que aún hoy subsisten, bajo los hábitos tradicionales de sus etnias. Esta comunidad ha sido reconocida por el resto de la sociedad, por el Estado y la legislación, respetando su forma de vida y creencias, dado que representan el origen e historia del país.

Ahora bien, es sabido por todos que la convivencia y regulación de la conducta humana está en manos de las leyes, éstas son el medio a través del cual se estipulan las normas sociales de comportamiento y reprensión ciudadana, éstas deben ser aplicadas y respetadas por todos los ciudadanos que habiten en el territorio. Sin embargo, el Estado, en su marco normativo, ha reconocido que existe un estrato social conformado por los pueblos originarios, a quienes se les garantiza el respeto a los reglamentos por éstos establecidos para y por sus propias comunidades. La normativa nacional ha garantizado el respeto de la forma de vida de los indígenas y la identidad de los mismos, sin que esto pueda significar una violación a la normativa del país.

La ley busca proteger los aspectos y elementos de la vida indígena como patrimonio de la nación, por ende debe ajustar su derecho a las situaciones especiales que maneja la comunidad, vivo ejemplo de ello es el tema de la propiedad. En el presente análisis se busca estudiar el funcionamiento y regulación de la propiedad comunitaria de los indígenas, la cual como se ha establecido, es diferente al régimen de propiedad privado que regula el Código Civil y Comercial, por el hecho de tratarse de la población indígena, quienes poseen intereses y costumbres que les son propias y que difieren a la del resto de la sociedad en general.

A pesar de que Argentina se rige bajo un sistema de privatización de propiedades, la Constitución Nacional reconoce que el modelo de propiedad indígena es especial y se destaca por ser comunal, lo cual quiere decir que la tierra indígena es de todos sus habitantes. Ahora bien, no basta con solo reconocer la existencia de este sistema, sino que el Estado debe regular, a través de leyes especiales o cualquier modalidad normativa, de qué forma se desenvolverá esta modalidad patrimonial, sobre todo, tomando en cuenta que es muy diferente a los ideales primordiales del país, que obedecen a una propiedad privada.

2.1. El derecho de Propiedad Comunitaria frente al concepto tradicional de Propiedad Privada

Para profundizar sobre las regulaciones legislativas pronunciadas respecto, tanto en lo referente al concepto tradicional de propiedad como al nuevo derecho de propiedad comunitaria de los indígenas en Argentina (especialmente lo que respecta al proyecto del código unificado), se debe tratar en primer término el concepto de indígena y del derecho real.

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas siempre han sido materia de conflictos, algunos incluso, armados. Los pueblos indígenas han sido desplazados de sus territorios, forzados a vivir en parques nacionales o lugares estrictamente delimitados.

Hasta la reforma constitucional de 1994, nuestro país no poseía mucha legislación que regulara esta situación y sólo contaba con la Ley 23.302 del año 1985 como único recurso legal disponible para tutelar, entre otros, los derechos territoriales de las comunidades indígenas y ofrecer soluciones a los conflictos de ella derivada.

Así, la problemática en torno a la tierra de los pueblos originarios exige estar enmarcada no sólo dentro del concepto de “etno-territorio”, sino considerando también los derechos a la identidad y a la autodeterminación que por su parte han venido reclamando.

Sobre los indígenas, Kozac y Valdés (2016) han explicado que constituyen un porcentaje de la sociedad actual y son identificados como aquellos sujetos de procedencia originaria de la localidad donde se encuentran ubicados. Ahora bien, los autores han hecho hincapié en la dificultad que representa identificar a estos grupos, por cuanto, algunas veces el Estado no los reconoce, pero ellos mismos se identifican de tal forma, adaptando y practicando otro idioma, costumbres, hábitos y demás aspectos relacionados con la cultura típica de su localidad, protegiendo sus tierras y recursos.

Continuando con su explicación, Kozac y Valdés (2016), han indicado sobre la comunidad indígena argentina, lo siguiente:

Los indígenas en Argentina, si bien no son tan numerosos como en otros países, constituyen un sector importante de nuestra sociedad que ha participado en momentos decisivos de la vida nacional. Las comunidades son parte integrante de nuestra cultura y en cuanto tal deben ser recuperadas, valoradas y respetadas. En realidad, se estima que un porcentaje importante vive en asentamientos rurales, aproximadamente entre el 3% y 5% del total de la población de nuestro país (p. 2).

Los pueblos indígenas han sido reconocido a lo largo de Latino América como el conjunto de personas descendientes de las raíces tradicionales de la cultura de cada país, quienes se mantienen en regiones habitadas por sus ancestros desde largos años, honrando su cultura, tierra y costumbres. En base a la información expuesta por Kozac y Valdés (2016), puede determinarse que estas poblaciones, aun cuando forman parte de un Estado en común con el resto de la sociedad, en este caso el Estado argentino, poseen sus propias regulaciones jurídicas, sin embargo, como parte que son de la comunidad, la normativa legal de la Nación también los ha incluido en su regulación.

Es esencial discernir del texto anterior, que el Estado y su legislación es la potestad máxima reconocida a nivel nacional, que dirige la convivencia de las relaciones sociales entre la comunidad, sin embargo, existe un nivel de la sociedad denominado “sector indígena”, reconocido legalmente y por los distintos poderes del Estado, como un sector especialísimo y particular que regula su propia convivencia, sin que esto signifique una exclusión o extralimitación del cuerpo normativo argentino. Respecto a ello, ratifican Kozac y Valdés (2016) que “en la elaboración y aplicación de políticas relativas a estos pueblos las autoridades estatales deben respetar el derecho a la propia definición y a la conciencia de su propia identidad”.

En concordancia con el texto anterior, Vitolo (2016) explica lo siguiente:

Debe recordarse que las comunidades indígenas están regidas por las disposiciones contenidas en la ley 23.302, que declaró 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 estableció que debían implementarse planes que permitieran el acceso —a estas comunidades— 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 (p. 17).

Uno de los principales derechos en la regulación indígena, que ha desencadenado controversias judiciales entre la comunidad y el Estado, es el derecho a la propiedad o derecho de dominio, el cual ha sido definido por Vázquez (2013) como el derecho que posee un sujeto o sujetos determinados sobre una cosa material que constituye un objeto, entre estos derechos reales se ubica el derecho de propiedad.

Esto se debe, de acuerdo al fragmento expuesto por Alterini (2012) en su obra, a lo siguiente:

La relación espiritual y cultural que tienen los Pueblos Indígenas con la tierra, en particular con la tradicionalmente ocupada, circunstancia que ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en numerosos fallos, deriva en que la lesión a su uso y goce no implique la afectación de derechos exclusivamente patrimoniales, antes bien, se genera necesariamente daño a la persona, más propiamente a su identidad. Ello ha llevado a que se afirme que el aborígen sin tierra no es aborígen (p.8).

El derecho a la propiedad como puede evidenciarse de las afirmaciones anteriores, es un ámbito muy importante para la convivencia y existencia indígena, este ha sido establecido en la Constitución Nacional y regulado en el Código Civil argentino, bajo un criterio privatista, de acuerdo al cual la propiedad es de carácter privado y consiste en las atribuciones jurídicas que posee un sujeto sobre una propiedad determinada, atribuciones que devienen de un título jurídico identificado o de una vía alternativa establecida en la legislación. Este derecho no puede ser visto, tal como lo afirma Trejo (2015), como “un derecho público subjetivo, enajenable o comerciable”.

En principio el esquema patrimonial argentino es de carácter privado y particular, de allí han partido nuevas formas de propiedad señaladas por Vázquez (2013), quien explica que es necesario que en la actualidad el sector inmobiliario no dependa exclusivamente del régimen de derechos reales, sino que también debe abrirse paso a los derechos personales y aceptar las modalidades especiales de propiedad, como el de la propiedad horizontal. Sin que las mismas puedan violar la condición privatizadora del régimen.

Por todo lo expuesto, no debe perderse de vista que, es entonces a partir de la última reforma constitucional que consagra a la Propiedad Comunitaria como una nueva forma de derecho de dominio, un derecho real autónomo, en la tutela de un bien jurídico específico⁸.

Su carácter como derecho real en sentido estricto, no puede ser discutido frente a la consideración de la relación jurídica que a los pueblos originarios, desde la propia Carta Magna, se les reconoce con respecto a sus tierras y territorios -poder sobre la cosa y su oponibilidad a terceros-. En igual sentido, debe remarcar también que la vía legislativa es la única válida para la creación de nuevos derechos reales, vedándose a los particulares tanto la posibilidad de crearlos por acuerdo de voluntades, como reglar aspectos de su estructura, contenido, ejercicio, alcance, extinción u otros aspectos ya consagrados por el Código Civil

⁸ LEZCANO, J. M., Propiedad Comunitaria, 2018, p. 102.

ya derogado⁹.

Esgrimiendo un criterio comparativo, el derecho otorgado a las comunidades indígenas presenta, sin dudas, semejanzas con el derecho real de dominio, pero con particularidades que le son propias. No se extingue por el no uso ni puede subordinarse a plazos como el dominio revocable, toda vez que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron nuestro territorio.¹⁰

Pero a diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, y en el que su titular conserva la mayor cantidad de facultades (*derecho de goce, derecho a los frutos y derecho de disposición*), la propiedad indígena no es enajenable, no es transmisible, ni es susceptible de gravámenes ni embargos.¹¹

2.2. Propiedad comunitaria indígena

En los párrafos anteriores se ha explicado que el derecho patrimonial de los ciudadanos argentinos está englobado dentro de los derechos reales y que el mismo obedece a un régimen de privatización, sin embargo, a pesar de que la Nación sigue actualmente las bases de este régimen, a través de la creación de leyes especiales ha reconocido otras modalidades de propiedad, que se ajustan a las necesidades y condiciones de los sujetos.

Entre éstas, los autores referidos han mencionado a la propiedad horizontal y a la propiedad comunitaria indígena.

En el estudio que se realiza, interesa enfocarse sobre la última de ellas. Debe entenderse la propiedad comunitaria indígena, de acuerdo a las exposiciones de Kozac y Valdés (2016), como un derecho constitucional subjetivo aplicable solo a la comunidad indígena, quienes reconocen este derecho especial de propiedad sobre sus tierras. Asimismo, la ha definido González (2013) como una propiedad especial enmarcada en el derecho real reconocido en los artículos 75 y 17 de la Constitución Nacional, que involucra una compleja relación multidimensional de pertenencia entre el pueblo indígena y su entorno.

Continúa especificando González (2013), que la propiedad comunitaria indígena es un derecho o estructura que se aplica solo a los sujetos indígenas, quienes deben estar inscritas en el registro bajo esta denominación y poseer un título otorgado a la comunidad indígena en total, plenamente reconocido por la administración; el objeto de esta propiedad

⁹ LEZCANO, J. M., Propiedad Comunitaria, 2018, p. 102.

¹⁰ LEZCANO, J. M., Propiedad Comunitaria, 2018, p. 103.

¹¹ LEZCANO, J. M., Propiedad Comunitaria, 2018, p. 103.

son las tierras que tradicionalmente ocupan estas comunidades; esta propiedad no es individual, es imprescriptible, indivisible, intransferible, inejecutable y no puede ser hipotecada; esta propiedad puede ser adquirida por la comunidad a raíz de una concesión del Estado o por acto de disposición privada; y la propiedad pertenecerá a la comunidad hasta que la misma se haya extinguido. Estos son algunos de los elementos que caracterizan este tipo de sistema patrimonial.

Ahora bien, la propiedad indígena como se ha indicado posee otro tipo de regulación a diferencia de la propiedad privada que se maneja en el Código Civil y Comercial argentino, esto se debe, de acuerdo a la información proporcionada por Abreut (2012), a que el régimen patrimonial indígena está establecido para proteger principalmente la dignidad e identidad de los pueblos originarios a través de sus tierras, tomando en cuenta la importancia de este elemento en su cultura.

Complementando lo antes expuesto, Abreut (2012), expone lo siguiente:

...sólo existirá en las zonas rurales, por ser éstas el lugar donde se desarrolla la comunidad aborígen, ya sea mediante una explotación agropecuaria, forestal, minera, artesanal, etc. El respeto de la diversidad cultural incluye sus usos y costumbres, y dentro de esa cosmovisión especial, se encuentra la forma colectiva de propiedad en cabeza de las comunidades indígenas (p.2).

Entendida la procedencia del régimen propietario indígena, debe aclararse también que, este tipo de propiedad comunitaria según Lezcano (2011), “se organiza en el presupuesto de la existencia en un mismo enclave urbanístico o territorial de una serie de características comunes ya no sólo desde su finalidad como grupo, sino de una forma de cosmovisión cultural” y en base a un aprovechamiento colectivo del pueblo indígena, de allí el origen de su uso comunitario.

La propiedad comunitaria indígena se pronunció por primera vez en la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, donde se estableció en el artículo 75 del texto que, el Estado y la Nación argentina reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, quienes representaron los orígenes del país, asimismo, se reconoció y garantizó el respeto a su dignidad e identidad, su naturaleza de persona jurídica y el especial régimen de propiedad comunitaria de sus tierras.

Esta regulación fue uno de los primeros reconocimientos normativos al modelo propietario indígena, que se diferenciaba del régimen patrimonial principal de carácter privado, por poseer un uso y titularidad comunal. Lezcano (2011), expone que dicha regulación fue complementada con la Ley N° 23.302, la cual se dictó en función de generar

una política indígena, protegiendo el uso y disposición de las tierras de estas comunidades, sobre todo por la producción agropecuaria que en ellas se genera.

Este modelo de propiedad se caracteriza por su pluralidad, la tierra de la cual es propiedad la comunidad indígena, es trabajada colectivamente por los habitantes quienes actúan bajo una misma dirección y una organización inteligente, con un beneficio común. Como puede evidenciarse de su regulación normativa, los intereses que persiguen el Estado y la comunidad indígena en este aspecto patrimonial son diferentes a los consagrados en la Constitución y respectivas leyes atinentes a la propiedad privada de la comunidad civil.

Ahora bien, finalizando los aportes sobre la consistencia de la propiedad comunitaria indígena, el oportuno señalar el manifiesto de los autores Kozac y Valdés (2016), quienes resaltan que este tipo de propiedad también fue reconocida y contemplada en el Código Civil y Comercial de Argentina, específicamente en su artículo 18, donde se afirma que la comunidad indígena tiene derecho a una propiedad comunitaria y que la misma sería regulada a través de una ley especial.

2.3. Regulación normativa del sistema de propiedad indígena

Para comprender la regulación y evolución normativa de la propiedad indígena, debe entenderse en primer lugar la importancia del territorio para esta comunidad. Sobre ello, el autor Lezcano (2011), explica lo siguiente:

Es que la comunidad como unidad social desde la que se articula la vida y la cultura asume como resultado "...la relación del indígena con la tierra y tiene un punto de partida espiritual, pues ella corporiza sus tradiciones y valores ancestrales en los que se esfuma el distinguo entre lo propio y lo ajeno; pues esa matización es incompatible con la utilización comunitaria de los dones brindados por la madre tierra. No olvidan que allí nacieron ellos, allí reposan sus antepasados, que allí nacieron sus hijos. Más que sentir que son poseedores de la tierra su concepción encierra la idea de que la tierra los posee a ellos (p. 3).

En concordancia al texto citado y a las afirmaciones anteriores, se entiende que, el Estado afirmó normativamente que la ley y los poderes del Estado deben respetar las raíces y normativas de la comunidad indígena, como sector histórico y cultural de la sociedad, en consecuencia, está obligado a brindar protección a las regulaciones legales de los mismo, sobre todas aquellas que se refieran a los elementos principales de su cultura, como lo es el territorio y la propiedad del mismo.

El autor Lezcano en el texto anterior explica la importancia que tiene la tierra para la comunidad indígena, lo cual también fue entendido por el Estado, en función de ello, este procedió a insertar su régimen de propiedad comunitaria en la normativa legal de la nación, señalando que esta solo sería aplicada para los indígenas. Respecto a ello, se pronuncian Kozac y Valdés (2016), explicando que el primer reconocimiento de este tipo de propiedad se evidencia en el contenido constitucional, específicamente en el artículo 75 de la Constitución Nacional. Asimismo, se evidencia del Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo sobre pueblos Indígenas y Tribales en países independientes; Leyes Nacionales específicas; Constituciones de las Provincias; y Leyes especiales.

Ahora bien, mientras Kozac y Valdés, hacen una breve referencia a la base legal del régimen de propiedad comunitaria indígena, Trejo (2015) por su parte expone una síntesis amplia sobre el desarrollo del marco normativo que aplica, del cual puede señalarse que, en el año 1983 inicia un impulso democrático en Argentina donde se consideró la problemática concerniente a los pueblos originarios del país, es decir la comunidad indígena, a raíz de la cual comenzaron distintas manifestaciones normativas sobre este ámbito.

En primer lugar, se presentó la reforma constitucional de 1994, de la cual debe destacarse el antes mencionado artículo 75, el cual fungió como base legal para el resto de las regulaciones, en este artículo se reconoció constitucionalmente la existencia de la comunidad indígena, el respeto y protección a la misma y que esta se regía bajo un sistema patrimonial comunal. Sobre este artículo se han manifestado varios autores, entre ellos Lezcano (2011) quien explica que este artículo es una de las modificaciones más sorprendentes de la reforma constitucional, ya que consiste en una reivindicación histórica.

El autor referido Lezcano (2011), explico sobre el contenido de la norma lo siguiente:

...el constituyente reconoce un nuevo derecho real, ya que se trata de un derecho real sobre cosa propia que se ejecuta en relación directa con la tierra sobre la que recae. La tierra, objeto del derecho, es la cosa en el sentido del artículo 2311 del C.C., con un indudable contenido comunitario. Presenta semejanzas con el derecho real de dominio pero con peculiaridades propias, ya que es perpetua, al igual que lo regulado en el artículo 2510 del C.C., siendo la propiedad atribuida a la comunidad indígena la que no se extingue por el no uso, ni puede subordinarse a plazos como el dominio revocable. Es un derecho otorgado a las comunidades indígenas que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron la República Argentina. Pero a diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, conservando el titular la mayor cantidad de Facultades (p. 2).

En el texto constitucional se reconoce el derecho de los indígenas a la propiedad en comunidad, de esta norma partieron el resto de los textos legislativos como el contemplado en el Código Civil y Comercial; seguido de la ley N° 23.3021, concentrada en la política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes; el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales elaborado por la Organización Internacional del Trabajo; posteriormente en 2006 la ley N° 26.1607, de Emergencia sobre la Posesión y Propiedad de las Tierras Comunitarias Indígenas, a través de esta ley se suspendieron las ejecuciones de las sentencias de desalojo sobre estas tierras; y la ley N° 26.994 donde se estableció transitoriamente que, los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los concernientes a la propiedad serán objetos de una ley especial. En todos estos cuerpos normativos se dio a entender que derecho de propiedad indígena no es un derecho individual, como el caso del denominador social común, sino que es un interés colectivo (Trejo, 2015).

Adicionalmente se promulgaron otras leyes como la ley N° 23.302 donde se declaró que el bienestar de las comunidades indígenas es de interés nacional y que estado está obligado a velar por su protección, convivencia, acceso a la propiedad de las tierras, fomentar la producción y formular planes de enseñanza, es decir tomas todas las medidas necesarias para su apoyo; la ley N° 35.799, donde se estableció que el Estado debe realizar planes para la construcción de viviendas rurales y urbanas; y la ley N° 26.160, una ley de emergencia sobre Posesión y Propiedad de las Tierras de las Comunidades Indígenas, a través de esta se determinó las tierras que tradicionalmente pertenecen a estas comunidades.

Siguiendo este lineamiento de ideas, Trejo (2015) explica que, el contenido del artículo 18 del Código Civil y Comerciales afirma que las comunidades indígenas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionalmente ocupadas y aquellas otras aptas para ello. Este artículo representa una profundización sobre el contenido constitucional antes señalado y una máxima expresión de la revolución normativa revisionista.

Siguiendo con las exposiciones realizadas por Trejo (2015), se cita un fragmento de su texto donde explica que las reformas y promulgaciones realizadas son significativas para el país, de la siguiente manera:

...significa no sólo un reconocimiento legal a un grupo que ha sido en la historia primero subyugado, luego combatido y finalmente, en la actualidad, degradado de los beneficios de la comunidad organizada como son los pueblos originarios, sino que, además, introduce un concepto de organización de la propiedad ajeno por completo al esquema liberal que plantea la CN. Pero además, proyecta un gran

interrogante al modelo hobbesiano que siguió James Madison en la Constitución norteamericana y que fue adoptado en nuestras latitudes por los constituyentes locales, los que pensaron que la estructura esencial de la vida humana ha sido siempre idéntica (p. 5).

El autor en el texto anterior busca explicar que las disposiciones normativas publicadas en relación de a los derechos indígenas, es importante histórica y culturalmente para país, sobre todo lo que respecta a la propiedad comunitaria indígena, por cuanto esta se basa en un modelo que se aplicó durante ciento cincuenta años en el país, que varía las bases actuales del país que se centran en la protección de la propiedad privada, para reconocer que existen otros modelos de propiedad.

2.3.1. La propiedad comunitaria indígena y el anteproyecto del Código Unificado

En los textos anteriores se evidencia que el Estado ha realizado diversas variaciones normativas en relación a sistema de propiedad indígena, las cuales en su mayoría se centran en el reconocimiento de la modalidad comunitaria de su propiedad y de los derechos que de ella se derivan.

Las manifestaciones normativas más importantes en relación a este ámbito fueron el artículo 75 de la Constitución Nacional, antes citado, y el artículo 18 del Código Civil y Comercial, donde se reafirman los derechos de posesión y propiedad de los indígenas sobre sus tierras, bajo una modalidad comunitaria. En estos textos legislativos se reconoció el derecho, sin embargo no se expresó mayor cuestión sobre la forma en que los mismos serían desempeñados, sino que se planteó que debían promulgar posteriormente una ley especial que regulara el funcionamiento del sistema.

Ahora bien, un gran número de autores han afirmado que al tratar el tema de la regulación normativa de la propiedad indígena, debe destacarse el contenido del Anteproyecto del Código Civil. Previa a la explicación del contenido de dicho proyecto, el cual cabe resaltar no fue aprobado para la reforma del Código argentino, debe aclararse que a lo largo de los años se han realizado algunos proyectos de reforma legislativa del Código que han incluido regulaciones normativas que conciernen a los derechos indígenas, sobre todo a los derechos de propiedad, de estas reformas se destacan las del año 1998 y el del 2012.

Respecto a los contenidos del anteproyecto del Código Civil de 1998, Calegari (2010)

explica, que la intención de los parlamentarios es reorganizar el Código Civil vigente, planteando que las disposiciones legales patrimoniales pueden ser dirigidas en parte por el sistema de propiedad horizontal. Asimismo plantea que todo derecho real deberá ser regulado por una ley especial de fondo; que la propiedad implica derechos materiales e inmateriales; determina que la persona jurídica puede ser considerada como una esfera jurídica; identifica el dominio como el derecho real de una persona sobre determinado objeto; establece que existen diversas formas de propiedad y de allí la necesidad de establecer leyes especiales por separado que regulen el desarrollo de estas; asimismo, estableció infinitas regulaciones sobre el ejercicio del derecho de propiedad, sobre la posesión, vicios, propiedad plural y singular, propiedad especial horizontal, entre otras regulaciones aplicables a la materia.

En concordancia con los textos anteriores, Vázquez (2012), explica que se han realizado algunos proyectos sobre la reforma del Código Civil argentino, entre ellas, el proyecto de Código Civil y Comercial Unificado en el 2012, el cual consideraría muchos ámbitos pendientes por solución para el Estado y con la mayor intención desde el poder político, de renovar el derecho positivo privado. El mencionado anteproyecto se caracterizó especialmente por el contenido que pautaba la el desarrollo de los derechos patrimoniales de la comunidad indígena, contenido por el cual no fue aprobado, en vista de que la mayoría de los parlamentarios consideraron que sus disposiciones contravenían las establecidas en la Constitución Nacional.

El anteproyecto del Código que se menciona, de acuerdo a la información proporcionada por Abreut (2012), posee un contenido que hace especial referencia a la definición del derecho real de comunidad indígena, es decir, el anteproyecto define la propiedad comunitaria indígena como un derecho real que posee la comunidad sobre un inmueble o territorio rural destinado a la preservación de la identidad cultural y habita de su etnia.

Asimismo, contempla que el titular de este derecho será la comunidad indígena registrada como persona jurídica y que la extinción del mismo se producirá por muerte, abandono o desaparición de la comunidad entera, debido a que no es suficiente con la desaparición de alguno de sus miembros. Respecto a ello, Abreut (2012) ha hecho la siguiente aclaración:

Las comunidades indígenas son los conjuntos de familias que se reconocen descendientes de las poblaciones originarias, las cuales pueden obtener la personería jurídica mediante su inscripción registral en los Registros respectivos, tanto nacionales, como provinciales, conforme lo establece la Ley 23.302,

promulgada en 1985. Esa inscripción es declarativa y no constitutiva, lo cual surge de la misma letra de la Carta Magna al fijar que el Congreso Nacional debe "reconocer la personería jurídica de sus comunidades" y su posesión y propiedad ancestral. En efecto, la comunidad aborigen existe antes de su registración, por lo que mal puede ser considerada constitutiva (p. 2).

Continúa explicando Abreut (2012), el anteproyecto también estableció sobre la representación legal de la comunidad indígena que, esta tiene la facultad de establecer su forma interna de convivencia, en todos los aspectos que involucran el desarrollo de su vida y también deberán elegir o designar a sus representantes. Igualmente establece de qué forma podrá ser constituida la propiedad indígena, la cual podrá declararse por parte del Estado por reconocimiento de la posesión inmemorial comunitaria, por usucapión, por actos de disposición entre vivos y tradición y por disposición de última voluntad o sucesión.

De acuerdo a estos parámetros, la comunidad indígena podría adquirir sus tierras a través de diversas fuentes, no solo serían los territorios ocupados tradicionalmente por estos, sino que fácilmente podrían obtener sus propiedades por actos derivados de la figura jurídica del derecho real y finalmente dispone el proyecto, que cual sea el origen de la propiedad, la misma deberá ser oportunamente registrada bajo los parámetros legales.

En cuanto a los caracteres resaltantes de este derecho, el anteproyecto dispone que la propiedad indígena deba ser exclusiva y perpetua, indivisible e imprescriptible, no puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y constituida por donación y no debe estar condicionada. Respecto a las facultades que poseen sobre el inmueble, el anteproyecto, en base a la información manifestada por Abreut (2012), expone lo siguiente:

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. En este caso las tres facultades clásicas del titular de un derecho real de dominio, *ius utendi*, *fructu* y *abusus*, son aplicables también a la propiedad comunitaria indígena, con la particularidad que serán los integrantes de la comunidad los que, en definitiva, lleven a la práctica los mismos; o sea, ejecuten dichos actos y se beneficien con ellos (p. 6).

Como puede entenderse de la cita anterior, la comunidad indígena posee uno, goce y disfrute, las tres atribuciones tradicionales de la propiedad, sobre el territorio de su patrimonio. Continúa narrando el anteproyecto, sobre las prohibiciones, estableció que la propiedad indígena no puede ser gravada por derechos reales de garantía, embargada o ejecutada por deudas. Asimismo plantea que, los recursos naturales serán aprovechados por los individuos y el Estado, previa consulta a la comunidad indígena y que, se aplicara subsidiariamente a estas regulaciones las normas referidas al derecho real de dominio (Abreut, 2012).

La regulaciones planteadas en el anteproyecto, el cual se mencionó anteriormente no fue probado para la reforma del Código, establece disposiciones fundamentadas en el texto constitucional y demás leyes nacionales del país, con observaciones futuristas ajustadas a las necesidades actuales que buscan llenar un vacío normativo en el área.

En aras de complementar el análisis del anteproyecto referido, se trae a colación la información proporcionada por Vázquez (2012), quien señala los principales aportes de su contenido, en primer lugar, lo que llama la atención de este proyecto es que clasifica el derecho de propiedad indígena como un derecho real, igualmente, identifica a la comunidad como una persona de carácter jurídico al igual que las sociedades mercantiles y que estas tienen la potestad de decidir de qué forma se desenvolverá su convivencia y quienes ejercerán su representación.

En este orden de ideas, es pertinente citar un extracto de la información expuesta por Vázquez (2012), la cual relata lo siguiente:

La propiedad comunitaria indígena es calificada como un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia (Art. 1888); principal y no accesorio (Art. 1889); registrable (Arts. 1890 y 2031) y de los que se ejercitan por la posesión (Art. 1891). En particular, el Proyecto regula este derecho en el Libro Cuarto, Título V (Art. 2028 a 2036), denominado De la propiedad comunitaria indígena. Allí, bajo la denominación "Concepto", el Art. 2028 la define como "el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas (p. 2).

En cuanto a la extensión, el derecho de propiedad sobre el territorio indígena solo se extingue con la desaparición de la comunidad, no basta con la muerte de algunos de sus integrantes. Sobre la constitución del derecho real, el anteproyecto establece que puede ser por reconocimiento del Estado, por usucapión, por acto entre vivos y por disposición de última voluntad. En cuanto a las facultades, afirma que son de uso, goce y disposición, siempre que

esta se realice bajo su propia satisfacción y no a través de un tercero, esto se relaciona a la vez con el uso de sus recursos, los cuales podrán ser aprovechados por el Estado o los ciudadanos, siempre y cuando posean el consentimiento de la comunidad en primer lugar (Vázquez, 2012).

En concordancia con los textos anteriores, Vitolo (2016) se pronuncia ratificando la información proporcionada por los autores antes señalados, afirmando que el anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial argentino prevé el derecho de propiedad comunitaria indígena como un derecho real de carácter privado, de cual solo sería titular la comunidad indígena, quien sería considerado como una persona jurídica debidamente registrada. Asimismo, tal como se señaló anteriormente, el anteproyecto explica cuales serán la forma de constitución de dicha propiedad y las facultades que generarían la mismas, finalmente afirma el autor que dicho proyecto fue rechazado, principalmente por contemplar este derecho como uno de carácter real y privado.

2.4. La propiedad comunitaria indígena y su incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación

En análisis de las disposiciones más trascendentes para el desarrollo de las comunidades aborígenes, en lo atinente a la configuración de extremos legales concretos en los cuales se vean subvertidas todas las condiciones de legitimación de sus derechos de propiedad, o de goce pacífico posesorio, respecto de sus territorios, se erige una particular norma resultante de la reforma unificadora. Efectivamente, producto de las diversas discusiones llevadas a cabo en el plano de confección preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha decidido adoptar una postura expresa y manifiesta, en torno a las implicaciones que derivan de una consagración normativa sobre la propiedad aborígen, así como la decantación de sus caracteres elementales y diferenciadores (si los hubiere).

De ese modo, plantea el legislador, en el artículo 18 que:

...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 Nacional¹².

Desde un punto de vista estrictamente hermenéutico y gramatical, se aprecia una

¹² Artículo Nro. 18 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

redacción de idéntica configuración, si se contrastan sus decantaciones con el contenido del referido artículo 75, inciso 17 de la carta magna¹³. Ahora bien, a juicio de las más calificadas posiciones doctrinales, se debe hacer un análisis contextual, respecto de lo que ha sido la materialización de la referida norma en el seno del propio instrumento unificado, con el propósito de abstraer importantes consideraciones en torno a los reconocimientos implícitos que de su instauración dogmática derivan.

Ahora bien, la propiedad indígena como se ha indicado posee otro tipo de regulación a diferencia de la propiedad privada que se maneja en el Código Civil y Comercial argentino, esto se debe, de acuerdo a la información proporcionada por Abreut (2012), a que el régimen patrimonial indígena está establecido para proteger principalmente la dignidad e identidad de los pueblos originarios a través de sus tierras, tomando en cuenta la importancia de este elemento en su cultura. Complementando lo antes expuesto, Abreut (2012), expone lo siguiente:

...sólo existirá en las zonas rurales, por ser éstas el lugar donde se desarrolla la comunidad aborígen, ya sea mediante una explotación agropecuaria, forestal, minera, artesanal, etc. El respeto de la diversidad cultural incluye sus usos y costumbres, y dentro de esa cosmovisión especial, se encuentra la forma colectiva de propiedad en cabeza de las comunidades indígenas (p.2)

En el texto constitucional se reconoce el derecho de los indígenas a la propiedad en comunidad, de esta norma partieron el resto de los textos legislativos como el contemplado en el Código Civil y Comercial; seguido de la ley N° 23.3021, concentrada en la política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes; el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales elaborado por la Organización Internacional del Trabajo; posteriormente en 2006 la ley N° 26.1607, de Emergencia sobre la Posesión y Propiedad de las Tierras Comunitarias Indígenas, a través de esta ley se suspendieron las ejecuciones de las sentencias de desalojo sobre estas tierras; y la ley N° 26.994 donde se estableció transitoriamente que, los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los concernientes a la propiedad serán objetos de una ley especial. En todos estos cuerpos normativos se dio a entender que derecho de propiedad indígena no es un derecho individual, como el caso del denominador social común, sino que es un interés colectivo (Trejo, 2015).

Siguiendo este lineamiento de ideas, Trejo (2015) explica que, el contenido del

¹³ Artículo 75 inc. 17 de la Constitución de la Nación Argentina. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

artículo 18 del Código Civil y Comerciales afirma que las comunidades indígenas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionalmente ocupadas y aquellas otras aptas para ello. Este artículo representa una profundización sobre el contenido constitucional antes señalado y una máxima expresión de la revolución normativa revisionista.

En ese sentido, se plantea una incógnita sobre la base de la intención que ha tenido el legislador al incorporar el dispositivo normativo antes referido, dentro del Título relativo a los “Derechos y Bienes”, y no, circunscribirlo dentro del Libro IV, dirigido a la regulación normativa de los “Derechos Reales”. Al respecto, los especialistas en la materia, aducen que se fomenta la implementación de una nueva concepción sobre la propiedad, es decir, se plantea la existencia de un régimen de propiedad esencialmente diverso, e inclusive, catalogable como una construcción jurídico-civil *sui géneris*, o “especial”, con esencial fundamento en consagraciones internacionales que siguen dicho paradigma (Trejo, 2015).

Es importante señalar, además, que el propio Código Civil y Comercial de la Nación, ha establecido en su promulgación el asentamiento de una norma transitoria que dispone un concreto mandato al Poder Legislativo. Se indica, pues, según el contenido del dispositivo de efectos transitorio, que: “...los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficiente para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial”¹⁴. Con ello, a juicio de Trejo, (2015), se evidencia un fenómeno de progresiva irrigación, con el cual se da paso a una corriente reguladora, especialmente, en atención a la propiedad comunitaria indígena, donde se observa “...una revolución normativa, no de carácter innovador, sino revisionista” (p. 84).

En recuento, respecto de lo afirmado sobre la propiedad “especial” regulada por el Código Unificado, se debe indicar que su instauración, va de la mano con la incidencia de un conjunto de interpretaciones que dan cabida a criterios de fundamentación jurídica consuetudinaria, es decir, que tal y como es afirmado por el contenido del artículo 1 *ejusdem* “...los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.¹⁵

En esa dirección, la doctrina asegura que se expande el espectro de rígida y centralizada labor hermenéutica-positivista que era llevada a cabo en todo ámbito relacionado

¹⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

con la propiedad comunitaria indígena antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley Unificadora, sobre la base -tal y como ya se expuso en líneas anteriores- de la consagración constitucional del artículo 75, inciso 17, de la carta magna. Por ende, el Código Civil y Comercial de la Nación, revive a las costumbres y los usos, y asegura que el desenvolvimiento de la propiedad -y posesión- de los pueblos originarios sobre sus tierras, se consolida “(...) reconociendo como fuente jurídica el derecho consuetudinario que existe fácticamente y que ha subsistido marginado por el derecho civil tradicional (...)” (Trejo, 2015, p. 84).

En síntesis, la doctrina evalúa consistentemente los cambios introducidos desde el proceso de reforma instaurado y asentado definitivamente en el Código Unificado, aduciendo que la implementación del referido artículo 18 *ejusdem*, representa la escalada de un peldaño en el escabroso ascenso hacia la definitiva erradicación del paradigma de marginación indígena, especialmente, en lo referente a sus tierras. Concede, la norma que complementa el precepto constitucional comentado *ut supra*, la oportunidad de apartarse de una panorámica o visión cultural eminentemente diferente, influenciada por las tradicionales respuestas que la región norteamericana, o el propio continente europeo, en la cual se consideraban a las poblaciones indígenas como meros “bárbaros” o “salvajes”. Se consideraba, pues, que los territorios tradicionalmente habitados por comunidades indígenas pertenecían al grupo de bienes susceptibles de apropiación estatal en función d criterios de conveniencia, pero dicha idea fue substituida por el *imperium* de los preceptos constitucionales y legales analizados al respecto (Trejo, 2015).

En concreto, y a suerte de síntesis, se sostiene como un hecho valorado de forma optimista, y además, reconocido favorablemente por la doctrina, el impacto las nuevas tendencias regulatorias han supuesto en el sistema jurídico nacional sobre los territorios indígenas, por lo que se comenta, que:

Por primera vez, la ley civil se basa en un alto grado de sensibilidad a los detalles contextuales e institucionales que pueden afectar la viabilidad y sostenibilidad de un grupo determinado, como son los pueblos originarios. De hecho, la congruencia entre apropiación y normas de provisión y las condiciones locales, es uno de los principios de diseño en los recursos de uso común se ha identificado, y puede funcionar como una buena descripción de la propiedad comunitaria (Trejo, 2015, p. 88).

Se ha realizado un estudio consistente sobre las consideraciones doctrinales, así como las interpretaciones legales, que se materializaron en lo concerniente a las incorporaciones de

dispositivos normativos novedosos en el Código Civil y Comercial de la Nación. Corresponde subsiguientemente, analizar uno de los aspectos que han sido mencionado *ut supra*, y que adquiere un preponderante sentido de pertinencia en el presente punto, como lo es la intervención y el rol específico que cumplen las provincias, en la garantía del derecho de propiedad comunitaria sobre las tierras indígenas.

2.5. Opiniones doctrinarias sobre la propiedad comunitaria indígena y el anteproyecto del Código Civil

Una vez explicado en que consiste la figura de la propiedad comunitaria indígena y su regulación normativa, es oportuno exponer algunas de las opiniones doctrinales que han surgido sobre el tema. En primer lugar se hace mención a la opinión del autor Vázquez (2013), quien se pronuncia sobre el anteproyecto del Código Civil, explicando que el mismo ha tenido un auge muy controvertido, sobre todo por la forma en que se refiere a la comunidad indígena y el modelo de su propiedad comunitaria.

Este autor opina que dicho proyecto no fue aprobado con toda razón, principalmente por no contar con la consulta de la comunidad indígena quienes serían los principales beneficiados y afectados por las nuevas disposiciones, asimismo, el proyecto ha considerado a estas comunidades de igual manera que otros sujetos de derecho privados, atribuyéndole un régimen similar al de las asociaciones civiles, lo cual aplica como el primer error sustancial del proyecto, en vista de que los cuerpos internacionales establecen que la comunidad indígena debe ser tratada como sujeto de derecho público.

Además de ello, otro de los principales aspectos que destaca Vázquez (2013), sobre el proyecto, es que en el mismo se establece el derecho de propiedad indígena como un derecho de carácter real, lo cual es criticado por este autor, pues el mismo establece que el derecho real es el que sostiene una relación entre un sujeto y una cosa y que el derecho de propiedad indígena por su parte vincula la comunidad con su territorio. El autor afirma positivamente que el cierto la deficiencia de regulación sobre la materia, pero que este proyecto no es adecuado para formular las disposiciones en el área, en vista de que adapta a los principios generales del derecho indígena.

Igualmente, el autor se pronunció sobre el derecho comunitario indígena, señalando que está a favor de que este sea considerado fuera de los cañales de los derechos reales, en razón de que, la relación de la comunidad indígena y el territorio es una relación que

trasciende los elementos materiales y espirituales, es la base de su escancia e identidad. Más claramente lo explica Vázquez (2013), cuando establece lo siguiente:

La cosmovisión indígena no contempla la 'apropiación de la Naturaleza' sino que entiende que los seres vivos forman parte de la Naturaleza, la comunidad no es 'propietaria' de un territorio sino que integra, forma parte, de la 'Madre Tierra' o 'Pachamama' (p. 2).

Siguiendo este lineamiento de ideas, Lezcano (2015) también se pronunció sobre el tema, criticando el anteproyecto del Código, afirmando que las disposiciones en el contenido son inconstitucionales, puesto que la Constitución busca velar por la protección de estas comunidades y las regulaciones del proyecto dejan indefensos o más vulnerables a los indígenas ante los grupos económicos que puedan afectarlos. Adicional a ello, la normativa no refleja una clara protección hacia la comunidad y no fue redactada bajo consulta alguna de los pueblos indígenas, por lo tanto, no se escucharon los intereses y temores de estos.

Aunado a ello, el autor critica las modalidades de constitución de derecho, en vista de que las mismas exigen el registro de la propiedad para ser oponibles a terceros, cuestión que resulta poco eficiente para la comunidad por su propia naturaleza migratoria. Aunado al hecho de que muchas de las regulaciones planteadas en el proyecto son propias de un reglamento o ley especial aparte y no materia de un Código Civil. El autor afirma que muchas de las disposiciones establecidas en el proyecto son útiles para una futura reforma del Código Civil, por cuanto existen muchas deficiencias en la regulación legislativa del derecho indígena, sin embargo muchos de los artículos no son aplicables por cuanto tratan este derecho como a uno de carácter real.

Complementando la opinión crítica de Lezcano (2015), se cita un extracto de su texto donde explica lo siguiente:

...vulneró el derecho de consulta y el reconocimiento de sujeto de derecho público no estatal de las comunidades, 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 (p. 8).

Finalmente, luego de un análisis de la regulación normativa legal actual del sistema de propiedad indígena comunitario y del contenido del anteproyecto del Código Civil argentino, Lezcano (2015) afirma que la legislación nacional ha reconocido el modelo de propiedad

comunitario indígena y que este ha sido correctamente separado de los derechos reales, lo cual al mismo tiempo hace necesaria la formulación de un nuevo régimen registral distinto al de los derechos reales que se adecue a las condiciones del derecho indígena.

En concordancia con los textos anteriores, Abreut (2013) manifiesta sobre los derechos indígenas, especialmente el derecho de propiedad que, actualmente deben superarse las barreras ideológicas y entender las necesidades y hábitos indígenas, lo cual podría lograrse a través de un dialogo donde se escuche la opinión de la comunidad. Asimismo, afirmo que todos los aportes legislativos que se realicen en este marco deben ser para promover, proteger y fomentar la convivencia y bienestar de las poblaciones indígenas.

De igual manera afirma que aprobar el proyecto del Código hubiese sido inconstitucional en razón de la violación al derecho de consulta del pueblo indígena y en vista de que la propiedad indígena es un derecho comunitario y no privado, no puede ser enmarcado, como establece el proyecto, dentro de las disposiciones de derechos reales. Finalmente, el autor establece, que a pesar de no coincidir con el anteproyecto, este afirma que es necesario incluir en el Código argentino una regulación completa sobre el derecho de propiedad indígena y que no es concebible que esto sea realizado a través de una ley especial, esto es necesario en vista de que el interés del Estado debe ser brindar seguridad jurídica a la comunidad sobre la regulación de su propiedad (Abreut, 2013).

Ahora bien, otro de los aportes doctrinarios fue el realizado por Vitolo (2016), quien se pronuncia a favor del contenido del anteproyecto del Código, tantas veces mencionado, en vista de que el autor opina que el mismo se redactó bajo los parámetros constitucionales, tratados internacionales, constituciones americanas y opiniones jurisprudenciales. Es correcto que el proyecto afirme el derecho de propiedad indígena como un derecho real y dado que el mismo está reconocido en la constitución, debe ser incluido en el Código Civil en el libro de derechos reales, pues esta sería la manera más adecuada de proteger constitucionalmente a la comunidad.

Finalmente se trae a colación la interpretación de Vázquez (2012), quien explica que es altamente inconveniente incluir la regulación del derecho de propiedad indígena dentro del marco normativo del Código Civil, pues esto implicaría una des-jerarquización, una degradación que va afectar a la comunidad.

Esto es en consecuencia de la diferencia que existe entre la propiedad clásica y la propiedad indígena, pues la primera se rige por un sistema privado y la segunda por un

sistema comunitario totalmente diferente a las bases patrimoniales del código. Aunado al hecho que para la comunidad indígena la tierra y la propiedad son elementos diferentes a un mero dominio, como se ha explicado estos poseen un fuerte vínculo espiritual con este elemento, de manera que esto también se distingue de los preceptos contenidos en el código.

En este orden de ideas es pertinente citar a Vázquez (2012), cuando explica lo siguiente:

En este contexto, no parece correcto técnicamente legislar un derecho que contiene aspectos de naturaleza espiritual, es decir, extrapatrimoniales, dentro de un régimen, como el de los derechos reales civiles o comerciales, que tiene contenido exclusivamente patrimonial, nota que nadie discute. Las facetas no patrimoniales tienen reflejo, verbigracia, en el régimen de reivindicación de los territorios tradicionales (p. 7).

El autor afirma, que es pertinente dejar abierta la posibilidad a las Provincias de legislar específicamente sobre el derecho indígena, dado que en la comunidad indígena afecta mucho la localidad de su territorio, esto hace variar sus intereses y necesidades, los cuales podrían ser satisfechos de mejor forma a través de normas específicamente diseñadas para ello.

Conclusión

Dentro de la sociedad argentina, pueden distinguirse diversos sectores que obedecen a diferentes intereses y necesidades, uno de ellos es la comunidad indígena. Esta comunidad ha sido identificada como el conjunto de personas que provienen de una descendencia originaria del país, quienes han decidido vivir bajo la forma, creencias, cultura y tradiciones más antiguas de argentina, conservando elementos históricos y viejos hábitos sobre la forma de vida humana que ellos conciben como legados de sus antepasados.

Esta comunidad al igual que otros sectores sociales de la ciudadanía, que se distinguen del común denominador por sus características habituales, ha sido reconocida legislativamente por el Estado, quien a través de su constitución ha afirmado su preexistencia en país y garantizado la protección y conservación de su estilo de vida y derechos, honrando el significado histórico que estos pueblos poseen para el país. Ahora bien, el reconocimiento de su presencia en la Constitución hace necesaria y obligatorio para el Estado, regular sus principales aspectos desde una perspectiva normativa.

Ahora bien, la controversia surge en vista de que este derecho es reconocido por la

Constitución Nacional en su artículo 75 y por el Código Civil y Comercial en su artículo 18, sin embargo, la regulación del mismo es remitida a una ley especial, en lugar de ser explicada en el mismo Código. A raíz de ello han surgido diferentes proyectos de reformas al Código. El último de ellos, del año 2012, fue rechazado principalmente por encuadrar el derecho de propiedad indígena entre los derechos reales; lo cual, desde la perspectiva de muchos, resultaba inconstitucional en varios aspectos. Y junto con ello, concebir a la comunidad indígena como sujeto de derecho privado y no público, sin la consulta a las referidas comunidades para su formulación.

En el presente capítulo se ha abordado el tema que ha sido objeto del presente trabajo de investigación, se han destacado un gran número de situaciones y circunstancias que –de manera incisiva- atañen a la subsistencia de los grupos indígenas y aborígenes que hacen vida dentro de los confines del territorio argentino, especialmente, cuando se refiere al establecimiento de los lineamientos jurídicos que constitucional, legal, jurisprudencial y reglamentariamente se han dispuesto para regular a tales comunidades.

Aspectos tales como: la idoneidad de las asociaciones u organizaciones que ejercen la representación de las comunidades indígenas u originarias, así como la capacidad que las mismas tienen para postular ante instancias jurisdiccionales los intereses y petitorios concretos que tales agrupaciones decidieren manifestar a través de sus voceros, en lo que –en su momento- se denominó como el reconocimiento de su legitimación procesal, son algunas de las más importantes apreciaciones que se observaron en las distintas decantaciones jurisprudenciales analizadas en los primeros segmentos del trabajo en cuestión.

Una particular consideración, en tal sentido, fue la característica situación de detrimento territorial del cual han sido víctimas las comunidades originarias que, como se comentó en su debida oportunidad, generaban dos escenarios -en todo- perjudiciales para su sostenibilidad cultural: el forzado desplazamiento de sus territorios, ancestralmente habitados; o su desaparición étnica, en el peor de los casos. Como consecuencia, el tema sensibilizó a la población organizada que, desde el punto de vista institucional, tomó las correspondientes medidas.

Una de ellas trajo como resultado, la implementación de disposiciones normativas a nivel constitucional, introducidas en la conocida reforma llevada a cabo en el año 1994. En ella, se concibió todo un cúmulo de obligaciones/derechos, que el Estado ha de observar en lo referente al desarrollo de los grupos originarios, y entre ellas, el deber de respeto a sus tierras tradicionalmente ocupadas. Además de ello, resulta importante destacar lo que -a juicio

propio- significó un verdadero avance, como ha sido la concesión de la posibilidad tangible de adquirir manifestaciones territoriales, cuyas condiciones de habitabilidad, sean las adecuadas para la preservación de los patrones culturales asociados a su vida.

En la misma dirección, se valoró la manifestación normativa que ha sido implementada en el Código Civil y Comercial de la Nación, plasmada en su artículo 18, donde -desde nuestra perspectiva- se ha realizado una transposición de similar connotación, sobre lo preceptuado por el artículo 75 constitucional.

En opinión de este escritor, el rechazo al anteproyecto fue perfectamente oportuno y legal, en base a los tres fundamentos antes señalados. En este sentido, se manifestaron autores en contra y a favor de este proyecto, pero lo cierto es que el mismo no fue aprobado. Sin embargo, la real incógnita es si la regulación de este derecho debe o no incluirse en el Código Civil y Comercial argentino, como puede evidenciarse de los textos anteriores, existen criterios que secundan esta idea y otros que no, pero en mi personal opinión, afirmo el criterio de Vázquez, es positivo que el derecho de propiedad indígena sea afirmado en el texto Constitucional y en Código en cuestión, sin embargo su regulación es muy especialísima y totalmente contrapuesta al régimen propietario tradicional, lo pertinente es que la misma sea contemplada en un ley aparte, la cual debe tomar en cuenta todos los vacíos normativos que actualmente existen sobre el tema.

Capítulo 3:

Comunidades indígenas y propiedad comunitaria

Introducción

La sociedad ha sido testigos de cómo, de forma progresiva pero sin abstenciones importantes, se ha venido verificando una época de transición que resulta crucial para diferentes institutos que pertenecen al ramo de las disciplinas jurídico-administrativas, ello en virtud de trascendentales reformas legislativas que orientan la dirección de las diferentes corrientes que, hasta ahora, estaban presentes y asentadas en la dogmática jurídica argentina del derecho nacional y provincial, hacía un giro importante que redimensiona la estructura misma del sistema legal concebido para regular el desenvolvimiento, la interacción y el desarrollo y consolidación de tales instituciones.

Una de las más mediáticas y resonadas modificaciones llevada a cabo como consecuencia de la reforma legislativa perteneciente a la materia que nos ocupa, ha sido la que va esencialmente dirigida a instaurar la posibilidad, conforme al nuevo ordenamiento jurídico particularmente considerado, de dar nacimiento a nuevas figuras e institutos relacionados con las comunidades indígenas. Ello, toda vez que se suprimen dispositivos normativos que obstaculizaban un complejo cúmulo de posibilidades que, pese a la existencia del imperativo normativo que las calificaba como contraproducentes, dan vida a la estructura y forma a las proyecciones realizadas sobre la instauración de un nuevo sistema para regular la intersubjetividad de tales agrupaciones aborígenes.

Nos referimos, a la reforma en la materia específica de la “propiedad comunitaria”, de los grupos originarios llevada a cabo a través de la unificación legislativa, obteniéndose como producto la Ley N° 26.994 inherente al Código Civil y Comercial de la Nación, y las diversas complementaciones y modificaciones que su entrada en vigor han ocasionado sobre otros instrumentos legales que rigen la materia que aquí analizamos.

Ahora bien, no obstante lo que se ha anticipado, se debe igualmente mencionar que dichas disposiciones han pertenecido al fuero del proyecto del código, lo que –a grandes rasgos supone- que no han sido incorporadas al texto definitivo de la ley, y dicha situación, al igual que las diversas decantaciones jurisprudenciales en las cuales existieren pronunciamientos pertinentes, serán de posterior y adecuado análisis.

Todo ello con la firme convicción de poder lograr asentar los fundamentos y principios invocados en tales instancias, y de esa forma, lograr abstraer los más importantes aspectos que guarden un elevado grado de proximidad con el desenvolvimiento y la intersubjetividad de las comunidades indígenas, dentro de los confines territoriales de la

República de Argentina.

Tal labor, tendrá como principal soporte, el pliego normativo de carácter interno/nacional, así como de naturaleza constitucional/supranacional, e inclusive los pronunciamientos puntuales que hubieren realizado algunas organizaciones que detentan competencias en el señalado tópico, mismo que funge como esencial norte de nuestra actividad de investigación jurídica, el cual será abordado a cabalidad, y en estricta sujeción a las incorporaciones e instrucciones sugeridas en tal rumbo.

3.1. Jurisprudencia respecto de los principios que rigen la “Propiedad Comunitaria”

De forma análoga a lo sucedido en otras latitudes pertenecientes al mismo continente, e inclusive, en los confines territoriales de aquellos Estados con mayor grado de distancia (cultural; espacial; histórica, entre otros aspectos), tales como los norteamericanos, y los europeos, se ha verificado un desplazamiento que ha quedado asentado en los registros históricos clásicos y contemporáneos, de parte de aquellos que –en su momento- han tenido la franca intención de civilizar nuestra nación, sin considerar siquiera el costo de oportunidad que ha derivado de tales determinaciones.

Entre ellas, la progresiva extinción de los patrones culturales que le son inherentes y propios a las comunidades indígenas que ancestralmente han habitado nuestra tierra, y que –a la luz de las modernas corrientes jurídicas pro-humanistas-, han solicitado la justa reivindicación de todo lo que pueda ser considerado como patrimonio nativo-indígena, ha sido una de las principales manifestaciones tangibles de los perjuicios y daños colaterales que –dentro de lo que ha significado la evolución de las institucionales políticas y gubernamentales en la argentina-, se han generado para tales grupos nativos.

En tal sentido, Barocelli (2014) ha dedicado su obra y aporte científico-jurídico al estudio del *status* de las comunidades indígenas a la luz de lo que prevé el ordenamiento jurídico argentino, ha señalado que:

...los pueblos originarios han sido un sector desfavorecido, discriminado, invisibilizado y segregado en la sociedad argentina a lo largo de la historia y el Estado argentino tiene una deuda de gratitud y respeto de sus derechos humanos y un deber de reivindicación para aquellos pueblos que preexistieron a la consolidación de la Nación Argentina (p.1).

Precisamente, en virtud de la señalada deuda existente, respecto del Estado argentino

para con los integrantes de las diferentes comunidades originarias que hacen vida dentro del seno de nuestra sociedad, en las últimas décadas se han implementado políticas o medidas que –al menos desde su intención-, han pretendido restituir los predios y demás integrantes culturales y patrimoniales a tales grupos indígenas.

Algunas de ellas, tal y como se analizará más adelante, se han quedado en el mero plano de lo teleológico, no obstante, ha existido un cúmulo de esfuerzos para consolidar los planes previstos en favor de las comunidades nativas y originarias, siempre con miras hacia la satisfacción de las necesidades que le sean impostergables y de necesaria consecución a fin de su subsistencia.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ponderando previamente todo el material preceptivo a su disposición, así como el conjunto de precedentes acaecidos en la materia, estimó que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas para reconocer, respetar y garantizar a los integrantes del Pueblo Saramanka el derecho de propiedad comunal respecto su territorio tradicional. En concordancia, pues, con sus fallos anteriores, manifestó que “...los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”¹⁶. Así, se comenzaron a garantizar de manera concreta los derechos de los pueblos originarios, puesto que no puede no someterle a consulta una situación que necesariamente los afectará.

Todo ello, a partir de una interpretación evolutiva, progresista y vinculante, pese a que Surinam no había reconocido en su legislación interna el derecho a la propiedad comunal y que no era Estado parte del Convenio N° 169 de la OIT. Siguiendo, de tal modo, los mencionados criterios jurisprudenciales, la Corte reiteró la necesidad de proteger los recursos y tierras tradicionales para prevenir su extinción como pueblos a los fines de: “(...) garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”¹⁷.

Como consecuencia, la doctrina afirma rotundamente que los Estados solo pueden restringir los derechos a la propiedad comunal cuando: tal restricción haya sido prevista por ley; o, busque cumplir un objetivo legítimo en una sociedad democrática y no implique una

¹⁶ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay / Fondo Reparaciones y Costas”, sentencia del 17 de junio de 2005. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/>

¹⁷ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay / Fondo Reparaciones y Costas”, sentencia del 17 de junio de 2005. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/>

denegación de su subsistencia como pueblo tribal (Del Toro Huerta, 2008).

Tal es el caso de lo que se habría asentado en el proyecto de reforma del –hoy vigente- Código Civil y Comercial de la Nación, donde se proyectaron diversos dispositivos normativos que, pese a no formar parte del texto legal promulgado en definitiva, sirven de referencia para determinar lo que se ventiló en las discusiones del aludido instrumento jurídico, y sobre la base de tales consideraciones, se formularán las propuestas y afirmaciones pertinentes, a efectos de lograr precisar la real dimensión de las implicaciones que se hubieren podido producir en la materia que nos ocupa, y consecuentemente, los efectos que ello hubiere tenido en la regulación jurídica del patrimonio inherente a tales comunidades.

Otras medidas estatales, han sido esbozadas por los más altos intérpretes de la carta magna, y en general, del orden jurídico argentino, como lo son los Magistrados que integran la Suprema Corte de la Nación, mismos que han determinado y justificado sus particulares posiciones en torno al tópico que nos concierne, en una serie de fallos que se analizarán a efectos de ilustrar de forma concreta, los parámetros que –institucionalmente- se le han proporcionado al ámbito material que referimos.

En dicha dirección, se tiene como principal eje de referencia y fundamentación argumentativa, un fallo que se ha producido en el seno del órgano jurisdiccional de circunscripción nacional que ya se ha señalado, y que ha marcado un hito en lo atinente al reconocimiento de ciertos y especiales derechos con una estructura jurídico-natural muy particular, que labran el camino hacia la consagración y la instauración (en su correspondiente medida), de una relativa autonomía para las poblaciones nativas, indígenas u originarias de la nación argentina. Tal sentencia, tuvo como génesis fáctica, que:

El Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén dictó el 10/7/2002 el dec. 1184/2002. Dicho decreto reglamentó en el ámbito de dicha Provincia el reconocimiento de la personería jurídica a las comunidades indígenas. Contra dicho reglamento la Confederación Indígena del Neuquén —que nuclea a las comunidades mapuches de la Provincia— interpuso acción autónoma de inconstitucionalidad, peticionando la inconstitucionalidad del mencionado decreto, alegando para ello, la lesión de diversas normas de la Constitución Nacional, del Convenio N°. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Constitución neuquina (Barocelli, 2014, p.1).

Contextualizando un poco la decantación circunstancial inicial del caso *in comento*, se tiene que la principal autoridad ejecutiva de la Provincia señalada (Provincia de Neuquén), ha emitido un decreto que fungiría como una de las normas matrices para regular el

desenvolvimiento, y la intersubjetividad (en sentido lato), de las comunidades indígena que se ubican en el ámbito territorial de su propia circunscripción.

Dicha regulación, incidiría de forma contundente en todo lo que se relacione con el patrimonio cultural de tales comunidades, y –en el mismo sentido-, se verificaría la invocación de determinados preceptos constitucionales que –a juicio de la Confederación Indígena de dicha zona-, habrían sido distorsionados y malversados sustancialmente, al punto de generar algunos agravios en el cúmulo de derechos que la aludida carta magna le reconoce a tales comunidades organizadas.

Otro de los puntos que, de forma concisa, ha sido abordado por el conflicto jurisdiccional en el que se ha ventilado de forma controvertida la vigencia y subsistencia de los efectos del señalado decreto que reconoce una especie de personalidad, o como lo ha establecido la letra del instrumento, una “personería” jurídica a tales grupos (en opinión de los representantes de las comunidades indígenas de la región pertinente, tal calificación y reconocimiento suponen una ponderación impropia), es –precisamente- la idoneidad de la entidad provincial, para reglamentar tales focos materiales, tomando en cuenta algunos aspectos recogidos en interpretaciones sobre normas constitucionales, especialmente, aquellas que se vinculan con las comunidades indígenas.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de la Nación se ha pronunciado al respecto de tal disonancia analítica. Así, Barocelli (2014), estableció, mediante el análisis de la argumentación ofrecida por los juzgadores, en torno a las competencias y las facultades de las entidades provinciales para regular el ámbito material de la intersubjetividad de las comunidades indígenas, que:

...la normativa federal, esto es, la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (...) los tratados internacionales en los que la Nación es parte y las leyes y reglamentos federales son un "piso mínimo" que rige en todo el territorio argentino y que las jurisdicciones locales, en el marco de sus competencias, pueden ampliarlos o implementarlos de diferente manera, pero siempre sin contradecirlos, desnaturalizarlos ni soslayarlos (p.1).

Evidentemente, la posición de los Magistrados, no sólo se muestra firme, sino lógicamente lapidaria, por lo que ir en contra de las determinaciones que las Provincias pretendieren instaurar en referencia a la reglamentación de algunos aspectos que infieren a la vida y convivencia de las comunidades originarias que residan en su seno, resultaría contraproducente, inclusive, para tales grupos organizados.

De ese modo, se tiene como consecuencia directa y jurídica, que debamos adherirnos a esa conclusión que formula el criterio sobre el cual:

...tanto el Congreso Nacional como las legislaturas locales pueden legislar en materia de derechos y políticas vinculadas a los pueblos originarios, como también las autoridades administrativas reglamentar estos derechos, pero las autoridades provinciales, legislativas o administrativas, no pueden apartarse de lo que reglen las autoridades federales para todo el país (Barocelli, 2014, p.2).

Ahora bien, queda suficientemente claro, a la luz de la exposición motiva y parcial que se ha hecho sobre el presente caso, que –mediante la posición emanada de la propia instancia jurisdiccional que se ha señalado antes-, se autoriza de forma innegable la posibilidad de que las provincias regulen de forma autónoma, algunos aspectos atinentes a la vida de las comunidades indígenas, pero sin olvidar la salvedad proporcionada por dicha instancia judicial, al sujetar tal actividad a los mínimos imperativos presentes en el resto de la estructura dogmática del Estado argentino (Constitución Nacional; Leyes y Reglamentos; Tratados Internacionales, entre otros instrumentos).

Sin embargo, no es el punto más trascendente a considerar, pues, en el seno de la reglamentación esbozada por la entidad provincial de Neuquén, se ha pretendido llevar a cabo una fragmentación de la identidad indígena, a través de la figura que ya mencionamos y que ha sido incorporada en su plexo normativo, esto es, la personería de las comunidades originarias.

Se debe decir, que en análisis de lo que ha sido estudiado por el autor que reiteradamente se ha consultado, se han deslindado (a través de tal instrumento –el decreto provincial-), diversos criterios para clasificar y agrupar las diversas formas de identidad indígena u originaria. A tal efecto, se dispuso como principal grupo de variables clasificatorias, los siguientes postulados diferenciadores:

a) Los criterios raciales o biológicos. Imperaron hasta hace unos 60 años o más, y centraban en el aspecto biológico el fundamento de una distinción y en el concepto de "raza" (...) b) Criterios legales o administrativos. Empleados para identificar y clasificar con fines de política alimentaria o educacional o por razones estadísticas; (...) c) Criterios socioculturales. Se basan principalmente en el idioma que hablan y otros elementos de la cultura material como el vestido, la alimentación, las tecnologías agrarias, parafernalia ceremonial y religiosa, etc. (...) d) Criterios culturales propios. (...) e) La autodefinición indígena (...) Son criterios impuestos desde fuera. Actualmente ha prosperado y se está imponiendo en las normativas que se van diseñado para el mundo indígena, los criterios subjetivos de auto identificación (Barocelli, 2014, p.3).

Fue –precisamente-, en función de dicha manifestación expositiva que se verificó el ulterior pronunciamiento de la Suprema Corte, y de los Magistrados que la integran, quienes preocupados, antes la situación que evidenciaron, y previo al reconocimiento de la facultad de las provincias para legislar en materia de intersubjetividad de las comunidades indígenas, establecieron precedente acerca de la denominada “personería” de las comunidades nativo-originarias.

Al respecto, la máxima instancia jurisdiccional de la nación argentina, ha establecido que:

...existen dos criterios o elementos de identificación de los pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, en tal caso se identificarán como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos que pre-existen a los estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conserven en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual); y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena...¹⁸

Claramente, se observa que la Suprema Corte ha dispuesto en el contenido del fallo que comentamos, como desconoce, de forma frontal, la decantación clasificatoria llevada a cabo por el decreto que ha sido objeto de impugnación, y la sustituye por una más adecuada, sustentada, sobre premisas que se erigen en cabeza de una bipartición analítica de la personería de las comunidades indígenas, reduciéndola a la simple verificación de dos hemisferios o criterios: uno objetivo (de sustrato histórico), y otro subjetivo (de fundamento positivo y reglamentario).

Ahora bien, existe un precedente que ha sido enfáticamente considerado por la doctrina, y que dispone de una serie de innovaciones en materia de reconocimientos en favor de las comunidades indígenas, particularmente hablando, en el campo de la instrumentación de sus pretensiones en el entorno jurídico-procesal, y de todas las implicaciones que de tal situación derivan en el plano de la defensa de sus derechos y garantías, nacional y supranacionalmente reconocidos.

¹⁸Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad", Expediente N° C. 1324, sentencia del 10 de diciembre del 2013. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

3.1.1. Legitimación Procesal de las Comunidades Indígenas Organizadas

Como lo veníamos sosteniendo, existe un sector importante del foro doctrinal, que ha posado su interés académico sobre las deposiciones y disposiciones que se ventilaron en un caso que ha resultado ser emblemático para la consolidación de algunos derechos en favor de las comunidades nativas y originarias.

Ya se ha señalado, igualmente, que tal aporte jurisprudencial, ha instaurado en lo atinente al ámbito de las disciplinas jurídico-procesales, y especialmente hablando, a uno de los institutos que –aun en normalidad de circunstancias- suele generar controversias e incidencias jurídicas de considerables repercusiones.

En concretización de las premisas que ya se ha señalado, Hualpa y Ramírez., (2013), han sostenido en relación a la sentencia que ha formado parte de su análisis¹⁹, cuyas resultas fueron plasmadas en su trabajo, que:

El caso que comentamos, contiene una particularidad en el aspecto procesal, que debe analizarse en consonancia con la índole de los derechos en juego y que la Provincia demandada cuestionó: la legitimación del I.D.A.Ch. para promover la acción de amparo (p.3).

En términos abstractos, lo que se produce como consecuencia del precedente que hemos comentado, tiene repercusiones de magnitudes considerables, en todo lo que tiene que ver con la regulación jurídica que subsiste en el Estado argentino, respecto del desenvolvimiento y representación de las comunidades originarias, y puntualmente hablando, en lo atinente a la postulación de la tutela de sus intereses en el escenario procesal, donde en definitiva, pueden tener un auténtico acceso a la justicia, sin discriminaciones fundadas en segregaciones étnicas, ni de ninguna otra naturaleza afín.

Igualmente, se ha de tomar en cuenta que tal instituto no es una figura que intercedió en la contienda judicial de forma aleatoria e improvisada. Estamos frente a una entidad de compleja conformación, que presenta dotes de idoneidad para ejercer la representación de la determinada comunidad indígena a la que se hace referencia.

De esta manera, explican los antes citados autores, que:

El Instituto del Aborígen Chaqueño que demandó a la Provincia, es una entidad

¹⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco ~ 2012-12-20 ~ Instituto Del Aborígen Chaqueño y Pueblos Indígenas Qom, Wichi y Mocovi c. Gobierno de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/acción de amparo.
Recuperado de http://www.patagonia3mil.com.ar/wpcontent/uploads/documentos2/derechos_indigenas.pdf.

autárquica del mismo Estado Provincial, autoridad de aplicación de la ley provincial N° 3258, norma que tiene como objetivo el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades indígenas (...) Sobre la base de estos objetivos, el I.D.A.Ch. tiene como tareas, entre otras, la promoción de los derechos de los pueblos indígenas especialmente en lo referido al otorgamiento de tierras en propiedad a los aborígenes; la coordinación de la acción estatal en la materia; la asistencia científica, técnica, jurídica, administrativa y económica a las comunidades indígenas (Hualpa y Ramírez, 2013, p.3).

La concesión que los juzgadores hacen, al reconocer su legitimidad procesal, no sólo genera un antecedente judicial de pertinente abordaje para nuestro trabajo, sino que –además– demarca un criterio de formalidad y protocolar incidencia para el acceso a la justicia de tales institutos.

En definitiva, se le pone punto final al segmento abordado, con la interpretación de la premisa conclusiva con la que los autores describen (fenomenológicamente), el pronunciamiento del órgano jurisdiccional provincial, respecto de la legitimación procesal de las comunidades indígenas. En dicho sentido, aducen que:

La posibilidad de que entes públicos que forman parte de la Administración de un Estado, inicien reclamos judiciales contra el Estado del que forman parte, presenta interesantes aristas en el plano de los derechos indígenas. Es que si los sujetos de los derechos constitucionales son los pueblos, y en algunas provincias se han creado entes con personalidad jurídica propia y atribuciones en materia de defensa de los derechos indígenas, serán en algunas ocasiones los mejores posicionados para realizar dichos planteos (Hualpa y Ramírez, 2013, p.3).

La posición que comentamos, forma parte de una sistematización de un amplio espectro de normas (de connotación constitucional y legal, así como de carácter supranacional), en la que los operadores jurisdiccionales que conocieron –en su momento– del caso *in comento*, han deslindado perfectamente entre los parámetros que han de servir como guía y referencia procedimental para que los institutos organizados que ejerzan funciones de representación de alguna comunidad indígena, dentro de los cauces propios de cualquier procedimiento en el que se ventilen sus intereses.

Evidentemente, tal y como lo han manifestado los señalados autores, son reconocidas a fines de determinar la conducente legitimación, las organizaciones con mayor grado de aptitud y proximidad, respecto de tales grupos originarios, por estar en pleno conocimiento de las necesidades y requerimientos que deban ser llevadas al plano de la composiciones litigiosas, y ello, en sí mismo, justifica la norma implícita y de confección jurisprudencial, que

les legitima como sujetos de derecho procesal, y todo ello, amparado a la luz de la categorización que la constitución les concede, al calificarlos como “sujetos de derecho constitucional”.

Muchos son los aspectos que han sido tratados en relación a las prioridades jurisprudenciales, al momento de emitir pronunciamientos y posiciones respecto del desenvolvimiento de las comunidades nativas y originarias, en todo lo que tiene que ver con su regulación particular y las consecuencias que de ella derivan.

En el mismo rumbo, han sido analizados dispositivos que han inferido a tópicos particulares que se circunscriben materialmente dentro del ámbito de la vida y convivencia armónica de las comunidades o grupos indígenas (reconocimiento de su “personería”; de su personalidad jurídica; de su capacidad de acudir a través de una fidedigna representación a controversias que se ventilen dentro de los caminos ofrecidos para instaurar relaciones jurídico-procesales, esto es, el reconocimiento de su legitimación procesal).

Pero ahora, se atenderá una circunstancia que se ha anunciado desde el inicio del presente trabajo, y que nos conduce a valorar un precedente, pero ya no verificado en instancias judiciales, sino que ha estado contenido en uno de los proyectos presentados ante la debida representación parlamentaria, en la oportunidad en la cual se llevaron a cabo las respectivas discusiones sobre el contemporáneamente promulgado Código Civil y Comercial de la Nación.

Se hace alusión a las proyecciones normativas que –en última instancia- fueron suprimidas del instrumento definitivo al que se ha hecho referencia, y que nos sirven de fundamento para esbozar algunas recomendaciones suficientemente argumentadas, sobre lo que debería de ser una regulación de circunscripción nacional, que se consolide como la cúspide de la pirámide legal para atender todos aquellos conflictos en los que se puedan ver potencialmente inmersos algunos intereses de las respectivas comunidades indígena que hagan vida en la nación argentina.

3.2. Proyecciones Legislativas sobre la Propiedad Comunitaria Indígena

Como ha sido sostenido, el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, habría contemplado algunas disposiciones que incidirían en el plano de la regulación macro-normativa sobre el régimen de las comunidades indígenas, especialmente, en todo lo atiente a la declaratoria de propiedad comunitaria, como una vía legal para deslindar aspectos que le

son inherentes al patrimonio (cultural; territorial; económica, entre otros aspectos), de tales grupos.

Se debe decir que, uno de los principales –y a nuestro juicio, el más determinante-, elemento sobre el cual se ha generado controversia, ha sido la definición que tal instrumento proporcionó sobre la aludida “propiedad comunitaria”. Misma, que ha sido objetada, por la mayoría de las representaciones indígenas de nuestra región.

Por ello, Ivanoff y Kosovski (2015), en una ardua labor de interpretación de las decantaciones concretas que han afirmado tales institutos, sostienen que:

En el caso del proyecto de mención, su forma de conceptualizar la propiedad comunitaria indígena fue tan equivocada que numerosas organizaciones indígenas demandaron, en primer lugar, por no haber sido consultados; en segundo lugar, por hacer prevalecer lo ya contemplado en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas; finalmente reclamaron la formulación de una ley especial que lleve adelante un ordenamiento territorial respetando el derecho a ser consultados (p.10).

Evidentemente, las proyecciones que se formularon sobre la conceptualización y motorización de un pliego categórico que no había sido consultado, ni corroborado terminológicamente con las mayores representaciones de las comunidades indígenas, tendría poco margen de éxito y aceptación, por lo que su rechazo no extraña a quienes responsablemente suscriben el presente documento.

Además de ello, se categorizaron y señalaron ese conjunto de derechos y preceptos a los que se ha debido proporcionar un mayor grado de atención, en la labor de conjugación y proyección legislativa en materia de comunidades indígenas.

Así, se tiene dentro de ese marco de aspectos y derechos que se deben atender en nuestra formulación, resaltan:

1. El primer derecho es el referido a la atribución para decidir autónomamente o determinar de modo libre su modelo de desarrollo.
2. Participación en todo el ciclo de las políticas.
3. Consulta previa a medidas legislativas o administrativas.
4. Consentimiento previo, libre e informado en casos específicos donde se pone en riesgo la integridad (Ivanoff y Kosovski, 2015, p.11).

En función de tales aspectos, se deben decir que lo idóneo *per se*, es la unificación legislativa en la señalada materia, a través de la conformación de una ley especial, en la cual

se asienten la mayor cantidad de dispositivos normativos, que puedan describir de forma concreta, inequívoca, y totalmente desprovista de ambigüedades y categorías polisémicas, cada una de las decisiones y partes del todo orgánico que será asentado en el instrumento que configurará la estructura vertebral del sistema de regulación autónoma de las comunidades indígenas.

Para ello, se debe procurar: la materialización de institutos que sean susceptibles de ser apreciados objetivamente a través de diversos caminos institucionales labrados a tales efectos; la efectiva confección de diversos planes concretos y políticas que –de forma conexa– logren complementar de forma armónica la estructura del instrumento legislativo sugerido; la estructuración de diferentes metodologías que garanticen una congruente y sagaz contraloría sobre las decantaciones institucionales y normativas presentes en el texto legal que debe ser desarrollado conforme lo sugieren quienes responsablemente suscriben el presente trabajo de investigación científico-jurídica; entre otros aspectos específicos que pertenecen al orden de lo teleológico.

También se ha de tener en cuenta que la ponderación y calificación de todo el gran conjunto de necesidades, requerimientos y reclamos que realizan tales agrupaciones y comunidades en pro de la salvaguarda de su integridad cultural y el establecimiento de esas vías jurisdiccionales que –de forma expedita–, logren colocar las principales manifestaciones populares de dichas comunidades en conocimiento de los representantes jurisdiccionales que corresponda, son recomendaciones concretas que se giran con la firme intención de promover un conjunto de iniciativas.

Que por demás, no se limiten a la simple promulgación de un texto normativo que eventualmente se transforme en virtualmente desconocido, sino en la elaboración de todo un macro-sistema o marco reglamentario que proteja la situación jurídica de las comunidades indígenas y aborígenes.

Tal determinación, parece tornarse ambiciosa, en la medida en que se aprecia un conformismo, respecto de las regulaciones ofrecidas (y algunas, previamente analizadas, en el ámbito jurisprudencial), por lo que es preciso lograr la uniformidad en el criterio legislativo, aglomerado aquellas consecuciones que han sido apreciadas como verdaderos logros, y que han tenido su génesis en las instancias jurisdiccionales pertinentes.

En suma, se trata de elaborar un marco legal, que se soporte sobre los principios contenidos en el orden internacional que incide en la materia, así como, en aquellos principios

que han sido receptados en la carta magna, y en el resto del ordenamiento jurídico argentino.

Conclusión

A través de los puntuales esfuerzos que se ha sistematizado con la intención de abordar el tema que ha sido objeto del presente trabajo de investigación, se han destacado un gran número de situaciones y circunstancias que –de manera incisiva- atañen a la subsistencia de los grupos indígenas y aborígenes que hacen vida dentro de los límites del territorio argentino, especialmente, cuando se refiere al establecimiento de los lineamientos jurídicos que constitucional, legal, jurisprudencial y reglamentariamente se han dispuesto para regular a tales comunidades.

Aspectos tales como: la idoneidad de las asociaciones u organizaciones que ejercen la representación de las comunidades indígenas u originarias, así como la capacidad que las mismas tienen para postular ante instancias jurisdiccionales los intereses y petitorios concretos que tales agrupaciones decidieren manifestar a través de sus voceros, en lo que –en su momento- se denominó como el reconocimiento de su legitimación procesal, son algunas de las más importantes apreciaciones que se observaron en las distintas decantaciones jurisprudenciales analizadas en los primeros segmentos del trabajo en cuestión.

De igual manera, se estudiaron dispositivos contenidos en sentencias que apuntaban a la preservación (postura que, desde nuestra perspectiva, se torna parcialmente fundamentalista), de principios que se instauraron sobre la base de la legislación provincial, y que sin embargo, requieren aprobación y reiteración en lo que se ha calificado como la etapa de transición normativa que supone la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, mismo, que se ha incorporado al orden jurídico, desprovisto de las proyecciones normativas que –como vimos- pertenecen al orden de la regulación de las comunidades originarias e indígenas, y que han sido finalmente suprimidas del texto legal final.

Eventualmente, se analizó todo un cúmulo de precedentes jurisprudenciales, materializados en el seno de la propia corte. En tal sentido, se considera importante y vital dicho segmento para los efectos académicos pertinentes, pues a través de las diferentes decantaciones casuísticas, se elaboró todo un compendio de principios que, a la larga, se asentaría en un instrumento más novedoso y conciso. La situación de las comunidades o pueblos indígenas en el sistema interamericano de los derechos humanos encuentra mayor respuesta y recepción siendo que dentro de su compendio normativo, este texto legal, fomenta

el respeto por los derechos en la forma integral de estos grupos.

En definitiva, recordamos que la confección del utópico texto legal, es apenas el inicio del arduo camino que se debe recorrer para lograr garantizar a los pueblos aborígenes de la argentina, la plena reivindicación de su *status* civil, cultural y social, para lo cual se requiere de un complemento humanista, que pasa por el redimensionamiento de los patrones culturales que incentivaron quienes –a coste del detrimento de los derechos indígenas- han pretendido desconocer las poblaciones primarias, con el ánimo de la absoluta civilización y urbanización.

Capítulo 4:

La propiedad comunitaria indígena en el Derecho Comparado

Introducción

Las distintas etnias que originariamente habitaban el territorio latinoamericano, por mucho tiempo no fueron reconocidas ni consideradas como grupos diferenciados de la población en general sino, por el contrario, como individuos igual al conglomerado. No fue sino hasta la época de 1980, cuando los países latinos a través de la matriz de los derechos humanos que sería el sistema interamericano, comenzó a instaurar cambios en las reglamentaciones de los países integrantes, a fin de empezar a reconocer como derechos diferenciados los dirigidos en beneficio de los pueblos indígenas.

Resultando así, en una gran ola de cambios constitucionales que se llevaron a cabo en los países de la región y como se verá más adelante en el desarrollo del presente texto, esto represento el abandono de un paradigma constitucional que esperaba ejercer el principio de la unidad nacional por sobre la homogenización de las culturas contenidas en ellas, siendo entonces que a través de dicho cambio, se reconoció la impronta del valor al pluralismo cultural y a través de ello, el respeto por los derechos y garantías de estas comunidades.

Siguiendo este orden de ideas, en el presente proyecto, se ahondará en el estudio de los pueblos indígenas y la propiedad comunitaria de esta cultura en base a los ordenamientos jurídicos de nuestro país, y la república chilena y colombiana a fin de conocer como ha sido el avance y desarrollo del respeto y resguardo en la garantías de estos grupos diferenciales, como integrantes de la sociedades y entes sujetos a ser amparados por derechos y garantías constitucionales.

4.1. La Propiedad Comunitaria Indígena en el sistema interamericano de los Derechos Humanos

Dentro del campo de las Naciones Unidas que conforman el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, una realidad común que se verifica en la totalidad de los países de la región, son las numerosas violaciones a los derechos de los indígenas que a pesar de haber sido reglamentadas como entes sujetos de derecho y de protecciones, aun así acontecen (por lo general el procedimiento se inicia por un informe que siendo redactado por el relator especial de las Naciones Unidas es enviado al consejo de los derechos humanos para su consecuente valoración).

Como consecuencia de ello, en los últimos años se han reportados conflictos entre los pueblos indígenas en defensa de sus derechos y garantías, los cuales poseen orígenes

principalmente territoriales a causa de intentos de desalojo o casos de represiones sociales por temas igualmente territoriales, siendo éstos mayormente los casos que reportan conflictos entre indígenas donde además se involucran asesinatos, lesiones a aborígenes, detenciones, maltratos; es decir un sin número de acontecimientos que afectan la integridad que debe ser tutelada por los países, en beneficio de estas comunidades.

De esta manera es de observarse la magnitud y trascendencia de las fuertes luchas indígenas por alcanzar la reivindicación de sus derechos, y ha sido tal la demanda que ha llegado a instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, “SIDH”). A este respecto, según se extrae de la fuente doctrina de Illar (2015) denominada El Derecho de Propiedad Comunitaria Indígena en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, ante esta esfera la respuesta fue de que “Tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana decisiones que precisaron y complementaron los marcos jurídicos vigentes en cada país, respecto del contenido y alcance de sus derechos” (pág. 04).

Es decir, que como bien se puede extraer del párrafo anterior, estas denuncias dieron lugar a que en el ámbito interamericano, se implementaran una serie de mecanismos que tendieran a la protección de los derechos y garantías de los pueblos indígenas, ya que en su defecto ni la convención ni la declaración de los derechos humanos, contienen normas relativas al respecto.

De manera que, fue obligación tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana, el reinterpretar los instrumentos normativos a fin de establecer un alto a las violaciones de los derechos de los indígenas, principalmente en el ámbito de la protección de la propiedad, término entendido y ejercitado por los pueblos indígenas como un claro perfil comunitario.

En lo atinente, una sentencia que marcó relevancia dentro de la Corte Interamericana, señaló entre sus aspectos más destacados que:

La protección de la propiedad comunitaria, tal y como la conciben los pueblos indígenas, está basada en los valores de pluralismo y diversidad cultural propios de una sociedad democrática: Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una (Villar, 2015, p. 07).

Es decir, que el derecho de propiedad que debe ser tutelado a los pueblos indígenas va más allá de un mero amparo de propiedad. Para éstos pueblos, el territorio se conjuga en un

sentido de pertenencia donde interviene de modo determinante un ingrediente cultural usado en sus mismas cosmovisiones, de allí que desde esta perspectiva ampliada y redefinida surja por lo tanto este derecho de las comunidades aborígenes debe ser esencialmente reconocido y amparado.

El primer planteo jurisprudencial que tuvo relación con el derecho de propiedad comunitaria fue el reconocido a la comunidad indígena en el caso “Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua”²⁰, ya que la comisión de los derechos humanos sostuvo que la comunidad Mayagna, tenía sus derechos de propiedad sobre la tierra y sobre los recursos naturales que de allí se extraigan.

Con la clara diferencia que estos derechos no eran ejercidos en la conocida forma clásica individual sino de manera comunitaria, es decir para el uso y disfrute de todo un pueblo (comunidad) y no solo algunos de sus integrantes. Por lo tanto, esta sentencia, representó un patrón en el uso y ocupación de un territorio que es considerado como ancestral, ya que no solo está logrando una continuidad tradicional histórica sino a una conformación social a través de los siglos.

A este respecto, la Comisión argumentó dentro del texto de la sentencia, según la fuente de Villar (2015), que:

Estos derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas, son equiparables a los derechos de propiedad garantizados por el artículo 21 de la Convención y por tal motivo, de no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención (pág. 05).

De manera que, desde un sentido coincidente, con lo expuesto por la sentencia, de garantizarse el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, de igual modo que se respeta y reconoce este derecho a los demás ciudadanos de una determinada población, se puede estar incurriendo sin lugar a duda en un caso de discriminación, otro derecho que puede estar siendo vulnerado en caso de no garantizarse la propiedad comunitaria.

Así mismo, por el artículo 21 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos se puede atraer como el derecho de propiedad comprende también los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunitaria o comunal, término igualmente utilizado por esta Corte en sentencias antes proferidas.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Para estas concluir con el hecho de que,

La propiedad comunitaria dentro de la protección que brinda el artículo 21 de la Convención, la Corte también apeló al principio de diferencia cultural que distingue a los pueblos indígenas del resto de la población y dejó sentada la necesidad de tener presente este principio a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención Americana (Villar, 2015, pág. 06).

Todo esto con el objeto de no caer en discriminaciones raciales, principio que debe ser garantizados a todas las personas por igual que conforman una sociedad a fin de que los rasgos o características propias que lo diferencien, no sean un arma que por el contrario los divida aún más sino que constituya el elemento especial que permita entender el por qué este derecho debe ser especialmente garantizado.

Por lo tanto, es de notar como el derecho de propiedad de los pueblos indígenas es diferente en cuanto a la forma en que le es garantizado y es ejercido por el resto de la población, y aun ante dicha particularidad está garantizado por el texto de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, específicamente artículo 21 antes invocado.

Ya que como se ha venido observando, la protección no solo es hacia una unidad económica sino al grupo de derechos humanos de toda una colectividad que basan su cultura, desarrollo y economía en relación a su tierra. Al respecto, y según la fuente consultada de Villar, esta comenta que para la corte, la conexión existente entre la comunidad indígena con la tierra constituye:

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 (Villar, 2015, p. 12).

Así, esta conexión que se da entre la tierra y la comunidad indígena no es más que una forma distinta de concebir, pensar y actuar en el mundo; y por ello, dentro de dicho contexto debe ser asumida la interpretación. De este modo, tanto sus territorios tradicionales como los recursos naturales que de allí se extraigan deben ser garantizados a fin de resguardan no sólo el derecho de propiedad en sentido lato, sino el propio desarrollo y preservación de cada organización etno-cultural que estas comunidades constituyen en sí mismas.

Por su parte, como se ha dicho anteriormente, la Corte contempla su protección específicamente dentro del artículo 21 de la Convención “no sólo las tierras de ocupación tradicional sino también los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran y los elementos incorporales que se desprendan de ellos” según comenta Villar (2015, pág. 08).

Por la notoria necesidad vital y tradicional que se desprende de dicha conexión inter sensorial de la tierra con la comunidad indígena y con fundamento a ello, sin lugar a dudas tanto para la Comisión como la Corte es de entender que la posesión que por tradición tienen los pueblos indígenas es equiparable con el título de dominio que otorga el estado, permitiéndole entonces los mismo derechos secundario que exigir su reconocimiento y por tanto su registro.

De manera que, en aquellos casos donde el pueblo ha sido despojado de su territorio, por orden legal de la misma convención, estos aún siguen teniendo derecho sobre dicha propiedad, aun a falta de un justo título, salvo en aquellos casos donde la tierra haya sido trasladada a un tercero de buena fe; pero incluso ante dicho escenario, tienen derecho a recuperarla o en su defecto a obtener otra con las misma extensión y causalidad natural.

En consecuencia, ésta podrá ejercer su derecho de reivindicación, en virtud de la particular y excepcional relación que se da sobre sus territorios ancestrales a partir de la ocupación tradicional por la población indígena.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones del estado, como se ha venido mencionado, tanto la Comisión como la Corte han destacado a través de sus respectivos pronunciamientos que los Estados partes deben adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para respetar, reconocer, proteger y resguardar a los pueblos indígenas, desde un tratamiento integral donde se contemple todo aquello que el concepto de propiedad comunitaria engloba.

Un caso que constituye uno de los primeros informes de la CIDH donde se pueden visualizar las medidas que se exigen sean tomadas en cuenta por lo Estados partes, a fin de otorgar a los pueblos indígenas una protección especial, se tiene en el referido a “Yanomami vs. Brasil”²¹, donde la comunidad aborígen denunciaba las violaciones de derechos como el de la salud, la vida, y la propiedad a partir de la construcción de una autopista transamazónica.

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Yanomami vs. Brasil”, sentencia del 20 de junio de 2012. Recuperado de <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/comunidad-yanomami-caso-no-7615-resolucion-no-1285>

Luego de varias protestas, los indígenas logran que el gobierno federal se comprometieran a establecerlo como parque indígena yanomami, como una medida que protegiera a futuras construcciones que afectaran y violaran sus derechos territoriales.

Aunque sin embargo no hubo mayores cambios, ya que dicha medida nunca llegó a implementarse por verificarse una débil e irregular protección estatal, dado que el Estado brasileño no adoptará las medidas eficaces a favor de los Yanomami; según la doctrinal consultada de Villar (2015), la comisión optó por “recomendar al Estado delimitar y demarcar el Parque Yanomami” (pág. 09) de manera que sin tocar de forma directa los puntos resolutivos, insto al estado que implementara activamente dicho parque.

Por consiguiente, “este es uno de los primeros informes en el que la CIDH esboza la doctrina sobre el derecho de los pueblos indígenas a recibir una protección especial para posibilitar la preservación de su identidad cultural”²².

Es por ello que para hacer efectivo el goce y disfrute del derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, los Estados deben necesariamente delimitar, demarcar y por ende titular dicho territorios a nombre de las comunidades indígenas, a fin de que cumplan y respeten los derechos de forma integral de estos grupos culturales.

Siendo en este supuesto una medida de resguardo que:

Hasta tanto se dé cumplimiento a esta obligación, debe abstenerse de realizar actos, por sí o por medio de terceros, que afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes existentes dentro de las tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas (Villar, 2015, pág. 10).

Todo esto, con el objeto de que aún en proceso de demarcar y titular, no vayan a concretarse proyectos o construcciones que afecten las zonas involucradas en dicho proceso de división a favor de los pueblos o comunidades indígenas.

Luego de estas consideraciones es de notar cómo, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas no resulta realmente práctico a los efectos de que sea formalmente respetado, ya que necesita ser físicamente dividido y así registrado para que se garantice efectivamente el uso y goce efectivos de tal derecho de

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Yanomami vs. Brasil”, sentencia del 20 de junio de 2012. Recuperado de <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/comunidad-yanomami-caso-no-7615-resolucion-no-1285>

propiedad comunitaria frente a la posibilidad de verse a futuro lesionada por ante cualquier acción proveniente tanto del accionar público como privado.

De no darse este modo de resguardo, aun antes de que efectivamente se lesionen los derechos involucrados en torno a este tipo de propiedad, se puede estar frente a una amenaza inminente que atente contra el libre desarrollo de la cultura y practica tradicional del pueblo indígena.

Ahora bien, otro punto a tratar y que igualmente es abordado por esta Corte Interamericana de los Derechos Humanos, atiende a si existe posibilidad de que la propiedad comunitaria indígena pueda ser limitada o restringida y a cómo debe ser interpretada a fin de no crear un conflicto con el derecho valido de la propiedad privada, que también es tutelad tanto por la Declaración como por la Convención Americana.

En este aspecto, Villar, comenta el caso de Yakye Axa, donde específicamente la corte expuso que:

Cuando la propiedad comunitaria indígenas como la propiedad privada particular, entran en contradicción (real o aparente), tanto la Convención Americana como la jurisprudencia de la propia Corte, proveen las pautas para superar la contradicción planteada. Sostuvo que las restricciones al uso y goce del derecho de propiedad son admisibles si están establecidas por ley, son necesarias, proporcionales y se realizan con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (Villar, 2015, p. 23).

Es decir, que la restricción a la propiedad comunitaria indígena es legal siempre ésta vaya necesariamente con el interés de satisfacer un inter publico imperativo, siendo inútil solo demostrar que es exigencia de la ley, ya que la medida debe representar algo más que el solo cumplimiento a una disposición expresa.

Por ello, como otro requisito que se exige es que la restricción deba ser proporcional, ya que la misma debe ajustarse al bien legitimo objetivo, que interfiera en la menor medida con el derecho a ser restringido.

Así, para que puedan ser compatibles dichas restricciones con lo previsto por la Convención, es menester que la medida se ajuste a un objetivo colectivo y que, por la importancia, sea altamente preponderante sobre el pleno goce del derecho a ser restringido. De esta manera, siguiendo con Villar (2015), al aplicar estas medidas de resguardo a la restricción “frente a los conflictos entre la propiedad privada y la propiedad comunitaria

indígena, los Estados, señaló la Corte, deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro” (pág. 11).

Para que así, los Estados encontrados frente a dicho supuesto, tomen en cuenta los derechos territoriales indígenas tomando considerando que los mismo representan un término más amplio que el tradicional derecho de propiedad privada, ya que aquél representa un derecho colectivo de supervivencia, que requiere del pueblo indígena para mantener control de su hábitat en pos de la integridad personal y cultural de su comunidad.

A este respecto, de la misma fuente de Villar (2015), se extrae que la protección que avala la Convención va no sólo desde “una protección convencional, sino que también se enumeraron los elementos que lo componen: tierras, recursos naturales y elementos incorporales”.

Avanzando así en este análisis, se puede concluir en que el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, para minimizar la presencia de obstáculos en el ejercicio de dichos derechos, extrayendo de la citada fuente de Villar (2015), a través de la Convención se le brinda a los Estados partes de “pautas para que elaboran los mecanismos institucionales que hagan efectivo los derechos de propiedad de los pueblos indígenas”.

Todo esto con el objeto de, en el proceso de elaborar los mecanismos y medidas institucionales, éstas sean llevadas a cabo procurando efectivamente el resguardo de los derechos territoriales de los indígenas. Un acabado ejemplo de esto sería la obligación de delimitar, demarcar y otorgar los títulos correspondientes a las tierras que sean de posesión indígena, toda vez que se “reconoce la falta de propiedad legal sobre sus territorios ancestrales como elemento determinante de su situación de vulnerabilidad”²³.

Asimismo, se ve como implementaron los estándares bases, para que se resolvieran los conflictos suscitados por el derecho de propiedad comunitaria frente al derecho de propiedad privada, a la par de establecer las circunstancias pueden extinguir este derecho especial o cuando por, el contrario, debe permanecer a lo largo del tiempo.

Igualmente quedó establecido cómo debe procederse cuando la tierra haya sido cedida a un tercero de buena fe, y el pueblo indígena aun poseyendo derecho sobre ésta, puede reclamar que le sea reconocida, en consecuencia, su titularidad otra tierra con la misma extensión y calidad de la anterior.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Yanomami vs. Brasil”, sentencia del 20 de junio de 2012. Recuperado de <https://www.es.cr-net.org/es/caselaw/2006/comunidad-yanomami-caso-no-7615-resolucion-no-1285>.

Así bien, el Sistema Interamericano, ha preparado ante cualquier escenario, las posibles defensas legales que pueden ser ejercidos por los pueblos indígenas, aparte de representar la matriz de guía para que los Estados partes se unan a dicha conceptualización y avance de paradigma constitucional.

4.2. En la República Argentina

Ya establecida cómo es la valoración del derecho de propiedad comunitaria, y a las pautas que para ello se establecen desde la vertiente del derecho internacional con el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, a continuación, se trata de esta regulación en ámbito normativo de nuestro país.

Y en este sentido, es menester comenzar diciendo que la base en el reconocimiento de dicho derecho deviene de la recopilación de leyes que provienen del reino de las indias, donde se consagró un cuerpo conformado por decretos, cédulas, ordenanzas y demás instrumentos legales donde se pretendía encaminar la obra de habitantes de las tierras descubiertas.

Posteriormente, según exponen los autores Bustos, Diehl y Ordoñez Paula (2012), fue con la asamblea del siglo XIII, cuando efectivamente “se les reconoce y garantiza a los indios argentinos sus derechos de libertad e igualdad, con respecto a los demás ciudadanos” (pág. 23).

Más adelante avanzando hacia la constitución de las provincias específicamente en el año 1819, es de notar en la misma fuente como:

En la Sección V, “Declaración de derechos”, Capítulo I, “derechos de la Nación”, CXXVIII, contenía una clara y expresa norma tuteladora de los derechos indígenas, estableciendo que: “siendo los indios, iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes (Bustos, Diehl y Ordoñez: 2012, p. 24).

De manera que fue precisamente en el año 1819 cuando se estableció formalmente una tutela en beneficio de los pueblos indígenas, de manera que promovió mejorar su condición hasta igualarlos al nivel de los demás ciudadanos que integraban la población del estado hasta ese momento conformado.

Continuando con dicha evolución en la constitución de 1853, posterior reforma en el año 1949, se estableció según se extrae de esta misma fuente doctrinal que:

Art. 67 “Corresponde al Congreso... inc. 15 “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo. (...) En la reforma de 1949, el tema indígena se resolvió suprimiendo la cláusula constitucional aludida de 1853, al entender que “los reducidos núcleos de indios que todavía existen en el país no exigen una normativa expresa” (Bustos, Diehl y Ordoñez, 2012, p. 25).

Hasta aquí, el tratamiento constitucional excluyó de su normativa a los aborígenes, y aunque ya a mediados del siglo pasado generó controversias y expresiones críticas al respecto, no fue hasta el año 1985 que se sancionó la Ley 23.302, referida a política indígena y apoyo a lo comunidades aborígenes.

Además de la creación del INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas), con el objeto de proteger y garantizar el ejercicio de la plena ciudadanía a los integrantes de los pueblos indígenas, la referida ley subsume su contenido en el enunciado primer artículo: “artículo 1° - Declárase 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”.

Aquella consagración normativa del año 1995 se redefine y consolida constitucionalmente con la modificación de la Constitución Nacional de 1994, la que a su vez dio lugar a que diversas provincias ajustaran sus normas para confirmar un avance de protección a las comunidades aborígenes. Bustos, Diehl y Ordoñez (2012), denotan los principales hitos que se dieron lugar en el año 94 como los siguientes:

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 (Bustos, Diehl y Ordoñez, 2012, p. 25).

Con posterioridad, y concretamente en diciembre del año 2006, es sancionada por el Congreso de la Nación la Ley 26.160 que, con referencia a las Comunidades Indígenas, establece “la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que

tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes”²⁴.

La referida ley declara, por el término de cuatro años, la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras hasta ese momento ocupadas por las comunidades indígenas, suspendiendo todo proceso tendiente a desalojarlas; a la vez que ordena la realización de un Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral de esas mismas tierras por ellas por ellas ocupadas, a llevarse a cabo por el propio INAI en un plazo de tres años.

Ya para fines del año 2009, y como los plazos establecidos por la Ley 26.160 no habían tenido cumplimiento, se prorroga aquella suspensión mediante una nueva ley, la 26.554, hasta el 23 de noviembre de 2013. En 2013, con la sanción de la ley 26.894 se determina que la norma operará hasta noviembre de 2017. Y finalmente, la Ley 27.400 del año 2017, vuelve a prorrogar el plazo en cuestión hasta el 23 de noviembre del año 2021.

En el año 2013, el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA) presenta un informe titulado “Advertencia sobre la inejecución de la ley 26.160”. En éste da cuenta del escaso nivel de cumplimiento del programa legalmente establecido frente a la alta utilización de recursos económicos que oportunamente fueron asignado por cada una de las leyes que sucesivamente prorrogaron los plazos para su ejecución. El referido estudio demuestra acabadamente que el mayor retraso en la aplicación del programa de relevamiento por parte del INAI se da en las provincias con más conflictividad territorial como Salta, Jujuy, Formosa, Chaco y Neuquén, en donde reside el 65 por ciento del total de comunidades indígenas del país.

Paralelamente, se debe señalar como otra norma que ampara los derechos indígenas en la Argentina, siendo así reconocida por la nación, la ante mencionada Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en el año 2007, ya que surge como la convención internacional que fomenta y promueve el respeto por de esta comunidades.

Mientras que dentro de un desarrollo provincial, se puede hablar de la reforma constitucional que se desarrolló en la provincia de la Pampa en el año 1994, la cual establece,

²⁴ InfoLEG – Información Legislativa – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. PRESIDENCIA DE LA NACIÓN. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122499/norma.htm>

en su artículo 6 párrafo segundo, que se reconoce la existencia étnica y cultural de las comunidades indígenas.

Igualmente, se puede hablar según se desprende de esta misma fuente que:

Ley 1228 Adhiriendo la provincia de La Pampa a la ley nacional 23302 de política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes. Santa Rosa - 21 de Junio de 1990. Ley 1610 Convenio Ministerio del Interior - Campaña hacia una Sociedad con todos Boletín Oficial, 3 de Febrero de 1995. □□Ley 2222 Suspensión de desalojos a Comunidades indígenas. Santa Rosa, La Pampa, 15 de Diciembre de 2005 Boletín Oficial, 29 de Diciembre de 2005 (Bustos, Diehl y Ordoñez, 2012, p. 26).

Leyes que, sancionadas una detrás de la otra, en sus momentos, fueron respuesta de situaciones que acontecen en la sociedad indígena, lo que deja ver que en la Argentina, en el caso concreto de la provincia de la Pampa, se consagran y se fomenta por el respeto de estos derechos indígenas como en la última ley, dirigida específicamente a evitar que desalojen a las comunidades indígenas lo que trastoca el punto analizado que se refiere a su derecho por la propiedad comunitaria.

Ahora bien, ya una vez hecho a través de la fuente consultada de Bustos, Diehl y Ordoñez, se puede decir, que para la actualidad, las comunidades indígenas, son efectivamente protegidas mediante el derecho con rango constitucional, previsto en el artículo 75 inciso 17, que normativa instrumentos de protección a dichos derechos humanos antes mencionados.

Específicamente y extrayendo de la fuente consultada, el inciso expone claramente en el inc. 17 que “

...garantiza los derechos de los pueblos o comunidades indígenas, en primer lugar a obtener su personería jurídica. En segundo término, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y el acceso a otras aptas para el desarrollo humano (Bustos, Diehl y Ordoñez, 2012, pág. 26).

Por un lado se reconoce la propiedad y la posesión de las tierras que sean ocupadas en animo de comunidad indígena y por otro la obligación de otorgar dicha titularidad es decir adjudicación a título gratuito, a fin de que nadie pueda hacer valer derechos sobre las mismas tierras, que ellas usan para el desarrollo y crecimiento de su hábitat cultural.

Por lo tanto se pudiera decir que en la argentina se reconoce el derecho de propiedad de las comunidades indígenas desde un aspecto como derecho humano puesto que tutela una

tierra de origen ancestral y también como derecho objetivo, ya que en términos indígenas, otorga y permite que se titule el derecho sobre dichas tierras.

Esta garantía hoy permitida, da lugar a que según y cómo lo plantean los autores Bustos, Diehl y Ordoñez, se pueda:

Que las comunidades indígenas registradas puedan reclamar sus derechos sobre esas tierras, apoyándose en su posesión ancestral. Es evidente que la propiedad indígena tiene por fin proteger la identidad cultural de los pueblos originarios a través de la protección de sus tierras donde ellos se desenvuelven; por ello sólo existirá en las zonas rurales, por ser éstas el lugar donde se desarrolla la comunidad aborigen, ya sea mediante una explotación agropecuaria, forestal, minera y artesanal (Bustos, Diehl y Ordoñez, 2012, p. 29).

Es decir, que se sobreentiende que al recaer la titularidad en la comunidad aborigen, que se encuentran integrada por personas o familias que habitan un mismo sitio y participan de la misma cultura, su tierra encuentran lugar en espacios rurales, posibles para la producción artesanal, la actividad minera o hasta agropecuaria que puedan desarrollar.

Siendo esto un hecho conocido por todo, aunque no exista el registro formal se reconoce la titularidad por relación de hecho de posesión ancestral, pero hasta que no sea formalmente registrada en las oficinas pertinentes, no podrá surtir efectos como derecho de propiedad indígena.

Luego de todas estas consideraciones se puede establecer que, en la Argentina, la Reforma Constitucional de 1994, dio lugar al reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente eran ocupadas por los pueblos indígenas, específicamente en su artículo 75 inciso 17, constituyéndose así en el corolario del derecho a la identidad de las propias comunidades.

Ya que como se ha expuesto anteriormente, más allá de la diversidad cultural que representa la comunidad indígena, la tierra que ésta ocupe no deberá ser vista como una mercancía de la que esta se quiere apropiar y usar ilimitadamente sino como un espacio físico donde la comunidad o el grupo encuentra vinculación muy estrecha que le sirve de base para la continuidad de su acervo cultural, ya que en conclusión la tierra no es más que su vínculo material, histórico y espiritual.

4.3. En la República de Colombia

Ahora bien, ya una vez valorado como se da el resguardo y respeto de los derechos indígenas en la República Argentina, a continuación se ahondará en el estudio del ordenamiento jurídico colombiano, y en su defecto, para esta región el papel de la comunidad indígena representa escasamente el 2% de la sociedad en general, por tanto los derechos indígenas siempre han quedado en un papel secundario (Semper, 2015).

Pero, aunque mantengan un papel secundario, según la fuente doctrinal de Frank Semper, la asamblea constituyente, no se dio de mayores inconvenientes para ampliar dichos derechos en la constitución del 91. Siendo que por el contrario, se dio la proclama, concreción e implantación de dichos derechos de los indígenas, en los siguientes términos:

La CP no sólo consagró constitucionalmente los derechos materiales de los indígenas, sino que además creó algunos instrumentos jurídicos procesales para su defensa y concreción, en particular la *acción de tutela* (artículo 86 de la CP)¹ y las instituciones correspondientes, entre las que se destaca la Corte Constitucional (artículos 239 ss.), de modo que los indígenas gozan de una efectiva protección jurídica (Semper, 2015, p. 39).

Es decir que no solo se dio a la tarea de consagrar sus derechos a fin de sean así valorados y respetados por toda la sociedad, sino que también, implemento y expuso cuales eran los mecanismos idóneos para que dichos derechos sean efectivamente ejercidos. De hecho, en el caso de la corte constitucional, desde que inició su labor ha dictado no menos de unas 50 sentencias, sobre los derechos de indígenas, referidas principalmente para aclarar detalles como dudas que existan en cuanto a las disposiciones constitucionales que regulen dicho aspecto.

De esta manera se pudiera decir que con la constitución del 91, se comenzó una nueva época para las comunidades indígenas, ya que la misma trajo consigo ampliaciones de las disposiciones que engloban el derecho indígena, que en su conjunto representan o constituyen lo que sería una constitución indígena. A este respecto según la misma fuente consultada, la atmósfera pro indígena, determino

...que Colombia ratificara, en directa conexión con las disposiciones constitucionales, la Convención 169 de 1989 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la tradujera en derecho nacional mediante la ley 21 de 1991, que hasta ahora es la convención internacional más amplia para garantizar los derechos indígenas (Semper, 2015, pág. 40).

De manera que, estas disposiciones constitucionales en conjunto con las jurisprudencias proferidas por la propia Corte Constitucional y la Convención 169 de la OIT, forman el bloque de constitucionalidad de los derechos indígenas. Donde las demás disposiciones legales vienen a ser refuerzo y complemento de las constitucionales, afín de hacer aún más efectiva su ejercicio y aplicación que siendo que algunas datan del siglo XIX, aún siguen en vigencia.

Ahora bien, aparte de las reglamentaciones jurídicas y jurisdiccionales, también existen los derechos autóctonos conocidos como lo sería el derecho consuetudinario indígena, el derecho popular y el derecho tribal, costumbre y usos de las comunidades indígenas. A este respecto, según se desprende esta misma doctrina, los derechos autóctonos de los pueblos indígenas en Colombia que serían un total de 82 en toda la república, se concentran de la siguiente forma:

En el caso de la mayoría de los pueblos indígenas en Colombia, las reglas de conducta autóctonas forman parte de su orden social e identidad étnica. Sin perjuicio del reconocimiento de estos derechos en la Constitución, su fuerza interior nace de sus orígenes pre y extra estatales como derecho originario (Semper, 2015, p. 42).

Es decir que, las reglas de conducta o normas autóctonas, son esas costumbres o tradiciones que practican las comunidades indígenas que la continuidad de su práctica se vuelve derecho de la raza o grupo étnico, y todo esto es parte de los derechos que constitucionalmente el país le consagra.

Avanzando un poco más en el desarrollo y resguardo de los derechos de las comunidades indígenas Colombia encuentra su referencia central por el artículo 7 de la CP, artículo donde el estado específicamente reconoce y protege la diversidad cultural de toda la nación y esto incluye a los pueblos indígenas.

Según la doctrina consultada de Semper (2015), esta disposición se sanciona con el interés de “Terminar con la tutela de los indígenas por parte del Estado. (...) La Corte Constitucional determina el área de aplicación del artículo 7 de la CP en el caso concreto, ponderándolo con otros principios constitucionales que poseen un peso comparable” (pág. 42).

Por lo que, en la postura colombiana, la diversidad étnica y cultural puede presentarse ante una relación igual a los demás principios como de democracia y pluralismo, ya que por la

propia observancia y respeto de las comunidades indígenas da lugar a una clara manifiesta estructura pluralista que provee el estado Colombiano.

De esta manera, el principio de la diversidad étnica y cultural, daría lugar a los pueblos indígenas, una vez que estos puedan ejercer los derechos que la legislación y a jurisprudencia les proveerá dentro de su espacio territorial, en concordancia con sus valores tradicionales (Semper, 2015).

Así bien, en Colombia, los pueblos indígenas, son partes susceptibles de poseer derechos tanto individuales y colectivos, siendo que la propia corte asegura sus derechos como grupo no como integrante particular.

Por ello, es de notarse como la comunidad indígena y su reconocimiento goza en Colombia de una larga historia y tradición habitual, donde hasta en la política y la administración estatal se hace presente, siendo que les asegura entre sus derechos más relevantes el de asegurarles su territorio, desarrollar y fortalecer su autodeterminación y por tanto les provee de una justa participación frente a las diversas instituciones del país.

Siguiendo la fuente consultada de Semper, y con el interés de ampliar el conocimiento entre los derechos constitucionales que se les reconocen a las comunidades indígenas, se encuentran los que siguen:

El derecho a la subsistencia a resultas del derecho a la vida (artículo 11 de la CP); el derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica a resultas del derecho a la integridad física (artículo 12 de la CP), derecho a la defensa contra la desaparición forzada; el derecho a la propiedad de tierra comunitaria; el derecho a la participación en decisiones y medidas que pudiesen afectar a las comunidades indígenas con la extracción de recursos naturales en sus territorios según el artículo 6.15 de la ley no 21 de 1991, artículo 330 de la CP Consulta previa (Semper, 2015, p. 45).

Luego de esa cita es de notar cómo, a través de la CP, se le reconocen ciertos derechos a las comunidades indígenas entre los que se pueden mencionar el derecho a la vida, a la integridad física, cultural social de forma que no les sea violentado su tradición cultural o grupo étnico, también reconocen el derecho a la propiedad comunitaria lo que trasluce a que serán no solo los ocupantes por derecho de sus tierras sino también sus propietarios por lo que el estado debe de proveerles de dicha titularidad y asimismo le reconoce sus derechos de ser dueños de los frutos y recursos que se extraigan de dicha tierra, que luego de su extracción sirven de base para su supervivencia.

Claro está, estos son derechos que se deducen de las disposiciones constitucionales, pero por la jurisprudencia, se infieren otros derechos a favor y beneficio de las comunidades indígenas, que aún sin identificar si son fundamentales independientes o concreciones de los realmente fundamentales, pero sin lugar a dudas sirven de complemento a los derechos constitucionalmente reconocidos.

4.4. En la República de Chile

La situación constitucional de Chile en materia de pueblos autóctonos o étnicos, es considerada desde un punto de vista asaz singular, hasta cierto punto de forma inédita en el panorama comparativo.

La Constitución del año 1980, aprobada en la época Satrapía Castrense, y en concordancia con ese sistema político que imperaba en aquél momento, no responde abiertamente al reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas.

Estas comunidades representan, actualmente, el 9,1% de la población total del país, a la vez que se distribuyen entre nueve etnias reconocidas por estado chileno.

Según el autor José Luis Guzmán, este instrumento normativo, se trató principalmente de:

Un documento profundamente autoritario, militarizado, ultraconservador y rígido en las cuestiones de conciencia y moralidad, al paso que abierto hasta la claudicación en las libertades de propiedad, industria y comercio. Puesto que la modalidad de igualdad personal ante la ley, que ahí se receptó, es todavía la del individualismo abstracto decimonónico, o lo que viene a ser lo mismo, el desconocimiento deliberado del concepto de justicia distributiva, que exige considerar las diferencias que la sociedad ha creado artificialmente entre las personas (Guzmán: 2013, p. 05).

Es decir, que por la modalidad que de esta constitución se desprendía el término de justicia distributiva simplemente no existe y por tanto, en el itinerario del Estado no estaba el vigilar y preponderar por el cuidado de las comunidades indígenas grupos diferenciados en la sociedad, sino que por el contrario su interés radicaba en seguir con un individualismo abstracto decimonónico.

Por lo tanto, es de notar como la tendencia era socialmente excluyente, donde simplemente el desarrollo y avance del país se veía regido por la estructura de un horizonte e interés que solo gobernaban los grupos dominantes.

Así bien, para el estado simplemente no existían estos grupos minorías y de hecho aun pudiendo ser vistos, no eran vistos por el estado, actitud entendida en casos como desprecio producto de una consistente ignorancia de la importancia de estas culturas, para la sociedad. Siguiendo esta misma exposición, la doctrina consultada de Guzmán, ratifica el comentario agregando lo siguiente:

Estos pueblos carecen de acto fundacional, y ya se sabe la importancia formal que reviste esta clase de estatus para sujetos colectivos o centros de atribución jurídica que no son personas, cuyo es el caso precisamente de los pueblos como conocidas son las dolorosas consecuencias de su falta, manifestadas una y otra vez durante los años en curso con las reivindicaciones territoriales de las organizaciones indígenas (Guzmán, 2013, p. 08).

Así bien, por la constitución no existen normas que resguarden los derechos internacionalmente reconocidos a los indígenas chilenos, por cuanto como bien agrega el autor comentado, este grupo en Chile carece de un acto fundacional que los valide como personas en la sociedad, por tanto están totalmente propensas a violaciones y delitos a raíz que no cuentan con derechos que los amparen.

En el mismo país, se sancionó la Ley N° 19.253, de fecha 5 de octubre del año 1993, la cual si bien se avocó a la Protección, desarrollo y fomento de los indígenas, ésta no se impulsó hasta el nivel de conceder a los pueblos indígenas el carácter de pueblos, hecho resaltante siendo que endicho país, fue el texto normativo que primeramente se ocupó por la situación de dichos colectivo.

Según la doctrina consultada de Guzmán (2013), esta ley en su artículo primero menciona o reconocer a “los indígenas de Chile como 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”, de manera que primeramente esta ley reconoce la existencia de estos grupos étnicos y la importancia de sus tradiciones en el crecimiento de su cultura y practica indígena.

Por lo tanto, en Chile los derechos que les fueron concedidos a los indígenas chilenos no fue producto de su originalidad ya que de acuerdo al sistema político y la concepción del constituyente militar era que el único pueblo que existe era el chileno, sino que el reconocimiento nace por su trascendental individualidad étnica.

Principio que daría comprensible el hecho de que el estado les propendiera de un conjunto e derechos para que estos individuos puedan desarrollar y mantener su tradición cultural, con la debida advertencia de que esta será solo y únicamente llevada a cabo una vez que no vaya en contra de la moral, las buenas costumbres y el orden público del estado chileno.

Luego de estas consideraciones se puede establecer entonces que entre ambos segmentos de la disposición se da una gran dependencia del segundo respecto del primero, lo que traduce que las costumbres penalmente relevantes no podrán oponerse a los principios y derechos que por la constituían se han establecido mayormente a las garantías fundamentales.

A este respecto según se desprende de Guzmán (2013), este agrega a dicho texto lo que “Ningún antropólogo, por cuantioso y profundo que fuere su conocimiento de la cultura de un pueblo autóctono, estará en condiciones de comprender realmente el sentido y el alcance de sus costumbres jurídicas” (pág. 09).

Por lo que la tarea de interpretación será mucho más difícil para un juez, puesto que carente de los conocimientos y la teoría de tradición, menos preciso será determinar la naturaleza o el alcance que abordan sus tradiciones y costumbres.

Claro está, de tan solo la constitución chilena aparte de la consagración del deber de impartir el respeto a la cultura indígena acogiera la autoridad de una jurisdicción trivial, este problema de interpretación y del alcance legítimo o no de las tradiciones en sus prácticas quedara resuelto.

Un ejemplo de países donde tanto el derecho de los indígenas como la posibilidad de tener sus propias jurisdicciones, existen y es una realidad serian “Bolivia (artículos 190, 191, 192 y 304 de la Constitución de 2008), Nicaragua (art. 89 de la Constitución de 1987), Perú (art. 149 de la Constitución de 1993) y Ecuador (arts. 57 y 171 de la Constitución de Montecristi, aprobada en 2008)” según la fuente de Guzmán (2013).

Entonces como no son pocos los países que plasmen o permiten dentro de sus ordenamientos la posibilidad de que los conflictos que se susciten entre comunidades indígenas se diriman mediante una jurisdicción tribal que no viole los derechos de las personas, situación que no se da o no se permite en la república de Chile.

Donde por el contrario, aun habiendo sancionada una ley en la materia para el año 93, necesita de mayor cuidado y estudio y refuerzo por parte del estado chileno, a fin de evitar que se puedan seguir llevando a cabo violación a las comunidades, grupos minorías que por

más de que no representen gran porcentaje dentro de la sociedad en su sentido general, requieran o necesitan de protección como cualquier otro ciudadano de un país, poseedor de derechos y garantías constitucionales y más cuando mantiene estas comunidades una situación especial en cuanto a su forma de vida y subsistencia.

Conclusión

Luego de todas las consideraciones realizadas, se puede concluir que la situación de las comunidades o pueblos indígenas en el sistema interamericano de los derechos humanos, encuentra mayor respuesta y recepción siendo que dentro de su compendio normativo, este texto legal, fomenta el respeto por los derechos en la forma integral de estos grupos.

Al mismo tiempo, es necesario reconocer que el convenio 169 de la OIT (1989) constituye la herramienta más importante para la defensa de los derechos indígenas, dado que reconoce y revaloriza desde sus aspectos colectivos, el carácter particular que estos pueblos tienen en su relación con las tierras y territorios.

Con referencia a nuestro país, el desarrollo normativo que exige la operatividad propia del ejercicio efectivo de derechos constitucionalmente reconocidos en el artículo 75 inc. 17, como el caso específico de la propiedad comunitaria, aún resulta seriamente incompleto.

Mientras que en el caso de Colombia, la realidad de los indígenas, a pesar de representar tan solo el 2% de su porcentaje total de la sociedad, la propia constitución nacional no solo consagra derechos y garantías en beneficio de la comunidades indígenas sino que a su vez implementó por orden constitucionales de instancias como la corte constitucional a fin de que esta dirimiera cualquier conflicto en las que estos pueblos pudieran verse involucrada a fin de hacer posible el efectivo ejercicio de sus derechos.

Y por último no menos importante en el caso de la república chilena donde la realidad es totalmente distinta, debido a que resulta ser un gobierno donde su base normativa nace por el autoritarismo militarizado, lo que traduce a un compendio constitucional que no reviste derechos y garantías para estos pueblos, sino que fue por la ley N° 19.253, que siendo sancionado para el año 1993, dio el primer paso hacia el respeto y consagración de los derechos de los indígenas.

Todo esto con el fin de procurar su protección, fomento y desarrollo, con la excepción de que dicho avance solo fue dado a los indígenas como individuos mas no como grupo o

pueblo étnico, lo que traduce a que en la república chilena es necesario el desarrollo y el refuerzo de estas leyes y normas a fin de que se logre efectivamente proteger los derechos de los indígenas como pueblo que por sus tendencias culturales vive y se desarrolla junto por lo tanto debe ser valorando y respetado ante todas las instancias del estado como un todo.

Conclusiones finales

De lo analizado a lo largo del presente trabajo, surge la necesidad de atender lo que es el derecho de los pueblos indígenas a ser atendidos, representados y considerados dentro de lo que es una comunidad considerándose que los pueblos indígenas son parte esencial de las raíces de nuestro país, dado que descendemos de ellos, incluso con posterioridad a la conquista de América.

Es importante señalar que luego de suscritos los convenios internacionales, surge también la necesidad de aplicar la modificación de los criterios de la representación de estas comunidades. Así, el Estado buscó garantizar una mejor protección a las comunidades indígenas, las cuales siempre se han visto altamente afectadas. Sin embargo, tales instituciones no lograron dar una respuesta totalmente asertiva a las necesidades de las comunidades y menos aún a la protección del derecho de propiedad de estas últimas.

Pudiera decirse que ciertamente, el avance o el paso de mayor importancia que dio Argentina en cuanto a los derechos de las comunidades indígenas, fue la incorporación de los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994, puesto que estableció la igualdad de trato a los pueblos indígenas, estableciéndose implícitamente el respeto a las costumbres, creencias y formas de vida de dichas comunidades, incluyéndose de forma intrínseca lo referente al derecho a propiedad y la mantención de las tierras que detentaban dichas comunidades y que de una u otra forma debe verse tutelado dicho derecho por parte del Estado. Es necesario destacar que la loable labor del gobierno Argentino, en materia de protección de los derechos de las comunidades indígenas, se ha visto afectada por la inactividad de las instituciones creadas para dar respuesta a las diversas problemáticas que estas comunidades viven, siendo necesario atenderse de manera muy especial lo que es la actividad e inactividad de dichas instituciones para dar una respuesta certera a las comunidades.

El Estado ha intentado, aunque en forma tardía, proteger y conservar el estilo de vida de estos pueblos, honrando el significado histórico que poseen para el país. Ahora bien, el reconocimiento de su presencia en la Constitución hace necesaria y obligatorio para el Estado, regular sus principales aspectos desde una perspectiva normativa.

Entre los aspectos más importantes se destaca el derecho a la propiedad, el cual ha sido un tema controvertido, en vista de que el derecho de propiedad indígena es totalmente diferente a las bases del derecho patrimonial tradicional, el cual se basa en un régimen de

privatización, mientras que la propiedad indígena es de carácter comunitario. En los textos anteriores, puede evidenciarse que muchos autores definieron este tipo de propiedad como una relación que excede el ámbito únicamente jurídico, dado que entre los habitantes de la comunidad indígena y la tierra, es un vínculo espiritual y, es nombrada comunitaria porque la propiedad sobre ella se ejerce en beneficio del colectivo, sin intereses individuales. Ahora bien, la controversia surge en vista de que este derecho es reconocido por la Constitución Nacional en su artículo 75, sin embargo, la regulación del mismo es remitida a una ley especial. A raíz de ello, en el último proyecto de reforma al Código, fue rechazada su incorporación, principalmente por encuadrar el derecho de propiedad indígena entre los derechos reales, lo cual representó una cuestión inconstitucional, adicionalmente a ello, se concibió a la comunidad indígena como sujeto privado y no público, y fue formulado sin la consulta del pueblo indígena.

En este sentido, se manifestaron autores en contra y a favor de este proyecto, pero lo cierto es que el mismo no fue aprobado y la incógnita se ha mantenido a lo largo del tiempo. A través de los puntuales esfuerzos que se ha sistematizado, se han destacado un gran número de situaciones y circunstancias que –de manera incisiva- atañen a la subsistencia de los grupos indígenas y aborígenes que hacen vida dentro de los confines del territorio argentino, especialmente, cuando se refiere al establecimiento de los lineamientos jurídicos que constitucional, legal, jurisprudencial y reglamentariamente se han dispuesto para regular a tales comunidades. Entre ellos, la idoneidad de las asociaciones u organizaciones que ejercen la representación de las comunidades indígenas u originarias, así como la capacidad que las mismas tienen para postular ante instancias jurisdiccionales los intereses y petitorios concretos que tales agrupaciones decidieren manifestar a través de sus voceros, en lo que –en su momento- se denominó como el reconocimiento de su legitimación procesal, son algunas de las más importantes apreciaciones que se observaron en las distintas decantaciones jurisprudenciales analizadas en los primeros segmentos del trabajo en cuestión.

De lo analizado a lo largo del presente trabajo, puede evidenciarse que muchos autores definieron este tipo de propiedad como una relación que excede el ámbito únicamente jurídico, dado que entre los habitantes de la comunidad indígena y la tierra, es un vínculo espiritual y, es nombrada comunitaria porque la propiedad sobre ella se ejerce en beneficio del colectivo, sin intereses individuales. Ahora bien, la controversia surge en vista de que este derecho es reconocido por la Constitución Nacional en su artículo 75, sin embargo, la regulación del mismo es remitida a una ley especial. A raíz de ello, en el último proyecto de

reforma al Código, fue rechazada su incorporación, principalmente por encuadrar el derecho de propiedad indígena entre los derechos reales, lo cual representó una cuestión inconstitucional, adicionalmente a ello, se concibió a la comunidad indígena como sujeto privado y no público, y fue formulado sin la consulta del pueblo indígena.

Así, se ha constatado la situación que, desde el punto de vista normativo, se asentó en el derecho argentino, en torno a la sustentabilidad del patrimonio cultural inherente a las comunidades indígenas de dicha nación, en referencia a sus patrones de desenvolvimiento poblacional, y a sus tierras. En tal sentido, debe mencionarse la situación de desarraigo territorial del cual han sido víctimas las comunidades originarias que generaban dos perjudiciales para su sostenibilidad cultural: el forzado desplazamiento de sus territorios, ancestralmente habitados; o su desaparición étnica, en el peor de los casos. Como consecuencia, el tema sensibilizó a la población organizada que, desde el punto de vista institucional, tomó las correspondientes medidas. Una de ellas trajo como resultado, la implementación de disposiciones normativas a nivel constitucional, introducidas en la conocida reforma llevada a cabo en el año 1994. En ella, se concibió todo un cúmulo de obligaciones y derechos, que el Estado ha de observar en lo referente al desarrollo de los grupos originarios, y entre ellas, el deber de respeto a sus tierras tradicionalmente ocupadas.

Precisamente, y en función de la mencionada premisa, se ha elaborado un conjunto de recomendaciones y proyecciones sobre lo que ha debido de formar parte de la agenda institucional de la República de Argentina, en torno al asentamiento de un definitivo instrumento jurídico en el cual se aglomeren todos los aspectos que han sido aprobados por los estudiosos de la materia, y que -sin lugar a dudas- se traduzca en efectivas consecuencias positivas para las comunidades originarias. Todo, tomando en consideración el pliego de derechos y preceptos que la propia doctrina ha señalado y calificado como de “ineludible observación”.

En definitiva, recordamos que la confección del utópico texto legal, es apenas el inicio del arduo camino que se debe recorrer para lograr garantizar a los pueblos aborígenes de la argentina, la plena reivindicación de su *status* civil, cultural y social, para lo cual se requiere de un complemento humanista, que pasa por el redimensionamiento de los patrones culturales que incentivaron quienes –a coste del detrimento de los derechos indígenas- han pretendido desconocer las poblaciones primarias, con el ánimo de la absoluta civilización y urbanización.

Asimismo, y tratando ya de delinear una respuesta a la pregunta de investigación, parece resultar congruente con la esencia de lo abarcado por el concepto de “etno-territorio”

que, en nuestro país, no se le diera finalmente al derecho de “Propiedad Comunitaria” un abordaje y asimilación a los derechos reales ya consagrados.

Partiendo de características y elementos que le son propios, requiere en consecuencia, de encuadre particular dentro del derecho positivo que lo excluyan del habitual tráfico jurídico, aunque no así de su reconocimiento y protección.

En principio, este objetivo parece logrado en el tratamiento brindado por el Código Civil y Comercial. No obstante ello, su denominación poco acertada vuelve a colocar a esta nueva institución jurídica en el centro de una discusión donde el contenido y los caracteres inherentes al tradicional concepto de “propiedad”, lejos están aquí de ser compartidos.

Justamente, y a partir de esta última consideración, es que hoy, en la provincia de Río Negro, comunidades mapuches a través de sus representantes en el Parlamento Nacional Indígena, vienen propugnando modificaciones en este sentido, toda vez que entienden la imperiosa necesidad de redefinir lo hasta hoy conocido como Propiedad Comunitaria, de modo coherente y consecuente con su verdadero contenido y esencia, proponiendo en su caso que a este derecho se lo reconozca como “Territorio Comunitario”.

Por su parte, se puede establecer que la situación de las comunidades o pueblos indígenas en el sistema interamericano de los derechos humanos encuentra mayor respuesta y recepción siendo que dentro de su compendio normativo, este texto legal, fomenta el respeto por los derechos en la forma integral de estos grupos. Siendo que como respuestas de esta norma general e internacional, existen países como es el caso de Argentina, que la respetan, en este ejemplo específicamente fue desde los años del siglo XIII, el momento donde se le empezó a reconocer los derechos y garantías a los indígenas tanto como personas como pueblos la cual requiere que el estado le permita libertad e igualdad en el uso y disfrute de sus prácticas tradicionales.

Ello, con el fin de procurar la protección, fomento y desarrollo de los pueblos originarios, con la excepción de que dicho avance solo fue dado a los indígenas como individuos más no como grupo o pueblo étnico, lo que traduce que es necesario el desarrollo y el refuerzo de las normas existentes, y la sanción de una norma especial que contemple estas situaciones y proteja a los pueblos que hasta la actualidad vienen protegiendo su cultura y costumbres de la globalización.

Bibliografía

- Abreut de Begher, L. (2013) El derecho real de propiedad comunitaria indígena. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3785/2013>.
- Abreut de Begher, L. (2012) La propiedad comunitaria indígena. Comentario del Anteproyecto de Código. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2503/2012>.
- Alterini, J. (2012) Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/4622/2012>.
- Barocelli, S. (2014). Personalidad jurídica de pueblos y comunidades originarias. Recientes estándares de la Corte Suprema. Revista Informática La Ley Online, Documento N° 554-2014.
- Bustos G., Diehl M. y Ordoñez P. (2012). Propiedad de los Pueblos Originarios. Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de La Pampa.
- Calegari, L. (2010) Algunas reflexiones sobre las formas coparticipativas de la propiedad y sus tendencias actuales. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- García Veritá, G. (2015) La Propiedad Comunitaria Indígena desde el Derecho a la Igualdad. Buenos Aires, Argentina: Imprenta DIGITAL S.R.L.
- Gómez, A. (2013). Pueblos Originarios: Consulta Previa y Consentimiento previo libre e informado. LLNOA2013 (junio), 472.
- González de Prada, M. V. (2014). Los pueblos de collas y el derecho a la igualdad en el Derecho argentino. Suplemento de Actualidad de La Ley, 22/04/2014, 22/04/2014, 1.
- Guzmán, J. (2013). Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalística de un problema político. Revista Informática Thomson Reuters, Documento N° 2581-2013.
- Hualpa, E. y Ramírez, S. (2013). Cuando los derechos indígenas pueden más que los obstáculos procesales. Revista Electrónica El Litoral 2013, Documento N° 1681.
- Ivanoff, S. y Kosovski, F. (2015). Propiedad Comunitaria Indígena. Buenos Aires, Argentina: Universidad de la Patagonia.
- Kozac, V. y Valdés, G. (2016) Desintegración étnica, propiedad comunitaria indígena y prescripción adquisitiva.

Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3529/2016>.

- Kozak, V., Valdés, G. (2016). Desintegración étnica, propiedad comunitaria indígena y prescripción adquisitiva. LLBA2016 (diciembre), 3.
- Kozak, V., Valdés, G. (2014). Posesión ancestral, Desigualdad procesal y derechos colectivos de la Comunidad Indígena Cueva del Inca. LLNOA2014 (octubre), 941.
- Lezcano, J. (2011) La propiedad comunitaria indígena en la próxima reforma del Código Civil. Suplemento de Actualidad de La Ley, 01/12/2011, 2.
- Lezcano, M. (2015) La propiedad Comunitaria Indígena y sus Características. Recuperado 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>
- Lezcano, J. M. (2018) Propiedad Comunitaria. Editorial Hammurabi
- Semper, F. (2015). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Berlín, Alemania: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.
- Trejo, R. (2015) La propiedad comunitaria indígena en el código civil y comercial una perspectiva desde la mirada de Elinor Ostrom. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, 2016, Año X, Número 16, pp. 79-97.
- Vázquez, G. (2012) Propiedad comunitaria indígena en el Proyecto. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3338/2012>.
- Vázquez, Gabriela A. (2013) Los derechos indígenas y el Proyecto de Código de 2012 en la agenda de Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3655/2013>.
- Villar, L. (2015). El Derecho de Propiedad Comunitaria Indígena en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad de la Patagonia.
- Vítolo, D. R. (2016) Principios Generales del Título Preliminar del nuevo Código. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/980/2016>.
- Zambrano, G. y Molinari, I. (2011). Volviendo la mirada hacia las comunidades indígenas. Suplemento de Actualidad de La Ley, 14/06/2011, 14/06/2011, 1.